

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS: INSTRUMENTO DE ESTÍMULO À INOVAÇÃO

Luiz Antonio Ferreira Bezerril Beltrão

Professor Doutor Carlos Vinicius Alves Ribeiro (orientador)

Brasília

2024

LUIZ ANTONIO FERREIRA BEZERRIL BELTRÃO

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS: INSTRUMENTO DE ESTÍMULO À INOVAÇÃO**

Dissertação de mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Vinicius Alves Ribeiro, apresentado para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientador: Professor Doutor Carlos Vinicius Alves Ribeiro

Brasília

2024

LUIZ ANTONIO FERREIRA BEZERRIL BELTRÃO

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS: INSTRUMENTO DE ESTÍMULO À INOVAÇÃO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Econômico e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento.

Data da defesa

BANCA EXAMINADORA

CARLOS VINICIUS ALVES RIBEIRO – Doutor

Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento

BRUNO GREGO SANTOS – Doutor

Avaliador

Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC

PAULO ROBERTO ROQUE ANTÔNIO KHOURI – Doutor

Avaliador

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento

Código de catalogação na publicação – CIP

B453d Beltrao, Luiz Antonio Ferreira Bezerril

O diálogo competitivo na Lei de Licitações e Contratos Administrativos: instrumento de estímulo a inovação / Luiz Antonio Ferreira Bezerril Beltrao. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

118 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Vinicius Alves Ribeiro

Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Contratos públicos. 2. Licitações. 3. Diálogo competitivo 4. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. I. Título

CDDir 341.3527

RESUMO

O diálogo competitivo é uma nova modalidade de licitação introduzida pela Lei nº 14.133/2021, que rompe com os modelos clássicos de licitação previstos nas legislações anteriores e que se desenvolve em busca de uma solução que seja efetivamente capaz de satisfazer a necessidade que motivou a realização do certame. As especificações técnicas deixam de ser protagonistas nessa modalidade de licitação. A pesquisa foi estruturada mediante a utilização do método dedutivo, tendo como principal estratégia a pesquisa documental e bibliográfica, a partir de fontes primárias e secundárias. O presente trabalho aborda, inicialmente, o incentivo à inovação como objetivo do processo licitatório e seus efeitos jurídicos nas contratações públicas, dissertando sobre alguns institutos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos que visam à contratação de inovação. Em seguida, são abordadas a origem e as características do diálogo competitivo, as hipóteses legais de cabimento, sua estrutura processual, o processo de tomada da decisão e os critérios de julgamento aplicáveis. Investiga-se, posteriormente, o que o diálogo competitivo pode agregar às contratações públicas de inovação. Ao final, propõem-se contribuições para a otimização do diálogo competitivo enquanto instrumento de estímulo à inovação.

Palavras-chave: Lei nº 14.133/2021. Diálogo competitivo. Inovação. Contribuições.

ABSTRACT

The competitive dialogue is a new procurement modality introduced by Law n° 14.133/2021, which breaks with the classical models of procurement provided for in previous legislation and develops in search of a solution that is effectively capable of satisfying the need that motivated the tender. Technical specifications cease to be protagonists in this procurement modality. The research was structured using the deductive method, with the main strategy being documentary and bibliographic research, based on primary and secondary sources. This paper initially addresses the incentive for innovation as the objective of the procurement process and its legal effects on public contracts, discussing some institutes of the Law on Bidding and Administrative Contracts that aim at contracting innovation. Next, the origin and characteristics of the competitive dialogue, the legal hypotheses of admissibility, its procedural structure, the decision-making process and the applicable judgment criteria are addressed. Subsequently, the potential contributions of competitive dialogue to public contracts for innovation are investigated. Finally, contributions are proposed to optimize the competitive dialogue as a tool to encourage innovation.

Keywords: Law n° 14.133/2021. Competitive dialogue. Innovation. Contributions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CMMI	<i>Capability Maturity Model Integration</i>
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
EC	Emenda Constitucional
ICP-Brasil	Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira
Inmetro	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
MCTI	Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações
MEC	Ministério da Educação
MIP	Manifestação de Interesse Privado
MP	Medida Provisória
MPS.BR	Melhoria de Processo do Software Brasileiro
PIB	Produto Interno Bruto
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PNCP	Portal Nacional de Compras Públicas
P&D	Pesquisa e Desenvolvimento
SBGC	Sociedade Brasileira de Gestão do Conhecimento
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TIC	Tecnologia da Informação e Comunicação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O INCENTIVO À INOVAÇÃO COMO OBJETIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO	15
1.1. O incentivo à inovação no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro	15
1.2 Efeitos jurídicos da inclusão do incentivo à inovação como objetivo do processo licitatório.....	21
1.3 Inovação tecnológica e técnica na Lei de Licitações e Contratos Administrativos	29
1.3.1 Processo administrativo eletrônico como regra nas licitações públicas	30
1.3.2 Margem de preferência para bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no país	32
1.3.3 Certificação e normas técnicas na Lei nº 14.133/2021	37
1.3.4 Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP)	42
2. DIÁLOGO COMPETITIVO: A NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO	45
2.1 Origem e características do diálogo competitivo no direito europeu	45
2.2 O diálogo competitivo formaliza um diálogo público-privado existente há bastante tempo nas contratações públicas.....	50
2.3 Diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021	51
2.3.1 Hipóteses legais de cabimento	51
2.3.1.1 Alternatividade dos incisos e cumulatividade das alíneas do art. 32 da Lei nº 14.133/2021: uma interpretação favorável à inovação	55
2.3.2 Estrutura processual do diálogo competitivo	58
2.3.2.1 Fase de pré-seleção dos licitantes	59
2.3.2.2 Fase do diálogo	65
2.3.2.3 Fase competitiva	71
2.3.3 A comissão de contratação referida no inciso XI do § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021	74
2.3.4 Os critérios de julgamento aplicáveis ao diálogo competitivo	77
2.3.5 Aplicação do diálogo competitivo às concessões de serviços públicos e às parcerias público-privadas	80

2.4 Outras formas de diálogos público-privados nas contratações públicas	81
2.4.1 Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)	82
2.4.2 Manifestação de Interesse Privado (MIP)	84
2.4.3 Contratação integrada	85
3. O DIÁLOGO COMPETITIVO E A CONTRATAÇÃO DE INOVAÇÃO	87
3.1 Desafios à implementação do diálogo competitivo	87
3.2 Possíveis vantagens proporcionadas pelo diálogo competitivo às contratações públicas de inovação.....	90
3.2.1 A assimetria de informação	90
3.2.2 O risco moral e a seleção adversa nas contratações públicas	94
3.2.3 A formalização dos diálogos público-privados	97
3.3 Contribuições para otimização do diálogo competitivo com vistas à contratação de inovação.....	99
3.3.1 Adequação das regras gerais ao diálogo competitivo.....	100
3.3.2 Empoderamento do papel do gestor no processo de contratação pública	101
3.3.3 Manutenção do sigilo dos registros e das gravações da fase do diálogo.....	104
3.3.4 Capacidade de inovação como requisito de habilitação do interessado	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, promulgada no dia 1º de abril de 2021, fez a introdução do diálogo competitivo como uma nova modalidade de licitação na aquisição de bens, obras e serviços. Diferentemente das modalidades tradicionais de licitação estabelecidas pela antiga Lei nº 8.666/1993, o objetivo principal do diálogo competitivo é proporcionar ao gestor público maior flexibilidade na formulação do planejamento contratual e na condução do processo licitatório, visando à maximização da eficiência nas contratações públicas.

A flexibilidade associada ao diálogo competitivo foi concebida para a estruturação de contratações complexas, caracterizadas por assimetrias de informações entre o mercado e a Administração Pública, tanto em relação ao objeto da contratação quanto às estruturas jurídicas e financeiras dos contratos. Essas estruturas são, em grande medida, interdependentes em contratos de maior complexidade. A assimetria informacional pode não ser resultado de uma eventual insuficiência técnica nos quadros da Administração, mas sim de uma indefinição objetiva sobre qual seria a solução mais adequada para o problema em questão.

A adoção do diálogo competitivo, devido à sua própria natureza, indica um maior nível de desconhecimento por parte da Administração. Essa modalidade de licitação é apropriada em cenários onde, embora a Administração tenha clareza sobre os objetivos que deseja alcançar, não possui a precisão necessária para especificar, no termo de referência ou no projeto básico, o bem, serviço ou obra que pretende contratar. As incertezas da Administração podem estar relacionadas a metodologias de execução, especificações técnicas, estruturas jurídicas e financeiras, entre outros aspectos, ou até mesmo a uma falta completa de conhecimento sobre a solução mais adequada para atender a uma determinada necessidade.

Em decorrência disso, o processo licitatório do diálogo competitivo começa com a publicação de um edital preliminar (uma espécie de anteprojeto), que pode incluir apenas as necessidades e exigências previamente identificadas pela Administração. O propósito é realizar uma pré-seleção dos interessados (fase de pré-seleção) que possuam atributos diferenciados e qualificações técnicas necessárias para contribuir na identificação e na construção da solução mais adequada para satisfazer as necessidades do ente licitante. Em outras palavras, o objetivo da licitação está centrado na necessidade

a ser atendida e nos resultados almejados, em vez de se concentrar nas especificações técnicas do objeto alvo da contratação.

O diálogo competitivo representa uma mudança significativa no paradigma das contratações públicas, que antes era caracterizado pela rigidez da legislação e pela exaustividade e objetividade das especificações técnicas exigidas no termo de referência ou no projeto básico. Essas especificações técnicas, demandavam um esforço substancial da Administração na fase preparatória e não garantiam a segurança ou a certeza de que a solução mais apropriada estivesse sendo contratada.

A diminuição da assimetria de informações entre o ente contratante e o mercado possibilita à Administração melhores condições para identificar a solução ideal para atender às suas necessidades complexas. O acesso às informações fornecidas pelos agentes econômicos durante a fase do diálogo é o objetivo central da modalidade licitatória diálogo competitivo. Considerando que as contratações públicas voltadas à inovação possuem características singulares, a divulgação de informações pelos agentes econômicos pode envolver segredos industriais ou comerciais vitais para as suas atividades, tornando crucial a manutenção do sigilo sobre as soluções propostas ou informações confidenciais compartilhadas por um licitante (art. 32, § 1º, IV). Sem essa confidencialidade, os licitantes não se sentiriam seguros para apresentar suas melhores soluções e ideias.

A aplicabilidade da modalidade licitatória diálogo competitivo para a contratação de objetos que envolvam inovação tecnológica ou técnica (art. 32, I, a) está alinhada com a inclusão do incentivo à inovação como sendo um dos objetivos do processo licitatório (art. 11, IV). Através das contratações públicas, o Estado visa a estimular o fortalecimento e o desenvolvimento da inovação tanto nas empresas quanto nos entes públicos, fomentando o progresso do mercado interno (o art. 219 da Constituição Federal considera o mercado interno parte do patrimônio nacional) e promovendo a autonomia tecnológica do País. Além disso, permite que a Administração Pública incorpore novas tecnologias e conhecimentos, que podem ser aplicados em diversas atividades em benefício da coletividade. Assim, as contratações públicas são usadas como um instrumento para estimular a inovação (estímulo à inovação pela demanda).

O art. 11, IV busca, no âmbito infraconstitucional, concretizar as normas constitucionais contidas nos artigos 218, 219, 219-A e 219-B, da Constituição Federal, que foram adicionados pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015, em um capítulo dedicado especificamente à ciência, tecnologia e inovação.

O diálogo competitivo oferece, além de suas vantagens intrínsecas, um benefício adicional significativo: a formalização da relação público-privada que precede as contratações públicas. Embora, à primeira vista, essa questão possa parecer irrelevante para as contratações públicas de inovação, é evidente que, no âmbito do diálogo competitivo, a fase preparatória da licitação é conduzida com a colaboração ativa de agentes econômicos privados, particularmente durante a fase do diálogo. Isso possibilita a formalização de interações público-privadas que já ocorrem há bastante tempo nas contratações públicas, agora documentadas por meio de registros de reuniões com os licitantes pré-selecionados, seja por escrito ou utilizando recursos tecnológicos, tanto de áudio como de vídeo (art. 32, § 1º, VI).

A transparência desses diálogos público-privados não apenas tem o potencial de mitigar ou eliminar os riscos associados à opacidade dessas comunicações, como o risco moral, mas também permite que a Administração estabeleça um contato mais abrangente com diversos agentes econômicos privados, qualificados para participar do diálogo. Isso possibilita não apenas a verificação de que uma solução proposta é adequada, mas também a demonstração de que essa solução é superior às suas alternativas.

Através de uma análise bibliográfica sobre o tema, foram identificados potenciais desafios para a implementação do diálogo competitivo e propostas para sua otimização como um mecanismo jurídico que fomenta a inovação. Espera-se que o presente estudo possa contribuir com o processo de regulamentação do diálogo competitivo.

Esta dissertação tem por objetivo geral analisar o papel do diálogo competitivo como uma modalidade de licitação introduzida pela Lei nº 14.133/2021 e sua contribuição para a promoção da inovação nas contratações públicas no Brasil. Os objetivos específicos foram evidenciar como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos incorpora o incentivo à inovação como um dos objetivos do processo licitatório, explorando aspectos jurídicos e práticos dessa inclusão; descrever a origem, as hipóteses de cabimento e a estrutura processual do diálogo competitivo, comparando suas particularidades no direito europeu e brasileiro, e discutindo sua formalização e aplicabilidade na legislação brasileira e, finalmente, identificar eventuais desafios para a implementação e possíveis vantagens do diálogo competitivo para as contratações públicas de inovação, sugerindo medidas para sua otimização.

Para elucidar os objetivos propostos, esta dissertação iniciou abordando, no primeiro capítulo, a inclusão do incentivo à inovação no contexto da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Neste capítulo, explora-se como o art. 11, IV está alinhado às

normas constitucionais que promovem a inovação, destacando efeitos jurídicos e práticos dessa política nas contratações públicas. O segundo capítulo foca no diálogo competitivo como uma nova modalidade de licitação introduzida pela Lei nº 14.133/2021, abordando a sua origem no direito europeu, as hipóteses legais de cabimento e a sua estrutura processual, que inclui as fases de pré-seleção, do diálogo e competitiva, e como essas etapas formalizam uma interação produtiva entre o setor público e privado. No terceiro capítulo, a dissertação concentra-se nos eventuais desafios à implementação e nas possíveis vantagens do diálogo competitivo na contratação de soluções inovadoras. Este capítulo também sugere medidas para otimizar o uso do diálogo competitivo, reforçando sua importância como um instrumento estratégico para o desenvolvimento e a incorporação de inovações tecnológicas e técnicas nas contratações públicas. Com essa estrutura, a dissertação oferece uma análise acerca do potencial do diálogo competitivo como um instrumento jurídico capaz de estimular a inovação nas contratações públicas no Brasil.

1. A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O INCENTIVO À INOVAÇÃO COMO OBJETIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO

Neste capítulo, será realizada uma breve análise histórica da legislação constitucional e infraconstitucional que instituiu o incentivo à inovação como um dever do Estado brasileiro, tomando como marco a Emenda Constitucional nº 85/2015.

Serão explorados os possíveis efeitos jurídicos decorrentes da inclusão do incentivo à inovação como um dos objetivos do processo licitatório (art. 11, IV, da Lei nº 14.133/2021), realizando-se uma digressão acerca do processo de contratação pública como um mecanismo de indução de práticas e comportamentos tanto por parte da Administração Pública quanto dos agentes econômicos. Em particular, será ressaltado o papel do poder de compra estatal no fomento de processos e produtos inovadores e sua relevância na concretização de políticas de estímulo à inovação pela demanda.

Neste estudo, será adotada a definição de agentes econômicos proposta por Gustavo Henrique Carvalho Schiefler¹, que inclui todos os indivíduos (sociedades empresárias e seus representantes, organizações da sociedade civil, entidades do terceiro setor e pessoas físicas) que buscam interesses econômicos em suas interações com a Administração Pública. Essa definição abrange essencialmente aqueles indivíduos envolvidos nos processos de contratação pública, excluindo os particulares que, como cidadãos, são meros destinatários dos serviços públicos prestados pelo Estado.

Subsequentemente, serão examinados institutos que apresentam inovações tecnológicas ou técnicas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com comentários específicos sobre cada um deles.

1.1. O incentivo à inovação no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro

O artigo 218 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 85/2015, estipula de maneira inequívoca que o Estado deve promover e incentivar a ciência, a tecnologia e a inovação.

¹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2018, p. 12-13.

Além do *caput* do artigo 218, a Constituição Federal determina em seus parágrafos que: (a) o Estado dará prioridade à pesquisa científica básica e tecnológica, visando ao bem comum e ao progresso em ciência, inovação e tecnologia; (b) a pesquisa tecnológica será direcionada primariamente para a solução de problemas nacionais e para o desenvolvimento dos sistemas produtivos, tanto em âmbito nacional quanto regional; (c) o Estado estimulará a formação de recursos humanos em setores nas áreas de inovação, ciência, pesquisa e tecnologia; (d) a legislação apoiará e incentivará empresas que investem em pesquisa, no desenvolvimento de tecnologia apropriada ao País, na capacitação e aprimoramento de seus recursos humanos e que adotem sistemas de remuneração que garantam aos empregados, além do salário, participação nos ganhos econômicos derivados de sua produtividade; (e) o Estado promoverá a coordenação entre entidades públicas e privadas e (f) o Estado incentivará e promoverá a atuação internacional das instituições públicas dedicadas à ciência, tecnologia e inovação.²

O *caput* do artigo 219 estabelece que o mercado interno é parte do patrimônio nacional e deve ser promovido de forma a assegurar o desenvolvimento socioeconômico e cultural, o bem-estar social e, também, a autonomia tecnológica, conforme estipulado por lei federal. O parágrafo único, introduzido pela Emenda Constitucional nº 85/2015, prevê que o Estado incentivará o fortalecimento e a criação da inovação nas organizações e em outras entidades, sejam elas públicas ou privadas, além da manutenção e formação de parques e polos tecnológicos, bem como de outros ambientes que promovam a inovação. Além disso, o Estado dará suporte à atuação de inventores independentes e à criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

A Emenda Constitucional nº 85/2015 introduziu à Constituição Federal os artigos 219-A e 219-B. O artigo 219-A autoriza os entes federativos a celebrar acordos de cooperação com órgãos e entidades, tanto públicas quanto privadas, para execução de projetos voltados à pesquisa, ao desenvolvimento científico e tecnológico e à inovação, podendo incluir contrapartida financeira ou não financeira do ente beneficiário. Já o artigo 219-B estabelece o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) no ordenamento jurídico brasileiro, prevendo sua organização por meio de colaboração entre entidades públicas e privadas para fomentar o desenvolvimento científico, tecnológico e a inovação. Os §§ 1º e 2º do artigo 219-B estipulam que lei federal definirá as normas

² SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos*, 2021, p. 38.

gerais do SNCTI, enquanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão legislativamente de maneira concorrente sobre aspectos específicos.

Sobre a inclusão do artigo 219-B na Constituição Federal, Pimenta Filho³ ressalta que essa alteração representou “uma mudança significativa na sistemática jurídica de inovação no Brasil, importante sob uma perspectiva estrutural”, pois marca a transição das ações estatais de fomento à inovação para um enfoque mais sistêmico e coordenado, em detrimento do caráter pontual e individual. Ele argumenta que o artigo 219-B, além de conferir legitimidade a esse tipo de ação, estabelece a promoção da inovação como um objetivo central da ação estatal, simbolizando “dois passos cruciais na consolidação do sistema jurídico de inovação brasileiro.”

Entre as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 85/2015 à Constituição Federal, destacam-se: (a) a inclusão da obrigação compartilhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de proporcionar acesso à tecnologia, ciência, pesquisa e inovação (art. 23, V); (b) a remoção da necessidade de autorização legislativa para que recursos sejam transferidos entre categorias de programação em atividades de inovação, ciência e tecnologia (art. 167, VI, § 5º) e (c) a atribuição ao Sistema Único de Saúde (SUS) da responsabilidade de fomentar a inovação em sua área de atuação (art. 200, V)⁴.

Dessa forma, a Emenda Constitucional nº 85/2015 elevou ao nível constitucional o dever do Estado de promover e incentivar a inovação, conferindo-lhe um papel destacado no texto constitucional e sublinhando a importância da cooperação entre os diferentes entes federativos para alcançar esse objetivo. É indiscutível que, no atual contexto constitucional, todos os entes da federação têm a responsabilidade de promover políticas de incentivo à inovação, o que constitui uma competência administrativa comum e uma competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal⁵.

É evidente a escolha do constituinte reformador com a promulgação da Emenda Constitucional nº 85/2015. Luciano Reis⁶ enfatiza que “há aqui uma ordem a ser observada, não um mero conselho ao administrador público no Brasil,” reforçando que o

³ PIMENTA FILHO, Luiz Cláudio. *Compras públicas para inovação e o desenvolvimento: um diagnóstico jurídico-institucional das encomendas tecnológicas no Brasil*. Tese de Doutorado 2021, p. 68-69.

⁴ SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos*, 2021, p. 38.

⁵ COSENDEY, Priscilla de Souza Francisco. *O uso do poder de compra do Estado como instrumento de fomento à inovação*. Dissertação de Mestrado, 2017, p. 35-38.

⁶ REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 195-201.

comando constitucional não pode ser ignorado ou negligenciado, dado que a Administração Pública deve fundamentar suas ações (sejam omissivas ou comissivas) na Constituição Federal.

O mesmo autor ainda destaca que a expressão “autonomia”, presente no artigo 219 da Constituição Federal, vai além do simples desenvolvimento tecnológico. Segundo ele, “Autonomia implica a menor dependência tecnológica possível. Não existem palavras inúteis ou supérfluas no texto constitucional”⁷.

O constituinte reformador empregou com precisão a expressão “autonomia tecnológica”. É essencial reduzir a dependência do mercado interno em relação às tecnologias provenientes de outros países. Para alcançar tal objetivo, a inovação tecnológica deve ser uma questão de interesse público, abrangendo tanto o setor privado quanto o público. No entanto, para que o Estado brasileiro se posicione como um agente protagonista na busca pela autonomia tecnológica, é fundamental gerar confiança nos potenciais investidores e criar condições que permitam ao próprio Poder Público desenvolver tecnologia, ciência e inovação. Adicionalmente, é necessário formalizar parcerias com o setor privado para promover essas atividades⁸.

Como consequência da Emenda Constitucional nº 85/2015, foi promulgada em janeiro de 2016 a Lei nº 13.243/2016, conhecida como sendo o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação. Essa legislação tem o objetivo de regulamentar e efetivar os dispositivos constitucionais alterados pela emenda, facilitando a aplicação prática das novas normas relativas à ciência, tecnologia e inovação.

A Lei nº 13.243/2016 modificou outras nove leis⁹, sendo pertinente destacar as alterações mais significativas relacionadas ao uso do poder aquisitivo do Estado como estímulo à inovação, que serão analisadas no capítulo subsequente:

a) A Lei nº 10.973/2004, conhecida como Lei de Inovação Tecnológica, que regula incentivos à pesquisa científica, inovação e à tecnologia no ambiente produtivo, foi significativamente impactada. Entre as alterações mais notáveis, destaca-se a inclusão do § 4º ao art. 20, que permite que a licitação seja dispensada na contratação de processos ou produtos inovadores resultantes de atividades de pesquisa, inovação ou desenvolvimento contratadas. Essa modificação visa a fortalecer o poder de compra do

⁷ REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 197.

⁸ Idem, p. 197.

⁹ COSENDEY, Priscilla de Souza Francisco. *O uso do poder de compra do Estado como instrumento de fomento à inovação*. Dissertação de Mestrado, 2017, p. 38-40.

Estado para promover o desenvolvimento da inovação, conforme especificado no art. 1º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 10.973/2004, alterado pela Lei nº 13.243/2016.

b) A Lei nº 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos, amplamente criticada como um obstáculo ao avanço da inovação, também foi modificada. Uma das mudanças principais foi a alteração do art. 24, inciso XXI, que passou a permitir a dispensa de licitação para contratação ou aquisição de produtos destinados à pesquisa e desenvolvimento, com uma limitação de 20% (vinte por cento) do valor estipulado na alínea b do inciso I do *caput* do art. 23 da mesma Lei, no caso serviços e obras de engenharia.

A versão anterior do artigo 24, inciso XXI, previa a dispensa de licitação apenas “para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.”

Pimenta Filho¹⁰ aponta vários aspectos positivos do Decreto nº 9.283/2018, que regulamenta a Lei de Inovação e, segundo ele, introduziu definições e procedimentos significativos para ampliar o uso das encomendas tecnológicas. Entre os pontos destacados, estão: (a) a definição de risco tecnológico (art. 2º, III); (b) a dispensa da necessidade de que o objeto do contrato inclua a realização de pesquisa científica no ato constitutivo do contratado e sua dedicação exclusiva a essa atividade (art. 27, § 1º, incisos I e II); (c) a possibilidade de incluir, na contratação da encomenda tecnológica, os custos das atividades anteriores à introdução do produto, da solução, do serviço ou do processo inovador no mercado, tais como a fabricação de protótipos, o escalonamento e a construção da planta preliminar em escala comercial (art. 27, § 2º); (d) a explicitação de um caráter mais cooperativo entre a Administração Pública e o contratado (art. 27, §§ 3º e 4º); (e) a criação de um comitê técnico especializado, com o intuito de assessorar o ente público durante todo o processo, desde a escolha do contratado até o acompanhamento da execução contratual (art. 27, §§ 5º e 6º); (f) a possibilidade de diálogo prévio à elaboração do contrato, expandida e melhor definida no § 8º (art. 27, § 8º) e (g) a inclusão de disposições que permitem tanto a prorrogação do contrato quanto o encerramento regular, mesmo que o resultado almejado não seja atingido (art. 28).

A Lei nº 14.129/2021 foi sancionada, precedendo a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, também referida como a Lei do Governo Digital. Esta

¹⁰ PIMENTA FILHO, Luiz Cláudio. *Compras públicas para inovação e o desenvolvimento: um diagnóstico jurídico-institucional das encomendas tecnológicas no Brasil*. Tese de Doutorado, 2021, p. 73-77.

legislação, em seu artigo 3º, inciso XXVI, estabelece a promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público como um dos princípios e diretrizes fundamentais do Governo Digital e da eficiência pública.

Em seguida, em junho de 2021, foi promulgada a Lei Complementar nº 182/2021, denominada de Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador. Esta lei define diretrizes para a atuação da Administração Pública em todos os níveis federativos, bem como medidas para fomentar o ambiente de negócios e aumentar a oferta de capital destinado ao investimento em empreendedorismo inovador. Além disso, regulamenta o processo de licitação e contratação de soluções inovadoras pelo Poder Público, conforme estabelecido no artigo 1º.

A Lei Complementar nº 182/2021, ou Marco Legal das Startups, alicerça-se nos princípios e diretrizes delineados no artigo 3º. Entre os pontos destacados estão: (a) o reconhecimento do empreendedorismo inovador como impulsionador do desenvolvimento econômico, social e ambiental; (b) a valorização da segurança jurídica e da liberdade contratual como fundamentos para estimular o investimento e aumentar a oferta de capital para iniciativas inovadoras; (c) a importância das empresas como agentes centrais da inovação dentro do mercado livre; (d) a modernização do ambiente de negócios no Brasil; (e) o incentivo ao empreendedorismo inovador como promotor da produtividade, da competitividade da economia brasileira e da geração de empregos qualificados; (f) o aprimoramento das políticas públicas e dos instrumentos de incentivo ao empreendedorismo inovador; (g) a promoção da cooperação e interação entre entidades públicas e privadas, assim como entre empresas, como elementos essenciais para criar um ecossistema eficiente de empreendedorismo inovador; (h) o incentivo à contratação pública de soluções inovadoras desenvolvidas por *startups* e (i) a promoção da competitividade das empresas brasileiras, bem como a internacionalização e atração de investimentos estrangeiros.

A Lei nº 14.133/2021, no artigo 11, inciso IV, incorpora como um dos objetivos do processo licitatório o estímulo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável. Esse é um acréscimo significativo à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no que diz respeito à inovação, pois o desenvolvimento nacional sustentável já estava contemplado na Lei nº 8.666/1993.

1.2 Efeitos jurídicos da inclusão do incentivo à inovação como objetivo do processo licitatório

A vasta gama de dispositivos constitucionais que tratam da promoção e do incentivo à inovação pelo Estado facilita a compreensão da importância do artigo 11, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Este dispositivo estabelece que:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Segundo Di Pietro e Marrara¹¹, na execução de contratos, os órgãos públicos devem promover a inovação em dois sentidos: como meio de fomentar o progresso do setor empresarial nacional e como forma de permitir que a Administração Pública incorpore novas tecnologias nas diversas funções que desempenha, aplicando-as em benefício da coletividade.

Embora os autores reconheçam que incentivar a inovação nos contratos públicos oferece benefícios claros tanto para os entes públicos quanto para os contratados, eles alertam que essa inclusão não é tarefa simples. Este objetivo pode enfrentar obstáculos, seja pela busca da vantajosidade nas contratações, seja pela necessidade de garantir a competitividade e a igualdade de condições nos processos licitatórios, em conformidade com os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

A contratação de bens e serviços inovadores envolve a aceitação de riscos associados à experimentação de soluções técnicas recentes, ainda não amplamente estabelecidas. Adicionalmente, esses contratos podem acarretar custos adicionais, destinados a compensar os investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Algumas soluções inovadoras, devido aos seus altos custos ou aos direitos de propriedade intelectual envolvidos, podem reduzir significativamente o número de licitantes, ou até mesmo colocar algum agente econômico em uma posição monopolista. Tal cenário pode

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura geral da nova Lei: abrangência, objetivos e princípios *In*: GUIMARÃES, Edgar et al. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 14-16.

prejudicar gravemente a competitividade, resultando num aumento das despesas públicas e em um processo licitatório excludente.

Marçal Justen Filho¹² sublinha que o incentivo à inovação por meio das contratações públicas representa “uma das questões mais problemáticas a serem resolvidas”, pois a promoção da inovação não é um objetivo aplicável a qualquer licitação. A utilização de recursos públicos para fomentar inovações deve ser restrita a situações específicas onde tal incentivo é justificado.

De acordo com o autor, a alocação de recursos públicos para promover inovações está intrinsecamente associada a riscos elevados. Em muitos casos, será mais prudente direcionar a licitação para soluções tradicionais e já comprovadas, aplicando-se o princípio da precaução como medida de segurança.

Zago¹³ argumenta que a meta de incentivar a inovação é de natureza um tanto genérica, levantando questionamentos sobre suas consequências práticas. Em termos gerais, pode-se argumentar que essa meta deve ser levada em consideração ao avaliar o que se considerará como sendo a proposta que trará maior vantagem para a Administração. Além disso, pode justificar a imposição de requisitos técnicos na definição do objeto da licitação, na qualificação dos licitantes e na escolha da proposta vencedora, ou ainda como uma obrigação a ser cumprida pelo futuro contratado. Ela conclui que as formas e os limites em que cada etapa do processo licitatório pode (ou deve) incorporar esses objetivos estarão sujeitos a debates.

Além de ser uma meta das contratações públicas, o incentivo à inovação é também um compromisso constitucional da Administração Pública, conforme delineado no artigo 218 da Constituição Federal¹⁴.

Ao integrar o incentivo à inovação como um dos objetivos das licitações, a Lei nº 14.133/2021 consolida o dever do Estado de promover, financiar e estimular a inovação, juntamente com as atividades de ciência e tecnologia, conforme estabelecido pela Emenda Constitucional nº 85/2015. Embora tenha havido certa demora, o Estado brasileiro reconheceu que as demandas por desenvolvimento científico e tecnológico são

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 264-265.

¹³ ZAGO, Marina Fontão. O processo licitatório: objetivos (art. 11), formalidades (art. 12 e 13) e condições de participação (art. 14 a 16) *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 432-436.

¹⁴ CAMARÃO, Tatiana *in* FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 01, artigos 1º ao 70). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 186.

urgentes. Negligenciar essas demandas poderia colocar o País em uma posição de atraso e desvantagem, com impactos sociais e econômicos adversos, além de contribuir para a emigração de profissionais qualificados para países que oferecem melhores condições e valorizam a pesquisa, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação¹⁵.

O conceito de inovação, segundo Tatiana Camarão¹⁶, refere-se à implementação de ideias que geram valor para órgãos e entidades públicas por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho ou métodos eficazes para resolver problemas complexos. A inovação pode englobar iniciativas e estruturas tecnológicas novas, mas não se limita a essas finalidades.

De acordo com Schumpeter¹⁷, a inovação provoca uma ruptura no sistema econômico, afastando-o do equilíbrio e alterando os padrões de produção, o que cria uma diferenciação significativa para as empresas. Esse papel central da inovação é crucial para o desenvolvimento econômico de um país.

Inicialmente, a inovação era compreendida como um processo linear, composto por uma sequência de atividades. Essa visão predominou até o final dos anos 1960, caracterizando a inovação como uma série de estágios sucessivos e independentes, incluindo pesquisa básica e aplicada, desenvolvimento, produção e disseminação¹⁸.

A partir da década de 1980, a literatura começou a reconhecer que o processo de inovação não segue necessariamente uma lógica linear, mas sim um processo complexo e variável. Este modelo, conhecido como “elo da corrente”, reconhece a existência de interações e retroalimentações entre os diversos subprocessos, podendo inclusive retornar a etapas anteriores para aperfeiçoamento ou resolução de problemas.

Embora o conceito de inovação tenha sido continuamente refinado ao longo do tempo, ainda não há um consenso sobre sua definição exata. Contudo, uma definição amplamente aceita está no Manual de Oslo¹⁹, que descreve o modelo do “elo da corrente” da seguinte forma:

¹⁵ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow in DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coordenadores). *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 129-130.

¹⁶ CAMARÃO, Tatiana in FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 01, artigos 1º ao 70). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 186.

¹⁷ SCHUMPETER, 1985 *apud* COSENDEY, Priscilla de Souza Francisco. *O uso do poder de compra do Estado como instrumento de fomento à inovação*. Dissertação de Mestrado, 2017, p. 12.

¹⁸ CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena Maria Martins. Sistemas de inovação e desenvolvimento: as implicações de política. *São Paulo em Perspectiva*, v. 19, p. 34-45, jan./mar. 2005.

¹⁹ OCDE. *Manual de Oslo – Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica*. Paris, OCDE. Disponível em: http://www.finep.gov.br/images/afinep/biblioteca/manual_de_oslo.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

O modelo do elo da corrente concebe a inovação como uma interação contínua entre as oportunidades de mercado e a base de conhecimento e capacidades da empresa. Cada função geral no processo de inovação engloba diversos sub-processos, e seus resultados são caracterizados por um alto grau de incerteza. Não há um progresso linear e simples; frequentemente, é necessário retornar a etapas anteriores para resolver problemas que surgem durante o desenvolvimento. Isso demanda uma retroalimentação constante entre todas as partes envolvidas. Um fator crucial para o êxito (ou fracasso) de um projeto inovador é a capacidade da empresa de manter conexões eficazes entre as diversas fases do processo de inovação. O modelo sublinha, por exemplo, a importância vital da interação contínua entre o marketing e as fases de design da invenção.

Subsequentemente, com base na perspectiva neo-schumpeteriana e evolucionista, surgiu a abordagem sistêmica da inovação. Esta é mais abrangente que o modelo do elo da corrente, pois além de reconhecer a não-linearidade e a complexidade da dinâmica econômica e do processo de inovação, considera também a participação e a interação de diversos atores nesse processo. “A inovação é vista como um processo sistêmico, gerado e sustentado pelas relações interfirmas e por uma complexa rede de relações institucionais, que dependem de seus ambientes sociopolíticos e institucionais”²⁰.

A abordagem neo-schumpeteriana ou a teoria evolucionária do desenvolvimento tecnológico, sustentada por evidências empíricas, sugere que a dinâmica da inovação, fundamental para o processo de transformação econômica, depende não apenas dos recursos alocados para esse fim, mas, sobretudo, do processo de aprendizagem. Este processo é cumulativo, sistêmico e idiossincrático, e está intimamente ligado à difusão da tecnologia²¹.

A abordagem sistêmica, em contraste com a visão linear, reconhece que a inovação se expande além das atividades formais de pesquisa e desenvolvimento e não se limita ao progresso científico e tecnológico. Schumpeter destaca que “não haverá inovação se o mercado não for atingido, nesse caso poderá haver invenção.” Segundo ele, a inovação consiste na combinação de novos meios de produção, assumindo um papel central na economia. Em contraste, uma invenção que não é aplicada na prática torna-se irrelevante do ponto de vista econômico. Portanto, enquanto a invenção é um ato de descoberta, a inovação abrange também os aspectos econômicos e organizacionais dessa descoberta²².

²⁰ CASSIOLATO, José Eduardo. *The role of user-producer relations in innovation and diffusion of new technologies: lessons from Brazil*. Inglaterra. Universidade de Sussex, Tese de Doutorado, 1992.

²¹ CAMPOS, Fred Leite Siqueira; PIMENTA, Diogo Augusto Soares; SILVA, Antônio Suerliton B. Inovação e trajetória tecnológica: abordagem complexa com conteúdos neo-schumpeterianos – O caso da Petrobras para o período 2007-2011. *Cadernos de Prospecção*, v. 6, n. 3, p. 410-422, 2013.

²² SCHUMPETER 1985 *apud* COSENDEY, Priscilla de Souza Francisco. *O uso do poder de compra do Estado como instrumento de fomento à inovação*. Dissertação de Mestrado, 2017, p. 18.

Em resumo, a inovação se caracteriza por seu processo contínuo e cumulativo, abrangendo tanto inovações radicais quanto incrementais²³. Além disso, envolve a difusão, absorção e aplicação prática dessas inovações.

André Schiefler propõe um conceito de inovação específico para o contexto da Administração Pública. Ele afirma que a inovação “se relaciona com as contratações públicas e com a necessidade de reformular, melhorar, incrementar ou criar processos ou procedimentos administrativos no exercício da função administrativa, visando aprimorar a qualidade dos serviços prestados, os quais são considerados como meios de concretização qualitativa dos direitos dos cidadãos.” Schiefler sugere que o poder de compra do Estado deve ser utilizado para induzir a inovação tanto internamente (em rotinas e controles) quanto externamente à sua estrutura (por exemplo, nas atividades produtivas da sociedade e nas ferramentas para controle da administração pela sociedade), especialmente por meio da adoção de tecnologias emergentes, como aquelas que utilizam inteligência artificial²⁴.

Considerando a natureza dinâmica e abrangente do conceito de inovação, para os propósitos desta pesquisa, adota-se a definição fornecida no artigo 2º, inciso IV, da Lei de Inovação Tecnológica. Conforme essa definição, inovação é a "introdução de novidades ou aperfeiçoamentos no ambiente produtivo e social que resultem em novos produtos, serviços ou processos, ou que incorporem novas funcionalidades ou características a produtos, serviços ou processos já existentes, resultando em melhorias e ganhos efetivos de qualidade ou desempenho."

Apesar das significativas reflexões dos doutrinadores mencionados sobre os desafios e questões relativas ao incentivo à inovação como objetivo do processo licitatório, é claro que o legislador está preocupado com a utilização do poder de compra do Estado. Esta preocupação abrange tanto o desenvolvimento de inovações quanto a introdução e disseminação de inovações já existentes.

Embora o objetivo fundamental da contratação pública seja atender à necessidade concreta de obter um produto, seja ele um artefato, um software, um sistema que integra hardware e software ou um serviço, o art. 11, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos

²³ Enquanto a inovação incremental volta os seus olhos para mudanças mais simples e contidas, a inovação radical enfoca o impacto de longo prazo, podendo envolver o deslocamento de produtos atuais, a alteração do relacionamento entre clientes e fornecedores e a criação de categorias completamente novas de produtos. Disponível em: <https://distrito.me/blog/inovacao-disruptiva-radical-e-incremental-qual-a-diferenca/#>. Acesso em: 11 dez 2023.

²⁴ SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos*, 2021, p. 46-47.

Administrativos revela a intenção do legislador de utilizar a demanda estatal para fomentar estratégias de inovação no setor privado. O legislador objetiva somar aos recursos tradicionais de incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico aqueles voltados para as contratações públicas que promovem esses elementos. A ideia subjacente é que “uma eficiente política de inovação é aquela que mobiliza a sociedade utilizando todos os recursos disponíveis, mesmo aqueles não especificamente alocados para esse fim, como é o caso das compras públicas”²⁵.

O emprego do poder de compra estatal emergiu como uma forma indireta de intervenção do Estado, por meio da qual, ao definir o que vai adquirir, o Estado influencia os mercados fornecedores. Essa prática orienta as ações do setor produtivo para atender não apenas as necessidades específicas que motivam a contratação, mas também outros objetivos públicos de maior alcance.

Segundo Zago²⁶, essa forma de ação estatal é estruturada de maneira extremamente indireta e subsidiária, agregando uma nova dimensão à atividade administrativa. Ela argumenta que “a contratação pública, que inicialmente visa cumprir sua função primária, passa a buscar não só seu objetivo original, mas também um objetivo secundário e adicional.”

Zago sustenta que a relevância da utilização da função derivada das contratações públicas se intensifica em períodos de crise econômica, por duas razões principais. Primeiramente, há uma tendência de aumento nos gastos públicos como forma de estimular a economia através das compras estatais. Em segundo lugar, a crise gera pressões para que o Estado realize aquisições de forma mais eficiente, obtendo o melhor custo-benefício. Dessa forma, o uso estratégico do poder de compra estatal passou a ser visto como uma ferramenta de política econômica crucial para enfrentar desafios econômicos.

Um exemplo elucidativo é o da União Europeia, que, em 2014, promulgou novas Diretivas²⁷ regulando as contratações públicas. No processo de revisão dessas Diretivas,

²⁵ RAUEN, André Tortato. *Compras públicas para inovação no Brasil: o poder da demanda pública*. (Capítulo 1) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*, 2022, p. 13-14.

²⁶ ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 67-78.

²⁷ Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão; Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados com entidades que operam nos setores de água, energia, dos transportes e dos serviços postais.

foi amplamente destacado o papel estratégico das compras públicas não apenas na promoção da integração do mercado europeu, mas também como parte integrante de uma estratégia econômica de longo prazo para a região, conforme delineado na iniciativa “Europa 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”²⁸.

Foss e Bonacelli²⁹ citam como exemplos bem-sucedidos do uso do poder de compra estatal os projetos de desenvolvimento e execução da plataforma P-51 e da aeronave KC-390, um avião de múltiplas funções.

As autoras destacam que a plataforma P-51 foi a primeira estrutura desse tipo totalmente construída no Brasil, envolvendo atividades intensivas de engenharia e complexas interfaces tecnológicas. A análise do projeto da plataforma P-51 mostrou que a política de compras adotada pela Petrobras contribuiu significativamente para redirecionar as aquisições governamentais em favor do mercado interno. Esse direcionamento não apenas impulsionou setores estratégicos da indústria petrolífera brasileira, como também fortaleceu áreas como a engenharia naval.

No caso do desenvolvimento da aeronave KC-390, as autoras explicam que se tratou de uma compra pública sob demanda, iniciada em 2008, quando o Comando da Aeronáutica encomendou um protótipo da Embraer pelo valor de R\$ 4,8 bilhões. Devido à existência de um único fornecedor, a contratação ocorreu por inexigibilidade de licitação³⁰. Embora a contratação não especificasse atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D), pois não se considerou a incerteza tecnológica e seus riscos associados, o projeto foi bem-sucedido e a aeronave KC-390 realizou seu voo inaugural em fevereiro de 2015.

Mesmo com as dificuldades e os riscos inerentes à aplicação de recursos públicos para fomentar a inovação por meio das contratações públicas, não se pode negligenciar o imperativo constitucional que impõe ao Estado o dever de promover e incentivar a inovação.

A Emenda Constitucional nº 85/2015 posicionou claramente o estímulo à inovação como uma prioridade no texto constitucional. Luciano Reis³¹ reforça a seriedade

²⁸ A estratégia “Europa 2020” está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A52010DC2020>. Acesso em: 5 dez. 2023.

²⁹ FOSS, Maria Carolina; BONACELLI, Maria Beatriz Machado. Compras públicas como instrumento de política de estímulo à demanda por inovação: primeiras considerações sobre o sistema paulista de inovação. *Blucher Engineering Proceedings*, v. 3, n. 4, p. 303-322, 2016, p. 13-14.

³⁰ RAUEN, André Tortato. *Compras Públicas de P&D no Brasil: o uso do artigo 20 da Lei de Inovação*. Radar IPEA, 2015.

³¹ REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 195-201.

desse compromisso ao afirmar que “há aqui uma ordem a ser cumprida, e não um mero conselho ao administrador público no Brasil”. Além de estabelecer que é dever do Estado incentivar a inovação, a norma constitucional também define que o mercado interno é parte do patrimônio nacional e deve ser incentivado para promover a autonomia tecnológica do País, conforme previsto no artigo 219 da Constituição Federal.

O artigo 11, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos busca concretizar o comando constitucional previsto nos artigos 218 e seguintes da Constituição Federal, que são dedicados à ciência, inovação e tecnologia. Portanto, desafios práticos não devem ser utilizados como justificativa para não cumprir o objetivo de promover a inovação no processo licitatório.

É fundamental reconhecer o papel do poder de compra estatal no incentivo ao desenvolvimento de processos e produtos inovadores que, de outra forma, não seriam explorados espontaneamente pelo mercado devido aos desincentivos existentes. Dada a importância da inovação para o desenvolvimento socioeconômico, o Estado utiliza várias estratégias para estimular investimentos nessa área. Uma das ferramentas mais eficazes é o poder de compra estatal, que permite ao Estado criar e antecipar um mercado para produtos e processos tecnológicos, acelerando o tempo de maturação comercial desses investimentos, reduzindo os riscos envolvidos e mitigando o *gap* de preços³² frequentemente presente nos processos inovativos³³.

Marçal Justen Filho³⁴ faz duas observações cruciais a respeito das expressões utilizadas na Lei de Licitações e Contratos. A primeira diz respeito à terminologia empregada pela Lei nº 8.666/1993 e pela Lei nº 14.133/2021. A Lei nº 8.666/1993 trata a licitação como um meio para alcançar certos fins, enquanto a Lei nº 14.133/2021 fala em objetivos. Veja-se:

A expressão “fins” apresenta uma dimensão mais subjetiva, indicando uma concepção escolhida para orientar a conduta de um sujeito.

Já o vocábulo “objetivo” se refere a um resultado dotado de uma dose de autonomia em face de escolhas pessoais.

A alteração terminológica não implica ruptura radical com a estrutura conceitual da licitação, mas revela a orientação de vincular o processo de licitação à realização concreta de resultados.

³² A expressão *price gap* se refere ao longo tempo de maturação entre o aporte do investimento e a efetiva obtenção de resultados econômicos, algo que pode trazer desestímulos ao setor produtivo.

³³ ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 76-77.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 258-260.

A segunda observação relaciona-se à ausência de hierarquia entre os objetivos estabelecidos pelo processo licitatório, conforme previsto na Lei nº 14.133/2021. Isso implica que todos os objetivos devem ser perseguidos com igual intensidade e equilíbrio, sem priorização hierárquica:

É descabido reputar que qualquer um dos objetivos buscados deva prevalecer sobre os demais. Não existe hierarquia entre “isonomia”, “vantajosidade”, “obtenção de preços adequados”, “promoção da inovação” e “desenvolvimento nacional sustentável.”

Todos esses objetivos devem ser realizados do modo mais intenso possível, em termos cumulativos e na medida do que seja viável na realidade concreta.

Portanto, não há dúvidas de que o objetivo de “incentivar a inovação”, delineado no artigo 11, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, visa a concretizar o comando constitucional contido nos artigos 218 e seguintes da Constituição Federal. Este objetivo amplia o uso do poder de compra do Estado, que vai além de sua função primária e tradicional de assegurar a contratação eficiente e equitativa de bens, serviços e obras. Passa, assim, a incorporar uma função secundária, destinada a alcançar objetivos adicionais relacionados ao incentivo à inovação³⁵.

1.3 Inovação tecnológica e técnica na Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Ao analisar o texto da Lei nº 14.133/2021, nota-se uma ênfase particular na inovação tecnológica e técnica. A lei promove a utilização do processo administrativo eletrônico como regra nas licitações públicas, estabelece margens de preferência para serviços nacionais e produtos manufaturados resultantes de inovação tecnológica, adota normas técnicas como critério de qualidade do produto e aceitabilidade das propostas e cria o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) como uma plataforma central e obrigatória para a divulgação dos atos previstos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Embora a Lei nº 14.133/2021 contenha outras disposições relacionadas à inovação tecnológica ou técnica, este capítulo não tem a pretensão de abordar exaustivamente o tema. O intuito é demonstrar que, com a promulgação desta Lei, houve uma adaptação e

³⁵ ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 78.

um alinhamento do marco legal das contratações públicas com as realidades tecnológica e técnica contemporâneas.

1.3.1 Processo administrativo eletrônico como regra nas licitações públicas

Desde o início, é evidente a escolha do legislador em privilegiar os processos eletrônicos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A lei estabelece, nos artigos 12, VI e 17, § 2º, utilizando o termo “preferencialmente”, que a regra passa a ser a contratação por meio de processos administrativos eletrônicos. A forma presencial é permitida apenas excepcionalmente, devendo ser justificada e com a condição de que a sessão pública seja documentada em ata e registrada em áudio e vídeo³⁶. Conforme o § 5º do artigo 17, essa gravação deve ser incorporada aos autos do processo licitatório após sua conclusão.

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: [...]
VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
[...]
§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo. [...]
§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

Da análise desses dispositivos legais, conclui-se que, na ausência de uma justificativa legítima para a realização de licitação de forma presencial, o gestor poderá ser responsabilizado administrativamente por essa escolha, pois a opção pela modalidade presencial não é uma questão de discricionariedade.

De acordo com a diretriz legal de adotar o processo administrativo eletrônico como padrão, as entidades da Administração Pública que possuem competências regulatórias nas áreas de administração de materiais, obras, serviços e licitações e contratos estão obrigadas a observar uma série de deveres estabelecidos no artigo 19. Estes deveres compreendem: (a) a criação de mecanismos que favoreçam, preferencialmente, a centralização da contratação de bens e serviços e dos procedimentos

³⁶ SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos*. 2021, p. 62-65.

de aquisição; (b) a criação de um catálogo eletrônico para padronizar compras, serviços e obras; (c) a implementação de um sistema informatizado para monitoramento de obras, incluindo recursos de imagem e vídeo; (d) a elaboração de modelos padronizados de editais, termos de referência, contratos e outros documentos e (e) a adoção gradual de processos integrados e tecnologias que possibilitem que seja criado, utilizado e atualizados os modelos digitais de serviços e obras de engenharia.

Considerando que a lei determina que os atos do processo licitatório sejam preferencialmente realizados de forma digital, é permitido que a produção, comunicação, armazenamento e validação desses atos ocorram por meios eletrônicos desde a fase inicial da licitação, onde se comprova os requisitos de habilitação (art. 68, § 1º), até a formalização dos contratos (art. 91, § 3º).

Piccelli e Silva³⁷ ressaltam a importância da assinatura digital nesse contexto. A legislação prevê o uso de assinatura qualificada, obtida através de certificado digital emitido para pessoa física ou jurídica, dentro da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Essencialmente, isso envolve o uso de criptografia assimétrica, onde uma chave privada é utilizada para assinar pelo emissor, e essa assinatura pode ser verificada por uma chave pública correspondente, certificada por uma autoridade certificadora (no caso, ICP-Brasil), pelo destinatário.

Desde a promulgação do Decreto nº 8.539/2015, o uso de meios eletrônicos para a realização de processos administrativos tem sido regulamentado. Embora a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não detalhe normas específicas sobre aspectos como a localização e o momento da assinatura dos documentos ou a distinção entre documentos digitalizados e aqueles nativamente digitais, essas questões operacionais podem ser abordadas e resolvidas com base na leitura do mencionado Decreto.

A promulgação de normas que priorizam o uso de meios digitais nas licitações públicas tem contribuído para aumentar a eficiência na identificação de fornecedores pela Administração Pública. Essa digitalização reduz não apenas os custos envolvidos na organização dos processos licitatórios, mas também diminui os gastos para a participação dos potenciais licitantes. Como consequência, expande-se o leque de possíveis concorrentes, aumentando a competitividade entre os interessados. Portanto, há

³⁷ PICELLI, Roberto Ricomini; SILVA, Heloisa Helena. A primazia dos meios digitais na Nova Lei de Licitações *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Sílvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 471-472.

benefícios evidentes em termos de maior agilidade, transparência e redução da burocracia, além de uma otimização significativa no uso dos recursos públicos³⁸.

1.3.2 Margem de preferência para bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no país

Está estabelecido na Lei nº 14.133/2021, no artigo 26, incisos I e II, margens de preferência para “bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras” e para “bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis”. O §1º especifica que a margem de preferência será definida por decisão fundamentada do Poder Executivo federal e será aplicável aos bens e serviços mencionados no inciso I do *caput* deste artigo, podendo essa margem ser de até 10% (dez por cento) sobre os preços de bens e serviços que não se enquadrem nos incisos I e II do *caput* deste artigo. Adicionalmente, essa margem pode ser estendida para bens manufaturados e serviços originários de Estados membros do Mercosul, desde que exista reciprocidade com o Brasil estabelecida em acordo internacional:

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

§ 1º A margem de preferência de que trata o **caput** deste artigo:

I - será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do **caput** deste artigo;

II - poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do **caput** deste artigo;

III - poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

O § 2º do artigo 26 regula que, para os “bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de inovação e desenvolvimento tecnológico no País”, conforme definido por regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência pode alcançar até 20% (vinte por cento). Adicionalmente, o § 7º determina que, nas contratações voltadas à implementação, manutenção e aprimoramento de sistemas de

³⁸ PICELLI, Roberto Ricomini; SILVA, Heloisa Helena. A primazia dos meios digitais na Nova Lei de Licitações *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 473.

tecnologia da informação e comunicação considerados estratégicos por ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá se restringir à bens e serviços cuja tecnologia tenha sido desenvolvida no País, e produzidos conforme processo produtivo básico estabelecido na Lei nº 10.176/2001. Veja-se:

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o **caput** deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).

[...]

§ 7º Nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

Esta pesquisa focará exclusivamente na análise da margem de preferência adicional para bens manufaturados nacionais e serviços nacionais que resultem de desenvolvimento e inovação tecnológica no Brasil, conforme delineado no § 2º do artigo 26, dada sua relevância para o tema central abordado.

A margem de preferência adicional referida no § 2º do artigo 26 da Lei nº 14.133/2021 não é inédita no direito brasileiro, pois uma disposição similar já estava presente no § 7º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, incluída pela Lei nº 12.349/2010. Essa normativa estabelecia uma margem de preferência adicional para “produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País”.

A margem de preferência prevista no § 2º do artigo 26 da Lei nº 14.133/2021 objetiva fortalecer o mercado interno, incentivando especificamente as empresas que fornecem bens manufaturados e serviços nacionais decorrentes de desenvolvimento e inovação tecnológica no Brasil. Tal margem é aplicada quando a proposta mais vantajosa inclui produtos ou serviços estrangeiros, e opera mediante o acréscimo artificial de um percentual determinado (definido em regulamento) aos preços dessas ofertas internacionais.³⁹

Conforme Priscilla Cosendey⁴⁰, a margem de preferência funciona como uma espécie de “sobrepçoço” que é adicionado ao custo dos produtos ou serviços estrangeiros,

³⁹ ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas*: o uso derivado da contratação pública. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 163.

⁴⁰ Embora a autora esteja analisando a margem de preferência prevista no § 7º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, o raciocínio adotado pode perfeitamente ser utilizado na presente pesquisa, considerando a

com o intuito de favorecer os nacionais que resultam de desenvolvimento e inovação tecnológica no Brasil. O Estado está disposto a pagar um valor mais elevado por produtos e serviços nacionais, porque acredita que esse diferencial será compensado de maneira indireta, através de benefícios imediatos, como a criação de empregos e o aumento da arrecadação fiscal, além de vantagens futuras que surgem do progresso tecnológico e inovativo no mercado doméstico⁴¹.

Similar à margem de preferência estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, não é necessário que a empresa fornecedora seja nacional; o requisito é que o produto ou serviço seja de origem nacional. O objetivo do legislador é fomentar o desenvolvimento e a inovação tecnológica no Brasil, independentemente da nacionalidade da empresa beneficiada ou da origem do capital. Essa abordagem legislativa está em consonância com a Emenda Constitucional nº 06/2015, que revogou o art. 171 da Constituição Federal, o qual estabelecia, em seu § 2º, que o Poder Público deveria tratar preferencialmente a empresa brasileira de capital nacional na aquisição de bens e serviços⁴².

Rafael de Oliveira⁴³ argumenta que a Lei nº 14.133/2021 não confere preferência às empresas brasileiras per se, mas sim à produção nacional. Isso significa que uma empresa estrangeira pode se beneficiar da margem de preferência se sua proposta incluir um bem ou serviço de origem brasileira. O critério de relevância não é a identidade do proponente na licitação, mas sim a origem do objeto ofertado, que deve ser produzido ou prestado no Brasil de acordo com as normas técnicas nacionais.

Da mesma forma, um produto ou serviço que, embora derivado de tecnologia estrangeira, tenha sido produzido ou prestado no Brasil, como resultado de um contrato de transferência de tecnologia, também poderá usufruir da margem de preferência. Isso se aplica porque o processo de produção ou prestação ocorreu no país, atendendo aos requisitos estabelecidos.

Rafael de Oliveira destaca que, no contexto do empate ficto estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006, microempresas ou empresas de pequeno porte têm o direito de igualar o seu preço ao menor valor ofertado, desde que sua proposta esteja dentro da margem de empate definida legalmente. Diferentemente, na margem de preferência

identidade entre a norma contida neste dispositivo e àquela prevista no § 2º do art. 26 da Lei nº 14.133/2021.

⁴¹ COSENDEY, Priscilla de Souza Francisco. *O uso do poder de compra do Estado como instrumento de fomento à inovação*. Dissertação de Mestrado, 2017, p. 62.

⁴² Idem, p. 61.

⁴³ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (vol. 01, artigos 1º ao 70)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 349.

discutida, a Administração Pública deve “preferir” a proposta que oferece um produto ou serviço nacional, pagando o preço proposto por seu autor, mesmo que este seja superior ao menor valor apresentado no certame⁴⁴.

Marcos Arcuri e João Emílio Gonçalves argumentam que, enquanto as margens de preferência (MPRs) têm como finalidade estimular a produção de bens e serviços tradicionais, as margens de preferência adicionais (MPAs) visam proporcionar vantagens ainda mais significativas para produtos com conteúdo inovador, tanto em comparação com concorrentes estrangeiros quanto com bens e serviços domésticos tradicionais. As MPAs são projetadas para ter um impacto mais “transformador” ao garantir mercado para produtos com novas tecnologias, essenciais para a mudança estrutural⁴⁵.

Segundo os autores, as margens de preferência adicionais são um instrumento que o Estado utiliza para tornar o mercado mais atrativo para bens e serviços inovadores produzidos por empresas estabelecidas no país. Nesse contexto, o Estado desempenha um papel empreendedor ao preferir produtos inovadores oriundos de setores estratégicos. As MPAs permitem que o Estado identifique quais atividades produtivas serão parte de sua estratégia de desenvolvimento e, por meio de compras públicas, incentivem empresas que oferecem produtos e serviços inovadores, facilitando sua inserção no mercado⁴⁶.

As margens de preferência adicionais (MPAs) não constituem uma modalidade de licitação em si, mas são um mecanismo que pode ser aplicado em processos licitatórios para determinados bens e serviços, servindo como um instrumento para estimular a inovação nas empresas por meio do poder de compra do Estado (função derivada). Em termos mais precisos, as MPAs se classificam como uma ferramenta de política de inovação pelo lado da demanda, definida como “o conjunto de ações que empregam deliberadamente várias formas de intervenção do Estado na economia, como compras públicas, regulação e políticas de clusters, com o objetivo de fomentar a demanda por produtos e/ou serviços inovadores”⁴⁷.

⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 01, artigos 1º ao 70). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 349.

⁴⁵ ARCURI, Marcos; GONÇALVES, João Emílio. Margens de preferência adicionais: recomendações para sua efetiva aplicação no Brasil (Capítulo 8) *in* RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*, 2022, p. 274.

⁴⁶ *Idem*, p. 276.

⁴⁷ RAUEN, André Tortato. Mapeamento das compras federais de P&D segundo o uso da Lei de Inovação no período 2010-2015 *in* RAUEN, A. T. (org.). *Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017, p. 20.

Marçal Justen Filho⁴⁸ reconhece que as disposições do art. 26 têm uma dimensão nacional e se aplicam a todas as licitações e contratos em qualquer esfera federativa. No entanto, o autor argumenta que não é obrigatória a adoção das medidas dispostas no art. 26, mesmo quando os requisitos legais e regulamentares estão presentes. Cabe ao ente federativo, no âmbito em que a licitação se realiza, avaliar a conveniência de aplicar as preferências estabelecidas no art. 26, considerando as circunstâncias específicas.

A interpretação mais adequada à base constitucional e infraconstitucional para a margem de preferência adicional destinada a bens manufaturados nacionais e serviços nacionais decorrentes de desenvolvimento e inovação tecnológica no Brasil deve considerar o disposto no § 2º do art. 26 da Lei nº 14.133/2021. Este dispositivo concretiza o comando dos artigos 218 e seguintes da Constituição Federal, especialmente o art. 219, que estipula que o Estado deve promover a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas. Além disso, o mercado interno é reconhecido como parte do patrimônio nacional e deve ser incentivado para facilitar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, promover o bem-estar da população e assegurar a autonomia tecnológica do País, conforme a legislação.

Adicionalmente, a Lei nº 14.133/2021, no inciso IV do art. 11, estabelece como um dos objetivos do processo licitatório “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”. Este é precisamente o propósito público visado pelo legislador ao instituir a margem de preferência adicional prevista no § 2º do art. 26. Dessa forma, ao vincular-se à concretização de um dos objetivos licitatórios e ao dar maior efetividade às normas constitucionais dos artigos 218 e seguintes, a margem de preferência adicional se caracteriza mais como um poder-dever do que uma mera faculdade para quem aplica a norma, refletindo o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Nesse contexto, Marcos Arcuri e João Emílio Gonçalves⁴⁹ entrevistaram vários especialistas sobre as MPAs, incluindo servidores do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI) envolvidos na gestão das MPAs, representantes de associações industriais e funcionários de empresas do setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC). Os entrevistados foram selecionados com base em seu conhecimento sobre o desenvolvimento, os procedimentos operacionais e os requisitos para a aplicação

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 439.

⁴⁹ ARCURI, Marcos; GONÇALVES, João Emílio. Margens de preferência adicionais: recomendações para sua efetiva aplicação no Brasil (Capítulo 8) *In*: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*, 2022, p. 292-295.

das MPAs. Estes indivíduos estavam envolvidos com a Administração Pública como gestores ou com o setor privado como potenciais beneficiários.

O propósito das entrevistas era identificar os desafios na implementação eficaz da margem de preferência adicional, com vistas a formular recomendações para a aplicação das MPAs, conforme a Lei nº 14.133/2021. Um ponto negativo destacado por todos os entrevistados do setor privado foi a insegurança gerada pelo uso do verbo “poderá” para definir a aplicação das margens de preferência adicionais, tanto na Lei nº 8.666/1993 quanto na Lei nº 14.133/2021. Para esses entrevistados, mesmo que os decretos regulamentadores sejam mais claros e estabeleçam a aplicação das margens de preferência adicionais para determinados bens e serviços, ainda prevalece uma falta de consenso sobre a garantia de sua aplicação. Essa incerteza desestimula as empresas a investir, temendo que os recursos alocados para atender potencial demanda possam não ser efetivamente utilizados.

Não se argumenta que a margem de preferência adicional deva ser aplicada indiscriminadamente em todas as licitações, mas sim naqueles casos em que o objeto da licitação possua potencial para a utilização dessa margem, o gestor público não deve omitir sua aplicação. Tal questão deverá ser claramente abordada no regulamento a ser elaborado pelo Poder Executivo federal.

É importante notar que o § 2º do art. 26 da Lei nº 14.133/2021 possui eficácia contida, ou seja, sua plena aplicabilidade depende da edição de um regulamento geral federal que trate das providências autorizadas pelo dispositivo. Além disso, é necessário que haja regulamentos específicos que identifiquem as circunstâncias setoriais aplicáveis aos diversos objetos de contratação⁵⁰.

1.3.3 Certificação e normas técnicas na Lei nº 14.133/2021

O § 6º do artigo 17 da Lei nº 14.133/2021 permite que a Administração Pública exija a certificação por uma entidade independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) como condição para a aceitação de: (a) anteprojetos, estudos, projetos básicos e projetos executivos; (b) a conclusão de fases ou objetos contratuais e (c) o material e o corpo técnico apresentados por uma empresa com a finalidade de habilitação:

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 440.

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
[...]

§ 6º A Administração poderá exigir certificação por organização independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) como condição para aceitação de:

I - estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos;

II - conclusão de fases ou de objetos de contratos;

III - material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.

O art. 42, I e § 1º, por sua vez, permite que o administrador aceite a certificação como evidência da qualidade de um produto e como critério de aceitabilidade da proposta:

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:

I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro; [...]

§ 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

Para os propósitos desta pesquisa, será focado apenas este dispositivo, pois ele representa uma inovação técnica significativa na avaliação da qualidade dos produtos adquiridos pela Administração Pública.

A certificação é definida como um dos mecanismos de avaliação da conformidade. Trata-se de um processo sistemático de verificação de um produto, processo, serviço ou pessoa (profissional) com base em requisitos específicos estabelecidos em normas técnicas. Este processo visa a estabelecer padrões que garantam uma determinada qualidade através de uma padronização normativa⁵¹.

Existem várias modalidades de avaliação da conformidade, que são classificadas com base no agente econômico e no campo de aplicação. Em relação ao campo de aplicação, a avaliação pode ser compulsória ou voluntária. Quanto ao agente econômico, a avaliação pode ser realizada pela primeira parte, pela segunda parte ou pela terceira parte.

De acordo com a norma ABNT NBR ISO/IEC 17000:2005⁵², a avaliação da conformidade pela primeira parte ocorre quando é "realizada pela pessoa ou pela organização que fornece o objeto"⁵³, significando que o próprio avaliado declara o cumprimento dos requisitos e apresenta uma certificação de conformidade do produto⁵⁴.

⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (vol. 01, artigos 1º ao 70)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 238.

⁵² Avaliação de conformidade — Vocabulário e princípios gerais.

⁵³ Item 2.2 da ABNT NBR ISO/IEC 17000:2005.

⁵⁴ Item 5.4 da ABNT NBR ISO/IEC 17000:2005.

A avaliação pela segunda parte é executada por um sujeito que "tem interesse de usuário no objeto"⁵⁵. A avaliação pela terceira parte é conduzida por uma entidade ou pessoa que é "independente da pessoa ou organização que fornece o objeto e do interesse de usuário nesse objeto"⁵⁶.

A certificação é um processo de avaliação da conformidade que deve ser realizado por uma terceira parte, independente do fabricante do produto examinado. Trata-se de uma declaração emitida por um organismo imparcial, confirmando que um produto, processo, serviço ou profissional atende aos requisitos especificados após uma análise crítica. Este organismo de avaliação da conformidade precisa ser acreditado pelo Inmetro, que é o órgão responsável pela acreditação no Brasil, para o escopo específico de um determinado produto. Assim, apenas as avaliações de conformidade realizadas por terceira parte podem ser consideradas certificações.

A certificação garante que todos os produtos originários de um processo de fabricação específico continuarão a atender aos requisitos estabelecidos nas normas técnicas. Ao contrário dos testes de laboratório, que verificam apenas se uma amostra específica está conforme as normas técnicas, a certificação abrange a produção continuamente. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) define a certificação da seguinte forma⁵⁷:

A certificação é um procedimento pelo qual uma entidade independente (terceira parte) avalia se determinado produto está em conformidade com as normas técnicas. Essa avaliação é baseada em auditorias do processo produtivo, coleta e ensaio de amostras. O resultado satisfatório dessas atividades conduz à concessão da certificação e ao direito de uso da Marca de Conformidade ABNT nos produtos.

Diferentemente dos laudos e relatórios de ensaios, que se destinam a verificar se uma amostra específica está em conformidade com uma norma técnica, a Certificação visa assegurar que o processo produtivo é controlado de forma contínua e que os produtos resultantes estão consistentemente atendendo aos requisitos das normas técnicas estabelecidas.

Rafael de Oliveira⁵⁸, baseando-se em informações do Inmetro, defende que a certificação traz inúmeras vantagens tanto para os fabricantes cujos produtos são avaliados, quanto para os consumidores e o mercado em geral, promovendo o interesse público. Entre essas vantagens estão: (a) promoção de uma concorrência justa; (b)

⁵⁵ Item 2.3 da ABNT NBR ISO/IEC 17000:2005.

⁵⁶ Item 2.4 da ABNT NBR ISO/IEC 17000:2005.

⁵⁷ Disponível em <https://abnt.org.br/certificacao/sobre-a-certificacao/>. Acesso em: 19 nov. 2023.

⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 01, artigos 1º ao 70). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 239.

incentivo à melhoria da qualidade; (c) proteção e informação ao consumidor; (d) facilitação do comércio exterior; (e) proteção do mercado interno e (f) agregação de valor à marca no caso de certificação voluntária. No contexto das contratações públicas, destacam-se especialmente a promoção de concorrência justa e a proteção ao consumidor.

Marçal Justen Filho⁵⁹ corrobora essa visão ao afirmar que “a certificação apresenta algumas vantagens inquestionáveis”. Em geral, a certificação gera uma presunção de conformidade do produto, eliminando a necessidade de a Administração realizar investigações adicionais. A exigência de certificação simplifica o processo licitatório, reduzindo os encargos da autoridade responsável pela avaliação, uma vez que a simples apresentação do documento de certificação é suficiente para validar a aceitabilidade do objeto.

Em suma, a certificação não só eleva o padrão de qualidade dos produtos, melhorando assim a competitividade, como também serve como um mecanismo de mitigação de riscos para a Administração Pública. Protege-a da assimetria de informação em relação à empresa contratada e ao mercado, pois a certificação pressupõe a qualidade do produto e é amplamente reconhecida e aceita tanto tecnicamente quanto juridicamente em âmbito internacional.

A certificação, por sua natureza, é emitida por um organismo independente, ou seja, externo à empresa que fabrica o produto. Esse organismo precisa ser acreditado por um órgão oficial que seja membro do *International Accreditation Forum* (IAF). A certificação possui validade e reconhecimento tanto técnico quanto jurídico em âmbito internacional. O IAF⁶⁰ é uma associação global composta por órgãos de acreditação e outras entidades interessadas na avaliação da conformidade em diversos setores do mercado. Seu objetivo é administrar um programa de acreditação para assegurar que os certificados de conformidade e as declarações de validação e verificação emitidos em uma região ou economia sejam aceitos em outras partes do mundo.

A função central do IAF é desenvolver um programa mundial único de avaliação da conformidade, visando a reduzir custos e riscos tanto para as organizações quanto para seus clientes. Isso é feito ao garantir que os certificados e declarações de validação e verificação emitidos em qualquer lugar do mundo sejam confiáveis. Para alcançar essa meta, o IAF opera um Acordo de Reconhecimento Multilateral (MLA) entre os Órgãos de Acreditação (ABs), que são seus membros. Esse acordo assegura o reconhecimento

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 585.

⁶⁰ Disponível em: <https://iaf.nu/en/home/>. Acesso em: 11 dez. 2023.

mútuo das certificações acreditadas entre os signatários do MLA, facilitando a aceitação dessas certificações ou declarações em múltiplos mercados globais com base em um único credenciamento.

O Acordo de Reconhecimento Multilateral (MLA) proporciona um benefício global significativo ao permitir a padronização de especificações e métodos de avaliação da conformidade. Isso garante que um certificado ou declaração de validação ou verificação seja reconhecido em todo o mundo, o que reduz os custos associados à certificação ou validação acreditada e minimiza os riscos de rejeição de produtos ou serviços por parceiros comerciais internacionais. O MLA promove a liberdade econômica e o comércio mundial ao eliminar barreiras técnicas. No Brasil, o Inmetro representa o país no IAF e é a autarquia federal responsável pela acreditação dos Organismos Certificadores de Produtos (OCPs).

A utilização das regras contidas no art. 42 da Lei nº 14.133/2021 pela Administração faz sentido apenas em contextos de certificação voluntária, não compulsória. Para produtos que a legislação já exige certificação obrigatória, como botijões de gás e extintores de incêndio, esses itens não podem ser comercializados sem a devida certificação. Além disso, “a exigência de certificação é válida quando são necessários requisitos diferenciados e elevados em relação à qualidade do objeto ou do processo de fabricação”⁶¹.

A utilização da certificação como meio de comprovação da idoneidade ou da qualidade do objeto ofertado nas licitações, conforme permitido pela nova legislação, representa uma inovação técnica significativa no processo licitatório, devendo-se ao fato de que a certificação elimina a assimetria de informação entre a Administração e a empresa contratada, prevenindo a seleção adversa. Tal abordagem pode levar a uma mudança substancial no comportamento dos órgãos de controle, de forma especial, o Tribunal de Contas da União, que tradicionalmente possui diversos julgados afirmando que não se poderia exigir certificações na fase de habilitação, por excederem os requisitos de habilitação estabelecidos nos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993. Por exemplo, há um conjunto de decisões⁶² que consideraram irregulares as exigências de certificações

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 585.

⁶² Nesse sentido: Acórdão 2.521/2008-Plenário e Acórdão 189/2009-Plenário, dentre vários outros julgados.

voluntárias emitidas pelo CMMI⁶³ e MPS.BR⁶⁴, que estabelecem padrões de maturidade para o desenvolvimento de software, sob o argumento de que essas certificações restringiam a competitividade nas licitações públicas.

1.3.4 Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP)

O Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), criado pelo artigo 174 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é uma plataforma eletrônica oficial com a finalidade de centralizar e obrigar a divulgação dos atos previstos pela referida Lei (inciso I), além de possibilitar, de forma facultativa, a realização de contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em todos os níveis federativos (inciso II). O PNCP busca integrar e consolidar as informações de diversos sistemas de compras públicas disponíveis.⁶⁵

O PNCP é projetado como uma plataforma eletrônica de uso obrigatório, que deve centralizar uma vasta gama de informações sobre contratações públicas (art. 174, § 2º), incluindo: (a) planos anuais de contratação; (b) catálogos eletrônicos de padronização; (c) editais de pré-qualificação e credenciamento, avisos de contratação direta e editais de licitação com seus anexos; (d) atas de registro de preços; (e) contratos e termos aditivos; e (f) notas fiscais eletrônicas.

Além dessas funções, o PNCP deve disponibilizar outras funcionalidades essenciais (art. 174, § 3º), como: (a) um sistema de registro cadastral unificado; (b) um painel de consulta de preços, incluindo um banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; (c) um sistema de gerenciamento e planejamento de contratações; (d) um sistema eletrônico para a condução de sessões públicas; (e) acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional

⁶³ O CMMI (*Capability Maturity Model Integration* ou Modelo Integrado de Maturidade em Capacitação) é um modelo de referência que contém práticas (Genéricas ou Específicas) necessárias à maturidade em disciplinas específicas *Systems Engineering* (SE - Engenharia de Sistemas), *Software Engineering* (SW - Engenharia de Software), *Integrated Product and Process Development* (IPPD - Desenvolvimento Integrado de Processo e Produto) e *Supplier Sourcing* (SS - Seleção de Fornecedores). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/CMMI>. Acesso em: 11 dez. 2023.

⁶⁴ O MPSBR, Melhoria do Processo de Software Brasileiro, é um programa da Softex com apoio do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI). Com início em dezembro de 2003, o programa tem como objetivo melhorar a capacidade de desenvolvimento de software, serviços e as práticas de gestão de RH na indústria de TIC. Disponível em: <https://softex.br/mpsbr/>. Acesso em: 11 dez. 2023.

⁶⁵ SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos*, 2021, p. 65-67.

de Empresas Punidas (Cnep) e (f) um sistema de gestão compartilhada com a sociedade, proporcionando transparência sobre a execução dos contratos.

Inaugurado em agosto de 2021, o PNCP⁶⁶ tem o propósito de implementar diversas disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, especialmente aquelas contidas nos artigos 54 e 94. O artigo 54 exige que o edital e seus anexos sejam integralmente divulgados e mantidos no PNCP, assegurando assim a publicidade necessária. O artigo 94 determina que a divulgação no PNCP é essencial para a eficácia dos contratos e seus aditamentos, estabelecendo prazos específicos para essa divulgação, inclusive para contratos celebrados em situações de urgência (art. 94, § 1º)⁶⁷:

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

[...]

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

§ 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, sob pena de nulidade.

Picelli e Silva destacam que a inovação trazida pelo Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) está em sua capacidade de reunir e disponibilizar, de forma digital, online e integrada, dados oriundos de diversos entes da Administração Pública em todo o País. Essa base de dados centralizada representa um avanço significativo em termos de transparência, pois facilita o acesso à informação com apenas alguns cliques, ampliando o compartilhamento de conhecimento entre todos os interessados⁶⁸. Além de integrar esses dados, o PNCP também visa implementar funcionalidades adicionais conforme previsto no art. 174, § 3º.

Esse vasto potencial do PNCP justifica o otimismo de Nóbrega⁶⁹, que o considera a “segunda revolução” da Nova Lei de Licitações e a possibilidade de criação de

⁶⁶ O PNCP está disponível em: <https://www.gov.br/pncp/pt-br>. Acesso em: 6 dez. 2023.

⁶⁷ SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos*, 2021, p. 65-67.

⁶⁸ PICELLI, Roberto Ricomini; SILVA, Heloisa Helena. A primazia dos meios digitais na Nova Lei de Licitações. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 468-469.

⁶⁹ NÓBREGA, Marcos. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 02, artigos 71 ao 194). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 579-583.

mecanismos de *rating* para reduzir a assimetria de informação entre a Administração Pública e os licitantes. Nóbrega argumenta que isso contribui para resolver o problema da seleção adversa, onde, por várias razões, o mercado não consegue comunicar de forma eficaz as verdadeiras características dos licitantes à Administração Pública.

Segundo o autor, o PNCP vai além de ser um mero banco de dados; ele deve funcionar como um ecossistema de compras que poderá (e deverá) ser utilizado para múltiplos propósitos. À medida que o PNCP cresce e amplia sua base de informações, ele poderá oferecer outros tipos de serviços, como treinamento e capacitação personalizados para diferentes entes federados; linhas de crédito para empresas de setores específicos; fontes de dados para pesquisas e critérios mais precisos para a comparação de preços, entre outras possibilidades.

Marçal Justen Filho⁷⁰ adverte que, conforme o disposto no art. 54, a regulamentação do PNCP vincula apenas a União, dado que a criação de um portal destinado à formalização de atos administrativos não configura uma norma de caráter geral. Argumenta que uma lei federal não pode dispor sobre a publicação de atos administrativos de outras esferas federativas, já que cada ente tem a competência de determinar seus próprios meios de divulgação, como órgãos de imprensa oficial e sítios eletrônicos. Destaca as limitações técnicas associadas ao PNCP, considerando o volume massivo de informações que precisa ser armazenado. Ele ressalta, ainda, que a implementação prática do PNCP envolve incertezas que vão além das questões jurídicas, incluindo desafios relacionados à infraestrutura de equipamentos e softwares necessários para gerenciar um sistema de tal magnitude.

De fato, a escala colossal do PNCP traz consigo uma série de desafios tecnológicos, como a necessidade de contratar uma plataforma de big data para processar o enorme volume de dados, um sistema gerenciador de banco de dados para a administração da base de informações e sistemas avançados para defesa cibernética e anonimização de dados pessoais sensíveis. Esses desafios justificam as preocupações sobre as possíveis limitações técnicas do portal.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.766-1.767.

2. DIÁLOGO COMPETITIVO: A NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Este capítulo será dedicado a examinar a origem e as características do diálogo competitivo no contexto jurídico europeu, destacando as distinções em relação ao modelo adotado no Brasil. Será realizada uma análise detalhada desta modalidade de licitação, abordando as hipóteses legais de sua aplicação, sua estrutura processual, a composição da comissão de contratação mencionada no inciso IX do § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, bem como os critérios de julgamento aplicáveis.

Além disso, será avaliada a utilização do diálogo competitivo nas concessões de serviços públicos e nas parcerias público-privadas. O texto também abordará outras formas de diálogos público-privados existentes nas contratações públicas, diferenciando-as da nova modalidade licitatória introduzida pela legislação brasileira.

2.1 Origem e características do diálogo competitivo no direito europeu

Rafael de Oliveira⁷¹ elucida que o diálogo competitivo é uma ferramenta do direito dos contratos públicos, originada no âmbito do direito europeu. Sua introdução ocorreu pela Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 31 de março de 2004, que visava à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de obras, serviços e fornecimento. Em Portugal, essa modalidade é designada como "diálogo concorrencial".

De acordo com Oliveira, essa modalidade licitatória foi concebida para a adjudicação de contratos complexos, nos quais a Administração Pública necessita contratar serviços ou produtos, mas não consegue, por si só, definir a solução mais adequada para atender suas demandas.

A Diretiva 2004/18/CE emergiu de um abrangente processo de revisão das Diretivas europeias sobre contratação pública, iniciado em 1996 com a publicação do documento "Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward"⁷².

⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 8-9.

⁷² *Green Paper, Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward*. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/f49ef575-c032-44de-a7ff-4c21c0b0da28/language-en>. Acesso em: 25 maio 2024.

No entanto, Sue Arrowsmith e Sten Treumer⁷³ argumentam que o *Green Paper* de 1996 não trouxe inovações substanciais para o sistema europeu, servindo principalmente para proporcionar maior estabilidade jurídica às contratações públicas na Europa.

Segundo Arrowsmith e Treumer, o desenvolvimento de novos procedimentos realmente começou em 1998, com a publicação da Comunicação da Comissão (1998) 143 Final⁷⁴. Este documento destacava a necessidade de tornar os procedimentos de contratação mais flexíveis, permitindo o diálogo entre a Administração Pública e seus fornecedores, especialmente para contratos complexos, como os relacionados à tecnologia.

A Comunicação de 1998 da Comissão Europeia já indicava que seriam propostas emendas nas Diretivas existentes para incluir um novo procedimento, o *competitive dialogue*, no qual seria possível o diálogo entre a Administração Pública e os agentes econômicos, com o objetivo de desenvolver soluções adequadas para atender às necessidades do setor público.

Na verdade, a introdução do diálogo competitivo serviu para formalizar uma prática já adotada por alguns países da União Europeia em outro formato de licitação comum na Europa: o procedimento por negociação. Conforme apontam Sue Arrowsmith e Sten Treumer, países como Reino Unido e Alemanha já utilizavam o procedimento por negociação para tratar de projetos complexos⁷⁵.

Rafael de Oliveira⁷⁶ argumenta que essa prática não era adequada, pois o procedimento por negociação deve ser aplicado quando há dificuldades em definir os critérios de julgamento das propostas. Uma vez que a solução para a demanda da Administração Pública é identificada, esse tipo de licitação segue os mesmos procedimentos rígidos das modalidades tradicionais, sem permitir um diálogo contínuo com os agentes econômicos.

Em relação ao período anterior à Diretiva 2004/18/CE, Rafael de Oliveira⁷⁷ destaca que alguns autores apontam semelhanças entre o diálogo competitivo e o conceito

⁷³ ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 25-26.

⁷⁴ *Public Procurement in The European Union*, COM (1998) 143 Final. Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/green-papers/com-98-143_en.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2024.

⁷⁵ ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. *Competitive Dialogue in EU Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 22-23.

⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 10-11.

⁷⁷ Idem, p. 10-11.

de *appel d'offres sur performances*, presente no Código de Contratos Públicos da França de 2001 (Decreto 2001-210, de 7 de março de 2001), um dos países pioneiros na utilização do diálogo competitivo.

O legislador europeu definiu o diálogo competitivo (diálogo concorrencial) no art. 1º, item 11, *c*, da Diretiva 2004/18/CE, da seguinte maneira:

11. [...]

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

Após uma década de vigência, a Diretiva 2004/18/CE foi substituída pela Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Esta nova diretiva tinha como principal objetivo, conforme o Considerando nº 2, revisar e modernizar a Diretiva 2004/18/CE para aumentar a eficiência do gasto público e permitir que os contratos públicos fossem utilizados para apoiar objetivos sociais comuns⁷⁸.

A nova Diretiva não apenas manteve o diálogo competitivo como uma modalidade de licitação, mas também enfatizou no Considerando nº 42 que:

(42) É muito importante que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação. A maior utilização desses procedimentos deverá também intensificar o comércio transfronteiras, pois a avaliação demonstrou que os contratos adjudicados através de um procedimento por negociação, com publicação prévia de anúncio, apresentam uma taxa de sucesso particularmente elevada das propostas transfronteiras. Os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na ótica da contratação pública. Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores dos contratos, nos últimos anos. **Revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados.** Sempre que pertinente, as autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a nomear um chefe de projeto para garantir a boa cooperação entre os operadores económicos e a autoridade adjudicante durante o procedimento de adjudicação. (destaques acrescidos)

⁷⁸ 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, 2021, p. 48.

A Diretiva 2014/24/UE reforçou a presença do diálogo competitivo ao deixar de ser uma opção facultativa, como era na Diretiva de 2004, tornando sua previsão obrigatória em determinadas circunstâncias⁷⁹.

Ademais, a nova diretiva incluiu um artigo específico que define claramente os casos em que o diálogo competitivo deve ser utilizado, diferentemente da Diretiva anterior, que mencionava genericamente que o diálogo poderia ser utilizado para contratos particularmente complexos⁸⁰. O item 4 do art. 26 da Diretiva 2014/24/UE estabelece as seguintes hipóteses para a aplicação do diálogo competitivo:

4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:

a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios:

i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,

ii) os produtos ou serviços incluem a conceção ou soluções inovadoras,

iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas,

iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na aceção dos pontos 2 a 5 do Anexo VII;

A análise das subalíneas i, ii, iii e iv indica que o diálogo competitivo foi estruturado para cenários onde a solução necessária para satisfazer as exigências da Administração Pública envolve complexidades significativas em aspectos técnicos, jurídicos ou financeiros.

A complexidade técnica é evidente nas subalíneas i, ii, iii e iv do item 4 do art. 26 da Diretiva 2014/24/UE. Já as complexidades jurídica e financeira são especialmente notáveis na subalínea iii da alínea *a* desse mesmo item, onde se menciona que a adjudicação do contrato não é viável sem negociações prévias relacionadas à sua estruturação jurídica e financeira⁸¹.

De modo geral, no contexto do direito europeu, o diálogo competitivo se mostra adequado para situações em que a entidade adjudicante carece de informações suficientes sobre as soluções disponíveis no mercado para satisfazer suas necessidades específicas.

⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 13-14.

⁸⁰ 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, 2021, p. 48.

⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Ob. cit.*, p. 17.

No contexto brasileiro, o uso do diálogo competitivo também se aplica quando há assimetria de informações entre o órgão licitante e o mercado. Isso ocorre quando a Administração possui uma necessidade específica, mas carece dos elementos ou de todos os elementos necessários para definir completamente o objeto e suas especificações para atender a essa necessidade.

No entanto, há uma distinção fundamental: a legislação brasileira não permite limitar o número de participantes no diálogo competitivo, enquanto a Diretiva europeia concede essa prerrogativa à Administração⁸².

A Diretiva 2014/24/UE permite que a Administração estabeleça um número máximo de participantes no diálogo competitivo, desde que esse número nunca seja inferior a três, conforme estipulado no art. 30, item 1, em combinação com o art. 65, item 2⁸³. Além disso, os participantes são selecionados e convidados pela Administração.

Niebuhr⁸⁴ salienta que “Nesse aspecto, a modalidade de diálogo competitivo prevista na Lei nº 14.133/2021 difere substancialmente da modalidade de diálogo concorrencial estabelecida no art. 30 da Resolução n. 2014/2020 da União Europeia. Enquanto na Europa a Administração tem a prerrogativa de limitar o número de participantes no diálogo, no Brasil, todos os interessados têm a possibilidade de participar sem restrições.”

Rafael de Oliveira⁸⁵ elogia a decisão do legislador europeu de restringir o número de participantes, argumentando que um excesso de candidatos pode comprometer a eficácia do diálogo competitivo. Ele explica que esse procedimento é intrinsecamente complexo e trabalhoso, especialmente na sua segunda fase. Oliveira argumenta que apenas candidatos com um certo nível de competência podem apresentar boas soluções, e que a concorrência irrestrita pode inviabilizar o processo. Portanto, é essencial que os participantes possuam um nível adequado de qualificação.

⁸² MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Das modalidades de licitação (arts. 28 a 32) *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 549.

⁸³ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 21.

⁸⁴ NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 635.

⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Ob. cit.*, p. 21.

2.2 O diálogo competitivo formaliza um diálogo público-privado existente há bastante tempo nas contratações públicas

Para a definição de diálogos público-privados, este trabalho adota o conceito de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler⁸⁶, que descreve esses diálogos como “comunicações estabelecidas entre representantes da administração pública e particulares cuja atuação possui alguma repercussão econômica.”

O autor destaca que “os diálogos público-privados englobam as interações nas quais os interesses econômicos são centrais para os particulares. Estes, ao se comunicarem com a administração pública, buscam contratos ou benefícios para suas atividades econômicas, seja por estarem sujeitas a regulamentações ou autorizações, seja por tentarem evitar penalidades iminentes de natureza administrativa, civil ou penal, que poderiam lhes causar prejuízos”⁸⁷.

O autor propõe uma classificação dos diálogos público-privados, diferenciando entre aqueles que são formalmente registrados e os que ocorrem em contextos informais. Os diálogos público-privados formais envolvem comunicações entre agentes públicos e econômicos que são devidamente documentadas em processos administrativos, proporcionando um cenário de potencial visibilidade. Em contraste, os diálogos público-privados informais são aqueles em que as comunicações não são registradas em processos administrativos, permanecendo em um contexto de completa opacidade⁸⁸.

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler⁸⁹ já argumentava, antes da promulgação da Lei nº 14.133/2021, que os diálogos público-privados são inevitáveis e essenciais sempre que for necessário encontrar uma solução para a Administração Pública sobre a qual os agentes públicos carecem de conhecimento técnico suficiente. Isso é particularmente relevante quando se trata da contratação de soluções inovadoras ou personalizadas, ou quando a Administração busca ativamente potenciais fornecedores para um contrato específico. Nessas situações, os diálogos público-privados são fundamentais para a identificação e a formulação da solução adequada. Sem essas comunicações, a Administração correria o risco de paralisia e ineficiência, por ser incapaz de desenvolver soluções de forma autônoma e, assim, não conseguiria atender adequadamente às suas necessidades.

⁸⁶ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2018, p. 11.

⁸⁷ Idem, p. 11.

⁸⁸ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Ob. cit.*, p. 13-14.

⁸⁹ Idem, p. 18-20.

O autor conclui que os diálogos público-privados anteriores às contratações públicas geralmente ocorrem em um ambiente de acentuada informalidade, com registros incompletos ou até inexistentes dessas interações, o que acentua a opacidade e aumenta os riscos de desvios⁹⁰.

O diálogo competitivo, como será detalhado mais adiante, formaliza essas interações prévias às contratações públicas, criando um ambiente de potencial visibilidade e colaboração entre agentes públicos e econômicos.

2.3 Diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021

No contexto brasileiro, o diálogo competitivo foi introduzido pela Lei nº 14.133/2021 como uma nova modalidade de licitação. Inspirado no diálogo concorrencial do direito europeu, se reconheceu a importância das interações entre a Administração e os agentes econômicos privados para fomentar o desenvolvimento, a disseminação e a aplicação de inovações no país.

2.3.1 Hipóteses legais de cabimento

Esta modalidade não se aplica a licitações comuns. Devido às suas características, o diálogo competitivo é reservado para casos em que o objeto da licitação é altamente complexo e a Administração encontra dificuldades em definir suas especificações de forma antecipada no edital⁹¹.

A escolha pelo diálogo competitivo é resultado do reconhecimento de que a isolada atuação da Administração ou de um agente econômico privado específico não é suficiente para delinear as condições de uma contratação complexa. A colaboração entre ambos é vista como necessária para o sucesso do processo⁹².

A definição do diálogo competitivo está prevista no artigo 6º, inciso XLII, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com

⁹⁰ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2018, p. 20.

⁹¹ NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 633.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 473.

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;

As condições legais que permitem o uso do diálogo competitivo são especificadas no art. 32, incisos I e II, da Lei nº 14.133/2021:

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

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

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

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

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

De modo geral⁹³, o inciso I do artigo 32 da Lei nº 14.133/2021 determina que o diálogo competitivo é adequado quando a Administração se depara com situações que a impedem de formular especificações contratuais detalhadas sem primeiro explorar, em conjunto com os potenciais contratados, as diversas soluções oferecidas no mercado. Especificamente, a alínea *a* destaca que o objeto deve envolver “inovação tecnológica ou técnica”; a alínea *b* refere-se à “impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado”; e a alínea *c* indica a “impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.”

A alínea *a* do inciso I aborda situações nas quais o Estado espera que o mercado desenvolva ou aprimore, durante o processo licitatório, componentes tecnológicos ou técnicos de um bem, serviço ou obra que a Administração necessita. Nessa circunstância, uma solução existente no mercado precisa ser desenvolvida ou ajustada.

Na alínea *b* do inciso I, o contexto é aquele em que a Administração identifica soluções no mercado que podem atender à sua necessidade, mas que exigem adaptações. Por exemplo, o Poder Público pode encontrar vários softwares que desempenham a

⁹³ 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, p. 64.

função desejada, mas que precisam de um nível de customização para atender às especificidades de suas necessidades.

A alínea *c* do inciso I do artigo 32 aborda a condição em que a Administração reconhece a existência de alternativas no mercado, mas enfrenta dificuldades em definir com precisão o bem, serviço ou obra nos documentos técnicos, tais como o termo de referência ou o projeto básico⁹⁴.

Reisdorfer⁹⁵ argumenta que a previsão da alínea *a* é justificada pela natureza dinâmica e transformadora dos mercados altamente inovadores. A Administração Pública frequentemente não consegue, de forma centralizada, capturar a totalidade das realidades do mercado ou conhecer todas as opções disponíveis, dado que mercados baseados na inovação são tipicamente versáteis, instáveis, extremamente especializados, dinâmicos e frequentemente descentralizados. Isso dificulta a aquisição e manutenção de conhecimento suficiente sobre o estado da arte nesses contextos.

Ao analisar a alínea *a*, Marçal Justen Filho⁹⁶ aponta que a distinção entre tecnologia e técnica reflete a intenção do legislador de abarcar amplamente as diversas circunstâncias práticas. Ele observa que, embora relacionados, esses dois conceitos são distintos. Justen Filho define técnica como o “método de alcançar um resultado desejado” e tecnologia como o “método de alcançar um resultado desejado, caracterizado pela aplicação do conhecimento científico teórico para a produção de resultados práticos”.

A alínea *b* aborda situações em que são necessárias adaptações de soluções já existentes no mercado. Esse requisito apresenta uma sobreposição com o conceito de inovação descrito na alínea *a*, pois a adaptação exige uma atividade criativa para aprimorar as opções conhecidas de forma a atender plenamente às necessidades da Administração. A presença de inovação e complexidade torna essas modificações imprevisíveis de antemão, justificando, assim, a utilização do diálogo competitivo⁹⁷.

O terceiro requisito, conforme descrito na alínea *c*, refere-se à impossibilidade de definir com precisão as especificações técnicas. Esta situação ocorre quando a

⁹⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (vol. 01, artigos 1º ao 70)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 405-406.

⁹⁵ 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, p. 67.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 475.

⁹⁷ 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, p. 72-73.

complexidade e a originalidade do problema impedem a delimitação clara do modelo a ser implementado. Nesse caso, não existe um procedimento padrão, mesmo que genérico, para alcançar o efeito desejado pela Administração⁹⁸.

Marçal Justen Filho⁹⁹ argumenta que os "atributos mencionados nas três alíneas do inciso I devem ser atendidos de forma cumulativa". Da mesma forma, Niebhur¹⁰⁰ sustenta que a modalidade diálogo competitivo requer o cumprimento simultâneo de todas as condições delineadas nas alíneas do inciso I.

Reisdorfer¹⁰¹ também reconhece que o inciso I do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 apresenta um rol exaustivo de hipóteses, pois o *caput* do art. 32 estabelece que a utilização do diálogo competitivo é “restrita” às condições ali especificadas. Ele entende que os requisitos previstos nas alíneas *a*, *b* e *c* são cumulativos e que o gestor público não tem a liberdade de desconsiderar uma ou mais dessas alíneas no caso concreto.

Da mesma forma, Rafael de Oliveira¹⁰², ao interpretar o *caput* do art. 32, conclui que o uso do termo “restrita” pelo legislador deixa claro que o diálogo competitivo só pode ser aplicado nas situações descritas nos incisos subsequentes do dispositivo.

O inciso II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 trata das situações em que a Administração se depara com duas ou mais alternativas viáveis para alcançar seus objetivos e precisa de orientação para determinar qual delas é a mais adequada. Para isso, recorre ao conhecimento especializado do setor privado para ajudar a definir o melhor desenho técnico, jurídico ou financeiro do contrato, por exemplo¹⁰³.

As circunstâncias contempladas no inciso II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 refletem um claro déficit de informação por parte da Administração em relação às alternativas disponíveis no mercado. Nessas situações, o diálogo competitivo é implementado porque a Administração reconhece que suas informações são insuficientes para elaborar um termo de referência, um projeto básico ou mesmo um contrato apropriado.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 475.

⁹⁹ Idem, p. 474.

¹⁰⁰ NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 633.

¹⁰¹ 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, p. 64.

¹⁰² OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 31.

¹⁰³ 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, 2021, p. 54-55.

A alínea *a* desse inciso refere-se ao reconhecimento, por parte da Administração, da existência de soluções no mercado, mas ela opta por uma fase de diálogo no certame para identificar qual seria a solução técnica mais apropriada ou quais seriam as melhores alternativas. Na alínea *b*, a Administração já possui uma solução definida, mas necessita do diálogo competitivo para refinar certos aspectos técnicos. Assim, ambas as alíneas se relacionam diretamente com a definição do objeto a ser contratado. Por outro lado, a alínea *c* do inciso II aborda questões jurídicas e financeiras que irão compor a estrutura do contrato a ser firmado após a licitação¹⁰⁴.

Aragão¹⁰⁵ destaca que a expressão “com destaque para os seguintes aspectos”, presente no inciso II do art. 32, indica que as alíneas *a*, *b* e *c* não esgotam as possibilidades de aplicação do diálogo competitivo. Essa modalidade pode ser utilizada para explorar outras alternativas relevantes para o projeto, além das mencionadas na lei.

Concordando com essa visão, Marçal Justen Filho¹⁰⁶ argumenta que as alíneas do inciso II são exemplificativas. Ele sustenta que essa interpretação é suportada pela expressão “com destaque...”, usada na redação do inciso II. Reisdorfer¹⁰⁷ também explica que, ao contrário do que se observa no inciso I, o inciso II apresenta hipóteses exemplificativas, permitindo o uso do diálogo competitivo para explorar meios e alternativas para a execução do contrato licitado “com destaque para os seguintes aspectos”, mas não se limitando a eles.

2.3.1.1 Alternatividade dos incisos e cumulatividade das alíneas do art. 32 da Lei nº 14.133/2021: uma interpretação favorável à inovação

A pesquisa realizada para esta dissertação não encontrou divergências doutrinárias significativas em relação à interpretação do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 e seus incisos e alíneas. O entendimento predominante é que o inciso I do art. 32 apresenta um rol exaustivo e as condições listadas nas suas alíneas devem ser atendidas cumulativamente. Em contraste, o inciso II é visto como um rol exemplificativo.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 01, artigos 1º ao 70). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 406.

¹⁰⁵ 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, 2021, p. 55.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 475.

¹⁰⁷ 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, p. 79.

Maria Carolina Foss e Vítor Monteiro¹⁰⁸, em um artigo esclarecedor, defendem que a melhor interpretação para o uso do diálogo competitivo na contratação de inovação é aquela que reconhece a cumulatividade das alíneas dos incisos do art. 32, com a possibilidade de se aplicar qualquer um dos incisos. Segundo os autores, essa interpretação está mais alinhada com o direito brasileiro ao promover a inovação, respeitando a literalidade da lei e sem criar barreiras que possam inviabilizar o uso do diálogo competitivo para a contratação de inovação.

Os autores destacam que a utilização da conjunção aditiva "e" entre as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 32 indica inequivocamente que os requisitos mencionados nas três alíneas devem ser atendidos conjuntamente. Portanto, eles argumentam que, para contratações envolvendo inovação técnica ou tecnológica (alínea *a*), a Administração pode empregar o diálogo competitivo desde que também fique demonstrado que: (a) as necessidades não podem ser satisfeitas "sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado" (alínea *b*) e (b) a Administração não consegue definir com precisão "as especificações técnicas" necessárias (alínea *c*). Esses elementos, quando combinados, justificam a adoção do diálogo competitivo como modalidade licitatória.

Os autores também sustentam que exigir a cumulatividade dos requisitos dos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 implicaria afirmar que o diálogo competitivo seria sempre utilizado para a contratação de inovação. Nessa perspectiva, a simples indefinição ou falta de clareza sobre as alternativas disponíveis para atender às necessidades da Administração não bastaria para justificar o uso do diálogo competitivo; seria necessário que a inovação fosse o objeto central da contratação. No entanto, essa interpretação não parece corresponder à intenção do legislador brasileiro com a introdução do diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021, e tampouco reflete a experiência europeia, onde essa modalidade licitatória é aplicada para a contratação de objetos complexos¹⁰⁹.

De forma semelhante, Carolina Mota Mourão *et alii*¹¹⁰ observam que a leitura do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 revela um problema hermenêutico, dado que não há clareza

¹⁰⁸ FOSS, Maria Carolina; MONTEIRO, Vítor. Diálogos competitivos motivados pela inovação (Capítulo 7) *In*: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 250-254.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 250-254.

¹¹⁰ MOURÃO, Carolina Mota; SANTOS, Fábio Gomes dos; MACERA, Paulo Henrique e MONTEIRO, Vítor. Significado, alcance e contextualização de inovação no contexto da nova Lei de Licitações. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Sílvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 125.

sobre se os requisitos nos incisos e alíneas são cumulativos ou alternativos. Eles argumentam que “há muitas dúvidas sobre a extensão das hipóteses de aplicação dessa modalidade de licitação.”

Embora a interpretação proposta por Maria Carolina Foss e Vítor Monteiro possa otimizar a utilização do diálogo competitivo para a contratação de inovação, essa leitura necessita de um ajuste.

A presença da conjunção "e" entre as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 32 reforça a necessidade de cumprimento simultâneo dos requisitos listados nas três alíneas do inciso I. Os autores estão corretos ao afirmar que, se a cumulatividade dos requisitos dos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 fosse exigida, isso implicaria que o diálogo competitivo seria sempre destinado à contratação de inovações.

Entretanto, ao contrário do inciso I, que apresenta um conjunto exaustivo de hipóteses, o inciso II do art. 32 é de natureza exemplificativa. Essa conclusão é reforçada pela ausência da conjunção “e” entre as alíneas do inciso II e pela expressão “com destaque para os seguintes aspectos”, que aparece no texto do inciso II¹¹¹.

Nesse contexto, assim como não seria razoável exigir a cumulatividade dos requisitos dos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, visto que isso implicaria considerar que o diálogo competitivo é sempre voltado para contratações de inovação, também não parece apropriado exigir a cumulatividade das alíneas do inciso II. Não é natural supor que todos os requisitos dessas alíneas sejam complementares entre si. É possível imaginar cenários em que a Administração inicia o diálogo competitivo para definir e identificar a solução técnica mais apropriada e seus requisitos de implementação, sem que haja necessidade de abordar a estrutura jurídica ou financeira do contrato, e vice-versa.

Ainda que se reconheça¹¹² que, em contratos mais complexos, as dimensões técnica, jurídica e financeira frequentemente se entrelaçam, os pressupostos do diálogo competitivo possuem uma flexibilidade que se adapta às diversas circunstâncias práticas. Nesse sentido, “não é adequado discutir sobre a natureza exaustiva ou exemplificativa do elenco ou sobre a exigência de presença cumulativa das situações previstas nos diversos incisos”¹¹³.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 475.

¹¹² NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 634.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 474.

2.3.2 Estrutura processual do diálogo competitivo

A consonância entre a necessidade da Administração e a solução oferecida pelo mercado é crucial para um planejamento eficaz e o sucesso da contratação. Isto porque “o problema precede a solução; em outras palavras, é com base na necessidade que se determina a solução ideal. Portanto, a solução deve se ajustar à necessidade, e não o inverso”¹¹⁴.

Embora esta observação possa parecer óbvia, foi apenas nos últimos anos, especialmente após a promulgação da Lei do Regime Diferenciado de Contratações - RDC (Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011), que se passou a reconhecer que a eficiência e o sucesso de certas contratações públicas dependem da interação entre a Administração Pública e os agentes econômicos privados antes mesmo da publicação do edital¹¹⁵.

Anteriormente, as normas gerais¹¹⁶ exigiam que o objeto da licitação fosse definido de maneira clara e precisa no edital, sem permitir grandes flexibilidades na determinação da solução que a Administração procurava.

De acordo com essas diretrizes, cabia à Administração identificar suas necessidades e desenvolver a solução completa de forma autônoma, enquanto aos agentes econômicos contratados restava apenas fornecer o bem, prestar o serviço ou executar a obra conforme especificado minuciosamente no edital.

Sob a ótica jurídica, a exigência de uma definição clara e precisa do objeto da licitação está alinhada com os princípios da isonomia e do julgamento objetivo que governam os processos de contratação pública. Por isso, não se permitia uma definição mais flexível do objeto, pois isso poderia levar a escolhas baseadas em critérios e preferências subjetivas, o que é vedado pela ordem jurídica¹¹⁷.

Essa exigência deriva também da determinação legal de se estimar previamente o valor da contratação, por meio de um orçamento detalhado, que deve expressar a composição de todos os seus custos unitários em planilhas. Essa prática seria dificultada ou até inviabilizada se a definição do objeto fosse feita de maneira flexível, uma vez que

¹¹⁴ MENDES, 2012, p. 48 *apud* SOROMENHO, Adriano Silva. *Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades*, 2017, p. 100.

¹¹⁵ FABRE, 2014, p. 73 *apud* SOROMENHO, Adriano Silva. *Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades*, 2017, p. 110.

¹¹⁶ Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/2002.

¹¹⁷ SOROMENHO, Adriano Silva. *Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades*, 2017, p. 100-102.

a solução definitiva adotada no edital condicionaria a estrutura final do contrato. Esse entendimento é corroborado pelo Tribunal de Contas da União, conforme expresso no enunciado da Súmula nº 177.

Como será abordado nos subtópicos a seguir, o diálogo competitivo rompe com o modelo tradicional em que as especificações técnicas são o foco central dos processos licitatórios. Ele introduz um novo paradigma, no qual os editais são formulados para identificar um problema ou uma necessidade específica e os resultados esperados da contratação, deixando a análise e a escolha das soluções de mercado para os agentes econômicos.

2.3.2.1 Fase de pré-seleção dos licitantes

O procedimento do diálogo competitivo está delineado no § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021. Os incisos desse parágrafo definem a estrutura processual dessa modalidade de licitação, que apresenta muitas semelhanças com a Diretiva 2014/24/UE¹¹⁸:

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

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

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

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

III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII - 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

¹¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 36-37.

inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

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

XII - (VETADO).

Marçal Justen Filho¹¹⁹ observa que o diálogo competitivo é concebido para promover a existência de cooperação entre a Administração Pública e o setor privado. Ele argumenta que a característica fundamental dessa modalidade é a antecipação da competição entre os interessados para a fase de planejamento, ao contrário das outras modalidades licitatórias, nas quais a competição começa apenas após a Administração ter concluído suas avaliações e tomado decisões sobre os aspectos essenciais do processo licitatório.

No diálogo competitivo, a Administração realiza uma preparação prévia. Contudo, essa preparação revela a inviabilidade de conceber um modelo completo e definitivo que possa ser submetido à disputa com base em critérios previamente estabelecidos. Por isso, Justen Filho afirma que “o diálogo competitivo compreende uma fase preparatória em duas etapas. A primeira etapa é desenvolvida internamente pela Administração. Segue-se uma etapa complementar de planejamento, na qual a Administração colabora com o setor privado, mesmo que os diferentes agentes privados atuem de maneira competitiva entre si”¹²⁰.

A fase inicial do diálogo competitivo, conforme descrito nos incisos I e II do § 1º da Lei nº 14.133/2021, é conhecida como a pré-seleção dos licitantes. Somente aqueles licitantes que atenderem a certos critérios objetivos serão qualificados para colaborar com a Administração na criação da solução. Essa seleção prévia é análoga à etapa de qualificação do diálogo concorrencial previsto na Diretiva 2014/24/UE.

Para conduzir essa pré-seleção, a Administração deve publicar um edital detalhado, que descreva suas necessidades e as exigências identificadas, assim como os critérios que serão utilizados para selecionar os candidatos que participarão da licitação (art. 32, § 1º, incisos I e II). Esse edital deve ser disponibilizado “em sítio eletrônico

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 476.

¹²⁰ Idem, p. 476.

oficial” (art. 32, § 1º, inciso II), como, por exemplo, o Portal Nacional de Contratações Públicas (art. 174, inciso I).

O edital inicial deve estipular um prazo de no mínimo vinte e cinco dias úteis para que haja manifestação por parte dos interessados em participar da licitação. A expressão “manifestação de interesse na participação da licitação”, mencionada no inciso I do § 1º do art. 32, deve ser interpretada como um pedido formal de participação, acompanhado da documentação necessária que comprove o cumprimento dos requisitos para a pré-seleção. Dessa forma, essa manifestação constitui o pedido oficial para ingressar no processo licitatório¹²¹.

Segundo Rafael de Oliveira¹²², esse edital, que marca o início do diálogo competitivo, deve conter: a) as necessidades específicas da Administração (art. 32, § 1º, I); b) as exigências já estabelecidas para a solução proposta (art. 32, § 1º, I) e c) os critérios que serão utilizados para a pré-seleção dos licitantes (art. 32, § 1º, II).

Aragão¹²³ argumenta que, inicialmente, o legislador não prevê uma fase de habilitação nos moldes tradicionais, conforme estabelecido nos artigos 62 e seguintes da Lei nº 14.133/2021. Trata-se, na verdade, de uma etapa preliminar que oferece à Administração uma ampla margem de discricionariedade na definição dos critérios para selecionar os participantes da licitação. Embora a documentação de habilitação deva ser eventualmente exigida, a fase de pré-seleção constitui uma etapa adicional e antecipada, projetada para permitir à Administração filtrar os particulares que irão contribuir posteriormente.

De acordo com Aragão, na fase de pré-seleção não há uma definição exaustiva de critérios ou pré-requisitos. Os termos e condições necessários para continuar no processo licitatório serão especificados no edital e devem ser objetivamente verificáveis. Todos os licitantes que cumprirem os pré-requisitos descritos no edital continuarão na disputa¹²⁴.

Marçal Justen Filho¹²⁵ concorda que o edital deve estabelecer claramente os critérios de pré-seleção, os quais são diferentes dos requisitos de habilitação tradicionais, destacando a importância central desses critérios no contexto do diálogo competitivo. Ele argumenta que o sucesso dessa modalidade licitatória está intrinsecamente ligado à

¹²¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 38-39.

¹²² Idem, p. 40.

¹²³ 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, 2021, p. 56.

¹²⁴ Idem, p. 57.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 478.

qualidade e confiabilidade dos agentes econômicos privados participantes. Portanto, é fundamental que os licitantes possuam qualidades excepcionais que permitam contribuir efetivamente para resolver as complexidades associadas ao objeto da licitação. Devido à natureza intrínseca do diálogo competitivo, não se pode permitir a participação de indivíduos sem essas qualidades especiais. A pré-seleção deve ser baseada em critérios objetivos, mas isso não exclui a possibilidade de estabelecer exigências adicionais às previstas nos artigos 62 e seguintes da Lei nº 14.133/2021.

Justen Filho continua ao afirmar que os critérios de pré-seleção no diálogo competitivo devem ir além dos exigidos em uma licitação comum. Devem ser considerados atributos únicos e específicos, que permitam aos participantes fornecer informações, experiências e subsídios necessários para o desenvolvimento da solução que a Administração busca implementar. Ele enfatiza que “apenas aqueles com capacidade comprovada de contribuir efetivamente para o projeto devem ser incluídos na pré-seleção”.

Ele conclui que a omissão da Lei nº 14.133/2021 sobre os pré-requisitos específicos para admissão no processo licitatório não é acidental. Esse silêncio legislativo implica um reconhecimento tácito da impossibilidade de se criar uma lista exaustiva ou mesmo exemplificativa de critérios para o diálogo competitivo, devido à grande variabilidade e à complexidade das circunstâncias em que essa modalidade pode ser aplicada. Assim, qualquer tentativa de regulamentação rígida poderia não se adaptar adequadamente às diversas realidades práticas¹²⁶.

Reisdorfer¹²⁷ observa que a pré-seleção não pode ser guiada por parâmetros rígidos e exatos para a definição dos requisitos de habilitação, uma vez que a solução final ainda não está definida com precisão. Diante disso, ele argumenta que, embora a pré-seleção tenha uma função similar à habilitação, ao procurar identificar licitantes capazes de apresentar soluções inovadoras, não se pode aplicar a mesma lógica restrita da habilitação tradicional a essa etapa.

A função abrangente da pré-seleção justifica o uso de uma terminologia distinta da fase de habilitação tradicional. Isso não significa que a pré-seleção seja substancialmente diferente da habilitação, já que ambas visam selecionar candidatos aptos a apresentar propostas. No entanto, no contexto do diálogo competitivo, a pré-

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 478-479.

¹²⁷ 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, p. 105.

seleção deve focar em identificar candidatos que não só atendam aos requisitos técnicos e financeiros, mas que também sejam capazes de oferecer contribuições inovadoras e significativas durante a fase de diálogo¹²⁸.

Em relação à peculiaridade dos requisitos adicionais que podem ser exigidos e à necessidade de identificar exigências permitidas, Reisdorfer¹²⁹ observa que não há uma pré-determinação fixa. Isso significa que a seleção dos critérios deve ser baseada em sua adequação, necessidade e proporcionalidade. Inicialmente, os critérios de pré-seleção podem ser relacionados aos requisitos de habilitação previstos no art. 62 da Lei nº 14.133/2021. Esses critérios podem abranger qualificação jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista e econômico-financeira, conforme descrito nos incisos I a IV desse dispositivo.

O autor¹³⁰ argumenta que os documentos exigidos para comprovar as qualificações dos interessados devem ser apresentados e avaliados já na fase de pré-seleção. A única exceção a essa regra são os documentos de regularidade fiscal, que, de acordo com o artigo 63, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, devem ser requisitados “em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado”.

Com base na distinção feita pelo legislador entre pré-seleção e o regime geral de habilitação, Rafael de Oliveira¹³¹ argumenta que apenas os documentos essenciais para confirmar a aptidão dos licitantes para participar da fase do diálogo devem ser exigidos na pré-seleção. Dessa forma, ele propõe que as exigências de habilitação fiscal, social e trabalhista sejam reservadas apenas para o licitante que se classificar em primeiro lugar, após a fase competitiva de julgamento das propostas.

Rafael de Oliveira¹³² esclarece que a fase de pré-seleção não se caracteriza como uma etapa competitiva. Ele explica que esse momento é voltado para o nivelamento, onde o edital define os parâmetros mínimos que o licitante deve atender para efetivamente contribuir na construção da solução proposta. Além disso, para o vencedor da etapa competitiva, é essencial que ele demonstre capacidade técnica e econômico-financeira

¹²⁸ 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, p. 105-106.

¹²⁹ Idem, p. 106.

¹³⁰ Ibidem, p. 107.

¹³¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 42.

¹³² Idem, p. 41.

para a execução do contrato. Assim, Oliveira defende que a pré-seleção deve se concentrar nos requisitos de habilitação técnica e econômico-financeira.

Maria Carolina Foss e Vítor Monteiro¹³³ ampliam essa perspectiva, sugerindo que os “requisitos objetivos estabelecidos” para a fase de pré-seleção, conforme mencionado no inciso II do § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, devem ser elaborados com atenção para incluir a capacidade de inovação como um dos elementos de habilitação dos interessados.

Outra dificuldade prática enfrentada pelo ente licitante é a impossibilidade de limitar antecipadamente o número de participantes na fase de diálogo. O art. 32, § 1º, inciso II, estabelece que “serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos”. Um número excessivo de candidatos pode dificultar a fase de diálogo, devido à sua complexidade e à carga de trabalho envolvida, especialmente na segunda etapa¹³⁴.

Marçal Justen Filho e Rafael de Oliveira¹³⁵ destacam que, apesar do silêncio da Lei nº 14.133/2021 sobre a questão da limitação do número de participantes no diálogo competitivo, esse aspecto merece atenção. O procedimento do diálogo competitivo é intrinsecamente complexo e oneroso para a Administração Pública, e reduzir o número de candidatos nas fases de diálogo e competitiva poderia minimizar esses desafios. Assim, somente candidatos com ampla experiência anterior, além de qualificação técnico-empresarial e técnico-profissional robustas, devem ser considerados aptos a propor as soluções mais adequadas para os desafios apresentados.

Rafael de Oliveira¹³⁶, no entanto, argumenta que a limitação do número de participantes, por implicar restrição ao direito dos interessados em participar do processo licitatório, exigiria uma base legal específica. Dado que a legislação brasileira sobre o diálogo competitivo não prevê tal limitação, a pré-seleção não poderá ser restrita a um número máximo de licitantes.

A Administração terá a responsabilidade de avaliar as manifestações de interesse para participar do diálogo competitivo, baseando-se nos critérios objetivos delineados no

¹³³ FOSS, Maria Carolina; MONTEIRO, Vítor. Diálogos competitivos motivados pela inovação (Capítulo 7) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 263.

¹³⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 21.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 480. OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 43.

¹³⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 43.

edital. Este também deverá especificar se a identidade dos participantes será pública ou mantida em sigilo, sendo esta última uma prática viável para diminuir o risco de conluio entre os candidatos¹³⁷.

Justen Filho¹³⁸ sugere que, embora a Lei nº 14.133/2021 não mencione explicitamente, é evidente que caberia recurso contra a decisão de exclusão de um participante do diálogo competitivo. Segundo ele, o artigo 165, inciso II permite apenas um pedido de reconsideração, mas essa interpretação pode ser vista como incompatível com o direito ao devido processo administrativo. Além disso, o artigo 168 prevê que esses recursos têm efeito suspensivo.

Reisdorfer¹³⁹ concorda, afirmando que as regras gerais sobre o direito de contestar o edital aplicam-se ao diálogo competitivo. Isso inclui a possibilidade de os interessados solicitarem esclarecimentos ou apresentarem impugnações ao edital, desde que o façam até três dias úteis antes da abertura do certame (art. 164, *caput*). As respostas a essas impugnações ou pedidos de esclarecimento devem ser publicadas em até três dias úteis (art. 164, parágrafo único). As decisões de pré-seleção podem ser questionadas pelos afetados, seguindo o procedimento estipulado no artigo 165, e os recursos possuem eficácia suspensiva conforme o artigo 168.

Considerando a discricionariedade concedida à Administração pela Lei nº 14.133/2021 na gestão do diálogo competitivo, todos os aspectos não expressamente abordados na legislação devem ser claramente definidos no edital.

2.3.2.2 Fase do diálogo

O diálogo competitivo traduz-se em uma modalidade de licitação que visa à obtenção de uma solução para uma necessidade específica da Administração e não de especificações técnicas predefinidas. Nesse contexto, ao iniciar o processo licitatório, a Administração Pública ainda não possui um termo de referência ou projeto básico definido. O que se tem são apenas as necessidades da Administração e alguns requisitos iniciais da solução que será desenvolvida durante as negociações. É durante a fase do

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 480.

¹³⁸ Idem, p. 480.

¹³⁹ 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, p. 126-127.

diálogo que os participantes apresentam suas propostas de solução para o caso concreto, contribuindo para a construção conjunta do projeto¹⁴⁰.

A Lei nº 14.133/2021, nos incisos III, IV, V, VI, VII e VIII do § 1º do artigo 32, regulamenta os procedimentos específicos para a fase de diálogo. Conforme o inciso III, é fundamental que todas as informações pertinentes sejam disponibilizadas igualmente a todos os concorrentes, evitando que algum licitante tenha acesso a informações privilegiadas. Isso assegura que todos os participantes tenham condições equânimes para se prepararem adequadamente para as reuniões e para a formulação de suas propostas¹⁴¹.

O objetivo central é garantir que todos os participantes tenham as mesmas oportunidades de acesso à informação, possibilitando uma preparação igualitária para a fase do diálogo. Isso assegura que as reuniões e a elaboração dos materiais ocorram sob condições de paridade¹⁴².

Contudo, Reisdorfer¹⁴³ argumenta que a aplicação do princípio da isonomia no diálogo competitivo não deve seguir o mesmo rigor formal adotado em outras modalidades de contratação pública. Ele sustenta que um tratamento rigidamente igualitário seria incompatível com a natureza dinâmica e criativa do diálogo competitivo. Cada interação entre a Administração e os licitantes é incremental e pode variar em produtividade. Portanto, a isonomia aqui não significa uniformidade nas reuniões ou no tempo alocado para cada licitante, mas sim uma adaptação à realidade de cada diálogo.

O inciso IV do § 1º do art. 32 estipula que “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento”. Rafael de Oliveira¹⁴⁴ observa que essa confidencialidade é essencial para encorajar os participantes a oferecerem suas melhores soluções. A certeza de que suas propostas permanecerão confidenciais assegura que os licitantes estejam dispostos a apresentar ideias inovadoras e detalhadas. Sem essa garantia de sigilo, os licitantes poderiam se sentir desconfortáveis em compartilhar suas melhores estratégias, temendo que suas ideias pudessem ser repassadas para outros competidores.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 22 e 40.

¹⁴¹ Idem, 2021, p. 44.

¹⁴² BURNETT, Michael; ODER, Martin. *Competitive dialogue: a practical guide*. Maastricht: European Institute of Public Administration, 2009, p. 126.

¹⁴³ 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, p. 138-139.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 45.

Niebuhr¹⁴⁵ reforça a importância da confidencialidade das propostas e informações fornecidas pelos licitantes. Ele argumenta que o sigilo é crucial para que os participantes qualificados se sintam seguros ao apresentar suas tecnologias, metodologias e estratégias.

Reisdorfer¹⁴⁶ destaca que o sigilo é essencial no diálogo competitivo por dois principais motivos. Do ponto de vista dos licitantes, há a expectativa de que a Administração não divulgue informações confidenciais, como segredos industriais e tecnológicos, que são valiosos tanto economicamente quanto juridicamente. Do lado da Administração, manter a confidencialidade visa a criar um ambiente propício ao diálogo, incentivando o compartilhamento de informações restritas. O sigilo, assim, atua como um catalisador para a cooperação eficaz dos interessados, aumentando a eficiência do processo licitatório.

O autor também argumenta¹⁴⁷ que a leitura do inciso IV do § 1º do art. 32 indica que o sigilo deve ser a regra geral no diálogo competitivo, uma vez que a expressão “soluções propostas” resume todo o objeto do diálogo. Além disso, o dispositivo aborda “informações sigilosas comunicadas por um licitante”, o que sugere que a proteção do sigilo abrange não apenas informações protegidas por lei (como segredos empresariais), mas também todas as contribuições oferecidas pelos participantes de maneira ampla.

Conforme estabelecido no art. 32 § 1º, V, a fase do diálogo pode continuar até que a Administração, com uma justificativa adequada, identifique a solução ou as soluções que satisfaçam suas necessidades. Isso implica que, dependendo das circunstâncias, as soluções podem ser combinadas ou complementadas para atender plenamente aos objetivos do ente público¹⁴⁸.

Aragão¹⁴⁹ observa que não há um limite de tempo máximo definido para a duração da fase do diálogo, que pode variar em função da complexidade do objetivo a ser alcançado e da rapidez com que os participantes conseguem apresentar soluções viáveis. Ele argumenta que esse aspecto reflete a ampla discricionariedade conferida à

¹⁴⁵ NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 635.

¹⁴⁶ 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, p. 144-145.

¹⁴⁷ Idem, p. 147-148.

¹⁴⁸ GARCIA, F. A.; MOREIRA, E. B. A futura nova Lei de Licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020, p. 55.

¹⁴⁹ 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, 2021, p. 59.

Administração na gestão do procedimento, permitindo que sejam realizadas quantas sessões de discussão forem necessárias para definir claramente o objeto da contratação. Essa abordagem se distancia da visão tradicional da licitação como um processo rigidamente objetivo e vinculado.

De acordo com o inciso VI do § 1º do artigo 32, “as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante a utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo”. Esta exigência demonstra a intenção do legislador em garantir a documentação completa de todas as informações obtidas durante o diálogo. Aragão¹⁵⁰ observa que a criação de atas e, principalmente, as gravações em áudio e vídeo fornecem aos órgãos de controle e ao público ferramentas essenciais para verificar a legalidade do processo. Qualquer comunicação ou negociação não registrada nessas gravações seria considerada ilegal.

Reisdorfer¹⁵¹ esclarece que a Lei nº 14.133/2021 não limita as interações entre a Administração e os particulares apenas ao formato de reunião. Embora a norma autorize a realização de reuniões, ela não impede outras formas de interação, como diligências, testes e atividades diversas necessárias para entender as soluções propostas. A forma de comunicação deve ser eficiente e adaptada ao progresso do diálogo. Reuniões podem ser realizadas presencialmente ou por outros meios. Além disso, alternativas como plataformas de compartilhamento de dados escritos podem substituir a necessidade de encontros presenciais ou remotos, reduzindo custos para todos os envolvidos.

O art. 32, § 1º, inciso VII, da Lei nº 14.133/2021, alinha-se à Diretiva 2014/24/UE (art. 30, item 4), ao permitir que a Administração preveja no edital a possibilidade de a fase do diálogo ser conduzida em subfases sucessivas. Nessas subfases, soluções ou propostas podem ser eliminadas progressivamente¹⁵².

O edital pode estabelecer várias etapas para a avaliação contínua das dificuldades e das soluções adequadas. Cada etapa pode culminar com a escolha de uma solução específica pela Administração, reduzindo as alternativas para as etapas subsequentes¹⁵³.

¹⁵⁰ 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, 2021, p. 60.

¹⁵¹ 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, p. 135-136.

¹⁵² OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 46.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 481.

Marçal Justen Filho¹⁵⁴ esclarece que o inciso VII não proíbe totalmente o retorno a uma fase anterior do diálogo. Ele observa que, se uma solução que parecia satisfatória em um aspecto se mostrar inviável ou inadequada mais tarde, o processo pode retroceder para revisar outras alternativas. Isso evita que o processo seja encerrado prematuramente, possibilitando a busca de soluções adequadas.

Em relação às interações entre a Administração e os particulares, é essencial que o “edital estabeleça que a comunicação com cada participante seja restrita e individualizada”¹⁵⁵. Isso significa que não haverá um compartilhamento coletivo de informações ou um debate em conjunto sobre as soluções propostas.

O diálogo competitivo não se resume a entrevistas unilaterais. Deve haver reciprocidade nas interações, pois o objetivo é reduzir a assimetria de informações para ambas as partes. Portanto, o diálogo não deve ser limitado a simples entrevistas ou tratativas formais, mas deve permitir que os participantes tenham acesso a informações adicionais conforme o desenvolvimento do diálogo assim exigir¹⁵⁶.

Conforme o inciso VIII do § 1º do artigo 32 da Lei nº 14.133/2021, ao término da fase do diálogo, a Administração deve registrar e arquivar todas as gravações e documentos dessa etapa no processo licitatório. Após essa fase, inicia-se a etapa competitiva com a publicação de um edital que detalhe a solução desenvolvida para atender às necessidades da Administração. Este edital deve também especificar os critérios objetivos para a escolha da proposta mais vantajosa e estabelecer um prazo mínimo de 60 (sessenta) dias úteis para que os licitantes pré-selecionados apresentem suas propostas completas, com todos os elementos necessários para a execução do projeto.

A norma contida no inciso VIII evidencia um meticuloso cuidado com a formalização do diálogo competitivo e com a possibilidade de fiscalização dos atos praticados. Ainda que o inciso não especifique o conteúdo da decisão final, isso não autoriza a arbitrariedade: a decisão final deve ter uma correlação lógica com as interações desenvolvidas. A lei concede à Administração a autonomia para determinar a estrutura da decisão final¹⁵⁷.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 481-482.

¹⁵⁵ Idem, p.481.

¹⁵⁶ 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, p. 136.

¹⁵⁷ Idem, p. 155.

A Administração deve avaliar se foi alcançada uma solução satisfatória ou se não foi possível obter tal solução. Caso seja impossível, o processo licitatório deve ser encerrado com a devida justificativa. Se uma solução for atingida, a Administração deve formalizar a decisão, incluindo a solução selecionada e registrando todos os encontros e deliberações nos autos do processo¹⁵⁸.

O inciso VIII determina que a responsabilidade de declarar o encerramento da fase de diálogo cabe exclusivamente à Administração, e não à comissão de contratação. Todavia, é essencial que a comissão de contratação elabore um relatório final que documente todos os eventos ocorridos, resuma a solução alcançada e apresente as razões que justificam essa conclusão. Caso tenha havido a participação de consultores técnicos, suas considerações também devem ser incluídas¹⁵⁹.

Reisdorfer¹⁶⁰ complementa que a decisão sobre a solução contratual que será disputada na fase final do certame não compete à comissão de contratação. O papel da comissão é fornecer todos os subsídios necessários para a tomada de decisão pela Administração. A Lei nº 14.133/2021 confere à comissão a responsabilidade de conduzir o diálogo competitivo (art. 32, § 1º, XI), enquanto a decisão final sobre a solução fica a cargo da Administração (art. 32, § 1º, V).

Segundo Niebuhr¹⁶¹, é possível que o diálogo não alcance o resultado esperado e que a Administração não obtenha as informações desejadas. Nesse caso, a Administração pode encerrar o diálogo e declarar a licitação como fracassada. Isso pode ocorrer quando o mercado não oferece a solução que a Administração busca.

Marçal Justen Filho¹⁶² argumenta que a decisão final tomada na fase do diálogo não está sujeita a um recurso específico. No entanto, os interessados podem exercer o direito de petição para contestar a decisão tomada.

Reisdorfer¹⁶³ observa que a redação do inciso VIII do § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, ao ser lida literalmente, sugere a exclusão da possibilidade de recurso contra a decisão que encerra a fase de diálogo. O art. 165, inciso I, lista as decisões passíveis de recurso, e a conclusão do diálogo não se enquadra em nenhuma das categorias ali

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 482.

¹⁵⁹ Idem, p. 482.

¹⁶⁰ 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, p. 157.

¹⁶¹ NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 636.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 482.

¹⁶³ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Ob. cit.*, p. 158.

descritas. No entanto, ele argumenta que o direito de petição ainda pode ser exercido pelos licitantes, fora do regime formal de recurso, permitindo que as manifestações sejam tratadas como pedidos de reconsideração.

Rafael de Oliveira¹⁶⁴, Egon Bockmann Moreira e Flavio Amaral Garcia¹⁶⁵ consideram que a fase de diálogo pode resultar na definição de uma ou várias soluções. Em contraste, Reisdorfer¹⁶⁶ defende que a Lei nº 14.133/2021 concentra a escolha em uma única solução a ser contratada, esta será a base uniforme para a elaboração das propostas finais.

2.3.2.3 Fase competitiva

Com a escolha da solução ou das soluções, inicia-se a fase competitiva, que envolve a apresentação e a avaliação das propostas para a adjudicação do contrato. Esta etapa se inicia com a publicação de um novo edital, que especifica em detalhes as características da solução selecionada e define os critérios para a avaliação das propostas. Os licitantes pré-selecionados devem submeter suas propostas dentro de um prazo mínimo de 60 (sessenta) dias úteis, apresentando todos os elementos necessários para a execução do projeto.

A limitação da fase competitiva aos participantes do diálogo incentiva a participação ativa dos licitantes na fase de desenvolvimento das soluções. Se fosse permitido que outros participassem da fase competitiva sem terem contribuído na etapa do diálogo, o incentivo para que o mercado se engaje na formulação de boas soluções para a Administração seria reduzido¹⁶⁷.

Todos os licitantes pré-selecionados têm o direito de apresentar suas propostas na fase competitiva, independentemente de terem suas soluções escolhidas na fase de diálogo. Isso assegura que cada participante tenha a oportunidade de competir pelo contrato final, conforme definido pela Administração¹⁶⁸.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 46.

¹⁶⁵ GARCIA, F. A.; MOREIRA, E. B. A futura nova Lei de Licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020, p. 55.

¹⁶⁶ 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, p. 156.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *Ob. cit.*, 2021, p. 47.

¹⁶⁸ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Ob. cit.*, p. 161.

Durante a fase do diálogo, é possível a exclusão de pré-selecionados caso se comprove que não atendem aos requisitos necessários para continuar na disputa. A legislação permite essa exclusão com base na ausência de qualificações necessárias para a participação¹⁶⁹.

Embora a legislação brasileira não especifique a exclusão dos licitantes que, uma vez admitidos, não apresentem soluções minimamente aceitáveis, é defendido que tal possibilidade seja prevista em regulamento ou edital. Isso garantiria que apenas as soluções viáveis e alinhadas aos objetivos do diálogo competitivo sejam levadas adiante¹⁷⁰.

Os incisos VIII, IX e X do § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 regulam a fase competitiva do diálogo competitivo. Embora esta fase siga a fase do diálogo, ela opera de forma independente, permitindo que o licitante que desenvolveu a melhor solução técnica durante o diálogo não necessariamente seja o mesmo a apresentar a proposta economicamente mais vantajosa na fase competitiva. Assim, a coincidência entre a melhor solução técnica e a proposta mais vantajosa não é obrigatória¹⁷¹.

Uma vez concluída a fase do diálogo, não se procede mais à verificação de documentos de habilitação, pois esses documentos (e outros essenciais) já foram apresentados na fase inicial do diálogo competitivo. A fase competitiva concentra-se exclusivamente na apresentação e na avaliação das propostas submetidas¹⁷².

O edital deve detalhar claramente a solução contratada, descrevendo não apenas o objeto do contrato, mas também o regime de contratação e as condições de execução, com a minuta do contrato devidamente anexada. Deve-se enfatizar mais os indicadores de desempenho e os objetivos a serem alcançados pelo contratado, permitindo que o particular defina os métodos de execução do contrato, assumindo os riscos inerentes a essa definição¹⁷³.

Uma vez recebidas as propostas conforme as especificações do edital, elas devem ser avaliadas. O art. 32, § 1º, IX, da Lei nº 14.133/2021 permite que a Administração solicite esclarecimentos ou ajustes nas propostas, desde que tais solicitações não causem

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 483.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 48.

¹⁷¹ 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, 2021, p. 61.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 482.

¹⁷³ 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, p. 163.

discriminação ou distorção da concorrência. Isso reconhece a possibilidade de que, devido à singularidade da solução adotada, as propostas possam conter omissões, defeitos ou necessitar de ajustes. Quando isso ocorre, devem ser tomadas medidas para corrigir esses problemas, respeitando a essência da proposta original.

É crucial lembrar que o diálogo competitivo envolveu a dedicação de tempo e recursos de múltiplos agentes, incluindo a Administração. Portanto, a comissão de contratação deve envidar todos os esforços possíveis para validar cada proposta recebida, a fim de respeitar o investimento de todos os envolvidos¹⁷⁴.

A avaliação das propostas deve seguir rigorosamente os critérios estabelecidos no edital da fase competitiva (art. 32, § 1º, X), com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa. Normativamente, essa avaliação deve estar alinhada com os princípios e procedimentos previamente estabelecidos, sem a introdução de novos critérios ou peculiaridades¹⁷⁵.

A legislação aplicável ao diálogo competitivo revela que a avaliação das propostas não se limita apenas aos aspectos objetivos do conteúdo e das obrigações contratuais a serem acordadas, mas também considera aspectos subjetivos, desde que esses sejam avaliados de forma objetiva e conforme critérios preestabelecidos, relativos às características dos licitantes¹⁷⁶.

Reisdorfer¹⁷⁷ argumenta que os participantes do diálogo competitivo possuem o direito, mas não a obrigação de apresentar propostas na fase competitiva subsequente. No entanto, ao submeterem suas propostas, eles assumem compromisso com a Administração e devem respeitar os termos do edital dessa fase, estando sujeitos a penalidades caso descumpram a oferta apresentada (art. 155, inciso V, da Lei nº 14.133/2021).

Além disso, o autor defende a possibilidade de abertura de prazo para impugnações e pedidos de esclarecimento referentes às novas regras incorporadas pelo edital que inaugura a fase competitiva, conforme o art. 164 da Lei nº 14.133/2021. Dessa forma, a contestação seria possível apenas em relação às regras inéditas introduzidas no

¹⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 483.

¹⁷⁵ Idem, p. 483.

¹⁷⁶ 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, p. 166.

¹⁷⁷ Idem, p. 170-171.

segundo edital, mantendo-se, em princípio, inalteradas as normas do edital inicial que governou o processo desde seu início¹⁷⁸.

Rafael de Oliveira corrobora essa visão, sustentando que tanto o edital que dá início à licitação, convocando os interessados para a pré-seleção, quanto o edital que convoca os licitantes para a fase competitiva, podem ser objeto de pedidos de esclarecimento e impugnações¹⁷⁹.

Após a análise e classificação das propostas, a Administração determinará a proposta vencedora. Poderá também negociar condições mais vantajosas com o licitante classificado em primeiro lugar, embora essa negociação tenha caráter residual, uma vez que o poder de barganha da Administração é limitado e não pode exercer coação sobre o proponente mais bem posicionado¹⁸⁰ (art. 61 da Lei nº 14.133/2021).

2.3.3 A comissão de contratação referida no inciso XI do § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021

O inciso XI do § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que o diálogo competitivo deve ser conduzido através de uma comissão de contratação, cuja composição deve ser de no mínimo três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração. É permitido, ainda, a contratação de profissionais externos para fornecer suporte técnico à comissão, garantindo assim a expertise necessária.

Essa comissão será responsável por guiar o processo do diálogo competitivo. Assim, aplicam-se a ela os requisitos gerais delineados no art. 7º da Lei nº 14.133/2021, conforme disposto no § 2º do mesmo artigo, que especifica¹⁸¹:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

¹⁷⁸ 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, p. 171.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 55-56.

¹⁸⁰ REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Ob. cit.*, p. 175.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 477.

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no **caput** deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

De acordo com Marçal Justen Filho¹⁸², apesar de a Lei não especificar claramente, é fundamental que os integrantes da comissão de contratação tenham qualificações diferenciadas. A complexidade do diálogo competitivo e a necessidade de interação com os agentes econômicos privados tornam inapropriada a designação de servidores sem a experiência e o conhecimento adequados para lidar com o objeto a ser contratado. Designar funcionários sem a preparação necessária comprometeria a eficácia do processo licitatório.

Devido à complexidade inerente ao diálogo competitivo, não é apropriado que agentes públicos normalmente não envolvidos em licitações e contratos assumam essa tarefa. Em vez disso, deve ser formada uma comissão de contratação específica para esse fim. Esta comissão pode incluir a contratação de especialistas externos, provavelmente por notória especialização, considerando que muitos órgãos públicos podem não ter três servidores efetivos com a expertise necessária para lidar com questões tão complexas¹⁸³.

A qualificação específica dos membros da comissão de contratação não elimina a necessidade de contratar assessores especializados. Marçal Justen Filho¹⁸⁴ sugere que esses profissionais podem ser contratados por meio de concorrência técnica e preço, de acordo com o art. 37, § 1º, II, em casos de menor complexidade. No entanto, ele reconhece que a contratação pode ser feita por dispensa de licitação para especialistas de notória especialização, quando a competição não for viável, conforme o art. 75, XIII.

Os especialistas externos contratados como assessores técnicos da comissão devem assinar um termo de confidencialidade, comprometendo-se a não divulgar

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 477.

¹⁸³ 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, 2021, p. 60.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 477.

qualquer informação acessada durante o processo licitatório. Esses terceiros são proibidos de participar de atividades relacionadas à licitação que possam gerar conflitos de interesse, direta ou indiretamente¹⁸⁵.

A responsabilidade pela decisão final sobre a solução contratual que será objeto de disputa na fase final do processo licitatório não recai sobre a comissão de contratação. A comissão deve fornecer todos os subsídios necessários para a tomada de decisão, mas a decisão final sobre a solução é uma competência da Administração. A Lei nº 14.133/2021 atribui à comissão de contratação o papel de conduzir o diálogo competitivo (art. 32, § 1º, IX), enquanto a decisão sobre a solução compete à Administração (art. 32, § 1º, V). Essa distinção é essencial, pois a decisão final do diálogo competitivo implica considerações amplas sobre a conveniência e a oportunidade da contratação, além de aspectos orçamentários e sua compatibilidade com o plano anual de contratações, conforme o art. 18 da Lei nº 14.133/2021¹⁸⁶.

Embora a comissão de contratação possua ampla discricionariedade na condução do diálogo competitivo, seu papel não se limita a um mero suporte administrativo. Na prática, a comissão acaba participando ativamente da construção da decisão final, já que suas deliberações e ações influenciam significativamente o desfecho do processo. Essa dinâmica não altera o fato de que a decisão final sobre a contratação cabe aos agentes que têm a competência formal para finalizar o planejamento, conforme o art. 18 da Lei nº 14.133/2021. Dessa forma, é recomendável que exista uma comunicação eficiente entre a comissão de contratação e os agentes decisores durante todo o diálogo competitivo¹⁸⁷.

De acordo com Rafael de Oliveira, seria prudente considerar se a comissão de contratação deve ou não tomar uma decisão técnica e submetê-la à autoridade competente do órgão ou entidade contratante. Apesar de a legislação brasileira não estipular esse procedimento, não há impedimento para que tal processo seja regulado por normas internas ou por edital¹⁸⁸.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 477.

¹⁸⁶ 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, p. 157-158.

¹⁸⁷ Idem, p. 158.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 57.

2.3.4 Os critérios de julgamento aplicáveis ao diálogo competitivo

Conforme Aragão¹⁸⁹, a Lei nº 14.133/2021 não estabelece um critério rígido para definir o que seria a “proposta mais vantajosa”. Isso proporciona à Administração a flexibilidade de estabelecer esses critérios no início da fase competitiva, podendo priorizar o melhor preço, a melhor técnica ou outros fatores, desde que esses critérios possam ser objetivamente mensurados.

Em linha com esse entendimento, Niebuhr¹⁹⁰ sustenta que a Lei nº 14.133/2021 não impõe um critério específico de julgamento para as propostas no diálogo competitivo, entre os mencionados no art. 33. Isso confere à Administração a discricionariedade para escolher o critério mais adequado para a avaliação das propostas.

Em contrapartida, Rafael de Oliveira¹⁹¹ argumenta que, apesar de a Lei permitir o julgamento das propostas do diálogo competitivo com base em qualquer critério previsto no art. 33, seria inadequado utilizar critérios que se baseiem exclusivamente no aspecto financeiro. Ele defende que critérios puramente financeiros não são compatíveis com a natureza do diálogo competitivo.

Para Rafael de Oliveira, o critério de julgamento mais apropriado para o diálogo competitivo é o de “técnica e preço”, pois esse critério está alinhado com a ideia de melhor relação entre qualidade e custo, conforme previsto na legislação europeia (art. 30, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE). O autor destaca que o art. 36, § 1º, V, da Lei nº 14.133/2021 reflete bem a complexidade do diálogo competitivo, ao abordar a diversidade de soluções e alternativas de execução. Esse dispositivo legal estabelece que:

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: [...]

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

¹⁸⁹ 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, 2021, p. 61.

¹⁹⁰ NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 637.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 51-54.

Rafael de Oliveira¹⁹² também propõe a adoção do critério de maior retorno econômico para contratos de eficiência, conforme definido no art. 6º, inciso LIII, da Lei nº 14.133/2021. Nesse tipo de contrato, a remuneração do prestador de serviços é calculada com base na economia gerada pela execução contratual. O autor sugere que, no âmbito do diálogo competitivo, pode-se desenvolver uma ou mais soluções que posteriormente serão avaliadas tendo como parâmetro o critério de maior retorno econômico (art. 33, VI c/c art. 39).

Reisdorfer¹⁹³ destaca que a Lei nº 14.133/2021 não especifica um modelo exclusivo de julgamento para as propostas no contexto do diálogo competitivo, mas determina no art. 32, § 1º, X, que “a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva”. Dessa forma, o método de avaliação das propostas dependerá da natureza do objeto contratado e do grau de detalhamento das especificações estabelecidas na fase final do processo licitatório.

Em consonância com a visão de Rafael de Oliveira, Reisdorfer¹⁹⁴ argumenta que, em situações nas quais as prestações a serem contratadas são complexas e envolvem incertezas, ou onde a qualidade técnica das propostas e dos proponentes é crucial para o sucesso do contrato, o critério de técnica e preço se torna especialmente relevante para o diálogo competitivo. Ele aponta uma clara relação entre as disposições do art. 36, § 1º, V, da Lei nº 14.133/2021 e as condições que justificam o uso do diálogo competitivo, conforme os incisos I e II do art. 32.

No contexto da Administração Pública federal, essa questão foi regulamentada pela Instrução Normativa SEGES/MGI nº 2, de 7 de fevereiro de 2023, que define o uso do critério de julgamento por técnica e preço em procedimentos eletrônicos dentro da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 4º, II):

Modalidades

Art. 4º O critério de julgamento por técnica e preço será adotado:

I - na modalidade concorrência; ou

II - na fase competitiva da modalidade diálogo competitivo, quando o critério de que trata o caput for entendido como o que melhor se adequa à solução identificada na fase de diálogo.

¹⁹² OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 53-54.

¹⁹³ 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, p. 164.

¹⁹⁴ Idem, p. 164-165.

De acordo com o normativo infralegal mencionado, o critério de julgamento por técnica e preço deve ser aplicado na fase competitiva do diálogo competitivo quando esse critério for considerado o mais adequado para a solução estabelecida durante a fase do diálogo.

Em teoria, o critério de julgamento no contexto do diálogo competitivo está estabelecido pelo art. 4º, inciso II, da Instrução Normativa SEGES/MGI nº 2, de 7 de fevereiro de 2023. No entanto, dispositivos semelhantes em outras instruções normativas que regulamentam os processos licitatórios eletrônicos para a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, permitem a aplicação de outros critérios de julgamento como: a) menor preço ou maior desconto; b) maior retorno econômico; c) técnica e preço e d) melhor técnica ou conteúdo artístico. Veja-se:

- a) Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30 de setembro de 2022 (art. 4º, III);
- b) Instrução Normativa SEGES/ME nº 96, de 23 de dezembro de 2022 (art. 4º, II);
- c) Instrução Normativa SEGES/MGI nº 2, de 7 de fevereiro de 2023 (art. 4º, II);
e
- d) Instrução Normativa SEGES/MGI nº 12, de 31 de março de 2023 (art. 4º, III);

Nota-se que a escolha do Executivo federal foi permitir que todos os critérios de julgamento previstos na Lei nº 14.133/2021, exceto o de maior lance (aplicável apenas em leilões, conforme art. 33, V), possam ser utilizados no diálogo competitivo. Assim, cabe ao gestor público avaliar e decidir qual critério de julgamento se ajusta melhor à solução identificada no diálogo para a fase competitiva.

A decisão regulatória que deixa ao gestor público a discricionariedade de aplicar qualquer dos critérios de julgamento previstos na Lei nº 14.133/2021, aparentemente não foi a mais adequada. Isso porque, além de o critério de técnica e preço ser aquele que mais se aproxima do critério da melhor relação entre qualidade e preço, conforme o direito europeu (art. 30, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE), o critério de menor preço ou maior desconto, por exemplo, parece desajustado às situações legais que justificam o uso do diálogo competitivo. Tais situações geralmente envolvem a complexidade do objeto e a necessidade de avaliar a qualidade técnica das soluções propostas, o que é corroborado

pela doutrina¹⁹⁵, que sustenta que na fase de pré-qualificação devem ser exigidos atributos “diferenciados” e “especiais” dos participantes aptos ao diálogo.

A possibilidade de o gestor público optar pelo critério de menor preço ou maior desconto na fase competitiva do diálogo competitivo pode desestimular a participação de potenciais interessados. Isso pode afetar significativamente o êxito da Administração na licitação. Considerando a tradição da Lei nº 8.666/1993 e algumas práticas culturais arraigadas na Administração Pública, existe uma tendência de que os gestores prefiram o critério de menor preço ou maior desconto, em detrimento de critérios que poderiam promover a inovação e a eficácia do diálogo competitivo.

Seria mais apropriado definir o critério de julgamento por técnica e preço como regra predominante para a fase competitiva do diálogo competitivo, conforme o art. 36, § 1º, V, da Lei nº 14.133/2021 e como proposto por Rafael de Oliveira¹⁹⁶ e Reisdorfer¹⁹⁷. A regulamentação infralegal poderia permitir que o gestor público utilizasse outros critérios de julgamento previstos na Lei nº 14.133/2021, desde que isso fosse justificado de maneira adequada e fosse a melhor solução identificada na fase do diálogo. Como exceção, a escolha de critério diferente da técnica e preço exigiria justificativa mais robusta por parte do gestor

2.3.5 Aplicação do diálogo competitivo às concessões de serviços públicos e às parcerias público-privadas

Os artigos 179 e 180 da Lei nº 14.133/2021 autorizam o uso do diálogo competitivo para a concessão de serviços públicos, com ou sem a execução de obra pública associada, bem como para a contratação de parcerias público-privadas (PPPs):

Art. 179. Os incisos II e III do **caput** do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 478.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 51-54.

¹⁹⁷ 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, p. 164-165.

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

Art. 180. O **caput** do art. 10 da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:”

Essa mudança legislativa é específica e se refere exclusivamente à possibilidade de utilizar o diálogo competitivo como modalidade de licitação para concessões de serviços públicos e PPPs. O art. 179 da Lei nº 14.133/2021 não altera o regime dos contratos de concessão, exceto por ampliar as opções de modalidade licitatória, permitindo tanto a concorrência quanto o diálogo competitivo. A norma apenas atualiza as modalidades licitatórias disponíveis para esses tipos específicos de contratos administrativos¹⁹⁸.

De acordo com Nara Carolina Merlotto e Victor de Barros e Silva¹⁹⁹, a previsão do diálogo competitivo como uma modalidade licitatória para a viabilização de PPPs é apropriada para os atributos desses contratos. As PPPs são frequentemente destinadas a abordar demandas públicas complexas, e essa complexidade parece ser refletida na finalidade do diálogo competitivo, conforme estabelecido pela Lei nº 14.133/2021. Os autores argumentam que “o diálogo competitivo se ajusta aos objetos que são tipicamente contratados por meio de PPPs, dado que essas frequentemente requerem soluções com complexidade técnica e inovações, e possuem uma estrutura contratual que pode ser adaptada para acomodá-las”.

2.4 Outras formas de diálogos público-privados nas contratações públicas

Para elucidar dúvidas sobre o conceito e a aplicação do diálogo competitivo, este tópico explorará brevemente as diferenças entre essa modalidade de licitação e outras

¹⁹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coordenadores). *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 767.

¹⁹⁹ MERLOTTO, Nara Carolina; BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. Comentário específico ao art. 180 – o diálogo competitivo no âmbito das parcerias público-privadas. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 682-683.

formas de envolvimento em decisões administrativas relacionadas a contratações públicas. Serão discutidos: o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a manifestação de interesse privado (MIP) e a contratação integrada.

2.4.1 Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)

Na legislação brasileira, as Leis nº 8.987/1995 (art. 21), 9.074/1995 (art. 31) e 11.079/2004 (art. 3º) já previam a possibilidade de a Administração Pública convidar agentes econômicos privados a apresentarem propostas para determinados projetos, no âmbito das concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas²⁰⁰.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 81, traz uma inovação ao incluir o procedimento de manifestação de interesse como um instrumento auxiliar para licitações e contratações públicas em geral, além de prever normas detalhadas aplicáveis a todos os entes federados.

Fortini e Resende²⁰¹ apontam que, ao longo do tempo, houve uma evolução no campo da Administração Pública, onde o princípio da unilateralidade, que historicamente caracterizou a ação administrativa – sustentado pela concepção de que o interesse público deveria ser determinado exclusivamente pelo poder estatal –, começou a dar lugar a uma valorização crescente da participação privada na execução do interesse público. Essa mudança de perspectiva passou a reconhecer que a presença de agentes privados não apenas não confronta o interesse público, mas pode, ao contrário, contribuir significativamente para sua proteção e promoção.

Com essa nova visão, passou-se a compreender que a participação privada na tomada de decisões administrativas permite que o gestor público obtenha uma gama diversificada de informações sobre determinado projeto. Isso fornece uma base mais sólida para avaliar e decidir sobre a melhor solução para atender às necessidades da Administração e da sociedade. Ademais, contribui para mitigar a insuficiência ou falta de capacidade técnica e orçamentária dos governos em identificar, priorizar, preparar e

²⁰⁰ ANDRADE JÚNIOR, Edimário Freitas de. Nova lei de licitações: destaques importantes sobre as contratações públicas de inovação. *Revista Controle-Doutrina e Artigos*, v. 20, n. 2, 2022, p. 439-440.

²⁰¹ FORTINI, Cristiana; RESENDE, Mariana Bueno. In: QUEIROZ, João Eduardo Lopes (coordenador). *Procedimentos auxiliares das licitações e das contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 103-104.

contratar projetos de obras e serviços. Essa abordagem também promove a transparência, a segurança jurídica e a legitimidade das ações estatais²⁰².

Segundo Fortini e Resende²⁰³, as principais características do procedimento de manifestação de interesse (PMI), conforme delineado pela Lei nº 14.133/2021, são as seguintes: a) o vencedor da licitação deve reembolsar os custos incorridos conforme especificado no edital; b) não há qualquer preferência para o proponente dos projetos no processo licitatório subsequente; c) a Administração Pública não possui a obrigação de realizar as licitações decorrentes; d) a participação no PMI, isoladamente, não assegura o direito ao ressarcimento dos valores investidos em sua elaboração e e) o agente econômico privado será compensado exclusivamente pelo vencedor da licitação, sendo proibida qualquer cobrança de valores ao Poder Público. Além disso, diferentemente do Decreto nº 8.428/2015, a Lei nº 14.133/2021 não contempla a possibilidade de iniciativa privada para a instauração do PMI, comumente denominada “manifestação de interesse privado (MIP)”.

A distinção essencial entre o diálogo competitivo e o procedimento de manifestação de interesse (PMI) está no fato de que o diálogo competitivo é uma modalidade de licitação que culmina diretamente na adjudicação do contrato, enquanto o PMI atua como uma fase preliminar à licitação, não implicando necessariamente na contratação final.²⁰⁴

Segundo Miguel e Bertoccelli²⁰⁵, o diálogo competitivo representa um avanço em relação ao PMI, que está previsto nas Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004, e regulamentado pelo Decreto nº 8.428/2015. No PMI, todo o risco é assumido pelo agente privado, que elabora seu projeto por iniciativa própria ou em resposta a um chamamento público, sem qualquer garantia de que esse procedimento culminará em uma licitação. O ressarcimento dos custos incorridos pelo particular somente ocorre se houver um vencedor no processo licitatório e se isso estiver previsto no edital.

²⁰² FORTINI, Cristiana; RESENDE, Mariana Bueno in QUEIROZ, João Eduardo Lopes (coordenador). *Procedimentos auxiliares das licitações e das contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 105.

²⁰³ Idem, p. 112.

²⁰⁴ Ibidem, p. 114.

²⁰⁵ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Das modalidades de licitação (arts. 28 a 32) In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 550.

Torres²⁰⁶ destaca que, apesar das aparentes semelhanças entre o diálogo competitivo e o PMI, como o fato de ambos visarem a coleta de informações do mercado pela Administração Pública, eles são institutos distintos. O diálogo competitivo é uma modalidade de licitação, ao passo que o PMI é um procedimento auxiliar, que não leva diretamente a uma contratação. O PMI visa desenvolver um projeto ou especificar a necessidade contratual da Administração, sem garantir a subsequente escolha de um fornecedor. Em contrapartida, o diálogo competitivo cumpre uma dupla função: ajudar na definição da necessidade contratual e, posteriormente, na seleção do fornecedor mais adequado para atender essa necessidade.

O § 4º do artigo 81 da Lei nº 14.133/2021 estabelece o claro objetivo de incentivar a participação de *startups* nas contratações públicas. Este dispositivo permite que órgãos e entidades públicas restrinjam a participação em um procedimento de manifestação de interesse apenas a *startups*, assim entendidas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte que sejam emergentes e possuam alto potencial, dedicadas ao desenvolvimento, pesquisa e implementação de novos produtos ou serviços cuja base sejam soluções tecnológicas inovadoras, com a capacidade de gerar impacto significativo²⁰⁷.

A expressão "na forma de regulamento", presente no *caput* do artigo 81 da Lei nº 14.133/2021, revela que a norma possui eficácia limitada e carece de regulamentação específica para produzir os efeitos jurídicos desejados. Isso significa que o procedimento de manifestação de interesse é um dos aspectos da Lei nº 14.133/2021 que demanda regulamentação particular, conforme identificado²⁰⁸ no item 55 da planilha de atos normativos e estágios de regulamentação da referida Lei.

2.4.2 Manifestação de Interesse Privado (MIP)

Aragão²⁰⁹ destaca que, no contexto da manifestação de interesse privado (MIP), conforme regulamentado pelo Decreto nº 8.428/2015, o particular, ao perceber uma

²⁰⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 14ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 241.

²⁰⁷ CAMARÃO, Tatiana in FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 02, artigos 71 ao 194). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 194.

²⁰⁸ Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf). Acesso em: 8 jun. 2024.

²⁰⁹ 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, 2021, p. 63.

necessidade do Estado, formaliza uma proposta à Administração. Se a proposta é considerada útil pela Administração, o órgão ou entidade pública abordada inicia um processo de contratação por meio da publicação de um edital de chamamento público. Nesse cenário, tanto no MIP quanto no PMI, as interações entre a Administração e o particular ocorrem antes da abertura da licitação, que só será lançada se houver uma decisão favorável do Poder Público nesse sentido.

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler²¹⁰ argumenta que, embora o artigo 3º do Decreto nº 8.428/2015 permita a manifestação de interesse privado, a submissão de uma proposta não solicitada (PNS) ou de uma manifestação de interesse privado (MIP) deve ser, na prática, tratada como um pedido formal para iniciar um procedimento de manifestação de interesse (PMI). Ele defende que o PMI é um instrumento essencial para a estruturação de contratações de elevada complexidade e grande escala.

2.4.3 Contratação integrada

O diálogo competitivo também se diferencia da contratação integrada, como estabelecido na Lei nº 13.303/2016 e definido no artigo 6º, XXXII, da Lei nº 14.133/2021, conforme segue:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...]

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

De acordo com a definição legal, na contratação integrada, o contratado é responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo e pelo desenvolvimento de todas as soluções técnicas necessárias, mas essa responsabilidade surge após a licitação e quando já se encontra na condição de contratado. Isso contrasta com o diálogo competitivo, onde a colaboração entre a Administração e os agentes econômicos privados ocorre durante o processo licitatório. Na contratação integrada, a licitação é finalizada sem a flexibilidade característica do diálogo competitivo²¹¹.

²¹⁰ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 271-272.

²¹¹ 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, 2021, p. 63-64.

A complexidade do objeto e as dificuldades associadas à concepção e operacionalização do empreendimento justificam a ausência de elaboração dos projetos básico e executivo pela Administração, que ficam a cargo do contratado. Assim, o particular contratado deve conceber e implementar as soluções técnicas, garantindo um desempenho eficiente do empreendimento²¹². No entanto, é crucial reiterar que, na contratação integrada, a interação entre a Administração e os agentes econômicos privados ocorre no âmbito da execução do contrato, ao contrário do diálogo competitivo, onde essa interação é parte integrante da fase licitatória.

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 622.

3. O DIÁLOGO COMPETITIVO E A CONTRATAÇÃO DE INOVAÇÃO

Nos próximos tópicos e subtópicos serão analisados, a partir da revisão bibliográfica de livros, teses, dissertações e artigos, eventuais desafios à implementação do diálogo competitivo no ordenamento jurídico brasileiro e possíveis benefícios que essa modalidade licitatória pode propiciar às contratações públicas de inovação, propondo-se contribuições para aperfeiçoar ou otimizar a utilização do diálogo competitivo como instrumento jurídico para contratação de inovação.

3.1 Desafios à implementação do diálogo competitivo

O primeiro ponto identificado na literatura como obstáculo à regular implementação do diálogo competitivo no ordenamento jurídico pátrio refere-se aos custos e ao tempo disponibilizado para operacionalizar essa modalidade de licitação.

Em virtude das suas peculiaridades, há a tendência de o diálogo competitivo demandar mais recursos financeiros e dispêndio de tempo da Administração²¹³. Na experiência internacional, há registros de que o tempo médio necessário para eleger no diálogo competitivo a solução tida como a mais adequada e concluir o processo licitatório varia entre 12 e 18 meses²¹⁴.

Quanto aos recursos financeiros a serem investidos, há levantamentos que indicam que o diálogo competitivo resulta em custos maiores para todos os envolvidos, sendo que, para a Administração, os custos serão mais elevados conforme o número de interessados selecionados para a fase do diálogo. Em regra, os custos suportados pelo licitante vencedor serão repassados para sua proposta e transferidos à Administração como custos de transação²¹⁵.

O custo de operacionalização do diálogo competitivo também é mencionado como uma das suas desvantagens, por causa das sucessivas fases inerentes à modalidade de licitação, que demandam grande quantidade de tempo e de pessoas à disposição para a

²¹³ 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, p. 53.

²¹⁴ BANCO MUNDIAL, 2017 *apud* 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, p. 53.

²¹⁵ *Idem*, p. 54-55.

realização das tarefas, tanto por parte da Administração quanto por parte dos agentes econômicos privados²¹⁶.

Para Pereira²¹⁷, o uso do diálogo competitivo pode ser desestimulado em decorrência do seu alto custo de transação, devido às inúmeras reuniões que deverão ser realizadas, à necessidade de gravação destas, ao dispêndio considerável de tempo para concluí-lo e ao grande número de servidores envolvidos.

O segundo ponto, diz respeito à incerteza quanto aos objetos que possibilitam a utilização do diálogo competitivo. Ou seja, as suas hipóteses legais de cabimento.

Embora reconheça que o diálogo competitivo envolve um processo licitatório “negocial, flexível e transparente, que confere segurança jurídica à Administração e aos licitantes, diante da necessidade de contratar objetos complexos”, Remédio²¹⁸ ressalta que há muitos termos e expressões vagas na Lei nº 14.133/2021, que impedem qualquer definição ou detalhamento mais claro sobre o conteúdo da redação da Lei.

Pereira²¹⁹ afirma que, além do alto custo de transação, a adoção do diálogo competitivo tende a ser desestimulada em virtude da existência de lacunas legais e dúvidas quanto ao funcionamento dessa modalidade licitatória. Segundo o autor, “o procedimento não se encontra totalmente definido na lei, havendo lacunas que podem desestimular seu uso, como, por exemplo, se a Administração deverá definir um número mínimo de participantes em um diálogo competitivo ou se aparecer um único interessado será permitido procedimento.”

Mourão *et alii*²²⁰ sustentam que, da leitura do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, verifica-se a ausência de clareza no que concerne à cumulatividade ou alternatividade dos requisitos previstos nos seus incisos e alíneas. Isto é, para eles há dúvidas acerca da maior ou menor abrangência das hipóteses legais de aplicação dessa modalidade licitatória.

²¹⁶ RAINHO, 2019 *apud* REMÉDIO, José Antônio. Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 7, n. 1, 2021, p. 1-21.

²¹⁷ PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo. *Cadernos*, v. 1, n. 7, ago. 2021, p. 96. ISSN 2595-2412. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/145>. Acesso em: 13 jun. 2024.

²¹⁸ SANTOS, 2019 *apud* REMÉDIO, José Antônio. Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 7, n. 1, 2021, p. 16.

²¹⁹ PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo. *Cadernos*, v. 1, n. 7, ago. 2021, p. 96-97. ISSN 2595-2412. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/145>. Acesso em: 13 jun. 2024.

²²⁰ MOURÃO, Carolina Mota; SANTOS, Fábio Gomes dos; MACERA, Paulo Henrique e MONTEIRO, Vitor. Significado, alcance e contextualização de inovação no contexto da nova Lei de Licitações. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Sílvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 125.

O terceiro ponto está relacionado à aversão ao risco do gestor público, decorrente, segundo Rafael de Oliveira, de “aspectos ligados à cultura da Administração Pública brasileira.” O autor argumenta que aqueles gestores que trabalham com contratação pública não são acostumados com um grau elevado de discricionariedade nos processos licitatórios, pois não têm a opção de fazer esse tipo de gestão, uma vez que tradicionalmente a legislação desce a um nível de detalhe que deixa pouco espaço para a discricionariedade. Esse vetor é potencializado pela “forte presença dos órgãos de controle e da consultoria jurídica na fixação da interpretação das normas, o que reduz mais ainda a governança do gestor na área de contratação pública.”²²¹

Apesar de não estar se referindo ao diálogo competitivo, mas à “contemporânea crise de responsividade do estado brasileiro”, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler²²² destaca que os controladores, na ânsia de atuar com responsividade perante a sociedade, tornam-se mais rigorosos e se excedem frequentemente. Esse controle exacerbado, faz com que o gestor público de boa-fé, por receio de uma responsabilização injusta, abandone sua discricionariedade legítima, que acaba sendo capturada por orientações estreitas de órgãos de controle. Sob um ambiente de insegurança jurídica, os gestores passam a adotar condutas mais conservadoras, evitando quaisquer soluções criativas ou inovações que não tenham passado pelo crivo do órgão controlador, inibindo, em consequência, a eficiência administrativa que decorre da discricionariedade legítima.

Em sentido similar, embora defendendo que “não há nada melhor para o gestor público que deliberações que o orientem no caminho da correta fundamentação legal para as compras públicas, sobretudo no caso das soluções inovadoras”, Chioato e Lins²²³ afirmam que quando uma nova lei é publicada, durante um determinado período, existem mais dúvidas do que certezas sobre sua aplicação. E, por mais oportunidades que ela apresente, há por parte do gestor público o receio de questionamentos e responsabilização por eventual mau uso dos instrumentos legais. Isso ocorreu com o marco legal de CT&I, ainda desconhecido por grande parte da Administração Pública, com o marco legal das *startups* e, também, com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em decorrência, em boa medida, do receio dos agentes públicos de desbravarem caminhos incertos com poucas referências práticas.

²²¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 58-59.

²²² SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 58.

²²³ CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta; LINS, Maria Paula Beatriz Estellita. Compras públicas para inovação na perspectiva do controle (Capítulo 3) *In*: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 111.

A par desses possíveis desafios à implementação do diálogo competitivo ou mesmo desvantagens da sua utilização, o autor desta dissertação se filia ao entendimento de Reisdorfer²²⁴, segundo o qual o tempo e o volume de recursos dispendidos são uma consequência natural e esperada para contratações mais complexas. Quando opta pelo diálogo competitivo, a Administração internaliza parte substancial dos custos no próprio processo licitatório, substituindo ou complementando outras ferramentas de planejamento que do mesmo modo demandariam recursos antes da abertura da licitação. Esses custos, portanto, “devem ser sempre considerados de forma relativa, comparativamente às demais providências de planejamento que teriam que ser adotadas se o diálogo competitivo não fosse implementado.”

3.2 Possíveis vantagens proporcionadas pelo diálogo competitivo às contratações públicas de inovação

No presente tópico, serão abordadas possíveis vantagens decorrentes da modalidade licitatória às contratações públicas de inovação, examinando-se como o diálogo competitivo pode influir em aspectos relacionados à assimetria de informação, risco moral, seleção adversa e formalização dos diálogos público-privados.

3.2.1 A assimetria de informação

Em abril de 2020, o Tribunal de Contas da União finalizou o Relatório de Fiscalização nº 185/2019, produzido nos autos do TC nº 022.253/2019-0²²⁵, mediante o qual consolidou o resultado de auditoria de conformidade realizada em 55 contratações públicas federais, ocorridas entre 2016 e 2018, cujos objetos envolviam a prestação de serviços de tecnologia da informação e comunicação, remunerados com base em Unidades de Serviço Técnico (UST) e outras denominações similares. O TCU concluiu que haveria a necessidade de adotar uma ação de natureza estruturante, diante de tantos problemas verificados nos contratos auditados, que impactavam a economicidade desses contratos.

²²⁴ 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, p. 57-60.

²²⁵ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/unidade-de-servicos-tecnicos-nao-deve-ser-utilizada-em-contratacoes-publicas-sem-padronizacao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2024.

O TCU identificou que havia uma grande dependência da Administração em relação às empresas privadas no processo de estimativa de preços, tendo em vista que mais de 85% das contratações analisadas utilizaram cotações de preços de empresas privadas para calcular o preço estimado da contratação. E, deste percentual, mais de 50% se basearam exclusivamente em cotações de preços junto ao mercado.

Para o TCU, a Administração se encontrava diante de um cenário de assimetria de informações, semelhante ao resumido pela Teoria da Agência, que aponta um conflito de interesses na relação agente-principal, em virtude de o agente deter informações que o principal não possui. Veja-se o seguinte trecho do Relatório de Fiscalização nº 185/2019 (p. 72):

111. Isto posto, observa-se que a Administração se encontra em um cenário de assimetria de informações, similar àquele sintetizado pela Teoria da Agência, que indica que a relação agente-principal ocasiona um conflito de interesses, que proporciona a maximização de objetivos individuais de um contratado, no caso o agente, em detrimento dos interesses do principal, em razão de o agente deter acesso a informações que o principal não possui.

112. Nesse contexto, a Administração estaria frente ao mercado dependendo de suas propostas para estimar o preço da contratação, sem deter insumos mínimos para realizar uma análise crítica sobre os valores estimados de modo a aferir a economicidade daquelas propostas, em decorrência de toda a complexidade relativa à UST e da ausência de análise crítica da composição do custo ou do preço unitário da UST. Passa então a depender, quase exclusivamente, de que o pregão seja competitivo a ponto de reduzir o possível sobrepreço presente na estimativa.

113. Além disso, conforme constatado anteriormente, o mercado está diante de um modelo complexo de edital, de difícil entendimento, com conceitos abstratos, sem estudos técnicos e econômicos e sem memórias de cálculo dos parâmetros e dos quantitativos, o que proporciona uma tendência à majoração do preço, tendo em vista que as empresas podem não encontrar subsídios concretos que permitam uma adequada precificação.

114. Por sua vez, a Administração, ao não estimar o preço da UST a partir de estudos próprios e de planilhas de formação de preço, não possui critérios mínimos e objetivos para analisar e avaliar a economicidade dos preços de UST cotados e contratados.

115. Diante dessa situação, entende-se que essa relação transfere todo o risco potencial de sobrepreço inerente ao uso de UST para a Administração, em caso de desbalanceamento dos parâmetros e demais exigências do edital, e de possível majoração por parte do mercado.

Desde muito tempo os órgãos de controle têm analisado os efeitos da assimetria de informação sobre os contratos administrativos, sobretudo àqueles relacionados, de algum modo, à tecnologia. E, embora tenham apontado como possível solução, por exemplo, a apresentação de planilha de composição dos custos e formação de preços dos serviços a serem prestados, esta opção não se mostrou eficiente na praxe administrativa.

No levantamento realizado, o TCU reconheceu que a Administração necessitava buscar alternativas para reduzir a assimetria de informação diante do mercado, de modo

que seja possível realizar uma análise mais assertiva acerca da razoabilidade do preço estimado e, por conseguinte, da vantajosidade econômico-financeira da contratação.

Nahas²²⁶ afirma que a relação de agência entre Administração Pública e contratados permeia a Lei nº 14.133/2021. Para ele é flagrante o conflito de agência entre esses dois entes e são de altíssima complexidade os custos necessários para equilibrar os interesses presentes nesta relação. “É necessário que a relação entre Administração Pública e contratado seja balizada por mecanismos eficientes, de modo a maximizar a utilidade por parte de ambos entes envolvidos, possibilitando que eles atinjam seus objetivos.” Nas contratações públicas a Administração Pública atua como o principal e os contratados ocupam a posição de agente.

Com base nos estudos realizados por Jensen & Meckling²²⁷ (1976), Nahas afirma que os conflitos de agência são acompanhados por custos de agência, que podem ser pecuniários ou não-pecuniários e decorrem da assimetria de interesses (informações) entre principal e agente.

Nesse contexto, o diálogo competitivo denota potencial para reduzir a assimetria de informação entre a Administração e os agentes econômicos, uma vez que “o acesso a informações constitui o objetivo por excelência do diálogo competitivo”²²⁸.

Ao possibilitar conhecimento mais preciso sobre as soluções disponíveis no mercado, o diálogo permite não apenas a identificação de soluções inovadoras, mas também acesso a informações privilegiadas dos seus detentores, considerando que são necessárias para a Administração aferir as vantagens das soluções apresentadas. A experiência que vier a ser acumulada com a utilização do diálogo competitivo permitirá ao gestor público compreender melhor as características do próprio mercado e, em consequência, discernir melhor sobre quais especificações ou condições serão necessárias ou constituirão apenas barreiras de entrada ou fatores inibitivos da competição. Além

²²⁶ NAHAS, Fernando W. Bunemer. Conflitos de agência, de risco moral e de seleção adversa nas contratações disciplinadas pela Lei 14.133/21 *In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I.* São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 398-402.

²²⁷ JENSEN; MECKLING, 1976 *apud* NAHAS, Fernando W. Bunemer. Conflitos de agência, de risco moral e de seleção adversa nas contratações disciplinadas pela Lei 14.133/21. *In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I.* São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 398-402.

²²⁸ 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, p. 46.

disso, será possível, até mesmo, tomar conhecimento sobre os processos de formação de preços utilizados pelos agentes econômicos²²⁹.

Nesse particular, Reisdorfer²³⁰ ressalta que na hipótese de contratações complexas, é possível que as soluções pretendidas sequer envolvam processos de precificação conhecidos ou orçamentos compatíveis com o enquadramento em tabelas referenciais e preços padronizados.

A assimetria de informações nas licitações e contratos administrativos está presente tanto internamente, na exigência de maior controle dos atos (problema de agência), como na relação com os licitantes e, também, nos contratos²³¹. Segundo Dias²³², há duas opções distintas para diminuir a assimetria de informações: a) detectar as hipóteses de interação com o mercado e b) determinar qual das partes deve tomar a iniciativa de diminuir as assimetrias. Para ele, se for a parte menos informada, que geralmente é a Administração, essa diminuição deverá ocorrer mediante mecanismos de monitoramento e controle ou mesmo alguma espécie de modelagem de *screening* (menu de contratos, por exemplo); se a diminuição vier da parte mais informada (licitantes), ela pode ocorrer por sinalização (*signaling*).

Quando Dias escreveu o ensaio no qual externou as opções alhures, em 2005, ainda não existia o diálogo competitivo no ordenamento jurídico pátrio. Percebe-se, porém, que a primeira opção apresentada pelo referido autor - detectar as hipóteses de interação com o mercado - amolda-se como uma luva à fase do diálogo.

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler²³³, também num período em que ainda não havia o diálogo competitivo no direito brasileiro, elaborou elucidativo texto acerca da teoria da captura, no âmbito das contratações públicas, no qual esclarece que a “captura informacional é uma estratégia empregada por agentes econômicos para que o agente público atue involuntariamente em favor de interesses privados”. Nesta hipótese, a captura do agente público não é causada necessariamente pela assimetria de informações, mas pelo excesso de informações. A captura informacional decorre de um grande volume

²²⁹ 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, p. 45-48.

²³⁰ *Idem*, p. 47.

²³¹ CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 54.

²³² DIAS, 2005 *apud* CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 54.

²³³ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 129-132.

de informações técnicas e legais despejado no processo licitatório por um licitante, o qual obstaculiza o acompanhamento do diálogo público-privado pelos demais licitantes, fazendo com que estes desistam de participar ou não consigam discutir efetivamente o mérito da causa. A Administração, sem poder contar com a competição de outros licitantes, para equilibrar a discussão e poder contar com outras fontes de informação, acaba não conseguindo obter as informações por conta própria e sucumbe à captura informacional.

Considerando que o objeto do diálogo competitivo, pela sua própria natureza, envolve complexidade, em boa medida de ordem técnica ou tecnológica, é importante que os agentes públicos e/ou privados (comissão de contratação, assessores técnicos etc.), envolvidos com a condução do diálogo, estejam devidamente capacitados para dialogar com os agentes econômicos que, em tese, estão mais capacitados para dialogar, em decorrência da assimetria de informações.

3.2.2 O risco moral e a seleção adversa nas contratações públicas

O risco moral é um fenômeno que está situado muito próximo do conflito de agência, também causado por desalinhamento de interesses entre as partes numa relação contratual, mas que possui características próprias. Segundo Nahas²³⁴, “o risco moral foca na atuação do agente que não zela pelos interesses do principal por entender que seus benefícios estão assegurados.” Também decorre da assimetria de informações.

Stiglitz²³⁵ (1983), ao analisar o mercado de seguros, também concluiu que o risco moral decorre da assimetria informacional entre o segurado e a seguradora. Para ele, é impossível que as condutas do segurado sejam eficazmente monitoradas pela seguradora, sendo inviável, também, que o contrato de seguro preveja todas as situações que possam envolver o segurado. Desta situação decorre a hipótese de que os segurados sejam onerados apenas parcialmente pelos danos sofridos ou oriundos de suas condutas. O autor conclui, então, que a causa do risco moral, no caso do contrato de seguro, decorre de que

²³⁴ NAHAS, Fernando W. Bunemer. Conflitos de agência, de risco moral e de seleção adversa nas contratações disciplinadas pela Lei 14.133/21. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 402-404.

²³⁵ STIGLITZ, 1983 *apud* NAHAS, Fernando W. Bunemer. Conflitos de agência, de risco moral e de seleção adversa nas contratações disciplinadas pela Lei 14.133/21. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 402-404.

“quanto maior e melhor for a cobertura do seguro contra algum eventual sinistro, menor o incentivo a que indivíduos segurados evitem ocorrências desse sinistro, pois menores são as consequências por eles sofridas.”

Ao comparar a relação entre a Administração Pública e o contratado com um contrato de seguro, Nahas afirma que “sob o prisma do risco moral, o contratado teria incentivos a, simplesmente, não cumprir a sua parte do contrato, diante da segurança de que receberia, de qualquer forma, a contraprestação por parte da Administração Pública.”²³⁶

No âmbito das contratações públicas, esse problema ganha corpo com a dificuldade do principal de monitorar de maneira eficiente o agente, possibilitando que ele se desvie dos interesses perseguidos ou que atue sem o comprometimento esperado. Aplicando-se a teoria do risco moral aos diálogos público-privados realizados nas relações administrativas, o agente público materializa o problema do agente-principal quando não registra de forma fidedigna os diálogos público-privados no respectivo processo administrativo, quando aceita ou conforma-se com demandas ilegítimas dos agentes econômicos, quando aceita propina ou, de um modo geral, não empreende seus esforços em prol da coletividade²³⁷.

O risco moral ocorre quando o agente público, seguro no que diz respeito à ausência de monitoramento das suas condutas, ignora a legalidade e se comunica informalmente, em âmbito extraprocessual, ou registra informações que não coincidem com o conteúdo dos diálogos público-privados, objetivando atingir interesses escusos²³⁸. É o que ocorre, por exemplo, quando numa licitação cujo objeto envolva relativa complexidade, o agente público recebe do agente econômico, ainda na etapa preparatória (antiga fase interna), especificações técnicas para serem inseridas no termo de referência ou no projeto básico, com a finalidade de direcionar o objeto do certame para sua solução e/ou seus serviços, objetivando o recebimento de recompensa quando da celebração do contrato administrativo.

Com frequência a seleção adversa se mistura com o risco moral nas licitações públicas. Enquanto este está relacionado ao comportamento inadequado do agente público, aquele leva à seleção de uma prevalência de licitantes abaixo da média de

²³⁶ NAHAS, Fernando W. Bunemer. Conflitos de agência, de risco moral e de seleção adversa nas contratações disciplinadas pela Lei 14.133/21. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Sílvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 402-404.

²³⁷ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 116-119.

²³⁸ Idem, p. 116-119.

mercado, os quais são mais propensos a condutas inadequadas. São, portanto, dois fenômenos que conspiram contra a eficiência da contratação pública²³⁹.

Arkelof ²⁴⁰ escreveu, na década de 1970, conhecido artigo que o levou a ganhar o Prêmio Nobel de Economia em 2001. Neste artigo, o autor analisa o mercado de carros usados nos Estados Unidos, ressaltando que há carros usados de boa e má qualidade, sendo que há uma assimetria informacional nesse mercado. Enquanto, o vendedor do carro sabe da qualidade do automóvel que está negociando, o comprador não detém informação para afirmar se o carro é bom ou ruim. Em virtude desse desconhecimento, os carros bons e ruins acabam sendo vendidos pelo mesmo preço. E, considerando que o dono de um carro de má qualidade está disposto a vendê-lo por um preço inferior ao de um carro de boa qualidade, paulatinamente os automóveis de boa qualidade vão perdendo espaço no mercado, o qual passará a ser dominado por carros ruins com preços mais baixos. Há, então, o fenômeno da seleção adversa: o mercado de carros usados acaba dominado por automóveis de baixa qualidade e preços menores.

Camelo *et alii* ressaltam que “a seleção adversa é uma consequência da dificuldade de resolver o problema de informação assimétrica em um mercado específico.”²⁴¹ Em decorrência de incertezas sobre a variação dos custos para o fornecimento de soluções ou a prestação de serviços durante contratos com longas vigências, a assimetria de informação pode conduzir a certames em que os preços menores serão apresentados justamente por aqueles licitantes que não conseguem compreender os riscos e custos da execução contratual, ocasionando, com isso, a apresentação de propostas que não são mantidas durante toda a vigência contratual e o afastamento dos bons fornecedores.

Os autores reforçam o coro daqueles que criticam o uso da modalidade pregão para contratar bens e serviços portadores de determinada complexidade (por exemplo, soluções tecnológicas e os serviços a elas associados). Para eles, a seleção adversa ocorre também “quando a licitação envolve objeto com relativa complexidade e projeta ênfase na busca pelo menor preço, sem possuir elementos eficientes de filtragem dos participantes (como sói ocorrer em alguns certames sob a modalidade pregão eletrônico),

²³⁹ CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 57.

²⁴⁰ AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, agosto, 1970, p. 488-500.

²⁴¹ CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Ob. cit.*, p. 38-42.

conduzindo a resultados com significativa redução dos preços contratados (muitas vezes inexecutáveis), mas que resultarão em uma posterior frustração contratual.”²⁴²

A almejada redução da assimetria de informações em favor da Administração, aliada à formalização dos diálogos públicos-privados que antecedem às contratações públicas - que no caso dessa modalidade licitatória ocorre durante o certame -, permite afirmar o potencial que o diálogo competitivo tem de reduzir os efeitos nocivos advindos do risco moral e da seleção adversa, sobretudo nas contratações públicas de inovação, cujos déficits de informação tendem a ser maiores.

3.2.3 A formalização dos diálogos público-privados

Reisdorfer²⁴³ apregoa que uma das vantagens proporcionadas pelo diálogo competitivo é a “institucionalização da relação público-privada”, decorrente da transparência associada pelo diálogo. Segundo ele, essa modalidade de licitação, além de propiciar a identificação mais abrangente das diversas soluções disponíveis, facilitando o controle sobre a análise comparativa entre elas, possibilita a formalização das interações havidas entre os licitantes e os agentes públicos, as quais serão registradas por escrito e gravadas por meio de recursos tecnológicos de áudio e vídeo (art. 32, § 1º, VI), devendo ser anexadas aos autos do processo licitatório ao final do diálogo (art. 32, § 1º, VIII), possibilitando aos órgãos de controle examinar a legalidade dos atos praticados durante o certame.

Quanto às críticas no sentido de que o amplo espaço para opções discricionárias no processo decisório do diálogo competitivo abriria brechas para a corrupção, Reisdorfer²⁴⁴ argumenta que o modelo de licitação rígido da Lei nº 8.666/1993, que praticamente suprimiu a discricionariedade administrativa, claramente foi incapaz de inibir a ocorrência de práticas de corrupção. Segundo ele:

²⁴² CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 57.

²⁴³ 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, p. 52-53.

²⁴⁴ Idem, p. 58-59.

A experiência brasileira demonstrou que a lisura dos processos de contratação não é uma decorrência necessária da supressão da discricionariedade administrativa, assim como se aponta no direito comparado que a lisura não é suprimida quando se abrem espaços de flexibilidade e negociação nas licitações. Como Luis Verde de Sousa escreveu a propósito do direito português, em passagem pertinente para a experiência brasileira, “uma adequada disciplina do diálogo negocial será suficiente para afastar os problemas decorrentes de uma negociação malconduzida. Só que esses riscos, associados a uma má negociação, estão também presentes nos procedimentos que não admitem qualquer diálogo negocial”.

Ao tempo que reconhece que os diálogos público-privados são inevitáveis, sendo indispensáveis quando houver a necessidade de se descobrir uma solução para a Administração Pública sobre a qual os agentes públicos não detêm suficiente conhecimento técnico, ou ainda, quando a solução é inédita ou personalizada, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler²⁴⁵ defende que:

Nesses casos, o diálogo público-privado é condição para que a solução seja identificada e estruturada. Caso essa comunicação inexista, colocar-se-á a administração pública sob o risco de paralisia e ineficiência, pois, incapaz de desenvolver as soluções autonomamente, não poderá satisfazer adequadamente as suas necessidades.

Não raras vezes, em virtude da complexidade do objeto a ser licitado, agentes públicos precisam consultar fabricantes e potenciais fornecedores com a finalidade de coletar informações para subsidiar o processo licitatório ou a contratação direta. Este diálogo prévio com os particulares é frequente, em decorrência das especificidades do objeto a ser licitado, sendo determinante para que a Administração consiga elaborar o termo de referência ou o projeto básico e o próprio contrato. Portanto, essa colaboração na etapa preparatória das licitações e contratações públicas não é novidade²⁴⁶.

A questão que se coloca é a opacidade desses diálogos público-privados previamente às contratações públicas e as possíveis consequências jurídicas decorrentes da informalidade dessas comunicações. Mesmo quando precedida de alguma formalidade, essas comunicações ocorrem num cenário de relevante insegurança jurídica. E, apesar de ser um fenômeno conhecido e esperado, era praticamente nulo o tratamento normativo dado a essas comunicações nas legislações anteriores (Lei nº 8.666/1993, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 10.520/2002) que regiam as contratações públicas²⁴⁷.

²⁴⁵ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16-23.

²⁴⁶ *Idem*, p. 283-293.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 283-293.

De fato, a opacidade dessas comunicações nas legislações anteriores, revogadas pela Lei nº 14.133/2021, acentua os riscos de desvios, maximizando a ocorrência de problemas relacionados à assimetria de informações, ao risco moral e à seleção adversa. E, embora esse fenômeno seja conhecido, a Lei nº 8.666/1993, por exemplo, nada tratava sobre a denominada fase interna da licitação (atual fase preparatória). Era como se esta fase não existisse para a antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

É razoável, portanto, presumir o potencial que o diálogo competitivo apresenta para formalizar esses diálogos público-privados que antecedem às contratações públicas, que, no caso dessa modalidade licitatória, ocorre durante a própria licitação.

Nesse particular, Duda²⁴⁸ chega a afirmar que o diálogo competitivo funciona como uma “ferramenta de probidade”, porque “quando o agente precisa satisfazer uma necessidade pública cujos detalhes técnicos a sua equipe não consegue orçar e delimitar, nasce o incentivo para uma troca de favores com agentes privados, de modo informal, às escondidas e em violação à lei.” Para ele, ao permitir a concepção e o refinamento do objeto contratual entre a Administração e agentes privados de modo formal, o diálogo competitivo fulmina essa lógica de favor ou troca de favores, mantendo um contexto de disputa isonômica entre os licitantes, na medida em que em todas as suas etapas haverá o registro da evolução da decisão administrativa por meio de documentos e gravações, possibilitando o controle de casos suspeitos, inclusive mediante provocação de concorrentes.

3.3 Contribuições para otimização do diálogo competitivo com vistas à contratação de inovação

A partir de pesquisa documental e bibliográfica, em fontes primárias e secundárias, objetiva-se neste tópico apresentar contribuições para otimização do diálogo competitivo enquanto instrumento jurídico capaz de oferecer maior eficiência às contratações públicas de inovação.

²⁴⁸ DUDA, João Guilherme. Análise econômica da modalidade licitatória diálogo competitivo. *Revista de Direito Público Econômico - RDPE*. Belo Horizonte. Ano 19 n. 74. Abr/Jun 2021, p. 116-117.

3.3.1 Adequação das regras gerais ao diálogo competitivo

As características peculiares do diálogo competitivo, apontadas no capítulo anterior, precisam ser adequadas à fase preparatória do processo licitatório, cujas regras estão dispostas no art. 18 da Lei nº 14.133/2021. Uma dessas características consiste na impossibilidade de identificação do objeto a ser licitado. O edital que inaugura essa modalidade de licitação não poderá contar com todos os requisitos previstos no art. 18. Não será possível atender a todos os requisitos do art. 18 em sua integralidade e com a mesma veemência devida para as outras modalidades licitatórias. Por exemplo, “a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo”, prevista no inciso II do art. 18. Nesta hipótese, o objeto a ser licitado poderá ser identificado de forma reflexa e parcial, basicamente a partir da descrição das necessidades a serem atendidas e daqueles requisitos já identificados pela Administração como relevantes para selecionar os candidatos aptos a participarem do certame²⁴⁹.

Outro exemplo de requisito prejudicado é a elaboração do “orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação”, estampado no inciso IV do art. 18. Considerando que o objeto contratual a que se refere o orçamento ainda estará em construção e que o objeto do diálogo competitivo pode abarcar aspectos relacionados à estrutura jurídica ou financeira do contrato (art. 32, II, c), é razoável transpor essa exigência da etapa preparatória para a fase competitiva. Em suma, os requisitos do art. 18 deverão ser modulados em função da indeterminação existente quanto ao objeto licitado e da lógica dessa modalidade licitatória²⁵⁰.

Embora não esteja se referindo ao diálogo competitivo, mas aos regulamentos de licitações das estatais, Silva²⁵¹ defende que, “como as soluções serão conhecidas e avaliadas na fase externa da licitação, pode ainda o regulamento de licitações permitir que a pesquisa de mercado seja finalizada no curso do certame. Essa postergação pode ser necessária para que a administração tenha meios suficientes para assegurar a vantajosidade da contratação, pois como no certame haverá soluções diferentes

²⁴⁹ 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, p. 32-35.

²⁵⁰ Idem, p. 32-35.

²⁵¹ SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Contratação de soluções inovadoras pela administração pública: desafios e caminhos*, 2019, p. 42.

competindo, somente após a definição da que melhor atende à necessidade exposta é que a pesquisa de mercado pode ser feita com precisão.”

Silva ressalta, ainda, que a pesquisa de mercado é um instrumento para que a Administração se assegure que o valor a ser pago está adequado aos parâmetros de mercado, e que, por isso, não há qualquer prejuízo que ela seja depurada na fase externa da licitação, antes da assinatura do contrato²⁵².

3.3.2 Empoderamento do papel do gestor no processo de contratação pública

Antes de se exigir dos gestores públicos, é imprescindível que se dê condições apropriadas para desenvolverem seus misteres. Do contrário, a exigência de cumprimento do arcabouço de normas legais dirigidas a eles será mera retórica. Neste sentido, Reis²⁵³ defende que deverá haver capacitação do gestor público, de modo que possa identificar, objetivamente e de maneira precisa, o ciclo de vida do objeto e a sua relevância para a análise econômica da proposta mais vantajosa (art. 11, I). Para Reis²⁵⁴, a capacitação dos agentes públicos é uma das medidas eficientes para promover e direcionar a ciência, tecnologia e inovação nas compras públicas:

Em geral, o dever de capacitação dos agentes públicos é condição *sine qua non* para que possam exercer a função pública de modo satisfatório e eficiente. Quando se labora em áreas sensíveis e de complexidade elevada, como é o caso das compras públicas, exorta-se a imperiosidade de investimentos para a instrução, qualificação e repasse de conhecimento.

A palavra capacitação tem por fito, para esse raciocínio, qualquer despesa efetuada para promover instrução e o conhecimento, seja qualificação direta (com repasse de recursos públicos a empresas ou institutos de formação) ou indireta (por intermédio de gratificação por instrução, promoção ou qualquer outro instituto previsto em legislação apropriada do agente público) ou pela aquisição de meios e instrumentos (livros, revistas, plataformas de apoio técnico etc.) que desencadeiem o aprimoramento ou lapidação do conhecimento.

É legítimo exigir um determinado comportamento do agente, caso o Estado lhe oportunize os meios suficientes para o exercício de tal atividade. Deve ser franqueada a possibilidade de acesso a todo e qualquer meio para atingir a capacitação de acordo com a possibilidade orçamentária e financeira.

²⁵² SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Contratação de soluções inovadoras pela administração pública: desafios e caminhos*, 2019, p. 42.

²⁵³ REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 268-273.

²⁵⁴ Idem, p. 386-395.

A aplicação de mecanismos legais disruptivos, como é o caso do diálogo competitivo, exige uma atuação inovadora por parte do gestor público. Rauten²⁵⁵ afirma que o gestor público deve enfrentar velhos paradigmas e, com o apoio do controle, utilizar instrumentos mais complexos, porém mais poderosos. Em virtude disso, defende que deve haver um grande esforço de capacitação e empoderamento dos gestores públicos.

Na mesma linha de raciocínio, Chioato e Lins²⁵⁶ defendem que a realização de contratações públicas de inovação exige investimento prévio na qualificação de todos os agentes envolvidos. O gestor público, a equipe técnica e a área de compras precisam ser capacitados para conduzir adequadamente um processo de contratação inserido no ecossistema de inovação. Do mesmo modo, os profissionais de assessoria ou consultoria jurídica devem se aprofundar no estudo do arcabouço legal afeto ao tema para exercerem seu papel com competência, sem cercear as oportunidades de inovação eficiente. Os órgãos de controle interno e externo também precisam fazer esse estudo, de modo a anteciparem os debates sobre sua atuação nas contratações de inovação ao invés de aguardarem os casos concretos para se prepararem.

Para essas autoras, é fundamental o alinhamento com a área jurídica e o controle interno, os quais devem ser envolvidos previamente no diálogo, para que possam avançar nos entendimentos sobre as compras públicas para inovação no contexto do ente contratante e desempenhar adequadamente suas funções, funcionando como linhas de defesa para contratações desse tipo. Diante da presença de risco e incerteza, deve-se assumir a possibilidade de fracasso, embora fazendo todo o possível para que ele não ocorra. Aceitar a possibilidade de fracassar não é a mesma coisa de tolerar qualquer erro ou resultado insatisfatório sem que sejam mobilizados todos os esforços necessários para atingir os objetivos almejados. Em virtude disso, capacitação e gestão profissional, com o reconhecimento da imperfeição da informação disponível, são elementos essenciais para realizar uma correta gestão da compra pública para inovação e tolerar eventual ocorrência de fracasso. O controle deve estar atento a esses elementos²⁵⁷.

A estruturação e capacitação do corpo de agentes públicos que será encarregado de conceber e conduzir o diálogo competitivo envolve uma preocupação adicional: a situação relativamente desfavorável para dialogar com os interessados, decorrente da

²⁵⁵ RAUEN, André Tortato. Compras públicas para inovação no Brasil: o poder da demanda pública. (Capítulo 1) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 25-26.

²⁵⁶ CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta; LINS, Maria Paula Beatriz Estellita. Compras públicas para inovação na perspectiva do controle (Capítulo 3) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 89.

²⁵⁷ Idem, p. 102-106.

assimetria de informações, que constitui um dos pressupostos do diálogo. Mesmo que o ente público contratante não detenha quadros capacitados para averiguar a solução adequada, deve ter condições de gerir essa situação de assimetria de informações, com capacidade para identificar as soluções mais adequadas²⁵⁸.

Segundo Reisdorfer²⁵⁹, a capacitação específica de saber fazer o diálogo competitivo envolve as seguintes habilidades: a) de extrair dos interessados contribuições efetivas, mediante o emprego de técnicas e boas práticas de negociação; b) de saber processar as informações recebidas no diálogo, a fim de evitar que a definição do objeto a ser licitado seja capturada por alternativa que não seja a mais adequada, que convirja para o interesse de um único licitante em prejuízo à ampla competitividade; c) de balancear a extensão do diálogo, mediante a identificação do nível de aprofundamento e detalhamento necessários para que a licitação possa prosseguir para a próxima fase, evitando, com isso, que o diálogo seja estendido e que sejam despendidos recursos públicos desnecessariamente e d) de definir a solução mais vantajosa.

Há, ainda, autores que defendem a naturalização do erro como uma espécie de empoderamento do papel do gestor público nas contratações públicas de inovação.

Silva²⁶⁰ afirma que há no campo das soluções inovadoras a presença natural e inafastável de incertezas e que o ambiente de inovação lida muito bem com essas incertezas ao ponto de considerar o erro uma etapa absolutamente natural e positiva do processo. Por essa razão, defende que para se conectar com o ecossistema de inovação, a Administração Pública precisa atualizar seus aplicativos culturais e institucionais, sob pena de aumentar exponencialmente o *gap* de eficiência entre o setor público e o setor privado. Há, portanto, a necessidade premente de “naturalizar o erro” nas contratações públicas de inovação, pois o erro é um elemento natural em qualquer atividade humana, sobretudo no ecossistema de inovação.

Em sentido similar, Foss e Monteiro²⁶¹ entendem que “admitir a possibilidade de substituição dos diálogos competitivos por outra modalidade de compras públicas, sem traumas ou punição dos gestores, é essencial para que esse instrumento de política de

²⁵⁸ 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, p. 93-95.

²⁵⁹ Idem, p. 93-95.

²⁶⁰ SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Contratação de soluções inovadoras pela administração pública: desafios e caminhos*, 2019, p. 47.

²⁶¹ FOSS, Maria Carolina; MONTEIRO, Vítor. Diálogos competitivos motivados pela inovação (Capítulo 7) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 262-264.

inovação seja efetivamente utilizado pela administração pública.” Defendem que é importante assegurar o poder de escolha do administrador, a fim de conferir segurança jurídica e institucionalidade tanto ao ambiente dos diálogos quanto à esfera decisória da Administração, sendo este fator um elemento crucial para que o diálogo competitivo seja efetivamente colocado em prática do direito brasileiro, “sendo absolutamente desejável que a regulamentação da Lei nº 14.133/21 oriente-se pelo empoderamento do papel do gestor no processo de compra pública, já que, sem esse reforço de legitimidade, dificilmente a opção pelo mecanismo do diálogo competitivo ou o seu uso para a contratação da inovação serão mais que cogitações.”

3.3.3 Manutenção do sigilo dos registros e das gravações da fase do diálogo

A moderação da publicidade na fase do diálogo (art. 32, § 1º, IV) se deve ao fato de existir parcela de inovação nas soluções propostas pelos licitantes. O sigredo em um processo de formação de inovação é fundamental para um empreendedor ante os demais concorrentes no mercado, seja para participação num certame ou em outros potenciais negócios públicos ou privados. “Informação de um processo inovativo vale dinheiro e é essencial para quem atua num mercado concorrencial.”²⁶²

Duda afirma que a previsão legal de sigilo das soluções apresentadas no diálogo, especialmente para que não sejam de conhecimento de concorrentes que atuam no mesmo mercado, aproxima e integra a prática negocial privada à pública. “Sem o sigilo, retira-se o incentivo de o potencial fornecedor revelar conhecimentos técnicos e comerciais durante a disputa. Portanto, sem essa garantia, o diálogo competitivo pode ser inviabilizado ou prejudicado.”²⁶³

O receio de que a Administração ou concorrentes possam se aproveitar gratuitamente de segredos comerciais ou industriais, conduziria o licitante a limitar a quantidade de informações reveladas à Administração, prejudicando a eficiência do diálogo. A redução da assimetria de informações e das limitações técnicas da Administração seria prejudicada, esvaziando o objeto do diálogo competitivo²⁶⁴.

²⁶² REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 291.

²⁶³ DUDA, João Guilherme. Análise econômica da modalidade licitatória diálogo competitivo. *Revista de Direito Público Econômico - RDPE*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, abr./jun. 2021, p. 110.

²⁶⁴ Idem, p. 110-111.

Os interessados em participar do diálogo competitivo devem ter clareza de que a publicidade do processo licitatório não poderá constrangê-los a abrir seus segredos industriais e tecnológicos aos seus concorrentes, ao ofertarem e detalharem as suas sugestões de soluções inovadoras para a satisfação das necessidades da Administração. Isso pressupõe que o arquivamento dos registros das gravações nos autos do processo licitatório, exigidos pela Lei nº 14.133/2021, seja realizado com respeito ao sigilo e à confidencialidade das informações tecnológicas compartilhadas pelos interessados com a Administração²⁶⁵.

O respeito ao sigilo objetiva criar um ambiente efetivamente propício ao compartilhamento de informações de acesso restrito. A adequação da disciplina do diálogo competitivo ao regramento aplicável à proteção de dados empresariais se justifica para ampliar a eficiência dessa modalidade licitatória, mediante o engajamento dos interessados perante a Administração na fase do diálogo. O interesse em proteger o sigilo não é apenas do licitante, mas também da Administração, pois ele opera como um facilitador para a cooperação dos interessados. A Administração deve observá-lo, esperando como contrapartida um aporte mais amplo de informações e soluções inovadoras²⁶⁶.

Dito de outro modo, considerando que se almeja que sejam trazidas ao diálogo informações não disponíveis a público, é razoável e esperado que os interessados só se disponham a compartilhar informações privilegiadas com o ente contratante se elas não forem divulgadas aos demais concorrentes²⁶⁷.

Com base nos argumentos ventilados alhures, o autor desta dissertação não compartilha do entendimento externado por Reis²⁶⁸, segundo o qual “a quebra da restrição de acesso ao conteúdo das sessões somente acontecerá quando houver o julgamento final desta segunda etapa pela Comissão de Contratação, oportunidade em que todas as gravações serão liberadas para acesso a toda e qualquer pessoa, seja licitante ou não.”

O sigilo acerca das soluções propostas ou das informações sigilosas comunicadas por um licitante no diálogo competitivo, assegurado pelo art. 32, § 1º, IV, não veda nem

²⁶⁵ FOSS, Maria Carolina; MONTEIRO, Vítor. Diálogos competitivos motivados pela inovação (Capítulo 7) in RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 263.

²⁶⁶ 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, p. 145.

²⁶⁷ Idem, p. 144.

²⁶⁸ REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 291.

limita a publicidade da contratação ou os controles internos e externos sobre os atos praticados no processo licitatório. Todavia, quando o controle da legalidade incidir sobre a escolha da solução, os procedimentos das autoridades que o realizam também devem observar o sigilo. As gravações e documentos do certame devem ser acessados pelo controlador sem violar o direito subjetivo dos licitantes ao sigilo das informações reveladas à Administração. A revelação estatal, mesmo que por órgãos de controle, de segredos comerciais ou industriais, poderá configurar desapropriação indireta ou o dever de indenizar por responsabilidade objetiva do Estado. É possível exercer o controle da legalidade dos atos praticados no certame sem que se tenha que descrever os segredos comerciais ou industriais do licitante²⁶⁹.

Ao analisarem as estratégias de divulgação da inovação realizadas por companhias brasileiras de capital aberto e seus possíveis impactos sobre a assimetria de informação, Vasconcelos e Santos²⁷⁰ indicam a existência de um *trade-off* entre divulgar ou não as informações. Se por um lado, a apresentação de resultados e informações sobre inovação aos investidores pode reduzir as assimetrias de informações, aumentando a confiança nos projetos conduzidos pelas empresas e os retornos financeiros esperados, implicando na obtenção de custos mais baixos de obtenção de capital. De outro, essa divulgação pode representar perda de vantagem competitiva, ou até mesmo aumentar a assimetria quando a informação for repassada de forma seletiva. Deve-se destacar que esse estudo decorreu de uma análise quantitativa da informação, não avaliando a qualidade das informações relacionadas e suas relações com a assimetria.

Aplicando-se os achados dessa análise ao diálogo competitivo, é possível que a não observância do sigilo das soluções propostas ou das informações sigilosas comunicadas por um licitante na fase do diálogo motivem ou estimulem a prática de um *trade-off*, na medida em que os licitantes, receosos quanto à divulgação de segredos comerciais ou tecnológicos relevantes, passariam a divulgar apenas informações com baixa qualidade, sem fornecer muitos dados ou subsídios que pudessem embasar as decisões da Administração, abdicando de se sagrarem vencedores da licitação.

²⁶⁹ DUDA, João Guilherme. Análise econômica da modalidade licitatória diálogo competitivo. *Revista de Direito Público Econômico - RDPE*. Belo Horizonte. Ano 19 n. 74. Abr/Jun 2021, p. 110-111.

²⁷⁰ VASCONCELOS, Renata Braga Berenguer de; SANTOS, Josete Florencio dos. A relação entre a divulgação de inovação e assimetria de informação no Brasil. *Future Studies Research Journal: Trends and Strategies*, v. 14, n. 1, p. e0489-e0489, 2022. <https://www.futurejournal.org/FSRJ/article/view/489#:~:text=DOI%3A%20https%3A//doi.org/10.24023/FutureJournal/2175%2D5825/2022.v14i1.489>. Acesso em: 25 maio 2024.

3.3.4 Capacidade de inovação como requisito de habilitação do interessado

Apesar de não se referir exatamente à capacidade de inovação, Marçal Justen Filho²⁷¹ enaltece a necessidade de o interessado em participar do diálogo deter atributos “diferenciados” e “especiais”. Isso significa que o edital do diálogo competitivo não deverá adotar requisitos de habilitação genéricos, estabelecidos para toda e qualquer licitação. A lógica e a finalidade do diálogo competitivo permitem que sejam contemplados como requisitos de habilitação condições de participação em sentido estrito compatíveis com as características e peculiaridades do objeto ou da necessidade a ser atendida. “A pré-seleção deve ser realizada segundo critérios objetivos. No entanto, isso não elimina a possibilidade jurídica de exigências distintas daquelas previstas no art. 62 e seguintes da Lei 14.133/2021.”

Foss e Monteiro²⁷² são mais específicos ao defenderem que a capacidade de inovação esteja presente entre aqueles requisitos de habilitação do interessado na fase de pré-qualificação, os quais deverão ser cuidadosamente elaborados pela Administração. A adequabilidade desses requisitos dependerá dos objetivos perseguidos pela Administração, inclusive no que diz respeito à satisfação das suas necessidades em termos de produtos, processos ou serviços.

A capacidade de inovação do interessado em participar do diálogo pode ser aferida pela reputação por ele construída no mercado, especialmente no ecossistema de inovação (recebimento de prêmios nacionais e internacionais, a existência de portfólio de projetos de inovação bem-sucedidos, a celebração de parcerias estratégicas com vistas ao desenvolvimento de soluções inovadoras etc.). Ou ainda, especificamente no que se refere à adequabilidade da solução proposta, deve-se permitir, na fase do diálogo, que sejam realizados testes, provas de conceito, apresentação de amostras e quaisquer outros instrumentos necessários para ratificar a escolha por determinada solução inovadora.

Nesse sentido, Camelo *et alii*²⁷³ defendem o procedimento de exigência de amostras ou prova de conceito para análise e avaliação da conformidade da proposta, desde que previsto no edital. Para eles, os requisitos de habilitação deveriam ser os

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 478-479.

²⁷² FOSS, Maria Carolina; MONTEIRO, Vítor. Diálogos competitivos motivados pela inovação (Capítulo 7) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*. 2022, p. 263.

²⁷³ CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 41.

instrumentos para a sinalização e, por conseguinte, para diminuir a assimetria de informações. Porém, entendem que o regime de habilitação da Lei nº 14.133/2021 “parece insuficiente a extrair informações completas ou fidedignas sobre a capacidade e qualificação do licitante.” Do mesmo modo, embora analisando as possibilidades jurídicas existentes para os regulamentos de licitações das estatais, Silva²⁷⁴ agasalha o entendimento, segundo o qual, em todos os critérios de julgamento, o edital pode estipular a realização de testes e de provas de conceito para embasar a escolha da solução vencedora.

O cenário de incerteza e de incompletude de informações presente no diálogo competitivo não permite o estabelecimento de parâmetros exatos para definir os requisitos de habilitação. Daí porque, embora a fase de pré-seleção tenha função similar à habilitação, deve ser orientada também a verificar licitantes aptos a apresentar soluções inovadoras. O licitante deve possuir atributos que o permita atuar como consultor da Administração no curso da licitação e como executor do contrato se restar vencedor do certame. “No caso do diálogo competitivo, é necessário selecionar candidatos que, antes de tudo e adicionalmente, sejam aptos a oferecer contribuições inovadoras e relevantes no âmbito do diálogo.”²⁷⁵

²⁷⁴ SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Contratação de soluções inovadoras pela administração pública: desafios e caminhos*, 2019, p. 47.

²⁷⁵ 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, p. 104-108.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133/2021, ao introduzir o diálogo competitivo e incentivar a inovação como objetivo do processo licitatório, representa um avanço significativo no ordenamento jurídico brasileiro. Esta legislação reflete, no plano infraconstitucional, o compromisso do Estado com o desenvolvimento tecnológico e a modernização das práticas administrativas, alinhando-se com as diretrizes constitucionais estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 85/2015.

O incentivo à inovação, como um dos objetivos centrais do processo licitatório, não apenas reafirma o papel estratégico das contratações públicas na promoção de desenvolvimento econômico e social, mas também estabelece um marco para a integração de novas tecnologias nas operações da Administração Pública. Este enfoque visa não apenas a atender às necessidades específicas dos órgãos públicos, mas também a fomentar o crescimento de capacidades inovadoras no setor privado.

Além disso, ao permitir a inclusão de critérios que favoreçam produtos e serviços inovadores, a lei possibilita que a Administração Pública desempenhe um papel ativo na formação de mercados e no estímulo ao desenvolvimento tecnológico. Esta abordagem pode incluir, por exemplo, a implementação de margens de preferência para bens e serviços que resultem de processos inovadores, conforme estabelecido no artigo 26 da Lei nº 14.133/2021.

A Lei nº 14.133/2021 também promove a utilização de processos eletrônicos como padrão nas licitações públicas, estabelecendo uma base sólida para a modernização das práticas administrativas. Esta medida não apenas melhora a eficiência e a transparência dos processos, mas também reduz custos e amplia a acessibilidade para potenciais fornecedores.

Adicionalmente, a nova lei introduz mecanismos como a exigência de certificação por organismos independentes para a aceitação de produtos e serviços, garantindo padrões de qualidade elevados e mitigando riscos associados à assimetria de informações. A criação do Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) é outro exemplo de como a tecnologia pode ser utilizada para centralizar e otimizar as informações e os processos de compra, promovendo maior integração e eficiência.

O advento da Lei nº 14.133/2021 marca uma mudança paradigmática no modo como as contratações públicas são concebidas e executadas no Brasil. Ao incorporar a inovação como um objetivo central, a lei não só moderniza o marco regulatório das

licitações e contratos administrativos, mas também estabelece um ambiente propício para o desenvolvimento de soluções inovadoras que podem beneficiar a sociedade como um todo.

Essa nova abordagem permite que o poder de compra do Estado seja utilizado como uma ferramenta estratégica para promover a inovação, incentivando o surgimento de produtos e serviços que atendam de maneira eficaz às necessidades da Administração Pública e da sociedade. Em última análise, a Lei nº 14.133/2021 reafirma o papel do Estado como um catalisador do progresso tecnológico e um facilitador de um ambiente econômico mais dinâmico e competitivo.

A introdução do diálogo competitivo pela Lei nº 14.133/2021 configura-se como uma das mais inovadoras reformas no regime de licitações e contratos administrativos brasileiro. Como observado nesta dissertação, essa modalidade de licitação, inspirada no direito europeu, promove uma colaboração mais estreita entre a Administração Pública e os agentes econômicos privados, essencial para enfrentar desafios complexos que exigem soluções inovadoras. A essência do diálogo competitivo, como detalhado na pesquisa, é permitir que os licitantes participem ativamente na definição e refinamento das especificações do objeto, garantindo que as soluções propostas estejam alinhadas com as necessidades específicas da Administração Pública.

Além disso, o diálogo competitivo possibilita a formalização das interações mantidas entre o setor público e o privado, que muitas vezes ocorrem de maneira informal e não documentada. Com a institucionalização dessas interações, a legislação não apenas aumenta a transparência e a integridade do processo licitatório, mas também aproveita o conhecimento e a expertise do mercado para cocriar soluções eficazes. Essa mudança reflete uma evolução na governança das contratações públicas, onde a Administração Pública assume um papel mais colaborativo e menos unilateral, ampliando a capacidade de resolver problemas complexos.

A pesquisa destacou que o diálogo competitivo pode ser utilizado em situações nas quais a Administração Pública não possui clareza suficiente para especificar os requisitos técnicos de uma contratação ou quando busca soluções inovadoras que o mercado pode oferecer. Essa flexibilidade é essencial para lidar com contratações complexas e inovadoras, permitindo que a Administração explore diversas soluções antes de definir a melhor abordagem. Assim, o diálogo competitivo se torna uma ferramenta valiosa para a Administração Pública, possibilitando a adaptação às necessidades emergentes e a incorporação de novas tecnologias.

Ao longo deste trabalho, foi detalhado que o processo do diálogo competitivo é dividido em três fases principais: a pré-seleção dos licitantes, o diálogo e a fase competitiva. Durante a pré-seleção, a Administração Pública identifica e qualifica os participantes que possuem as capacidades necessárias para contribuir com o processo. Na fase do diálogo, ocorre a interação entre a Administração e os licitantes, onde são discutidas e refinadas as propostas, permitindo que os participantes apresentem suas melhores soluções. Finalmente, na fase competitiva, as propostas finais são avaliadas e o contrato é adjudicado com base nos critérios estabelecidos. Este formato em fases permite uma abordagem estruturada, que facilita a identificação e a implementação das melhores soluções possíveis.

A comissão de contratação, como demonstrado na dissertação, desempenha um papel fundamental no processo do diálogo competitivo, sendo responsável por conduzir o diálogo com os licitantes e assegurar que o processo seja conduzido de forma transparente e eficiente. Esta comissão atua como um intermediário entre a Administração e o mercado, facilitando a comunicação e a negociação para garantir que as soluções propostas atendam às necessidades da Administração de maneira eficaz e inovadora. A atuação da comissão é crucial para o sucesso do diálogo competitivo, pois assegura que todas as etapas do processo licitatório sejam realizadas com a devida diligência.

Conforme observado na análise dos critérios de julgamento, o diálogo competitivo é adaptado para avaliar não apenas o custo, mas também a qualidade e a inovação das propostas. Esta abordagem holística permite que a Administração Pública selecione a solução que oferece o melhor valor agregado, considerando aspectos técnicos, financeiros e de inovação. A aplicabilidade do diálogo competitivo às concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas (PPPs) é particularmente relevante, dado que estas modalidades de contrato frequentemente envolvem alta complexidade e a necessidade de soluções sob medida. Essa capacidade de adaptar os critérios de julgamento à natureza específica de cada contratação reforça a versatilidade e a eficácia do diálogo competitivo.

A pesquisa também abordou outras formas de interação público-privadas, como o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), a Manifestação de Interesse Privado (MIP) e a contratação integrada. Estas ferramentas permitem que a Administração Pública aproveite a iniciativa e a inovação do setor privado para identificar e desenvolver projetos que atendam às necessidades públicas.

Conforme evidenciado ao longo desta dissertação, a incorporação do diálogo competitivo e outras possibilidades de interação público-privada na Lei nº 14.133/2021

não só moderniza o arcabouço jurídico das contratações públicas no Brasil, mas também posiciona o Estado como um facilitador ativo da inovação. Ao adotar uma abordagem mais colaborativa e flexível, a Administração Pública posiciona-se melhor para enfrentar os desafios complexos da atualidade e promover soluções que impulsionem o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Essa transformação exige uma mudança cultural na Administração Pública, a fim de se promover um ambiente onde a inovação e a colaboração são valorizadas e incentivadas.

Em última análise, o sucesso do diálogo competitivo dependerá da capacidade dos gestores públicos e dos atores privados de se adaptarem a esta nova realidade, aproveitando as oportunidades que ele oferece para criar um futuro mais eficiente, transparente e inovador para as contratações públicas no Brasil.

Apesar dos benefícios evidenciados, a implementação do diálogo competitivo enfrenta desafios. A complexidade do processo e a necessidade de uma mudança cultural na Administração Pública podem ser barreiras para sua adoção eficaz. Além disso, a gestão do sigilo e a proteção de informações confidenciais durante o diálogo são temas que requerem atenção cuidadosa para garantir a confiança e a efetiva colaboração dos licitantes. Na pesquisa sugere-se a ampla capacitação e o empoderamento dos gestores públicos como vetor de estímulo à utilização do diálogo competitivo para contratar soluções inovadoras.

A possibilidade de estabelecer um diálogo aberto entre a Administração e os agentes econômicos promove maior transparência e eficiência no processo licitatório. Esse formato permite que a Administração obtenha uma compreensão mais profunda das soluções disponíveis no mercado, diminuindo a distância entre as necessidades públicas e as propostas oferecidas pelos fornecedores. Além disso, a formalização dos diálogos público-privados reduz os riscos decorrentes da opacidade e da assimetria de informações, aspectos críticos em processos de contratação complexos.

O estudo sugere algumas contribuições para otimizar o uso do diálogo competitivo: a) a adaptação das regras gerais ao contexto específico do diálogo competitivo, permitindo uma aplicação mais eficiente e apropriada das normas vigentes; b) o fortalecimento do papel do gestor público, o qual é essencial para garantir que a fase de diálogo seja conduzida com competência e sensibilidade às dinâmicas do mercado; c) a manutenção do sigilo das informações compartilhadas pelos licitantes durante o diálogo também se mostra crucial para proteger os interesses dos licitantes e fomentar um ambiente seguro para a troca de ideias inovadoras e d) considerar a capacidade de

inovação dos interessados como um critério de habilitação na fase de pré-seleção, incentivando a participação de empresas que efetivamente detenham condições de contribuir com a Administração na construção ou escolha das soluções.

Em suma, o diálogo competitivo representa uma mudança significativa no paradigma das contratações públicas no Brasil. Ao permitir um nível de flexibilidade e colaboração anteriormente inacessível, essa modalidade abre novas possibilidades para a Administração Pública liderar o desenvolvimento tecnológico e inovador no País. A implementação bem-sucedida do diálogo competitivo exige uma abordagem estratégica, que valorize tanto a inovação quanto a transparência e a eficiência administrativa. À medida que essa modalidade licitatória seja incorporada mais amplamente às práticas de contratação pública, espera-se que ela desempenhe um papel central no estímulo ao progresso tecnológico e econômico do Brasil.

A conclusão deste estudo não apenas reforça a importância do diálogo competitivo como um instrumento de estímulo à inovação, mas também sublinha a necessidade de um compromisso contínuo com o aprimoramento das boas práticas de contratação pública.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. *The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism.* *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

ANDRADE JÚNIOR, Edimário Freitas de. Nova lei de licitações: destaques importantes sobre as contratações públicas de inovação. *Revista Controle-Doutrina e Artigos*, v. 20, n. 2, p. 427-446, 2022.

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.

ARCURI, Marcos; GONÇALVES, João Emílio. Margens de preferência adicionais: recomendações para sua efetiva aplicação no Brasil (Capítulo 8). In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*, 2022.

ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. *Competitive dialogue in EU procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BURNETT, Michael; ODER, Martin. *Competitive dialogue: a practical guide*. Maastricht: European Institute of Public Administration, 2009.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CAMPOS, Fred Leite Siqueira; PIMENTA, Diogo Augusto Soares; SILVA, Antônio Suerlilton B da. Inovação e trajetória tecnológica: abordagem complexa com conteúdos neo-schumpeterianos: o caso da Petrobras para o período 2007-2011. *Cadernos de Prospecção*, v. 6, n. 3, p. 410-422, 2013.

CASSIOLATO, José Eduardo. *The role of user-producer relations in innovation and diffusion of new technologies: lessons from Brazil*. Inglaterra. Universidade de Sussex, Tese de Doutorado, 1992.

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena Maria Martins. Sistemas de inovação e desenvolvimento: as implicações de política. *São Paulo em Perspectiva*, v. 19, p. 34-45, jan./mar. 2005.

CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta; LINS, Maria Paula Beatriz Estellita. Compras públicas para inovação na perspectiva do controle (Capítulo 3) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*, 2022.

COSENDEY, Priscilla de Souza Francisco. *O uso do poder de compra do Estado como instrumento de fomento à inovação*. Dissertação de Mestrado, 2017.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações

pela nossa administração pública. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. *Estudos sobre a Lei*, 2021, v. 14.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume I*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; ARRUDA, Carmen Silvia L. de (coordenadores). *Lei de Licitações e Contratos comentada – Lei nº 14.133/2021 – Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coordenadores). *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DEVIDES, José Eduardo Costa; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. O desafio do projeto da nova lei de licitações com vistas à democracia participativa: o diálogo competitivo. *Scientia Iuris*, v. 25, n. 1, p. 128-143, 2021.

DIAS, André Fernandes; COUTINHO, Débora de Oliveira. A nova Lei de Licitações, as encomendas tecnológicas e o diálogo competitivo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 3, p. 60-78, 2021.

DUDA, João Guilherme. Análise econômica da modalidade licitatória diálogo competitivo. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 107-119, abr./jun. 2021.

EDQUIST, Charles. Introduction In: EDQUIST, Charles; VONORTAS, Nicholas S.; ZABALAITURRIAGAGOITIA, Jon Mikel; EDLER, Jakob. *Public procurement for innovation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2014.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 01, artigos 1º ao 70). Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (vol. 02, artigos 71 ao 194). Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FOSS, Maria Carolina; BONACELLI, Maria Beatriz Machado. Compras públicas como instrumento de política de estímulo à demanda por inovação: primeiras considerações sobre o sistema paulista de inovação. *Blucher Engineering Proceedings*, v. 3, n. 4, p. 303-322, 2016.

FOSS, Maria Carolina; MONTEIRO, Vítor. do capítulo. *Journal of Public Procurement*, v. 20, n. 2, p. 163-185, 2020.

FOSS, Maria Carolina; MONTEIRO, Vítor. Diálogos competitivos motivados pela inovação (Capítulo 7) In: RAUEN, André Tortato (org.). *Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*, 2022.

GARCIA, F. A.; MOREIRA, E. B. A futura nova Lei de Licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020.

GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2010.

GUIMARÃES, Edgar et al. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coordenadores). *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and capital structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, p. 305-360, 1976.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública: fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012.

NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OCDE. *Manual de Oslo – Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica*. Paris, OCDE. Disponível em: http://www.finep.gov.br/images/a-finep/biblioteca/manual_de_oslo.pdf. Acesso em: 05 dez. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo. *Cadernos*, v. 1, n. 7, p. 88-99, ago. 2021. ISSN 2595-2412. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/article/view/145>. Acesso em: 13 de junho de 2024.

PIMENTA FILHO, Luiz Cláudio. *Compras públicas para inovação e o desenvolvimento: um diagnóstico jurídico-institucional das encomendas tecnológicas no Brasil*. Tese de Doutorado, 2021.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes (coordenador). *Procedimentos auxiliares das licitações e das contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da Pesquisa em Direito*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAUEN, André Tortato. *Compras Públicas de P&D no Brasil: o uso do artigo 20 da Lei de Inovação*. Radar IPEA, 2015.

RAUEN, André Tortato. Mapeamento das compras federais de P&D segundo o uso da Lei de Inovação no período 2010-2015 *In: RAUEN, André Tortato (org.). Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil*. Brasília: Ipea, 2017.

RAUEN, André Tortato. Compras públicas para inovação no Brasil: o poder da demanda pública (Capítulo 1). *In: RAUEN, André Tortato (org.). Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais*, 2022.

REIS, Luciano Elias. *Compras públicas inovadoras: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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.

REMÉDIO, José Antônio. Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 7, n. 1, p. 1-21, 2021.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos*, 2021.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública*. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHUMPETER, Joseph. *Teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SILVA, Amanda Gomes da; SOUSA, Samanta Cristina Damas de. *A nova lei de licitações públicas e a modalidade de diálogo competitivo: vantagens e desvantagens em relação as modalidades licitatórias tradicionais*, 2022.

SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Contratação de soluções inovadoras pela administração pública: desafios e caminhos*, 2019.

SOROMENHO, Adriano Silva. *Uso do poder de compras do Estado como instrumento de política pública de incentivo à inovação no Brasil: desafios e possibilidades*, 2017.

STIGLITZ, Joseph E. Risk, incentives and insurances: the pure theory of moral hazard. *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, v. 8, n. 26, p. 4-33, 1983.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 14ª edição. São Paulo: Juspodivm, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de Fiscalização nº 185/2019*. TC nº 022.253/2019-0.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0018:20160101:PT:PDF>. Acesso em: 12 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0023>. Acesso em: 05 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. Acesso em: 12 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. *Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025>. Acesso em: 05 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. *green paper, public procurement in the European Union: Exploring the way forward*. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/f49ef575-c032-44de-a7ff-4c21c0b0da28/language-en>. Acesso em: 25 maio 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. *Public Procurement in The European Union, COM (1998) 143 Final*. Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/green-papers/com-98-143_en.pdf. Acesso em: 25 maio 2024.

VASCONCELOS, Renata Braga Berenguer de; SANTOS, Josete Florencio dos. A relação entre a divulgação de inovação e assimetria de informação no Brasil. *Future Studies Research Journal: Trends and Strategies*, v. 14, n. 1, p. e0489-e0489, 2022. Disponível em: <https://www.futurejournal.org/FSRJ/article/view/489#:~:text=DOI%3A%20https%3A//doi.org/10.24023/FutureJournal/2175%2D5825/2022.v14i1.489>. Acesso em: 25 maio 2024.

ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. 2017. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.