

O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO MODALIDADE LICITATÓRIA NA CONTRATAÇÃO DE INOVAÇÃO: UM ESTUDO DA UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA ENTRE 2023 E 2024

Eduardo Felipe Pires¹

Vera Lucia Lelis Oliveira Calil²

RESUMO

Entre as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 – também conhecida como Lei de Licitações e Contratos -, encontra-se a modalidade licitatória denominada “Diálogo Competitivo”. Essa modalidade, possui como fulcro à aproximação dialógica entre a Administração Pública e os agentes privados licitantes, onde, mediante negociações mútuas, visa-se desenvolver soluções capazes de atender às necessidades do Estado. Por se tratar de um instituto inovador e complexo, o presente estudo possui como problema de pesquisa verificar como essa modalidade de licitação vem sendo utilizada pela Administração Pública. Para tanto, foram analisados processos licitatórios, publicados entre 2023 e 2024, que utilizaram o diálogo competitivo como instrumento de compra e contratação. A presente pesquisa pode ser classificada como sendo de natureza aplicada, com abordagem eminentemente qualitativa, com procedimento de estudo de caso, de método hipotético-dedutivo e com objetivo explicativo. A partir dos resultados obtidos, concluiu-se que a Administração Pública brasileira necessita de maturação para o uso efetivo da nova modalidade, uma vez constatado, pelos procedimentos analisados, pontos divergentes ou omissos ao conteúdo da Lei nº 14.133/2021.

Palavras-chave: Processo licitatório. Diálogo Competitivo. Inovação. Administração Pública.

¹ Aluno do 5º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica (PAIC 2023-2024). *E-mail:* Eduardo.pires@mail.fae.edu

² Orientadora da Pesquisa. Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da FAE Centro Universitário. *E-mail:* vera.calil@mail.fae.edu

INTRODUÇÃO

De maneira distinta do que ocorre na esfera privada, na qual os agentes econômicos escolhem livremente com quem estabelecerão relações jurídicas, a Administração Pública, regida por uma série de princípios constitucionais, submete-se, regra geral, a realizar um processo administrativo licitatório para selecionar àqueles com quem irá celebrar contratos, conforme art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Durante muitos anos, os processos licitatórios no Brasil foram alicerçados, sobretudo, pelo conteúdo presente na Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações) e na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão). No entanto, em abril de 2021, inaugurou-se³ um novo diploma para tratar acerca das contratações públicas: a Lei nº 14.133/2021, referenciada como Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A Lei nº 14.133/2021, além de reunir leis e atos infralegais, que até então estavam esparsos, também trouxe a figura de uma nova modalidade licitatória: o Diálogo Competitivo. Inspirada de forma significativa em diretivas europeias, a modalidade em questão visa propor diálogos entre a Administração Pública e o Mercado para desenvolver uma ou mais soluções para as suas necessidades.

O diálogo competitivo trata-se de um procedimento que possui características próprias, a começar pela definição do objeto a ser contratado. Diversamente do que ocorre nas outras modalidades de licitação, onde o objeto a ser contratado encontra-se definido em edital, o procedimento em questão inicia-se, justamente, porque a Administração Pública desconhece (ou possui pouco conhecimento) do objeto ou serviços que melhor preencheria sua necessidade. Nesse sentido, a ideia de flexibilizar o processo de contratação – por meio de diálogos com o mercado -, é justamente alinhar os interesses e expectativas da Administração Pública junto aos licitantes e, assim, de forma conjunta, construir a melhor solução para a demanda.

Há de se esperar, que o diálogo competitivo seja instrumento hábil capaz de propiciar ganhos de inovação e eficiência nas contratações da Administração Pública. Entretanto, também é preciso considerar que o uso do instrumento está repleto de desafios.

Nesse contexto, levando em consideração o caráter inovador da temática, é notória a necessidade de se obter uma melhor compreensão frente ao uso da nova modalidade. Para tanto, o presente estudo norteia-se pelo seguinte problema de pesquisa: Como a

³ Cabe ressaltar que a referida lei entrou em vigor no dia 01/04/2021, conforme preconiza o seu art. 194. Todavia, visando facilitar a adaptação da Administração Pública ao novo estatuto, a Medida Provisória nº 1.167/2023 prorrogou a obrigatoriedade da aplicação da Lei. 14.133/2021 para data de 30 de dezembro de 2023.

Administração Pública vem contratando por meio de processo administrativo licitatório, bens e serviços de inovação tecnológica e técnica na modalidade diálogo competitivo? Além disso, como hipótese a ser verificada, foi proposto: com base nos processos licitatórios analisados, a Administração Pública brasileira está preparada para a efetiva utilização da modalidade licitatório diálogo competitivo.

1 JUSTIFICATIVA E OBJETIVOS

Esta pesquisa teve a finalidade de contribuir com a excelência do estudo da modalidade de licitação preconizada na Lei nº 14.133/2021 – diálogo competitivo -, servindo de subsídio teórico e prático para a academia, sociedades proponentes no fornecimento de serviços, produtos e obras, bem como, a própria Administração Pública.

Pelo prisma acadêmico, esta pesquisa pode contribuir para a fomentação da discussão sobre o tema, o qual ainda é bastante incipiente no Brasil. Acredita-se que a temática em questão será cada vez mais abordada pela academia, na medida em que a modalidade diálogo competitivo passe a ser adotada com mais frequência pela Administração Pública. Para as sociedades proponentes de serviços, produtos e obras, este estudo poderá ampliar o entendimento do procedimento que estrutura a modalidade em questão. Na esfera da Administração Pública, esse estudo pode acabar servindo de subsídio para eventuais regulamentações federais, estaduais e municipais que venham a surgir no âmbito da Lei.14.133/2021, para corrigir possíveis lacunas e aspectos operacionais da modalidade diálogo competitivo.

Quanto aos objetivos do estudo, estes foram classificados em geral e específicos. O objetivo geral da pesquisa foi analisar como a Administração Pública brasileira está contratando bens e serviços de inovação, através da modalidade diálogo competitivo, entre 2023 e 2024. Por outro lado, para atender o objetivo geral, foram delineados os seguintes objetivos específicos: **i)** Descrever a modalidade diálogo competitivo presente nas Diretivas Europeias e no Estatuto das Licitações no Brasil, Lei nº 14.133/2021; **ii)** Analisar os processos licitatórios disponíveis nos portais da transparência, relativos à modalidade de licitação diálogo competitivo, 2023 e 2024.

2 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1 O DIÁLOGO COMPETITIVO E AS DIRETIVAS EUROPEIAS: UM BREVE HISTÓRICO

De antemão, é preciso reconhecer que a Lei nº 14.133/2021 - também conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos - ao implementar a figura do diálogo competitivo em seu texto, inspirou-se de forma contundente no direito comparado europeu. De tal feita, explorar na legislação europeia (mesmo que de forma breve) as principais características dessa modalidade, possibilitará uma melhor compreensão do instrumento, agora, presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primorosa pesquisa sobre o tema Rafael Lima de Oliveira (2021, p. 8) aponta que, no direito europeu, a premissa do diálogo competitivo advém de um processo de revisão da legislação europeia quanto às contratações públicas. Ainda em 1996, com a publicação do Livro Verde, ficou demonstrado a preocupação da Comissão das Comunidades Europeias em melhorar os meios de acesso ao mercado por um âmbito informacional⁴.

Tão logo, em 1998, a Comissão emitiu um novo comunicado apontando a necessidade de flexibilizar os procedimentos de formação de contratos, de modo a estimular o diálogo entre a Administração Pública e os seus fornecedores⁵. Segundo o comunicado, em muitas ocasiões a Administração Pública conhece as suas necessidades, mas se encontra inapta para elencar a melhor solução mercadológica, portanto, ao incentivar o diálogo entre os operadores, haveria um aprimoramento em relação à qualidade e eficácias das compras públicas.

⁴ “A Comissão reconhece que, dada a complexidade da maior parte dos projectos, que podem por vezes exigir soluções totalmente novas, pode revelar-se necessário proceder, antes da publicação do concurso, a um diálogo técnico entre as entidades adjudicantes e os parceiros privados interessados”. (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde: Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro**. Bruxelas: 27 de novembro de 1996, p. 36. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=EN>.) Acessado em: 12 de fevereiro de 2024.

⁵ “Inúmeras contribuições confirmaram ser correcta a constatação da Comissão de que, em particular nos mercados especialmente complexos e em evolução contínua como, por exemplo, no domínio da alta tecnologia, os adquirentes conhecem as necessidades do sector, mas ignoram a melhor solução técnica para as satisfazer. Nestes casos, portanto, é necessário proceder à discussão do contrato e a uma negociação entre adquirentes e fornecedores”. (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão: Os contratos públicos na União Europeia**. Bruxelas: 11 de março de 1998, p.07-08. Disponível em: http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-_143_final.PDF. Acessado em: 12 de fevereiro de 2024.

O primeiro documento que inclui oficialmente o diálogo competitivo como uma modalidade licitatória foi a Diretiva 2004/18/CE. Em seu art. 29, previu-se a possibilidade dos Estados-Membros utilizarem o diálogo concorrencial⁶ como recurso em contratos particularmente complexos⁷. Conforme comenta OLIVEIRA (2021, p.12), o foco da modalidade é conferir as entidades adjudicantes a possibilidade de obtenção de melhores resultados na formação dos contratos considerados complexos, visto que tal conduta não seria cabível pela via das modalidades tradicionais.

Em 26 de fevereiro de 2014 foi revogada a Diretiva 2004/18/CE com a aplicação da Diretiva 2014/24/EU. Na referida Diretiva, o diálogo competitivo não apenas foi mantido como também incentivado, haja vista seu sucesso em casos específicos de dificuldade da Administração Pública, como evidencia o Considerando (42) da Diretiva⁸.

Na diretiva 2014/24/EU, o diálogo competitivo deixa de ser facultativo e passa a ser obrigatório para os Estados-membros, devendo ocorrer a sua inserção nas legislações internas com obediência à maneira como ele foi regulamentado no Direito Europeu (Oliveira, 2021, p. 14). No art. 26 do documento, estão previstas as situações de cabimento do diálogo competitivo para aquisição de obras, fornecimentos ou serviços:

- (i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,
- (ii) os produtos ou serviços incluem a conceção 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 associadas,
- (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 aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII; (Parlamento e Conselho Europeu, 2014, p. 45)

Em análise ao texto supracitado, insurge a noção de que a viabilidade do diálogo está associada à escassez de informações que Administração Pública possui em relação aos agentes privados, tendo como consequência a dificuldade de definição do objeto, sua forma e até mesmo questões jurídicas e/ou financeiras relacionadas à contratação. Em

⁶ O direito português adota a terminologia “diálogo concorrencial”, enquanto os países de língua inglesa utilizam a expressão ‘*competitive dialogue*’. O Brasil adotou a tradução literal da expressão inglesa.

⁷ O Considerando (31) da Diretiva traz uma definição para contratos particularmente complexos. (PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Estrasburgo, 31 de março de 2004, p. 05. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018>. Acessado em: 15 de fevereiro de 2024.

⁸ PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Estrasburgo, 26 de fevereiro de 2014, p. 07. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>. Acessado em: 15 de fevereiro de 2024.

certa medida, o diálogo competitivo está atrelado à assimetria de informação existente entre a Administração Pública e o Mercado⁹.

O procedimento do diálogo competitivo europeu está previsto no art. 30 da Diretiva 2014/24/EU. Conforme dispõe Rafael Oliveira (2021, p.18) a modalidade é composta por etapas: a) a qualificação; b) o diálogo; c) e a apresentação e julgamento das propostas (fase competitiva).

A fase de qualificação diz respeito a etapa em que os candidatos interessados apresentam a candidatura, que deve ser feita dentro do prazo estabelecido. Esta fase é regida com base nos *motivos de exclusão* (art. 57º) e nos *critérios de seleção* (art. 58º). Os primeiros propõem a exclusão do licitante se o mesmo foi condenado por decisão final transitada em julgado com fundamento num dos seguintes motivos: participação em organização criminosa; corrupção; fraude; envolvimento com terrorismo e trabalho infantil.

Por sua vez, os critérios de seleção estão atrelados a atributos mínimos que a autoridades adjudicantes podem exigir do licitante. Segundo o art. 58º, item 1, os critérios podem estar relacionados com: a) habilitação para o exercício profissional: podendo solicitar que o licitante esteja inscrito em um dos registros profissionais ou comerciais no seu Estado-membro; b) capacidade econômica e financeira: podem exigir que o licitante possua um volume mínimo de negócios anual, bem como, a autoridade adjudicante pode solicitar informações relacionadas as demonstrações contábeis dos licitantes; c) capacidade técnica e profissional: pode ser imposto requisitos que assegurem que o licitante possua recursos humanos e técnicos, bem como, experiência necessária para garantir um nível de qualidade adequado na execução do contrato.

Vencida a fase de qualificação, a autoridade adjudicante convida os candidatos que preencheram os requisitos para a fase diálogo. É importante salientar que a autoridade adjudicante pode estabelecer um número máximo de candidatos a serem admitidos a etapa do diálogo. Nessa segunda fase, os candidatos qualificados participarão de

⁹ “O problema central das compras públicas é a chamada assimetria cognitiva. Esse é um problema identificado em todos os países do mundo. E que significa, simplesmente, a incapacidade intrínseca, a inviabilidade inerente a que o poder público conheça tão bem o objeto que ele vai contratar quanto o conhece o particular. A Administração não sabe o que ela vai contratar, não tem condições de avaliar com precisão as soluções mais acertadas, ajustadas e corretas. Isto é, se trata de uma inviabilidade inerente a estrutura das atividades da Administração Pública. Essa questão tem algo a ver com o diálogo competitivo, porque o diálogo competitivo reflete o reconhecimento de todas essas dificuldades; ele reconhece que em muitos casos a Administração por mais que planeje, por mais que se esforce, não vai conseguir identificar aquilo que ela precisa. Ela precisa, portanto, se conectar com o setor privado”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Instituto de Direito Público (IDP). **Diálogo Competitivo**. YouTube, 14/09/2020. Duração: 1:36:01. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TLEIZ4R_hIA&list=PLTjTq6txWIJYMfdUPDMFiKsJ8Le7Bp0 XqK&index=12)

discussões individualizadas com a Administração, buscando desenvolver uma solução adequada para o problema apresentado. Conforme dispõem o art. 30º, item 3 da Diretiva 2014/24/UE, a regência dos diálogos será pautada pelo sigilo das informações trocadas entre a Administração Pública e os licitantes. Além disso, é garantido a igualdade de tratamento para todos os participantes.

Depois de concluída a fase de diálogo com a escolha da solução (ou das soluções, uma vez que se pode escolher mais de uma solução), a Administração Pública solicita que os candidatos selecionados apresentem as suas propostas finais. A que se ater que, a autoridade adjudicante pode solicitar ajustes dessas propostas, desde que não alterem seus elementos fundamentais, tal como apontado no art. 30, item 6. A avaliação das propostas recebidas seguirá os critérios indicados no anúncio do concurso (art. 30, item 7).

Como bem destaca Oliveira (2021, p. 27), o comando do art. 30, item 1 da Diretiva de 2014, estabelece que “os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta a melhor relação qualidade/preço, nos termos do art. 67º, nº2”, fixando o vetor econômico que direcionará a escolha da proposta.

Por fim, o item 8, do art. 30º prevê a possibilidade da Administração Pública fornecer prêmios ou pagamentos aos participantes do diálogo que apresentarem soluções, mas não obtiveram êxito na adjudicação do contrato.

2.2 O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI Nº 14.133/2021

A modalidade de licitação diálogo competitivo foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Nº 14.133/2021, passando a integrar o rol das já conhecidas modalidades: concorrência, concurso, leilão e pregão.

Conforme consubstanciado em seu art.6º, inciso XLII, o diálogo competitivo serve para a “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”. Nessa perspectiva, a nova modalidade permite que a Administração Pública recorra ao Mercado e estructure uma contratação amoldada a solucionar especificamente um problema seu (Nohara, 2022, p. 278).

2.2.1 Das possibilidades em que se cabe o diálogo competitivo

As hipóteses em que o diálogo competitivo é cabível estão disciplinadas em dois incisos do art. 32 da Lei Nº 14.133/2021:

- I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
- II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; (BRASIL, 2021)

Didaticamente, Reisdorfer e Müller (2023, p. 196) separam as hipóteses de cabimento a partir de dois ângulos distintos: (i) condições intrínsecas ao objeto licitado, ou às circunstâncias de sua concepção; e (ii) condições extrínsecas ao objeto licitado, relacionadas com a definição da estratégia de contratar mais adequada. Além disso, os autores também destacam o caráter cumulativo dos requisitos presentes nas alíneas “a”, “b”, e “c”, do inciso I.

Em análise ao conteúdo do texto legal, Rafael Oliveira (2021, p. 32-33) salienta que a alínea *a* e *b* do inciso I, abordam situações em que a demanda da Administração Pública requer uma inovação¹⁰ tecnológica ou técnica¹¹.

A alínea *a*, refere-se a situação na qual o Estado busca, durante o processo licitatório, o mercado desenvolva aspectos tecnológicos ou técnicos específicos de um bem, serviço ou obra necessários à Administração Pública. Ou seja, não existe uma solução prontamente disponível no mercado para atender às necessidades da Administração.

Por seu turno, a alínea *b* se refere as situações nas quais a Administração Pública encontra soluções disponíveis no mercado, porém, essas alternativas não atendem às suas necessidades sem a realização de adaptações¹². Em certa medida, percebe-se que

¹⁰ Sobre o conceito de inovação, a Lei. 14.973/2004 (Lei de inovação) traz a seguinte definição em seu art. 2º, IV: “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho” (Brasil, 2004).

¹¹ a tecnologia permite conhecer a realidade para modificá-la, enquanto é a aplicação da técnica que produz a efetiva modificação da realidade, o que demonstra uma linha tênue (ou um continuum) para distinção dos dois conceitos.

¹² Por exemplo: imagine que o Poder Público precise de um *software* e observe que no mercado há diversos que têm a função de realizar o que deseja a Administração, mas, para tanto, necessitam de certo nível de adaptação (Oliveira, 2021, p. 32).

a alínea *b* acaba estando contida na alínea *a*, uma vez que a adaptação que aperfeiçoa também se caracteriza como inovação.

A alínea *c*, está relacionada com alínea *b*, pois aborda as situações onde o Poder Público constata que há opções no mercado, mas não consegue ter a precisão necessária para definir o bem, o serviço ou a obra no termo de referência ou no projeto básico (Oliveira, 2021, p. 33). Tratam-se de necessidades que envolvam customizações complexas, atreladas a uma levada assimetria de informações, que justificarão o recurso ao diálogo competitivo (Reisdorfer; Müller, 2023, p. 198).

O conteúdo presente no inciso II, do art.32, trata das condições extrínsecas do objeto licitado, conforme as categorias definidas por Guilherme Reisdorfer e Nicole Muller. A alínea *a* do inciso II, vai de encontro com a alínea *c* do inciso I, pelo fato da Administração Pública reconhecer a disponibilidade de soluções no mercado, mas opta por uma abordagem de diálogo durante o processo de licitação, visando identificar a solução técnica mais apropriada. Em sequência, a alínea *b*, do inciso II, tratar-se-ia de hipótese onde a Administração Pública já tem uma solução definida, mas ainda busca o diálogo para esclarecer certos aspectos técnicos (Oliveira, 2021, p. 33).

Por fim, a alínea *c* propõem o diálogo para tratar de contratos complexos que exijam a negociação de aspectos financeiros e jurídicos. Sob tal perspectiva, Soliano (2021) ressalta: “um contrato com objeto complexo, cuja execução demanda um arranjo econômico-financeiro complexo e uma arquitetura jurídica complexa, tem muito a ganhar com essa etapa negocial”.

2.1.2 Do procedimento do Diálogo Competitivo

O procedimento do diálogo competitivo encontra-se no §1º do art. 32, inciso I ao XI da Lei nº 14.133, de 2021. De maneira análoga aos ditames presentes na Diretiva 2014/24/EU, também se depreende em três fases: a) pré seleção; b) o diálogo; c) a fase competitiva (Oliveira, 2021, p. 37).

a) Primeira Fase: A pré seleção dos Licitantes (Art. 32, §1º, incisos I, II, XI)

A etapa inicial do processo licitatório ocorre com a formação de uma comissão de pelo menos três agentes públicos, que serão responsáveis por conduzir o procedimento do diálogo, conforme preconiza o inciso XI, do §1º, do art. 32. Não obstante, o mesmo inciso também determina que a Administração possui autonomia para contratar outros profissionais a fim de fornecer assessoramento técnico à comissão de contratação.

Formada a comissão, a Administração deve publicar¹³ um edital que detalhe suas necessidades, as exigências eventualmente já estabelecidas e os critérios a serem considerados para a pré-seleção dos participantes do certame, como menciona o §1º, incisos I e II do art. 32. O prazo mínimo para que os candidatos manifestem interesse na licitação é de 25 dias úteis.

De acordo com Rafael Oliveira (2021, p. 40), à que se considerar que a modalidade do diálogo competitivo se licita por solução, e não por especificação. Nesse aspecto, quando da abertura do edital, a Administração Pública se limita a apresentar as necessidade e exigências mínimas eventualmente eleitas para a solução do problema. Assim, no início desse processo, o contratante terá, no máximo, um anteprojeto, que consiste em uma peça que inclui elementos essenciais para a elaboração de um projeto, em consonância estabelecido pelo art. 6º, XXIV, da Lei Nº 14.133/2021.

Conforme visto no capítulo 2.1, o modelo Europeu utiliza como seleção dos candidatos os critérios previstos no seu art. 58º da Diretiva 2014/24/EU. No caso brasileiro, segundo a leitura de Oliveira (2021, p. 41-42), seus equivalentes estão dispostos nos artigos 66, 67 e 69, sendo respectivamente: a) habilitação jurídica, b) habilitação técnica e c) habilitação econômico-financeira.

Destaca-se que a fase de pré seleção do dialogo competitivo brasileiro não é competitiva, mas meramente niveladora, ao passo que o edital prevê os parâmetros minimamente aceitáveis para que o licitante possa contribuir na concepção da solução e, caso vença a etapa competitiva, apresente condições técnicas e econômico-financeiras adequadas para a execução do contrato.

Por fim, ainda cabe dizer que, ao contrário do que se encontra na Diretiva 2014/24/EU, que permite a definição de um número máximo de candidatos (art. 30º, item 1), a Lei. 14.133/2021 não estabeleceu restrição quanto ao número de candidatos qualificados, como relata em seu art.32, §1, inciso II: “serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos”.

b) Segunda Fase: A fase do Diálogo (art. 32, §1º, incisos III, IV, V, VI, VII e VIII)

Na segunda fase do processo, a Administração Pública deve iniciar um diálogo individual com cada licitante pré selecionado. Como bem nos explica Vitor Soliano:

A fase dialógica pode e deve ser vista como uma etapa de negociação entre os particulares habilitados e o poder público. A operacionalização adequada do diálogo competitivo demandará que as reuniões entre Administração e particular não se resumam em apresentações unilaterais destes. É esperado, e positivo, que

¹³ A publicação desse edital deve ser feita “em sítio eletrônico oficial”, que pela nova lei (art. 174, *caput*) é o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

os encontros sejam marcados por diálogos francos e abertos, nos quais tanto a Administração quanto os particulares apresentem propostas e contrapropostas, apontem vícios, equívocos, excessos, insuficiências, expectativas irrealistas, realidades mercadológicas e técnicas etc. (Soliano, 2021)

Estruturalmente, a Lei nº 14.133/2021 em seu § 1º, inciso III, do art.32, determina que o diálogo com os candidatos deve ser realizado de forma isonômica, ficando vedado a divulgação de informações de forma discriminatória que implique vantagem ou desvantagem para algum dos candidatos. Além disso, a lei prevê o resguardo da proteção dos interesses dos candidatos, na medida que veda à Administração Pública divulgar informações concedidas por um participante, - acerca da solução por ele proposta - para os demais participantes (§1º, inciso IV, art. 32). Conforme aduz Rafael Oliveira:

O motivo desse sigilo é incentivar os licitantes a entregarem o que eles têm de melhor em suas soluções. Só com a garantia do sigilo os concorrentes sentir-se-ão à vontade para propor à Administração bons projetos. Se soubessem que o Poder Público poderia entregar ao mercado as suas propostas de solução, os competidores não se sentiriam suficientemente confortáveis a abrir suas melhores ideias para o Estado contratante. (Oliveira, 2021, p. 45)

Para resguardar a transparência do procedimento o inciso VI do §1º do art. 32 dispõem que “as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo”. Este material, ao tempo do encerramento do diálogo, deve ser juntado aos autos do processo licitatórios (art.32, §1ª, VIII, da Lei Nº 14.133/2021).

O inciso VII, §1º, do art. 32, faculta a Administração Pública estabelecer em edital que a etapa de diálogo possuirá subfases. Essa característica, pode possibilitar o afunilamento das discussões, a fim de que se enxerguem a melhor ou as melhores soluções para o interesse público (Oliveira, 2021, p.46)

Por fim, conforme o disposto no art. 32, inciso V, do §1º da Lei Nº 14.133/2021, a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, encontre a solução ou soluções para as suas necessidades. Isto é, não existe um limite estabelecido para o número de soluções a serem selecionadas.

c) Terceira fase: A fase competitiva (art. 32, §1º, VIII, IX e X)

Selecionada a melhor solução (ou soluções), inicia-se a etapa competitiva, na qual as propostas são apresentadas e avaliadas para a subsequente adjudicação do contrato. Esta nova etapa é inaugurada pela publicação de um novo edital que contenha as especificações das soluções escolhidas e os critérios de julgamento das propostas. Os licitantes que passaram pela primeira fase do processo têm um prazo de sessenta dias úteis para apresentar suas propostas (conforme estipulado no art. 32, §1º, inciso VIII).

Como reitera Oliveira (2021, p. 47), o novo edital está restrito apenas aos licitantes que foram qualificados na primeira fase¹⁴. A restrição em permitir a participação, na fase competitiva, apenas dos candidatos que estiveram presentes na fase do diálogo, trata-se de um estímulo aos competidores na apresentação da solução. Em uma situação alternativa, na qual a fase competitiva estivesse acessível a candidatos não previamente qualificados, poderia ocorrer um desestímulo ao Mercado. Nesse cenário, os potenciais concorrentes talvez não optassem por participar ativamente no desenvolvimento de soluções, uma vez que poderiam ganhar a licitação ao participar exclusivamente da fase final.

Ainda, evidencia-se que a legislação brasileira não tratou da obrigatoriedade de que os licitantes pré selecionados apresentem uma solução minimamente aceitável. Sob esse aspecto, Rafael Oliveira (2021, p. 48) sugere que o instrumento convocatório que chama os interessados para a pré seleção, seja capaz de impor ao licitante o compromisso de contribuir na formulação de opções viáveis para atender à demanda pública, estando sujeito a exclusão do certame no caso de descumprimento.

As propostas apresentadas pelos candidatos estão sujeitas a esclarecimentos e ajustes, por parte da Administração Pública, devendo observar a isonomia de tratamento, evitando qualquer prejuízo ou favorecimento a algum licitante (conforme aduz o inciso IX, §1º, do art. 32). Por fim, o inciso X, §1º, do referido diploma, determina que a proposta será selecionada conforme os critérios estabelecidos no edital que iniciou a fase competitiva, respeitando o critério de vantajosidade como vetor da escolha.

2.1.3 Do critério de seleção da proposta

Diferentemente do modelo europeu que, em seu art. 30º, item 1, da Diretiva 2004/24/UE, determina que os contratos serão adjudicados (escolha da proposta) tendo em conta a melhor relação qualidade/preço, o Brasil não apresenta de maneira expressa qual o critério que deverá ser utilizado no procedimento do diálogo competitivo presente no seu marco legal.

Acerca do assunto, o doutrinador Rafael Oliveira destaca que a lei brasileira em seus incisos VIII e X do §1, do art.32 faz uso da expressão “vantajosa” para se referir ao critério de seleção da proposta. Nesse sentido, pela extensão que pode ser atribuída ao termo, o critério de seleção das propostas poderia se qualquer um dos previstos no art. 33 da Lei Nº 14.133/2021. Por outro lado, o art. 36, §1º, inciso V, salienta que o critério de julgamento técnica e preços é adequado para as licitações que visam contratar:

¹⁴ O próprio inciso VIII do §1º do art. 32 cita que o edital vem para “abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para que os licitantes **pré-selecionados** na forma do inciso II deste parágrafo apresentem suas propostas” (grifo nosso).

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação (Brasil, 2021).

Em análise ao conteúdo do dispositivo, nota-se que o conjunto de situações presentes no texto possuem características propícias do objeto da modalidade dialógica, isto é, variabilidade das soluções e das alternativas de execução (Oliveira, 2021, p. 53). Demonstrando assim, que o critério que melhor se apresenta, como vetor direcionador da proposta, é o de técnica e preço.

3 METODOLOGIA

3.1 CLASSIFICAÇÃO METODOLÓGICA

A metodologia consiste no conjunto de métodos e técnicas que serão utilizados para conduzir a pesquisa. Ou seja, trata-se um roteiro apoiado em procedimentos lógicos, no intuito de se alcançar uma verdade científica (Matias-Pereira, 2019, p. 41).

Assim sendo, a este estudo atribui-se a natureza de pesquisa aplicada, pois como delimita Gerhardt e Silveira (2009, p. 34): “objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos”.

Quanto aos objetivos, podem ser exploratórias, descritivas e explicativas (Gil, 2002, p. 41). Para este estudo, optou-se por uma pesquisa explicativa, pois este tipo de pesquisa preocupa-se em identificar os fatores que determinam ou que contribuem para ocorrência dos fenômenos (Gil, 2002, p. 42).

Por sua vez, a abordagem da pesquisa pode se dar de maneira qualitativa ou quantitativa. Enquanto a pesquisa qualitativa preocupa-se em analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade de determinados comportamentos, fornecendo análise mais detalhada sobre investigações, hábitos e atitudes (Marconi; Lakatos, 2022, p. 332), a pesquisa quantitativa, na concepção de Richardson (2012, p. 70), “caracteriza-se pelo emprego da quantificação tanto nas modalidades de coleta de informações, quanto no tratamento delas por meio de técnicas estatísticas”. Diante disso, para este estudo, optou-se pela abordagem eminentemente qualitativa.

Este estudo, utilizou o método hipotético-dedutivo, que na concepção de Gil consiste na adoção da seguinte linha de raciocínio: “enquanto no método dedutivo se procura a todo custo confirmar a hipótese, no método hipotético-dedutivo, ao contrário, procuram-se evidências empíricas para derrubá-la” (Gil, 2019, p. 13).

Por conseguinte, o procedimento adotado foi o Estudo de Caso, que nas palavras de Fonseca: “pode ser caracterizado como um estudo de uma entidade bem definida como um programa, uma instituição, um sistema educativo, uma pessoa, ou uma unidade social. Visa conhecer em profundidade o como e o porquê de uma determinada situação que se supõe ser única em muitos aspectos” (Fonseca, 2002, p. 33).

3.2 COLETA E ANÁLISE DOS DADOS

Os dados primários foram obtidos a partir dos documentos publicados em Portais da Transparência dos órgãos e entidades e no Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP). Por sua vez, os dados secundários foram extraídos por intermédio das doutrinas, artigos científicos e da legislação exaustivamente descrita no capítulo 2.

Para a análise dos dados será utilizada a técnica de Análise de Conteúdo, que consiste em: “um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos, sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas Mensagens” (Bardin, 1977, p. 43).

Para a consecução da Análise de Conteúdo preconizada acima, foram realizadas as seguintes etapas:

A) Coleta dos procedimentos licitatórios utilizados na modalidade diálogo competitivo como instrumento de contratação.

Realizou-se um levantamento no Diário Oficial da União utilizando a palavra-chave “diálogo competitivo” como pesquisa. Após a análise dos resultados obtidos, foi possível identificar a publicação de alguns avisos de licitação com o uso da modalidade. Ao todo, foram encontrados quatro processos, vinculados aos seguintes órgãos e entidades: i) Centro de Lançamento de Alcântara, ii) Prefeitura Municipal de Salto Grande, iii) Embratur e iv) Conselho Regional de Administração do Espírito Santo.

Além disso, também foram realizadas buscas no Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), onde foram encontrados dois processos que utilizaram a modalidade diálogo competitivo. O primeiro, se tratava do já conhecido certame do Conselho Regional de Administração do Espírito Santo. O segundo, se tratava de um processo

licitatório aberto pela Prefeitura Municipal do Rio Grande (RS), que não foi encontrado nas pesquisas feitas no site do Diário Oficial da União.

Posteriormente a essas buscas, efetuou-se consultas aos Portais da Transparência dos respectivos órgãos e entidades, almejando coletar maiores informações e documentos sobre os certames (como por exemplo: editais, anexos, termos de referências, esclarecimentos, atas, contratos firmados, dentre outros).

Ao todo, a amostra de processos licitatórios que foram objeto deste estudo é composta por 5 (cinco) Casos, conforme Tabela 1.

TABELA 1 – Processos licitatórios que utilizaram o diálogo competitivo como modalidade de contratação

Caso	Data da Publicação	UF	Órgão
Caso 1	09/05/2023	MA	Centro Espacial de Alcantara
Caso 2	15/06/2023	SP	Prefeitura Municipal de Salto Grande
Caso 3	15/06/2023	DF	Embratur
Caso 4	09/02/2024	ES	Cons. Regional de Administração do Espírito Santo
Caso 5	25/04/2024	RS	Prefeitura Municipal do Rio Grande

FONTE: Os autores (2024)

Nota: O endereço para acesso aos documentos produzidos durante o processo licitatório de cada caso consta no sub capítulo 6.2 (endereços eletrônicos) que compõe as Referências.

B) Análise do procedimento licitatório sob o prisma da Lei nº 14.133/2021 e da doutrina especializada.

Com a pretensão de verificar como a Administração Pública vem utilizando da modalidade diálogo competitivo, elaborou-se um conjunto de 15 questões (itens), baseando-se no texto da Lei Nº 14.133/2021 e também na bibliografia consultada sobre a temática. A concepção do conteúdo das questões foi direcionada pela disponibilidade de documentos fornecidos pela Administração, pautando-se pelos seguintes aspectos: estrutura e conteúdo dos editais (e demais documentos), execução das etapas do procedimento, transparência, e satisfação da necessidade pública.

TABELA 2 – Conjunto de questões para cada etapa do procedimento

Fase	item	Descrição
Pré seleção	P1	Foi instituída a comissão de contratação para conduzir o procedimento licitatório, conforme art. 32, §1º, XI da Lei nº 14.133/2021?
	P2	Os documentos elaborados pela Administração Pública, durante o certame, foram publicados no Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), em consonância com o art.174 da Lei nº 14.133/2021?
	P3	O edital apresenta os elementos mencionados no inciso I, §1ª, art. 32, da Lei nº 14.133/2021: “necessidades” e “exigências”?
	P4	O edital inclui uma justificativa para a escolha do diálogo competitivo como modalidade de licitação?
	P5	A necessidade identificada pela Administração Pública, que ensejou a abertura do certame, se enquadra nas hipóteses de cabimento do art.32, I e II da Lei nº 14.133/2021?
Diálogo	P6	Todos os candidatos selecionados para a fase de diálogo tiveram a oportunidade de apresentar suas soluções?
	P7	O edital apresenta os critérios que serão utilizados para a seleção das soluções?
	P8	Os diálogos ocorreram de forma individual, respeitando o sigilo do processo?
	P9	As sessões de diálogo foram devidamente registradas em atas e gravações, conforme art. 32, §1º, VI, da Lei nº 14.133/2021?
	P10	Após a fase de diálogo com os licitantes, o objeto foi delimitado?
Competitiva	P11	Após o encerramento da fase de diálogo, os candidatos foram formalmente convidados a apresentar suas propostas, conforme art. 32, §1º, VIII, da Lei nº 14.133/2021?
	P12	Houve necessidade de esclarecimentos ou ajustes na proposta, conforme art. 32, §1º, IX, da Lei nº 14.133/2021?
	P13	As propostas foram avaliadas com base nos critérios estabelecidos na fase competitiva, conforme art. 32, §1º, X, da Lei nº 14.133/2021?
	P14	Houve definição de cláusulas contratuais com mecanismos de monitoramento e avaliação?
	P15	A necessidade identificada pela Administração Pública foi satisfeita?

FONTE: Os autores (2024)

4 DIÁLOGO COMPETITIVO: O USO DA MODALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Os ganhos de inovação e eficiência que o instrumento diálogo competitivo pode propiciar para a Administração Pública estão diretamente atrelados a seriedade e a capacidade para se licitar via tal modalidade (Marrara, 2017; Reisdorfer, 2023). Sob tal enfoque, diversos são os doutrinadores que realizaram apontamentos quanto aos desafios que permeiam a utilização do novo instrumento (Fernandes, 2021; Lima, 2021; Soliano, 2021; Pavione, 2022, p. 88; Rocha, 2023, p. 12; Cabral; Melo, 2023, p. 357), que vão desde uma perspectiva procedimental (no tocante a novidade e complexidade do procedimento, a capacidade e preparo do Poder Público para executá-lo, bem como, o grau de discricionariedade atribuído as fases), até questões relacionadas a onerosidade e tempo necessário para a – possível – contratação.

Diante de tais perspectivas, o presente estudo ambicionou verificar como a Administração Pública brasileira vem utilizando a modalidade diálogo competitivo. De antemão, é preciso dizer que não se pretende construir uma resposta definitiva, pois a modalidade em questão se trata de uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro e demandará tempo para ser pragmaticamente experimentada e avaliada. Além disso, a análise realizada está delimitada pelas informações documentais disponibilizadas pela Administração Pública, o que restringe a possibilidade de uma inferência mais apurada quanto a utilização do diálogo competitivo. De todo modo, são estes documentos que serviram de fonte para responder os itens da Tabela 2.

Isto posto, as tabelas 3, 4 e 5, apresentam as respostas obtidas nos cinco editais (Casos) em estudo. Em análise a tabela 3, que compreende as informações pertinentes a fase de pré seleção, extrai-se que o Caso 2 foi o único processo que não foi possível identificar se houve ou não a criação da comissão de agentes públicos, nos termos do item P1. Em relação ao item P2, constata-se que os documentos produzidos durante o processo licitatório não estão sendo publicados no Portal Nacional de Compras Públicas, contrariando o que dispõem art. 174 da Lei nº 14.133/2021.

Quanto a disposição do item P3, nota-se uma carência de informações em praticamente todos os editais. É compreensível que a ideia do diálogo competitivo esteja justamente pautada em um déficit de informações que a Administração Pública possui frente a sua necessidade, mas é imprescindível que ao realizar a abertura de um processo licitatório na modalidade diálogo competitivo, um conjunto mínimo de informações e exigências esperadas sejam fornecidas aos licitantes. Em outra dimensão, o esclarecimento quanto a necessidade da Administração cumpre, em certa medida, papel de justificar, para a população, o porquê da abertura de tal processo licitatório.

Em consonância com o item antecessor, o item P4, ainda que não possua previsão legal taxativa para sua realização, reforça um caráter transparente e lúcido ao procedimento, pois como nos ensina Irene Nohara (2022, p. 280): não podem ser obscuros os objetivos e as necessidades da Administração quando da escolha do emprego da modalidade diálogo competitivo.

Por seu turno, o item P5 talvez seja o mais difícil de se colocar em análise, seja pela limitação de informações presente nos documentos coletados ou pela discricionariedade interpretativa que os agentes públicos realizaram ao dispositivo legal¹⁵. Para os cinco casos em análise, apenas o Caso 2 foi considerado como inviável para a modalidade, em vista a precariedade de informações fornecidas (no edital), quanto a real necessidade do órgão – que se ampara, de maneira sintética e indefinida, na expressão “elaboração de projeto”.

Por outro lado, entendeu-se que os demais casos se enquadraram nas hipóteses do art. 32, incisos I e II, uma vez que: o Caso 1 buscou a modernização de equipamentos e sistemas de meteorologia; o Caso 3 buscou solução tecnológica de conectividade digital capaz de lidar com grandes volumes de dados; o Caso 4 buscou a contratação de pessoa jurídica especializada em reforma predial para a modernização da sede do CRA-ES. Foi justamente devido a palavra modernização que o Caso 4 foi considerado cabível nas hipóteses do art. 32, I e II (de todo modo, não restaria dúvida se o Caso 4 tivesse cumprido com o disposto nos itens P3 e P4); finalmente, o Caso 5 buscou uma solução tecnológica de um sistema de gestão e administração pública integrado.

Em relação ao tema disposto nos itens P4 e P5, é interessante compreendê-los sob o direcionamento dado por Reisdorfer e Müller (2023, p. 199-203). Segundo os autores, o cabimento do diálogo competitivo não deve ser realizado apenas pelo enquadramento no art. 32, I e II, mas também sob a ótica do planejamento da contratação, isto é, analisar comparativamente, as vantagens, custos e riscos com outros mecanismos de contratação.

¹⁵ Sob tal aspecto, cumpre destacar a lição trazida por Lucas Pavione (2022) ao comentar sobre a pesquisa realizada por Mars e Olivier (2012) quanto ao uso do diálogo competitivo na França. Segundo o autor, o país europeu ao realizar a emissão de orientações referente ao emprego do diálogo competitivo propiciou um amadurecimento dos agentes estatais e econômicos frente ao uso do procedimento. No Brasil, isso ainda é uma prática alheia a nossa realidade.

TABELA 3 – Conjunto de itens pertinentes a fase de Pré-seleção

Fase	item	Caso 1	Caso 2	Caso 3	Caso 4	Caso 5
Pré seleção	P1	S	-	S	S	S
	P2	N	N	N	S	N
	P3	N	N	S	N	S
	P4	N	N	S	N	S
	P5	S	N	S	S	S

FONTE: Os autores (2024)

Nota: “S” significa sim; “N” significa não; “-” significa que a informação não foi obtida.

Conforme evidenciado nas tabelas 4 e 5, dentre os cinco processos licitatórios analisados, o Caso 3 foi o único que chegou a fase de diálogo e, posteriormente, a fase competitiva. Isso, porque: o Caso 1 foi suspenso antes mesmo da realização da pré-seleção dos candidatos. O Caso 2, não se obteve qualquer outra informação do seu andamento além da publicação do primeiro (e único) edital. O Caso 4, se encerrou na fase de pré-qualificação onde nenhum candidato obteve êxito para prosseguir na fase de diálogo. Por sua vez, o Caso 5 ainda estava em andamento quando da realização desta pesquisa - mais precisamente na análise dos documentos enviados pelos licitantes na fase de pré-seleção.

Dessa maneira, para responder os itens que compreendem a fase dialógica, utilizou-se de três documentos publicados no Caso 3 (Embratur): i) “Edital nº1/2023” publicado no dia 14/06/2023; ii) “Ata de reunião” publicada no dia 17/08/2023 e o iii) “Relatório Final nº01/2024” publicado no dia 16/02/2024.

TABELA 4 – Conjunto de itens pertinentes a fase de Diálogo

Fase	item	Caso 1	Caso 2	Caso 3	Caso 4	Caso 5
Diálogo	P6	-	-	S	-	-
	P7	-	-	S	-	-
	P8	-	-	S	-	-
	P9	-	-	S	-	-
	P10	-	-	S	-	-

FONTE: Os autores (2024)

Foi atribuído “sim” para todos os itens, demonstrando que o procedimento licitatório seguiu as diretrizes estabelecidas pela legislação e as melhores práticas para o andamento do diálogo. Das duas empresas licitantes selecionadas na fase de pré-seleção, ambas puderam dialogar (e dialogaram) para a construção das soluções, conforme o item P6. Em análise ao item P7, a comissão estabeleceu de forma clara, no tópico 13.5 do edital, os critérios a serem utilizados na avaliação das soluções, sendo

eles: a) inovação e criatividade, b) sustentabilidade e eficiência, c) viabilidade técnica e operacional e d) viabilidade financeira.

O cumprimento do item P8 no procedimento, assegurou que cada candidato pudesse compartilhar suas ideias livremente, sem o risco de ter suas estratégias expostas aos concorrentes, promovendo a originalidade e a inovação. Por sua vez, o item P9 se deu por realizado, conforme o tópico 3.1 do Relatório Final, permitindo uma maior transparência ao procedimento, na medida em que esse material¹⁶¹⁷ poderá ser auditado e analisado pelos meios de controle previstos na Lei nº 14.133/2021.

Em relação ao item P10, sua realização significa dizer que as necessidades da Administração Pública foram definidas e, sobretudo, delimitadas. Isto demonstra que o diálogo foi efetivo para delimitar o objeto (vide tópico 3.5 do Relatório Final), permitindo, assim, que os licitantes apontem suas propostas para suprir a necessidade identificada.

Encerrada a análise da fase dialógica, passemos para a fase competitiva presente na tabela 5. Como já mencionado, apenas o Caso 3 chegou a esta fase.

TABELA 5 – Conjunto de itens pertinentes a fase Competitiva

Fase	item	Caso 1	Caso 2	Caso 3	Caso 4	Caso 5
Competitiva	P11	-	-	-	-	-
	P12	-	-	-	-	-
	P13	-	-	-	-	-
	P14	-	-	-	-	-
	P15	-	-	-	-	-

FONTE: Os autores (2024)

No tópico 13.4 do Edital nº 1/2023, publicado em 14/06/2023 pela Embratur, consta que após encerrado a fase de diálogo, seria apresentado novo edital para a realização da competição, em consonância com a Lei Nº 14.133/2021, entretanto, não

¹⁶ O Relatório Final (Caso 3) que foi utilizado como fonte de informações, em seu tópico 3.1, salienta que os arquivos com as gravações estão disponíveis no Sistema Eletrônico de Informações (SEI). Neste íterim, foi realizado tentativa de cadastro ao SEI da Embratur para acessar as gravações e demais documentos do processo, mas não se obteve êxito. Por conseguinte, foi encaminhado um pedido de esclarecimento à ouvidoria da Embratur (Protocolo: 72020.001401/2024-35), solicitando uma forma de cadastro ao SEI ou o acesso direto as gravações. Até o fim desta pesquisa não foi obtido resposta da ouvidoria.

¹⁷ Ainda sobre a discussão, reitera-se que a transparência é um dos princípios que regem a Administração Pública, e a dificuldade de acesso à essas informações é uma forma de afastamento de tal princípio. A própria Lei nº 14.133/2021, em seu art. 25, § 3º, aduz: “Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso”. Em outro giro, há que se suscitar que, a Administração Pública, em certa medida, deverá preservar a confidencialidade dos diálogos, especialmente quando as soluções buscadas envolverem informações sigilosas dos licitantes. Nesse âmbito, surge a necessidade de se estabelecer parâmetros capazes de conciliar a transparência e a confidencialidade na execução do certame.

foi encontrado esse documento entre os disponibilizados pela empresa, de modo a não atingir o preconizado no item P11.

No que concerne ao item P12, não foi possível obter informações sobre a realização de ajustes e esclarecimentos pertinentes as propostas. Em relação ao item P13, o Relatório Final menciona que os critérios técnicos que balizaram a escolha da melhor proposta estavam contidos no Anexo I do Termo de Referência, todavia, não foi possível obter acesso ao Termo, pois também se encontrava no SEI da Embratur.

Por fim, os itens P14 e P15 estão relacionados, respectivamente, ao contrato estabelecido entre a Administração Pública e os licitantes, bem como, ao sucesso final do processo licitatório. Novamente, não foi possível obter informações sobre o item P14, uma vez que não foi obtido acesso ao contrato (no tópico 5.3 do Relatório Final consta apenas a recomendação para que a contratação seja realizada).

Do mesmo modo, para responder ao item P15, seria necessário saber se o contrato realmente foi firmado e, por conseguinte, se a solução empreendida satisfizesse a necessidade identificada pela Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirado no direito europeu, o diálogo competitivo chega ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 14.133/2021, representando uma inovação significativa na forma de contratação pública. Este novo procedimento foi projetado para permitir um maior grau de flexibilidade e interação entre a Administração Pública e o Mercado, visando à obtenção de soluções mais eficientes e inovadoras para as necessidades do Estado.

Conforme exposto, antes mesmo de sua efetiva implementação, o diálogo competitivo já era objeto de debate entre os doutrinadores brasileiros, que fomentavam os benefícios e desafios que a nova modalidade traria consigo.

Nessa direção, a presente pesquisa buscou investigar como a Administração Pública brasileira vem utilizando o **diálogo competitivo para contratar**. Por meio da aplicação de um conjunto de 15 questões (itens) buscou-se avaliar a execução de 5 procedimentos licitatórios que utilizaram o diálogo competitivo.

Os resultados obtidos demonstraram que alguns dos apontamentos realizados pelos doutrinadores realmente se perfizeram. A ausência de cumprimento ao art. 174, da Lei Nº 14.133/2021, tornou os procedimentos menos transparentes, na medida em que o acesso aos documentos produzidos ao longo do certamente foi demasiadamente dificultoso.

Em algum dos casos analisados (Caso 1, 2 e 4), o edital que dá abertura ao procedimento licitatório padece de uma certa carência informacional em sua estrutura, como: falta de justificativa para o uso do diálogo competitivo e a ausência de uma maior elaboração quanto às necessidades e pretensões da Administração Pública frente ao objeto.

Como evidenciado, apenas um dos casos (Caso 3: Embratur) chegou a fase de diálogo e, posteriormente, a fase competitiva. Apesar da não obtenção de acesso as gravações realizadas durante o diálogo com os licitantes - o que conferiria uma maior inferência ao estudo – considerou-se que o Caso 3 cumpriu com os itens pertinentes a fase dialógica. Por sua vez, a análise da fase competitiva ficou prejudicada devido a não obtenção do contrato firmado entre a entidade pública e os licitantes selecionados.

Diante do exposto, fica evidente que a efetiva execução da nova modalidade licitatória perpassa pela capacidade dos agentes públicos em realizá-la. Nesse sentido, entende-se necessário que a Administração Pública passe a emitir orientações claras sobre quando e como utilizar o diálogo competitivo, detalhando a condução do processo, desde a fase de pré-seleção até a finalização do contrato. Além disso, realizar capacitações e treinamentos específicos para os gestores públicos e técnicos **é tarefa essencial**. Não obstante, reitera-se a imprescindibilidade de tornar o procedimento do diálogo competitivo mais transparente, sobretudo ao acesso dos documentos produzidos ao longo do certame. **É dessa forma que a Administração Pública estará apta a utilizar a modalidade licitatória diálogo competitivo.**

Mediante a essas colocações, e ressalvadas as proporções e pretensões da presente pesquisa, conclui-se que a hipótese proposta, não foi confirmada.

Por fim, como sugestões de trabalhos futuros, recomenda-se realizar uma nova pesquisa, com os mesmos moldes dessa, mas com um número maior de Casos a serem analisados. Ainda, uma pesquisa comparatória do uso do diálogo competitivo na Europa e no Brasil, demonstrando as principais diferenças e semelhanças quanto ao objeto, a forma e os resultados.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO INTERNACIONAL DE TURISMO. **Transparência**: editais. Distrito Federal, jun. 2023. Disponível em: <https://sites.google.com/embratur.com.br/editais?usp=sharing>. Acesso em: 20 dez. 2023.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 11 out. 2024.

CABRAL, F.; MELO, L. O diálogo competitivo e os desafios para sua plena eficácia. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 10, n. 2, p. 348-367, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/211596>. Acesso em: 2 mar. 2024.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão**: Os contratos públicos na União Europeia. Bruxelas, 11 mar. 1998. p. 8. Disponível em: http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-_143_final.PDF. Acesso em: 12 fev. 2024.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde**: os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro. Bruxelas, 27 nov. 1996. p. 36. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=EN>. Acesso em: 12 fev. 2024.

FERNANDES, D. G.; FULLER, A. Estamos preparados para o diálogo competitivo? **Machado Meyer Advogados**, 31 maio 2021. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso/estamos-preparados-para-o-dialogo-competitivo>. Acesso em: 22 dez. 2023.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA. **Diálogo competitivo 001/CLA/2023 - modernização dos equipamentos e sistemas de meteorologia para desenvolvimento do Centro Espacial de Alcântara – CEA**. Maranhão, maio 2023. Disponível em: <https://www2.fab.mil.br/licitacoesecontratos/index.php/cla/9700-dialogo-competitivo-001-cla2023-modernizacao-do-radar-meteorologico>. Acesso em: 20 dez. 2023.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

IDP. O princípio do desenvolvimento sustentável pleno e a gestão de riscos sociais e ambientais. **YouTube**, 14 set. 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=TLEIz4R_hIA&list=PLjTq6txWlJYMfdUPDMFiKsJ8Le7Bp0XqK&index=12. Acesso em: 11 out. 2024.

LIMA, E. A. O diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/dialogo-competitivo-desafios-operacionalizacao-11052021>. Acesso em: 22 dez. 2023.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MARS, S.; OLIVIER, F. Competitive dialogue in France. In ARROWSMITH, S.; TREUMER, S. **Competitive dialogue in EU procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 272-305.

MARRARA, T. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória e seus impactos. **Grupo GEN**, 2017. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/administrativo/o-dialogo-competitivo-como-modalidade-licitatoria-e-seus-impactos-2/>. Acesso em: 22 dez. 2023.

MATIAS-PEREIRA, J. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, L. B. Diálogo competitivo e saneamento básico na nova Lei de Licitações. **Conjur**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-02/leonardo-moraes-dialogo-competitivo-saneamento-basico/>. Acesso em: 22 dez. 2023.

NOHARA, I. P. Inovação na nova lei de licitação: diretriz e potencial de modernização pelo Estado. **Revista de Direito Brasileira**, v. 31, n. 12, p. 271-283, 2022.

OLIVEIRA, R. S. L. **O diálogo competitivo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Estrasburgo, 31 mar. 2004. p. 5. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018>. Acessado em: 15 fev. 2024.

PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Estrasburgo, 26 fev. 2014. p. 7. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>. Acesso em: 15 fev. 2024.

PAVIONE, L. S. **Proposta de diretrizes para o avanço dos diálogos público-privados na lei nº 14.133/21**. 2023. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2022.

PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS. **Contratação de pessoa jurídica especializada em reformas prediais, mediante associação de projetistas e engenheiros, com incorporação visando a modernização da sede do conselho regional de administração do espírito santo**. Espírito Santo, fev. 2024. Disponível em: <https://portaldecompraspublicas.com.br/processos/ES/Conselho-Regional-de-Administracao-do-Espirito-Santo-3808/CRED-01-2023-2024-278753>. Acesso em: 28 fev. 2024.

PREFEITURA DE SALTO GRANDE. **Licitações**. São Paulo, jun. 2023. Disponível em: <https://www.pmsaltogrande.sp.gov.br/licitacoes/visualizar/1817>. Acesso em: 20 dez. 2023.

PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO GRANDE. **Consulta de Licitações**. Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://riogrande.atende.net/autoatendimento/servicos/consulta-de-licitacoes/detalhar/1>. Acesso em: 10 mar. 2024.

REISDORFER, G. Diálogo competitivo da Lei 14.133/21: 4 providências de estruturação e governança. **Conjur**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-26/guilherme-reisdorfer-dialogo-competitivo-lei-14133/>. Acessado em: 22 dez. 2023.

REISDORFER, G.; MÜLLER, N. As hipóteses de cabimento do diálogo competitivo e o seu uso para contratação de projetos de infraestrutura. In: NIEBUHR, K; POMBO, R. **Novas questões em licitações e contratos (Lei nº 14.133/2021)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 193-209.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROCHA, L. F.; BERTOCINI, M. E. Diálogo competitivo no ordenamento jurídico brasileiro: Vantagens e desvantagens à luz dos princípios que regem a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 9, n. 2, p. 1-21, 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/>

index.php/rdagp/article/view/9973. Acesso em: 19 fev. 2024.

SOLIANO, V. O diálogo competitivo e a modelagem negociada de contratos complexos. **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-07/publico-pragmatico-dialogo-competitivo-modelagem-negociada-contratos-complexos/>. Acesso em: 22 dez. 2023.