

O SETOR DE CONSTRUÇÃO E A LEI Nº 14.133/2021

Coordenação

Alexandre Aroeira Salles e Gabriela Duque



INSTITUTO BRASILEIRO DE
DIREITO DA CONSTRUÇÃO

O SETOR DE CONSTRUÇÃO E A LEI Nº 14.133/2021

CAPÍTULO 3

**Das modalidades
de licitação e suas
inovações: um
recorte especial
sobre o diálogo
competitivo**

Marco Aurélio
de Barcelos Silva

Coordenação

Alexandre Aroeira Salles e Gabriela Duque



INSTITUTO BRASILEIRO DE
DIREITO DA CONSTRUÇÃO

Sobre os coordenadores

Alexandre Aroeira Salles é advogado e sócio fundador do Aroeira Salles Advogados. Mestre e Doutor em Direito Público, pela UFMG e PUC/SP, respectivamente. É autor de livro, capítulos e artigos sobre licitações, contratos, processo administrativo e Tribunais de Contas, além de palestrante e professor em cursos de pós-graduação. É ex-professor de Direito Constitucional, Administrativo e Tributário. Atuou como membro da Comissão de Juristas responsável pela proposta da Lei Nacional de Processo Administrativo. É fellow do Chartered Institute of Arbitrators (FCIarb) e diretor do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDiC.



Alexandre
Aroeira Salles

Gabriela Duque é advogada com mais de 20 anos de atuação nos setores construção e infraestrutura e sócia fundadora do DUQ Advogados. Professora na FGV Direito SP, Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP e especialista em Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal pela ESMAPE. Certified Public-Private Partnerships pela APMG Internacional e Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). É autora de diversos artigos e capítulos sobre licitações, contratos administrativos e Tribunais de Contas e diretora do Instituto Brasileiro de Direito da Construção – IBDiC. Foi consultora jurídica da UNESCO no Brasil e compôs o Conselho de Meio Ambiente Estadual do Governo do Estado de Pernambuco.



Gabriela
Duque

Sobre o autor

Marco Aurélio de Barcelos é doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direito pela University College London – UCL e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Especialista em Finanças pelo IBMEC e em Direito Público pela PUC/Minas. Professor de Pós-Graduação em Direito Administrativo no IDP, onde coordenou a Pós-Graduação em Concessões e Parcerias com a Administração Pública. Foi professor substituto de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da UFMG. Exerceu os cargos de diretor da Unidade de PPPs do Governo do Estado de Minas Gerais, assessor de ministro do Superior Tribunal de Justiça, diretor jurídico da São Paulo Negócios, Secretário de Articulação para Investimentos e Parcerias no PPI da Presidência da República e Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade de Minas Gerais. Atualmente, é diretor-presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR.



Marco Aurélio
de Barcelos Silva

Apresentação

De aplicação obrigatória a partir de 1º de janeiro de 2024, a Lei nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), trouxe novos conceitos, exigências e procedimentos para a seleção de fornecedores da Administração Pública, bem como significativo manancial normativo para a formação, o desenvolvimento e a extinção de contratos administrativos.

O setor de construção, historicamente grande fornecedor da Administração Pública, recebeu relevante volume de alterações normativas. Empresas de construção e prestadores de serviços de engenharia vêm adaptando seus processos de venda e mecanismos de gestão contratual para adequada absorção da NLLC. A prática administrativa e a jurisprudência, contudo, ainda são insuficientes para conferir previsibilidade e segurança na aplicação e manejo da Lei. O contexto exige reflexão, estudo e diálogo.

A partir de iniciativa de seu Comitê de Contratações Públicas, o Instituto Brasileiro de Direito da Construção – IBDiC lança os Capítulos da Série: O Setor de Construção e a Lei nº 14.133/2021. Produzida por profissionais de referência e com larga experiência na área, a Série visa contribuir para a compreensão e o debate sobre os desafios e oportunidades trazidos pela Lei nº 14.133/2021 no contexto das licitações e contratos administrativos de obras e serviços de engenharia. Cada um dos Capítulos aborda tema de interesse do setor de forma pragmática e atenta à experiência da Administração Pública, da iniciativa privada, dos Tribunais e dos Controladores na aplicação da Lei. Seguramente será uma importante contribuição à comunidade de construção e engenharia do Brasil.

Neste Capítulo 3, Marco Aurélio de Barcelos trata das modalidades licitatórias e dedica-se, com profundidade, ao estudo da grande inovação trazida na nova Lei: o diálogo competitivo. O texto inicia com uma exposição didática das alterações promovidas pelo legislador no rol das modalidades e no procedimento definido para cada uma, destacando seus reflexos nas licitações para a contratação de obras e serviços de engenharia.

Após situar o diálogo competitivo no esquadro legislativo, o autor apresenta de forma brilhante toda a engrenagem da nova modalidade, os diversos desafios que sua utilização impõe e o importante papel que pode assumir nas contratações públicas brasileiras. Seus estudos acadêmicos e experiências profissionais em países europeus, cujas normativas inspiraram o legislador brasileiro, permitiram que o autor propusesse importantes reflexões e recomendações para o uso da modalidade.

Trata-se, portanto, de estudo ímpar, que propicia ao leitor uma visão profunda e qualificada da inovadora modalidade licitatória trazida na NLLC. Leitura obrigatória para agentes públicos e privados que atuam em contratos administrativos de obras e serviços de engenharia.

Os Coordenadores

Das modalidades de licitação e suas inovações: um recorte especial sobre o diálogo competitivo

Marco Aurélio de Barcelos Silva

1. Introdução

Este capítulo destina-se a analisar as modalidades de licitação contempladas na Lei nº 14.133/21, destacando as principais inovações estabelecidas, com especial enfoque na figura do assim chamado diálogo competitivo. Nesse sentido, dado até mesmo o caráter alvissareiro e inédito desse instituto no Brasil, é possível antecipar que serão desenvolvidas, aqui, duas linhas de abordagem em face do tema que dá nome ao capítulo, quais sejam: a) “como a Nova Lei de Licitações, em geral, tratou as modalidades licitatórias”; e b) “o que significa, precisamente, o diálogo competitivo”.

Com efeito, sabe-se que a licitação compreende um procedimento antecedente às contratações públicas, cindindo-se em etapas interligadas que podem, conforme o caso, demandar maior ou menor prazo de duração, assim como medidas de análise mais simples ou mais complexas. As características desse conjunto de etapas variam conforme a modalidade licitatória adotada em cada caso, sendo certo que a Lei nº 14.133/21 optou por considerar cinco delas, a saber: a) o pregão; b) a concorrência; c) o concurso; d) o leilão; e e) o diálogo competitivo.

É importante, sob esse contexto, compreender as circunstâncias que fundamentam a utilização das modalidades previstas na nova lei, bem como os principais atributos que a legislação agora vigente consagrou para cada qual. É o que se dispõe a fazer, de forma direta e objetiva, nos subtópicos a seguir.

2. Inovações dos dispositivos legais para o setor da construção

Em rigor, com a ressalva atinente ao diálogo competitivo, pode-se afirmar que não foram muito drásticas as modificações empreendidas pelo legislador

federal sobre as modalidades licitatórias que já vinham tratadas na Lei nº 8.666/93. De antemão, o que se percebe é a eliminação de duas modalidades antes consideradas – a tomada de preços e o convite –, o que tornou o rol de modalidades mais enxuto. Além disso, observam-se ajustes pontuais sobre as modalidades remanescentes, cujos ritos já restavam definidos na legislação anterior.

Sob essa ótica, pode-se dizer que o pregão, a concorrência, o concurso e o leilão preservaram, grosso modo, o escopo de aplicação que lhes era reservado, de maneira que o pregão seguiu aplicável para a aquisição de bens e serviços comuns (inclusive os de engenharia, conforme expressa remissão legal);¹ a concorrência manteve os contornos mais abrangentes, relativamente às demais modalidades, podendo, portanto, ser empregada para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia; o leilão manteve-se cabível para a alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos; e o concurso, por fim, prosseguiu incidindo para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, de que se interessasse a Administração Pública.

É de se notar que a eliminação das modalidades tomada de preços e convite simplificou o processo de escolha do gestor público relativamente às opções legais disponíveis para implementar um processo licitatório. E isso ocorre porque foi retirado o critério “valores envolvidos”, próprio daquelas modalidades existentes, para a eleição do rito pertinente – sendo certo que tanto a tomada de preços quanto o convite dependiam do atingimento de determinado patamar de valor para serem utilizados. Doravante, para se eleger entre concorrência, pregão, concurso, leilão e, até mesmo, diálogo competitivo, importa apenas compreender as características do objeto a ser licitado, independentemente dos montantes financeiros que ele envolver.

Em paralelo, também não se pode deixar de comentar a abordagem especificamente lançada pelo legislador sobre a concorrência e o pregão, que, à exceção do aspecto “comum” exigível para os bens e serviços contratados sob essa última modalidade, acabaram se aproximando de maneira considerável – notadamente quanto ao rito. Com efeito, o art. 29 da nova lei, ao dispor sobre ambas as figuras, determina a sua sujeição ao rito procedimental geral previsto no art. 17. Logo, sabendo-se que até mesmo serviços de engenharia (comuns) podem figurar em um pregão, a diferenciação prática dessa modalidade específica, perante a concorrência, orbitará em torno de elementos pontuais, como o prazo

1. É o próprio parágrafo único do art. 29 da Lei nº 14.133/21 que admite a hipótese de utilização do pregão para os serviços comuns de engenharia, que estão definidos na alínea “a” do inciso XXI do art. 6º, da mesma lei, nos seguintes termos: “serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens”.

para o recebimento das propostas² e a possibilidade, ou não, de se admitirem lances fechados dos licitantes em uma ou em outra.³

Por conseguinte, o maior diferencial da legislação recém-editada, em se tratando das modalidades licitatórias propriamente ditas, reside, mesmo, no diálogo competitivo, que sob a inspiração do direito estrangeiro vem trazer importantes desafios procedimentais à condução dos certames orientados à seleção dos contratados do Poder Público. Tal modalidade, como o próprio nome evoca, pressupõe um rito dialético e construtivo entre os competidores e as autoridades administrativas, visando à obtenção de uma solução consensada para um problema complexo, o qual o futuro contrato deverá ser capaz de resolver. Os detalhes do inovador instituto serão descortinados mais à frente.

3. Conteúdo jurídico-normativo

As modalidades de licitação observáveis pela Administração Pública de todos os níveis – federal, estadual e municipal – passaram a estar, com a Lei nº 14.133/21, todas condensadas em um mesmo diploma.⁴ Esse, sem dúvida, é um aspecto que favorece a compreensão do funcionamento do processo de contratação pública em sua integralidade, bem como em suas múltiplas dimensões e desdobramentos. É o art. 28 da Nova Lei de Licitações, assim, que cuida de enumerar as modalidades existentes, fazendo-o da seguinte forma:

Art. 28. São modalidades de licitação:

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão;

V - diálogo competitivo.

Tal como constava na Lei nº 8.666/93, o § 2º do art. 28 estatui ser vedada a criação de outras modalidades para além das acima listadas, de maneira que (a não ser via lei federal superveniente) as autoridades administrativas (em especial as de nível subnacional) não poderão criar ou alterar os modelos dispostos.

Houve, outrossim, o cuidado do legislador em elucidar com precisão o âmbito de aplicação de cada uma das modalidades, fazendo-o, particularmente, por meio das definições listadas no art. 6º da nova lei, donde se encontram as pertinentes conceituações:

2. Por exemplo, consoante o art. 55, II, da Nova Lei de Licitações, as contratações de serviços comuns de engenharia, próprias dos pregões, observariam o prazo de 10 dias úteis entre a divulgação do edital e a apresentação de propostas, sendo de 25 dias úteis esse prazo, na hipótese de serviços especiais de engenharia – quando é adotável a concorrência.

3. Veja-se que os §§ 1º e 2º do art. 56 da Lei nº 14.133/21 bem diferenciam, nesse sentido, quando admissível o lance fechado ou aberto, vedando o último para as hipóteses em que há o critério de julgamento menor preço – o qual é, por sua vez, típico do pregão.

4. Lembre-se, nesse sentido, de que anteriormente havia, pelo menos, a dissecação clássica entre as regras que regiam o pregão (implementadas que estavam na Lei nº 10.520/02) e as regras atinentes às demais modalidades licitatórias (veiculadas na Lei nº 8.666/93).

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia [...];

XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Características adicionais sobre essas modalidades são encontradas, ainda, nos arts. 29 a 32 da Lei nº 14.133/21, chamando a atenção, nesse particular, o aprofundamento ostentado para a disciplina do diálogo competitivo, cujo conteúdo normativo apresenta contornos e recortes que (até para se entender melhor a utilidade do instituto) valem o destaque. Observe-se, nesse sentido, o que prescreve o art. 32 da Nova Lei de Licitações:

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;

III - (VETADO).

§ 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 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).

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

Duas considerações sobre o diálogo competitivo, à primeira vista, merecem realce, a partir da leitura das regras transcritas. A primeira delas reside no fato de prevalecer algum grau de indeterminação em face do rito utilizável para o diálogo competitivo, tal como se extrai das expressões plasmadas pelo legislador, entre as quais: “deverão conter os elementos necessários” (inciso VIII), ou “nem distorçam a concorrência entre as propostas” (inciso IX); ou, ainda, quando é feita alusão à possibilidade de reuniões sucessivas em que se restrinjam as propostas a serem discutidas, sem necessariamente especificar os termos em que esse exercício pudesse ocorrer (inciso VII). Logo mais, será visto como tais indeterminabilidades, conjugadas com o caráter novidadeiro do instituto na cultura jurídica brasileira, podem representar desafios graves à sua implementação.

Por ora, no entanto, vale ressaltar a segunda consideração de relevo sobre o diálogo competitivo, tal como o evidenciam as disposições da Lei nº 14.133/21, e

que remete à *raison d'être* do instituto, qual seja: a tentativa de se endereçar um problema de assimetria informacional. Essa perspectiva está latente no texto do art. 32, incisos I e II, da Nova Lei de Licitações, o qual aponta para o âmbito de aplicação de tal modalidade. Sem embargo, a norma prevê a implementação do diálogo competitivo quando o objeto da contratação dependa, sobretudo, de adaptações de soluções disponíveis no mercado; e/ou quando as suas especificações técnicas não sejam definíveis com precisão suficiente, *ex ante*, pela Administração. Será, pois, por meio do diálogo com possíveis interessados, no bojo de um ambiente de competição, que as lacunas e insuficiências técnicas do órgão contratante serão supridas, servindo o procedimento como um mecanismo de transferência de tecnologia do mercado para o setor público.

Com esses apontamentos preliminares, agora, sim, cabe investigar de forma mais aprofundada as inspirações para o novo instituto jurídico, varrendo-se, por exemplo, na legislação estrangeira os indicativos da sua lógica, dos benefícios que ele pode trazer e, ao fim, os desafios que a utilização do diálogo competitivo eventualmente pode suscitar.

4. A inspiração para o novo instituto jurídico

Em se tratando das modalidades de licitação versadas na Lei nº 14.133/21, e por força do caráter alvissareiro do denominado diálogo competitivo, é muito natural que a atenção do leitor volte a estar fletida, também no presente subtópico, para esse conceito. Importa, por consequência, perscrutar as referências que possa haver sobre o procedimento em outras experiências – sendo certo que o legislador brasileiro, na verdade, apropriou-se quase que literalmente da disciplina normativa da União Europeia acerca do assunto, restando aí o foco da análise que se entende adequada empreender.

Com esse panorama, é inevitável remeter à Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia,⁵ a qual cuida de fixar as diretrizes aplicáveis a todos os países aderentes ao Tratado de Funcionamento da União Europeia para os procedimentos de contratação pública.⁶ A diretiva é, de fato, ambiciosa, reunindo 98 artigos e 136 “considerandas”, que delimitam as regras para a aquisição das obras, dos fornecimentos ou serviços, a título oneroso, por contratação pública, para 27 nações com regimes jurídicos sabidamente díspares.

Na mencionada norma, os artigos 26 e 30 e as consideradas nº 42 e 43 são especialmente dedicados ao diálogo competitivo (ou *competitive dialogue*, na expressão em inglês). Tais passagens trazem remissões interessantes acerca do

5. O texto da referida diretiva da União Europeia pode ser encontrado, na versão em português, no seguinte endereço da internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>.

6. A Diretiva 2014/24 sucedeu a Diretiva 2004/18, a qual primeiro cuidou, de forma pormenorizada, do diálogo competitivo na União Europeia. Houve uma profusão de textos acadêmicos orientados a discutir o instituto criado com a norma de 2004, que remanescem válidos em sua essência, tendo em vista que as mudanças manifestadas na norma europeia atualmente em vigor não alteraram substancialmente o instituto.

funcionamento do instituto, que podem contribuir de maneira profícua para se anteverem as condições de contorno de sua aplicação prática no Brasil.

Por exemplo: a consideranda de nº 42, ao ressaltar ser “muito importante que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação”, assevera que o diálogo competitivo “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”.

Na sequência, é assinalado que: “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” (sendo marcante, aí, a semelhança para com o disposto no art. 32, inciso I, da Lei nº 14.133/21).

Por seu turno, e precisamente quanto ao universo das obras públicas, a consideranda de nº 43 reforça que a aplicação da modalidade em análise se justifica quando “se trata de edifícios que não são normalizados ou sempre que a obra compreenda a concepção ou soluções inovadoras”. Em tais casos, prossegue a consideranda: “podem ser necessárias negociações para garantir que o produto ou serviço em causa corresponda às necessidades da autoridade adjudicante”. Para arrematar, é dito ainda que: “no caso de serviços ou de produtos imediatamente disponíveis que possam ser fornecidos por muitos operadores diferentes no mercado, não deverá ser utilizado o procedimento concorrencial com negociação, nem o diálogo concorrencial”.

Como é possível inferir das explanações agrupadas na Diretiva 2014/24 da União Europeia, o diálogo competitivo reflete o esforço do legislador em trazer maior flexibilidade para a licitação de projetos tidos por complexos. Dessa forma – e como o próprio nome evoca –, há de se pressupor a condução de um diálogo construtivo entre o licitante e o Poder Público, no âmbito de uma licitação em curso. O objetivo é desenvolver progressivamente uma ou mais soluções para uma demanda pública, sobre as quais os licitantes, ao fim, oferecerão a sua proposta.

Percebe-se, mais uma vez, que o pano de fundo motivador da nova modalidade reside na assimetria de informações experimentada entre as partes contratantes, a qual decorre do fato de o órgão ou entidade pública até conseguir, por exemplo, identificar uma demanda, mas não ser apto a designar *ex ante* as alternativas disponíveis para satisfazê-la. Os agentes do mercado, destarte, são convidados a participar de um processo seletivo, cujo objeto será a própria construção da solução, de forma coordenada com o ente estatal (é dizer: a concepção da solução e a escolha daquela mais adequada advirão das discussões com os potenciais fornecedores ou prestadores de serviços, dentro do procedimento licitatório).

Sob essa lógica, e em se tratando do mercado de construção, é razoável que o diálogo competitivo tenha vez na contratação de obras não padronizadas e/ou quando se pressuponham soluções e desenhos inovadores, ainda não dominados pelo órgão público. Ilustrativamente, esse poderia ser o caso em que a Administração Pública desejasse interligar as margens opostas de um porto movimentado, mas não conseguisse definir se, para tanto, teria de abrir uma licitação para a edificação de uma ponte, ou para a perfuração de um túnel (ou se entendesse que ambas as hipóteses pudessem ser boas). A alternativa mais viável seria a resultante do diálogo competitivo, sendo factível, inclusive, que mais de uma proposta técnica se revelasse aceitável. Em tal hipótese, sagrar-se-ia vencedor aquele proponente que apresentasse condições econômicas mais vantajosas sobre a sua correspondente proposta técnica, a qual ele teria desenvolvido ao longo do diálogo com a autoridade contratante.

Reforce-se, por tudo, que a mecânica própria da modalidade licitatória em análise induz ao reconhecimento de que, para ela ser adotada, há de se estar diante de projetos “complexos”. Com efeito, não se legitima, pelos custos transacionais a maior incorridos, o emprego do diálogo competitivo quando as obras sejam padronizáveis, ou quando as suas funcionalidades ou características também sejam facilmente deduzidas da experiência da Administração Pública, ao elaborar o edital de licitação. É precisamente por isso que a legislação (europeia e brasileira) estabelece condições de contorno especiais autorizativas da adoção do instituto, lembrando-se, entre outras: da necessidade de adaptação das soluções existentes, para que as demandas do Poder Público possam ser atendidas; da necessidade de se ofertarem soluções ou desenhos inovadores; ou da necessidade de negociação prévia entre as partes contratantes, a fim de melhor se apreender e endereçar a natureza do projeto e sua complexidade, em termos, por exemplo, de modelagem jurídica ou econômica.⁷

Se, no entanto, é verdade que a complexidade do objeto do contrato consubstancia requisito mandatório para a utilização da modalidade licitatória em tela; e se é verdade que a legislação cuidou de listar referências para auxiliar a verificação da ocorrência de tal complexidade, não se pode negar que será a análise do caso concreto que sustentará a validade da opção da Administração Pública em se enveredar pelo diálogo competitivo. Isso significa dizer, em última instância, que haverá um ônus argumentativo a ser enfrentado pelos gestores públicos diante de tal cenário, ônus este que se estenderá, além do mais, para o próprio desenrolar do procedimento até a escolha do licitante vencedor. Tal constatação – como se explicará – decorre do fato de prevalecer profusa margem de discricionariedade para a condução do diálogo competitivo, tanto no Brasil quanto na experiência estrangeira, o que corporifica um importante desafio a ser enfrentado para a sua plena aplicação. Vale aprofundar esse e os outros desafios do instituto no subtópico a seguir.

7. A esse respeito, confira-se o artigo 26, item 4, da Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, confrontando o teor desses dispositivos com o que restou fixado no já mencionado art. 32, incisos I e II, da Nova Lei de Licitações brasileira.

5. Os principais desafios

Como visto, a lei não impõe, tampouco estabelece, critérios definitivos para que, entre as modalidades de licitação disponíveis, seja eleito o diálogo competitivo. Pelo contrário, trata-se de uma faculdade, sendo que os indicativos que o legislador considerou para tal, na Lei nº 14.133/21, orbitam, porém, em torno de considerável indeterminabilidade. Não há dúvidas, por exemplo, de que a seguinte hipótese: “impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado”⁸ é uma noção que reclama demonstração concreta.

Nesse tocante, não se sabe ao certo como proceder para garantir concretude às situações indeterminadas que autorizam o uso da modalidade, nos termos da nova lei. Inexistem regras minudentes a respeito, de forma que restará ao gestor público construir a narrativa adequada no âmbito da instrução do processo administrativo – isto é, ele deverá motivar fundamentadamente a opção por aquela modalidade licitatória inovadora. É possível, porém, imaginar que a escolha do gestor esteja alicerçada, entre outros, em levantamentos quanto à (falta de) experiência pregressa do órgão ou entidade ao qual ele estiver vinculado; em pareceres ou notas técnicas de profissionais da própria Administração Pública ou do mercado; e, até mesmo, em manifestações obtidas junto a fornecedores e prestadores de serviço, atestando o caráter complexo da demanda apresentada pelo Poder Público.

Seja como for, não só na devida motivação para a escolha da modalidade, verifica-se que o desafio para a efetivação do diálogo competitivo também se faz presente na condução do procedimento – dado que no desdobramento do diálogo, em cada uma das suas fases, remanesce larga margem de discricionariedade para o gestor público e uma abundância de expressões indeterminadas.

Mencione-se, a propósito, o § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/21, que expõe algumas situações cuja vagueza de formulações atrai especial cautela por parte do órgão ou da entidade à frente do diálogo. É o que se vê, por exemplo, na remissão a “critérios empregados para a pré-seleção dos licitantes”, referidos no inciso II do mencionado dispositivo, assim como na potencial extensão da fase do diálogo, que, nos termos do inciso III, “poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades”. Ora, diante de tais circunstâncias, é irremediável perguntar: quais são os tais critérios de pré-seleção admissíveis no edital de licitação para se iniciar o diálogo? E, mais: quando a Administração Pública estará apta a dizer que o diálogo com os licitantes já pode se dar por encerrado? Para esses questionamentos, opõe-se o silêncio das normas legais.

8. Trata-se da alínea “b” do inciso I do art. 32 da Lei nº 14.133/21.

Observe-se, paralelamente, o inciso VII do § 1º do art. 32, que faculta ao edital prever “a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas”. Sobre esse aspecto, compete indagar: como se dará o afunilamento das soluções ou propostas? E, mais: o que levará um licitante a seguir para as fases subsequentes, e o que justificará a eliminação dos demais?

Para fechar, examine-se o disposto no inciso IX do artigo supracitado, o qual confere à Administração a prerrogativa de “solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas”. Aqui, as dificuldades são as seguintes: os esclarecimentos endereçados a um licitante, e que resultem em aprimoramentos sobre a sua proposta, devem ser replicados para todos os demais? Como afastar a desconfiança de que o esforço do gestor público em melhor entender uma proposta não possa ter sido utilizado como uma forma de beneficiar esse ou aquele licitante? Como, em última instância, não comprometer, ainda que involuntariamente, a isonomia e a equivalência de informações no diálogo competitivo?

Ora, em face de todas essas adversidades que incidem sobre a inovadora modalidade licitatória, não há réplica legal. E parece, na verdade, ser mesmo inútil buscar equacioná-las por via da edição de regras jurídicas suplementares, geradas com o intuito de regulamentar e esmiuçar as lacunas da Nova Lei de Licitações. Talvez, seja de fato indispensável que o legislador recorresse às indeterminações e imprecisões que permeiam o diálogo competitivo e a sua procedimentalização, uma vez que a complexidade das situações em face das quais tal modalidade gravita não poderia ser capturada de modo exaustivo pelo texto normativo. Assim, tudo há de depender do caso concreto e – por conseguinte – da capacidade de os gestores públicos sustentarem as suas decisões.

Fica evidenciado, então, que algum preparo mínimo há de se exigir daqueles que operarão o diálogo competitivo – mormente para enfrentar o escrutínio dos órgãos controladores e para atenuar as querelas que os licitantes insatisfeitos possam erigir, caso não compreendam a racionalidade empregada no processo decisório e se sintam injustiçados na disputa da qual participem. Esse é mais um desafio relacionado ao instituto, e diz respeito à necessidade de se capacitarem adequadamente os agentes responsáveis, para que eles dominem as ferramentas apropriadas e sejam municiados com o mínimo substrato técnico para a tarefa.

Para esse problema, é válido pensar em se estimular o intercâmbio de informações entre os órgãos da Administração Pública que passem a utilizar a modalidade (fóruns permanentes e grupos de trabalho, inclusive interfederativos), bem como realizar um sistemático levantamento de casos e experiências internacionais (*benchmarking*), para referenciamento. A capacitação por meio de cursos e seminários é indispensável. E cabe promover missões aos países com

ampla vivência no diálogo competitivo, destinadas ao conhecimento, *in loco*, do testemunho de servidores públicos de outras nacionalidades e dos mecanismos por eles criados para minimizar os riscos de insucesso do procedimento. Outra iniciativa conveniente é a edição de manuais e *guidelines*, com *checklists* que induzam a reflexões mínimas e ponderações úteis para a construção válida de cada caso concreto. Nenhum desses documentos, é claro, trará fórmula pronta e aplicável a toda e qualquer situação, mas eles podem ajudar com diretrizes para a análise da situação específica vivenciada pelo tomador de decisão.

É inegável, ainda assim, que deflagrar uma licitação sob o amparo do diálogo competitivo será sempre uma empreitada arrojada, notadamente em face do olhar hesitante que os órgãos de controle costumam ter frente ao poder de escolha da Administração Pública – o qual, como visto, é substancial em tal procedimento. Por esse motivo, sabendo-se: a) da flexibilidade da modalidade e das múltiplas formas possíveis para o seu uso; b) da vagueza e ambiguidade da legislação; c) da premência de se terem agentes públicos qualificados para a sua condução; e d) dos custos de transação elevados e do tempo consumido com o processo, é sensato assumir que o diálogo competitivo seja manuseado em situações especiais, nas quais os benefícios antevistos com o uso da modalidade compensem os riscos, o zelo extraordinário e os dispêndios requeridos para o seu desenlace.

A figura inaugurada com a Nova Lei de Licitações, nesse sentido, pode restar circunscrita a (algumas) contratações públicas excepcionais. Deveras, não é esperado que o instituto alcance a jactância e recorrência comuns a outras modalidades licitatórias, a exemplo do que se tem com o pregão. Nada obstante, quando as circunstâncias do caso assim o justificarem, é presumível que o emprego do diálogo competitivo proporcione benefícios palpáveis para a Administração contratante, viabilizando, entre outros, o arejamento das soluções e das tecnologias já endurecidas na práxis dos órgãos estatais. Vale adentrar, por essa razão, um pouco mais nos potenciais benefícios que o diálogo competitivo pode ensejar.

6. As maiores oportunidades

As maiores oportunidades para o uso do diálogo competitivo – é dizer: as circunstâncias que melhor poderiam extrair as vantagens de tal modalidade – são aquelas nas quais o Poder Público não domina as informações sobre o objeto da contratação que pretende realizar. Trata-se, como reportado, de situações em que prevalece a assimetria de informações entre quem deseja um bem, uma obra ou um serviço e quem consegue implementá-los. Por isso mesmo, o diálogo competitivo abre, como também consignado acima, espaço para uma espécie de construção conjunta entre as partes, tornando possível que elas entendam

melhor a demanda existente e a solução que sobre ela haverá de ser aplicada.

O universo das obras públicas tem, sem dúvidas, relevante potencial para a prática dessa modalidade de licitação. Perceba-se que, tradicionalmente, para a construção de uma edificação, o Poder Público acaba se vendo obrigado a engessar, no projeto básico ou anteprojeto que segue o instrumento convocatório, as alternativas metodológicas plausíveis. Daí decorre um atrofiamento do espírito criativo dos licitantes, a quem cumpre, apenas e tão somente, aderir à solução determinada pela Administração, mesmo que entendam que muitos aprimoramentos, ou até uma abordagem significativamente diferente, pudessem ser empregados.

Enfatize-se que, apesar disso, no que tange às obras-padrão, para as quais o órgão responsável reúna consolidada experiência, escalabilidade e replicabilidade (recapeamento de rodovias, construção de quadras poliesportivas etc.), o diálogo competitivo tenha menos a contribuir. Até porque, como igualmente assinalado, a adoção desse procedimento implica custos de transação grandes e uma conduta singularizada para cada caso.

Entrementes, pode-se argumentar que já existissem mecanismos aptos a resolver o problema da assimetria de informação e o fomento a visões inovadoras do mercado para a Administração Pública. Isso pode, aliás, despertar confusão entre institutos jurídicos importantes e receios quanto à utilidade última do rito que se está a analisar. Nesses termos, é acertado traçar a distinção entre o diálogo competitivo e, pelo menos, dois outros conceitos, os quais ganharam tratamento específico no bojo da Lei nº 14.133/21, a saber: o “procedimento de manifestação de interesses” (PMI) e a “contratação integrada”.

Não é difícil compreender em que aspectos todos esses mecanismos podem se diferenciar entre si. Quanto à contratação integrada, ela configura um regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é o responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar as obras e serviços de engenharia, fornecer os bens e prestar serviços especiais e realizar a montagem, o teste, a pré-operação e as demais operações necessárias para a entrega final do objeto.⁹ Como bem se nota: ela é uma fórmula jurídica sofisticada, em que se transferem importantes atribuições ao contratado, com destaque para a elaboração do projeto básico da obra. Em face disso, poder-se-ia antever grande aproximação do instituto com o diálogo competitivo.

Em tal hipótese, no entanto, malgrado o contratado experimentasse grau maior de flexibilidade na sua atuação, tal flexibilidade não adquiriria os contornos abrangentes do diálogo. Isso porque os licitantes, para todos os efeitos, ainda teriam de se fiar no anteprojeto elaborado pelo órgão contratante, o qual deve contemplar, entre outros: a demonstração e justificativa do programa de

9. Esse é, precisamente, o conceito que a Nova Lei de Licitações dá ao instituto, no seu art. 6º, inciso XXXII.

necessidades; a visão global dos investimentos; a estética do projeto arquitetônico, o traçado geométrico e/ou projeto da área de influência; e o memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção. Sem embargo, todos esses aspectos, ao contrário do que se observa em face da contratação integrada, podem ser objeto de negociação e estruturação no diálogo competitivo, o qual, por essa razão, assegura de forma muito mais contundente o acesso pela Administração às múltiplas visões dos licitantes – restando aí o *discrímen* entre uma e outra figura da Nova Lei de Licitações.

Em outro polo, sobre o PMI, é verdade que esse procedimento auxiliar também pressupõe a interação prévia entre potenciais interessados e o Poder Público para a viabilização de uma solução que buscasse atender a uma demanda estatal. Há, similarmente, expressiva margem de flexibilidade para a condução¹⁰ do procedimento, que pode, até mesmo, desdobrar-se em fases sucessivas, até que a Administração identifique uma contribuição que lhe pareça a mais adequada. Nesse particular, a proximidade entre o procedimento de manifestação de interesses e o diálogo competitivo é significativa, dado que a interlocução prévia entre os atores do mercado e do setor público permitem o enfrentamento das assimetrias informacionais e, simultaneamente, a condução ao arejamento das soluções públicas com as ideias e propostas inovadoras dos múltiplos participantes privados.

O diferencial, em todo caso, habita no fato de o diálogo competitivo internalizar, no bojo do próprio processo licitatório, as interações com os licitantes; e o PMI, que também se abre a tais interações, ocorrer fora de um processo licitatório e sequer implicar a realização de uma ulterior licitação, tampouco a necessária absorção, para o projeto, das soluções e contribuições obtidas. E por que essa sutil pormenorização importa? Ela importa porque impacta os incentivos¹¹ e o comprometimento dos participantes, os quais, no âmbito diálogo competitivo, alçam a condição de licitantes. Os licitantes – esses, sim – podem nutrir a expectativa de que a sua solução poderá ser considerada ao final do procedimento, transformando-se em uma proposta firme a ser contratada pelo Poder Público. Nada mais natural, portanto, que eles se empenhem em ofertar o que têm de melhor, com a especificação dos detalhes e dos atributos de uma solução concreta, aptos a gerar o convencimento da Administração contratante.

O PMI, pelo caráter auxiliar de que se reveste, remonta a uma espécie de tomada de subsídios ou consulta pública (ainda que mais dinâmica do que as consultas públicas tradicionais), e pode acabar inibindo os interessados em abrir suas metodologias, ideias e soluções, até por uma questão de estratégia empresarial ou concorrência. Decerto, pode não ser vantajoso compartilhar inovações industriais, quando não se sabe se tais inovações serão adotadas pelo

10. É o que prescreve o art. 46, § 2º, conjugado com o art. 6º, inciso XXIV, da Lei nº 14.133/21.

11. O PMI está disciplinado no art. 81 da Nova Lei de Licitações.

12. O art. 81, § 2º, inciso II, é taxativo ao apontar que o PMI “não obrigará o poder público a realizar licitação”.

órgão público, ou – pior – quando elas ficarem disponíveis para todos os demais competidores, uma vez que passem a figurar em um edital de licitação superveniente ao procedimento de manifestação de interesses. É justamente por essa razão, a propósito, que o inciso IV do § 1º do art. 32 da Nova Lei de Licitações prescreve que: “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento”.

A despeito, ainda assim, das distinções entre esse e aquele mecanismo, não há dúvidas que ambos cumprem relevante papel no cenário de contratações públicas no Brasil e que – sim – eles podem contribuir de forma significativa para o avanço das ideias, o domínio das técnicas e o acesso a inovadoras metodologias pelos órgãos e entidades estatais. Talvez o maior desafio esteja em dosar adequadamente o momento de se deflagrar o diálogo competitivo (como modalidade de licitação que é) e o procedimento de manifestação de interesses (que tem natureza acessória e, por isso, fosse mais útil para estágios preliminares do processo de contratação pública, quando sequer se saiba “se” ou “quando” ocorrerá a correspondente licitação para o objeto em desenvolvimento).

Desse modo – e voltando o foco para o diálogo competitivo –, fique o registro de que a engrenagem subjacente a essa modalidade licitatória, conforme disciplinada pela Lei nº 14.133/21, oferece como principais benefícios para o universo das contratações públicas: a) fomentar a inovação nos contratos; b) viabilizar o aprimoramento das propostas, de forma coordenada e no âmbito do próprio processo de licitação; c) provocar o espírito criativo e empreendedor do mercado; e) no que diz respeito especialmente às obras e ao direito da construção: aprimorar as características da engenharia e as funcionalidades dos empreendimentos públicos licitados no País.

7. Considerações finais

A Lei nº 14.133/21 implementou, quanto às modalidades de licitação, ajustes pontuais e inaugurou um promissor instrumento. É válido declarar, de antemão, que as mudanças empreendidas pelo legislador são positivas e tendem a trazer maior efetividade ao processo de contratação pública brasileiro.

De um lado, operou-se uma simplificação perceptível no tocante às modalidades licitatórias até então existentes, chamando a atenção a extinção do convite e da tomada de preços (cujos critérios de acesso baseavam-se nos valores do objeto a ser licitado e, não raro, despertavam questionamentos em face de eventual fragmentação do contrato, para fazê-lo caber no rito mais célere correspondente a tais modalidades). Também ganha destaque, na mesma linha, o regramento do pregão, que deixou de vigorar em um diploma legal apartado e

ainda passou a compartilhar de regras procedimentais comuns às de outras modalidades licitatórias – como a própria concorrência.

Em outro vértice e de forma mais impactante, a Nova Lei de Licitações criou a modalidade do diálogo competitivo, de inspiração europeia, e que busca fazer frente à constatação de que nem sempre a Administração Pública reunirá as informações necessárias para definir as soluções que pretende contratar, a fim de atender a uma demanda sua. Nessa situação, a construção das alternativas passará a figurar como um dos elementos do processo licitatório, abrindo-se, porém, aos licitantes e ao órgão contratante, a oportunidade de interagirem e desenvolverem aprimoramentos sobre as propostas, até que uma formatação adequada seja alcançada. É sobre essa formatação “dialogada” que os licitantes apresentarão as respectivas propostas econômicas, criando as bases de comparação e o substrato necessário para que o Poder Público tome, ao fim, a sua decisão na licitação.

A nova modalidade de licitação é engenhosa, mas pressupõe uma elevada margem de discricionariedade, bem como requer aptidão dos agentes públicos envolvidos para enfrentar cada processo de forma singularizada, articulando e sopesando adequadamente as peculiaridades do caso concreto. Sob esse panorama, o diálogo competitivo exige uma postura arrojada em relação à condução das licitações no País, afastando-se da cultura da padronização irrestrita e, eventualmente, do recortarem-se e copiarem-se modelos de experiências pretéritas.

Como corolário, para que o instituto se naturalize na prática administrativa nacional, pode ser conveniente um período mínimo de aprendizado, durante o qual se invista na capacitação dos atores estatais e se pensem, até mesmo, em projetos-piloto para testá-lo. A boa notícia, quanto ao primeiro item (i.e., a necessidade de capacitação), está em que a vivência estrangeira é pródiga em exemplos e cases, que merecem ser conhecidos e explorados, até porque o diálogo competitivo é acolhido em países com regimes jurídicos muito heterogêneos. Já quanto à concepção de uma agenda de projetos-piloto, vale incentivar a participação dedicada de sujeitos-chave na sua execução, entre membros da advocacia pública, de órgãos de controle interno e, precipuamente, dos tribunais de contas. Essas seriam ocasiões em que, elegendo-se situações nitidamente subsumíveis à nova modalidade licitatória (é dizer: projetos complexos), fosse possível entender lacunas, propor interpretações, dimensionar adversidades e prognosticar as medidas de adaptação e preparação para as futuras licitações que se erguessem sob o amparo da novidadeira modalidade.

Especialmente no que concerne ao diálogo competitivo, enfim, cabe repisar que ele representa uma admirável e desafiadora ideia veiculada na Lei nº 14.133/21. Apenas para que ele não pereça diante dos receios e da inquietação que se

mostram normais nesse tipo de disposição renovadora, é conveniente consolidar o seu entendimento entre os variados atores envolvidos, e investir certo tempo na identificação de boas-práticas referenciais, assim como na conformação de um ambiente institucional amistoso e encorajador da sua realização. As expectativas são otimistas para tanto. Que o porvir confirme que elas estejam certas.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm#art29. Acesso em: 30 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 31 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 30 jul. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a diretiva 2004/18/CE. Jornal Oficial da União Europeia, L 94, p. 65-242, 28 mar. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>. Acesso em: 30 jul. 2025.



INSTITUTO BRASILEIRO DE
DIREITO DA CONSTRUÇÃO



SITE

IBDIC.ORG.BR



INSTAGRAM.COM

/IBDIC_INSTITUTO



E-MAIL

SECRETARIA@IBDIC.ORG.BR



LINKEDIN.COM

/COMPANY/IBDIC