



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Como as experiências europeia e estadunidense podem contribuir com o diálogo competitivo brasileiro?

How can the American and European experiences contribute to the Brazilian competitive dialogue?

Getúlio Velasco Moreira Filho

Resumo: O artigo tem o objetivo de analisar o instituto do diálogo competitivo. Buscou-se ponderar a origem e alguns aspectos do funcionamento dessa modalidade licitatória no direito brasileiro e estrangeiro. Almejou-se extrair contributos para sua aplicação na Administração Pública brasileira. Sistematisaram-se algumas dificuldades expectáveis e possíveis medidas mitigatórias abordadas pela literatura internacional. Identificaram-se ao menos três pontos de criticidade na aplicação do instituto: a) a necessidade de uma divulgação qualitativa das informações legalmente determinadas; b) o balanceamento adequado entre os deveres de transparência e os ativos sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual dos particulares; c) bem como os riscos de desvios éticos e de corrupção. Para cada um desses riscos foram levantadas estratégias de enfrentamento, como: a) o fortalecimento da fiscalização sobre o sistema de acesso às informações públicas; b) o estímulo e a capacitação à gestão de projetos complexos nas esferas administrativa, judicial e controladora; c) a necessidade de profissionalização dos setores e dos agentes responsáveis pela contratação pública; d) o estímulo à adoção de medidas de compliance; e) o fortalecimento e a maior coordenação entre os sistemas de controle existentes.

Palavras-chave: Diálogo Competitivo; Lei nº 14.133/2021; Licitações e Contratos; Regulação; Direito Comparado.

Abstract: This article aims at analysing the origins and some aspects of the functioning of the “competitive dialog” as a bidding modality in Brazilian and foreign law. It systematizes some expected difficulties and possible mitigating measures addressed. The essay identified at least three risk points in the application of the institute: a) the need for a qualitative disclosure of information; b) the proper balance between the duties of transparency and the assets subject to the industrial, commercial, and intellectual property; c) as well as the risks of ethical deviations and corruption. For each of these risks, coping strategies were identified, such as: a) the strengthening inspection of the public information access system; b) the encouragement and training in the management of complex projects in the administrative, judicial and controlling spheres; c) the need for professionalization of the sectors and agents responsible for public contracting; d) the adoption of compliance measures and e) the strengthening of coordination between control systems.

Keywords: Competitive Dialogue; Law n. 14.133/2021; Bidding and Contracts; Regulation; Comparative Law.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i1p216-240>

COMO AS EXPERIÊNCIAS EUROPEIA E ESTADUNIDENSE PODEM CONTRIBUIR COM O DIÁLOGO COMPETITIVO BRASILEIRO?

Getúlio Velasco MOREIRA FILHO*

Sumário: 1 Introdução; 2 O diálogo competitivo no direito comparado; 2.1 Um breve retrospecto dos sistemas europeu e americano; 2.2 O diálogo competitivo na Lei n.º 14.133/2021: hipóteses de cabimento e procedimento previsto; 2.3 As experiências estrangeiras e as lições para a aplicação do diálogo competitivo no Brasil; 3 Conclusão; 4 Referências bibliográficas.

1. Introdução

A discussão sobre uma Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não é recente. Desde 1995 já tramitavam Projetos de Lei que visavam à reforma da Lei n.º 8.666/1993, ainda que pontualmente (BRASIL, 1995a; 1995b). No entanto, foi somente no ano passado que esse objetivo foi atingido.

Fruto de intensas discussões legislativas, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 14.133/2021) foi promulgada pelo Presidente da República, em 01/04/2021, consolidando em seu corpo “mais de 230 projetos de lei e suas respectivas emendas” (BRASIL, 1995c).

A gestação da atual norma remonta ao Projeto de Lei n.º 559/2013 (BRASIL, 2013), de autoria da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado Federal, que aspirava substituir a Lei n.º 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos), a Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão), bem como a Lei n.º 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação).

O projeto tramitou por diversas comissões, foi discutido em audiências públicas e foi objeto de, ao menos, 56 emendas parlamentares, até que, em 13/12/2016, teve seu Substitutivo aprovado. Em 03/02/2017, seu texto foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão, recebendo a designação de Projeto de Lei n.º 6.814/2017 (BRASIL, 2017).

Na Câmara dos Deputados, o projeto foi submetido a uma “Comissão Especial” e apensado ao Projeto de Lei n.º 1.292/1995 (BRASIL, 1995a; 1995b), tendo em vista a previsão do artigo 143, II, “b”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que

*Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito Constitucional e em Administração Pública, ambos pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG). Procurador de Contas do Ministério Público de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT/MPC-MT).

determina a junção de projetos de lei com temática conexa ou correlata sob a precedência “[d]a mais antiga sobre as mais recentes proposições” (BRASIL, 1989).

Durante sua tramitação na câmara, o projeto sofreu profundas alterações, ocasionando a apresentação e a aprovação de uma Subemenda Substitutiva Global Reformulada por parte do Plenário da Câmara dos Deputados.

Em seu retorno à casa iniciadora, diante da expressiva modificação de seu texto-base, o Presidente do Senado determinou a publicação do projeto no Diário Oficial do Senado Federal como “Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado 163, de 1995 e 559, de 2013”, estabelecendo, assim, uma nova tramitação do feito sob a figura do Projeto de Lei n.º 4.253/2020 (BRASIL, 2020).

Na sequência, em Sessão Deliberativa Remota realizada no dia 10/12/2020, o Plenário do Senado Federal aprovou o texto apresentado no Substitutivo, com requerimento de passageiras adequações na redação. Finalizadas as discussões sobre as adaptações de técnica legislativa, a redação final do Projeto de Lei n.º 4.253/2020 foi aprovada em 10/03/2021.

Dois dias depois, o Projeto foi remetido à sanção do Presidente da República, que o sancionou no dia 01/04/2021, com 28 vetos, e o publicou como a Lei n.º 14.133/2021, tornando-se, finalmente, a nova “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”.

O conturbado histórico legislativo chama atenção por dois aspectos: o primeiro, pelo fato de, já em 1995, haver propostas de reformação da Lei n.º 8.666/1993; e o segundo em razão de seu moroso processo legislativo.

As prematuras propostas reformadoras, iniciadas em 1995, podem ser explicadas pelo fato de a Lei n.º 8.666/1993, já em sua edição, ter sido acusada de nascer velha, diante do longo histórico de sua tramitação (tão conturbado quanto o da atual norma), incitado pelo turbulento ambiente político da época – após grandes escândalos de corrupção que culminaram no impeachment de 1992.

Egon Bockmann Moreira (2015) recorda essas circunstâncias, descrevendo que “a Lei 8.666 surgiu num cenário institucional desalentador”. Essa ideia é defendida, também, por Ronny Charles (2021) ao apontar que a Lei n.º 8.666/1993 já nasceu velha por repetir a mesma plataforma do antigo Decreto-Lei n.º 2.300/1986, com uma leitura formalista e não econômica do processo de contratação, bem assim por ignorar o mundo novo que se descortinava com a revolução tecnológica e social causada pela comunicação em rede e pela transferência de dados através da internet.

Embora o mundo virtual já fosse uma realidade, a Lei n.º 8.666/1993 teria “nascido analógica, apegada a ritos formalistas e a uma concepção ainda isolacionista do funcionamento da Administração Pública” (CHARLES, 2021).

Não obstante, semelhantes críticas, em maior ou menor medida, também foram direcionadas à Lei n.º 14.133/2021. A nova lei, embora sancionada há pouco mais de um ano, após um excruciante processo legislativo, recebeu a pecha de não atender aos anseios daqueles que esperavam por uma legislação moderna e revolucionária (PEREIRA, 2021; LEITE; ARAÚJO; DAMASCENO, 2021; OLIVEIRA, 2020; AGOSTINE, 2021).

Diz-se que a nova lei teria sido pensada olhando para o passado e que alguns de seus institutos, a exemplo do diálogo competitivo, objeto deste estudo, seriam meras quinquilharias, porquanto “desnecessárias, inoportunas e arriscadas, face o histórico de corrupção que assombra a história brasileira” (CALASANS JÚNIOR, 2021).

Independentemente das expectativas criadas sobre a nova lei pelos diversos atores públicos e privados, fato é que ela trouxe grande número de novidades, as quais merecem ser estudadas e exploradas pela academia, visando compreendê-las e melhor aplicá-las.

Por essa razão, buscarei, aqui, entender um desses novos institutos: o diálogo competitivo, na tentativa de esmiuçá-lo, à luz da novel legislação e da experiência estrangeira, sobretudo nos Estados Unidos da América (EUA) e na Europa.

O trabalho projetará nas próximas seções o funcionamento do diálogo competitivo na legislação doméstica e estrangeira, buscando demonstrar as semelhanças e as diferenças do instituto nos diversos contextos explorados, para, ao fim, extrair das experiências estadunidense e europeia contributos à aplicação do instituto pelas instituições brasileiras.

2. O diálogo competitivo no direito comparado

2.1. Um breve retrospecto dos sistemas europeu e americano

O diálogo competitivo, nos termos do artigo 6º, inciso XLII, da Lei n.º 14.133/2021, é a modalidade de licitação utilizada 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 (BRASIL, 2021).

O instituto, em sua vertente europeia, surge a partir da Diretiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (UNIÃO EUROPEIA, 2004), relativa à coordenação e à consolidação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços no âmbito da União Europeia (UE).

A nova modalidade foi prevista no artigo 29 da mencionada diretiva e resultou de um longo processo de revisão das regras europeias sobre contratações públicas (constantes, anteriormente, das Diretivas 92/50/CE, 93/36/CE e 93/37/CE).

Em verdade, a partir de 1996, já é possível notar a preocupação das instituições do bloco quanto à criação de um sistema dotado da flexibilidade necessária para responder ao desafio que constitui a evolução permanente do setor dos contratos públicos. Essa preocupação encontra-se estampada na Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias COM (96) 583 final intitulada “Livro Verde, Contratos Públicos na União Europeia: Explorando o Caminho a Seguir” – no original: *Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward* (UNIÃO EUROPEIA, 1996).

Dois anos depois, nova Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias sobre a temática foi lançada COM (98) 143 final – no original *Public Procurement in the European Union* (UNIÃO EUROPEIA, 1998), apontando para a necessidade de se facilitar o diálogo entre a Administração Pública e os seus fornecedores, objetivando a construção de soluções que atendessem às necessidades do Poder Público, especialmente, em áreas de complexidade técnica.

Nos termos da Comunicação:

Muitas contribuições [dos países-membros] confirmaram a conclusão da Comissão de que, especialmente no caso de contratos particularmente complexos em áreas em constante mudança, como a alta tecnologia, os compradores estão bem cientes de suas necessidades, mas não sabem de antemão qual é a melhor solução técnica para satisfazer essas necessidades. A discussão do contrato e o diálogo entre compradores e fornecedores são, assim, necessários em tais casos. No entanto, os procedimentos normatizados estabelecidos pelas diretivas “tradicionais” deixam muito pouco espaço para discussão durante a adjudicação dos contratos e são, portanto, considerados como carentes de flexibilidade em situações desse tipo (UNIÃO EUROPEIA, 1998, tradução nossa).

As participações dos diversos Estados-membros da União Europeia apontavam que, em variadas situações, as alternativas para atender às necessidades da Administração seriam complexas, ao ponto de que os próprios gestores não poderiam precisar de antemão a solução mais adequada, não obstante terem plena percepção das necessidades a serem supridas.

Para tais casos, a Comissão sugeriu a previsão de um procedimento que facilitasse o diálogo com a iniciativa privada, com a finalidade de que esta pudesse contribuir para a edificação da solução mais apropriada às necessidades públicas.

Assim, o diálogo competitivo foi introduzido na União:

[...] para responder à necessidade legítima [...] de um procedimento com flexibilidade suficiente para maximizar a relação custo-benefício para projetos complexos, garantindo, ao mesmo tempo, um equilíbrio adequado entre flexibilidade e transparência. Nessa perspectiva, o diálogo competitivo fornece uma espécie de meio-termo entre o procedimento restrito - envolvendo menos flexibilidade, mas mais transparência do que o diálogo competitivo - e o procedimento por negociação¹ com um anúncio de contrato - envolvendo mais flexibilidade, mas menos transparência (ARROWSMITH; TREUMER, 2012, p. 22-23, tradução nossa).

A atual normativa é fruto da experiência exitosa das nações europeias na utilização do instituto, especialmente do *know-how* inglês, como se depreende do considerando de n.º 42 da Diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPEIA, 2014) – que sucedeu a Diretiva 2004/18/CE (UNIÃO EUROPEIA, 2004).

O bloco europeu disciplinou o diálogo concorrencial, congênere do nosso diálogo competitivo, a partir do artigo 26 da mencionada diretiva. Seu procedimento encontra-se inscrito no artigo 30 da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, podendo ser definido em três fases: a) a qualificação (chamamento, critérios de seleção e qualificação das partes); b) o diálogo concorrencial (fase de negociação da solução que atenda à necessidade administrativa); c) e o julgamento das propostas (fase de julgamento e adjudicação).

Com exceção da segunda etapa, as demais se assemelham às modalidades tradicionais de licitação, mantendo-se um procedimento rígido e bastante transparente em ambas as fases. Conforme explica Rafael Sérgio Lima de Oliveira:

[...] os obstáculos identificados para a adjudicação do contrato que justificam o uso do diálogo competitivo dizem respeito à eleição da solução adequada para a necessidade da Administração, e não ao critério de julgamento das propostas. Esse aspecto é de fundamental importância para a compreensão do instituto, pois, se comparado com o procedimento regra da Diretiva de 2014 (o concurso, principalmente na modalidade limitada), ver-se-á que a flexibilidade e o *déficit* de transparência presentes no diálogo competitivo só ocor-

¹ Aqui o texto se refere a uma modalidade própria de licitação do direito europeu: o procedimento por negociação, aplicável aos casos em que há dificuldade em se definir o critério de julgamento das propostas. Como refere-se Mark Kirkby (2008, p. 286-287), “No procedimento por negociação a entidade adjudicante consegue definir os contornos essenciais da prestação característica que visa adquirir. Num termo corrente, diríamos que neste caso a Administração ‘sabe o que quer’, isto é, tem uma necessidade a prover e sabe como a prover. Sente, no entanto, dificuldades em definir critérios que lhe permitam diferenciar qualitativamente propostas no contexto de uma avaliação comparativa, ou, no limite, em fechar completamente o contrato sem uma negociação definitiva com os concorrentes, que lhe permita chegar a uma solução integrada num cenário em que os aspectos submetidos à concorrência são inúmeros e, por vezes, definidos de forma muito aberta, como sucede frequentemente nos projectos a realizar através de PPPs com project finance”.

rem na fase dialógica do procedimento (a segunda fase), que é exatamente a etapa na qual é eleita a solução para a necessidade da Administração.

A primeira fase, referente à qualificação dos candidatos interessados em participar do diálogo, e a última, a de julgamento das propostas, são rígidas e transparentes, uma vez que nessas etapas as decisões tomadas pela Administração ocorrem com base em critérios objetivos previamente fixados nos instrumentos de publicidade e sem o manto do sigilo. [...] [É] só na segunda fase do procedimento em estudo que os candidatos admitidos na primeira etapa (a qualificação) são chamados a dialogar exclusivamente com a Administração e com as seguintes flexibilidades: a) *desnecessidade de esse diálogo ser publicizado*; b) *possibilidade de alteração de sua proposta inicial em razão do debate com a autoridade adjudicatória*; c) *considerável grau de discricionariedade da Administração em decidir pela solução adequada* (OLIVEIRA, 2021, p. 13-14, grifos no original).

Ademais, na fase do diálogo não se determina a escolha do contratado, mas, tão somente, da solução a ser licitada. Declarado encerrado o diálogo, as autoridades adjudicantes solicitam que os participantes apresentem as suas propostas finais com base na solução ou soluções elegidas durante o diálogo (art. 30, n.º 6). Tais propostas, mais tarde, são julgadas para a adjudicação do contrato com base no critério de ponderação previsto no instrumento de anúncio do concurso.

As respectivas fases se assemelham ao procedimento adotado no diálogo competitivo brasileiro, de nítida inspiração europeia, de forma que serão mais à frente analisadas tecendo-se as considerações necessárias ao escopo do artigo.

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, as contratações públicas surgiram eminentemente ligadas às guerras travadas internamente e externamente pela nação americana. Ainda hoje, uma grande parcela das despesas públicas com contratos aloca-se no setor de defesa estadunidense, perfazendo, aproximadamente, US\$ 500 bilhões anuais (YUKINS, 2017, p. 69).

As primeiras contratações americanas estão atreladas à *Revolutionary War*, quando o Congresso Continental, por diversas vezes, organizou e reorganizou o sistema de compras públicas para o suprimento da Armada Continental. Nesses períodos de conflito, era fundamental uma rápida resposta dos fornecedores, evitando atrasos e prejuízos, o que justificou fortes poderes controladores por parte do governo, tais como: expansivos poderes de inspeção; austeros requisitos de *compliance*; pagamentos, como regra, apenas depois do fornecimento, bem como a doutrina da rescisão por conveniência².

² A rescisão unilateral do contrato pela Administração tomou forma ao fim da Primeira Guerra Mundial, quando as cortes ao redor do mundo confirmaram o direito dos governos de rescindirem seus contratos

Àquela altura o governo detinha diversas empresas públicas e preferia “fazer” a “comprar” produtos industrializados, atendendo à sua política de industrialização. Entretanto, à medida que os agentes privados foram assumindo a dianteira nos processos produtivos, tecnológicos e informativos, o governo já não conseguia acompanhar seu desenvolvimento, levando à modificação dos procedimentos de contratação, especialmente, pela assimetria informacional.

Como destaca Christopher R. Yukins:

A liderança tecnológica do governo desapareceu em grande parte no final do século XX; a essa altura, o setor privado estava quase sempre bem à frente do governo, e essa nova assimetria – essa liderança tecnológica nova e durável no setor privado – ajudou a moldar os métodos modernos de aquisição discutidos abaixo (YUKINS, 2017, p. 72, tradução nossa).

Tornou-se cada vez mais necessário chamar o particular à negociação, em matérias de ordem técnica e tecnológica, para que o setor público pudesse se beneficiar dessa *expertise*. Isso acarretou uma mudança significativa no modo de contratar estadunidense, assumindo os procedimentos negociais um lugar proeminente no sistema de contratações públicas.

Esclarece Christopher R. Yukins que:

Tradicionalmente, em tempos de guerra, o governo federal deixava de lado as licitações seladas em favor de contratos negociados, para acelerar a mobilização. Esse processo se expandiu ao longo do século XX, à medida que o governo federal adotou as negociações multilaterais³ competitivas como um método privilegiado de aquisição. Essa mudança para negociações competitivas refletiu a crescente dependência do governo federal do setor privado para tecnologia de ponta, por exemplo, em armas e sistemas de tecnologia da informação. Para assegurar o acesso às tecnologias de ponta o governo mudou de licitações fechadas (seladas) – que talvez garantissem o menor preço ao governo, mas, apenas, naquela solução previamente especificada por ele – para negociações multilaterais que permitiam que diferentes fornecedores competissem apresentando soluções diversas e que possibilitassem ao governo interrogar fornecedores sobre os méritos de suas respectivas soluções (YUKINS, 2017, p. 81, tradução nossa).

ao fim da guerra, assinalando tal direito como parte inerente dos poderes estatais de soberania. Assim, quando as circunstâncias exigissem, poderia a Administração rescindir seus acordos compensando o particular quanto aos danos deles emergentes, mas não em relação ao seu lucro cessante.

³ As “multilateral negotiations” também são conhecidas em outros sistemas como “competitive dialogue”.

Assim, as negociações competitivas passaram a desempenhar um papel muito importante na viabilização de aquisições complexas a nível federal nos EUA, representando a maior parcela das contratações públicas.⁴

A modalidade licitatória, análoga ao diálogo competitivo no sistema estadunidense, recebe o nome de “negociações multilaterais competitivas”⁵ e tem sua disciplina regida na parte 15 do Regulamento Federal de Aquisições (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984), que trata das aquisições negociadas.

Para o modelo americano, são procedimentos negociados todos aqueles que não impliquem na adjudicação por propostas seladas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984), abrangendo procedimentos competitivos ou não competitivos.

Conforme pontua Alexandre Santos de Aragão (2021, p. 51), o elo comparativo entre tal modalidade e sua congênere europeia pode ser traçado tendo em vista que a aquisição negociada possibilita ao governo conduzir discussões, avaliar as propostas e conceder o contrato utilizando outros fatores além do preço, tais como experiência gerencial, tecnologia adotada e desempenho do proponente no atendimento de contratos anteriores.

As aquisições negociadas dividem-se em dois tipos essenciais de procedimentos: a) as contratações diretas, por se tratar de fonte única (*sole source acquisitions*); ou b) as negociações competitivas (*competitive acquisitions*). Christiaan Alessandro Lopes de Oliveira (2015) assim as identifica⁶:

(a) *sole source acquisitions*, [ocorrem] quando a aquisição for possível de uma única fonte, caso em que o pedido de propostas (*request for proposals* – RFP) deve ser confeccionado de forma a excluir informações ou requisitos desnecessários;

(b) *competitive acquisitions*, ou aquisições competitivas, [se dão] quando houver um mercado competitivo para a aquisição. Mesmo nesse caso, o procedimento deverá ser tal que minimize a complexidade da solicitação, da avaliação e da escolha, ao mesmo tempo em

⁴ Mais de 60% dos processos de aquisição se somadas as “multilateral negotiations” aos “Catalog Contracts/Framework Agreements: Indefinite-Delivery/Indefinite Quantity (IDIQ) Contracting” que também permitem certo grau de negociação com o particular (YUKINS, 2017, p. 82).

⁵ Alexandre Santos de Aragão (2015, p. 51) traduz o termo como negociação contratual ou aquisição negociada.

⁶ Além das “multilateral negotiations” e “sole source acquisitions” (Parte 15 da FAR), são espécies de procedimentos negociados, também, os “Catalog Contracts/Framework Agreements: Indefinite-Delivery/Indefinite Quantity (IDIQ) Contracting”, previstos na Parte 8 e na Subpart 16.5 da Federal Acquisition Regulation. No entanto, a correlação direta com o diálogo competitivo é feita em relação ao primeiro tipo de procedimento, que será, por isso, o objeto de nosso estudo.

que crie um clima imparcial e possibilite a avaliação minuciosa, levando à escolha que melhor valor represente para o governo (OLIVEIRA, 2015)⁷.

Na prática, devido ao forte viés contra a contratação direta nas compras federais, as negociações competitivas são a regra (YUKINS, 2017, p. 83).

Sua operacionalização dá-se, em suma, por meio de uma chamada de propostas (*request for proposals* — RFP), pela qual o ente licitante solicita propostas de possíveis contratantes que deverão englobar tanto a forma pela qual pretendem executar o contrato quanto o preço almejado (OLIVEIRA, 2015). Após as propostas serem apresentadas, “é possível uma fase de negociação entre a agência ou o ente e o proponente” (OLIVEIRA, 2015).

2.2 O diálogo competitivo na Lei n.º 14.133/2021: hipóteses de cabimento e procedimento previsto

O diálogo competitivo, previsto na novel Lei Geral de Licitações e Contratos em seu artigo 6º, inciso XLII, como dito, consiste em modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realizará diálogos com licitantes previamente selecionados, mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades.

Tal modalidade licitatória terá lugar, exclusivamente, quando a Administração vise contratar objeto que envolva as seguintes condições (artigo 32, inciso I): a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou de a entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; ou c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

Em consonância, no artigo 32, inciso II, quando se verifica a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, dá-se destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; e c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão:

⁷ Para melhor esclarecer, Christiaan Allessandro Lopes de Oliveira e Alexandre Santos de Aragão enunciam os principais métodos de contratar previstos na legislação federal norte-americana: (a) os procedimentos simplificados (*simplified procedures*), para compras, em regra, abaixo de US\$ 150.000,00; (b) as propostas fechadas, ou *sealed bidding*, quando as necessidades são claras, delimitadas e completas; (c) negociação contratual (analisadas aqui), quando exceder US\$ 150.000,00, ou requerer análise técnica apurada do produto ou serviço; (d) os programas consolidados de compra, ou *consolidated purchasing programs*, para compras de necessidades comuns. As duas modalidades de negociações competitivas, portanto, inserem-se no item “c” acima (ARAGÃO, 2021, p. 51; OLIVEIRA, 2015).

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

Já o inciso II cuida das hipóteses em que a Administração, ante duas ou mais alternativas passíveis de serem adotadas para a realização de seus objetivos, tem dúvidas sobre a mais adequada, razão pela qual recorre à expertise do setor privado para definir o melhor desenho técnico, jurídico ou financeiro do contrato, por exemplo. Neste inciso, especificamente, a expressão “com destaque para os seguintes aspectos” (inclusive, destaque-se, para modelagens jurídicas inovadoras) parece deixar claro que as alíneas “a”, “b” e “c” não esgotam as possibilidades de uso do instituto do diálogo competitivo, que pode ser utilizado para a pesquisa de outras alternativas relevantes para o projeto, além daquelas ilustrativamente trazidas pela lei (ARAGÃO, 2021, p. 54-55).

Embora haja designações diversas, o diálogo competitivo brasileiro se divide em três fases, tal qual a normativa europeia, iniciando por uma (a) pré-seleção, seguida da fase de (b) diálogo e encerrando-se com a (c) competição.

Nessa toada, o procedimento de diálogo competitivo (fase externa) inicia-se com a divulgação por parte da Administração de edital em sítio eletrônico oficial, contendo as suas necessidades e as exigências que já tenha definido.

Esse edital deverá estabelecerá prazo não inferior a 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação; deverá indicar os critérios que serão empregados para pré-seleção dos licitantes; e admitirá todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos ali estabelecidos.

Aqui reside uma das maiores diferenças entre o procedimento brasileiro e o europeu e estadunidense. Em ambos os casos estrangeiros é possível a limitação prévia de competidores, na tentativa de minimizar as complicações decorrentes de um procedimento já bastante extenso e intrincado. Pré-selecionados os licitantes, dá-se lugar à fase de diálogo, que se operará até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades.

No curso dessa etapa, é vedado ao Poder Público a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante, bem como

de revelar a outros licitantes as soluções propostas, ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento.

Ademais, a norma prevê, como mitigação à ausência de divulgação, que as reuniões com os licitantes pré-selecionados deverão ser registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo. O edital também poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada uma poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas.

Parece problemática, no entanto, sob o ponto de vista do segredo industrial e da propriedade intelectual a disposição presente no artigo 32, inciso VIII, da Lei n.º 14.133/2021, segundo a qual:

a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto; [...] (BRASIL, 2021).

Embora a intenção do artigo seja restabelecer o princípio da publicidade, flexibilizado durante a fase de negociação, a divulgação de soluções tecnológicas pode comprometer segredos comerciais, industriais ou ferir a propriedade intelectual. Assim, a doutrina tem se debruçado sobre a questão, oferecendo soluções como a divulgação de duas versões das atas de registro, uma versão resumida pública, mantendo-se outra versão mais detalhada sob guarda, na qual os dados protegidos estariam contidos, tal como ocorre no Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁸.

Tem-se cogitado, ainda, da divulgação apenas das informações relevantes à adoção da solução técnica selecionada pela Administração. No entanto, não parece ser essa a intenção da norma, que preleciona a disponibilização, até mesmo, de registros audiovisuais, em um esforço de ampla publicidade das negociações realizadas.

Com efeito, tal qual na diretiva europeia, a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas. A definição da proposta vencedora (na fase competitiva/concorrencial) deverá se dar de acordo com os critérios

⁸ A doutrina alemã, por outro lado, utiliza-se do procedimento “in-camara” nos Tribunais, por meio do qual os segredos comerciais e industriais não são “tornadas públicas em geral e não devem ser acessíveis às partes no processo, ou apenas de forma limitada, mas devem estar disponíveis para o tribunal que trata dos problemas, que pode, no entanto, providenciar um exame por peritos independentes” (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 128).

divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado.

Por fim, dispõe a norma visível no artigo 32, inciso XI, da Lei n.º 14.133/2021 (BRASIL, 2021) que “o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (*três*) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração”, sendo admitida, ainda, a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, os quais assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

Trata-se de uma tentativa de profissionalização da administração pública, tal qual ocorre no modelo americano (em que as licitações, no sistema federal, são conduzidas por agências próprias, dotadas de profissionais altamente capacitados e especializados).

Por fim, cabe assinalar que a legislação brasileira carece de previsão quanto ao oferecimento de qualquer estímulo aos participantes pelos estudos realizados no curso da fase negocial, de forma que, se derrotado, não haverá possibilidade de premiação por parte da Administração, ainda que tenha apresentado a solução selecionada pela Administração.

2.3. As experiências estrangeiras e as lições para a aplicação do diálogo competitivo no Brasil

Da análise do funcionamento do diálogo competitivo no sistema europeu e estadunidense, é evidente uma grande semelhança de procedimentos e finalidades. Essas semelhanças nos permitem estabelecer certas correlações e perspectivas quanto à aplicação do instituto em território brasileiro, a partir da experiência internacional. Dessa forma, a última parte deste trabalho procura, a partir da revisão de literatura, prospectar pontos de criticidade na aplicação do diálogo competitivo em solo brasileiro e endereçar-lhes intervenções.

Essa análise buscou agregar, essencialmente, os estudos empíricos realizados por Sylvia de Mars e Richard Craven (2009); Sue Arrowsmith e Steen Treumer (2012); Yseult Marique (2013) e Christopher R. Yukins (2017). Cotejando os riscos expectáveis e as soluções projetadas pelos autores, para cada risco verificado, teço minhas próprias considerações, diante da realidade brasileira.

Assim, serão tratados, basicamente, três aspectos identificados pelos estudos: a) a divulgação de informações sobre os procedimentos licitatórios; b) a tensão entre o princípio da transparência e a proteção aos dados sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual; bem como c) os riscos relacionados a desvios éticos e à corrupção.

Em relação ao primeiro, a literatura identifica um verdadeiro *déficit* de transparência na divulgação de informações relativas aos certames, contratos e despesas públicas, o que se espraia tanto no contexto europeu quanto no estadunidense.

No trabalho conduzido por Sylvia de Mars e Richard Craven (2009), a partir da análise dos avisos de licitação publicados no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), em Portugal, Espanha, Bélgica, Irlanda, Países Baixos, Alemanha, Reino Unido e França, verificaram-se graves problemas na divulgação de informações.

Em seus resultados, o estudo teceu duras críticas à ausência de informações detalhadas (e específicas). Assinalaram os autores:

[...] problemas significativos com o fornecimento de informações nos avisos do JOUE [Jornal Oficial da União Europeia]. Algumas das informações não são úteis, onde se esperava que fossem informativas; outras informações dependem muito do preenchimento correto pelas autoridades contratantes, o que – como foi descoberto – é feito com graus de precisão altamente variáveis. [...]

Além disso, muitos dos anúncios de contrato foram deliberadamente redigidos em termos vagos em países onde não há estruturas legais definidas para esses tipos de aquisição - aumentando assim a impressão geral de que os anúncios do JOUE fornecem com sucesso informações básicas sobre contratos adquiridos por meio do diálogo competitivo, mas não sempre resultam em uma compreensão abrangente do que está sendo comprado, ou como está sendo pago (MARS; CRAVEN, 2009, p. 25, tradução nossa).

O mesmo fato foi diagnosticado no sistema estadunidense, no qual os avisos de licitação seriam publicados sem completude e detalhamento suficientes. Assinala Christopher R. Yukins (2017, p. 75-76) que os certames e adjudicações no governo federal não são uniformemente transparentes. Segundo o autor, algumas formas de contratos negociados, como os IDIQ ("*framework*" / contratos quadro), por exemplo, são divulgados notoriamente de forma incompleta. Relata, ainda, que os dados sobre subcontratações, que deveriam obrigatoriamente ser publicados, são divulgados apenas parcialmente.

Essa, por certo, deverá ser uma preocupação da Administração Pública brasileira, especialmente considerando os diferentes graus de desenvolvimento técnico-científico dos vários entes estatais. Essa multiplicidade, decorrente do federalismo brasileiro, levará, com alto grau de probabilidade, a diferentes seleções das informações que serão efetivamente divulgadas por cada ente estatal, sua completude e suficiência, sobretudo nos entes de menor porte: os municípios.

Apesar de o sistema público de transparência ser bastante detalhado⁹ (e de observância obrigatória), sua implementação, mesmo nos dias atuais, sofre um *déficit* de cumprimento, registrando sucessivos avanços e retrocessos na sucessão das gestões.

Diante disso, o cumprimento dos requisitos de transparência ativa e passiva, previstos na legislação, deverá ser ciclicamente verificado pelos sistemas de controle interno e externo, com a finalidade de se desenvolverem rotinas de padronização e de divulgação dessas informações de forma verdadeiramente transparente, e não apenas simbólica, como corriqueiramente ocorre em portais de acesso, incompletos, disfuncionais ou frequentemente fora de operação.

A segunda questão de relevo, versada nos estudos analisados, diz respeito à relação entre o princípio da transparência e a proteção de ativos sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual dos proponentes.

Tal preocupação é visível no trabalho de Sue Arrowsmith e Steen Treumer (2012)¹⁰, mas, sobretudo, no ensaio de Yseult Marique (2013). É nesse último que se pode notar uma verdadeira preocupação com a colisão desses dois valores. Para a autora, o diálogo competitivo:

[...] envolve sempre uma tensão entre competição e cooperação, que se reflete na interação entre transparência e confiança. [...] A transparência, entendida em sentido amplo como dever de informar, de dar acesso à informação e de justificar as decisões públicas, é então um meio para perseguir a concorrência, o “Value for Money” (VfM)¹¹ e a não discriminação. No entanto, projetos de infraestrutura complexos envolvem fatores técnicos e sociais incertos, investimentos idiossincráticos e longas cadeias de suprimentos. Para superar esses obstáculos com soluções inovadoras, é preciso fomentar a cooperação, desenvolver informações comercialmente sensíveis por meio da cooperação entre o poder público e os contratantes privados, e os segredos comerciais precisam ser protegidos de investigadores curiosos. Por outro lado, os contribuintes têm o direito de perguntar como seus impostos são gastos, se sua confiança nesses projetos de infraestrutura deve ser mantida. A articulação desses imperativos conflitantes não depende apenas do poder público e dos empreiteiros privados envolvidos em um determinado projeto, mas também do poder público central e dos juízes. Organizar a transparência geral

⁹ Com regras inscritas na Lei de Acesso à Informação – Lei n.º 12.527/2011; na Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101/2000 e na própria Lei de Licitações e Contratos – Lei n.º 14.133/2021.

¹⁰ O livro dos autores congrega uma análise do instituto na França, Alemanha, Itália, Lituânia, Polônia, Portugal, Espanha, Holanda e Reino Unido, assim como uma parte geral, que analisa o instituto de forma crítica.

¹¹ Melhor custo-benefício.

em todo o sistema pode ser um desafio (MARIQUE, 2013, p. 54, tradução nossa).

O artigo de Yseult Marique (2013, p. 54) sugere que a comparação entre as experiências inglesas e belgas fornece uma melhor visão das técnicas para enfrentar o desafio citado e, assim, permite reflexões sobre como esses marcos institucionais representam uma variedade de possíveis equilíbrios entre competição e cooperação, confiança e transparência, centrais ao desenvolvimento de projetos complexos de sucesso.

O estudo identifica diferentes abordagens em cada país (embora submetidos a um mesmo regime geral), as quais, ao tempo em que os separa, acaba por aproximá-los. Nas palavras da autora:

Na Inglaterra, o processo geral está evoluindo para uma maior formalização das parcerias, contratos PFI [private finance initiatives – iniciativas de financiamento privado] e o controle exercido sobre as compras pelas autoridades públicas e juízes. Na Bélgica, a tendência é para a desformalização. Disposições legais recentes permitem que as autoridades públicas derroguem os rígidos regulamentos legais de contratação no caso de diálogo concorrencial. Códigos de ética estão sendo implementados como um passo para o reconhecimento de que as partes públicas e privadas precisam estar em contato para organizar as compras, desde que salvaguardas sejam respeitadas. No entanto, a cooperação belga não tem um único foco de atenção (MARIQUE, 2013, p. 66-68, tradução nossa).

A preocupação expressa pela autora ocorre, porque, no intuito de promover a transparência pública, viram-se, em ambos os países, agentes privados utilizando-se do sistema de impugnação aos certames para obter informações sigilosas de outros agentes privados.

Explica-se: sob o pretexto de existirem vícios adjudicatórios, alguns concorrentes manejavam ações judiciais impugnando o resultado dos certames com a finalidade de, aproveitando-se dos corolários processuais que obrigavam o juiz a facultar-lhes as provas sobre as quais embasasse sua decisão,¹² obterem, incidentalmente, informações de seus concorrentes, seja de índole comercial, industrial ou tecnológica.

Por tais razões, o artigo chega à conclusão que a realização dos princípios da transparência e a proteção dos ativos empresariais devem ser sopesados não só pelas autoridades administrativas, mas também pelo controle externo e pelo judiciário. Destarte, indica dois possíveis caminhos, os quais envolvem o desenvolvimento de competência gerenciais capazes de fomentar maior confiança entre os atores públicos e privados, bem como de capacitar as autoridades públicas a realizarem uma

¹² Como demandam os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da paridade de armas, por exemplo.

avaliação mais eficiente na ponderação (concordância prática) desses princípios em casos concretos, impedindo que os órgãos de Estado sejam utilizados para fins impróprios. Veja-se:

[...] a Bélgica enfrenta muitos desafios judiciais em compras, sua experiência pode beneficiar a Inglaterra, onde uma tendência semelhante está decolando. Em primeiro lugar, os projetos complexos precisam de um certo grau de flexibilidade na sua contratação, como a recente redução de escala dos requisitos legais exemplifica claramente na Bélgica. Em segundo lugar, ter muitos desafios judiciais adiciona incerteza a projetos já repletos de complexidade. Terceiro, as partes fazem uso tático de contestações judiciais para obter acesso às informações comerciais dos concorrentes. Há, portanto, uma necessidade premente de encontrar um papel equilibrado para os juízes no controle de como as autoridades públicas aplicam os regulamentos de contratação pública e gastam o dinheiro dos contribuintes. [...]

Duas direções complementares poderiam ser seguidas: a primeira buscaria aprofundar a lei na gestão das compras públicas; a segunda buscaria familiarizar os juízes com a complexidade da gestão de projetos públicos. A primeira melhoria visaria desenvolver um processo progressivo, fragmentado e ainda bem articulado de monitoramento político e técnico. Durante a contratação de projetos complexos, a justificativa e explicação do projeto, seus méritos e seus problemas, seriam revistos periodicamente por uma única entidade. O respeito aos requisitos de transparência seria monitorado durante todo o processo, aumentando a confiança dos licitantes de que o processo é regular. Isso tornaria, então, a divulgação dos segredos comerciais sensíveis sobre os quais as propostas são avaliadas, em última análise, menos relevantes do ponto de vista legal. Riscos e questões legais precisariam ser levantados durante este processo e um parecer jurídico emitido por advogados neutros especialmente credenciados e/ou funcionários públicos com treinamento jurídico aprofundado em compras públicas. O aconselhamento jurídico teria de ser devidamente integrado e implementado na decisão subsequente de adjudicação do contrato. Este aconselhamento jurídico seria amplamente acessível ao público no interesse de construir um banco de dados de experiências para futuros projetos.

A segunda melhoria se basearia no número crescente de desafios judiciais, desenvolvendo-os em uma supervisão legal centralizada, abrangente e global dos contratos públicos. Isso levantaria a uma série de questões sobre o papel comumente aceito dos juízes em relação aos contratos públicos. [...]

No entanto, três pontos são sugeridos. Primeiro, os juízes podem precisar de sanções mais sutis do que declarar um contrato complexo

ineficiente. À medida que as contestações judiciais se tornam uma prática diária, o argumento de que as contestações judiciais funcionam como uma ameaça que garante que os regulamentos de compras sejam cumpridos não funciona mais. Em segundo lugar, qualquer parecer jurídico elaborado por um advogado credenciado precisaria ser levado em consideração em casos de contestação judicial. Terceiro, os juízes envolvidos em casos de contratação pública precisariam ser treinados - não apenas nos requisitos legais, mas também nas dimensões econômica, técnica e social de projetos complexos. Isso seria necessário para que as técnicas jurídicas fossem inseridas em seus contextos complexos e não ganhassem vida própria, desvinculada de sua necessária implementação. Nesse sentido, o gerenciamento de projetos seria incorporado à avaliação jurídica de projetos complexos (MARIQUE, 2013, p. 66-68, tradução nossa).

Por fim, em espécie de *disclaimer*, a autora adverte para a necessidade de estudos empíricos que permitam analisar o comportamento das partes envolvidas nos processos de contratação, com a finalidade de entender como outras opções jurídicas, capazes de estimular a confiança e o gerenciamento de projetos complexos, podem ser desenvolvidas, buscando dar um melhor equilíbrio entre a tensão sobre competição e cooperação, transparência e confiança, sigilo e publicidade.

Do trabalho de Yseult Marique, pode-se notar que, assim como o Brasil, a Bélgica apresenta um sistema bastante fechado de contratação na tentativa de aumentar a transparência e, dessa forma, diminuir desvios relacionados aos certames. Além disso, o modelo belga aproxima-se do brasileiro ao sofrer de uma excessiva judicialização, que encontra paralelo em nossa cultura de litígio.

Essas circunstâncias, como visto, acabam exasperando os riscos envolvidos no cuidado de informações protegidas por segredos comerciais e pela propriedade industrial e intelectual, denotando a necessidade, tal qual no estudo apresentado, de que sejam desenvolvidos na administração, judiciário e sistemas de controle (interno e externo) aptidões voltadas ao gerenciamento de projetos complexos.

Somente a partir da capacitação dos agentes envolvidos nas estruturas de gerenciamento desses projetos é que se poderá assegurar um tratamento mais equânime e justo das tensões que os envolvem, especialmente, a transparência, a legitimação dos gastos públicos e a proteção dos interesses públicos e privados. A utilização de peritos independentes também é uma solução possível no sistema brasileiro; no entanto, ainda não resolveria a questão do sigilo de dados, eis que o material sobre o qual recaísse a análise pericial acabaria por ser disponibilizado às partes.

Isso tudo, somado a um quadro em que a própria Lei de Licitações e Contratos determina em seu artigo 32, inciso VIII, a juntada de gravações e registros das negociações, denota um quadro de baixíssima proteção aos ativos sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual em território nacional.

Essa questão deverá ser tratada com maior seriedade sob pena de ineficácia do instituto do diálogo competitivo. Afinal, os riscos que se colocam ao setor privado são, muitas vezes, maiores do que os benefícios potenciais. Vale notar, ainda, que a participação desses agentes privados, em nosso sistema, não é estimulada de nenhuma forma. Afinal, diferentemente do que é proposto no Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI – art. 81, §1º, da Lei n.º 14.133/2021), não é previsto no diálogo competitivo que o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes aos estudos realizados pelo particular que apresentou a solução escolhida.

Essas regras, com alto grau de probabilidade, desestimularão a realização de certames por meio do diálogo competitivo, devendo ser nos próximos anos objeto de debate legislativo, sob pena de ineficácia do instituto.

Por fim, a última questão discutida nos estudos refere-se aos riscos de desvios éticos e à corrupção que acompanham as contratações públicas.

A análise realizada por Christopher R. Yukins (2017) sobre o sistema americano apresenta um valioso contributo para o combate de desvios nas contratações administrativas. Isso, porque expõe como o sistema americano enfrentou tal problema, frequente no início de sua operacionalização. A estratégia estadunidense, nesse sentido, decorre essencialmente da profissionalização da administração pública federal, aliada a fortes requisitos de *compliance* e a um sistema controlador em três níveis de fiscalização diferentes.

Nos EUA, houve a criação de agências federais específicas, com designação de oficiais de adjudicação, permitindo a instalação e o desenvolvimento de uma administração especializada e profissionalizada na aplicação das normas federais de contratação pública. Essa medida possibilitou um alto grau de desenvolvimento técnico-científico por parte do Poder Público, evitando, em certa medida, que os agentes públicos fossem cooptados pelos particulares, prevenindo erros e engodos.

Soma-se a isso o estabelecimento de fortes requisitos de *compliance* nas empresas e no poder público, que permitiam a penalização dos responsáveis por infrações, inclusive, de natureza ética. Além, é claro, de estar acompanhado de fortes poderes fiscalizatórios da execução contratual, permitindo um apropriado controle da prestação avançada.

Alfim, o sistema é resguardado por três instâncias de controle diferentes, duas administrativas e uma judicial, ampliando a fiscalização sobre os atos públicos. Como relata Christopher R. Yukins:

No sistema dos EUA (como em muitos outros sistemas em outras partes do mundo), as impugnações podem ser apresentadas em qualquer um dos três fóruns diferentes: na própria agência contratante, em uma agência independente encarregada de ouvir protestos/impugnações de propostas (o U.S. Government Accountability Office

(GAO)), ou no tribunal (no Tribunal de Reivindicações Federais dos EUA). Conforme observado, em qualquer um dos três fóruns, um protesto em relação aos termos de uma solicitação (em relação a especificações excessivamente restritivas, por exemplo) geralmente deve ser apresentado antes do prazo de licitações ou das propostas. Os prazos para protestos pós-adjudicação são mais complicados: na agência de aquisições e no GAO, um protesto pós-aprovação deve ser apresentado no prazo de 10 dias a partir do momento em que o manifestante soube ou deveria saber dos motivos do protesto, embora esse período possa ser estendido por vários dias no GAO se o manifestante solicita e recebe um *debriefing*. No Tribunal de Justiça Federal, ao contrário, não há prazo fixo para apresentação de protestos pós-decisão (YUKINS, 2017, p. 87-88).

Esse sistema bastante completo, embora não indene de erros ou imune aos efeitos da corrupção, parece ser uma alternativa viável e que nosso legislador começa a prosseguir, especialmente, ao prever na Lei n.º 14.133/2021 a existência de uma comissão composta por três servidores efetivos para conduzir as licitações públicas.

A regra, ainda incipiente para proporcionar a dita profissionalização alcançada nos Estados Unidos da América, é um passo inicial nesse sentido. De outro lado, também é estimulado na Lei n.º 14.133/2021 o estabelecimento de programas de *compliance*, ao menos, para as contratações mais complexas. Essa regra, no entanto, deve ser acompanhada de efetiva fiscalização da prestação contratual pela administração, como em solo americano.

Sem o ativo acompanhamento da execução contratual, imbuindo a administração de poderes sancionatórios que efetivamente empregue, há uma grande margem para desvios e corrupção.

Por fim, o sistema de controle em três instâncias, em nosso sistema, pode ser representado pelas impugnações administrativas, pelas ações junto aos Tribunais Judiciais e pelo controle externo exercido pelos Tribunais de Contas. Nesse ponto, o sistema brasileiro parece bem estruturado, não obstante ainda existirem dificuldades que devem ser repensadas, tais como: a falta de coordenação entre as instâncias administrativa, controladora e judicial; a sobreposição de sanções e decisões¹³; e a falta de preparo administrativo no trato dos recursos, os quais, não raras vezes, representam um meio de impugnação apenas formal, haja vista as decisões raramente serem revistas ou modificadas pelo agente que as tomou¹⁴.

¹³ Sobre esses problemas, ver “O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador” (ARAÚJO, 2022, p. 629-653).

¹⁴ A solução para essa questão em sistemas como o português, por exemplo, foi a adoção de recursos hierárquicos em certos níveis decisórios.

3. Conclusão

Por todo o caminho até aqui percorrido, foi possível perceber que o diálogo competitivo é uma modalidade licitatória especialmente cara à resolução de demandas complexas por parte da Administração Pública.

Não obstante a possibilidade de que a modalidade traga ganhos em eficiência, na medida em que facilite a resolução de necessidades especialmente difíceis, mediante um procedimento com garantias de transparência e controle (por parte de comissão de servidores efetivo, com possibilidade de contratação de assessoria especializada, entre outras garantias), a figura ainda é vista com desconfiança.

Essa desconfiança é fruto da dificuldade do ser humano em realizar escolhas diante de cenários de incertezas, apresentando uma tendência inicial refratária à mudança. Não obstante, o estudo buscou demonstrar que, embora não seja indene de desvios, o diálogo competitivo apresenta características fundamentais ao desenvolvimento dos sistemas de contratação pública, revestindo-se de flexibilidade bastante propícia em cenários de dificuldade técnica, jurídica ou financeira.

Esse tipo de situação (como as demandas complexas) são cada vez mais comuns, como se viu no cenário pandêmico em que a rigidez dos procedimentos licitatórios logo se tornou um empecilho diante das circunstâncias permeadas por incertezas de ordem técnica (qual a medida mais adequada?), financeira (qual o preço de mercado com a grande flutuação de preços?) e jurídica (face à ausência de instrumentos minimamente adequados a suprirem os desafios emergentes de tal cenário).

Diante desses desafios, é necessário que o direito administrativo possa se abrir a receber contributos da sociedade, reconhecendo suas fraquezas e possibilidades de crescimento a partir de um direito administrativo mais dialógico, sem se descuidar dos princípios comezinhos no trato da coisa pública, como a transparência e o *accountability*.

Para tanto, o diálogo competitivo surge como um instrumento ativo para lidar com esses complexos desafios à cargo do Poder Público, como procurou demonstrar a sua extensiva análise em nosso sistema jurídico e nos contextos europeu e estadunidense.

Os estudos abordados, referentes à utilização do diálogo competitivo em diversas situações, revelam ao menos três principais preocupações para o desenvolvimento do instituto jurídico em solo brasileiro: a) a necessidade de uma divulgação qualitativa das informações legalmente determinadas; b) o balanceamento adequado entre os deveres de transparência e os ativos sujeitos à propriedade industrial, comercial e intelectual dos particulares; c) bem como os riscos de desvios éticos e de corrupção.

Para cada um desses problemas, foram identificadas estratégias mitigadoras a partir dos estudos empíricos realizados na Europa e nos Estados Unidos da América, os quais podem ser sistematizados em: a) fortalecimento da fiscalização sobre o sistema de acesso às informações públicas; b) estímulo e capacitação à gestão de projetos complexos nas esferas administrativa, judicial e controladora; c) necessidade de profissionalização dos setores e agentes responsáveis pela contratação pública, permitindo um alto grau de especialização e o de uma administração técnico-científica, diminuindo os riscos de que esta seja cooptada pelo particular; d) estímulo à adoção de medidas de *compliance* e da fiscalização da prestação contratual; e) fortalecimento e coordenação dos sistemas de controle já existentes.

Essas estratégias, pensadas a partir dos trabalhos estudados, podem indicar novos horizontes às contratações públicas brasileiras, marcadas no imaginário de grande parte dos cidadãos pela pecha de ineficiência e da corrupção.

4. Referências bibliográficas

AGOSTINE, Cristiane. Nova Lei de Licitações deixa à margem municípios e parte do governo federal, diz Sundfeld. *Valor Econômico*, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3OcxOYy>. Acesso em: 14 set. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3V3iX4H>. Acesso em: 1 abr. 2022.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23, n. 131, p. 629-653, 2022.

ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Steen. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, [2022]. Disponível em: <https://bit.ly/3EF8uXR>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. *PL 6.814/2017*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2TNA4N2>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 163, de 1995*. Altera a Lei 8666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Brasília, 1995a. Disponível em: <https://bit.ly/2FkQTWS>. Acesso em: 02 set. 2021.

- BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.292/1995*. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1995b. Disponível em: <https://bit.ly/3UK6Tpp>. Acesso em: 02 set. 2021.
- BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.292-C, de 1995*. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1995c. Disponível em: <https://bit.ly/3V8YM5D>. Acesso em: 02 set. 2021.
- BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.253, de 2020*. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. Brasília, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3X9DS88>. Acesso em: 02 set. 2021.
- BRASIL. *Projeto de Lei nº 559, de 2013*. Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos). Brasília, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3UXQI70>. Acesso em: 02 set. 2021.
- BRASIL. *Resolução da Câmara dos Deputados nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, 1989. Disponível em: <https://bit.ly/3g8en6I>. Acesso em: 25 mar. 2022.
- CALASANS JÚNIOR, José. Diálogo competitivo: modalidade de licitação desnecessária, inoportuna e arriscada. *GEN jurídico*, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UVomee>. Acesso em: 14 set. 2021.
- CHARLES, Rony. *A futura nova lei de licitações*. Ronny Charles, 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-futura-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 03 set. 2021.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Acquisition Regulations*. US Government, 1984 [2022]. Disponível em: <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em: 5 abr. 2022.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformações digitais, desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- KIRKBY, Mark. O Diálogo Concorrencial. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora: 2008.

- LEITE, Laura Cardoso Kalil Vilela; ARAÚJO, Rodrigo Barbosa; DAMASCENO, Natália Rocha. Nova Lei de Licitações justifica o entusiasmo de muitos. *Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Ogxb02>. Acesso em: 14 set. 2021.
- MARIQUE, Yseult. Cooperation and competition in complex construction projects: implementation of EU procurement rules in England and Belgium. *International Journal of Law in the Built Environment*, v. 5, n. 1, p. 53-70, 2013. Disponível em: www.emeraldinsight.com/1756-1450.htm. Acesso em: 1 abr. 2022.
- MARS, Sylvia de; CRAVEN, Richard. Use of competitive dialogue in the European Union: an analysis from the Official Journal. *PIANOo, Expertisecentrum Aandesteden*, p. 1-25, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3hMtT8C>. Acesso em: 7 abr. 2022.
- MOREIRA, Egon Bockman. Não me fale da 8.666! *Gazeta do Povo*, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2nNGNUq>. Acesso em: 05 set. 2021.
- OLIVEIRA, Christiaan Alessandro Lopes de. Compras públicas no âmbito federal nos Estados Unidos da América. Análise sucinta acerca das principais modalidades de compras de bens e serviços, bem como dos principais instrumentos contratuais decorrentes ou antecedentes. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3Gmhgez>. Acesso em: 5 abr. 2022.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, n. 474, dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gcRBKG>. Acesso em: 14 set. 2021.
- OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo no projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. *Portal Licitação & Contrato*, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2J7SpNs>. Acesso em: 18 set. 2021.
- PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo. *Cadernos*, v. 1, n. 7, p. 88-99, ago. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3EHxVbw>. Acesso em: 15 set. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. *Green Paper. Public Procurement in the European Union: exploring the way forward*. Brussels, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3hScviE>. Acesso em: 15 set. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. *Public Procurement in the European Union*. Brussels, 1998. Disponível em: <https://bit.ly/3UN7qHd>. Acesso em: 15 set. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. *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. Estrasburgo, [2022]. Disponível em: <https://bit.ly/3gchKtf>. Acesso em: 15 set. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004*. Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos

contratos públicos de serviços. Estrasburgo, [2022]. Disponível em: <https://bit.ly/3EGalvJ>. Acesso em: 10 set. 2021.

YUKINS, Christopher R. The U. S. Federal Procurement System: an introduction. *GW Legal Studies Research Paper*, n. 75, p. 69-93, nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3Gt3CGD>. Acesso em: 05 mar. 2022.