



DIÁLOGO COMPETITIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: VANTAGENS E DESVANTAGENS À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS LICITAÇÕES

Luiz Felipe da Rocha¹

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a análise das vantagens, desvantagens e riscos da nova modalidade licitatória inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 14.133/2021, denominada de Diálogo Competitivo, à luz dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, que regem a Administração Pública, bem como dos princípios do interesse público, da igualdade, da transparência, da competitividade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade, que regem as licitações. O estudo abrange a análise da experiência na utilização do diálogo competitivo no direito comparado e os fatores lá verificados durante os certames, bem como os desafios enfrentados pelos operadores do diálogo. Para a construção e desenvolvimento do tema foram abordados posicionamentos de respeitados doutrinadores e teóricos assim como a própria letra da lei, que possibilitam uma análise apurada acerca do referido tema, sendo, portanto, a metodologia do estudo, a pesquisa da legislação e da doutrina acerca do tema.

Palavras-chave: diálogo competitivo, Lei 14.133/2021, vantagens, desvantagens, princípios da Administração Pública.

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário de Curitiba – Unicuritiba. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Pós-Graduado Lato Sensu pelo Centro Universitário de Curitiba – Unicuritiba – Direito Civil e Processual Civil. Procurador Municipal e Advogado.

² Professor do Corpo Permanente do PPGD do UNICURITIBA. Mestre (2001) e Doutor (2004) em Direito do Estado pela UFPR. Estágio Pós-Doutoral junto ao PPGD da UFSC (2014). Estágio Pós-Doutoral em Democracia e Direitos Humanos organizado pelo *Ius gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos (IGC), sediado na Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra (2020). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Líder do Grupo de Pesquisa “A nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021), sustentabilidade e sua relação com as pequenas empresas”, registrado junto ao CNPq e com financiamento da pesquisa pelo Instituto Ânima.



**COMPETITIVE DIALOGUE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM:
ADVANTAGES AND DISADVANTAGES IN LIGHT OF THE PRINCIPLES
GOVERNING PUBLIC ADMINISTRATION AND BIDDING**

Abstract: This article aims to analyze the advantages, disadvantages and risks of the new bidding modality inserted into the Brazilian legal system by Law n. 14.133/2021, called Competitive Dialogue, in light of the principles of legality, impersonality, morality, advertising and efficiency, which govern Public Administration, as well as the principles of public interest, equality, transparency, competitiveness, reasonableness, proportionality, speed and economy, which govern bidding. The study covers the analysis of the experience of using competitive dialogue in comparative law and the factors verified during the competitions, as well as the challenges faced by the dialogue operators. For the construction and development of the theme, the positions of respected scholars and theorists were addressed, as well as the letter of the law itself, which enable an accurate analysis of the aforementioned topic, and, therefore, the methodology of the study is the research of legislation and doctrine regarding of the theme.

Keywords: competitive dialogue, Law 14.133/2021, advantages, disadvantages, principles of Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

A Nova Lei de Licitações, Lei n.º 14.133/2021, na busca pela atualização, modernização e aperfeiçoamento das disposições legais até então vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, incluiu o Diálogo Competitivo como uma nova modalidade licitatória.

Essa nova modalidade foi regulamentada no art. 32 da Nova Lei, tendo como inspiração as Diretivas da União Europeia, buscando, assim como no direito comparado, uma maior eficiência nas contratações públicas através da aproximação entre o setor público e o setor privado.

Nos termos do inciso XLII do art. 6º da Lei n.º 14.133/2021, o diálogo competitivo é a modalidade licitatória para contratação de obras, serviços e compras por meio da qual 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.

Pode-se dizer que o diálogo competitivo pressupõe uma prévia relação dialógica entre os entes que devem licitar e os agentes da iniciativa privada, considerando que a administração tem conhecimento de sua necessidade, mas não tem conhecimento da solução adequada para suprir essa necessidade, sendo assim, em razão deste fato, trava diálogos com agentes da iniciativa privada previamente selecionados, a fim de que lhe sejam apresentadas uma ou mais soluções, as quais serão avaliadas e finalmente será contratada a que melhor atender a sua necessidade ou necessidades.

Acerca do diálogo competitivo e de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, sob o enfoque das circunstâncias políticas e econômicas, bem como diante do avanço na construção de ideias para superar o foco verticalizado e autoritário da Administração Pública diante dos licitantes, Marçal Justen Filho (2023, p. 469) ensina que é crucial enfatizar que as abordagens colaborativas no contexto da relação entre o setor público e o setor privado refletem uma orientação política e econômica. A adoção do diálogo competitivo é uma expressão dessa perspectiva. A disseminação do exercício democrático do poder tem levado à rejeição da ideia de uma relação estritamente hierárquica, na qual o Estado detém o papel de controlar a sociedade. Atualmente é aceita a participação dos cidadãos na formulação da vontade do Estado e no desenvolvimento das funções administrativas.

Com relação à troca de informações e conhecimentos por meio do diálogo entre o ente o adjudicante e os agentes privados, buscando a maior eficiência da contratação pretendida, Rodrigo José Rodrigues Bezerra (2021, p. 93/94) destaca que a atividade contratual da Administração segue principalmente regulamentos públicos devido à sua obrigação primordial de cumprir a função estatal de atender às necessidades coletivas, em conformidade com os princípios constitucionais da Administração. No entanto, essa atividade ocorre em um ambiente impulsionado pelo setor privado e sujeito às normas do mercado econômico, influenciando até mesmo o conteúdo dos acordos celebrados com o Estado. Portanto, é fundamental reconhecer que, para alcançar resultados que efetivamente promovam o princípio da eficiência na execução dos contratos públicos, é vital considerar que a definição do objeto a ser contratado deve ser precedida pela identificação da solução que melhor atenda às necessidades durante a fase de planejamento.



Segundo Thiago Marrara (2017), com base no diálogo, ocorre a geração de conhecimento, bem como o desenvolvimento de novos produtos e serviços que beneficiam o ente adjudicante, melhorando a eficácia de suas operações e atendendo às demandas da sociedade como um todo.

O problema é que não há muita clareza no que tange à adequação da nova modalidade licitatória, sendo necessário se avaliar as vantagens e desvantagens apontadas pela doutrina a partir da experiência estrangeira no emprego do diálogo competitivo, para se iniciar a construção de uma resposta adequada ao problema, tendo-se em conta a preservação e o alcance dos fins do processo licitatório (busca da melhor proposta para o atendimento do interesse público, igualdade de tratamento entre os licitantes e desenvolvimento econômico).

O artigo não tem a pretensão de construir uma resposta definitiva, inclusive porque a modalidade licitatória ainda é muito nova e demandará tempo para ser pragmaticamente experimentada e avaliada. Tem o escrito o objetivo de apresentar um panorama doutrinário relativamente às vantagens, às desvantagens e riscos do diálogo competitivo, em especial à luz dos princípios que regem a Administração Pública e as licitações, utilizando-se para tanto do método dedutivo.

2 VANTAGENS DO DIÁLOGO COMPETITIVO

A doutrina tem falado das seguintes vantagens decorrentes do emprego da nova modalidade licitatória adotada pela Lei 14.133.2021: melhor solução customizada, flexibilidade buscando eficiência, competição como meio de sintetização de tecnologia e transparência agregada. Veja-se cada uma delas.

2.1 Melhor Solução Customizada

Na busca pelo ente adjudicante da melhor solução customizada diante de sua necessidade, observados os requisitos legais, parte-se da premissa de que é imprescindível a realização de trocas dialógicas entre a Administração Pública e os agentes privados, fomentando a competitividade no certame licitatório e, portanto, dando especial relevo ao princípio da competitividade.



Quando da interação com a troca de informações entre Administração e a iniciativa privada, o que se busca é suprir o déficit dos recursos estatais, para que os objetivos perseguidos por aquela sejam alcançados da maneira mais eficiente possível, o que, sem a participação do setor privado na troca de informações, provavelmente restariam prejudicados.

Para Marçal Justen Filho (2023, p. 469/470), a necessidade de cooperação entre o Estado e o setor privado é evidenciada pela escassez de recursos públicos. Alcançar objetivos de interesse coletivo não se limita apenas à ação governamental, mas também depende da contribuição da iniciativa privada. Esta questão não se restringe apenas aos recursos materiais, mas também engloba a importância do conhecimento e da informação. A disparidade de conhecimento cria obstáculos significativos para que o Estado atue de forma autônoma e isolada na execução de tarefas cada vez mais complexas. As contratações públicas, em sua essência, refletem uma abordagem cooperativa na relação entre o Estado e a sociedade. No entanto, o modelo contratual e de licitação costumava ser caracterizado pela supremacia tradicional da Administração sobre os particulares. Nas últimas décadas, essa perspectiva vem sendo modificada, com a necessidade de maior transparência na ação governamental e a inclusão da participação popular, através de audiências públicas, tornando-se uma prática consensual.

Assim, na busca pela melhor solução customizada, diante da troca dialógica entre o ente adjudicante e a iniciativa privada, há a redução da distância cognitiva de conhecimento entre o que busca a Administração e o que pode ser oferecido pelos agentes privados para o suprimento das necessidades daquela. Da mesma forma, com função de mão dupla, também há o melhor entendimento pelos agentes privados acerca da necessidade da Administração, levando os agentes privados a melhor construir e apresentar uma solução mais adequada e customizada aos anseios do ente adjudicante.

Já quando dos debates durante a elaboração do projeto de lei que culminou com a Nova Lei de Licitações, em especial, acerca do diálogo competitivo, foram proferidos argumentos favoráveis pela adoção do instituto. Nicholas Matheus Nascimento (2022, p. 55) destaca que a experiência bem-sucedida do instituto no âmbito europeu, somada à ideia de modernização que permeava o processo legislativo para elaboração da Lei n.º 14.133/2021 esteve presente nos debates realizados na Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Isso fica evidenciado, por exemplo, nas palavras do Sr. Walter Baere de Araújo Filho, então Secretário-Executivo Adjunto do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão,



expressas em 20 de março de 2018 durante a Reunião n.º 45/18 da Comissão Especial do Projeto de Lei n.º 1292/95 da Câmara dos Deputados. Ele afirmou que em muitas ocasiões, a União, Estados e Municípios não têm clareza sobre o que exatamente desejam contratar, qual é a melhor solução tecnológica para a respectiva contratação, qual técnica é aplicada em uma obra pública ou na aquisição de bens, ou qual é a especificação dos bens que melhor servirá ao interesse público. Portanto, permitir, de maneira transparente e aberta, discussões e a participação do setor privado no processo prévio à licitação representa um avanço que a União Europeia já implementou há quase 15 (quinze) anos, e isso tem demonstrado resultados positivos naquelas situações de contratação (CÂMARA, 2018).

Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 46/47) assevera que a redução da assimetria cognitiva de conhecimento e de informações entre Administração e iniciativa privada faz com que o ente público tenha condições mais adequadas para identificar qual o formato e a descrição do objeto da contratação que se pretende, ou seja, com as informações prestadas pela iniciativa privada o ente adjudicante passa a ter conhecimento das opções que o mercado privado pode lhe oferecer a fim de solucionar a sua respectiva necessidade.

Na mesma linha de raciocínio acima exposta, João Marcos Pinheiro Figueiredo Gomes (2022) afirma que devido à sua natureza mais interativa em comparação com a concorrência, o diálogo competitivo tem o potencial de aprimorar a gestão pública de infraestrutura. Isso é alcançado por meio de técnicas de negociação, especialmente em situações de maior complexidade, em que é necessário buscar soluções disponíveis no mercado e em que não é possível definir com precisão as especificações técnicas da solução desejada. É importante lembrar que, nesse contexto, os participantes do setor privado operam em um ambiente técnico muitas vezes globalizado, o que pode permitir que eles ofereçam soluções mais vantajosas do que aquelas concebidas pelos gestores públicos.

Também, conforme já asseverado anteriormente, a redução da assimetria cognitiva de conhecimento e de informações se dá em favor da iniciativa privada, propiciando ainda mais a possibilidade de sucesso na busca pela melhor solução customizada.

Com efeito, tendo a iniciativa privada conhecimento do contexto das necessidades do ente contratante, a mesma poderá melhor construir e/ou adaptar o serviço ou bem que poderá oferecer à contratação. Também é de se ressaltar que os próprios agentes privados possuem conhecimento muitas vezes superior ao do ente adjudicante quanto às opções disponíveis no

mercado, podendo melhor customizar o objeto pretendido pela Administração às necessidades desta.

Corroborando com o que fora exposto, é a lição de Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 49), para quem a concepção de diálogo não se limita a ser apenas uma ferramenta unilateral, onde apenas a Administração Pública coleta contribuições. A flexibilidade do diálogo deve ser utilizada como meio de apoiar os licitantes da maneira mais eficaz possível, a fim de tornar as propostas mais eficientes e competitivas. A obrigação de iniciar o diálogo competitivo com informações suficientes para estimular o interesse de possíveis licitantes não exclui a possibilidade de fornecer informações adicionais e esclarecimentos relevantes durante o processo de diálogo. É crucial sinalizar de maneira favorável para que haja uma compreensão abrangente do projeto desejado, promovendo a redução da incerteza tanto para o ente adjudicante quanto para os licitantes. Isso, por sua vez, permite: (1) atrair interessados, (2) incentivar seu comprometimento sério e produtivo no diálogo e (3) facilitar a apresentação de propostas precisas e viáveis, contribuindo para uma contratação bem-sucedida.

Ante a tudo que foi aqui exposto, vê-se objetivamente que o diálogo competitivo, quanto à busca pela melhor solução customizada, apresenta inúmeras vantagens quando conduzido de forma correta e transparente, propiciando, dessa forma, impactos positivos à consecução dos princípios da eficiência e da competitividade, vez que aproxima a Administração Pública dos agentes privados, oportunizando a troca dialógica entre aquela e estes, fomentando a competitividade do setor privado e estimulando o maior número possível de interessados para que apresentem ao ente público as melhores soluções às necessidades deste, através da troca mútua de conhecimento e de informações, sempre no intuito de realizar a melhor contratação possível a fim de atender às finalidades constitucionais e legais da mesma, prezando pelo interesse coletivo.

Também de forma positiva, dá-se consecução aos princípios da publicidade e da transparência, visto que para se alcançar a melhor solução deverá ser todo o procedimento permeado pela maior transparência possível, a qual se concretiza através da publicidade dos atos administrativos realizados no certame.

Finalmente, considerando-se que há estímulo para a maior competitividade possível, são atendidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da igualdade, vez que quanto maior a participação de agentes privados no certame, buscando oferecer a solução mais vantajosa para o ente adjudicante, maior será a eficiência da contratação e maior



será a diversidade de candidatos no certame licitatório, gerando maior grau de impessoalidade ao mesmo.

2.2 Flexibilidade buscando a eficiência

Pode-se extrair de forma clara que a nova modalidade licitatória do diálogo competitivo trazida pela Nova Lei de Licitações, Lei n.º 14.133/2021, tem como objetivo precípuo trazer maior flexibilidade para as contratações públicas, nos expressos casos discriminados no art. 32 do mencionado diploma legal.

Tal flexibilidade se justifica para que o planejamento contratual do ente adjudicante, estendendo-se esse planejamento inclusive para dentro do processo licitatório propriamente dito, redunde em uma contratação mais eficiente possível, atendendo-se de forma mais ampla e com a solução mais adequada à necessidade da Administração Pública.

Nos termos do Considerando número 42 da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho (DIRETIVA, 2014), pode-se verificar a importância da flexibilização do processo licitatório em determinadas situações, a qual, além de acarretar maior eficiência da própria contratação, caso aquele procedimento licitatório seja bem conduzido, também fomenta a intensidade da comercialização de obras, serviços e compras pela iniciativa privada, aumentando a competitividade ao atrair o maior número possível de interessados em participar do certame, diante da prévia troca de informações entre ente adjudicante e o setor privado.

A flexibilidade buscando a eficiência é a maior vantagem pretendida através da utilização do diálogo competitivo, em regra, cabível nas contratações cujos traços sejam marcados preponderantemente pela complexidade. A principal finalidade do diálogo competitivo é oferecer ao gestor público uma margem de flexibilidade no planejamento contratual e na condução do processo de licitação. Em geral, o diálogo é reservado para contratações de natureza essencialmente complexa. Estas são situações em que não se trata apenas de uma possível falta de *expertise* técnica por parte da entidade contratante, mas sim de uma incerteza objetiva sobre qual pode ser a solução mais apropriada a ser contratada. Isso requer uma atitude ativa e responsiva (baseada no diálogo) por parte da Administração perante o mercado. Nesse contexto, ao adotar um modelo de licitação flexível e fundamentado no diálogo, a eficiência no processo de diálogo competitivo é, principalmente, resultado de

dois fatores: (1) a redução da discrepância de informações e (2) o aproveitamento e o fomento da competição (REISDORFER, 2022, p. 43).

Os dois fatores apontados para obtenção da eficiência na contratação a ser entabulada, quais sejam, a redução da assimetria de informações e o aproveitamento e o fomento da competição, coadunam-se perfeitamente aos princípios da eficiência e da competitividade, vez que ao fomentar a competição, estará também o ente adjudicante, por consequência lógica, a fomentar as atividades do setor privado, o qual, em razão da necessidade trazida pelo ente adjudicante, terá de envidar os seus esforços a fim de apresentar a solução mais adequada àquela necessidade, movimentando o mercado e oportunizando-se a todos aqueles agentes privados interessados concorrerem para a busca e apresentação de seus trabalhos como soluções (obras, serviços e compras).

Acerca da exigência da flexibilidade quando da utilização do instituto do diálogo competitivo, Marçal Justen Filho (2023, p. 470) assevera que:

A dimensão inovadora do diálogo competitivo exige o afastamento dos padrões hermenêuticos aplicáveis às modalidades licitatórias comuns e conhecidas. É indispensável tomar em vista que o diálogo competitivo exige um nível de flexibilidade muito intenso, compatível com a dimensão cooperativa do procedimento.

Vê-se, portanto, que mais uma vez apresenta o diálogo competitivo aspectos positivos quanto à concretização dos princípios da eficiência e da competitividade, sendo certo que como consequência da consecução de tais princípios, também o são da publicidade, da transparência, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da igualdade.

2.3 A competição como meio de sintetização de tecnologia

Conforme já tratado em linhas anteriores, os interessados privados ao participarem do diálogo competitivo envidarão os seus esforços a fim de apresentar a solução mais adequada à necessidade apresentada pelo ente contratante, movimentando o mercado e oportunizando a todos estes interessados competirem para a busca e apresentação de soluções, produzindo e apresentando tecnologia.

Segundo Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 50), nos termos da proposição de Fred Amonya, acerca do resultado esperado do diálogo competitivo, corresponderia o instituto a uma forma de “sintetizar tecnologia”.



Com efeito, ao longo do diálogo travado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, aquela, através da troca dialógica travada, bem como diante das soluções apresentadas, poderá, diante das contribuições recebidas do setor privado, obter soluções melhores e mais adequadas, “peneirando” referidas contribuições até chegar à melhor solução possível.

Acerca de tal filtro a ser realizado pelo ente adjudicante quando da boa condução do diálogo competitivo, assevera Guilherme F. dias Reisdorfer (2022, p. 50/51) que se pode afirmar que uma das vantagens atribuídas ao diálogo competitivo em experiências internacionais está relacionada à utilização da pressão da competição, conhecida como “*idea competition*”, como um método para aprimorar a eficiência na formulação do contrato. Quando o diálogo é adequadamente empregado como um meio para estimular contribuições, a Administração se beneficia da concorrência para obter mais informações e soluções de maior qualidade. Ao mesmo tempo, ela se abre para interagir com os interessados e se deixar convencer por suas propostas. Essa modalidade de licitação permite o acesso a soluções inovadoras que, de outra forma, teriam acesso restrito. A eficácia dessas soluções pode ser previamente avaliada ou estimada pela Administração, o que possibilita a estruturação de contratos potencialmente mais vantajosos.

Vê-se dessa forma que por meio da competição, ao mesmo tempo em que ao ente adjudicante é disponibilizada uma gama diversificada de soluções que possam vir a atender as suas necessidades, podendo o mesmo fazer uma síntese (filtro) das informações e conhecimentos recebidos a fim de obter a melhor solução, também é oportunizado aos agentes privados, consagrando a competitividade, que envidem atuação interessada e responsável durante o diálogo e até mesmo durante a fase competitiva propriamente dita (oportunidade na qual poderão ajustar suas propostas nos termos do inciso IX do § 1º do artigo 32 da Lei n.º 14.133/2021). Buscando, dessa forma, demonstrar à Administração que a solução por eles apresentadas é a melhor e/ou a mais adequada à necessidade constante do edital.

Desta feita, tem-se que através da competição travada no diálogo competitivo, ou seja, por meio da consecução do princípio da competitividade, se concretiza mais uma vez o princípio da eficiência.

2.4 A transparência agregada

Outra vantagem advinda do diálogo competitivo, caso este seja bem conduzido, a qual traz observância e concretização dos princípios da publicidade e da transparência, bem como reflexamente dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que o ente adjudicante deverá de forma fundamentada decidir sobre a solução mais adequada que lhe fora apresentada, é o fato de que tal decisão deverá ser transparente.

Com efeito, a fim de que o procedimento não desagüe em nulidade insanável, toda a condução do procedimento até a sua decisão final deverá ser permeada pela transparência.

Diante do grande número de informações recebidas pelo ente adjudicante, durante a troca dialógica com os agentes privados, aumenta-se a responsabilidade da Administração quando da decisão pela escolha de uma ou outra solução apresentada, fazendo com que este ato decisório seja robustamente fundamentado e permeado pela transparência, agregando-se, portanto, esta última ao procedimento de forma mais arraigada.

Sobre o tema, discorre Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 52) que um dos desafios na organização de projetos não se limita apenas a verificar se uma determinada solução é apropriada, mas também a fim de confirmar e demonstrar que essa solução supera suas alternativas. Isso decorre logicamente do princípio da eficiência e do cumprimento do princípio da proporcionalidade no processo de tomada de decisão do governo. Essa orientação é claramente derivada tanto do artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, quanto do parágrafo único do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Essa diretriz foi expressamente incorporada às práticas relacionadas ao planejamento de contratações no artigo 18 da Lei n.º 14.133/2021, que estipula que a preparação do processo de licitação deve “abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação”.

Assim, é certo que incumbirá ao ente adjudicante quando de sua decisão final no procedimento do diálogo competitivo, demonstrar de forma clara, transparente e fundamentada o que o levou à contratação de determinada solução apresentada em detrimento de outras que foram apresentadas, justificando a adoção por aquela e a não adoção pelas demais possíveis alternativas, agregando maior transparência ao procedimento como um todo



e dando consecução aos princípios da publicidade, da transparência, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Se existem razões que justificam o diálogo competitivo, igualmente há motivos apontados pelos *experts* que colocam em dúvida o acerto da escolha do legislador brasileiro, ao trazer para o país a nova modalidade.

3 DESVANTAGENS E RISCOS DO DIÁLOGO COMPETITIVO

No que tange às desvantagens decorrentes do emprego do diálogo competitivo, parece possível se colocar em dúvida a eficiência do modelo, a concentração da participação de empresas de grande poderio econômico, além do possível comprometimento dos princípios da impessoalidade, da igualdade e do interesse público. É interessante iniciar-se pelo princípio da eficiência.

3.1 Consagração do Princípio da Eficiência?

Sob outro ângulo da análise de aspectos trazidos pelo diálogo competitivo, considerando a sua observância ou não a determinados princípios, não se pode deixar de levar em conta as desvantagens e os riscos que a utilização desta modalidade licitatória pode acarretar.

Com efeito, em uma primeira leitura, valendo-se de uma análise interpretativa exclusivamente gramatical do contido no princípio da eficiência, depreende-se que o diálogo competitivo foi criado para atender o referido princípio.

No entanto, para verificação do atendimento do diálogo competitivo ao princípio da eficiência deve se levar em conta todos os aspectos e objetivos que circundam o indigitado princípio.

Além da eficiência técnica que é alvejada tanto no princípio quanto na modalidade do diálogo competitivo, também é necessário se observar que busca o princípio a melhor relação custo-benefício, ou seja, a melhor relação entre a onerosidade e o resultado.

Ainda, o princípio da eficiência também objetiva a celeridade e a flexibilidade, sendo certo que todos esses objetivos e aspectos acima mencionados devem ser observados de forma concomitante e têm de ser atendidos no maior grau possível para que reste concretizado o mesmo.

Por meio de tais considerações, é importante trazer a reflexão feita por Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 53), para quem a pergunta inicial a ser colocada é a seguinte: a flexibilidade sempre resulta em maior eficiência? Isso implica em avaliar os recursos necessários para conduzir o diálogo e os riscos assumidos pela Administração. Em particular, essa indagação permite considerar argumentos contrários às vantagens mencionadas anteriormente, levando em conta os custos e os riscos associados à possibilidade de insuficiência administrativa e à potencial restrição à concorrência.

Em linhas gerais, diante de tudo o que foi exposto no presente artigo, inclusive pelo fato de que para a busca da solução mais adequada pelo ente adjudicante poderão ser contratados profissionais para assessoramento da comissão de contratação (inciso XI do § 1º do artigo 32 da Lei n.º 14.133/2021), bem como pelo fato de poderem ser realizadas fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas (inciso VII do § 1º do artigo 32 da Lei n.º 14.133/2021), o procedimento do diálogo competitivo, comparado a outras modalidades licitatórias, é mais oneroso e exige maior decurso de tempo até que a solução seja encontrada ou não e o certame seja concluído.

Conforme expõe Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 53/54), analisando-se o tempo de duração do procedimento do diálogo competitivo em outros países, em média, são necessários entre 12 (doze) e 18 (dezoito) meses até que seja encontrada a solução mais adequada e o procedimento concluído, sendo que especificamente na França, constatou-se um período entre 11 (onze) a 28 (vinte e oito) meses desde o início do procedimento do diálogo competitivo até a conclusão do certame, reservado tão somente ao período do próprio diálogo em interregno temporal de 04 (quatro) a 12 (doze) meses.

Diante de tais ponderações, vê-se claramente que o instituto do diálogo competitivo em regra geral demandará considerável lapso temporal desde a sua instauração até a conclusão da competição, indo de encontro à celeridade pretendida pelo princípio da eficiência e pelo próprio princípio da celeridade.

Mais uma vez são pertinentes as indagações e reflexões trazidas por Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 54) quanto ao lapso temporal exigido pelo diálogo competitivo, principalmente quando trazida à baila a análise da realidade da administração pública brasileira e o modo como a mesma opera:

Diante disso, cabe, antes de tudo, a indagação sobre se o diálogo será compatível com o ciclo político-eleitoral e com as vicissitudes da Administração Pública



brasileira em relação ao seu planejamento de médio e longo prazo. Haverá visão, no momento de instauração do processo, sobre a viabilidade de conclusão do diálogo? E quanto à conclusão da licitação e à efetiva contratação?

Tudo isso sem falar que o diálogo competitivo pode desaguar no não encontro da solução almejada, fazendo com que o ente judicante conclua o procedimento sem a publicação do edital de competição propriamente dito, encerrando o procedimento tendo somente despendido tempo e recursos financeiros e para piorar a situação, sem a solução para o problema que é de interesse público.

Não obstante o que foi expandido até agora, a morosidade não é o único problema que carrega o procedimento do diálogo competitivo, visto que o este, em regra geral, exigirá recursos financeiros mais elevados de todos os envolvidos, incluído nestes o próprio ente adjudicante. Aqui se enfrenta um grande problema para a Administração Pública, bem como para os potenciais candidatos à licitação, visto que para estes últimos, diante dos possíveis elevados custos que terão de ser despendidos, isso pode acarretar ofensa ao princípio da competitividade e ao princípio da igualdade.

Pesquisa realizada com os membros do Centro Europeu de Especialistas em Parcerias Público-Privadas demonstra a preocupação dos entrevistados com relação aos custos e a seu tempo de duração (EUROPEAN PPP).

Acerca de tal pesquisa, expõem Diego Gonçalves Fernandes e Ariane Fuller (2021) que a maioria dos entrevistados expressou preocupações em relação ao diálogo competitivo. Eles o veem como um procedimento complicado que tem um impacto negativo tanto nos custos quanto no tempo necessário para adquirir bens ou serviços. O processo é considerado dispendioso em termos de recursos e tempo, e a maioria dos gestores entrevistados reconhece que sua equipe não está adequadamente preparada para conduzir processos tão complexos, o que os levaria a depender muito de consultores externos. Além disso, de acordo com os gestores entrevistados, essa modalidade não oferece a flexibilidade ou clareza necessárias e não consegue se adaptar às diferentes circunstâncias.

Quanto à onerosidade do diálogo, também se coadunam os apontamentos de Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 54/55), para quem os custos serão multiplicados para o ente adjudicante pelo número de candidatos selecionados para a fase do diálogo propriamente dito, sendo certo também que os custos despendidos por estes serão embutidos pelos mesmos quando da apresentação das propostas à Administração.

Ainda, além da questão da morosidade e da onerosidade, outra desvantagem apresentada pela modalidade licitatória do diálogo competitivo é a insuficiência ou a incapacidade da Administração Pública e do gestor público em escolher a melhor solução à necessidade constatada. Aqui indaga-se: se a Administração Pública ou o gestor público não possuem capacidade para pormenorizar o objeto que pretendem contratar com todas as suas especificações, como poderão os mesmos escolher a melhor solução dentre aquelas apresentadas pelos licitantes? Uma solução para esta pergunta seria a contratação de assessoramento técnico nos moldes do disposto pelo inciso XI do § 1º do artigo 32 da Lei n.º 14.133/2021 o que, como já expendido anteriormente, trará mais custos ao ente adjudicante.

Esta mesma indagação é feita por Diego Gonçalves Fernandes e Ariane Fuller (2021), para os quais se o diálogo competitivo é empregado em contratações onde a Administração Pública não tem a capacidade de especificar com precisão as características técnicas necessárias ou possui conhecimento limitado sobre as soluções disponíveis no mercado, como assegurar que o gestor público tomará a decisão mais acertada entre as propostas apresentadas pelos concorrentes? O desafio reside não apenas na seleção da melhor solução proposta, mas também na escolha dos próprios competidores que participarão do processo licitatório, especialmente quando a própria Administração não possui conhecimento suficiente sobre o mercado em questão.

Vê-se que tal indagação é pertinente e mais uma vez a sua resposta pode vir a ofender o princípio da eficiência, neste ponto também sob o aspecto da técnica, bem como ofender aos princípios da competitividade e da igualdade, quando da escolha dos competidores ainda no primeiro edital.

Assim, diante da análise das desvantagens ou riscos acima enumerados, quais sejam a onerosidade, a morosidade e a própria incapacidade técnica da Administração Pública ou do gestor público, fazem com que o princípio da eficiência seja derrotado no diálogo competitivo diante do que foi exposto até aqui, não podendo se afirmar tão somente com base nas vantagens trazidas pelo mesmo, que o instituto traz consagração ao princípio da eficiência.

Da mesma forma, pelas reflexões e indagações acima trazidas, restariam também prejudicados os princípios da economicidade, da competitividade, da igualdade e da celeridade.



3.2 Concentração de participação de empresas de grande poderio econômico

Outro argumento desfavorável à utilização do diálogo competitivo advém do fato de que a participação de empresas com grande poderio econômico, as quais, em regra geral, se permitem ter maior apetite a riscos, bem como pelo fato de possuírem maior capacidade financeira, e, portanto, de absorverem eventuais prejuízos financeiros, reflete a grande maioria dos candidatos nos certames de diálogo competitivo.

Tal situação é verificada no Reino Unido, conforme as palavras de Guilherme F. Dias Reisdorfer (2022, p. 56):

(...) ainda no Reino Unido, constatou-se a tendência de os diálogos competitivos serem concentrados em grandes empresas, capazes de suportar os maiores riscos e custos envolvidos nesse tipo de licitação. Ou seja: em última análise, o diálogo constituiria um tipo de processo licitatório com perfil tendencialmente mais restritivo.

Com efeito, é importante destacar que o perfil tendencialmente mais restritivo apresentado pelo diálogo competitivo, através da experiência inglesa (que é um dos países no mundo onde mais se opera o diálogo competitivo), ofende diretamente aos princípios da competitividade, da igualdade e reflexamente até mesmo o da legalidade, vez que a competitividade inerente ao instituto do diálogo estaria restrita a poucas empresas que pudessem suportar os riscos e custos do procedimento.

A doutrina aponta como solução para que se amplie a competitividade do diálogo, não o restringindo a competidores que possuam grande capacidade financeira, através da previsão de remuneração dos participantes ou de ressarcimento de custos despendidos durante a fase do diálogo (REISDORFER, 2022, p. 56).

Ocorre que a solução apontada não possui previsão e autorização na Nova Lei de Licitações, sendo certo que tal retirada dos cofres públicos em favor dos licitantes admitidos para a fase do diálogo estaria desamparada legalmente, e, portanto, poderia redundar em dano ao erário, inclusive pelo fato de que as soluções apresentadas pelos agentes privados podem não atender às necessidades do ente adjudicante, causando, evidentemente, prejuízo ao erário sem qualquer resultado útil para a Administração, além de que tal prática ofenderia o princípio da legalidade.

3.3 Possível comprometimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade e do interesse público

A fase externa do diálogo competitivo se inicia com a publicação do Edital de Pré-seleção, oportunidade na qual o ente adjudicante exporá a sua necessidade, a fim de buscar junto à iniciativa privada trocas dialógicas, com o fito de bem delimitar o futuro objeto de contratação.

Neste edital de pré-seleção, deverão ser apresentadas as necessidades e as exigências já previamente definidas do ente adjudicante, sendo certo que também estarão previstos no mesmo os critérios a serem empregados para a pré-seleção dos licitantes.

São nestes critérios a serem exigidos para a pré-seleção que reside possível ofensa aos princípios da impessoalidade e da igualdade, caso os mesmos não sejam definidos de forma adequada.

Também, tem-se que a Lei n.º 14.133/2021 não especificou os pré-requisitos para participação no processo licitatório do diálogo competitivo, sendo que caberá ao ente adjudicante, diante do caso concreto, permeado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os estabelecer.

Ressalta-se que os licitantes pré-selecionados serão os únicos que participarão da fase do diálogo e da fase competitiva, sendo que a Lei não permite o ingresso de nenhum novo interessado após a pré-seleção.

Talvez por esse motivo, para parte da doutrina, os critérios de pré-seleção deveriam se restringir tão somente aos critérios de habilitação previstos para as demais modalidades licitatórias, evitando assim o problema de esbarrar nos princípios da impessoalidade e da igualdade, bem como reflexamente no princípio da competitividade.

No entanto, considerando que se está diante de uma modalidade licitatória em que se faz necessária a participação de interessados que efetivamente possam contribuir com o diálogo na busca da solução almejada pelo ente adjudicante, meros critérios ordinários de habilitação não são suficientes.

Com efeito, é importante destacar neste ponto que as exigências dos requisitos de habilitação não podem ser tão somente as mesmas previstas para as demais modalidades licitatórias, sendo certo que, minimamente, os interessados em participarem do diálogo deverão observar requisitos objetivos de habilitação, previamente estabelecidos em edital, que



se preste a verificar a aptidão ou não dos mesmos, ainda que em sede de cognição sumária, em apresentarem soluções inovadoras e relevantes às necessidades apresentadas pelo ente adjudicante.

Dessa forma, caso estes critérios, a serem adotados discricionariamente pelo ente adjudicante na fase de pré-seleção não se deem de forma permeada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, muito provavelmente restarão ofendidos os princípios da impessoalidade e da igualdade.

Neste ponto é pertinente a preocupação já acima apontada, consistente no fato de que o desafio reside não apenas na seleção da melhor solução proposta, mas também na escolha dos próprios competidores que participarão do processo licitatório, especialmente quando a própria Administração não possui conhecimento suficiente sobre o mercado em questão (FERNANDES; FULLER, 2021).

Ainda, com relação a estes dois princípios, deverá o ente adjudicante cercar-se de todas as cautelas também durante todo o certame licitatório, vez que, diferentemente de outras modalidades licitatórias em que a relação entre o ente adjudicante e os agentes privados praticamente se resume à troca de documentos, no diálogo competitivo haverá interações mais próximas e pessoais diante do próprio diálogo com a troca de conhecimento e de informações, o que, caso não seja bem conduzido, poderá ofender a impessoalidade e a igualdade.

Com relação à possível ofensa ao princípio do interesse público, bem como ao princípio da igualdade, é concebível que o ente adjudicante possa não conseguir resolver de maneira satisfatória o problema da assimetria de informações que levou à adoção do diálogo competitivo. É claro que as propostas apresentadas pelos participantes, embora estejam alinhadas com os interesses públicos em consideração, também podem atender aos interesses individuais dos proponentes. Existe a possibilidade de que qualquer viés favorável aos proponentes contido em suas propostas não seja identificado durante a análise das contribuições apresentadas, e a seleção de uma solução específica possa, eventualmente, prejudicar a competitividade dos outros licitantes na fase subsequente do processo de licitação (REISDORFER, 2022, p. 56).

Em apertada síntese, o diálogo competitivo não é solução milagrosa e apresenta problemas que demandam análise mais verticalizada.

4 CONCLUSÃO

À luz de determinados princípios pôde-se observar que o diálogo competitivo no ordenamento jurídico brasileiro carrega consigo vantagens e desvantagens ou riscos, consoante as experiências concretas advindas de outros países.

Com efeito, através da utilização do diálogo competitivo é possível a obtenção da melhor solução customizada pelo ente adjudicante, atendendo da melhor forma possível a sua necessidade, dando especial relevo aos princípios da eficiência e da competitividade, bem como aos princípios da publicidade, da transparência, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da igualdade.

Também foi possível se constatar que a flexibilidade da nova modalidade licitatória contribui para a eficiência da futura contratação, apresentando mais uma vez o diálogo competitivo aspectos positivos quanto à concretização dos princípios da eficiência e da competitividade, e, como consequência, da consecução de tais princípios.

Além disso, observou-se que por meio da competição tem-se como resultado uma sintetização de tecnologia em favor do ente adjudicante, sendo que por meio da consecução do princípio da competitividade, acaba por se concretizar mais uma vez o princípio da eficiência. Finalmente, outra vantagem verificada foi a de que quando bem conduzido, concretizam-se por meio do diálogo competitivo os princípios da publicidade, da transparência, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

No entanto, da análise realizada observaram-se também desvantagens e riscos na utilização do diálogo competitivo. O diálogo competitivo pode apresentar como características a onerosidade, a morosidade e, em alguns casos, a própria incapacidade técnica da Administração Pública ou do gestor público em sua operacionalização. Tais aspectos fazem com que o princípio da eficiência tenha sua consecução prejudicada, bem como assim o restariam os princípios da economicidade, da competitividade, da igualdade e da celeridade.

Outra desvantagem verificada na experiência do Reino Unido, é a concentração de participação em diálogos competitivos de empresas com grande poderio financeiro, resultando em um certame licitatório com perfil tendencialmente mais restritivo, comprometendo diretamente os princípios da competitividade, da igualdade e de modo reflexivo até mesmo o da legalidade.



Ainda, diante da sistemática procedimental do diálogo competitivo, tendo em vista a discricionariedade do gestor público no estabelecimento dos critérios de pré-seleção, caso estes não se deem de forma permeada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, muito provavelmente restarão comprometidos os princípios da impessoalidade e da igualdade. Também, com relação a esses dois princípios, em caso de o ente adjudicante não se cercar de todas as cautelas para a boa condução do certame licitatório, consideradas as interações mais próximas e pessoais diante do próprio diálogo com a troca de conhecimento e de informações, poderão restar comprometidas a impessoalidade e a igualdade.

Por fim, também se observa possível comprometimento em relação ao princípio do interesse público, bem como do princípio da igualdade, no caso de o ente adjudicante não conseguir resolver de maneira satisfatória o problema da assimetria de informações que o levou à adoção do diálogo competitivo.

Não obstante as vantagens, desvantagens e riscos anteriormente observados diante da pesquisa realizada, através do cotejo entre os casos reais observados em outros países, as características do diálogo competitivo e os princípios aqui referidos, somente com a aplicação concreta da nova modalidade licitatória no Brasil é que será possível verificar os eventuais aspectos positivos ou negativos oriundos da nova modalidade licitatória. Quando se fala em desvantagens e riscos, também se pode dizer que, em verdade, se tratam de desafios que os agentes brasileiros terão de enfrentar na aplicação efetiva, concreta do diálogo competitivo.

Em síntese, somente por meio da operacionalização da nova modalidade é que se poderá realizar uma análise aprofundada do diálogo competitivo no país. Por enquanto, como propôs esse breve ensaio, conhecer as vantagens e desvantagens da modalidade a partir da experiência estrangeira é necessário, inclusive para que a academia, futuramente, construa uma resposta adequada quanto ao acerto da adoção da nova modalidade licitatória da Lei 14.133/2021.

5 REFERÊNCIAS

BEZERRA, Rodrigo José Rodrigues. Novo Direito das Licitações e Contratos Administrativos: de acordo com a Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações). In: Rodrigo José Rodrigues Bezerra (Coord.) *A Nova Modalidade de Licitação: Diálogo Competitivo*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 93-100.



CÂMARA DOS DEPUTADOS. [Debate sobre o Projeto de Lei nº 1.292, de 1995, e apensos, 45]. Brasília, DF: Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, 20 mar. 2018. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=0045/18&hrInicio=14:40&dtHorarioQuarto=14:40&dtHoraQuarto=14:40&Data=20/03/2018>. Acesso em: 29 jul. 2023.

DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO L 94 de 28.3.2014, p. 65). Disponível em:

https://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva_Classica_2014_24.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe: A review of public sector practices across the EU*. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf.

Acesso em: 21 ago. 2023.

FERNANDES, Diego Gonçalves; FULLER, Ariane. Estamos preparados para o diálogo competitivo? 2021. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso/estamos-preparados-para-o-dialogo-competitivo>. Acesso em: 19 maio 2023.

GOMES, João Marcos Pinheiro Figueiredo. *A nova lei de licitações e o desenvolvimento da atividade de infraestrutura no Brasil: o diálogo competitivo como ferramenta inovadora para a viabilização de concessões e soluções técnicas eficientes*. 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/47120/1/TCC%20vers%C3%A3o%20final%20para%20dep%C3%B3sito%20esp%20dir%20administrativo%202022%20jo%C3%A3o%20marcos%20pinheiro.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MARINS, Nicholas Matheus Nascimento. *Diálogo Competitivo*. Niterói: LEX Editora, 2022.

MARRARA, Thiago. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória e seus impactos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria>. Acesso em: 12 set. 2023.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.