

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Luiza Valgas de Paula

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL:
uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal**

Belo Horizonte

2022

LUIZA VALGAS DE PAULA

**O DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL:
uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

P324d Paula, Luiza Valgas de

O diálogo competitivo no Brasil [manuscrito]: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal / Luiza Valgas de Paula.-- 2022.

196 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 166-179.

1. Direito administrativo - Teses. 2. Administração pública - Teses. 3. Parceria público-privada - Teses. 4. Licitação pública - Teses I. Bitencourt Neto, Eurico. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título

CDU: 351.712.2(81)



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA LUIZA VALGAS DE PAULA

Realizou-se, no dia 23 de agosto de 2022, às 09:00 horas, Congregação, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *O DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL: uma análise interna a partir das experiências da Inglaterra e de Portugal*, apresentada por LUIZA VALGAS DE PAULA, número de registro 2020652930, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Eurico Bitencourt Neto - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Florivaldo Dutra de Araujo (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota 95,0.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 23 de agosto de 2022.


Prof(a). Eurico Bitencourt Neto (Doutor) nota 95.


Prof(a). Florivaldo Dutra de Araujo (Doutor) nota 95.


Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias (Doutora) nota 95.

À minha filha, que, apesar de ainda não ter nascido, me acompanhou no final dessa caminhada e encheu minha vida de um amor que mal cabe em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar presente em toda minha vida, abençoando-me e fazendo com que tudo aconteça no momento certo.

Agradeço ao meu marido, Gil Eduardo, a amorosa parceria e alegrar até os meus momentos mais difíceis.

Agradeço os meus pais, Sônia e Rogério, por serem o alicerce de tudo que construí. Sem a dedicação deles durante toda a minha vida, eu jamais teria chegado aonde cheguei.

Agradeço os meus familiares e amigos pelo apoio e pela compreensão por tantos momentos de ausência durante essa minha jornada.

Agradeço o Professor Eurico por ser um exemplo de docente para mim, pelos ensinamentos e por ter orientado o meu mestrado com muita serenidade.

Agradeço também os demais professores por todo conhecimento compartilhado, e os colegas de pós-graduação pelo apoio mútuo.

Eu não cheguei até aqui sozinha. A todos os que de alguma forma contribuíram nessa caminhada, o meu muito obrigada!

RESUMO

A Administração Pública vem passando por uma evolução, a partir da qual começa a apresentar características antes impensáveis nos tempos da administração fortemente unilateral e hierarquicamente orientada. Dentre essas características, cabe realce à atuação concertada, em rede, participativa e eficiente. A partir de então, ganha destaque a Administração Cooperativa, que valoriza a interação do setor público com o particular detentor de expertise – imprescindível para o bom desenvolvimento da máquina pública. Dentro dessa nova perspectiva, merece destaque o Diálogo Competitivo, instituto por meio do qual o Poder Público dialoga com atores privados para encontrar a melhor solução para as suas necessidades, reconhecendo, portanto, sua insuficiência em resolver sozinho problemas relativos a projetos licitatórios altamente complexos. Com previsão recente no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Lei nº 14.133/2021, as Administrações inglesa e portuguesa já o instituíram há longa data. Certo de que a utilização dessa modalidade licitatória no Brasil deve se mostrar harmônica e coerente com o Sistema do Direito Administrativo Brasileiro, as experiências internacionais podem colaborar, em grande medida, para alcançar esse propósito. Nessa linha – e tendo por base a relevância da Administração Cooperativa, que atua de forma procedimentalizada para obter informação de que necessita do setor privado – realizou-se um estudo de direito comparado acerca das experiências vivenciadas pela Inglaterra e por Portugal, a fim de contribuir para uma efetiva aplicação desse instrumento legal no Brasil. Como resultado da comparação, identificaram-se algumas experiências internacionais relevantes para o adequado uso do instituto brasileiro, tais como a importância de uma efetiva capacitação dos agentes públicos para lidarem com essa modalidade licitatória, de bem planejar e conduzir o procedimento, e da garantia de um ambiente juridicamente seguro, fatores que podem torná-lo mais atrativo e menos oneroso, demorado e complexo. Ademais, verificou-se que o Diálogo Competitivo brasileiro mantém perfeita sintonia com a Administração Cooperativa, bem como que sua inserção no ordenamento jurídico nacional, somada aos aprendizados advindos de outros sistemas, pode favorecer para tornar o Sistema do Direito Administrativo Brasileiro cada vez mais coerente, harmônico e contemporâneo. É o que se pretendeu favorecer por meio deste estudo de direito comparado.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Administração Pública Dialógica; Administração Cooperativa; Diálogo Competitivo; Lei nº 14.133/2021.

ABSTRACT

The Public Administration has been going through an evolutionary process, from which it begins to present resources that were previously unthinkable in the times of administration determined unilaterally and hierarchically oriented. Among these characteristics, it is worth highlighting the concerted, networked, participatory and efficient action. From then on, the Cooperative Administration gains prominence, which values the interaction of the public sector with the private owner, holder of essential knowledge and expertise for the good development of the public machine. Of this new one, the Competitive Dialogue deserves to be highlighted, for being an institute through which the Public Power carries out dialogues with individuals to find the best solution for their needs, recognizing, therefore, its proposal to solve problems especially related to highly complex bidding projects. Recently predicted in the Brazilian legal system, from Law n. 14.133/2021, but the English and Portuguese Administrations have already instituted it for a long time. Certain that the use of this bidding modality in Brazil must be harmonious and coherent with the Brazilian Administrative Law System, the international experiences can help, to a large extent, to achieve this purpose. In this way, and based on the relevance of the Cooperative Administration, which acts in a proceduralized way to obtain information it needs from the private sector, a comparative law study was carried out on the experiences lived by England and Portugal, as a way of contributing to an effective application of this legal instrument in Brazil. As a result of the comparison, some relevant international experiences were identified for the proper use of the Brazilian institute, such as the importance of effective training of public agents to deal with this bidding modality, of well planning and conducting the procedure, and of guaranteeing legal certainty in the environment, factors that can make it more attractive and less costly, time consuming and complex. Furthermore, it was found that the Brazilian Competitive Dialogue maintains perfect harmony with the Cooperative Administration, as well as that its insertion in the national legal system, added to the lessons learned from other systems, can favor to make the Brazilian Administrative Law System increasingly coherent, harmonic and contemporary. This is what was intended to be favored through this study of comparative law.

Keywords: Administrative law; Public Dialogic Administration; Cooperative Administration; Competitive Dialogue; Law n. 14.133/2021.

LISTA DE TABELA

Tabela 1 – Uso do diálogo competitivo na Inglaterra	95
---	----

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	O PROGRESSO DO DIREITO ADMINISTRATIVO RUMO À ATUAÇÃO DIALÓGICA.....	16
1.1	Evolução da Administração Pública	16
1.2	Administração Pública Contemporânea.....	24
1.3	Administração Pública Dialógica	33
1.4	Aspectos gerais do Diálogo Competitivo.....	41
2	CONTEXTO DE INSERÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NOS PAÍSES SELECIONADOS.....	45
2.1	Contexto de inserção do Diálogo Competitivo na Inglaterra	46
2.2	Contexto de inserção do Diálogo Competitivo em Portugal	57
2.3	Contexto de inserção do Diálogo Competitivo no Brasil.....	69
2.4	Síntese Comparativa.....	81
3	ESTUDO COMPARATIVO DO DIÁLOGO COMPETITIVO	88
3.1	Diálogo Competitivo na Inglaterra	89
3.1.1	<i>Descrição Normativa</i>	<i>89</i>
3.1.2	<i>Aplicação Prática.....</i>	<i>93</i>
3.1.3	<i>Revisão de Literatura.....</i>	<i>95</i>
3.2	Diálogo Competitivo em Portugal	112
3.2.1	<i>Descrição Normativa</i>	<i>112</i>
3.2.2	<i>Aplicação Prática.....</i>	<i>116</i>
3.2.3	<i>Revisão de Literatura.....</i>	<i>117</i>
3.3	Diálogo Competitivo no Brasil.....	130
3.3.1	<i>Descrição Normativa</i>	<i>130</i>
3.3.2	<i>Aplicação Prática.....</i>	<i>132</i>
3.3.3	<i>Revisão de Literatura.....</i>	<i>134</i>
3.4	Síntese Comparativa.....	144
4	ANÁLISES DAS EXPERIÊNCIAS VIVENCIADAS PELA INGLATERRA E POR PORTUGAL QUE PODEM CONTRIBUIR PARA UMA EFETIVA APLICAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL.....	153

CONCLUSÃO.....	162
REFERÊNCIAS.....	166
APÊNDICE A – Quadro da análise macrocomparativa.....	180
APÊNDICE B – Quadro da análise microcomparativa.....	184

INTRODUÇÃO

A Administração Pública que atua apenas de forma autoritária, rígida e unilateral não se adequa às necessidades da sociedade do século XXI. A sociedade atual se mostra complexa e dinâmica, características que não se encaixam em um modelo que sempre se mostra enrijecido, antigo e com formalidade exacerbada. Percebe-se, portanto, que as bases estruturais sobre as quais o Estado Democrático de Direito foi construído têm se transformado no início desse século, o que repercute diretamente no atuar administrativo¹.

A Administração Pública não deve deixar de atuar de forma unilateral e hierarquizada nas situações devidas, mas a burocracia fortemente arraigada desfavorece a prestação da diversidade de serviços públicos a que é demandada, revelando-se deficiente por múltiplos fatores, tais como o excesso de formalismo, rigidez dos procedimentos previamente estabelecidos e atuação autoritária². Ajustes se mostraram necessários, sob pena de ineficiência pública.

A Administração Pública passou, portanto, a manifestar traços evolutivos, em que se percebe que se tornou, dentre outras características, planejadora, preocupada com o procedimento administrativo, voltada a múltiplos interesses, organizada em rede, favorável a uma atuação concertada e preocupada com a eficiência dos métodos aplicados³. O atuar administrativo começou a se preocupar mais com os resultados do que com a formalidade dos meios.

Assim, com vistas a alcançar a eficiência, ganha importância a interação do setor público com o particular. É o que Eberhard Schmidt-Aßmann, em sua obra “*La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*”, denomina de Administração Cooperativa. Observa-se, portanto, um aumento da relevância da cooperação entre as esferas públicas e privadas, que se manifesta por meio de uma atuação integrada e que favorece a obtenção de conhecimento por parte da Administração Pública.

A Administração Pública começa a assumir, por consequência, uma nova feição que recebeu denominações de Dialógica, Concertada ou Cooperativa. Tal mudança representa a tentativa do Estado de resolver o seguinte paradoxo: a informação é vital para a esfera pública, mas quem a detém de forma qualificada é o setor privado.

¹ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

³ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

A Administração Pública Dialógica torna-se, dessa forma, uma manifestação concreta do atuar cooperativo do Estado. A partir de então, o diálogo do Poder Público com a sociedade civil começa a representar um enriquecimento do processo decisório, sendo certo que a participação de alguém externo ao Poder Público na preparação e formação das decisões administrativas mostra-se perfeitamente compatível com o Estado Democrático de Direito⁴.

Nesse contexto, encontra-se o entendimento de Eberhard Schmidt-Aßmann. De acordo com esse autor, a legitimidade das decisões não seria completa se fosse adotada uma estrutura de decisão puramente hierarquizada, uma vez que o intercâmbio de informações, entre a sociedade e o Estado legitima o atuar público⁵.

Em sinergia com esse novo modo de atuar administrativo, encontra-se o Diálogo Competitivo. Sua origem é europeia, onde, antes de sua implantação, as autoridades públicas contratantes enfrentavam dilemas para determinar e delimitar uma licitação relativa a contratos complexos. Nesses casos, mesmo se o ente contratante tivesse uma boa ideia para resolver algum problema para o qual precisava de solução, enfrentava dificuldade quanto a características-chaves e pontos cruciais da potencial solução. Verificou-se que os procedimentos licitatórios disponíveis à época não eram suficientes para oferecer a flexibilidade de que certos projetos necessitavam, o que fez surgir o referido instrumento⁶.

A introdução do Diálogo Competitivo no Direito Europeu ocorreu pela Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, no qual recebeu o nome de diálogo concorrencial. Posteriormente, o instrumento foi mantido na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que revogou a anterior. Ambos dispositivos guardam diversas semelhanças, mas uma significativa diferença entre eles é que o diálogo, em um primeiro momento, era uma medida opcional aos Estados-membros, tornando-se, com a nova diretiva, medida obrigatória a ser adotada por esses países.

No Brasil, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, instituiu o Diálogo Competitivo, definindo-o como a modalidade de licitação “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”⁷. Esse instrumento da nova lei geral de licitações e contratos mostra um reconhecimento do Estado de

⁴ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103.

⁵ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003.

⁶ BURNETT, Michael. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments. **EIPASCOPE**, 2009/2. Disponível em: www.eipa.eu. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁷ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 5 ago. 2021.

que ele é, em muitos casos, incapaz de resolver, por meios próprios, questões de elevada complexidade.

Como dito, o instrumento acima citado integra a prática administrativa de países europeus há mais de década e, recentemente, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse ponto, é importante ressaltar que tal modalidade de licitação não inova ao permitir a interação do público com o privado em matéria de contratações públicas, pois o Brasil já utiliza instrumentos tais quais o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e Manifestação de Interesse Privado (MIP).

Também é relevante observar que ainda se encontra vigente a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, lei geral de licitações e contratos que foi publicada em um período extremamente formalista e hierarquizado da Administração Pública brasileira, motivo pelo qual esse normativo espelha a concepção de que ela possui superioridade técnica perante o particular. Tal concepção arraigou fortemente no administrar público brasileiro, manifestando-se ainda em um atuar fortemente burocrata e formalista dos gestores públicos.

Percebe-se, de acordo com o que foi relatado, uma notória tentativa do Direito Administrativo de se adequar às demandas da sociedade do século XXI e de se modernizar; no entanto, ainda existem traços marcantes de uma cultura de atuação unilateral dentro da Administração Pública brasileira. Nota-se a existência de um conflito entre as formas e os procedimentos rígidos e a tentativa de flexibilizá-los, em especial, para obtenção de informações e tomadas de decisões.

A partir do cenário exposto, necessário se mostra o estudo do Diálogo Competitivo em países que têm experiência de uso desse instrumento, para favorecer uma efetiva aplicação dessa modalidade licitatória no Brasil. Seguindo essa linha de raciocínio, busca-se identificar quais as análises sobre o uso do Diálogo Competitivo – relativas às experiências vivenciadas pela Inglaterra e por Portugal – podem contribuir para uma efetiva aplicação desse instrumento legal no Brasil.

Antes de analisar o que motivou a escolha dos países citados, importante se faz relatar que o marco teórico deste trabalho é a Administração Cooperativa, que atua de forma procedimentalizada para obter informação de que necessita do setor privado⁸, amplamente defendida por Eberhard Schmidt-Aßmann.

A informação, de acordo com essa teoria, é obtida através da ação comunicativa, sendo certo que se fazem necessárias novas formas de comunicação entre a Administração e setores

⁸ SCHMIDT-AßMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, p. 39.

privados. Ademais, importante verificar o reconhecimento, pelo autor, dos procedimentos como processos e operações ordenados de forma racional e que têm como objetivo a obtenção e o processamento da informação. Eles servem, portanto, para estruturar a obtenção de conhecimentos por parte da Administração.

Cabe pontuar que a versão da obra utilizada nesta pesquisa é a traduzida para o espanhol e publicada no ano de 2003, mas que guarda profunda congruência com os conceitos e ideias que autor pretendeu repassar na versão em alemão, graças ao esforço da tradução jurídica⁹. Referida pontuação é importante, tendo em vista que se trata de uma obra de teoria, com pensamentos abstratos e profundos, em que a escolha de termos em outra língua pode se manifestar em alteração no sentido original.

Quanto à seleção dos países integrantes do estudo, é cabível destacar que o principal motivo para escolher a Inglaterra para este estudo comparado deve-se ao fato de que esse país tem grande experiência quanto ao uso do Diálogo Competitivo, sendo um dos países da Europa que mais faz uso desse instituto¹⁰. Além disso, tal país tem longa experiência de interação com o setor privado, o que se nota pelo fato de ser a origem dos contratos de *Private Finance Initiative* (FPI)¹¹. Por outro lado, a escolha de Portugal foi motivada pela grande influência no Direito Administrativo brasileiro^{12,13}, por ser um país culturalmente mais semelhante ao Brasil, por ser um país de *Civil Law* e com registros de pouco uso do instituto do Diálogo Competitivo¹⁴. Assim como é interessante para a pesquisa ter um campo de análise em um país em que o instituto é aplicado fortemente, também é interessante analisar um país onde a aceitabilidade do instituto foi menor.

A pesquisa descrita no corpo dessa dissertação é de vertente metodológica jurídico-dogmática, pois trabalha com elementos próprios do ordenamento jurídico; quanto ao gênero, é devido informar que se trata de uma pesquisa empírica, que envolve uma coleta sistemática de informações, seguida de sua análise¹⁵. Para tanto, foi feita pesquisa, através de *sites*

⁹ SCHMIDT-AßMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema.**

¹⁰ HAUGBOLLE, Kim; PIHL, Daniel; GOTTLIEB, Stefan Christoffer. Competitive dialogue: driving innovation through procurement? **Procedia Economics and Finance**, v. 21, p. 555-562, 2015.

¹¹ PEÇI, Alketa; SOBRAL, Filipe. Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-14, jun. 2007.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**. n. 5, p. 202-222, 2005.

¹³ ZIJIAN, Liu. **Comparação de modelos de contratação em países de língua oficial portuguesa.** Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Técnico Lisboa, Lisboa, 2017.

¹⁴ TELLES, Pedro. **Competitive dialogue in Portugal and Spain.** Thesis submitted to the University of Nottingham, 2010.

¹⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 5. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 75.

governamentais de cada país integrante do estudo, sobre a aplicação prática do Diálogo Competitivo, associada a uma revisão de literatura, para compreender o entendimento dos estudiosos do direito dos campos investigados acerca desse procedimento licitatório.

Nesse trabalho, o estudo do Diálogo Competitivo, e do contexto que o envolve, foi realizado por meio de uma minuciosa pesquisa teórico-doutrinária sobre o assunto. Assim, a revisão de literatura foi realizada utilizando como procedimento o levantamento bibliográfico, por meio do qual os textos foram selecionados usando banco de dados diversos juntamente com a técnica de amostragem por referência em cadeia (também conhecida como amostragem “bola de neve”), em que, a partir de um texto, tenta-se identificar os outros¹⁶.

Como já sinalizado, podemos afirmar que o tipo de investigação é jurídico-comparativo, já que este é um estudo de direito comparado que visa à identificação de semelhanças e diferenças entre normas e institutos em realidades jurídicas diferentes¹⁷. Para tanto, o raciocínio científico indutivo – ideal para a realização de comparações entre sistemas normativos diversos – foi utilizado.

Para realizar a pesquisa em questão, usou-se um ensinamento clássico entre os comparatistas, que afirmam que em uma pesquisa de direito comparado deve-se “comparar o comparável”. Isso quer dizer que, para se concretizar um estudo de direito comparado, a análise deve ser feita entre institutos que tenham a mesma função nos diversos sistemas jurídicos. Tendo isso em mente, foi observado o princípio da funcionalidade, que visa à identificação do instituto em seus termos mais genéricos, livres dos fundamentos doutrinários específicos da ordem jurídica em que ocorre¹⁸.

A microcomparação é o foco deste estudo, já que sua finalidade é o estudo do Diálogo Competitivo. Porém, antes da referida microcomparação, necessário se faz uma pesquisa macrocomparativa prévia, realizada por meio de uma comparação subjetiva. Essa dupla análise comparativa mostra-se necessária, pois o Direito Administrativo tem grande vínculo com os valores constitucionais, as instituições e as tradições nacionais; assim, qualquer abordagem comparativa deve, previamente, estudar o contexto institucional em que o instituto em questão se insere para que isso possa ser levado em consideração quando da comparação, cerne da pesquisa¹⁹. Nessa toada, o que se pretende com a macrocomparação é realizar uma preparação

¹⁶ GUSTIN; DIAS; NICÁCIO. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**, p. 190.

¹⁷ GUSTIN; DIAS; NICÁCIO. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**, p. 83.

¹⁸ NEHL, Hanns Peter. Administrative Law. In: SMITS, Jan M. (ed.). **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**. Massachusetts: Elgar, 2006.

¹⁹ BELL, John S. Comparative administrative law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 2118-2163.

relativa às ordens jurídicas dos países alvos da pesquisa, um pano de fundo para que seja possível compreender o sistema administrativo de cada país, bem como embasar e dar sustentação à pesquisa objeto desse trabalho.

A partir dos pressupostos metodológicos, essa pesquisa de mestrado foi organizada em quatro capítulos, quais sejam: 1) O progresso do Direito Administrativo rumo à atuação dialógica; 2) Contexto de inserção do Diálogo Competitivo nos países selecionados; 3) Estudo comparativo do Diálogo Competitivo; e 4) Análises das experiências vivenciadas pela Inglaterra e por Portugal que podem contribuir para uma efetiva aplicação do Diálogo Competitivo no Brasil.

No primeiro capítulo realizou-se um estudo sobre as mudanças por que passaram a Administração Pública e Direito Administrativo, em que se destacou a Administração Pública Dialógica e o Diálogo Competitivo, com o objetivo de apresentar o processo evolutivo que levou ao desenvolvimento referido instituto. Já no segundo foi feito o estudo macrocomparativo acerca do contexto de inserção do Diálogo Competitivo na Inglaterra, em Portugal e no Brasil. A partir desse contexto sobre as ordens jurídicas dos países alvos da pesquisa, realizou-se, no terceiro capítulo, um estudo de direito comparado sobre a aplicação do Diálogo Competitivo nos países em questão. Por fim, o quarto capítulo foi dedicado a descrever e analisar as experiências vivenciadas pela Inglaterra e por Portugal relativas ao uso do Diálogo Competitivo, como forma de contribuir para uma efetiva aplicação desse instrumento legal no Brasil.

De acordo com essas ponderações introdutórias, é possível observar que a incorporação do Diálogo Competitivo no ordenamento jurídico brasileiro é parte de um movimento evolutivo em que, aos poucos, o Poder Público vem rompendo com velhos dogmas. Nessa linha, como bem afirmou Caio Tácito, quando no ano de 1997 escreveu sobre o Direito Administrativo participativo, o “amanhã certamente será mais justo e equânime, conciliando, em termos estáveis, os dois valores inscritos na legenda da nossa bandeira: Ordem com Progresso”²⁰. Progresso esse que será, e já está sendo, muito bem-vindo na Administração Pública brasileira, mas que deve vir acompanhado de ordem, organização e harmonia dentro do contexto em que se insere. Tal harmonização na prática administrativa brasileira é o que se pretende favorecer por meio do presente estudo.

²⁰ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, jul./set. 1997.

1 O PROGRESSO DO DIREITO ADMINISTRATIVO RUMO À ATUAÇÃO DIALÓGICA

1.1 Evolução da Administração Pública

A Administração Pública vem passando por transformações que acompanharam as mudanças da sociedade contemporânea, o que fez com que ela começasse a apresentar uma faceta mais moderna. Como consequência dessa evolução, o Direito Administrativo também teve que se adaptar às demandas atuais²¹. Percebe-se, pois, que os desafios pelos quais vem passando, tanto a Administração Pública, quanto o Direito Administrativo, correspondem a transformações das exigências manifestadas pela sociedade, e o Diálogo Competitivo é fruto desse processo evolutivo. Com vistas a essa constatação, para melhor compreensão desse instituto jurídico, o seu estudo será precedido da análise do percurso evolutivo pelo qual tem passado a Administração Pública e o Direito Administrativo.

Primeiramente, importante destacar que o Direito Administrativo nasceu a partir do momento em que o Estado se submete à ordem jurídica, sendo que antes desse advento a atuação do Poder Público era baseada nas vontades do soberano. Em decorrência das revoluções de matriz liberal, que ocorreram entre o fim do século XVIII e início do século XIX, nasce o Estado de Direito, que firmou a submissão do Poder Público ao Direito, bem como começou a regular as relações entre os governantes e os administrados, que deixam de ser súditos²².

Percebe-se que o Direito Administrativo surgiu para manter a atuação estatal dentro dos limites legais e para proteger o povo do arbítrio daqueles que detêm o poder, sendo eminentemente um direito defensivo do cidadão²³. Abriu-se, então, espaço para a instituição do princípio da legalidade, que previa os limites da atuação administrativa²⁴, impossibilitando ações arbitrárias outrora vistas.

O primeiro modelo constitucional de Estado, chamado Liberal, destacou-se por valorizar os direitos individuais, e esse foco no indivíduo tem uma razão muito clara: aqueles que no modelo estatal anterior eram súditos se tornaram cidadãos com autonomia,

²¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

²³ BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**.

²⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012.

independência, liberdade e igualdade política e jurídica²⁵. Dessa forma, em consonância aos anseios libertários da burguesia, detentora do poder à época, a atuação administrativa deveria se limitar, basicamente, à manutenção da liberdade, bem como da ordem pública, da propriedade e da segurança dos indivíduos, sendo, portanto, um instrumento de garantia dos direitos do povo.

O Estado burguês primava pela não interferência na vida econômica e social da coletividade²⁶, já que a atuação livre de forças da sociedade equilibrariam naturalmente essa relação, o que não foi observado na prática²⁷. A burguesia tornou-se uma classe opressora e conservadora, dissimulada ao defender a liberdade e a igualdade, exercendo domínio sobre a coletividade²⁸. Por esse motivo surgiram questões sociais que demandavam uma atuação mais marcante e ativa da Administração Pública, o que foi a base para se constituir o próximo modelo de Estado de Direito.

No início do século XX o povo começou a reivindicar intensamente uma verdadeira igualdade formal – tal como estava disposto nos textos constitucionais – e por justiça social, para que todos tivessem a garantia de terem supridas suas necessidades básicas²⁹. Em decorrência disso, surge a próxima fase do Estado constitucional, que, percebe-se, nasceu em um ambiente de crise social e econômica.

Esse novo Estado de Direito, constituído a partir de uma demanda democrática dos níveis mais baixos da sociedade, tinha por missão abolir situações de pobreza extrema, bem como reduzir desigualdades sociais, o que pressupõe atuações estatais nos campos assistencial e econômico³⁰. Além disso, a diversidade populacional, presente à época, repercutiu em um agigantado leque de interesses que deveriam ser atendidos pelo Poder Público. Como consequência, o Estado, que antes era mínimo e liberal, tornar-se-ia democrático, intervencionista e social, sem, contudo, poder desrespeitar as liberdades e garantias individuais³¹.

Porém, antes que se visse o surgimento de um Estado Social de fato, a crise do Estado Liberal desencadeou, em um primeiro momento, a criação de um Estado autoritário de perfil social³². Apesar de se observar uma base ditatorial e antidemocrática, trata-se dos primeiros

²⁵ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 78.

²⁶ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**, p. 39.

²⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 8, n. 1, p. 289-302, 2017.

²⁸ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**, p. 81.

²⁹ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**, p. 82.

³⁰ BITENCOURT NETO. Estado social e administração pública de garantia, p. 292.

³¹ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**.

³² BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 63.

golpes no modelo liberal de Estado de Direito³³, pois, nesse momento, a Administração Pública já adquiria um comportamento mais ativo em relação à crise social e econômica. No entanto, somente se observa a consolidação do modelo social no momento em que os direitos e as liberdades políticas dos cidadãos são reconhecidos como princípios basilares do Estado.

Assim, sob a tônica da impossibilidade de haver paz social sem que os direitos do povo e a igualdade entre as pessoas fossem garantias ofertadas pelo Poder Público, surgiu o Estado de Direito social, que se consolidou na segunda metade do século XX³⁴. Nessa nova configuração estatal, a eficiência pública passa a ser reconhecida quando a atuação administrativa visa a alcançar a justiça social de forma democrática³⁵. Devido a esse último parâmetro, tal configuração também recebe o nome de Estado de Direito democrático e social.

Por pretender reduzir as desigualdades econômico-sociais, esse Estado se caracteriza por ser distribuidor, disponibilizando bens materiais, e por ser empresário, atuando na esfera empresarial³⁶. As políticas sociais se tornaram generalizadas para a população como um todo, o que não pode ser confundido com uma ideia socialista, já que nesse Estado o capitalismo e a democracia atuam juntos para atender aos mais diversos interesses, de variados setores da sociedade³⁷.

Observa-se, portanto, que o Estado tomou para si uma gama de deveres para com os cidadãos, avolumando-se de maneira acelerada. Como consequência, viu-se crescer tanto a carga tributária – como forma de se obter recursos financeiros para tantas tarefas requisitadas pela população – quanto a burocracia, para organizar a gestão pública de forma puramente técnica. Em um primeiro momento, a burocracia era vista como algo positivo, por ser um método de organização racional e eficiente, que possibilitava a realização de tarefas amplas e complexas, sem atuações arbitrárias dos detentores de poder³⁸. Tal modelo funcionou bem nos meados do século XX, pois conseguia entregar o que o povo necessitava, assim como conseguia resolver os problemas fundamentais da população da época. Mas, nota-se, a sociedade daquele período era mais estática e evoluía lentamente, já que as pessoas que a compunham tinham, em sua maioria, necessidades semelhantes³⁹.

³³ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 64.

³⁴ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**, p. 83.

³⁵ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**.

³⁶ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**, p. 88.

³⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015.

³⁸ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. 6. ed. Brasília: Editora MH Comunicação, 1995.

³⁹ OSBORNE; GAEBLER. **Reinventando o governo**.

Entretanto, percebeu-se que a elevada carga de tributação e a gestão burocrática acabaram por contribuir para a crise do Estado de Direito social. A elevada tributação não foi acompanhada proporcionalmente por prestações ofertadas pelo Poder Público aos cidadãos, o que gerou desconfiança e insatisfação do povo⁴⁰. Por outro lado, a superioridade técnica da organização burocrática não foi capaz de resolver os problemas postos pela sociedade moderna⁴¹, mostrando-se rígida, formalista, lenta e ineficiente. Certo é que esse modelo de Estado afastou a sociedade civil da estrutura estatal⁴².

Nota-se que o agigantamento do Estado não fora acompanhado de mudanças das velhas estruturas de gestão. Como consequência, a Administração Pública mostrou-se inábil para oferecer tudo aquilo que as constituições do Estado de Direito democrático e social determinavam, o que, no fim da década de 1970 e na década de 1980, deu origem a diversas críticas ao modelo⁴³. Em um ambiente de déficit orçamentário, a crise era inevitável. Apesar disso, o modelo democrático e social de Estado não admitia o regresso ao modelo liberal, já que a sociedade não mais aceitava que o Poder Público deixasse de ofertar garantias mínimas de bem-estar social⁴⁴.

O Estado precisava se mostrar eficiente, eficaz e efetivo, utilizando bem os escassos recursos públicos para garantir a concretização dos direitos constitucionais dos cidadãos. Logo, a dignidade da pessoa humana tornou-se o parâmetro maior a que o Estado de Direito democrático e social deveria seguir, pois tal modelo estatal somente se concretizaria ao ofertar à população uma vida digna, com garantia de habitação, segurança, alimentação, saúde e educação. Para que isso ocorresse, a intervenção estatal não deveria ser passiva, mas atuante⁴⁵.

Nesse sentido, começou-se a exigir que o Estado dispusesse de novas estratégias para cumprir com suas atribuições, que utilizasse práticas gerenciais mais adequadas às demandas da sociedade moderna, que estivesse apto a suprir as necessidades dos cidadãos, e que fizesse isso tudo sem abrir mão de sua visão pública⁴⁶. Para tanto, não se fazia necessária a criação de nova versão do Estado de Direito e o abandono de sua feição social, pelo contrário, o que se mostrava indispensável era a releitura de alguns de seus institutos.

Tendo em vista que a sociedade evoluiu e começou a ter mais acesso à informação e ao conhecimento – tornando-se mais diversificada – a demanda agora era por uma administração

⁴⁰ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa.**

⁴¹ LIMA. **Administração pública dialógica.**

⁴² BATISTA JÚNIOR. **O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço.**

⁴³ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**, p. 146.

⁴⁴ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa.**

⁴⁵ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa.**

⁴⁶ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa.**

mais inovadora, criativa, que assumisse riscos, que trabalhasse com o setor privado e que estivesse disposta a eliminar iniciativas obsoletas e que geravam prejuízo⁴⁷. Os mecanismos do mercado mostravam-se mais eficiente que as soluções burocráticas, o que fez com que o Estado repensasse a sua forma de atuar.

Por consequência, percebe-se nos anos da década de 1990⁴⁸ uma reforma administrativa e o nascimento de uma Administração Pública gerencial para atender às determinações constitucionais e às necessidades da sociedade moderna. Nessa nova modelagem verifica-se grande preocupação com a eficiência e com os resultados finais, além de haver uma margem maior de abertura à discricionariedade na atuação administrativa e uma proposta de descentralização da administração⁴⁹. Trata-se de uma evolução do modelo burocrático, em que a intenção era fazer mais pela população com menos recursos financeiros.

Seguindo esse pensamento evolutivo, a Administração – que antes era orientada por suas normas rígidas – deveria começar a se orientar por missões, ou seja, o agente público deveria ser mais livre para perseguir o objetivo que lhe fora proposto, de acordo com o método que entendesse mais adequado. Assim seria possível atingir soluções mais racionais, efetivas, inovadoras e flexíveis⁵⁰. Não se pretendia uma abolição de normas, mas a rigidez preconizada pelo modelo burocrata reduzia o ritmo para se executar uma tarefa e aumentava o desperdício financeiro e de pessoal, bem como poderia interferir negativamente para se solucionar da melhor forma o problema posto.

O resultado obtido era outro ponto de referência que a Administração Pública deveria começar a seguir e que, em regra, não era mensurado em uma gestão burocrata, dificultando o alcance de melhores resultados por parte desse antigo modelo⁵¹. A proposta não era que se analisassem apenas números e estatísticas, mas devia-se adotar uma cosmovisão administrativa⁵². Assim, na administração gerencial palavras como responsabilidade, performance e resultados ganharam relevância, e tanto os gestores públicos quanto os cidadãos se tornaram responsáveis por acompanhar tais parâmetros. Estes últimos atores, por sua vez, começaram a ser vistos como clientes que deveriam ter sua opinião valorizada pelo Poder Público⁵³.

⁴⁷ OSBORNE; GAEBLER. **Reinventando o governo.**

⁴⁸ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**, p. 149.

⁴⁹ LIMA. **Administração pública dialógica.**

⁵⁰ OSBORNE; GAEBLER. **Reinventando o governo.**

⁵¹ OSBORNE; GAEBLER. **Reinventando o governo.**

⁵² LIMA. **Administração pública dialógica.**

⁵³ OSBORNE; GAEBLER. **Reinventando o governo.**

Notório é que os tempos mais modernos começaram a exigir que o Estado de Direito democrático e social fosse eficiente, eficaz e efetivo na perseguição do bem comum. Além disso, os princípios de imparcialidade e moralidade ganharam relevância na prática administrativa, e a atuação da Administração Pública deveria ocorrer de forma a preservar a liberdade individual, a igualdade material, a segurança, a democracia e a dignidade da pessoa humana⁵⁴. Sem isso, não haveria que se falar em um Estado bem administrado.

Em decorrência desse contexto, e como forma de já anunciar as transformações contemporâneas da Administração Pública, pertinente se faz citar os três elementos centrais do Estado de Direito democrático e social que impactam de forma direta na Administração contemporânea, quais sejam: juridicidade, socialidade e democracia⁵⁵. Pela relevância, cada característica elencada merece um detalhamento. Quanto à análise da juridicidade, primeiramente é cabível destacar que o princípio da legalidade passou por uma expansão significativa, que fez não ser mais cabível reger os atos da Administração Pública apenas pela lei: o parâmetro mais adequado se tornou o Direito. Ademais, a Constituição passou a ser reconhecida como o elemento mais significativo dentro da ordem jurídica, o que faz com que os valores constitucionais se tornem relevantes para determinar a atuação pública⁵⁶.

Nota-se que a lei – vista como o instrumento normativo que representa com excelência os anseios da sociedade, por ter sido instituída por um parlamento legitimado para tanto – remete ao período liberal⁵⁷. Àquela época, a vinculação à lei formal visava a frear a atuação da Administração Pública, já que, de acordo com entendimento tradicional, ela deveria fazer estritamente o que a lei autorizava. Isso fez com que o Poder Legislativo tivesse preponderância frente ao Executivo, que se tornava um mero executor da lei proveniente do Parlamento.

No entanto, as sociedades começaram a demandar normas jurídicas mais maleáveis, que se adaptassem às necessidades pontuais, o que provocou uma revisão do conteúdo do princípio da legalidade. A tal reconfiguração dá-se o nome de princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo⁵⁸. Não se trata de negar a relevância da lei, o que se pretende é a ruptura com um conceito estritamente liberal⁵⁹.

⁵⁴ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**.

⁵⁵ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 71.

⁵⁶ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 71.

⁵⁷ SILVA, Virginia Xavier Borges. Um direito brando? A evolução da ciência do direito administrativo e os traços do “novo direito administrativo”. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 2, n. 1, p. 47-56, 2013.

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, 2004.

⁵⁹ SILVA. Um direito brando? A evolução da ciência do direito administrativo e os traços do “novo direito administrativo”.

Fala-se em constitucionalização do Direito Administrativo, já que é na Constituição que se encontram os fundamentos basilares desse ramo do direito. Verificou-se, portanto, a constitucionalização dos valores e princípios administrativos, que passaram a orientar o atuar de todo o Estado⁶⁰. Dessa forma, a Administração Pública deve se guiar pelo ordenamento jurídico para concretizar as finalidades traçadas pela Constituição⁶¹, ou seja, o Poder Público deve atuar em conformidade com o sentido e espírito constitucional⁶². Como consequência, a partir do século XX o Poder Executivo ganhou relevância em face do Legislativo⁶³, diferentemente do que antes se via.

Nessa toada, é cabível repensar a antiga fórmula de Otto Mayer de que o Direito Constitucional passa, enquanto o Direito Administrativo permanece; que remete à ideia de maior estabilidade e constância deste, frente à maior abertura a mudanças daquele. Essa citação representa um grande legado do Direito Administrativo liberal que ainda mantém raízes em algumas esferas administrativas nos dias de hoje⁶⁴. O mais adequado seria a afirmação de que ambos os ramos do direito são passageiros, tendo em vista o surgimento de novos elementos, bem como de mecanismos evolutivos na sociedade moderna⁶⁵.

Retomando às três características gerais do Estado de Direito democrático e social acima citadas, passa-se, agora, à análise da segunda. O princípio da socialidade, em um primeiro momento, refere-se a uma ampla proteção social pelo Estado, por meio de uma atuação assistencial e prestacionista da Administração Pública⁶⁶. Tal princípio visa à eliminação das carências materiais dos indivíduos, bem como das necessidades decorrentes dessas carências⁶⁷. Referida necessidade populacional adveio dos efeitos provocados pelo período liberal, em que o Estado se abstinha de atuar na vida social da coletividade, abrindo espaço para se instalar um ambiente de grande concentração de renda e desigualdade social.

Certo é que a ideia de socialidade é intrínseca ao princípio da igualdade material ou real, podendo ser considerada uma forma concreta de manifestação do dever de respeito estatal à

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, 2012.

⁶¹ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**.

⁶² SCHMIDT-AßMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

⁶³ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 79.

⁶⁴ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 24.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. *In*: ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 707.

⁶⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**, p.98.

⁶⁷ SCHMIDT-AßMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

dignidade da pessoa humana⁶⁸. Para além disso, a socialidade se vincula à garantia dos direitos fundamentais, gerando um aumento do âmbito de atuação do Estado, que tomou para si a responsabilidade de garantir condições materiais mínimas aos cidadãos, bem como de atuar nas esferas econômica, social e cultural, promovendo seu desenvolvimento⁶⁹.

No entanto, esse Estado prestador não se sustentou, fazendo com que fosse necessária a redução do aparato de serviços da Administração Pública. A partir de então, começou-se a transferir para a iniciativa privada atividades que eram de execução inerentemente públicas, o que não as retirava do rol de responsabilidades estatais, cabendo ao Poder Público o dever de assegurar a prestação mais eficiente das atividades privatizadas⁷⁰. Em que pese essa transferência da execução de atribuições estatais, é certo afirmar que a socialidade se mantém num princípio de dimensão necessariamente estatal.

Retomando à análise das três características que sustentam o Estado de Direito democrático e social, é mister discorrer sobre a democracia. Certo é que seu conceito não pode ser limitado à garantia de sufrágio universal e à garantia de uma coletividade diversificada, uma vez que, para além de uma democracia representativa abrangente, são cabíveis mecanismos complementares de democracia participativa⁷¹.

Percebe-se uma evolução no conceito de democracia, deixando de ser formal para adquirir uma feição material, pois, para sua concretização, deve-se ter participação, eficiência e controle. Além disso, espera-se um resultado democrático das ações da Administração Pública, ou seja, os donos e destinatários populares do poder devem receber aquilo que eles legitimamente esperam⁷².

No âmbito do direito administrativo, o princípio democrático pode ser visto como um mandato de legitimação eficaz⁷³. Seguindo esse entendimento, são relacionados os principais modos que asseguram uma legitimidade democrática ampliada: a legitimidade democrática do gestor administrativo; a vinculação administrativa às normas provenientes de órgãos legitimados; o controle parlamentar da atuação administrativa; e um “imperativo de

⁶⁸ BITENCOURT NETO. Estado social e administração pública de garantia, p. 289-302.

⁶⁹ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 103.

⁷⁰ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 107.

⁷¹ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 84.

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷³ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. *In*: BARNES, Javier (ed.). **Innovación y reforma em el derecho administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006.

legitimidade democrática da dinâmica administrativa”⁷⁴. Devido à pertinência com o tema deste trabalho, o último item citado merece maior destaque.

Tal imperativo se refere à dinâmica da prática administrativa, uma vez que a atuação da Administração Pública, por si só, não confere legitimidade democrática aos atos por ela praticados, sendo as relações externas de suma importância⁷⁵, o que faz com que se destaquem as dimensões organizativa e procedimental da Administração Pública⁷⁶. Uma vez que a legitimidade se mostra enfraquecida no momento em que se adota uma estrutura de decisão puramente hierarquizada, importante se faz a troca de informações entre Estado e a sociedade, bem como a cooperação entre os agentes público e privado, o consenso e a participação de particulares na esfera pública⁷⁷. De forma sintética, pode-se afirmar que o funcionamento do Estado de Direito democrático requer a existência de mecanismos que assegurem a integração da sociedade com o Estado no processo de decisão administrativa⁷⁸.

Nota-se que a Administração Pública vem ganhando novos elementos que contribuem para mudar sua feição e a do Direito Administrativo. As sociedades modernas não aceitam mais um atuar administrativo excessivamente formal, enrijecido e formalista, pelo contrário, os cidadãos anseiam por atuarem de forma ativa na esfera pública, o que contribui para a legitimidade das decisões administrativas, tornando-as mais concretas e coerentes. Percebe-se, pois, que Administração deve evoluir no sentido de construir um lugar favorável às trocas de conhecimento entre os setores públicos e privado, troca essa de extrema valia para construção de uma prática administrativa eficiente e em sintonia com os novos preceitos da Administração Pública Contemporânea.

1.2 Administração Pública Contemporânea

A Administração Pública e o Direito caminham rumo à modernidade. As bases estruturais sobre as quais o Estado de Direito se edificou foram se transformando ao longo dos anos, o que repercute diretamente na Administração Pública, até porque grande parte dos impulsos que deram causa às mudanças surgiram do plano administrativo⁷⁹.

⁷⁴ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 86.

⁷⁵ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 93.

⁷⁶ SCHMIDT-AßMANN. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos.

⁷⁷ SCHMIDT-AßMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

⁷⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do Vale. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁷⁹ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

Após o Estado de Direito se concretizar como democrático e social, algumas mudanças desse paradigma foram observadas. Esse modelo constitucional era, em um primeiro momento, mais paternalista, atuava de forma mais ativa por meio de suas políticas sociais e era mais intervencionista. Diversos fatores – dentre eles crise econômica e alteração das demandas sociais – fizeram com que esse paradigma passasse por uma evolução. O Estado atual começou a buscar maior eficiência para concretizar o interesse público, intervindo de maneira mais suave no domínio público e reduzindo as prestações diretas à sociedade, por meio de parcerias com atores privados.

Nesse sentido, o Estado deixa de ser prestador de serviços e se torna um Estado regulador, disposto a promover diálogo e consenso dentre todos os interessados, sejam eles os usuários, os prestadores ou outros órgãos públicos⁸⁰. Observa-se uma retração estatal nas esferas social e econômica, que de alguma forma permeia os ideários liberais. No entanto não se pode falar que houve uma opção por um modelo liberal, pois as bases constitucionais do Estado de Direito democrático e social permanecem⁸¹.

A diminuição do aparato prestador do Estado não o exonera de suas responsabilidades institucionais⁸², mas abre-se a possibilidade de transferir à iniciativa privada a execução dos serviços públicos. Para viabilizar isso, o Poder Público tem que estipular regras, fiscalizar o cumprimento e aplicar sanções, se necessário for⁸³.

Seguindo essa linha evolutiva, verifica-se que o Estado deixa de ser protetor e se torna garantidor, atenuando a supremacia perante os cidadãos; deixa de ser dirigente e se torna parceiro, atuando de forma mais próxima à sociedade; e deixa de ser irresponsável, tornando-se responsável, na medida em que se encontra sujeito a uma fiscalização, devendo prestar contas e corrigir eventuais equívocos. Ademais, o Estado contemporâneo apresenta uma crescente fragmentação estrutural, em que se pode observar um policentrismo funcional e uma progressiva disposição em rede⁸⁴.

Percebe-se, portanto, que o Estado se mantém democrático e social, o que muda são as exigências da sociedade e a forma como o Poder Público vai cumprir com suas obrigações, com a ressalva de que as diretrizes sempre serão constitucionalmente postas. Nota-se a força

⁸⁰ MOREIRA NETO. **O Direito Administrativo do Século XXI**

⁸¹ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica.**

⁸² OTERO. **Manual de Direito Administrativo.**

⁸³ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução.**

⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo do século XXI.**

iluminadora da Constituição, que fortalece e impregna o Direito Administrativo, bem como seus processos reformistas e evolutivos⁸⁵.

Em consequência desse processo de transformação do Estado, a Administração Pública também evoluiu, já que a tradicional Administração Pública burocrática não consegue mais prestar a diversidade de serviços públicos a que é demandada, mostrando-se um modelo deficiente por múltiplos fatores, tais como o excesso de formalismo, a rigidez dos procedimentos previamente estabelecidos e a atuação autoritária. A complexa realidade da sociedade moderna demanda uma atuação mais preocupada com os resultados, já que a atuação burocraticamente orientada não conduz a soluções adequadas à complexidade e dinamismo da sociedade deste século⁸⁶.

Contrapondo-se a um “velho Direito Administrativo”, com diretrizes de hierarquização e unilateralidade da Administração, aponta um “novo Direito Administrativo”⁸⁷, que surge em decorrência dos recentes desafios postos pela modernidade, que fizeram com que antigos institutos administrativos fossem reavaliados, a fim de torná-los mais adequados aos objetivos do Estado contemporâneo. Uma dessas novidades é uma maior presença do direito privado na esfera pública.

A supremacia tradicional da Administração Pública frente aos particulares viu-se atenuada por um movimento em direção ao direito privado, possibilitando à Administração maior liberdade de atuação. No entanto, essa libertação das amarras do Direito Administrativo não se faz por completo, já que os gestores públicos não utilizam o direito privado tal qual o fazem os particulares. Observa-se, portanto, um “direito privado administrativizado”, que corresponde ao direito privado aplicado pela Administração Pública, o que torna certa a afirmação de que “o Direito Administrativo não é o único ordenamento regulador da Administração Pública”⁸⁸.

A globalização também influencia para o surgimento de um novo paradigma da Administração Pública, fazendo com que houvesse uma progressiva internacionalização das matérias do Direito Administrativo, bem como que as relações de cooperação e colaboração ganhassem cada vez mais destaque. Isso fez com que a Administração fechada e nacional cedesse, cada vez mais, lugar para uma Administração aberta e internacionalizada⁸⁹, formada

⁸⁵ SCHMIDT-AßMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema.**

⁸⁶ BATISTA JÚNIOR; CAMPOS. *A Administração Pública consensual na modernidade líquida.*

⁸⁷ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica.**

⁸⁸ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**, p. 30-32.

⁸⁹ OTERO. **Manual de Direito Administrativo.**

por redes intergovernamentais, que resultam em fórmulas supranacionais de cooperação e negociação⁹⁰.

O mundo globalizado e interligado exige uma gestão pública mais condizente com a sociedade contemporânea. Nesse sentido, a Administração muda a forma de se relacionar com o povo, colocando-se a serviço do cidadão. Além disso, a transparência, a eficiência, a repartição com os privados de atribuições administrativas e a expansão de práticas inspiradas no modelo privado, tornam-se parâmetros a serem seguidos na contemporaneidade⁹¹.

Esse novo paradigma administrativo é uma resposta às demandas sociais. Um modelo fortemente enrijecido e burocrata não se adequa ao momento atual, que exige uma Administração que busque por melhores resultados, de forma mais célere, utilizando-se de ferramentas dinâmicas e inovadoras⁹².

Com vistas a essas transformações nas esferas social e administrativa, é cabível analisar algumas marcas, destacadas por Eurico Bitencourt Neto, que bem definem os aspectos gerais da Administração Pública Contemporânea e que se relacionam diretamente com as questões relativas ao Diálogo Competitivo. São elas: perfil infraestrutural da Administração Pública; procedimentalização administrativa; multipolaridade de atuação; organização em rede; caráter contratualista e concertado e valorização da eficiência⁹³. Dada a relevância, analisar-se-á cada uma dessas marcas.

Quanto ao aspecto infraestrutural da Administração Pública, cabe ressaltar que se decorre de uma liberalização econômica e de uma retração do aparato prestador do Estado, que fez com que a gestão pública ocorresse com menos foco nas situações individuais e a Administração se tornasse conformadora geral da economia e da sociedade, adquirindo função coordenadora e asseguradora da prestação de serviços básicos, sem, necessariamente, executá-los diretamente⁹⁴. Aponta, nesse sentido, uma feição de ordenação administrativa, pois o Poder Público atua de forma a regular e garantir a ordem coletiva, assumindo um papel de direção a partir do momento em que regula e formula ordens e proibições, ponderando os interesses públicos e privados⁹⁵.

Em perfeita sintonia com o ideal do Estado de Direito democrático e social, verifica-se uma onda de privatização das atividades administrativas, que não se reduziram, pelo contrário,

⁹⁰ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

⁹¹ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**.

⁹² SILVA. Um direito brando? A evolução da ciência do direito administrativo e os traços do “novo direito administrativo”.

⁹³ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

⁹⁴ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

⁹⁵ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

ampliaram-se⁹⁶. Ademais, o caráter prestador se vê sucedido pelo caráter regulador, que valoriza o diálogo público e a formação de consensos e promoção do equilíbrio nas diversas circunstâncias em que há atuação administrativa⁹⁷. Apesar disso, não se pode reduzir o caráter infraestrutural e garantidor em uma Administração supervisora, já que o Poder Público mantém uma responsabilidade subsidiária na execução direta das atividades repassadas aos particulares.

Dando continuidade à análise das marcas da Administração Pública do século XXI, ganha destaque a atuação administrativa procedimentalizada. Primeiramente é válido esclarecer que os procedimentos administrativos são instrumentos que asseguram a sujeição da Administração a critérios de racionalidade, constituindo-se por processos e operações organizados para obter e processar a informação, sendo do Poder Público a responsabilidade por seu desenvolvimento e gestão⁹⁸. São os procedimentos que orientam a tomada de decisão administrativa, tendo o condão de impulsionar a inovação administrativa, motivo pelo qual não podem se limitar ao cenário estritamente formal e tradicional⁹⁹.

O procedimento torna-se a matriz da manifestação administrativa nas múltiplas atividades que exerce, tornando-a mais racional, aberta, participativa e capaz de ponderar os interesses em jogo¹⁰⁰. Por meio dele é possível garantir os direitos individuais, o equilíbrio entre interesses diversos, a participação, a transparência, a cooperação entre variados atores, bem como a eficácia e eficiência da ação administrativa¹⁰¹.

Nota-se que a sujeição administrativa a tal princípio não se limita a assegurar o devido processo legal, com garantia dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, pois, para além disso, ele impõe uma atuação administrativa constitucionalmente orientada, em que as competências públicas, especialmente as discricionárias, sejam utilizadas de forma a se atingir o interesse público, tal qual consagra o Estado de Direito democrático e social¹⁰². Dessa forma, esse princípio se impõe por sua função subjetiva, que garante direitos e interesses dos cidadãos, bem como por sua função objetiva, que assegura a qualidade e legitimação

⁹⁶ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução.**

⁹⁷ MOREIRA NETO. **O Direito Administrativo no século XXI.**

⁹⁸ SCHMIDT-AßMANN, Eberhar. Pluralidade de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos em el derecho alemán, europeo e internacional. *In*: BARNES, Javier (ed.). **La transformación del procedimiento administrativo.** Servilha: Global Law Press, 2008. p. 71-112.

⁹⁹ SCHMIDT-AßMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema.**

¹⁰⁰ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

¹⁰¹ SCHMIDT-AßMANN. Pluralidade de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos em el derecho alemán, europeo e internacional, p. 71-112.

¹⁰² BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da lei federal de processo administrativo. *In*. BITENCOURT NETO, Eurico, MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

democrática das decisões¹⁰³. Conclui-se, portanto, que “tão importante é o conteúdo da decisão como o processo que conduziu à sua formação”¹⁰⁴.

Passa-se agora a uma breve exposição da marca administrativa de multipolaridade, que ressalta a relação da Administração com uma pluralidade indeterminada de sujeitos – externos ou internos à atuação administrativa – que têm interesses diversos e conflitantes, que tornam os procedimentos decisórios mais complexos e capazes de irradiar reflexos para além dos atores diretamente relacionados à decisão, que são os terceiros alheios às tradicionais relações bilaterais¹⁰⁵. A distância que divide o público e o privado, típica dessa bilateralidade, se torna atenuada¹⁰⁶.

Verificam-se relações jurídicas multipolares ou multilaterais decorrentes da diversidade de interesses que compõe a coletividade, ambiente em que uma estrutura bipolar não se adequa¹⁰⁷. Dessa diversidade é possível compreender que o conceito de interesse público não é geral e homogêneo, mas sim fragmentado e apropriado por variados grupos¹⁰⁸. Nesse contexto, uma atuação administrativa vertical e unilateral torna-se questionável, uma vez que uma decisão que leva em consideração os interesses multilaterais se torna mais legítima dentro de um Estado de Direito democrático e social.

Seguindo à análise das características da Administração Pública contemporânea, verifica-se a sua tendência de se organizar em redes, o que decorre das mudanças postas pelas sociedades cada vez mais complexas, que impõe implementação de técnicas de gestão na organização e na atuação administrativa, já que uma organização piramidal, em muitos casos, não é suficiente para assegurar a eficiência administrativa¹⁰⁹. A policêntrica estrutura do Estado atual requer a formação de redes de cooperação entre a Administração e a sociedade¹¹⁰.

Assim, a estrutura administrativa composta por modelos organizacionais coexistentes, dificilmente poderá ser simbolizada por meio de um escalonamento hierárquico¹¹¹. Cresce a organização administrativa em rede de interação entre distintos atores, sejam eles públicos ou privados, o que favorece uma atuação colaborativa, com o uso maximizado de informações¹¹².

¹⁰³ BITENCOURT NETO. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil.**

¹⁰⁴ OTERO. **Manual de Direito Administrativo.**

¹⁰⁵ OTERO. **Manual de Direito Administrativo.**

¹⁰⁶ CASSESE. **A crise do Estado.**

¹⁰⁷ SCHMIDT-ABMANN. Pluralidade de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos em el derecho alemán, europeo e internacional, p. 71-112.

¹⁰⁸ OTERO. **Manual de Direito Administrativo.**

¹⁰⁹ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

¹¹⁰ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema.**

¹¹¹ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução.**

¹¹² BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica.**

Passa-se, agora, aos apontamentos quanto às formas contratualizadas de atuação, em que se destaca a feição concertada da Administração Pública. Primeiramente, importante destacar que a ideia de que o Estado é o único detentor do poder público, que atua de forma unilateral para com os particulares, demonstrando sua posição de superioridade, é ultrapassada nos dias de hoje, momento em que se verifica a possibilidade de reconhecimento de relações contratuais entre a Administração e os particulares¹¹³. Além disso, a consensualidade, que tem cada vez mais permeado as relações entre o público e o privado, juntamente como a privatização das atividades administrativas e a aplicação de técnicas de gestão de empresas privadas, têm se mostrado cada vez mais presentes, fazendo com que o Estado prestador seja sucedido por um Estado regulador¹¹⁴.

Esse Estado prestador tem possibilitado o reconhecimento da legitimidade da atuação contratual da Administração Pública e o desenvolvimento de variadas formas de ações pela via do contrato, em contraposição aos atos unilaterais. Tais atos continuam a existir e não se mostram incompatíveis com a figura do consenso, até porque, muitas vezes, a atuação consensual precede a edição de atos unilaterais¹¹⁵. Assim, notório é que os particulares passam, progressivamente, a ser valorizados enquanto colaboradores, seja por meio de contratos firmados com o Poder Público, seja por meio de outras figuras que asseguram a concertação administrativa¹¹⁶. Assim, a tradicional oposição entre Estado e o mercado se vê atenuada como a assimilação, por aquele, dos modos de agir próprios deste¹¹⁷.

A redução da postura autoritária da Administração e a implementação do uso do contrato são fatores de democratização da atuação administrativa, sendo elementos que favorecem os direitos individuais e que, por consequência, contribuem para a concretização dos fins postos pelo Direito Administrativo¹¹⁸. Essa valorização do contrato se potencializa a partir de um movimento mundialmente conhecido como *New Public Management*, que corresponde a uma abordagem administrativa que utiliza de conhecimentos e experiências do setor privado para aprimorar a eficiência administrativa e que tem como principais características a redução do

¹¹³ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica.**

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. A crise do paradigma do Direito Administrativo. In: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹⁵ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica.**

¹¹⁶ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

¹¹⁷ CASSESE. **A crise do Estado.**

¹¹⁸ MENEZES, Fernando. Contratos Administrativos nos dias atuais. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.

tamanho do governo, o uso de instrumentos de gestão privada, a descentralização, a desburocratização e a privatização¹¹⁹.

Há tempos, o uso do contrato na Administração Pública era muito limitado, no entanto esse instrumento vem se tornando um pilar da governança atual, transformando-se em um veículo para a prestação de diversos serviços públicos, bem como fonte alternativa de regulamento, fazendo com que a hierarquia burocratizada e as formas organizativas tradicionais fossem questionadas¹²⁰. Por meio de variadas formas, o uso do contrato pelo Poder Público mostra-se um fenômeno moderno importante, em que se aproveita dos esforços dos atores privados para aprimorar os serviços do setor público¹²¹.

No entanto, é preciso ponderar que o uso de contratos pela Administração não se mostra necessariamente positivo. Se por um lado é como uma forma de abertura à participação dos particulares e de utilização de técnicas privadas em prol do interesse público, de outro, pode representar uma inadequada transferência de responsabilidades públicas a particulares, em prejuízo do interesse público¹²². Nesse sentido, ressalta-se a relevância de mecanismos de controle eficazes em situações em que há abertura para uma atuação discricionária e flexível¹²³.

Para além da atuação contratual, a Administração concertada se encaixa em um contexto mais amplo, abrangendo outras formas de consenso e diálogo¹²⁴. Tal modelo valoriza a participação dos interessados na etapa de preparação da decisão administrativa, fazendo com que a adesão dos cidadãos a ela seja uma consequência do processo participativo, não uma imposição baseada na autoridade¹²⁵. Com vistas a esse cenário, a substituição da imperatividade pela consensualidade trará o máximo de eficiência para a gestão pública¹²⁶.

Dando continuidade às ponderações das características da Administração Pública do século XXI, segue a análise da última, qual seja, o imperativo de eficiência da atuação administrativa. Tal imperativo vincula a Administração, pois suas ações não mais se justificam apenas pela invocação do interesse público, mas também pela eficiência na gestão pública¹²⁷.

¹¹⁹ VIGODA, Eran. New public management. **Encyclopedia of public administration and public policy**. [S. l.: s. n.], 2003.

¹²⁰ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

¹²¹ DAVIES, A. C. L. **Accountability: a public law analysis of government by contract**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹²² BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

¹²³ BATISTA JÚNIOR; CAMPOS. A Administração Pública consensual na modernidade líquida.

¹²⁴ BITENCOURT NETO. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI.

¹²⁵ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

¹²⁶ MOREIRA NETO. **O Direito Administrativo no século XXI**.

¹²⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

Nesse sentido, a eficiência se torna um fator para a legitimidade democrática, que somente se alcança quando há garantia de uma atuação administrativa de qualidade, que reconhece a multiplicidade de interesses envolvidos¹²⁸.

A eficiência constitui um parâmetro legítimo de atuação administrativa e corresponde ao resultado da relação entre os custos assumidos (meios e recursos) e o resultado final (benefício), sendo que o ideal é se atingir o fim pretendido com a menor quantidade possível de meios¹²⁹. Mas não somente isso, espera-se também que o melhor resultado ocorra de modo rápido e preciso, que ele atenda às necessidades da população e que expresse produtividade no exercício das atribuições administrativas¹³⁰.

Nesse sentido, já que o Estado de Direito democrático e social atribui à Administração Pública a função de bem atender ao interesse público, o cumprimento desse dever tem que se dar de modo eficiente, motivo pelo qual os institutos do Direito Administrativo giram em torno desse ideal¹³¹. Esse ramo do direito começa, então, a se preocupar com questões inerentes ao setor privado, como o controle dos resultados, a racionalização dos recursos e a preocupação com o cliente, o que fez com que as técnicas de gestão privadas se tornassem valorizadas nas ações administrativas¹³².

Espera-se que o gestor público faça mais, com menos recursos. Que o resultado de suas ações seja alcançado de forma célere, sendo o mais adequado aos fins pretendidos. Que a atuação administrativa seja sensível à multiplicidade de interesses públicos e que se lance mão de ferramentas participativas, além de que se faça uso de mecanismos de gestão privada, em detrimento de práticas excessivamente burocráticas. Tendo como parâmetro norteador o Estado de Direito democrático e social, espera-se que a Administração Pública seja cada vez mais eficiente.

Tendo em vista a breve análise feita acima acerca das marcas gerais da Administração Pública contemporânea, foi possível perceber que as características citadas se relacionam umas com as outras, ou seja, os aspectos apresentados não têm existência isolada, mas sim formam um conjunto interligado. Verifica-se, portanto, que os elementos da Administração Pública e, em decorrência, do Direito Administrativo estão estruturados e conectados dentro de um sistema.

¹²⁸ SCHMIDT-AßMANN. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos.

¹²⁹ SCHMIDT-AßMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema.**

¹³⁰ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução.**

¹³¹ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa.**

¹³² BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica.**

Nessa linha, a partir do pensamento sistematizador proposto por Eberhard Schmidt-Aßmann é possível identificar a existência de um Sistema do Direito Administrativo, que é formado pela harmonização e unificação de todo o Direito Administrativo, em que se nota uma contínua e recíproca interação de seus elementos inseridos em um complexo emaranhado interno e a constante interação entre eles tende a constituir um conjunto coerente e harmônico, sem contradições¹³³.

De forma a complementar esse entendimento, tem-se como características dos sistemas jurídicos a ordenação e a unidade, aquela se refere à adequação interna e real de algum elemento do sistema, já esta à unificação da ordem jurídica, por não permitir uma dispersão de singularidades desconexas¹³⁴. Assim, cada figura dentro do sistema deve ser vista em um contexto cada vez mais amplo, que possibilite uma visão de conjunto e uma ampliação de horizontes de análise, bem como assegure a evolução dogmática e a capacidade de adaptação de cada instituição com o universo sistêmico¹³⁵. Nota-se que o processo de sistematização é dinâmico, sendo que por ele é possível identificar os conflitos e neutralizar as contradições existentes nesse ramo do direito.

De acordo com o exposto acima, verifica-se que o sistema em que a Administração Pública do século XXI e o Direito Administrativo contemporâneo estão inseridos se mostra cada vez mais evoluído, em sinergia com a sociedade moderna. Seus novos elementos devem harmonizar com o universo sistêmico, sem conflitar com os elementos que já compõem o conjunto. Nesse sentido, a citada teoria de Schmidt-Aßmann é capaz de ajudar.

Temos que olhar para essa teoria e pensar no futuro. É preciso, cada vez mais, evoluir o Direito Administrativo e mudar as bases sobre as quais a Administração Pública atual se mantém, conferindo maior importância ao consenso e à cooperação com os setores privados. Apesar de velhos conceitos ainda estarem arraigados na cultura administrativa, a modernidade se aproxima e já está sendo recebida de braços abertos.

1.3 Administração Pública Dialógica

A sociedade vem passando por um processo de evolução, que repercute em mudanças de antigos preceitos da Administração Pública e do Direito Administrativo. Anos atrás, as

¹³³ SCHMIDT-AßMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*.

¹³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

¹³⁵ SCHMIDT-AßMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*.

mudanças e transformações sociais eram mais lentas, e a dificuldade de se ter acesso e de se trocar informações contribuía em grande medida para esse processo ser quase estático. Realidade que não se vê nos dias de hoje.

Com a contemporaneidade, os povos se conectaram, o acesso às informações tornou-se mais simples e rápido e as sociedades começaram a vivenciar céleres processos de mudanças. A nova realidade social espelha a lógica do mundo atual: todos estão conectados. Isso acaba por majorar o conhecimento que cada um tem dos seus direitos frente à coletividade em que vive.

No centro de tantas transformações encontra-se uma revolução tecnológica. A tecnologia da informação tornou-se ferramenta indispensável para possibilitar a formação de redes dinâmicas e autoexpansíveis, referentes aos domínios social, cultural e econômico. Tantos foram os campos da vida que passaram por evolução, que é possível falar em uma transformação multidimensional no fim do último milênio¹³⁶.

Surge um novo corpo social, cuja estrutura pós revolução tecnológica pode ser denominada de sociedade em rede, pois é composta de redes de produção, poder e experiência, bem como por fluxos globais que transcendem o tempo e o espaço¹³⁷. Essa lógica difusa de sociedade se expande de maneira dinâmica, superando, aos poucos, formas sociais já constituídas¹³⁸.

Devido à organização social em rede, verifica-se a exigência de o Estado também possibilitar maior capilaridade a seus órgãos e entidades administrativas, facilitando a absorção e internalização das demandas advindas da sociedade. Além disso, a organização político-administrativa começa a ser compreendida dentro da lógica difusa, não sendo mais viável conceber uma estrutura administrativa incomunicável, hermética e autocentrada¹³⁹.

Nota-se que as relações de poder também passam por um processo de transformação, que se manifesta, principalmente, por meio de uma crise do Estado soberano conjugada a uma crise da democracia política. O mundo globalizado, com fronteiras indefinidas, origina uma nova geometria do poder, o que leva à formação de um Estado em rede¹⁴⁰. Assim, a atuação estatal deve ser legitimada dentro da nova lógica social.

¹³⁶ CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3.

¹³⁷ CASTELLS. **Fim de milênio**.

¹³⁸ CASTELLS. **Fim de milênio**.

¹³⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, 2009.

¹⁴⁰ CASTELLS. **Fim de milênio**.

Nessa conformação da sociedade, o Estado, como um conjunto de organismos de decisão e de execução, desenvolve mais as funções de mediação e de garantidor, do que o poder de império, que é uma manifestação clássica da soberania¹⁴¹. Isso porque a escolha constitucional pela democracia faz com que o exercício do Poder Público seja autorizado, legitimado e controlado pelo povo, sendo tal exercício visto como expressão de liberdade e de autogoverno pelos cidadãos, que podem dele participar em igualdade de condições¹⁴².

No Estado de Direito democrático e social a atividade de uma Administração plural, dentro de uma estrutura especializada, requer correntes de informações para garantir sua eficácia, sejam elas de cima para baixo, ou de baixo para cima¹⁴³. Ganham relevância, portanto, a comunicação, a participação e o consenso. Assim, em um cenário de aprofundamento da democracia participativa, o poder administrativo inserido na filosofia do consenso, em vez de impor, o que seria um gesto de autoridade, procura convencer, o que seria um gesto de captura de interessados¹⁴⁴.

Logo, a adoção de uma estrutura administrativa puramente hierarquizada não assegura legitimidade completa às decisões tomadas, uma vez que o intercâmbio de informações entre a sociedade e o Estado legitima o atuar público. É possível afirmar que o Direito não pode mais se ater, apenas, à mera construção dogmática de técnicas, categorias e regras jurídicas, mas também deve se ocupar de elementos que tornem sua atuação mais efetiva e eficaz. Nesse contexto, destaca-se o Estado Cooperativo, segundo o qual somente por meio da cooperação com a sociedade que o Estado pode obter informações de que precisa para concretizar suas funções e atribuições públicas. Esse fenômeno tem passado por um crescimento notável na prática administrativa, em que decisões individuais passam a converter-se em procedimentos cooperativos¹⁴⁵.

O modelo cooperativo evidencia a relevância do procedimento e da organização administrativa como elementos legitimadores. A procedimentalização pode ser vista como processos e operações ordenados de forma racional, que têm como um de seus objetivos a obtenção e o processamento de informação, servindo, portanto, para estruturar a aquisição de conhecimentos por parte da Administração¹⁴⁶. Trata-se de uma arcabouço complexo e

¹⁴¹ BOBBIO, Noberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010.

¹⁴² SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁴³ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁴⁴ OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1.

¹⁴⁵ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁴⁶ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

dinâmico, que ganha relevância em um Estado multitarefas¹⁴⁷. Já o Direito da organização permite que as atividades administrativas e a participação dos cidadãos se insiram em estruturas organizacionais, que devem espelhar o interesse público geral. Tal direito, apesar de ser geralmente estático, está aberto a inovações¹⁴⁸.

Uma forma de manifestação desse procedimento organizado é a participação procedimental, que pode ser decomposta em duas vertentes: a primeira, de caráter subjetivo, tem finalidade garantidora e se refere a um direito genérico de participação; já a segunda, de caráter objetivo, oferece ao gestor público a possibilidade de colher informações para proferir uma decisão imparcial e qualificada¹⁴⁹. Ambas as possibilidades têm o viés de assegurar a justiça ao permitir a proteção de um direito de um privado; a democracia, ao possibilitar aos interessados a participação no processo decisório; e a eficiência, por oferecer à Administração um maior conhecimento para fundamentar suas escolhas¹⁵⁰.

Nota-se que a participação administrativa se destaca por ser um meio de consolidação dos direitos fundamentais, uma vez que possibilita o aperfeiçoamento das prestações públicas em atenção às particularidades das demandas dos cidadãos¹⁵¹. Isso ocorre, pois – ao possibilitar que o cidadão interessado se envolva no processo e defenda seus interesses – a Administração Pública abre margem para entender melhor as demandas sociais, e, conseqüentemente, proferir decisões e resolver problemas com maior conformidade com o interesse público.

O uso de procedimentos participativos se conecta com a identificação do interesse coletivo, limita a discricionariedade do administrador, atenua a unilateralidade dos atos administrativos e associa-se a práticas baseadas no consenso, na negociação e na conciliação de intenções¹⁵². Tudo isso conjugado com o relevante papel de possibilitar que os direitos constituídos sejam, de fato, consolidados. Daí a relevância da participação como instrumento legitimador da gestão pública.

Mas, para que a participação ocorra de forma efetiva, é essencial que exista estruturação e organização. Assim, a Administração democrática não pode ser estruturada como um bloco fechado, tampouco como uma manifestação de difusão na esfera social, pois igualdade

¹⁴⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁴⁸ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁴⁹ BITENCOURT NETO. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil**.

¹⁵⁰ BITENCOURT NETO. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil**.

¹⁵¹ LIMA. **Administração pública dialógica**.

¹⁵² MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**.

democrática exige iguais oportunidades de participação¹⁵³. Além disso, são necessárias regras que assegurem os interesses gerais e os de terceiros, já que, para que a participação formal ocorra, muitas vezes se faz necessária uma intensa “reformatização”¹⁵⁴.

Essa Administração multifacetada do Estado de Direito democrático e social tem como característica a legitimidade baseada no procedimento, que possibilita complementar a legitimidade baseada na titularidade de competências administrativas, aumentando a relevância no modo como as atividades são executadas¹⁵⁵. Isso porque não há instituto do Direito Administrativo que possa se definir por si só, já que esse é “o espaço dos atos jurídicos necessitados de legitimação”¹⁵⁶.

Verifica-se que há legitimação pelo procedimento quando os destinatários desempenham um papel na elaboração da decisão, o que majora a disposição em aceitar a decisão tomada como a melhor solução¹⁵⁷. Assim, a formação da opinião e da vontade na esfera pública se faz por meio de estruturas de comunicação orientadas ao entendimento e ao diálogo, e a deliberação realizada de forma procedimental favorece a racionalização¹⁵⁸.

No entanto, para que se verifique a participação democrática acontecer, de fato, na prática administrativa, é necessário haver uma predisposição para tanto, uma abertura da Administração Pública ao diálogo. Devem ser criados meios para que a participação ocorra, sob pena da intervenção dos cidadãos no resultado do processo decisório ser meramente formal¹⁵⁹.

Em decorrência desse processo evolutivo em que a relevância da participação, do consenso e do diálogo vem se tornando cada vez mais evidente, emerge a Administração Dialógica. Essa faceta administrativa surge dentro do já citado Estado Cooperativo, como consequência do notável crescimento da interação com o público na prática administrativa atual.

Cabe pontuar que nos tempos da Administração fortemente burocrata era impensável que a esfera pública se mostrasse aberta ao diálogo com o setor privado, o que hoje é reconhecido, inclusive, como instrumento de legitimação da atuação administrativa. Dessa forma, o modelo dialógico vem contrastar com o tradicional modelo de Administração

¹⁵³ SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa**: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵⁴ SCHMIDT-AßMANN. **Dogmática jurídico-administrativa**.

¹⁵⁵ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**.

¹⁵⁶ SCHMIDT-AßMANN. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos.

¹⁵⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 418.

¹⁵⁹ LIMA. **Administração pública dialógica**.

monológica, refratária à utilização de mecanismos comunicacionais, sejam eles internos ou externos à esfera pública¹⁶⁰.

Fato é que o Poder Público vem percebendo que uma atuação rígida, formalista e totalmente delimitada pela lei não confere condições para se alcançar o interesse público. Por consequência, a gestão pública vem se mostrando mais aberta, moderna, democrática e passível de desempenhar suas tarefas ordenada pelo diálogo com a sociedade, a fim de atingir seus objetivos e finalidades. Observa-se, portanto, o crescimento da relevância da cooperação entre as esferas públicas e privadas, o que afasta uma gestão pública fundada em valores pré-concebidos pelo Poder Público¹⁶¹.

A Administração Dialógica corresponde a uma linha de evolução e transformação da Administração Pública do século XXI. É possível afirmar, inclusive, que a transição democrática na gestão pública se torna completa a partir desse modelo dialógico, que abre as portas da esfera administrativa aos cidadãos, bem como possibilita a resolução das demandas de acordo com as reais necessidades sociais¹⁶².

Nesse ponto é relevante alertar que o diálogo do Poder Público com a sociedade civil representa um enriquecimento do processo decisório e não uma subordinação administrativa ao conhecimento do particular, ou seja, não se defende aqui a adesão a toda sugestão posta pela sociedade civil¹⁶³, já que a “Administração não está obrigada a buscar sempre o consenso antes de impor coercitivamente uma decisão”¹⁶⁴. Percebe-se que o Poder Público detém o seu caráter de autoridade e autonomia, mas nos tempos atuais, cada vez mais se torna adequada uma gestão que prestigia a participação coletiva.

O atuar dialógico, de forma semelhante ao modelo gerencial de administração, também persegue a eficiência. Nesse novo modelo, a partir do momento em que terceiros atuam junto da Administração Pública, pretende-se também possibilitar o alcance de resultados mais satisfatórios e a redução da discricionariedade administrativa e dos custos, bem como pretende-se conferir maior legitimidade à gestão.

São variadas as formas em que a Administração se abre ao diálogo com o ator privado. Serão citadas aqui três categorias de participação, quais sejam: os acordos ou contratos, que substituem a atuação administrativa unilateral por uma decisão consensual; acordos

¹⁶⁰ OLIVEIRA; SCHWANKA. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI.

¹⁶¹ LIMA. **Administração pública dialógica.**

¹⁶² LIMA. **Administração pública dialógica.**

¹⁶³ VALLE. **Direito fundamental à boa administração e governança.**

¹⁶⁴ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema.**

endoprocessuais, que, apesar de não substituírem a decisão unilateral da Administração Pública, podem interferir no seu conteúdo final pela precedência de atos consensuais; e a audiência prévia dos interessados em decisões desfavoráveis, que permite ao Poder Público tomar conhecimento de outras perspectivas do caso concreto antes de tomar sua decisão¹⁶⁵. Em todas essas possibilidades, verifica-se a importância da informação.

A informação, apesar de ampliar as possibilidades de ação e as esferas de liberdade, faz surgir também novos perigos. Daí o entendimento de Schmidt-Aßmann de que deve existir um direito da informação desenvolvido para regular o direito de dispor e receber informações, bem como para regular a proteção ao sigilo e às questões ligadas à responsabilidade¹⁶⁶. Esse regime jurídico proposto se torna de grande relevância por ter uma dimensão positiva, que possibilita o Estado agir, e uma dimensão negativa, que se trata de uma proteção contra a ação estatal excessiva. Assim, novas técnicas de informação têm conduzido a uma mudança na conduta habitual da Administração, o que faz com que abram novas possibilidades de obtenção de informações sobre processos e circunstâncias de forma mais direta, rápida e ampla¹⁶⁷.

A informação é obtida por meio da ação comunicativa, situação em que ganham destaque os atores privados, que podem contribuir com conhecimento técnico relevante para a racionalidade e a qualidade das decisões administrativas. Quanto a esse ponto, merece destaque um tipo de participação que pode ser chamada de pericial, na qual o particular é chamado ao diálogo por seus conhecimentos técnicos, que podem ser bem aproveitados na tomada de decisão administrativa¹⁶⁸. Dessa forma, a Administração deve permitir a utilização de *know-how* técnico por meio da cooperação com o setor privado¹⁶⁹.

Nesse ambiente da Administração Pública Dialógica, o consenso também ganha destaque por ser um instrumento que valora as decisões administrativas como corretas ou como dignas de reconhecimento, cujo peso se torna mais evidente em situações que envolvem discricionariedade e a necessidade de ponderar interesses¹⁷⁰. Assim, o consenso se torna uma maneira de consolidar a confiança nas relações entre os cidadãos e o Poder Público, o que evidencia uma circularidade virtuosa: para que exista consenso é necessário haver um mínimo de confiança; já para que exista confiança, deve existir um mínimo de consenso¹⁷¹.

¹⁶⁵ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

¹⁶⁶ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁶⁷ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁶⁸ LIMA. **Administração pública dialógica**.

¹⁶⁹ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁷⁰ SCHMIDT-ABMANN. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**.

¹⁷¹ MOREIRA NETO. **O Direito Administrativo do Século XXI**.

A prática do consenso-negociação entre a Administração Pública e administrados, mesmo quando executada de maneira informal, torna-se relevante para possibilitar a identificação dos interesses protegidos pelo Poder Público, que se volta para a coletividade e se torna mediador de conflitos de diversos interesses. Assim, o agir administrativo não se mostra mais centrado no ato como único instrumento de definição e atendimento do interesse público, pelo contrário, a Administração se torna cada vez mais aberta à colaboração dos particulares. Verifica-se, portanto, uma progressiva substituição dos atos unilaterais e impositivos, por relações pautadas na negociação, na troca e no diálogo, evidenciando um processo de contratualização administrativa¹⁷².

Esse modelo dialógico de administrar também recebe a denominação de Administração Consensual, Administração Cooperativa e Administração Concertada. Todas essas nomenclaturas representam a predisposição pública por diálogo, negociação, acordos, consenso e participação, cuja aceitação, no entanto, não se mostra uma unanimidade na gestão pública.

A ideia de participação administrativa ainda se mostra limitada por uma herança da cultura organizacional autoritária e centralizada¹⁷³. A superação de pensamentos tradicionais ainda muito arraigados na prática pública se faz necessária para que a evolução administrativa rumo à atuação dialógica se concretize de fato. A Administração e os cidadãos não podem ser vistos como polos opostos e conflitantes, sendo certo que a superação dessa resistência é indispensável para construir relações de colaboração¹⁷⁴.

Da burocracia clássica ainda fortemente presente no seio da Administração Pública também decorrem outros problemas: a participação pode se tornar limitada a setores secundários da atividade administrativa; o gestor público pode tentar manipular os atores – o que levaria a uma participação falsificada; bem como essa prática pode ser utilizada apenas para apresentar críticas e contestações, em descompasso com o seu objetivo primordial, que é buscar soluções¹⁷⁵. Outro ponto que merece destaque é a posição passiva que a Administração reiteradamente assume frente ao diálogo com os particulares, tornando-se meramente receptora das informações postas, sem se comprometer a realmente levá-las em consideração no processo decisório, ou seja, a resposta dialógica da administração não se mostra favorável ao ambiente de deliberação¹⁷⁶.

¹⁷² OLIVEIRA; SCHWANKA. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI.

¹⁷³ LIMA. **Administração pública dialógica.**

¹⁷⁴ VALLE. **Direito fundamental à boa administração e governança.**

¹⁷⁵ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução.**

¹⁷⁶ VALLE. **Direito fundamental à boa administração e governança.**

Percebe-se que tal postura da Administração deve evoluir no sentido de construir um lugar favorável às trocas de conhecimento entre os setores público e privado. Tal troca é de extrema valia para construção de uma prática administrativa eficiente, em que o Poder Público tende a se mostrar cada vez mais aberto ao diálogo com o particular.

1.4 Aspectos gerais do Diálogo Competitivo

Em conformidade com os preceitos da Administração Pública contemporânea, encontra-se o Diálogo Competitivo, que é uma modalidade licitatória prevista na Lei nº 14.133/2021, a nova Lei Geral de Licitações e Contratos brasileira. Por meio dele, uma entidade pública tem a possibilidade de dialogar com licitantes, e tal interação comunicativa é recomendada em situações nas quais a complexidade técnica do objeto a ser licitado é tamanha, que a Administração Pública tem limitações em especificar o objeto a ser licitado.

Tal lei inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao prever essa modalidade licitatória, que espelha as alterações e o progresso que vêm ocorrendo decorrentes da mudança de paradigma da Administração Pública. Como já visto anteriormente, a participação privada junto ao Poder Público, por meio de cooperação, é um traço marcante do novo e moderno atuar administrativo, fruto de um processo evolutivo de todo o Estado, que vem conferindo características que antes eram impensáveis à esfera pública. Como resultado, a Administração Pública torna-se mais aberta ao diálogo com os particulares, o que repercute em decisões mais legítimas, democráticas, racionais e eficientes. Enriquece-se, pois, o processo decisório¹⁷⁷.

Sua origem é europeia, onde, antes de sua implantação, as autoridades públicas contratantes enfrentavam dilemas para determinar e delimitar licitações relativas a contratos de objetos complexos, nas quais os gestores públicos sabiam quais eram suas necessidades, mas não sabiam, aprioristicamente, quais as melhores formas de satisfazê-las. Nesses casos se tornava notória a necessidade de diálogo entre os envolvidos no processo, o que, à época, se tornava limitado tendo em vista que as previsões das diretivas deixavam apenas uma margem pequena de possibilidade às discussões em procedimentos de adjudicação¹⁷⁸.

Em tais situações, mesmo se o ente contratante tivesse uma boa ideia para resolver algum problema para o qual precisava de solução, variadas vezes enfrentava dificuldade quanto

¹⁷⁷ VALLE. **Direito fundamental à boa administração e governança**, p. 142.

¹⁷⁸ UNIÃO EUROPEIA. Comisión de las Comunidades Europeas. **La Contratación Pública en la Unión Europea**. 1998. Disponível em: http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxius/doc_11845514_1.pdf. Acesso em: 3 jul. 2021.

a características chaves e pontos cruciais da potencial solução. Verificou-se que os procedimentos licitatórios disponíveis não eram suficientes para oferecerem a flexibilidade de que certos projetos necessitavam. Surgiu, então, o Diálogo Competitivo¹⁷⁹.

Ele foi introduzido ao Direito Europeu pela Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, no qual recebeu o nome de diálogo concorrencial. Tratava-se de uma solução para as contratações que a Administração Pública considerava complexas, pois possibilitava ao Poder Público contar com o conhecimento técnico de operadores econômicos que, a partir de então, podiam colaborar com o Estado para definição do objeto a ser licitado¹⁸⁰.

O instituto foi mantido na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que revogou a anterior. Ambos os dispositivos guardam diversas semelhanças, mas uma significativa diferença entre eles é que o diálogo, em um primeiro momento, era uma medida opcional aos Estados-membros, tornando-se, com a nova diretiva, medida obrigatória a ser adotada por esses países.

Trata-se, portanto, de um procedimento para a adjudicação que tem a finalidade de permitir que uma entidade pública – que sabe o resultado que quer alcançar, porém não sabe a melhor forma de consegui-lo – tenha oportunidade de dialogar com os licitantes para definição das melhores soluções, antes do lance final¹⁸¹. No entanto, apesar de a abordagem consultiva ser interessante, a autoridade, ao fazer uso do diálogo, deve ter clara compreensão prévia das possíveis soluções técnicas, os pontos fortes e fracos das soluções, a alocação ótima dos riscos e os custos aproximados. Dessa forma, quanto maior o entendimento pormenorizado da entidade adjudicante quanto às suas necessidades que podem ser atendidas, maior será a sua capacidade de apreciar as soluções apresentadas no diálogo com o particular¹⁸².

Apesar da vantagem advinda do uso desse instrumento licitatório, o Diálogo Competitivo recebe diversas críticas. Dentre elas, critica-se a necessidade de lidar com uma considerável incerteza e imprecisão das regras jurídicas, pois referida falta de certeza afeta a utilização e o funcionamento do Diálogo Competitivo, bem como parece dificultar a sua utilização de forma significativa em alguns Estados-membros¹⁸³.

¹⁷⁹ BURNETT. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O diálogo competitivo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 5.

¹⁸¹ BURNETT. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments, p. 1.

¹⁸² BURNETT. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments, p. 4.

¹⁸³ ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. Competitive dialogue in the EU. *In*: ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Nota-se que se trata de um procedimento aberto e dinâmico, que oferece flexibilização do procedimento em contratos de elevada complexidade, situação que decorre de duas circunstâncias. A primeira, quando a entidade adjudicante não tem condições técnicas de satisfazer alguma necessidade pública previamente identificada, ou porque desconhece as opções oferecidas pelo mercado, ou porque desconhece até que ponto o mercado pode atuar em relação à necessidade pública em questão; já a segunda ocorre pela incapacidade do setor público em definir unilateralmente a estrutura jurídica e financeira de um futuro contrato, por não conhecer o que o mercado tem, ou pode ter, ou está disposto a oferecer¹⁸⁴.

Devido a essas particularidades do instrumento, o Diálogo Competitivo, em geral, tem sido bem recebido na Inglaterra, por ser considerado, pelos setores público e privado, um valioso acréscimo às possibilidades disponíveis de procedimentos de adjudicação. No entanto, tal instrumento também é alvo de críticas, parte devido ao fato de as regras jurídicas serem consideradas muito inflexíveis e incertas para uma aquisição comercial eficaz, e parte devido à maneira como o Diálogo Competitivo é operado na prática, com uso excessivo e falta de planejamento e foco, o que acarretou em custos desnecessários e prazos prolongados para a finalização¹⁸⁵.

Seguindo um rumo diferente, encontra-se Portugal, que possui um ordenamento jurídico enrijecido, com regras tais como a proibição de adoção de uma fase de negociação e a proibição dos candidatos apresentarem mais de uma solução, o que impossibilita o aproveitamento de todas as potencialidades que o mercado tem a oferecer, bem como dificulta a promoção da inovação no país¹⁸⁶. Nota-se que quando da revisão do Código dos Contratos Públicos, em 2017, conservou-se, no país, algumas normas antigas, que não favorecem a aplicação do Diálogo Competitivo, demonstrando a grande possibilidade de o futuro do procedimento não ser grandioso naquele local¹⁸⁷. Mas, faz-se importante advertir que o sucesso desse instituto depende do comportamento das entidades adjudicantes, que devem obter especialização técnica, conhecimento do mercado e outras competências que auxiliem a ultrapassar as barreiras práticas que podem surgir com o uso do Diálogo Competitivo¹⁸⁸.

¹⁸⁴ KIRKBY MARK, Bernardo. **O diálogo concorrencial**. Estudos de Contratação Pública-I, 2008.

¹⁸⁵ ARROWSMITH, Sue; CRAVEN, Richard. Competitive dialogue in the United Kingdom. *In: ____*. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁸⁶ DOMINGOS, Ana Eunice Reis. **Contratação pública de soluções inovadoras**. Lisboa: Lisbon International Press, 2020. p. 81.

¹⁸⁷ SANTOS, Luciana Sousa. O diálogo concorrencial. *In: GOMES, Carla Amado et al. (coord.)*. **Comentários à revisão do Código de Contratos**. 3. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019. p. 601.

¹⁸⁸ SANTOS. O diálogo concorrencial, p. 601.

Evidenciando esse contraste, verifica-se que o Diálogo Competitivo tem sido um valioso instrumento de contratação pública, amplamente utilizado em alguns países, apesar de, na maioria dos Estados-membros da União Europeia, até então ter desempenhado um papel muito limitado. É possível observar que esse procedimento não tem se mostrado adequado a todos os países, porém em outros é notório o potencial para abranger e melhorar a utilização¹⁸⁹.

Já quanto ao Brasil, a previsão normativa é recente, tendo, portanto, pouco conteúdo nacional sobre o assunto, o que torna importante recorrer à literatura internacional para um estudo aprofundado sobre a matéria. Entende-se que o Diálogo Competitivo é um instrumento capaz de contribuir com os procedimentos de formação dos contratos públicos brasileiros, uma vez que aqui se enfrenta as mesmas dificuldades que, na Europa, motivaram a criação do instituto. Mas a flexibilidade proporcionada por esse instituto, apesar de coadunar para resolver questões problemáticas no país, pode se mostrar inapropriada a alguns aspectos ligados à cultura da Administração Pública Brasileira, tais como a corrupção notória dentre autoridades públicas; as dificuldades que certamente o gestor público enfrentará para lidar com a discricionariedade nos procedimentos licitatórios; e a forte presença de órgãos de controle, que reduz a governança do gestor responsável pela contratação pública¹⁹⁰.

Percebe-se, portanto, que o Diálogo Competitivo brasileiro corre o risco de, assim como em alguns países europeus, ter previsão normativa, sem aplicação efetiva. Certo é que países que têm um histórico mais forte de uso da discricionariedade lidam melhor com o procedimento adjudicatório flexível. Cultura esta que o Brasil não apresenta, o que faz com que os atores públicos brasileiros tenham que despender grande esforço para lidar de forma adequada com esse instituto¹⁹¹.

Tendo em vista essa antiga aplicação na Europa do Diálogo Competitivo, desde 2004, contraposta à implantação recente no Brasil, entende-se que a experiência europeia pode auxiliar no processo da utilização brasileira dessa modalidade licitatória. Dessa forma, uma pesquisa aprofundada desse instituto na Inglaterra e em Portugal torna-se de grande importância, pois permite identificar experiências e aprendizagens vivenciadas em ordenamentos diferentes, fornecendo elementos que beneficiam a interpretação e a prática de uso desse instrumento dentro do direito administrativo brasileiro. É o que se passa a fazer nos capítulos se seguem.

¹⁸⁹ ARROWSMITH; TREUMER. Competitive dialogue in the EU.

¹⁹⁰ OLIVEIRA. **O diálogo competitivo brasileiro**, p. 58.

¹⁹¹ OLIVEIRA. **O diálogo competitivo brasileiro**, p. 59.

2 CONTEXTO DE INSERÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NOS PAÍSES SELECIONADOS

O foco desse estudo comparado é pesquisar sobre o Diálogo Competitivo na Inglaterra, em Portugal e no Brasil. No entanto, para que seja viável realizar uma pesquisa aprofundada em um instituto isolado do Direito Administrativo, por meio de uma análise microcomparativa, faz-se necessário um estudo macrocomparativo prévio do contexto em que o referido instrumento do direito está inserido. Assim, ao final, será realmente possível contribuir para uma efetiva aplicação desse instrumento legal no Brasil, bem como auxiliar na utilização desse instrumento legal por parte da Administração Pública brasileira.

Referida análise macrocomparativa faz-se necessária, pois o Direito Administrativo tem grande vínculo com os valores constitucionais, as instituições e as tradições nacionais; assim, qualquer abordagem comparativa deve, previamente, estudar o contexto institucional em que o instituto se insere, para que isso possa ser levado em consideração quando da comparação cerne da pesquisa¹⁹². Ademais, não é possível desconectar um conceito das regras do sistema jurídico no qual ele está inserido, já que seu conteúdo é definido pelo contexto de regras que regulamentam a matéria jurídica específica, bem como por todos os outros elementos de um determinado sistema, que contribuem por conformar esse conceito¹⁹³.

O que se pretende é realizar uma preparação relativa às ordens jurídicas dos países alvos da pesquisa para que seja possível compreender o sistema administrativo de cada país, bem como embasar e dar sustentação à pesquisa, objeto desse trabalho. Espera-se, portanto, entender o ambiente jurídico em que o Diálogo Competitivo se encontra inserido em cada país, ambiente esse que pode favorecer, ou não, o uso do referido instrumento legal.

Para tanto, faz-se necessário um rigor metodológico que garanta que a pesquisa seja consistente. Dessa forma, a macrocomparação será realizada por meio de uma comparação subjetiva, tendo como diretrizes os seguintes parâmetros: (1) organização jurídica e aspectos gerais do sistema jurídico analisado; (2) dimensão da abertura à cooperação entre Estado e atores privados; (3) margem de discricionariedade e autonomia da Administração Pública; e (4) abrangência do sistema de controle e dos mecanismos de sanções.

¹⁹² BELL. Comparative Administrative Law.

¹⁹³ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 61, n. 3, p. 189-212, 2016.

2.1 Contexto de inserção do Diálogo Competitivo na Inglaterra

A partir da visão geral da evolução do Direito Administrativo, realizada no capítulo anterior, é cabível uma análise específica das particularidades do Direito inglês, que será a base para analisar, posteriormente, o Diálogo Competitivo nesse país. Como já referenciado acima, o estudo do Diálogo Competitivo na Inglaterra, bem como nos outros países, deve ser precedido da pesquisa sobre o contexto em que ele se insere.

O cenário inglês é muito diferente do português e do brasileiro, que, conforme será relatado abaixo, são Direitos de base romanística. A grande diferença se inicia pelo sistema jurídico, *common law*, que tem por base usos, costumes e decisões judiciais, não o direito escrito. Percebe-se, pois, que nesse sistema os precedentes judiciais e os papéis desempenhados pelos juízes adquirem grande relevância.

Certo é que a Inglaterra não possui uma constituição escrita e codificada, o que não representa, entretanto, a inexistência de normas constitucionais, já que tais normas podem ser encontradas em decisões constitucionalmente significativas dos tribunais e, cada vez mais, nos estatutos que tratam de questões constitucionais. Nesse país não existe na legislação uma divisão clara entre público e privado, nem lei geral referente ao direito administrativo, mas sim alguns estatutos relevantes na matéria, sendo notório que grande parte da doutrina e dos fundamentos do controle foi desenvolvido pelas sucessivas decisões judiciais¹⁹⁴.

Historicamente, o Direito inglês não vivenciou, assim como o restante do continente, uma renovação provocada pelo Direito romano ou pela codificação. Seguindo um caminho diferente, esse direito se desenvolveu de forma autônoma, sofrendo limitadas influências dos contatos com outros países. Esse sistema jurídico valoriza a continuidade histórica, alcançada por meio de um longo processo evolutivo que não sofreu alterações muito significativas¹⁹⁵.

Quanto ao contexto histórico do direito administrativo moderno, nota-se que no início do século XIX a Europa vivenciou um aumento do intervencionismo estatal, período em que, sob influência da Revolução Francesa e dos novos estados liberais, o continente viu o nascimento desse ramo do direito. No mesmo período, na Inglaterra, os principais partidos políticos também começaram a abandonar a antiga concepção de governo mínimo e estático, aceitando a necessidade de alguma intervenção¹⁹⁶. No entanto, os juristas ingleses, com

¹⁹⁴ DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. In: FIORITTO, Alfredo (coord.). **Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato**. Giappichelli, 2017. p. 389-412.

¹⁹⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Lisboa: Meridiano, 1978. 638 p.

¹⁹⁶ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**.

destaque para Albert Venn Dicey, não reconheciam a existência autônoma desse ramo do direito no sistema inglês.

Referido autor publicou, no ano de 1885, a obra *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution*, que foi a principal influência doutrinária sobre o pensamento constitucional inglês no final do século XIX e em grande parte do século XX. Seus trabalhos influenciaram de forma significativa o desenvolvimento do direito administrativo, até os dias atuais, o que pode ser chamado de “Herança Diceiana” (*Diceyan Heritage*). Isso se deve à atitude hostil de Dicey em relação ao direito administrativo, mais especificamente quanto ao sistema francês, o que pode ser considerado um motivo para um retardamento, em décadas, do desenvolvimento do Direito Administrativo inglês¹⁹⁷.

Antes de aprofundar no pensamento de Dicey acerca do Direito Administrativo, é cabível uma breve exposição sobre seu entendimento acerca da Constituição britânica, que, para ele, centrava-se em dois princípios gêmeos, quais sejam, a soberania do Parlamento e do Estado de Direito (*rule of law*), que formariam o núcleo da Constituição não escrita, bem como as liberdades civis, em especial a pessoal, a de discussão e a de reunião pública. De acordo com o autor, esses dois princípios associados confeririam equilíbrio ao Direito Constitucional, consolidando, na consciência nacional, como princípios fundamentais imutáveis e gerando, por consequência, uma visão estática da Constituição¹⁹⁸.

Para melhor compreensão, é cabível o entendimento desse autor acerca do *rule of law*. Primeiro, deve-se ter em mente que esse princípio se opõe a toda forma de governo exercido por pessoas com ampla autoridade arbitrária ou discricionariedade de poder, e que o *rule of law* prevê que todo cidadão, ocupante de qualquer posição ou condição, está sujeito à mesma lei, bem como à jurisdição dos mesmos tribunais. Ademais, os princípios gerais da constituição são o resultado de decisões judiciais, não se tratando de princípios advindos do texto constitucional¹⁹⁹. Essa é a concepção inglesa que se deve ter em mente para entender o desenvolvimento peculiar que o Direito Administrativo teve na Inglaterra.

Devido a esse princípio, a Administração estaria sujeita ao *common law*, assim como qualquer particular britânico, já o judiciário inglês exerceria sobre a Administração Pública o mesmo controle que exerce sobre os atores privados. O objetivo disso era evitar que os membros do Estado tivessem privilégios e prerrogativas, impedindo, assim, os excessos do Executivo. Muito desse entendimento é devido à já citada obra de Albert Venn Dicey, *Lectures*

¹⁹⁷ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**.

¹⁹⁸ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**.

¹⁹⁹ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**.

introductory to the study of the law of the Constitution, em que o autor negou a existência do referido sistema²⁰⁰, afirmando que o Estado inglês não poderia ter prerrogativas administrativas (conhecido na França como *puissance publique*) e que ele deveria litigar em igualdade de condições em relação aos particulares²⁰¹.

De acordo com estudos realizados em sua obra, Dicey visualizava dois princípios do Direito Administrativo francês que não se enquadravam na concepção do seu país. O primeiro se refere ao reconhecimento de prerrogativas da Administração perante os particulares, pois o princípio inglês do *rule of law* significaria a supremacia do direito comum e a unidade de jurisdição a todos. Já o segundo, refere-se à separação de poderes, que na Inglaterra, diferentemente da França teria como finalidade impedir que a Administração exercesse função jurisdicional²⁰². No entanto, já era possível observar algumas sinergias entre ambos os sistemas, evidenciando a interpretação radical e distorcida da realidade fática.

Percebe-se, pois, que a afirmação de inexistência de Direito Administrativo na Inglaterra se mostrou equivocada, tanto no que se refere à interpretação do Direito Administrativo francês, base para Dicey chegar à referida conclusão, quanto na comparação com a realidade inglesa à época²⁰³. Influenciado por Gaston Jèze, Dicey reconheceu que sua concepção de Direito Administrativo estava errada, o que ficou registrado na última edição de sua obra²⁰⁴. No entanto, o conteúdo no corpo da sua obra já publicada não foi alterado.

Quanto ao equívoco relativo ao Direito Administrativo francês, Dicey interpretou-o com uma legalização da arbitrariedade, o que se mostrava contraposto ao *rule of law* inglês. No entanto, o Direito Administrativo representava, na França, o conjunto de regras especiais relativas ao funcionamento dos serviços públicos, o que também existia na Inglaterra²⁰⁵. Nesse sentido, percebeu-se que na Inglaterra não existia um Direito Administrativo composto por normas e princípios que derogam e exorbitam o direito comum, em que a Administração Pública se coloca em uma posição vertical frente ao particular, mas se tornou notória a existência de um Direito Administrativo inglês, já que a Administração inglesa estava sujeita ao direito, tanto quanto a francesa. O que diferia ambos os direitos era o regime jurídico²⁰⁶.

²⁰⁰ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**.

²⁰¹ DE ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000.

²⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁰³ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**.

²⁰⁴ DI PIETRO. **Direito Administrativo**.

²⁰⁵ DE ARAÚJO. O direito administrativo e sua história.

²⁰⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, p. 69-90, 1988.

O surgimento desse Direito na Inglaterra se deve às demandas da sociedade moderna para uma maior atuação estatal e, conseqüentemente, um crescimento do aparato administrativo²⁰⁷. No entanto, o crescimento da atuação administrativa é marcado pela horizontalidade, típica do Direito Privado, em que a Administração e os particulares encontram-se no mesmo patamar. Diferente da verticalidade do Direito Administrativo de base romanística, em que a Administração assume posição de supremacia e prerrogativas de autoridade pública em relação aos administrados²⁰⁸.

Observa-se que – apesar de o sistema de *common law* aceitar o ramo do direito relativo à Administração – o seu reconhecimento pelos ingleses foi lento, uma vez que não se encontrava semelhanças entre o contexto em que viviam e a evolução desse sistema no continente europeu. Como decorrência disso, e do fato da base do sistema ser jurisprudencial, ao longo dos anos, poucas obras doutrinárias e locais de sistematização do Direito Administrativo foram produzidas²⁰⁹. Nos dias de hoje, porém, o Direito Administrativo é objeto de diversas pesquisas interdisciplinares e empíricas e de uma crescente literatura teórica²¹⁰.

Quanto a essa ausência de regime jurídico próprio da Administração, certo é que, quando ela age, são usados essencialmente processos jurídicos do direito comum e os contratos são os mesmos que os particulares, pois a Administração inglesa obedece, em larga medida, ao mesmo direito que os particulares, o que não impede a existência de leis que organizam a Administração Pública, descrevem os órgãos e fixam estatutos²¹¹. Aliado a isso, algumas mudanças contemporâneas são sentidas, pois nos dias atuais a Administração Pública se baseia em um estilo administrativo fortemente baseado em regras, em que o Direito Administrativo se tornou “juridificado” e formalizado, como resultado lógico da burocracia administrativa moderna²¹².

Resta claro que o sistema anglo-saxão possui características próprias, que são conjugadas com algumas semelhanças que adquiriu do modelo continental. Na Inglaterra, não existe um regime próprio de ação administrativa, tais quais os modelos de base romanística²¹³, mas é observado que a Administração possui algumas prerrogativas e privilégios. Nesse sistema é possível observar que na Administração há uma larga discricionariedade de ação, a ponto de muitos de seus atos serem subtraídos da apreciação judicial. Nota-se um controle de legalidade

²⁰⁷ DI PIETRO. **Direito Administrativo.**

²⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR. Direito administrativo inglês.

²⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR. Direito administrativo inglês.

²¹⁰ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration.**

²¹¹ CRETELLA JÚNIOR. Direito administrativo inglês.

²¹² HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration.**

²¹³ CRETELLA JÚNIOR. Direito administrativo inglês.

em relação aos regulamentos elaborados pelo Executivo, mas, em diversos casos, a matéria de fato se limita à competência discricionária da Administração, fugindo da apreciação judicial, por serem atos cuja legalidade é presumida²¹⁴.

Quanto à responsabilidade civil do Estado, vigorou na Inglaterra, até o ano de 1947, uma regra que determinava que o Rei não errava (*The King can do no wrong*), ou seja, não era possível imputar à Coroa eventuais indenizações, sendo do funcionário a responsabilidade por eventuais danos causados a terceiros²¹⁵. Tendo em vista que a sociedade atual não tolera mais esse tipo de princípio, no ano citado ficou decidido que a Coroa estaria sujeita a responsabilização, desde que cumpridas algumas determinações²¹⁶.

No que diz respeito ao controle jurisdicional, primeiramente é devido pontuar que o princípio do *rule of law* pressupõe unidade de lei e de jurisdição. A Administração é julgada pelos tribunais do direito comum, porém, devido às questões muito técnicas que porventura surgiam, foram criadas jurisdições administrativas especializadas, o que não afeta a integridade do sistema jurisdicional²¹⁷. Posteriormente, as unidades especializadas que lidam com questões relativas ao direito administrativo foram renomeadas de “tribunal administrativo”²¹⁸.

Já quanto aos contratos, nesse momento é cabível uma breve pontuação. Em que pese os contratos celebrados pela Coroa serem majoritariamente regidos pelo Direito privado, são possíveis cláusulas que assegurem um poder sancionador da Coroa sem recurso prévio a um Tribunal, bem como poderes unilaterais de modificação, suspensão e rescisão do contrato²¹⁹.

A partir do que foi exposto, é possível perceber que, na Inglaterra, o Direito Administrativo não deve ser interpretado tal como Dicey tinha proposto. A Administração goza de privilégios e prerrogativas, além de discricionariedade perante o particular²²⁰. Ademais, nota-se uma redução do setor público (*the contraction of the public sector*), uma incorporação de noções do setor privado no setor público e a proliferação de órgãos de controle, que tem por base a administração gerencial (*new management*), as privatizações e a proteção dos cidadãos²²¹.

No que tange à administração gerencial, não se pode deixar de referenciar a reforma administrativa, que ocorreu durante o governo conservador de Margaret Thatcher, na década de

²¹⁴ DI PIETRO. **Direito Administrativo.**

²¹⁵ DI PIETRO. **Direito Administrativo.**

²¹⁶ CRETELLA JÚNIOR. *Direito administrativo inglês.*

²¹⁷ CRETELLA JÚNIOR. *Direito administrativo inglês.*

²¹⁸ BELL. *Comparative Administrative Law.*

²¹⁹ DI PIETRO. **Direito Administrativo.**

²²⁰ DI PIETRO. **Direito Administrativo.**

²²¹ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução.**

1980, e que teve grande poder conformador sobre o atual Direito Administrativo da Inglaterra. Em relação ao contexto histórico que precedeu a essa reforma, destaca-se o diagnóstico negativo sobre a qualidade e a organização do serviço público, bem como a ascensão de novos valores ao serviço público, quais sejam: as ideias de eficiência e efetividade advindas da observação do desempenho de empresas privadas e a otimização dos recursos para alcance dos devidos resultados²²².

Na citada busca por eficiência e efetividade no serviço público, os conservadores instituíram algumas medidas que visavam a implantar definitivamente os princípios do gerencialismo (*managerialism*) no setor público. Dentre essas medidas merecem destaque a exigência de perfil técnico para funcionários, a redução dos gastos públicos, a adoção de metas de qualidade, uma reorganização institucional do estado para possibilitar mais agilidade no cumprimento das funções públicas, a intensificação de utilização de estratégias típicas do mercado, a desconcentração da prestação dos serviços, o direcionamento dos serviços ao consumidor, e a adoção de um novo modelo contratual para os serviços públicos²²³.

Esse movimento, conhecido por *New Public Management*, tinha por objetivo importar a cultura e as práticas do setor privado para o setor público, com consequente aumento da eficiência e efetividade. A nova política pressupunha descentralizar, delegar responsabilidade gerencial e financeira, flexibilizar, racionalizar os procedimentos e incentivar a competição, o que vai ao encontro da padronização de serviços, acabando com a prestação de serviços uniformes e oferecendo aos cidadãos opções melhores e mais variadas²²⁴.

Devido à referenciada transferência da execução de diversos serviços públicos ao setor privado, foram criados entes destinados a regular os setores, a impedir que empresas privadas abusem do poder de monopólio, a analisar críticas e reclamações de cidadãos e a preservar a concorrência²²⁵. Como é possível perceber, as medidas tomadas com essa nova estratégia preveem a redução da presença do Estado em diversos setores, mas seus defensores relativizam essa redução, afirmando que isso significa uma mudança do Estado provedor para um Estado regulador²²⁶.

Uma questão importante diz respeito aos mecanismos de responsabilização (*accountability*) do setor público no *New Public Management*. Parece que o setor público inglês

²²² MACEDO, Marcelo Hernandez; ALVES, Andrea Moraes. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido. **Revista do Serviço Público**, v. 48, n. 3, p. 62-83, 1997.

²²³ MACEDO; ALVES. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido.

²²⁴ WILSON, John. New management of public services: the United Kingdom experience. **Public Policy and Administration**, v. 1, n. 7, p. 49-59, 2004.

²²⁵ MEDAUAR. **O direito administrativo em evolução**.

²²⁶ MACEDO; ALVES. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido.

está deixando de ter um regime pobre em responsabilização para ter um regime rico, em que a maior parte dos possíveis mecanismos de responsabilização opera verticalmente. O crescimento de órgãos reguladores e de auditoria em todo o setor público enfatiza o controle e a prestação de contas gerenciais, em detrimento de modelos mais democráticos em que há colaboração e participação dos cidadãos²²⁷.

Ademais, a era Thatcher também foi marcada por um amplo processo de privatização, que foi oportunizado pela imagem ruim do setor público, pela vasta propriedade de empresas pelo governo central, pela inexistência de barreiras constitucionais e pela boa situação comercial e financeira das empresas²²⁸. A privatização se manifesta pela desnacionalização e pela liberalização: a primeira repercute em uma transferência total ou parcial de propriedade do setor público para o privado, já a segunda envolve desregulamentação e licitação competitiva, que remete ao uso de concorrência na prestação de serviços públicos para majorar a eficiência e o custo-benefício²²⁹.

Há aproximadamente cinquenta anos, o contrato não tinha a notoriedade que hoje tem no direito administrativo inglês, já que à época prevalecia o modelo assistencialista de prestação direta, pelos órgãos públicos, de serviços aos cidadãos, o que provocou o não desenvolvimento de legislação e de jurisprudência próprios do direito público. A contratação pública já se mostrava importante, porém, oculta. De forma contrastante, atualmente o contrato e a regulamentação podem ser considerados pilares importantes da nova arquitetura de governança, refletindo a noção de que o Estado deve “dirigir, não remar”. A contratualização possibilita uma modelagem institucional das relações, podendo ser um repositório para regras, princípios e padrões, que pode funcionar como uma fonte alternativa de regulamento²³⁰.

Em muitos casos a contratação pública é sujeita ao direito privado, o que confere força às normas contratuais e possibilita a aplicação de mecanismos judiciais de resolução de conflitos. Em outros casos os contratos públicos modernos não são juridicamente regidos pelo direito privado, seja por questões ligadas à personalidade jurídica das partes, ou porque há um impedimento legal ou regulamentar²³¹. Alguns estudiosos entendem que os contratos governamentais deveriam ser regulados exclusivamente, ou pelo menos principalmente, pelo direito privado, o que ofereceria maior proteção aos atores privados e acabaria com a distinção

²²⁷ FERLIE, Ewan. Public Management in the United Kingdom: efficiency and accountability. *Politiques et Management Public*, v. 19, n. 3, p. 121-138, 2001.

²²⁸ MACEDO; ALVES. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido.

²²⁹ WILSON. New management of public services.

²³⁰ HARLOW; RAWLINGS. *Law and Administration*.

²³¹ VINCENT-JONES, Peter. *The new public contracting*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

entre público e privado no que tange aos contratos, evitando possíveis dificuldades de identificar quando as regras do direito público deveriam ser aplicadas²³².

Nesse ponto, é cabível destacar o *The Public Contracts Regulations* de 2015, regulamentação elaborada no período que o Reino Unido ainda era Estado-membro da União Europeia, sofrendo, portanto, influência desse bloco. Tal normativo define que os contratos públicos são aqueles firmados “a título oneroso celebrados por escrito entre um ou mais operadores econômicos e uma ou mais entidades adjudicantes e que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços”²³³, sem definir previamente o direito que os rege. No entanto, é possível afirmar que o fenômeno contemporâneo da contratação pública se refere a contratos firmados como documento formal ou como entendimento informal, reconhecido ou não pelo direito privado. Para melhor compreender essa afirmação, é devido demonstrar que o contrato pode ser interpretado em três distintas dimensões, quais sejam: comportamental, jurídica e retórica²³⁴.

Em seu aspecto comportamental, o contrato pode ser considerado como uma forma de comportamento orientado de maneira institucional, que serve para reduzir a complexidade nas trocas sociais, promovendo uma exclusão de partes ou questões irrelevantes, e um estreitamento das relações sociais finitas e passíveis de dissolução. Já a ideia de contrato como um conjunto de normas e regramentos jurídicos é a mais familiar, pois prevê obrigações entre as partes, que devem ser compatíveis com o ordenamento jurídico, bem como sanções legais para proteger a confiança e garantir a concretização das expectativas. Por fim, a dimensão retórica se refere a um contrato implícito entre membros de uma comunidade e seu governante, o que enfatiza a conveniência e a moralidade da mutualidade de obrigações e responsabilidades dos cidadãos e do Estado. Essas três concepções contemporâneas de contrato – relevantes para a compreensão dos fenômenos contemporâneos da contratação pública – envolvem noções basais de reciprocidade, mutualidade de obrigações e direitos equilibrados por responsabilidades²³⁵.

Nota-se na Inglaterra uma aptidão histórica por aproximar dos atores privados e, também, por contratualizar. Surgiu, portanto, o termo governo por contrato (*government by contract*), que se refere a uma grande amplitude de arranjos contratuais em que órgãos públicos estão envolvidos, tais como compras, PFI (*Private Finance Initiative*), outras Parcerias Público-

²³² DAVIES. **Accountability.**

²³³ UNITED KINGDOM. **The Public Contracts Regulations 2015.** Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made>. Acesso em: 21 abr. 2022.

²³⁴ VINCENT-JONES. **The new public contracting.**

²³⁵ VINCENT-JONES. **The new public contracting.**

Privadas (PPPs), terceirização, concessões e diversos acordos²³⁶. O objetivo é atender às demandas da sociedade de forma eficiente e com uma boa relação qualidade e preço (*value for money*).

Atualmente as PPPs e as demais formas de contratualizar com a Administração são uma presença incontestável no cenário do setor público da Inglaterra. Devido à longa experiência, algumas lições importantes foram aprendidas, porém preocupações basilares ainda existem, em especial sobre a garantia de prestação eficiente e eficaz de serviços públicos e sobre o aproveitamento da experiência do setor privado com proteção constante de importantes interesses públicos. Apesar de a lei ordinária dos contratos proporcionar alguns alicerces básicos para a negociação, a estruturação jurídica das PPPs mostra-se subdesenvolvida em relevantes aspectos, o que leva a um quadro de indefinições acerca do desafio da submissão das PPPs ao direito público e de questionamento se o grande desenvolvimento local das PPPs foi favorecido pela ausência de forte regulamentação pública²³⁷.

Apesar desse histórico de maior aproximação da Administração com os particulares, existe a crítica de que a doutrina contratual inglesa tem pouco valorizado normas de relacionamento, tais quais, reciprocidade, flexibilidade e solidariedade contratual. Tal ponderação se deve por se notar um privilégio de normas discretas (*“discrete norms”*), que se referem ao planejamento, consentimento e escolha, em detrimento a normas de relacionamento (*“relational norms”*). Como consequência, há uma defesa por uma reforma no sentido de se valorizar mais tais normas de relacionamento nas relações de negócios, já que as expectativas das partes, bem como a confiança e a cooperação, são mais bem protegidas por meio de regras de direito privado associado à autonomia das partes para negociarem e entrarem em consenso²³⁸.

Também é importante trazer à tona os impactos da saída do Reino Unido da União Europeia, conhecida por *Brexit*, na Administração inglesa, em especial no que tange aos contratos públicos. Esse desmembramento, concretizado em 2020, possibilitou a reforma de todo o arcabouço de regras de compras públicas, motivo pelo qual foi publicado no Livro Verde: Transformar os Contratos Públicos (*Green Paper: Transforming public procurement*) com as suas propostas para uma reforma dos contratos públicos após o *Brexit*²³⁹.

²³⁶ VINCENT-JONES. **The new public contracting**.

²³⁷ DAVIES. Public-Private Partnerships in English Law.

²³⁸ VINCENT-JONES. **The new public contracting**, p. 8.

²³⁹ ACHILLES. **Reform of Public Procurement Law after Brexit**. Disponível em: <https://www.achilles.com/event/reform-of-the-public-procurement-law-after-brexit/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

A partir dessa reforma pretende-se simplificar as regras de contratação, bem como ampliar os seus objetivos para além do que a União Europeia prevê²⁴⁰. Nesse sentido, o referido Livro Verde propõe seis princípios interdependentes que devem ser aplicados, quais sejam, o bem para o público (*public good*), o custo-benefício (*value for money*), a transparência, a integridade, o tratamento justo dos fornecedores e a não discriminação²⁴¹.

Quanto a essa mudança proposta, Albert Sanchez-Graells adverte que – apesar do Livro Verde estabelecer um plano para a reforma da lei de contratos públicos do Reino Unido, que pretende se afastar da legislação da União Europeia e conferir celeridade e simplificação aos seus processos de aquisição – tal documento tem um potencial de transformação muito limitado. Para esse autor, suas propostas representam somente uma "lei da União Europeia +" ("*EU law +*") em relação à abordagem para a regulamentação da contratação pública, concluindo que um repensar substancial é necessário para que os objetivos do Livro Verde sejam alcançados²⁴².

Resta certo que características advindas do setor privado impregnam a Administração Pública, o que acaba por obscurecer a distinção entre público e privado. As noções contratuais de obrigação mútua entremeiam as ações públicas e o contrato passa a ser reconhecido como uma ferramenta que desafia e modifica as hierarquias e as formas das organizações burocráticas. A revolução contratual é profunda²⁴³.

É bem consolidado, de acordo com o *common law*, que uma autoridade pública tem liberdade de exercer seu poder discricionário dentro dos limites do interesse público. No entanto, entende-se que, após firmado o contrato, a discricionariedade é questionável, já que valores como segurança de contrato e de eficácia do governo estão envolvidos. Por essa razão, existe a defesa de que a abordagem judicial deve se mostrar menos intensa, pois, apesar de haver a primazia das normas contratuais, possibilitar uma intervenção judicial demasiadamente grande não se justificaria²⁴⁴.

O contrato deve prever direitos, deveres e sanções, que devem ser aplicadas de forma a proteger a confiança, evitar inadimplência, proteger expectativas e possibilitar a concretização das normas contratuais²⁴⁵, já que as sanções devem ser empregadas em caso de violação das

²⁴⁰ ACHILLES. **Reform of Public Procurement Law after Brexit.**

²⁴¹ UNITED KINGDOM. Cabinet Office. **Green Paper: transforming public procurement.** Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943946/Transforming_public_procurement.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

²⁴² SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **The UK's Green Paper on Post-Brexit Public Procurement Reform: Transformation or Overcomplication?** Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3787380. Acesso em: 1º ago. 2021.

²⁴³ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration.**

²⁴⁴ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration.**

²⁴⁵ VINCENT-JONES, Peter. **The new public contracting.** Oxford: Oxford University Press, 2006.

cláusulas contratuais. Mas certo é que a Administração não está igualmente sujeita a restrições contratuais como estão os particulares, já que ela tem direitos e poderes especiais. A imposição de responsabilidade civil a autoridades públicas é possível, sendo certo que a possibilidade de impor indenizações contra o governo é uma ferramenta crucial que a revisão judicial pode fazer uso, bem como um símbolo de sujeição da Administração ao Estado de Direito²⁴⁶.

Já o Poder Público dispõe de uma série de sanções, que devem ser usadas de forma gradativa, usando a lógica de uma pirâmide de aplicação, em que as ameaças e as penalidades são ponderadas de acordo com a inconformidade cometida. Isso faz parte de um contexto em que o Poder Público se dispõe do uso de sanções e prêmios (*sticks and carrots*) como forma de incentivar os atores, deixando claro que há um controle público sobre a situação. Tal controle muitas vezes se formaliza por meio de *soft law*, que trata de alguma regulação não advinda do Parlamento, bem como por termos contratuais padronizados e regulações burocráticas.²⁴⁷ Mas o cenário de controle contratual inglês evidencia algumas incertezas como, por exemplo, a posição do contratante na relação contratual, que pode se tornar enfraquecida devido à possibilidade de o governo alegar incapacidade para celebrar o contrato, com a pretensão de escapar de suas responsabilidades²⁴⁸.

Em regra, os contratos da Administração não geram muitos litígios judiciais, o que não é surpreendente, pois ambas as partes envolvidas preferem resolver o conflito por meio de negociação ou arbitragem, que são métodos menos onerosos e possibilitam que as partes se relacionem contratualmente após a questão ser resolvida. Essa raridade de litígios demonstra que a legislação que trata dos contratos governamentais é bastante incerta²⁴⁹.

Além disso, o antigo entendimento de que a revisão judicial tem caráter fiscalizador já não é mais adequado, pois a mentalidade judicial está em mudança. Pode-se perceber que o processo de revisão judicial é vivo e que, a partir de seu desenvolvimento, passou a fazer uso de diversas fontes, não somente a interpretação legal geral e os fundamentos do *common law*, bem como adquiriu uma gama de funções sobrepostas. É possível citar como funções da revisão judicial o controle do governo, a interpretação legal e estatutária, a proteção do indivíduo, o estabelecimento de princípios gerais e a defesa da transparência pública²⁵⁰.

²⁴⁶ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**.

²⁴⁷ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. Contratual revolution. In: _____. **Law and Administration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 339 e 340.

²⁴⁸ DAVIES. **Accountability**.

²⁴⁹ DAVIES. **Accountability**.

²⁵⁰ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**.

A jurisprudência sente os impactos do crescimento da importância econômica e social da revolução contratual, em que se vê o aumento das contratações públicas, da terceirização da prestação de serviço público e de seus impactos na sociedade, o que faz com que a aplicação do direito privado seja ponderada pelas demandas públicas e administrativas, bem como pelas necessidades de proteção individual. Os impactos nos tribunais, segundo a própria doutrina inglesa são confusos, pois alguns tribunais são mais voltados ao direito privado, outros se aproximam mais do direito público, existindo também aqueles que misturam técnicas de ambos os modelos²⁵¹. É possível perceber que não há uma padronização no que tange ao controle judicial e que a mentalidade judicial está passando por um processo de mudança.

2.2 Contexto de inserção do Diálogo Competitivo em Portugal

O cenário português é muito diferente do inglês. Primeiramente, é importante pontuar que o Direito português tem sua origem no Direito romano, que tinha como características, dentre outras, a demarcação bem delimitada entre direito público e direito privado²⁵². O Direito romano possibilitou a difusão da concepção de governante aos monarcas, entendimento esse que se iniciou, no século XII, com Afonso III, rei português que utilizou esse direito como fonte de afirmação do seu poder real.²⁵³ Referido rei foi o que primeiro impulsionou a Administração Pública do Estado português²⁵⁴.

No entanto, somente no século XV ocorre a primeira compilação escrita do Direito português, momento em que a burocracia do Estado se viu em crescimento²⁵⁵. Com a Revolução Francesa, a ideia de liberdade individual começou a se sobressair em detrimento do autoritarismo da monarquia absolutista. A partir de então, a separação de poderes e a legalidade tornaram-se princípios do recém-nascido Direito Administrativo. Esses e outros ideais libertários começaram a se difundir pela Europa.

Portugal, por sua vez, vivenciou uma revolução administrativa, motivada especialmente pela Revolução Liberal de 1820. Nesse processo revolucionário destacaram-se cinco pontos, quais sejam: a separação de poderes – o que afastou o rei da confecção das leis e das decisões de conflitos; a supremacia da lei parlamentar – que subordinava e legitimava a atuação

²⁵¹ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**.

²⁵² AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1992. v. I.

²⁵³ FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do direito Romano no Ocidente Europeu Medieval: Portugal, um caso de afirmação régia. **História: Questões & Debates**, v. 41, n. 2, 2004.

²⁵⁴ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁵⁵ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

administrativa; igualdade de todos perante a lei – que abolia os privilégios decorrentes do nascimento; tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos – que garantia a concretização dos direitos fundamentais dos particulares e limitava a intervenção do Estado; e abstencionismo do Estado – que pressupunha a existência do Estado mínimo²⁵⁶.

Devido à necessidade de uma estrutura administrativa mais eficaz, um conjunto de diplomas – Decretos nº 22, 23 e 24, de 16 de Maio de 1832 – elaborados e aprovados por um antigo magistrado, José Xavier Mouzinho da Silveira, fez com que nascesse a moderna Administração Pública portuguesa²⁵⁷. Esses célebres decretos operaram uma revolução da Justiça, da Administração e da Fazenda, segregando as respectivas autoridades e os seus princípios reguladores, com inspiração no sistema francês²⁵⁸. Ademais, em um país que tradicionalmente valorizava a descentralização e o municipalismo como marcas de liberdade e de progresso, as reformas de Mouzinho da Silveira, sob influência do sistema francês, instituiu modelos organizativos centralizadores em que se valorizava o papel administrativo do Estado e da capital²⁵⁹.

O século XIX é marcado pelo Estado Liberal, em que há pouco intervencionismo na ordem econômica; no entanto, foi crescente o apelo por alguns serviços públicos de caráter social²⁶⁰. Ademais, em nome da separação de poderes, surgiu o postulado de que “julgar a Administração é ainda administrar”, ou seja, os litígios envolvendo as decisões administrativas eram resolvidos pela própria administração, embasado na ideia francesa de justiça administrativa. Essa exclusão do controle da Administração Pública da esfera judicial pode indicar que a administração do Estado Liberal se constituiu em traços absolutistas²⁶¹.

Assim, verifica-se que o sistema administrativo português se caracterizou pela independência dos órgãos administrativos em relação aos órgãos judiciais, tal qual o sistema francês. Além dessa característica, é possível destacar outros traços que marcaram o Direito Administrativo de Portugal durante seu processo evolutivo. É notório que a atividade administrativa era exercida por órgãos distintos daqueles que exercem a função judicial, órgãos esses que dispõem de liberdades necessárias para executar o disposto nas leis, agir de forma eficiente e fiscalizar suas atividades. Ademais, a Administração Pública, vinculada à lei, pode publicar normas próprias para regular a sua organização e atividade. Nesse sentido, a

²⁵⁶ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁵⁷ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

²⁵⁸ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1973. t. I.

²⁵⁹ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁶⁰ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

²⁶¹ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

interpretação e execução das leis administrativas pertencem à própria Administração Pública, que pode elaborar os seus próprios regulamentos²⁶².

Em meio a esse contexto da sistematização do Direito Administrativo, verifica-se um novo marco evolutivo – a Constituição de 1976 e os movimentos de democratização e socialização. O novo modelo constitucional pressupunha uma Administração que devia se organizar e funcionar sob bases constitucionais, preocupar-se com o bem-estar social, vincular-se ao Direito e não apenas à lei, além de ser politicamente democrática²⁶³.

Essa Constituição consagrou um padrão organizativo baseado na unidade, assegurada pela Administração do Estado, e no pluralismo, assegurado pelas Administrações infraestaduais²⁶⁴. Manteve-se a prevalência, porém, de forma mais sutil, da Administração central sobre a municipal, já que aquela se mostrava mais importante, vasta e pesada, o que apontava para uma tendência de hipertrofia do Estado²⁶⁵.

A partir dessa incipiente base constitucional, o Estado assumiu novos e extensos encargos frente às atividades econômicas privadas. Observou-se um aumento do intervencionismo estatal, em especial no que se refere à nacionalização dos principais meios de produção, que se mostrou uma das modificações mais significativas ocorridas na Administração Pública do país. Em contrapartida, como consequência do regime democrático, o sistema de garantias dos particulares contra os atos da Administração tornou-se mais arraigado²⁶⁶.

Nota-se que, com o passar dos anos, o regime politicamente autoritário e economicamente liberal converteu-se em um regime marcado pelo liberalismo na ordem política, e na intervenção do Estado na ordem econômica. Dessa forma, se por um lado o Estado condiciona as atividades privadas, por outro protege o cidadão dos arbítrios dos administradores, que se encontram cada vez mais limitados por normas que defendem interesses e direitos legítimos de particulares contra atos descabidos da Administração²⁶⁷.

O Estado de direito posto pela Constituição de 1976 tem como base princípios e regras que garantem aos cidadãos a igualdade perante a lei, a liberdade e a segurança. Dentre os princípios constitucionais, pode-se citar o princípio da constitucionalidade, do controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos, da legalidade da administração, da independência dos juízes, da responsabilidade do Estado por danos causados aos cidadãos, e da garantia de

²⁶² CAETANO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁶³ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁶⁴ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁶⁵ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

²⁶⁶ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

²⁶⁷ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

direitos, liberdades e acesso aos tribunais. Quanto à característica democrática do mesmo Estado, é cabível ressaltar a garantia de participação popular e democrática dos cidadãos na resolução de problemas nacionais, inclusive por meio do poder local ou regional, sendo certo que o princípio democrático é visto como um princípio informador do Estado e da sociedade²⁶⁸.

A Administração Pública Portuguesa, de acordo com a Constituição, tem o objetivo de garantir que o interesse público seja atingido com respeito aos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Seus órgãos e agentes estão subordinados à Constituição e à legalidade, devendo atuar de forma a observar os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Referido texto constitucional torna explícito que a estruturação administrativa visa a evitar a burocracia, bem como aproximar a população dos serviços e garantir a participação dos interessados na gestão administrativa²⁶⁹.

Para assegurar o alcance de tais objetivos da Administração Pública, a Constituição de 1976 determina que formas de descentralização e desconcentração administrativas devem ser estabelecidas por lei, de maneira que a eficácia e a unidade de ação administrativa não sejam prejudicadas. Ademais, há previsão de que entidades privadas exerçam poderes públicos, mantendo, entretanto, a prerrogativa administrativa de fiscalização. Por fim, o texto constitucional prevê que o processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que deve assegurar a racionalização dos meios utilizados pelos serviços, bem como a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que a eles afetem²⁷⁰.

Essa relação jurídica entre o Estado e os particulares envolve diversos princípios, sejam eles constitucionais ou legais, que valorizam as ações de *accountability*, que envolvem instrumentos voltados à democracia, à participação, à prestação de contas, ao controle, à transparência, à responsabilização e à legitimidade política. A partir desse conceito, há um fortalecimento da legitimidade política, com preponderância do interesse público e desenvolvimento de um novo parâmetro para a Administração Pública, pautado na boa administração e na responsabilidade²⁷¹.

Nesse contexto, cabe destaque o Código do Procedimento Administrativo, que – com o propósito de fortalecer a atividade administrativa no contexto do Estado Democrático de

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

²⁶⁹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República n° 86/1976, Série I de 1976/04/10.

²⁷⁰ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**.

²⁷¹ DE LIMA, Débora Leal; OLIVEIRA, Willian Batista; NOGUEIRA, Sónia P. Princípios do Código de Procedimento Administrativo e seus contributos para a *accountability*: o caso português. **Contabilidade Gestão e Governança**, v. 24, n. 3, p. 438-455, 2021.

Direito²⁷² – visa a regular a atuação dos órgãos da Administração Pública referente aos seus poderes de autoridade e às suas relações com os particulares²⁷³. Nota-se que toda a Administração Pública se encontra submetida aos princípios gerais e às disposições desse Código, que concretiza os preceitos constitucionais pertinentes à ação administrativa²⁷⁴.

Tal codificação recebe críticas negativas e positivas. Quanto aos inconvenientes da codificação, pode-se destacar que o Direito Administrativo é, por natureza, um sistema que vivencia constantemente diversas novidades que exigem que a evolução das normas seja um processo menos enrijecido, o que não se verifica quando se tem uma codificação; por outro lado, a multiplicidade de normas relativas à Administração Pública faz com que a codificação seja necessária²⁷⁵.

Nos termos do Decreto-Lei nº 4/2015, atual Código do Procedimento Administrativo, alguns princípios regulam, de forma geral, a atividade administrativa. Dentre eles, merecem destaque o princípio da legalidade, da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, da boa administração, da proporcionalidade, da imparcialidade, da boa-fé, da colaboração com os particulares e da participação. Passa-se agora a alguns apontamentos.

O princípio da boa administração engloba os critérios de eficiência, economicidade e celeridade que devem ser seguidos pela Administração Pública, como também engloba a sua organização que deve se dar de forma desburocratizada, de modo a aproximar os serviços das pessoas. De acordo com o princípio da imparcialidade, a Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, considerando tão somente os interesses relevantes no contexto decisório. Associado a isso, todos os atores da atividade administrativa, sejam eles públicos ou privados, devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé. Quanto à colaboração com os particulares, o código prevê que os órgãos da Administração Pública devem atuar em estreita colaboração com os particulares. De forma complementar, o princípio da participação prevê que deve ser assegurada a participação dos particulares nos órgãos da Administração Pública, na formação das decisões que lhes digam respeito²⁷⁶.

²⁷² DE LIMA; OLIVEIRA; NOGUEIRA. Princípios do Código de Procedimento Administrativo e seus contributos para a *accountability*: o Caso Português.

²⁷³ PORTUGAL. Secretariado para a Modernização Administrativa. **Código do Procedimento Administrativo**. 1998. Disponível em: https://www.isa.ulisboa.pt/files/daf/nrh/pub/docs/enquadramento-legal/cod_proc_admin.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁷⁴ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015**. Código do Procedimento Administrativo. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>. Acesso em: 2 abr. 2022.

²⁷⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1973. t. I.

²⁷⁶ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015**.

É de se ponderar que a participação prevista na Constituição e no Código de Procedimento Administrativo trata de um reforço da legitimação democrático-representativa, indo além de uma mera escolha de titulares de órgãos eletivos. O que se propõe é uma abertura da organização administrativa à intervenção decisória ou opinativa, com adaptação das estruturas já existentes para abranger mecanismos de participação. Mas, ressalta-se, que quanto maior for a inserção participativa na Administração Pública, maior é o nível de responsabilidade que recai sobre os envolvidos²⁷⁷.

A participação também ganha notoriedade quando se trata de procedimento administrativo. De acordo com o Código supracitado, os órgãos da Administração Pública e os interessados devem cooperar entre si quando há participação privada no procedimento, como forma de obter decisões legais e justas. Ademais, os interessados devem atuar de forma a contribuir para que a tomada da decisão ocorra em um prazo razoável²⁷⁸. Nessa toada, o sistema administrativo português reconhece o direito do particular de participar e intervir na formação de decisões ou deliberações de seu interesse²⁷⁹.

As discussões públicas conferem legitimidade democrática às ações administrativas, bem como evita erros na decisão administrativa, pois os cidadãos participaram fornecendo informações e permitindo que o gestor público conheça as possíveis alternativas e outros interesses. Certo é que o Código do Procedimento Administrativo português favorece a democratização das decisões públicas, normatizando a participação e fornecendo as ferramentas formais para contestá-las caso essa previsão não seja observada. No entanto, necessário se faz que os gestores públicos e os cidadãos se interessem em efetivar o que está previsto na legislação²⁸⁰. A busca de acordos e consensos pela Administração Pública substitui a visão autoritária de comandos unilaterais, conferindo legitimidade às decisões, com vistas a superar a crise da decisão autoritária²⁸¹.

Ainda quanto ao procedimento, observa-se um dever de celeridade, em que os atores devem colaborar para que o andamento seja rápido e eficaz, evitando o que for impertinente ao assunto e que atrase a tomada de decisão, ou promovendo o que necessário for para que a tramitação seja a mais diligente possível²⁸². A simplificação, a eficiência e a racionalidade administrativa ganham cada vez mais destaque, momento em que a desburocratização do

²⁷⁷ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁷⁸ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015**. Código do Procedimento Administrativo.

²⁷⁹ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁸⁰ SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 846-868, 2016.

²⁸¹ OTERO, Paulo. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

²⁸² PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015**. Código do Procedimento Administrativo.

procedimento se torna cada vez mais relevante. Nesse cenário, desburocratizar implica também prevalecer a força das estruturas organizativas, funcionais e legítimas da Administração Pública como núcleo de tomada de decisões, deixando em um plano secundário o aparelho burocrático²⁸³.

Em que pese o texto legislativo prezar pela celeridade e desburocratização, verificam-se críticas quanto à clareza e objetividade do aparelho administrativo. Tais críticas se devem à grande quantidade de procedimentos administrativos que se desenvolveram ao longo dos anos que deu causa a uma aumentada burocratização e complicação, o que alerta para uma urgente necessidade de simplificação procedimental²⁸⁴.

Há de se destacar também a faculdade da Administração Pública de editar, no exercício de poderes jurídico-administrativos, regulamentos administrativos, que são normas jurídicas gerais e abstratas que visam a produzir efeitos jurídicos externos²⁸⁵. Tais regulamentos constituem verdadeira legislação secundária, em que a Administração autodisciplina o procedimento de diversos órgãos por meio de normas estáveis, previamente conhecidas e integradas ao Direito. Se não houvesse essa possibilidade, haveria o risco de as ações administrativas serem incoerentes e contraditórias, tendo em vista a multiplicidade de agentes e o grande número de casos a se resolver²⁸⁶.

Quanto aos contratos administrativos, é devido pontuar que esse tema foi pouco tratado pelo Código do Procedimento Administrativo, já que esse assunto é vastamente abordado no Código dos Contratos Públicos. Nesse momento, é cabível sinalizar que o Código do Procedimento Administrativo, posterior ao outro código, prevê que a Administração Pública pode celebrar contratos administrativos sujeitos a regime de direito administrativo ou de direito privado²⁸⁷, distinção essa que o Código dos Contratos Públicos tinha afastado. Critica-se que essa previsão não tem valor, haja vista que, de acordo com a legislação específica, todos os contratos que correspondem ao exercício da função administrativa são contratos públicos²⁸⁸.

No que tange aos contratos, bem como a outros institutos e previsões do Direito Administrativo Português, cabe destaque à importante influência do Direito Comunitário, da

²⁸³ OTERO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁸⁴ MAURÍCIO, Filomena Isabel Silvano. **Simplificação e e-administração no âmbito do Novo Código do Procedimento Administrativo**. 2015. 91 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

²⁸⁵ PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 4/2015**. Código do Procedimento Administrativo.

²⁸⁶ CAETANO. **Manual de Direito Administrativo**.

²⁸⁷ PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 4/2015**. Código do Procedimento Administrativo.

²⁸⁸ DA SILVA, Vasco Pereira. “O Inverno do Nosso Descontentamento” – A Propósito de um Projeto Legislativo de Revisão do Código do Procedimento Administrativo em Portugal. **Direito Público**, v. 10, n. 54, p. 122-132, 2013.

União Europeia, comunidade da qual Portugal é membro. Primeiramente, é devido pontuar que a Constituição de 1976 prevê que as disposições dos tratados, bem como outras normas advindas da União Europeia, devem ser aplicadas no direito interno²⁸⁹. Por consequência, é possível verificar um novo Direito Administrativo português que se vê impulsionado a adquirir uma feição mais moderna²⁹⁰.

Percebe-se que o administrativista moderno teve que estudar o Direito privado para se beneficiar de aquisições teóricas e técnicas acumuladas durante a longa trajetória de elaboração e aprimoramento desse ramo do direito²⁹¹. No cenário atual não mais se verifica um antagonismo entre Estado e sociedade, pelo contrário, a relação tornou-se próxima e com influência recíproca, em que se verifica a existência de atividade de direito privado na Administração Pública²⁹². Nesse diapasão, é possível observar um “direito administrativo privado” que trata de uma feição especial adaptada às novas atuações de direito privado utilizadas pela Administração²⁹³.

Nos últimos anos, viu-se ampliar a atuação do setor e do direito privados na Administração Pública, destacando-se o fenômeno da privatização. Tal privatização representa uma tentativa de redução da organização e do poder administrativo, bem como da esfera de influência direta do Direito Administrativo, o que representa um reforço do papel das entidades do setor e do Direito privados em áreas e matérias que até pouco tempo eram objetos exclusivos de intervenção pública²⁹⁴.

Certo é que o Estado de Direito democrático, consagrado na Constituição de 1976, encontra-se atualmente em transformação, sendo cabível o questionamento se estará em um período de transição para um Estado de Direito neoliberal por estar sujeito a algumas regras de gestão do setor privado. Esse modelo pós-moderno seria marcado por uma crise do grande intervencionismo estatal, por privatização de tarefas e serviços, por uma diminuição da função pública e reconfiguração da máquina administrativa, por substituição dos meios tradicionais de coação e de comando, pela introdução da ideia de boa governança, e pela ânsia por modernidade e inovação²⁹⁵.

²⁸⁹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.**

²⁹⁰ QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária.** Lisboa: Almedina, 1999.

²⁹¹ CAETANO. **Manual de Direito Administrativo.**

²⁹² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contribuindo para o estudo da actividade de direito da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1999. Coleção Teses.

²⁹³ SILVA, Suzana Tavares da. **A nova dogmática do Direito Administrativo: o caso da administração por compromissos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Estudos de contratação pública I. p. 902.

²⁹⁴ OTERO. **Manual de Direito Administrativo.**

²⁹⁵ OTERO. **Manual de Direito Administrativo.**

No entanto, nas situações em que a Administração Pública tem mais liberdade de atuação, os direitos, liberdades e garantias constituem medidas de valoração decisivas. Desta forma, no exercício de seu poder discricionário, em vistas da frouxa vinculação da lei, esses parâmetros surgem como balizadores imediatos, cuja violação pode originar a invalidade do ato e, conseqüentemente, eventuais medidas sancionatórias²⁹⁶. De forma complementar, diferentemente da autonomia privada, em que o particular pode optar por exercê-la ou não, a autonomia pública tem algumas amarras. Isso porque, frente a uma situação que a lei define que deva ser balizada com o uso do poder discricionário, o gestor público tem o dever de examinar, ponderar e decidir²⁹⁷.

Essa margem de liberdade de atuação de órgãos administrativos se deve às necessidades corriqueiras e variáveis que fazem com que a Administração tenha que decidir frente a várias opções possíveis. Nessa medida, a liberdade de ação pode incidir sobre o objeto, a oportunidade de agir ou a forma do ato, sempre respeitando o interesse público fixado pela lei²⁹⁸.

Nesse sentido se encontra o princípio da adequação procedimental, do Código do Procedimento Administrativo, que determina que estando ausentes normas jurídicas determinantes, o gestor responsável pelo procedimento goza de discricionariedade, devendo se orientar pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade decisória.

Apesar dessa possibilidade prevista na lei, a discricionariedade administrativa é ainda um tema polêmico no Direito Administrativo português. Como já sinalizado, a generalidade e a abstração da lei não se adequam, sempre, às situações específicas que exigem uma análise voltada ao caso concreto. Mas essa possibilidade de atuação discricionária deve se limitar a casos de absoluta necessidade, pois sua aplicação sacrifica as virtudes da generalidade e da abstração legal, que conferem segurança jurídica, justiça material e isonomia de tratamento²⁹⁹.

Com vistas a esse pressuposto, nota-se um primeiro problema: o legislador optou por não definir esse termo, sendo esse um motivo para interpretações ambíguas em um campo de incertezas jurídicas, o que pode fazer com que a autonomia pública seja usada para fins contrários à lei e ao interesse público. Outra grande questão consiste na dificuldade em identificar quando se está perante a um poder discricionário³⁰⁰.

²⁹⁶ CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**.

²⁹⁷ OTERO. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**.

²⁹⁸ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1973. t. I.

²⁹⁹ DE SOUSA, António Francisco. A discricionariedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico). **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, p. 25-45, 2020.

³⁰⁰ DE SOUSA. A discricionariedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico).

Tal discricionariedade se mostra limitada por fatores externos, que são as imposições do ordenamento jurídico, bem como por fatores internos, representados pela ética administrativa, pela boa administração e por todos os princípios que regem a Administração Pública, o que leva à conclusão de que esses contornos que balizam a liberdade e a flexibilidade de ação administrativa são instrumentos jurídicos de defesa do interesse público, que orientam as decisões do gestor público³⁰¹. Qualquer atuação fora desses limites pode ser considerada arbitrária.

De forma complementar, percebe-se que, além de um nível legislativo, a discricionariedade é composta de um nível jurisdicional. Aquele se refere ao fato de o legislador não conhecer, de forma prévia, todas as circunstâncias que podem influir em uma decisão administrativa, conferindo, por consequência, uma abertura na densidade da norma para que a Administração possa melhor se adequar à realidade casuística. Já o nível jurisdicional se deve ao fato de os tribunais não exercerem controle dos atos discricionários da Administração, no âmbito de sua margem de escolha, ou seja, dos juízos e valores do gestor público ao tomar uma determinada decisão³⁰².

Porém, em que pese a discricionariedade ser um poder conferido pelo legislador, o Estado de Direito Democrático requer que algum controle seja feito, para que as atividades administrativas estejam de acordo com o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o controle deve recair sobre a legalidade e sobre o mérito do ato administrativo, o que permitirá avaliar se houve alguma violação à lei, bem como se há conformidade entre o ato praticado e o interesse público³⁰³. O primeiro pode ser realizado de forma judicial ou administrativa, já o segundo somente pode ser realizado internamente, pela própria Administração Pública.

É notório que, tradicionalmente, a discricionariedade representa um espaço de decisão administrativa livre de controle judicial, em que a vontade do gestor público se sobressai, desde que dentro dos parâmetros fixados pela lei. Entretanto, é possível observar a existência do entendimento de que o recuo do controle judicial dependerá da análise criteriosa e responsável do juiz, que deverá fixar os limites ideais do seu controle, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto³⁰⁴. Vem crescendo a defesa de que o controle judicial deve se ampliar ao mérito administrativo, não como forma de se sobressair à escolha do agente público, mas como um instrumento de contenção de abusos por parte da Administração Pública³⁰⁵.

³⁰¹ FERNANDES. **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração.**

³⁰² OTERO. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa.**

³⁰³ FERNANDES. **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração.**

³⁰⁴ DE SOUSA. **A discricionariedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico).**

³⁰⁵ FERNANDES. **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração.**

Quanto ao controle judicial, importante destacar que em Portugal visualiza-se a figura do Contencioso Administrativo, à exemplo do modelo francês. Trata-se de uma organização da justiça administrativa, constituída por tribunais administrativos criados, regulados e hierarquicamente organizados por lei, associado a um conjunto de normas judiciais e processuais, que são postas à disposição dos envolvidos para terem seus direitos e interesses legítimos garantidos judicialmente. A jurisdição administrativa visa garantir aos particulares seus direitos e legítimos interesses contra os atos ilegítimos da Administração, bem como a legalidade da atividade administrativa na busca do interesse público, ou seja, essa justiça tem a competência de julgar – a partir das normas de direito público administrativo – litígios materialmente administrativos³⁰⁶.

Tem-se como desafio dos tribunais administrativos a garantia da tutela jurisdicional efetiva a quem acionou a referida corte – sempre dentro dos estritos limites da competência, sem prejuízo do princípio da separação de poderes, base para o Estado de Direito –, bem como a garantia das liberdades individuais. Ademais, áreas recentes do Direito Administrativo especial fazem com que, para a sua compreensão, sejam cada vez mais necessários aprofundados conhecimentos científicos e técnicos. Disso resulta um elevado aumento da diversidade e conflitualidade de interesses envolvidos nas decisões judiciais, o que torna notório o acréscimo de complexidades em que os tribunais administrativos se veem envoltos³⁰⁷.

Para além dos tribunais administrativos, Portugal também conta com a figura do Tribunal de Contas, órgão que exerce poderes genéricos de controle e inspeção sobre a Administração Pública. De acordo com a Constituição de 1976, esse tribunal é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei lhe submeter. Apesar de estar previsto junto aos outros tribunais na Constituição, ele não integra a estrutura do poder judiciário, sendo um tribunal autônomo, que não compõe nenhum quadro de hierarquia, seja dos tribunais administrativos ou judiciais³⁰⁸.

A primeira função que se destaca no Tribunal de Contas é a função consultiva, que tem natureza técnica e política e se concretiza com emissão de pareceres. Outra função é a de fiscalização preventiva, em que ocorre um pronunciamento sobre a legalidade administrativa e financeira de todas as despesas públicas. Por fim, a última função é a jurisdicional, que se refere

³⁰⁶ BRITO, Wladimir Augusto Correia. O contencioso administrativo: generalidades. **Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 13, n. 2, p. 16-36, 2012.

³⁰⁷ PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **História**. Disponível em: <https://www.stadministrativo.pt/historia/>. Acesso em: 9 abr. 2022.

³⁰⁸ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

ao julgamento das contas posteriormente a despesa ter ocorrido e, caso seja verificada alguma inconformidade, por ser um tribunal, pode condenar os responsáveis³⁰⁹.

Quanto à fiscalização prévia à contratação pública, importante ressaltar que tem por objetivo a análise de regularidade legal por meio da aferição do cumprimento de requisitos legais e orçamentários. Nesse sentido, essa sistemática portuguesa não se mostra muito adequada às modernas práticas de governança, pois a fiscalização prévia pode se tornar um elemento de atraso para a contratação de bens ou serviços para a sociedade, que necessita, cada vez mais, de eficiência, celeridade e qualidade na prestação dos serviços públicos³¹⁰.

No exercício da fiscalização da legalidade das despesas públicas o Tribunal de Contas não pode exercer apenas uma função de chancela do ato, a partir de uma mera análise de cabimento orçamental da despesa pública, sem a apreciação do mérito dessa despesa. Nesse sentido, entende-se que o Tribunal de Contas tem competências que se referem à apreciação econômica, de eficácia e de eficiência³¹¹. A função de controle deve, portanto, ser entendida num sentido mais amplo, que abrange tanto o controle da legalidade e da racionalidade dos atos praticados, quanto a garantia da prestação de contas, que compõe uma dimensão ética do controle³¹².

A Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas determina, dentre outras coisas, a estrutura, o funcionamento e a responsabilidade sancionatória, que são os casos em que o tribunal pode aplicar a penalidade de multa aos infratores. Dentre as possíveis responsabilizações financeiras, é mister destacar a execução de atos ou contratos sem a fiscalização prévia quando essa fiscalização era devida, a utilização de valores públicos em finalidade diversa daquela prevista na lei, o não acatamento reiterado e injustificado das recomendações desse Tribunal, e a violação de normas legais ou regulamentos relativos à contratação pública.

De acordo com o Código de Contratos Administrativos, a auditoria e a fiscalização dos contratos públicos competem ao já citado Tribunal de Contas, bem como a outros órgãos como a Inspeção-Geral de Finanças e as entidades com competências de inspeção e controle interno.

³⁰⁹ AMARAL. **Curso de Direito Administrativo**.

³¹⁰ DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. O controle externo dos contratos da administração pública pelo Tribunal de Contas: ensaio sobre o momento da fiscalização financeira adotado no Brasil e em Portugal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFRGS**, v. 9, n. 1, 2014.

³¹¹ FERNANDES, Filipe de Vasconcelos. O âmbito subjetivo do regime de fiscalização prévia do Tribunal de Contas – Enquadramento e pressupostos interpretativo-aplicativos. **Revista Eletrónica do Tribunal de Contas**, n. 2, p. 75-98, 2021.

³¹² COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal**. 601 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

Esse código prevê possibilidades de sanções pertinentes à execução do contrato firmado, sendo possível citar a aplicação de sanções pecuniárias, bem como de resolução sancionatória do contrato e a proibição de participação em procedimento adotado para a formação de contratos públicos, sendo essa mais grave e somente aplicável quando a gravidade da infração e a culpa do agente o justifiquem.

2.3 Contexto de inserção do Diálogo Competitivo no Brasil

Na formação do Direito Administrativo brasileiro, houve grande influência do direito de base romanística, em especial do direito francês e do direito italiano. No entanto, não se pode desconsiderar a adoção de institutos do sistema de *common law* e, mais recentemente, do direito comunitário da União Europeia. Tal constatação será verificada ao longo desse tópico.

Durante o Império, período em que o Poder era dividido em Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador, a Administração Pública brasileira começou a se organizar; no entanto, ainda era regida praticamente pelo direito privado, aplicado pelo Conselho de Estado. Nessa mesma época a cadeira de Direito Administrativo foi criada, fazendo com que as primeiras obras doutrinárias sobre o assunto começassem a ser publicadas³¹³.

Posteriormente, no período republicano, o Poder Moderador é suprimido e a Administração Pública começa a se afastar do direito privado, suprimindo também a jurisdição administrativa que era atribuída ao Conselho de Estado. Mais adiante, com a Constituição de 1934, o Direito Administrativo sofreu grande evolução, muito devido ao aumento das atividades econômicas e sociais do Estado. A partir de então, as obras sobre a matéria se mostraram mais evoluídas³¹⁴.

Em sua trajetória histórica, o sentido adquirido pelo Direito Administrativo brasileiro é aquele presente na Europa continental, concretizado após a Revolução Francesa³¹⁵. Muito do modelo francês, criado pela jurisdição administrativa, foi importado ao modelo brasileiro, especialmente teorias e princípios. Desse modelo, o Brasil também importou institutos, tais quais, o ato administrativo, a noção de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade e a hierarquia. Cabe destaque ao princípio da legalidade, que foi

³¹³ DI PIETRO. **Direito Administrativo**.

³¹⁴ DI PIETRO. **Direito Administrativo**.

³¹⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

incorporado no Brasil conforme idealizado em sua origem, ou seja, a lei advinda do parlamento é a principal fonte do direito³¹⁶.

É de se atentar que, apesar do modelo francês prever a jurisdição administrativa, exercida por órgãos da própria administração, essa figura não integra a estrutura brasileira de poderes, já que aqui os litígios que envolvem a Administração Pública são julgados pelo mesmo Poder Judiciário que decide os dos particulares. Essa jurisdição administrativa na França fez com que seu modelo de Direito Administrativo fosse de elaboração jurisprudencial.

Em que pese o Brasil já ter tido a figura do contencioso administrativo, em especial na época do Segundo Reinado, tal instituto é desconhecido por muitos estudiosos do direito por não ter tido continuidade histórica na Administração Pública do país³¹⁷, inexistindo nos dias atuais. Assim, apesar do Brasil não possuir, desde então, a jurisdição administrativa, ele importou da França a rigidez e a pureza originária do princípio da legalidade, o que pode levar à conclusão de que a importação de institutos franceses desconsiderou importantes pontos-chaves de ambos os sistemas, fazendo com que o Brasil deixasse de usufruir de boas virtudes do Direito francês. Desta forma, é notória a existência de um problema quanto à introdução de ideias francesas, que não se refere à diferença do sistema de jurisdição, mas sim à desconsideração dessas particularidades³¹⁸.

Essa inconformidade proveniente da combinação de modelos se deve ao fato do princípio da legalidade ter se tornado muito enrijecido no direito nacional, já que tal princípio é maleável no direito francês a partir das decisões advindas da jurisdição administrativa, o que não ocorre no Brasil. Aqui a legalidade é definida pela lei positiva, que, muitas vezes, tem base na Constituição Federal. Ou seja, “aquilo que na França é alterado pela jurisdição administrativa, no Brasil depende de alteração legislativa”³¹⁹.

A matéria de contrato administrativo brasileiro é um exemplo dessa importação distorcida de um conteúdo do modelo francês que, posteriormente, foi cristalizado na legislação. Em alguns pontos, é possível observar que o Brasil radicalizou na positivação desse modelo³²⁰. Alguns institutos, a exemplo das prerrogativas da Administração, não foram concebidos para serem aplicados de forma imutável, dando-lhes, aqui, uma feição autoritária, diversa do que se pretendeu em sua origem histórica.

³¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 5, p. 1-25, 2006.

³¹⁷ GARNER. Justiça administrativa no Brasil do segundo reinado (1842-1889).

³¹⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

³¹⁹ DI PIETRO. **Direito Administrativo**, p. 28.

³²⁰ MENEZES DE ALMEIDA. **Contrato Administrativo**.

Aliado a isso, houve uma aproximação brasileira ao modelo de *common law* quanto à adoção do sistema de jurisdição una e à ampla revisão judiciária dos atos administrativos. Além disso, outros instrumentos do Direito Administrativo tiveram origem no direito anglo-saxão, como, por exemplo, o devido processo legal, as agências reguladoras e, mais futuramente, o modelo de Parcerias Público-Privadas³²¹. Porém, o Direito Administrativo brasileiro também não adotou o princípio do *stare decisis*, que no *common law* dá força obrigatória aos precedentes judiciais³²². Isso, por consequência, contribuiu para o enrijecimento do princípio da legalidade.

Percebe-se no Brasil uma positivação do Direito Administrativo, em que a lei se tornou a principal fonte do direito – característica que afastou o modelo brasileiro do direito francês e do sistema de *common law*. Grande parte do conteúdo do Direito Administrativo brasileiro está previsto em lei ou, até mesmo, na Constituição, o que contribuiu para o excesso de formalismo e para o funcionamento administrativo lento e burocrático³²³.

Ademais, o Direito Administrativo brasileiro se mostra muito mais proveniente da doutrina consolidada jurisprudencialmente do que decorrente da produção legislativa, principalmente nas primeiras décadas do século XX³²⁴. O caminho percorrido pelo referido direito foi, em grande medida, a elaboração doutrinária sob influência do direito estrangeiro, sua estabilização prática pela jurisprudência, seguida da positivação no ordenamento jurídico brasileiro.

A Administração Pública originalmente tinha perfil patrimonialista, baseada no clientelismo, nas trocas de favores e no predomínio de interesses privados em detrimento de interesses públicos e gerais, o que ocasionava prévia desconfiança nos administradores públicos. Essa característica viria a mudar, já que na década de 1930 houve uma reforma, em que o caráter burocrático ganhou predominância. Esse modelo administrativo tem como principais traços o mérito profissional, a noção de carreira, hierarquia funcional, a impessoalidade e o formalismo, sendo baseado nas normas legais racionalmente definidas³²⁵. A partir de então, a Administração Pública burocrática se destacou no Brasil, em que pese uma breve tentativa de descentralização e desburocratização, por meio do Decreto-Lei nº 200/1967.

Em um mundo em que já emergiam ideias gerencialistas, a Constituição de 1988 foi promulgada. O capítulo da Administração Pública se mostrou contraditório, pois, ao mesmo

³²¹ DE AZEVEDO NETO, Floriano Marques. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de direito administrativo**, v. 268, p. 55-81, 2015.

³²² DI PIETRO. **Direito Administrativo**.

³²³ DI PIETRO. 500 anos de direito administrativo brasileiro.

³²⁴ MENEZES DE ALMEIDA. **Contrato Administrativo**.

³²⁵ CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ciência & Trópico**, v. 34, n. 2, 2010.

tempo em que é possível perceber a valorização de princípios burocráticos, com destaque para a hierarquia, centralização e rigidez, houve a consolidação ou criação de certos privilégios, decorrente de um cenário de abertura democrática, que levou atores sociais a defenderem seus interesses pessoais como se gerais fossem³²⁶.

Ignorando as novas diretrizes de flexibilização e descentralização, a Constituição de 1988 provocou o enrijecimento da burocracia que, misturado à sobrevivência do patrimonialismo, trouxe como consequência o alto custo e a baixa qualidade da Administração brasileira. O momento pedia uma Administração Pública mais eficiente, de maior qualidade e mais próxima às organizações privadas; no entanto, o oposto que foi concretizado³²⁷.

Já na década de 1990 emerge a reforma gerencial, que pretendia promover uma modernização gradual, em diferentes intensidades nos diversos setores, construída em consonância aos aspectos positivos já estruturados da Administração Pública burocrática³²⁸. Esse novo paradigma, que valoriza o resultado alcançado, a eficiência e o planejamento, não é absoluto na realidade atual, pois o que se verifica é uma simbiose dos três modelos acima citados³²⁹.

Certo é que o Direito Administrativo está vinculado a princípios e normas que lhe são próprios e peculiares, diferenciando-o das demais ramificações do Direito, e que mantém uma relação lógica de coerência dentro do sistema, constituindo o regime jurídico-administrativo³³⁰. Tal regime pode se resumir em um conjunto de prerrogativas e restrições a que a Administração Pública está sujeita, por ser responsável por garantir que o interesse público seja alcançado.

Esse ramo do Direito público se desenvolveu baseado em duas ideias conflitantes: a importância de proteção de direitos e liberdades individuais frente ao Estado e a necessidade de satisfazer os interesses coletivos, daí a bipolaridade de prerrogativas e sujeições³³¹. Para que os direitos individuais sejam preservados, a Administração deve observar a lei e o direito, sujeitando-se ao princípio da legalidade; já para alcançar o interesse público, ao Poder Público são outorgados alguns privilégios que não são observados no âmbito privado.

Dentre as prerrogativas, pode-se citar a autoexecutoriedade, o poder de aplicar sanções administrativas e de alterar unilateralmente um contrato, e imunidade tributária. Por outro lado, cita-se como restrições a sujeição à observância da finalidade pública e aos princípios da

³²⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, p. 7-40, 1996.

³²⁷ PEREIRA. Da administração pública burocrática à gerencial.

³²⁸ PEREIRA. Da administração pública burocrática à gerencial.

³²⁹ CAMPELO. Administração pública no Brasil.

³³⁰ BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**.

³³¹ DI PIETRO. **Direito Administrativo**.

legalidade, moralidade e publicidade. Percebe-se que as prerrogativas colocam a Administração em uma posição de superioridade perante o particular, enquanto as restrições limitam suas atividades de forma que a não observância a normas e princípios caracterizam o desvio de poder ou de finalidade³³².

É possível que a Administração Pública empregue modelos privatísticos, porém sem nunca se submeter integralmente ao direito privado, ou seja, sempre há submissão a certos privilégios e restrições de forma a alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui³³³. Nesse linear é possível afirmar que ela se delinea em função de dois princípios basilares: supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público. No entanto, é devido observar que a tais princípios não é conferido valor absoluto, perene e imutável, mas sim é dado a eles importância como pontos fundamentais do Direito Administrativo, como fonte-matriz do sistema³³⁴.

Dando continuidade à análise dos princípios que regem o Direito Administrativo brasileiro, é de se notar que a Constituição de 1988 explicitou alguns, e outros são decorrentes do entendimento da própria Constituição, ou de normas que regem esse ramo do Direito. São princípios expressos constitucionalmente a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Mas também é possível citar alguns outros princípios que regem as atividades administrativas: presunção de legitimidade, a razoabilidade e proporcionalidade, a motivação, o controle, a segurança jurídica e a proteção à confiança.

A partir desses destaques, algumas observações devem ser feitas. Nota-se que a atuação administrativa está limitada pela lei, já que a Administração Pública só pode fazer aquilo que é legalmente permitido, visando sempre à finalidade pública, não aos interesses particulares. A atuação pública deve se mostrar em conformidade com o ordenamento jurídico, independentemente da vontade do gestor público³³⁵.

Dessa submissão à lei decorre que os atos praticados têm presunção de legalidade e de veracidade. No entanto, essa presunção não desonera o Poder Público de apontar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, o que vai permitir a realização de um controle de legalidade. Assim, o gestor público deve evidenciar que um ato foi praticado de acordo com motivos aptos a ensejá-lo, ou seja, tais motivos devem guardar pertinência lógica com o ato praticado³³⁶.

³³² DI PIETRO. **Direito Administrativo.**

³³³ DI PIETRO. **Direito Administrativo.**

³³⁴ BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo.**

³³⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo.** Belo Horizonte: Del Rey. 1992.

³³⁶ ARAÚJO. **Motivação e Controle do ato administrativo.**

Já quanto ao princípio da eficiência, é possível interpretá-lo de acordo com o modo de atuação do agente público, que deve desempenhar suas funções da melhor maneira possível para alcançar os melhores resultados, e de acordo com a organização e estruturação da Administração Pública, que também deve buscar os melhores resultados em suas atuações³³⁷. Apesar de ser um mandamento constitucional, sua simples inserção no mundo jurídico não faz com que a Administração alcance a eficiência, isso porque, para que ela seja eficiente, deve-se abrir margem para decisões discricionárias e aumentar os mecanismos de controle, de forma a se encontrar o equilíbrio necessário³³⁸.

Para que a Administração consiga agir de forma eficiente e em sintonia ao interesse público, são-lhe conferidos poderes especiais. Apesar do uso da palavra poder, na realidade trata-se de poder-dever, pois seu uso é irrenunciável, e não facultativo, devendo sempre se ater aos limites conferidos pela lei.

Trata-se dos poderes normativo, disciplinar, decorrentes da hierarquia e de polícia. O poder normativo, também chamado de poder regulamentar, refere-se à prerrogativa que a Administração tem de publicar normas com efeitos gerais e abstratos, podendo inovar na ordem jurídica, ou apenas completar uma lei prévia³³⁹. Já o poder disciplinar e aqueles decorrentes da hierarquia se referem à relação de trabalho dentro da esfera administrativa, não guardando relação com o objeto do trabalho em questão. Por fim, o poder de polícia se refere aos mecanismos de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter abusos de direitos por particulares³⁴⁰, o que será melhor explanado adiante no sistema de controle e os mecanismos de sanção.

No exercício das funções públicas, o procedimento administrativo ganha destaque, por ser um meio de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e por ser uma forma de manifestação da democracia, elementos basilares do Estado de Direito democrático e social³⁴¹. Trata-se de uma sucessão de atos conectados entre si e organizados de tal forma a alcançar um objetivo final, o que pode ser interpretado como um instrumento de garantia dos particulares frente às prerrogativas públicas, pois disciplinar a forma como o Estado pretende chegar ao fim por ele almejado é uma maneira de mantê-lo sob controle³⁴².

³³⁷ DI PIETRO. **Direito Administrativo**.

³³⁸ BATISTA JÚNIOR. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**.

³³⁹ DI PIETRO. **Direito Administrativo**.

³⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1996. 734 p.

³⁴¹ BITENCOURT NETO. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil**.

³⁴² BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**.

A relevância do procedimento se torna aumentada na medida em que se eleva a presença da Administração na vida privada dos administrados, adquirindo uma dupla interpretação na Constituição de 1988: em seu sentido objetivo, retrata o dever da Administração de levá-lo em consideração em processos de tomada de decisões; já no sentido subjetivo, retratam os direitos fundamentais procedimentais, tais como o direito ao contraditório e à ampla defesa³⁴³. A participação privada também ganha relevância na Administração Pública.

As normas que pretendem assegurar o contraditório e a ampla defesa de acusados, possibilitar a participação em tomada de decisões e possibilitar a busca por informações diversificadas para embasar decisões eficientes são elementos da procedimentalização administrativa que evidenciam uma participação dialógica³⁴⁴. Nesse tipo de participação, o particular se torna um colaborador para se alcançar o interesse público, contribuindo para fornecer elementos que melhor sustentam uma decisão administrativa, tornando-a mais legítima³⁴⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio, no que se refere à democratização da Administração, observa-se um fortalecimento da ideia de democracia participativa, por meio da previsão de instrumentos de participação popular no atuar administrativo. Essa interação com o cidadão está prevista em diversos dispositivos constitucionais. Nasce, portanto, o que alguns autores denominam de Administração Pública Dialógica, que surge com a finalidade de afastar a tradicional submersão aos valores previamente definidos pelo Poder Público³⁴⁶.

Certo é que a Constituição de 1988 confere, inegavelmente, prestígio à Administração concertada, já que, em muitos casos, referida atuação se torna mais apta para se alcançar a eficiência administrativa. Isso, no entanto, não significa um abandono dos meios unilaterais de atuação, que, a depender da situação, se mostram como sendo a forma mais efetiva de se alcançar o interesse público³⁴⁷. Observa-se, portanto, que o Brasil já demonstra traços de desenvolvimento de uma Administração menos invasiva, pautada na consensualidade das decisões.

Verifica-se, também, que a participação privada começa a fazer parte do cenário licitatório brasileiro, em que se observa o aumento da valorização da negociação e da

³⁴³ BITENCOURT NETO. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil.**

³⁴⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. **Há um direito fundamental à boa administração pública: Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

³⁴⁵ BITENCOURT NETO. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil.**

³⁴⁶ LIMA. **Administração pública dialógica**, p. 100.

³⁴⁷ BITENCOURT NETO. **Concertação administrativa interorgânica**, p. 258.

consensualidade. No Brasil, há algum tempo, já existe previsão legal de instrumentos como as audiências públicas, as Parcerias Público-Privadas, o Regime Diferenciado de Preço e o Procedimento de Manifestação de Interesse. Mais recentemente, por meio da Lei nº 14.133/2021, foi implantado o Diálogo Competitivo, ampliando, de forma mais substancial, a possibilidade de interação com o setor privado.

No que se refere às licitações, a Lei nº 8.666/1993, antiga legislação ainda vigente, tem em sua essência a desconfiança dos administradores públicos, motivo pelo qual os procedimentos nela previstos se mostraram enrijecidos e com pouca margem de atuação discricionária. No intuito de prevenir possíveis irregularidades, a eficiência pública foi prejudicada e os procedimentos se tornaram morosos e defasados, o que fez com que se tornasse necessária uma nova legislação, mais moderna.

Nesse cenário nasceu a nova lei de licitações e contratos, Lei nº 14.133/2021, que pretende modernizar os procedimentos de contratação pública, inclusive por meio do uso de parcerias com a iniciativa privada. Porém, o resultado final dessa nova legislação tornou-se alvo de críticas, por manter o formalismo e a burocracia em diversas regulamentações.

Nesse novo marco legislativo, verificam-se pontos positivos e negativos, a exemplo do aumento da discricionariedade do gestor associado ao fato de a lei ser complexa e muito analítica. Esta última característica, apesar de tornar os procedimentos mais burocratizados, confere segurança jurídica aos gestores públicos ao tomar decisões³⁴⁸. No que tange à relação com o setor privado, o espírito dessa lei não atinge os anseios por maior consensualidade, ademais o novo regime jurídico de contratações continua atribuindo à Administração poderes e prerrogativas exorbitantes³⁴⁹.

No Brasil, o regime jurídico tende a universalizar a aplicação do direito público aos contratos da Administração. No entanto, em uma relação contratual, as prerrogativas de ação unilateral não devem se mostrar presentes pelo simples fato de a Administração ser parte dessa relação, mas sim em função do objeto contratado, caso contrário a essência do contrato não se faz presente³⁵⁰. Certo é que a nova lei de licitações e contratos optou pela manutenção de

³⁴⁸ CONSULTOR JURÍDICO. **Nova Lei de Licitações visa modernização e competitividade com setor privado.**

³⁴⁹ ANDRADE, Ricardo Barretto; ROST, Maria Augusta. **Uma travessia pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222984/uma%20travessia%20pela%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es%20-%20conjur.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1º maio 2022.

³⁵⁰ MENEZES, Fernando. Contratos Administrativos nos dias atuais. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.

prerrogativas administrativas em detrimento de uma regulação mais moderna, por meio de incentivos e consensos³⁵¹.

Nota-se que a Lei nº 14.133/2021 delimita caminhos antigos e alguns avanços, dentre eles alguns institutos de aproximação dos atores privados. Referida aproximação não poderia deixar de estar presente, haja vista que a participação privada tem se mostrado cada vez mais relevante. Nesse sentido, o regime jurídico-administrativo tem sido modificado para normatizar os momentos em que a iniciativa privada é chamada para cooperar com a Administração Pública³⁵².

Antes do recente avanço promovido por essa legislação, a Constituição Federal de 1988 provocou um notório desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro. Nessa constituição, optou-se pelo Estado Democrático de Direito, que tem como base uma concepção ampliada do princípio da legalidade e a importância da participação popular na Administração Pública, em contraposição ao enrijecimento da legalidade decorrente da já citada importação distorcida de alguns institutos do Direito Administrativo.

No Estado Democrático de Direito nota-se que o poder público não deve estar vinculado apenas à lei positivada, mas também a todo o direito. O Direito Administrativo moderno não tolera o apego ao legalismo como sendo a aplicação obediente e acrítica do texto legal pelo administrador, em clara desconsideração dos princípios que oxigenam o Direito Público e do fato de que o gestor público deve analisar a situação fática para encontrar a melhor solução juridicamente correta³⁵³.

Essa abrangência do sentido do princípio da legalidade repercute diretamente no atuar discricionário da Administração. É de se ressaltar que a discricionariedade administrativa tem como base o fato de que somente o administrador em contato com o caso concreto tem condições de bem apreciar a oportunidade e a conveniência da prática de certos atos, o que seria inviável ao legislador no momento da confecção da norma³⁵⁴.

Uma corrente de interpretação defende que a atuação administrativa deve se fundamentar na lei, bem como nos valores e princípios constitucionais. Nesse sentido, a discricionariedade não representaria uma possibilidade de o administrador eleger qualquer das hipóteses abstratamente comportadas pela norma ao caso concreto, uma vez que o caso fático

³⁵¹ ANDRADE; ROST. **Uma travessia pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**.

³⁵² DIAS, Maria Tereza Fonseca; BARBOSA, Maria Elisa Braz. **Parcerias Público-Privadas na saúde: análise comparativa da experiência do Brasil e do Reino Unido**. Belo Horizonte: Expert Editora, 2021.

³⁵³ FORTINI, Cristiana. As alterações contratuais: o desafio do intérprete. *In*: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Licitações e contratos: aspectos relevantes**. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

³⁵⁴ MEIRELLES. **Direito administrativo brasileiro**.

impõe limitações além das que a norma previu. Nessa linha de pensamento, estaria a se afirmar que o administrador público não somente tem o dever de buscar uma medida que atenda à finalidade pública, mas também tem o dever de se alcançar a finalidade previamente definida pela norma. O resultado disso é que, sempre que a conduta adotada não tenha sido a ótima e ideal para a situação concreta, terá ocorrido uma situação de violação do Direito³⁵⁵.

Em decorrência de um alargamento do princípio da legalidade, também se amplia a margem de controle judicial. Tal situação coloca em risco a boa e efetiva Administração Pública, já que pode fazer com que os agentes públicos sejam levados a um comodismo decisório, cuja motivação é a pretensão de se autoblindar de uma possível responsabilização pelos atos praticados³⁵⁶. Como consequência, o gestor público passa a assumir um comportamento mais conservador em suas atuações administrativas.

A outra corrente de interpretação da discricionariedade administrativa defende sua ampliação. A justificativa pauta-se na ideia de substituição da Administração burocrática pela gerencial, pois esta necessita de uma maior margem de liberdade decisória dos agentes públicos. Nota-se que, quanto à atuação discricionária da Administração Pública, o entendimento não se encontra pacificado pela doutrina.

A discricionariedade administrativa é um tema que perpassa o controle judicial dos atos praticados pelo Poder Público. Isso porque, quando a Administração pode atuar com liberdade dentro do limite definido pela lei, não pode o controle judicial invadir esse espaço reservado ao gestor público, caso contrário poderia substituir o julgamento de conveniência e oportunidade feito por aquele que é legalmente competente³⁵⁷. Diferentemente do que ocorre nos atos vinculados, em que o controle judicial ocorre de forma irrestrita, já que todo o ato é definido por lei.

Esse entendimento também não é pacificado, pois há autores que entendem que o controle judicial deve abranger a ponderação de valores e a intenção do legislador ao elaborar determinada lei que confere margens de atuação discricionária, ou seja, o fim constitucional embutido na norma. Essa possibilidade mostrar-se-ia diferente de um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial, ou seja, nesse caso o juiz deveria se limitar às situações em

³⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

³⁵⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

³⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor que deve ser perseguido³⁵⁸.

Mas o controle da Administração Pública não se resume ao controle judicial, pois existem diversos mecanismos para mantê-la dentro dos limites da legalidade, para impedir que ela se desvincule de seus objetivos, principalmente do interesse público³⁵⁹. O controle deve assegurar que a atuação administrativa esteja de acordo com os princípios impostos pelo ordenamento jurídico, como moralidade, publicidade, finalidade, motivação, impessoalidade e a já citada legalidade³⁶⁰.

Dessa forma, além do controle judicial, que atua sob provocação do Ministério Público ou por meio de interessados, também existe o controle exercido pelo Poder Legislativo, de forma autônoma ou pela atuação do Tribunal de Contas, bem como o controle exercido pela própria Administração Pública, pelos seus atos. Dentre as possibilidades, merece destaque o controle popular, pela sua efetividade e por ser provocado pelos destinatários da ação pública.

A Constituição Federal de 1988, elaborada em um período após a ditadura militar, veio com a pretensão de romper a cultura patrimonialista e autoritária arraigada no Brasil da época, e instituiu, para tanto, limites de atuação discricionária ao Poder Executivo por meio de um grande leque de atuação dos órgãos de controle, que, por muitas vezes chegam a controlar as atuações discricionárias dos agentes públicos. À época, esse controle excessivo era tido como a base sobre a qual deveria estar toda a atuação da Administração Pública³⁶¹.

Nota-se uma cultura fortemente punitiva e controladora no Direito Administrativo brasileiro cujo objetivo maior era combater e evitar a corrupção, bem como o exercício arbitrário do poder. Caso ocorressem situações como essas, ou qualquer outra atuação disforme à lei, sanções deviam ser aplicadas como forma de estimular quem a sofreu a não reincidir, bem como de servir de exemplo para a sociedade³⁶². Em que pese esse perfil, já é possível verificar que a presença da tradicional feição do poder sancionador brasileiro tende a se tornar menor, uma vez que o Direito Administrativo Sancionador está em evolução juntamente com a sociedade do século XXI.

Antes de avançar nesse raciocínio, pondera-se que o controle é indispensável para ampliar as margens de discricionariedade administrativa, uma vez que a atuação administrativa

³⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

³⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*.

³⁶⁰ DI PIETRO. *Direito Administrativo*.

³⁶¹ FERRAZ, Sérgio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 35, 1995.

³⁶² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*.

responsável reclama por mecanismos eficazes de contenção. Assim, essa forma de controle se mostra essencial para preservação dos princípios que regem a Administração Pública; no entanto “o Estado não pode ser visto como um veículo cuja principal parte seja os freios”³⁶³.

Assim, o direito administrativo sancionador tem passado por um processo de revisão e remodelagem. A partir desse ponto, a resposta jurídica adequada e necessária a um ato ilícito nem sempre é a punição administrativa, já que a finalidade da sanção não pode resumir-se na punição, pois também tem o fim de desestimular condutas reprováveis no Poder Público³⁶⁴.

Verifica-se o surgimento do entendimento de que a punição nem sempre é a melhor alternativa para se atingir o interesse público e que o seu excesso pode não apenas não atingir o referido interesse, mas também pode vir a prejudicá-lo³⁶⁵. Seguindo essa tendência, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB não permite penalizações excessivas e desproporcionais ao possibilitar que o gestor público somente seja responsabilizado em casos de atuações com dolo ou erro grosseiro³⁶⁶. Essa previsão normativa favorece a criação de um ambiente jurídico mais seguro ao agente público que age de boa-fé.

Nota-se um processo evolutivo em que a rigidez se dilui em prol de um benefício maior, que se materializa na finalidade pública. Observa-se, inclusive, estudo que se refere ao direito ao erro do administrador público, pois o gestor público, assim como qualquer outro ser humano, está sujeito a cometer erros, sendo razoável uma tolerância aumentada para certos equívocos funcionais, que não deveriam ser causa de uma responsabilização administrativa³⁶⁷.

Certo é que a própria lei “cria mecanismos de ponderação entre o exercício da potestade sancionadora e os direitos do acusado ou já reconhecidamente infrator de sofrer a menor restrição juridicamente impositiva”³⁶⁸. Ambiente em que se torna possível o reconhecimento da possibilidade de uma reação diferente da investigação do ilícito e da sua penalização pela Administração Pública.

A tendência do Poder Público de se abrir para consensos e celebração de acordos, começa a também ser verificada no exercício da função regulatória. Nesse campo, é possível

³⁶³ BATISTA JÚNIOR; CAMPOS. A Administração Pública consensual na modernidade líquida.

³⁶⁴ FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa**: a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

³⁶⁵ FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³⁶⁶ FORTINI, Cristiana. Considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-14/interesse-publico-consideracoes-pl-425320-futura-lei-licitacoes#_ftn2. Acesso em: 19 mar. 2021.

³⁶⁷ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

³⁶⁸ FERREIRA. **Teoria Geral da Infração Administrativa**.

perceber que há um movimento de troca do processo punitivo por compromissos de reparação dos danos, cessação de comportamentos faltosos e medidas que tragam benefícios à coletividade, como forma de compensação³⁶⁹.

Esse é um movimento recente, sendo que a feição controladora e sancionadora do Poder Público ainda se mostra muito presente nos dias atuais, mas é certo que uma modernização se mostra incipiente. Essa mudança de feição não se mostra somente no que se refere ao Poder Sancionador, mas em relação a todo o Direito Administrativo brasileiro que vem percorrendo um caminho de busca por institutos jurídicos mais flexíveis.

2.4 Síntese Comparativa

É de se notar que os Direitos Administrativos dos três países se mostram muito diferentes. Como consequência, a atuação da Administração Pública também apresenta grandes dissonâncias entre os países objeto da pesquisa. O conteúdo da comparação, discorrido abaixo, será exposto de forma organizada em um quadro no Apêndice A deste trabalho.

No que se refere à organização jurídica e aos aspectos gerais do sistema jurídico, é devido pontuar que a Inglaterra tem como sistema jurídico o *common law*, não existindo na legislação uma divisão clara entre público e privado. É um país onde o Direito Administrativo demorou a se desenvolver, pois havia uma forte resistência em aceitar que a Administração Pública tivesse qualquer privilégio sobre um particular, devido ao princípio do *rule of law*, que significava supremacia do direito comum e unidade de jurisdição a todos. Mas, apesar do Direito Administrativo inglês não ser composto por normas e princípios que derogam e exorbitam o direito comum, a Administração deve se sujeitar ao direito, sendo sua atuação marcada pela horizontalidade. Em que pese a Administração possuir algumas prerrogativas e privilégios, quando ela age são usados essencialmente processos jurídicos do direito comum, pois ela obedece, em larga medida, ao mesmo direito que os particulares.

A Administração possui uma larga discricionariedade, e seus contratos são majoritariamente regidos pelo Direito privado, nos quais são possíveis cláusulas que asseguram a ela poderes unilaterais, tais como de sancionar, de modificar, de suspender e de rescindir o contrato. Esse é um país que tem uma forte tradição de importação da cultura e das práticas do

³⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=597>. Acesso em: 6 mar. 2021.

setor privado para o setor público, além de ter mais proximidade com esses atores, a exemplo das diversas parcerias público-privadas que realiza. Percebe-se que a Administração inglesa, desde sua origem, mostra-se mais próxima ao particular, atuando em alguns pontos sob as normas do direito privado. Nesse país, há destaque para a atuação administrativa discricionária e para o controle judicial. Apesar da notória abertura à interação com os setores privados, tal país apresenta uma tendência de atuar de forma ainda mais cooperativa e em consenso com os particulares.

Já Portugal passou por fortes influências francesas, que pregava a separação de poderes, em nome da qual surgiu o postulado de que “julgar a Administração é ainda administrar”. Significa que os litígios envolvendo as decisões administrativas deviam ser resolvidos pela própria administração, não pelos órgãos judiciais. Assim, a Administração goza de liberdades para executar o disposto nas leis, agir de forma eficiente e fiscalizar suas atividades, bem como interpretar e executar as leis administrativas. O Estado português deve proteger o cidadão dos arbítrios dos administradores, que se encontram cada vez mais limitados por normas que defendem interesses e direitos legítimos de particulares. A Constituição prevê princípios tais como controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos, legalidade da administração e garantia de direitos e liberdades, cabendo destaque à garantia de participação popular e democrática dos cidadãos na resolução de problemas nacionais.

É possível que entidades privadas exerçam poderes públicos; no entanto, a prerrogativa administrativa de fiscalização deve ser mantida, sendo certo que na relação jurídica entre o Estado e os particulares os princípios da participação, do controle e da transparência devem ser observados. No contexto atual desse país, a simplificação, a eficiência e a racionalidade administrativa ganham cada vez mais destaque, momento em que a desburocratização do procedimento se torna cada vez mais relevante. Porém, críticas quanto à clareza e objetividade do aparelho administrativo mostram-se presentes, fazendo-se notória a urgente necessidade de simplificação procedimental. Nesse ambiente, é possível verificar um novo Direito Administrativo português, que se vê impulsionado a adquirir uma feição mais moderna.

Por fim, o Direito Administrativo Brasileiro recebeu grande influência do direito de base romanística, mas adotou alguns institutos do sistema de *common law*. Do modelo francês foi importado especialmente teorias e princípios, como a submissão da Administração a um regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade e a hierarquia. A jurisdição administrativa, que na França é exercida por órgãos da própria administração e tem a capacidade de delimitar o Direito Administrativo local, não integrou de fato o cenário brasileiro, fazendo com que o modelo local se mostrasse muito

positivado e pouco flexível. A matéria de contrato administrativo brasileiro é um exemplo dessa importação distorcida e enrijecida de um conteúdo do modelo francês que, posteriormente, foi cristalizado na legislação. Já quanto à aproximação brasileira ao modelo de *common law*, cabe citar a adoção do sistema de jurisdição una e a ampla revisão judiciária dos atos administrativos. Porém aqui não se adotou o princípio do *stare decisis*, que no *common law* dá força obrigatória aos precedentes judiciais, o que contribuiu para o enrijecimento do princípio da legalidade.

Já a Constituição define um alargamento do princípio da legalidade, segundo o qual a Administração deve se sujeitar ao direito como um todo. Em sua origem não houve valorização da flexibilização e da descentralização administrativa, o que fortaleceu a burocracia, tendo como consequência o alto custo e a baixa qualidade da Administração brasileira. Por essa razão o Brasil passou por uma reforma gerencial, a partir da qual o resultado alcançado, a eficiência e o planejamento começaram a ser cada vez mais almejados pelo Poder Público. A Administração Pública se vê sujeita a um regime jurídico-administrativo, em que são previstas prerrogativas que colocam a Administração em uma posição de superioridade perante o particular, bem como restrições que limitam suas atividades à observação de normas e princípios. Aqui se verifica uma Administração Pública mais autoritária e hierarquicamente superior perante o particular, em que há um crescimento de uma democracia participativa, mas que a atuação discricionária da Administração não tem limites bem definidos pela doutrina. Apesar disso, verifica-se uma tendência do setor público em abrir-se para uma atuação mais próxima dos setores privados.

Comparando a organização jurídica dos três sistemas, observa-se que na Inglaterra o direito público e o direito privado não são distinguidos de forma clara na legislação como ocorre em Portugal e no Brasil; que a Administração Pública da Inglaterra utiliza o direito privado em sua atuação, o que não ocorre em Portugal e no Brasil; que em Portugal e no Brasil a Administração Pública goza de mais prerrogativas frente aos particulares que na Inglaterra; que a Administração da Inglaterra se mostra menos burocratizada que a de Portugal e do Brasil; e que a Administração da Inglaterra se mostra mais próxima do particular que a de Portugal e do Brasil, onde existe relação de hierarquia entre esses atores.

Quanto à dimensão da abertura à cooperação entre Estado e atores privados, certo é que na Inglaterra atualmente o contrato e a regulamentação podem ser considerados pilares importantes da nova arquitetura de governança, e a contratação pública se mostra sujeita ao direito privado, o que confere força às normas contratuais e possibilita a aplicação de mecanismos judiciais de resolução de conflitos. Nesse país existe uma aptidão histórica por aproximar dos atores privados e também por contratar, surgindo o termo governo por contratos

(*government by contract*). O contrato é de tamanha relevância que ele é conceituado em distintas dimensões – comportamental, jurídica e retórica. Atualmente as PPPs e as demais formas de contratar com a Administração são uma presença incontestável no cenário do setor público da Inglaterra. A revolução contratual é profunda, em que características advindas do setor privado impregnam a Administração Pública, diluindo a distinção entre público e privado e fazendo com que o contrato passasse a ser reconhecido como uma ferramenta que desafia e modifica as hierarquias e as formas das organizações burocráticas. Entretanto, de acordo com alguns críticos, a cooperação e o consenso deveriam ser mais valorizados no país.

Em Portugal, a colaboração com os particulares e a participação são princípios previstos no Direito Administrativo local. De acordo com o primeiro, a Administração Pública deve atuar com auxílio dos particulares, já o segundo prevê que deve ser assegurada a participação dos particulares junto aos órgãos da Administração Pública, na formação das decisões que lhes digam respeito. Na realidade atual não mais se verifica um antagonismo entre Estado e sociedade, pelo contrário, a relação se tornou próxima e com influência recíproca, cenário em que há uma nova feição administrativa das suas atuações, nas quais se utiliza o direito privado. Apesar de todos os contratos que correspondem ao exercício da função administrativa serem contratos públicos, os administrativistas modernos tiveram que estudar o Direito privado para se beneficiar de aquisições teóricas e técnicas desse ramo do direito. Sendo assim, nos últimos anos a atuação do setor e do direito privados na Administração Pública mostraram-se ampliadas, destacando-se o fenômeno da privatização, o que representa um reforço da participação privada em áreas e matérias que, até pouco tempo, eram objetos exclusivos de intervenção pública.

Já no Brasil, a participação privada vem ganhando relevância na Administração Pública, que pode empregar modelos privatísticos, porém sem nunca se submeter integralmente ao direito privado, ou seja, sempre há submissão a certos privilégios e restrições de forma a alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui. É inegável que a Constituição de 1988 confere prestígio à Administração concertada, o que não significa um abandono aos meios unilaterais de atuação, e o Brasil já demonstra traços de desenvolvimento de uma Administração menos invasiva, pautada na consensualidade das decisões. A participação dialógica começa a ganhar importância, pois o particular se torna um colaborador para se alcançar o interesse público, contribuindo para fornecer elementos que melhor sustentam uma decisão administrativa, tornando-a mais legítima. Nesse sentido, a participação privada começa a fazer parte do cenário licitatório brasileiro, em que se observa o aumento da valorização da negociação e da consensualidade, bem como da relevância da participação. No entanto, a aplicação do direito público aos contratos da Administração ainda se mostra prevalente.

Sintetizando a comparação entre a dimensão da abertura à cooperação entre Estado e atores privados, é possível concluir que em Portugal e no Brasil se observa menos experiência em relação às interações com os setores privados, quando comparado com a Inglaterra; que na Inglaterra tem-se mais arraigada a busca pela cooperação e pelo consenso juntamente ao setor privado, o que em Portugal e no Brasil é recente; apesar disso, em Portugal e no Brasil a Constituição confere prestígio à cooperação entre o Estado e a sociedade; que na Inglaterra o uso do direito privado nas contratações públicas é predominante, o que não ocorre em Portugal e no Brasil; e que todos os países reconhecem a importância da atuação com o setor privado e valorizam uma maior abertura para uma atuação mais próxima aos particulares, porém com intensidades e possibilidades diversas.

Quanto à margem de discricionariedade e autonomia da Administração Pública, verificou-se que na Inglaterra a autoridade pública tem liberdade de exercer seu poder discricionário dentro dos limites do interesse público. A margem de discricionariedade se mostra tão alargada, que muitos de seus atos são subtraídos da apreciação judicial. No entanto, após firmado o contrato, a discricionariedade se torna questionável para preservar a segurança do contrato, caso em que se entende que o controle judicial deve ser menos intenso.

Em Portugal, a discricionariedade administrativa é ainda um tema polêmico, devendo se limitar a casos de absoluta necessidade. Nas situações em que a Administração Pública tem mais liberdade de atuação – em vistas da frouxa vinculação à lei – os direitos, as liberdades e as garantias constituem parâmetros balizadores, cuja violação pode invalidar o ato, gerando eventuais sanções. Frente a uma situação em que é possível fazer uso da discricionariedade, o gestor público deve se orientar pelo interesse público, pela eficiência, pela economicidade e pela celeridade decisória.

Por fim, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, a atuação discricionária do Poder Executivo foi limitada pelos órgãos de controle, que, por muitas vezes, chegam a controlar as atuações discricionárias dos agentes públicos. Nessa mesma linha seguiu a antiga lei de licitações e contratos, ainda vigente, cuja essência é a desconfiança dos administradores públicos, motivo pelo qual os procedimentos nela previstos se mostraram enrijecidos e com pouca margem de atuação discricionária. Já a nova lei pretende modernizar os procedimentos de contratações pública, inclusive com o aumento da discricionariedade. No entanto, o entendimento acerca dos limites da discricionariedade não se encontra pacificado pela doutrina, há uma corrente que defende sua ampliação e outra que defende a sua limitação à finalidade previamente definida pela norma, não podendo o caso fático aceitar qualquer das hipóteses abstratamente comportadas pela norma. Apesar disso, é possível verificar um entendimento de

que, para se alcançar a eficiência e os melhores resultados, se deve abrir margem para decisões discricionárias e aumentar os mecanismos de controle, de forma equilibrada.

Percebe-se, a partir da comparação feita acerca da margem de discricionariedade e autonomia da Administração Pública, que a Administração da Inglaterra apresenta mais possibilidades de atuar de forma discricionária e autônoma do que a de Portugal e do Brasil; que, diferentemente da Inglaterra, em Portugal e no Brasil se verifica uma aptidão histórica menor de autonomia da Administração Pública frente às disposições legais; e que em Portugal e no Brasil, ainda se verificam receios e falta de pacificação acerca da abertura à discricionariedade administrativa.

Encerrando essa análise macrocomparativa, quanto à abrangência do sistema de controle e dos mecanismos de sanções, na Inglaterra a fundamentação do controle foi desenvolvida pelas sucessivas decisões judiciais, sendo as sanções legais possíveis para proteger a confiança e garantir a concretização das expectativas. Nesse país, o *New Public Management* estipula mecanismos de responsabilização (*accountability*), fazendo com que o setor público inglês altere o seu regime de responsabilização.

Por sua vez, em Portugal visualiza-se a figura da jurisdição administrativa. Esse país também conta com a figura do Tribunal de Contas, órgão que exerce poderes genéricos de controle e inspeção sobre a Administração Pública. De acordo com a Constituição, esse tribunal é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas especificadas pela lei. Ressalta-se que dentro da margem de discricionariedade do administrador público o controle não é cabível; quando cabível, ele deve ser entendido em um sentido mais amplo, que abrange tanto o controle da legalidade e da racionalidade dos atos praticados, quanto a garantia da prestação de contas, que compõe uma dimensão ética do controle. A partir do controle, são possíveis as aplicações de sanções pela Administração Pública. Quanto às questões contratuais, é possível observar sanções pecuniárias, bem como de resolução sancionatória do contrato e a proibição de participação em procedimento adotado para a formação de contratos públicos.

No Brasil, o entendimento majoritário é o de que a Administração pode atuar com liberdade dentro do limite definido pela lei, espaço esse que o controle judicial não pode invadir para não substituir o julgamento de conveniência e oportunidade feito pelo gestor público. Esse entendimento não se mostra pacífico, pois há quem entenda que o controle judicial deve abranger a ponderação de valores e a intenção do legislador na elaboração de uma lei que possibilita a atuação discricionária. No Brasil, o controle pode ser exercido pelo Poder Judiciário ou pelo Legislativo ou pela própria Administração Pública. Aqui existe uma cultura

fortemente punitiva e controladora no Direito Administrativo, que tinha o grande objetivo de combater e evitar a corrupção, bem como o exercício arbitrário do poder. No entanto, percebe-se que a presença da tradicional feição do poder sancionador brasileiro tende a se tornar menor, uma vez que o Direito Administrativo Sancionador está em evolução juntamente com a sociedade moderna. Nesse sentido já se encontra a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, que não permite penalizações excessivas e desproporcionais ao afirmar que o agente público somente responderá em casos de atuações com dolo ou erro grosseiro. Nota-se que a feição controladora e sancionadora do Poder Público ainda se mostra muito presente nos dias atuais, mas é certo que uma modernização se mostra incipiente.

De forma a sintetizar a análise da abrangência do sistema de controle e dos mecanismos sanções, percebe-se que o controle judicial na Inglaterra e no Brasil é exercido pelo Poder Judiciário, já em Portugal, o controle é feito pelos Tribunais Administrativos; que existe a figura do Tribunal de Contas em Portugal e no Brasil; que a Inglaterra, que historicamente tem um regime pobre de responsabilização do setor público, começa a apresentar um regime mais robusto de responsabilização; que Portugal e Brasil apresentam, historicamente, mecanismos mais rigorosos e autoritários de controle; e que todos os países apresentam possibilidades da Administração Pública aplicar sanções administrativas.

3 ESTUDO COMPARATIVO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

A partir dos cenários expostos, é possível realizar uma análise pormenorizada da participação privada em procedimentos licitatórios por meio do uso do Diálogo Competitivo. De forma semelhante, serão analisados individualmente cada cenário – inglês, português e brasileiro – e, posteriormente, será elaborada uma síntese comparativa, resultado do estudo.

É importante ressaltar que, para que a pesquisa comparativa seja realizada, deve-se comparar o comparável. Dessa forma, independente do nome que um dado instrumento do direito receba em cada país, o que importa é se sua essência é comparável com o instrumento que se encontrou em outras regiões.

Por esse motivo, o estudo microcomparativo irá iniciar com a (I) análise da definição legal do Diálogo Competitivo, juntamente com as (II) hipóteses legais de uso desse instrumento. Em sequência, a partir de uma pesquisa em *sites* governamentais, será verificada a (III) frequência e a quantidade de utilização do Diálogo Competitivo em cada país. Por fim, será realizada uma (IV) revisão literária acerca do procedimento na Inglaterra, em Portugal e no Brasil. Após toda essa pesquisa, cada elemento será comparado, possibilitando alcançar uma síntese de todo conteúdo pesquisado.

Antes de iniciar a pesquisa em cada país, importante pontuar que o procedimento utilizado para realizar a revisão de literatura foi o levantamento bibliográfico, por meio do qual os textos foram selecionados usando banco de dados diversos. Após essa identificação dos textos mais recentes, foi utilizada a técnica de amostragem por referência em cadeia (também conhecida como amostragem “bola de neve”), em que, a partir de um texto, tenta-se identificar os outros³⁷⁰.

No entanto, aqui se faz cabível uma crítica quanto ao acesso a textos sobre o Diálogo Competitivo. Durante a pesquisa bibliográfica, em que pese todo o esforço dispendido, não foi possível ter acesso a muitos textos, uma vez que a Biblioteca Prof. Lydio Machado Bandeira de Mello, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, por restrição de gastos, suspendeu a assinatura de portais e revistas, sendo possível apenas a consulta a dois textos sobre o Diálogo Competitivo – um artigo de revista portuguesa e um livro brasileiro sobre a nova lei de licitações e contratos. Ressalta-se que para que a pesquisa acadêmica seja realizada, deve existir alguma forma de apoio da Biblioteca Universitária no levantamento bibliográfico, sob pena de prejudicar a produção acadêmica da própria Universidade.

³⁷⁰ GUSTIN; DIAS; NICÁCIO. (Re)pensando a pesquisa jurídica, p. 190.

3.1 Diálogo Competitivo na Inglaterra

3.1.1 Descrição Normativa

O Diálogo Competitivo foi introduzido no ordenamento jurídico da Inglaterra no ano de 2006, recebendo o nome de *Competitive Dialogue*. Desde então, vem sendo amplamente usado pelo setor público, em projetos variados, como os que envolvem infraestrutura e Tecnologia da Informação³⁷¹. Atualmente, sua previsão normativa encontra-se no *The Public Contracts Regulations 2015*, origem das principais informações que irão compor este tópico. Nesse normativo de contratos públicos está a previsão de como deve ocorrer o procedimento do Diálogo Competitivo no Reino Unido, não somente na Inglaterra. Da mesma forma, outras normas e textos citados se referem ao Reino Unido como um todo, mas neste texto são usados para o estudo restrito à Inglaterra, limitação que já foi exposta no início deste trabalho, quando da justificativa da escolha dos países selecionados para o estudo comparado.

No referido normativo, no entanto, não consta a definição legal desse instrumento. Dessa forma, a definição que aqui será exposta foi extraída da Nota de Orientação *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation*. De acordo com esse documento, o Diálogo Competitivo é uma via de aquisição legislativa, que possibilita às autoridades públicas dialogarem com os licitantes acerca de diversos aspectos da aquisição³⁷². Segundo essa mesma nota de orientação, tal instrumento é recomendado para projetos complexos, em que há alta probabilidade de insucesso na contratação. Nesses casos, o diálogo aplicado corretamente possibilita que os riscos sejam testados e as soluções discutidas, viabilizando a arquitetura de um contrato bem-sucedido.

Devido às suas peculiaridades, pode ser usado na Inglaterra para obras, compras ou serviços, desde que atendidos a um ou mais dos seguintes critérios: a necessidade pública em questão não pode ser satisfeita sem a adaptação de uma solução já disponível; a contratação deve incluir soluções de *design* ou soluções inovadoras; o diálogo se torna essencial devido à existência de circunstâncias relacionadas com a natureza, a complexidade ou a composição

³⁷¹ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**. London, November 2010. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225318/03_ppp_competitive_dialogue.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

³⁷² UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation**. 2021. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987141/Competitive_dialogue_and_competitive_procedure_with_negotiation_guidance_note_May_2021.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

jurídica e financeira ou pelos riscos associados à contratação; as especificações técnicas do objeto a ser contratado não podem ser estabelecidas com precisão suficiente pela entidade adjudicante sem o apoio do licitante³⁷³. Além disso, o *The Public Contracts Regulations 2015* também prevê que é possível utilizar o Diálogo Competitivo para obras, fornecimentos ou serviços em que, apesar da realização de um procedimento aberto ou restrito, apenas forem apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis.

Percebe-se que o *The Public Contracts Regulations 2015* prevê outros instrumentos de contratação, quais sejam o procedimento aberto e o restrito, a parceria de inovação e o Procedimento Competitivo com Negociação. Nesse estudo, merece destaque ao último citado, já que o procedimento competitivo com negociação, assim como o Diálogo Competitivo, é recomendado para projetos complexos e possibilita interação da autoridade pública com o licitante, por meio de negociação.

Nota-se que o Diálogo Competitivo oferece uma flexibilidade maior, pois permite que todos os aspectos da contratação sejam debatidos, o que inclui discussões de propostas finais e negociações sobre a proposta vencedora para confirmar compromissos financeiros ou outros termos contidos na licitação, o que não é possível por meio do Procedimento Competitivo com Negociação. Por sua vez, esse procedimento possibilita que a autoridade adjudicante contrate com base na proposta inicial, sem qualquer negociação, bem como possibilita que o procedimento ocorra mais rapidamente, favorecendo a sua aplicação em situações de urgência³⁷⁴.

Devido a essas peculiaridades, escolher o melhor procedimento de aquisição é uma decisão importante para favorecer a entrega dos melhores resultados, ou seja, de contratações com mais qualidade e economicamente mais vantajosas (*value for money*). A escolha inadequada de um procedimento pode representar o risco de celebrar um contrato insustentável para uma ou todas as partes, ou de não entregar um serviço ou obra essencial ao cidadão, ou fazê-lo com qualidade questionável³⁷⁵.

Assim, após devidamente escolhido o procedimento mais adequado ao caso em questão, ele deve ser aplicado da forma correta. Para tanto, o *The Public Contracts Regulations 2015* bem define as regras aplicáveis a cada procedimento, dentre elas as referentes ao Diálogo Competitivo, que seguem abaixo:

³⁷³ UNITED KINGDOM. **The Public Contracts Regulations 2015.**

³⁷⁴ UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation.**

³⁷⁵ UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation.**

Aspecto geral e seleção de participantes

30. (1) Nos diálogos competitivos, qualquer operador econômico pode apresentar um pedido de participação em resposta a um anúncio de concurso, fornecendo as informações para a seleção qualitativa, que são solicitadas pela entidade adjudicante.
- (2) O prazo mínimo para recebimento dos pedidos de participação será de 30 dias a partir da data em que é enviado o anúncio de concurso.
- (3) Apenas os operadores econômicos convidados pela entidade adjudicante na sequência da avaliação das informações fornecidas podem participar do diálogo.
- (4) As entidades adjudicantes podem limitar o número de candidatos aptos a serem convidados a participar do procedimento, de acordo com a regra 65.
- (5) O contrato será adjudicado com base unicamente no critério de adjudicação da melhor relação qualidade-preço, de acordo com a regra 67.
- (6) As entidades adjudicantes devem estabelecer as suas necessidades e requisitos no anúncio de concurso, bem como devem definir essas necessidades e os requisitos nesse aviso, ou em um documento descritivo, ou em ambos.
- (7) Ao mesmo tempo e nos mesmos documentos, as entidades adjudicantes devem também estabelecer e definir os critérios de adjudicação escolhidos e estabelecer um calendário indicativo.

Condução do diálogo

(8) Autoridades Contratantes:

- (a) Devem abrir, com os participantes selecionados, de acordo com as disposições constantes das regras 56 a 66, um diálogo cujo objetivo será identificar e definir os meios mais adequados para satisfazer as suas necessidades, e
 - (b) Podem discutir todos os aspectos da aquisição com os participantes escolhidos durante este diálogo.
- (9) Durante o diálogo, as entidades adjudicantes devem assegurar a igualdade de tratamento entre todos participantes e, para tanto, não devem fornecer informações de forma discriminatória e que podem dar a alguns participantes uma vantagem sobre outros.
 - (10) De acordo com a regra 21, as entidades adjudicantes não devem revelar, aos outros participantes, soluções propostas ou quaisquer informações confidenciais comunicadas por um candidato ou proponente que participa do diálogo, sem o seu acordo.
 - (11) Tal acordo não deve assumir a forma de uma renúncia geral, mas deve ser dado com referência à comunicação pretendida de informações específicas.
 - (12) Os diálogos competitivos podem realizar-se em fases sucessivas, a fim de reduzir o número de soluções a discutir durante a fase de diálogo, aplicando os critérios de adjudicação estabelecidos no anúncio de contrato ou no documento descritivo.
 - (13) No anúncio de concurso ou no documento descritivo, a entidade adjudicante deve indicar se usará a opção descrita no parágrafo (12).
 - (14) A entidade adjudicante deve prosseguir o diálogo até identificar a solução ou soluções capazes de atender às suas necessidades.

Licitações finais

- (15) Declarado que o diálogo está concluído e informado ao restante dos participantes, as entidades adjudicantes solicitarão a cada um deles que apresente as suas propostas finais com base na solução ou soluções apresentada(s) e especificada(s) durante o diálogo.
- (16) Essas propostas devem conter todos os elementos exigidos e necessários para a execução do projeto.
- (17) Essas propostas podem ser esclarecidas, especificadas e otimizadas a pedido da autoridade contratante.
- (18) Mas tais esclarecimentos, especificação ou otimização, ou qualquer informação adicional, não podem implicar em alterações nos aspectos essenciais do concurso ou da contratação pública, incluindo as necessidades e requisitos estabelecidos no anúncio de concurso ou no documento descritivo [...].
- (19) As entidades adjudicantes avaliarão as propostas recebidas com base nos critérios de adjudicação estabelecidos no anúncio de concurso ou no documento descritivo.
- (20) A pedido da entidade adjudicante, as negociações com o proponente que apresentou a proposta com a melhor relação qualidade-preço, de acordo com a regra

67, podem ser realizadas para confirmar compromissos financeiros ou outros termos contidos na licitação para finalizar os termos do contrato, desde que:

(a) não tenha por efeito alterar materialmente aspectos essenciais da proposta ou da contratação pública, incluindo as necessidades e requisitos estabelecidos no anúncio de concurso ou no documento descritivo, e

(b) não corra o risco de distorcer a concorrência ou causar discriminação.

Prêmios e pagamentos

(21) As entidades adjudicantes podem especificar prêmios ou pagamentos aos participantes no diálogo³⁷⁶.

No processo de contratação por meio do Diálogo Competitivo é possível identificar cinco etapas-chave, de acordo com a Nota de Orientação *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation*, quais sejam: de planejamento e envolvimento prévio com o mercado; de anúncio e seleção; de diálogo; de propostas finais e de prêmio. Ao fim de cada fase, a autoridade pública deve realizar uma revisão prévia ao avanço à próxima etapa, assim será possível assegurar que os objetivos e diretrizes, postos no início do projeto, ainda permaneçam válidos para concretizar a contratação em questão³⁷⁷.

É devido registrar que a regulamentação acerca do Diálogo Competitivo foi elaborada no período em que o Reino Unido fazia parte da União Europeia. Assim, a Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, e a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, foram base para a consolidação das previsões normativas da Inglaterra.

Após a saída do Reino Unido da União Europeia, que ocorreu em 1º de fevereiro de 2020, findou-se a necessidade de transpor ao ordenamento jurídico inglês as matérias de contratos públicos regulamentadas no referido bloco. Por consequência, visualizou-se uma oportunidade de desenvolver e implementar um novo regime de contratação pública, cujas regras espelhassem as particularidades do Reino Unido.

Nesse sentido, em dezembro de 2020, o Gabinete Oficial publicou o Livro Verde Transformando Aquisições Públicas (*Green Paper, Transforming Public Procurement*), cujos objetivos gerais são acelerar e simplificar o processo de compras, valorizar o critério de custo-benefício (*value for money*) e proporcionar oportunidades para pequenas empresas, instituições de caridade e empresas sociais inovarem em prestação de serviço público³⁷⁸. Essa nova abordagem, que promete ser simplificada e célere, ainda não foi elaborada. Tem-se apenas o referido Livro Verde, no qual foram apresentadas propostas para modificar o futuro da

³⁷⁶ UNITED KINGDOM. **The Public Contracts Regulations 2015**, p. 30-31, tradução nossa.

³⁷⁷ UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation**.

³⁷⁸ UNITED KINGDOM. Cabinet Office. **Green Paper: transforming public procurement**.

legislação em matéria de contratos públicos. Por enquanto, continuam válidas as disposições do *The Public Contracts Regulations 2015*, acima expostas.

3.1.2 Aplicação Prática

A pesquisa acerca da aplicação prática do Diálogo Competitivo na Inglaterra se iniciou por meio do *Contracts Finder*, que permite pesquisar informações sobre contratos do governo inglês e suas agências, cujos valores são maiores do que £ 10.000. Esse localizador de contratos pode ser usado para consultar detalhes de licitações e contratos pregressos, como também para que os interessados em processos licitatórios possam procurar oportunidades de contrato em diferentes setores.

Referida pesquisa foi realizada no dia 12 de junho de 2022, no site www.gov.uk/contracts-finder. Para tanto, utilizou-se como palavra-chave “*Competitive Dialogue*”, definiu-se o estágio de aquisição como “contrato concedido” – aqueles adjudicados a um fornecedor – e selecionou-se apenas as regiões relativas à Inglaterra. Além desses parâmetros, não se utilizou mais nenhum filtro na busca.

Como resultado, a pesquisa identificou 73 avisos em que houve citação do Diálogo Competitivo. Desses, em 23 contratos foi identificado o uso de outros tipos de procedimentos licitatórios, que não o objeto deste estudo, motivo pelo qual eles foram excluídos da amostra selecionada. Nota-se que nesse *site* não é possível filtrar a busca pelo tipo de procedimento.

Assim, restaram 50 contratos adjudicados por meio do uso do Diálogo Competitivo. Desses contratos, 10 são do ano de 2015, 6 do ano de 2016, 7 do ano de 2017, 7 do ano de 2018, 6 do ano de 2019, 8 do ano de 2020 e 6 do ano de 2021. Nessa amostra foi possível identificar, dentre outros, contratos de construção, infraestrutura, serviços de saúde, sociais, ambientais, de reciclagem, de tecnologia da informação, de telecomunicações e de energia.

Para complementar a pesquisa, também foi realizada uma consulta pelo serviço *Find a Tender*, que deve ser usado para encontrar contratos de alto valor, geralmente acima de £ 118.000. O acesso foi feito pelo site www.gov.uk/find-tender, no dia 12 de junho de 2022. Da mesma forma como foi feito no site *Contracts Finder*, utilizou-se como palavra-chave “*Competitive Dialogue*”, definiu-se o estágio de aquisição como “contrato concedido”, que são aqueles adjudicados a um fornecedor, e selecionou-se apenas as regiões relativas à Inglaterra. Além desses parâmetros, não se utilizou mais nenhum filtro na busca.

Como nesse *site* também não é possível filtrar a busca pelo tipo de procedimento, foram identificados 14 contratos; desses, 2 foram excluídos da amostra por não serem de Diálogo

Competitivo. Dos 12 restantes, 6 são do ano de 2021 e 6 do ano de 2022. Nesses contratos é possível identificar, dentre outros, objetos referentes a serviços de tecnologia, de telefonia e de paisagismo.

No site do *Find a Tender* resta esclarecido que esse canal de buscas substituiu o *Tenders Electronic Daily*, que trata do suplemento do Jornal Oficial da União Europeia dedicados aos contratos públicos europeus, onde eram publicados contratos de altos valores do Reino Unido antes de sua saída do bloco. Para finalizar a pesquisa relativa aos contratos de Diálogo Competitivo firmados na Inglaterra, foi feita uma busca nesse portal.

Nesse portal, que é possível acessar pelo site www.ted.europa.eu, buscaram-se no dia 12 de junho de 2022 todas as notícias de contratos concedidos no Reino Unido, utilizando-se o filtro “*Competitive Dialogue*” para tipo de procedimento. Nessa busca foram identificados 824 contratos, mas, como não foi possível refinar a busca apenas para a Inglaterra, foram excluídos da amostra 131 contratos que se referem a outros países.

Por consequência, nesse *site* foram identificados 693 contratos firmados na Inglaterra. A título de exemplo, verificou-se que esses contratos tinham por objetos a construção de estação de ambulância, construção de estradas e serviços de tecnologia da informação, de telecomunicação, de saúde, de transporte e prisionais.

Esses contratos foram divididos pelo ano de publicação da notícia de contrato concedido, da seguinte forma: em 2014 foram publicados 118, em 2015 e em 2016 foram publicados 98 contratos, em 2017 foram publicados 93 contratos, em 2018 foram publicados 92 contratos, em 2019 foram publicados 80 contratos, em 2020 foram publicados 54 contratos, em 2021 foram publicados 48 contratos, e em 2022 foram publicados 12. É de se ressaltar que as publicações realizadas nos anos de 2021 e 2022 se referem a anúncios de procedimentos licitatórios publicados anteriormente à saída do Reino Unido da União Europeia.

De acordo com os dados expostos, é possível perceber que na Inglaterra foram encontrados, desde 2014, 693 contratos firmados por meio do uso do Diálogo Competitivo, o que equivale a uma frequência média de 77 contratos firmados por ano. Aqui cabe o destaque de que inexistente a possibilidade de duplicação na contabilização desse número expressivo devido às orientações constantes nos *sites* governamentais do Reino Unido. O *site Contracts Finder* descreve que nele são encontrados contratos de valores menos expressivos e que, para os contratos de valores maiores, deve-se utilizar a busca do site *Find a Tender*. Já nesse *site*, há a informação de que nele são feitas as publicações que antigamente eram realizadas no *Tenders Electronic Daily*. Ou seja, os *sites* são complementares e cada um corresponde a uma hipótese diferente de publicação.

Como forma de sintetizar todos os dados encontrados na pesquisa acima citada, segue tabela que demonstra o uso do Diálogo Competitivo na Inglaterra:

Tabela 1 – Uso do diálogo competitivo na Inglaterra

Ano	<i>Contracts Finder</i>	<i>Find a Tender</i>	<i>Tenders Electronic Daily</i>	Total
2014	0	0	118	118
2015	10	0	98	108
2016	6	0	98	104
2017	7	0	93	100
2018	7	0	92	99
2019	6	0	80	86
2020	8	0	54	62
2021	6	6	48	60
2022	0	6	12	18
Total	50	12	693	693

Fonte: www.gov.uk/contracts-find; www.gov.uk/find-tender; www.ted.europa.eu.

3.1.3 Revisão de Literatura

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a trajetória da Inglaterra é muito diferente da portuguesa e da brasileira no tocante à aproximação da Administração Pública com os particulares. Nota-se que tal país tem longa experiência de interação com o setor privado, o que se verifica pelo fato de ser a origem dos contratos de *Private Finance Initiative*³⁷⁹; além disso, os ingleses têm grande experiência quanto ao uso do Diálogo Competitivo, sendo esse um dos países da Europa que mais faz uso do referido instituto³⁸⁰.

Antes de iniciar a análise desse instrumento na Inglaterra, é importante ressaltar que o Diálogo Competitivo foi criado pela Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, como uma medida inovadora e flexível para auxiliar em contratações públicas complexas. Ressalta-se que se trata da legitimação de uma prática adotada por alguns membros da União Europeia, dentre eles o Reino Unido, que faziam uso do procedimento por negociação para contratações complexas, tendo em vista a inexistência de um procedimento específico³⁸¹. Em princípio, alguns estudiosos vislumbraram que ele seria

³⁷⁹ PECCI, Alketa; SOBRAL, Filipe. Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-14, jun. 2007.

³⁸⁰ HAUGBOLLE; PIHL; GOTTLIEB. Competitive dialogue: driving innovation through procurement?

³⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Artigo 32. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1.

usado em raros casos, enquanto outros previam problemas na sua aplicação efetiva, mas atualmente seu uso encontra-se solidificado na Europa³⁸², especialmente na Inglaterra.

Antes da introdução do Diálogo Competitivo no direito europeu, as autoridades públicas se encontravam em uma situação de pouca flexibilidade para lidar com contratos complexos, para os quais as soluções de suas necessidades eram dificilmente encontradas. Àquela época, a Inglaterra era um país membro da União Europeia, estando, portanto, sujeita as suas normas e diretrizes. Como consequência, a partir da publicação dessa Diretiva de 2004, foi recomendado que a Inglaterra começasse a fazer uso desse instrumento, ainda sem a obrigatoriedade de incorporação ao direito interno.

A partir dessa possibilidade, o Diálogo Competitivo foi incorporado ao Direito inglês, por meio do *The Public Contracts Regulations 2006*. De acordo com esse regulamento, sempre que uma autoridade pública pretendesse realizar uma contratação particularmente complexa, para a qual a utilização do procedimento aberto ou limitado não permitisse a adjudicação desse contrato, ela poderia recorrer ao uso desse novo procedimento³⁸³.

Sua incorporação ao direito inglês ocorreu como forma de complementar as variadas formatações já existentes, com o fim de simplificar, trazer modernidade e flexibilizar as contratações, tornando-as mais colaborativas³⁸⁴. Essa simplificação do procedimento não poderia, no entanto, ser confundida com uma simplicidade, pelo contrário. Para lidar com o novo procedimento começou a ser necessário diversos estudos e guias práticos publicados pelo Governo. Esses guias governamentais contêm orientações e conselhos, resultantes de estudos feitos com base em experiências de profissionais que fizeram uso do procedimento, cujo objetivo se refere a complementar as normas existentes, não a substituí-las.

Destaca-se o *Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure*, guia publicado pelo Escritório de Comércio do Governo (OGC) no ano de 2008, quando ainda se tinha pouca experiência prática no uso desse instrumento, pela Inglaterra. Por tal motivo, deixa-se claro nesse manual que ele não contém orientações definitivas sobre o novo procedimento, bem como torna evidente a expectativa de que ele seja atualizado ao longo do tempo, a partir das novas experiências e da jurisprudência que for criada.

Já nesse documento foi relatado que, quando bem conduzido, o Diálogo Competitivo traz diversos benefícios, evitando negociações prolongadas com licitantes e alcançando

³⁸² BURNETT. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments.

³⁸³ UNITED KINGDOM. **The Public Contracts Regulations 2006**. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/pdfs/uksi_20060005_en.pdf. Acesso em: 14 jun. 2022.

³⁸⁴ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration**, p. 386.

melhores resultados, especialmente quando há necessidade de refinar os requisitos da autoridade por meio de um processo de diálogo com as partes³⁸⁵. No entanto, esse mesmo manual ressalva que seguir o novo procedimento não é fácil, pois a obtenção de um resultado de qualidade requer preparação, planejamento, disciplina e esforço significativos por parte da autoridade pública, sendo que essas práticas, juntamente com uma comunicação minuciosa com o mercado fornecedor, são essenciais para o sucesso do Diálogo Competitivo.

Embora o novo procedimento se baseie na transparência, na abertura e na não discriminação, ele demanda mais empenho da autoridade pública, certo que, se for utilizado de forma inadequada ou mal gerenciado, seja pela não aplicação das práticas citadas acima ou por qualquer outra razão, ele pode aumentar os custos e o tempo do procedimento licitatório, sem qualquer melhoria compensatória nos resultados³⁸⁶. Nesse sentido, o Tesouro do Reino Unido empenhou esforços no ano de 2010 para realizar uma nova revisão acerca do Diálogo Competitivo.

A partir desses estudos, algumas recomendações foram publicadas para melhorar o processo de compras, obter uma melhor relação custo-benefício e encurtar os prazos de entrega. Dentre essas recomendações, cabe destaque à importância dos treinamentos consistentes para evitar a falta de qualificação dos profissionais de compras, bem como a orientação de que o Diálogo Competitivo não deve ser visto como o procedimento padrão para qualquer aquisição, devendo esse procedimento ser tratado como uma hipótese de exceção³⁸⁷.

Referidas recomendações foram dadas no estudo publicado pelo governo do Reino Unido no ano de 2010. De acordo com o *HM Treasury* – órgão que se assemelha ao Tesouro Nacional – o Diálogo Competitivo tem sido amplamente usado pelo setor público para entregar grandes projetos, o que conferiu a esse órgão experiência suficiente para possibilitar uma revisão significativa. Tal revisão foi motivada pelo compromisso governamental de que o setor público alcance o melhor custo-benefício (*value for money*) em suas aquisições, melhorando a entrega de projetos e minimizando os custos³⁸⁸.

Ao longo dos anos tornou-se notório que o uso do Diálogo Competitivo aumentou significativamente em termos de valores dos contratos, pois esse procedimento revelou-se útil

³⁸⁵ UNITED KINGDOM. Office of Government Commerce. **Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure.** Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225317/02_competitive_dialogue_procedure.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

³⁸⁶ UNITED KINGDOM. Office of Government Commerce. **Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure.**

³⁸⁷ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue.**

³⁸⁸ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue.**

nas hipóteses em que as autoridades públicas não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer como solução para os seus problemas³⁸⁹. Nesse cenário, foi publicada a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que estabelecia como dever dos Estados-membros da União Europeia a previsão de utilização do Diálogo Competitivo pelas autoridades adjudicantes.

A Inglaterra, então Estado-membro da União Europeia, já utilizava largamente esse procedimento licitatório, tornando-se destaque dentro do cenário europeu. Isso pode ser verificado pelos dados disponíveis pelos autores Sue Arrowsmith e Steen Treumer, que indicam que entre 1º de abril de 2010 e 31 de março de 2011, o Reino Unido publicou 356 notícias no Jornal Oficial da União Europeia (OJEU) relativas ao Diálogo Competitivo, em uma totalidade de 1.034 publicações na Europa. À frente do Reino Unido somente ficou a França, que publicou 452 notícias no mesmo período³⁹⁰.

Posteriormente, a normatização de contratos públicos do Reino Unido foi renovada por meio da publicação do *The Public Contracts Regulations 2015*, no ano de 2015. Essa regulamentação atualmente encontra-se em vigor na Inglaterra, refletindo ainda a disciplina posta pelas diretrizes da União Europeia, apesar da saída desse bloco no ano de 2020.

Feita essa breve contextualização, é cabível aprofundar na análise desse instituto, a começar pela sua devida aplicação. Há de se ressaltar que a grande flexibilidade do Diálogo Competitivo o torna útil a uma gama de situações diversas, mas deve-se ter em mente o desafio de coibir qualquer abuso para maximizar os benefícios disponíveis³⁹¹. Nesse sentido, sua aplicabilidade pode ser limitada por quatro fatores – o objeto do contrato, a complexidade, a inadequação de outros procedimentos e o valor do contrato³⁹² –, de acordo com as hipóteses legais de uso do instrumento.

É possível afirmar que alguns indicadores, definidos pelo *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation*, podem sugerir o uso do Diálogo Competitivo, dentre eles, os mais relevantes são: nenhuma solução de uso se encontra pronta e disponível, pois as soluções prontamente disponíveis necessitam de adaptação para atenderem aos requisitos; o

³⁸⁹ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.**

³⁹⁰ ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. Competitive dialogue in EU law: a critical review. In: _____. **Competitive Dialogue in EU Procurement.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

³⁹¹ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

³⁹² HOEZEN, Mieke; HILLIG, Jan-Bertram. **The Competitive Dialogue procedure: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch law.** 2008. Disponível em: <https://centaur.reading.ac.uk/12102/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

desenvolvimento da solução envolve uma abordagem atualizada ou inovadora; a estrutura legal, contratual e/ou financeira é complexa, existem vários interessados envolvidos; a entrega depende da implantação de mais de uma solução técnica ou de serviço, ocasionando um risco de interoperabilidade; a alocação correta de riscos é fundamental para gerar custo-benefício ao projeto e para a viabilidade de longo prazo; alto risco de continuidade dos negócios; a imprecisão dos dados gera alto impacto nos custos; alto grau de imprevisibilidade; as suposições e soluções precisam ser testadas; e, por fim, há uma possibilidade de reduzir custos sem reduzir a qualidade do produto entregue.

Normalmente, embora não seja uma regra, as Parcerias Público-Privadas são firmadas utilizando o procedimento de Diálogo Competitivo, pois permite que a entidade adjudicante prossiga as negociações com um pequeno grupo de potenciais licitantes, o que confere ao poder público a oportunidade de discutir com cada licitante a melhor forma de atender as suas necessidades³⁹³. De acordo com o mesmo estudo, esse processo busca equilibrar a necessidade de competição com a dificuldade da autoridade em especificar exatamente o que deseja contratar, em casos de projetos tecnicamente, legalmente ou financeiramente complexos.

Devido à complexidade legal, financeira e técnica, esses contratos de Parceria Público-Privadas e os de Tecnologia da Informação são os que mais comumente são firmados a partir do uso do Diálogo Competitivo, apesar de não ser uma regra pelo simples fato de se enquadrarem nessa categoria³⁹⁴. Como já dito, o uso desse instrumento deve ser limitado às hipóteses postas no *The Public Contracts Regulations 2015*, apesar dessa regra não ser observada em todos os casos.

De acordo com o *HM Treasury*, contratos que não eram obviamente complexos estavam utilizando o procedimento do Diálogo Competitivo, como, por exemplo, a compra de apólices de seguro anuais, roupas de trabalho e detergentes, bem como a obtenção de serviços de limpeza para uma única escola. A revisão feita indicou que as autoridades contratantes visualizavam, cada vez mais, o Diálogo Competitivo como o processo padrão para todas as aquisições, com exceção das mais diretas³⁹⁵. Essa conclusão também foi alcançada pelo *Accelerating Government Procurement*, que evidenciou que há um uso indevido do Diálogo Competitivo, uma vez que em quase 30% dos casos analisados utilizou esse procedimento, mesmo não sendo

³⁹³ DAVIES. Public-Private Partnerships in English Law.

³⁹⁴ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

³⁹⁵ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue.**

necessário ou útil, o que estava levando a processos de aquisições prolongados e caros para governo e fornecedores³⁹⁶.

Para evitar esse tipo de situação, o *HM Treasury* recomenda que as autoridades públicas documentem claramente os seus fundamentos para utilização do procedimento de Diálogo Competitivo antes de iniciar a contratação, justificando o porquê do projeto ser considerado complexo, bem como o porquê da não aplicação dos procedimentos aberto e restrito³⁹⁷. Essa fundamentação é exigida não apenas para documentar a motivação do ato, mas também para incentivar os licitantes a se debruçarem sobre o projeto e a se questionarem quanto aos requisitos para a sua utilização.

Apesar do aparente uso excessivo e desnecessário desse instrumento, em pesquisa realizada por Richard Craven, relatada no livro *Competitive Dialogue in EU Procurement*, foi apontado que as autoridades contratantes têm evitado o uso do Diálogo Competitivo, devido à percepção comum de que o procedimento é muito caro, demorado e complexo, bem como devido a experiências ruins de diálogos desfocados e demasiadamente extensos. Dessa forma, foi identificado que tanto os atores públicos quanto os licitantes tentam fazer uso de outro procedimento, principalmente o restrito³⁹⁸.

Mas a sua utilização também depende de alguma experiência da autoridade contratante nesse tipo de projeto. Assim, a autoridade adjudicante deve estar segura – desde o momento preparatório – de que dispõe de pessoal qualificado, experiente e em número suficiente para atuar em todas as fases do concurso, uma vez que os contratos públicos de Diálogo Competitivo geralmente exigem uma atuação maior por parte da equipe envolvida³⁹⁹. Por esse motivo, a organização interna da autoridade contratante é um ponto a se preocupar, já que é necessária a preparação e alocação de pessoal na Administração Pública para apoiar nas negociações que ocorrem durante o diálogo⁴⁰⁰.

No estudo realizado pelo *HM Treasury*, foi relatado que muitos participantes do setor público admitiram desconhecimento e inabilidades dentro de suas equipes de licitações, mas esses mesmos atores reconheceram que o empenho do governo em elaborar um estudo de revisão sobre a matéria tem ajudado a ampliar o conhecimento dos envolvidos no procedimento,

³⁹⁶ UNITED KINGDOM. Cabinet Office. **Accelerating Government Procurement**. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/62355/lean-study-accelerating-government-procurement.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

³⁹⁷ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**.

³⁹⁸ ARROWSMITH; CRAVEN. *Competitive dialogue in the United Kingdom*.

³⁹⁹ UNITED KINGDOM. Office of Government Commerce. **Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure**.

⁴⁰⁰ HAUGBOLLE; PIHL; GOTTLIEB. *Competitive dialogue: driving innovation through procurement?*

bem como a colocar mais confiança no setor privado para fornecer suporte. Nesse sentido, para melhorar as habilidades do setor público e reduzir sua dependência com o setor privado, restou recomendada a elaboração de cursos e treinamentos consistentes para os funcionários do setor, os quais não devem somente abranger as melhores práticas, como também oferecer a oportunidade de debater com profissionais experientes⁴⁰¹.

Certo é que a complexidade do procedimento não pode coibir o seu uso naqueles casos em que ele é, de fato, vantajoso, ou seja, as percepções negativas, dos casos demorados, de insucesso e de elevados custos, não podem fazer com que a autoridade pública escolha outro procedimento nos casos em que o Diálogo Competitivo é adequado. Há de se tomar cuidado com isso, pois esse instrumento na Inglaterra representou uma melhoria em seu quadro de procedimentos licitatórios, uma vez que a grande flexibilidade desse procedimento o torna inerentemente útil para muitos projetos desde que operado da forma devida⁴⁰².

Além de ser um procedimento complexo, ele também é considerado caro. De acordo com um estudo, os altos custos geralmente se relacionam com o processo de preparação e planejamento deficiente, com a cobertura inadequada de recursos para o procedimento, com as reuniões extremamente longas e com as requisições de informações desnecessárias aos licitantes⁴⁰³.

Essa complexidade acaba refletindo no tempo de duração de todo o longo processo do Diálogo Competitivo. Percebe-se que para realizar esse procedimento é devida uma abordagem intensamente exigente, tanto pelas especificações próprias do instrumento, quanto pelo valor e tamanho do contrato que geralmente é objeto de discussão, o que faz com que ele possa levar mais de um ano para ser concluído⁴⁰⁴.

Com vistas a essa costumeira duração prolongada no tempo, para tornar o procedimento mais organizado deve-se planejá-lo desde o início, o que inclui dividi-lo em fases, sendo que a quantidade e a duração dessas fases devem ser pré-determinadas⁴⁰⁵. Verifica-se que não há na doutrina, nem mesmo nos manuais emitidos pelo governo do Reino Unido, uma padronização das fases que compõem o Diálogo Competitivo. Em relação a esse entendimento da divisão das etapas, observado de modo diverso nos guias governamentais, entende-se que isso resulta dos estudos e da evolução do conhecimento quanto a esse procedimento.

⁴⁰¹ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue.**

⁴⁰² ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴⁰³ HAUGBOLLE; PIHL; GOTTLIEB. Competitive dialogue: driving innovation through procurement?

⁴⁰⁴ HARLOW; RAWLINGS. **Law and Administration.**

⁴⁰⁵ HAUGBOLLE; PIHL; GOTTLIEB. Competitive dialogue: driving innovation through procurement?

Devido a essa falta de unificação de entendimento, utilizou-se neste trabalho a mais recente nota de orientação do Reino Unido, qual seja o *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation*. Nesse guia são identificados cinco estágios do Diálogo Competitivo – planejamento e envolvimento prévio com o mercado, anúncio e seleção, diálogo, propostas finais, e prêmio – ao final dos quais, a autoridade pública sempre deve realizar uma revisão antes de avançar à próxima etapa, assim será possível assegurar que os objetivos e diretrizes, postos no início do projeto ainda permanecem válidos para concretizar a contratação em questão⁴⁰⁶.

Ressalta-se a elevada importância dada à fase de planejamento, prévia ao diálogo. Nesse momento, a entidade deve buscar antecipadamente compreender todo o projeto, ter todos os seus objetivos claramente definidos e identificar todas as possíveis situações de restrições ou risco⁴⁰⁷. Apesar de não ser regulamentada, essa fase está sujeita a princípios gerais tais como o do tratamento igualitário, correspondendo à etapa mais influente do Diálogo Competitivo, pois o planejamento inadequado se torna um problema fundamental na gestão do procedimento⁴⁰⁸.

Restou observado o frequente desenvolvimento ruim de projetos que evoluem sob pressão para entrar em processo de aquisição rapidamente, pois algumas questões podem ser resolvidas antes do processo competitivo, de forma mais fácil e barata⁴⁰⁹. Essa fase não pode ser negligenciada, sob pena de impactar negativamente em todo o procedimento licitatório.

O *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation* incluiu o envolvimento prévio com o mercado como outra atividade a ser desenvolvida no primeiro estágio do procedimento para assegurar o interesse do setor privado em participar da competição e para possibilitar ao poder público estruturar melhor o projeto e os requisitos, de forma a incentivar um maior número de fornecedores a participarem do processo. Esse engajamento prévio é recomendado para aquecer o mercado; confirmar a existência de um mercado que forneça o que se deseja; fazer uma pesquisa inicial sobre o escopo, riscos e custos estimados do projeto; testar o modelo contratual proposto; e confirmar se a estratégia proposta é ideal tanto para o setor público quanto para o privado, bem como se ela fornecerá os resultados pretendidos⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation**.

⁴⁰⁷ UNITED KINGDOM. Office of Government Commerce. Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure.

⁴⁰⁸ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴⁰⁹ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**.

⁴¹⁰ UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation**.

A próxima fase do procedimento se refere ao anúncio e à seleção dos candidatos que avançarão para a fase do diálogo. Quanto ao anúncio, ele deve ser feito em publicação oficial, de forma clara, precisa, completa e não discriminatória. No entanto, a descrição do assunto é um ponto delicado, já que no Diálogo Competitivo os detalhes precisos do que vai ser adquirido ainda não são claros no início, o que torna difícil a elaboração de um anúncio que preveja a flexibilidade adequada e indique com a máxima precisão o objeto do contrato, tanto para cumprir as exigências legais, quanto para atrair os participantes⁴¹¹.

Quanto à seleção dos candidatos que participarão do diálogo, ela deve se dar por meio de critérios objetivos e não discriminatórios, levando-se em conta que, no mínimo três licitantes devem ser escolhidos para participar da próxima etapa. É possível limitar o número de participantes que serão selecionados a participar da próxima etapa, desde a publicação do anúncio, mas essa limitação deve ser feita levando em consideração o quão competitivo é o mercado; o escopo de requisitos e soluções que serão discutidos durante o diálogo; e que os fornecedores irão avaliar suas chances de serem bem-sucedidos na competição, tendo em vista que um grande número de licitantes participantes do diálogo pode desencorajar alguns atores privados a participarem do processo⁴¹².

Certo é que um número maior de licitantes provavelmente aumentará a competitividade do certame; entretanto, o diálogo com um número maior de participantes pode aumentar o custo do processo para todos os envolvidos. Dessa forma, deve-se encontrar um equilíbrio entre esses dois pontos, já que uma das principais vantagens do Diálogo Competitivo é discutir detalhadamente questões fundamentais, o que não pode ser perdido por uma seleção prematura⁴¹³.

Após essa seleção, inicia-se a fase do diálogo, em que todos os aspectos substanciais da proposta precisam ser discutidos e acordados. O diálogo é conduzido com base em um documento descritivo em que a autoridade adjudicante estabelece suas necessidades e exigências relativas ao que será entregue ao final, bem como pode ocorrer em etapas sucessivas nas quais pode haver eliminações de participantes⁴¹⁴.

Nesse momento, a Administração Pública irá receber do mercado informações confidenciais, que não podem ser divulgadas aos outros participantes sem o pleno acordo do

⁴¹¹ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴¹² UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation.

⁴¹³ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue.**

⁴¹⁴ CMS Law Tax. **Guide to the EU public procurement rules in the UK.** 2015. Disponível em: <https://cms.law/en/media/local/cms-cmno/files/publications/guides/guide-to-the-eu-public-procurement-rules-uk>. Acesso em: 19 jun. 2022.

ator privado específico. Assim, a possibilidade de um diálogo aberto é duramente restrita, motivo pelo qual esse princípio de não divulgação já foi alvo de crítica por ser considerado um obstáculo a um diálogo eficaz⁴¹⁵.

De acordo com o *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation* essa etapa tem como objetivos testar a entrega da solução proposta; explorar a oportunidade de inovar; remover suposições que os licitantes tenham feito na proposta; garantir a alocação adequada de risco; alcançar o maior custo-benefício (*value for money*); testar o relacionamento entre as partes e definir como qualquer mudança será gerenciada⁴¹⁶. De acordo com esse mesmo guia de orientações, o diálogo não deve ser usado para realizar uma revisão pormenorizada da proposta, mas sim para dialogar acerca das principais questões técnicas, operacionais ou comerciais em encontros organizados em um cronograma, de forma a garantir que todos os participantes tenham clareza sobre o objetivo de cada sessão, bem como tenham tempo para se preparar.

Apesar das diretrizes de orientações, o *HM Treasury* identificou algumas práticas ruins na condução da fase de diálogo, dentre elas pode-se citar solicitações excessivas de propostas de licitantes, equipes mal preparadas para conduzir as reuniões, emissão incompleta de documentação aos licitantes e atrasos inexplicáveis de horário⁴¹⁷. Esse mesmo guia cita que, nesse momento, o abuso mais comum ocorre quando autoridades contratantes, que não realizaram a preparação prévia de forma satisfatória, visualizam essa etapa como uma oportunidade de realizar consultorias gratuitas com o mercado para desenvolver suas especificações, não como uma fase de esclarecer e refinar soluções com os atores privados.

Quanto à condução do diálogo, uma crítica comum se refere ao número excessivo de reuniões e aos pedidos de informações que não são relevantes, o que faz concluir que a organização e a condução do diálogo direcionadas a cada participante seja o ideal, pois as regras de tratamento igualitário não exigem uma abordagem extremamente inflexível e dissonante das particularidades de cada proposta⁴¹⁸. O que se percebeu na prática foi uma estruturação enrijecida e excessiva dessa fase logo em seu início, que não era repensada e reorganizada para não ferir a igualdade de tratamento, fazendo com que os participantes julgassem que alguns encontros e alguns pedidos de informações fossem desnecessários.

⁴¹⁵ HOEZEN; HILLIG. **The Competitive Dialogue procedure**: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch law.

⁴¹⁶ UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation**.

⁴¹⁷ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**.

⁴¹⁸ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

Esse diálogo com o setor privado deve continuar até que uma ou mais soluções sejam identificadas de forma precisa pela autoridade licitante. Nesse momento será feito um chamamento para as propostas finais, sendo certo que, após apresentadas, é permitido apenas esclarecer, especificar e afinar, o que não significa que o contrato deva estar completo em todos os detalhes nessa etapa, mas significa que, após esse período, não poderão mais ser feitas alterações nas características básicas da oferta de forma a distorcer a concorrência ou ter um efeito discriminatório⁴¹⁹.

Esse momento se refere à quarta fase, que trata da apresentação final das propostas. Assegurada a concorrência até o final do processo licitatório, pode ser que alguns participantes já tenham sido eliminados ao longo dos sucessivos diálogos, e os licitantes remanescentes devem apresentar propostas totalmente detalhadas para garantir que todas as questões que possam surgir sejam esclarecidas antes de entrar para a fase final do concurso⁴²⁰.

Percebe-se que a possibilidade dada de esclarecer, especificar e afinar pontos incertos das propostas não foi delimitada com precisão pelo *The Public Contracts Regulations 2015*, o que pode gerar dúvidas se a interpretação deve ser ampla ou restrita. Entende-se que nesse momento a autoridade adjudicante não pode alterar qualquer ponto da proposta final ou em seus requisitos, não se pode reabrir com os proponentes as discussões, que já foram finalizadas, sob pena dessas propostas não serem aceitas⁴²¹.

A última fase do Diálogo Competitivo se refere ao prêmio, que começa com a escolha do candidato vencedor – aquele que apresentou a proposta aderente aos critérios de adjudicação estabelecidos no anúncio de contrato ou o documento descritivo, com a melhor relação qualidade-preço. Uma vez escolhida a melhor proposta, a autoridade pública poderá negociar com o vencedor para confirmar compromissos financeiros ou outros termos, desde que isso não modifique aspectos essenciais da proposta, nem cause discriminação frente a outros concorrentes. Porém, esse não é o melhor momento para se fazer qualquer negociação, que é melhor conduzida antes do recebimento das propostas finais, enquanto há tensão concorrencial entre os licitantes⁴²². Isso mostra a importância de, antes de finalizar cada fase, fazer uma revisão se todos os objetivos foram alcançados, se o processo está seguindo da forma como foi estruturado e se já é possível seguir para a próxima etapa.

⁴¹⁹ HARLOW; RAWLINGS. *Law and Administration*, p. 387.

⁴²⁰ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴²¹ UNITED KINGDOM. Office of Government Commerce. **Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure.**

⁴²² UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation.**

A decisão de adjudicação do contrato deve ser comunicada a todos os participantes, o que é seguido por um período de suspensão em que a minuta do contrato será finalizada para sua assinatura⁴²³. No entanto, não há clareza se essa paralisação deve ocorrer antes ou depois de finalizadas todas as negociações com o licitante vencedor, o que gera dúvidas na prática cotidiana⁴²⁴.

Por fim, deve-se pontuar que é permitido que as entidades adjudicantes especifiquem pagamentos aos participantes do Diálogo Competitivo, como forma de reembolsar os participantes pelas despesas que tiveram durante o certame. Entretanto, essa prática se tornou desaconselhada, podendo ser justificada quando existirem preocupações legítimas sobre a tensão competitiva, devendo o julgamento ser feito caso a caso⁴²⁵. Apesar de existir essa possibilidade de pagamento, pouco uso tem sido verificado na prática⁴²⁶.

Em vistas a todo o processo do Diálogo Competitivo, a revisão do *HM Treasury* elencou quatro pontos de maiores preocupações identificados ao longo das discussões realizadas com os atores privados e públicos. O primeiro se refere à capacidade desse instrumento de garantir os melhores resultados, ficando evidenciado na pesquisa que a introdução do Diálogo Competitivo possibilitou que fossem desenvolvidos e entregues resultados mais apropriados. Quanto ao custo do procedimento, é geralmente aceito que, em comparação a outras possibilidades de aquisição, o Diálogo Competitivo é um procedimento mais caro tanto para o setor público, quanto para o privado. Também se mostrou objeto de preocupação os cancelamentos e atrasos no procedimento, que tinham por causa, principalmente, mudanças na política estratégica ou nos requisitos por parte da entidade adjudicante. Por fim, cabe destaque a preocupação com a confidencialidade dos dados, o que faz com que os licitantes muitas vezes não apresentem suas ideias mais inovadoras até relativamente tarde no processo de diálogo⁴²⁷.

Como observado, a preocupação com os custos, o tempo de duração do procedimento e a confidencialidade é uma realidade que se verifica especialmente por parte dos licitantes. Os atores privados tendem a demonstrar apreensão quanto aos custos e ao tempo, pois as propostas feitas precisam ser mais desenvolvidas antes da adjudicação do contrato, diferentemente do que ocorre em outros procedimentos licitatórios, bem como sobre as dificuldades de proteger a

⁴²³ UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation.**

⁴²⁴ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴²⁵ UNITED KINGDOM. Office of Government Commerce. **Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure.**

⁴²⁶ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴²⁷ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue.**

propriedade intelectual e outras informações confidenciais durante o processo do Diálogo Competitivo⁴²⁸.

Dando continuidade às conclusões alcançadas nas revisões governamentais sobre o Diálogo Competitivo, de acordo com o *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation*, algumas armadilhas comuns devem ser evitadas ao executar um processo de Diálogo Competitivo bem-sucedido. Tais armadilhas são: engajamento inicial insuficiente com o mercado; competição limitada com falta ou pouca tensão competitiva; má identificação e alocação de riscos; falta de tentativa de antecipar ao máximo ou falta de busca de ajuda especializada em caso de mudanças e problemas imprevistos; controle de custos deficiente; falta de acesso a dados importantes para que os licitantes formulem suas propostas; falta de continuidade do pessoal-chave no processo; e comprometimento (ou suspeita de comprometimento) da integridade do processo, o que pode ser evitado quando especialistas atuam em todo o procedimento do Diálogo Competitivo.

Um estudo de caso acerca da experiência da BBC na execução de uma aquisição em que se utilizou o Diálogo Competitivo, realizado pela *Pass Procurement*, sintetizou algumas lições que podem ser aprendidas com a prática. São elas: planejar foi fundamental e garantiu o sucesso na condução eficiente do diálogo; discutir antecipadamente os fatores críticos – o contrato e como as propostas seriam avaliadas – com os licitantes foi fundamental para cumprir os prazos; preparar a documentação com antecedência e discutir isso nas sessões de diálogo permitiu um significativo progresso; e definir os níveis de serviço apropriados se mostrou um processo mais demorado do que se esperava no início⁴²⁹.

Após toda essa revisão acerca do Diálogo Competitivo, é de se observar o pouco enfoque que é dado à inovação. Enquanto estudos em alguns países mostram que esse procedimento estimulou a inovação, na Inglaterra evidencia uma tendência de uso desse instrumento para obter ganhos de eficiência e de custo-benefício, em vez de estimular a inovação, o que sugere que mais pesquisas sobre a relação entre a escolha do procedimento de aquisição e seu efeito sobre inovação são necessárias nesse país⁴³⁰.

⁴²⁸ DESIGNING BUILDINGS. The Construction Wiki. **Competitive dialogue procedure for construction contracts.** Disponível em: https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Competitive_dialogue_procedure_for_construction_contracts. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁴²⁹ PASS PROCUREMENT. **Case study of the Competitive Dialogue Procedure. BBC's Digital Switchover Help Scheme.** Disponível em: <https://www.passprocurement.co.uk/wp-content/uploads/2017/06/PASSTraining.CompetitiveDialogue.LegalCase.BBCDigitalSwitchover.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁴³⁰ HAUGBOLLE; PIHL; GOTTLIEB. Competitive dialogue: driving innovation through procurement?

Em que pese a crítica de poucos estudos acerca da inovação, existem diversas pesquisas que demonstram a larga experiência de uso do Diálogo Competitivo pelo Reino Unido e, por consequência, pela Inglaterra. Segundo consulta feita em anúncios no Jornal Oficial da União Europeia entre os anos de 2006 a 2009, foi identificado que o Reino Unido apresentou 1.380 anúncios, segundo número mais significativo apresentado pelos países do bloco, atrás apenas da França⁴³¹. De acordo com a revisão feita no ano de 2010 pelo *HM Treasury*, desde a sua introdução no ordenamento jurídico em 2006, esse instrumento tem sido usado pelo setor público para entregar uma ampla variedade de projetos, sendo feitas mais de 1.200 aquisições por meio dele⁴³².

Números expressivos também foram identificados em outros estudos. Em pesquisa realizada entre 1º de janeiro de 2010 e 31 de dezembro de 2013, entre países da União Europeia, foram contabilizados, no Reino Unido, 460 anúncios de Diálogo Competitivo e 272 contratos firmados, em um total de 1.429 e 778, respectivamente, na União Europeia, atrás apenas da França⁴³³. De forma complementar, o *Public procurement – Study on administrative capacity in the EU*, estudo publicado em 2016, demonstrou que o Diálogo Competitivo correspondia a 2% dos procedimentos adjudicatórios do Reino Unido⁴³⁴.

Esse uso expressivo do Diálogo Competitivo não é surpreendente, vez que esse instrumento é inspirado na antiga prática de concessão de contratos complexos do Reino Unido, que pressionou fortemente pela introdução desse novo procedimento⁴³⁵. Por consequência, é possível concluir que esse instrumento tem sido bem recebido também na Inglaterra, onde o seu nível de utilização sugere que é um procedimento útil por proporcionar maior segurança jurídica para os gestores que necessitam de uma abordagem flexível em procedimentos complexos⁴³⁶.

Diversas são as vantagens que o Diálogo Competitivo proporciona. Dentre elas podemos acrescentar: mantém a competição em projetos de elevada complexidade; incentiva a inovação; permite que a autoridade pública esclareça o que for necessário e realize ajustes nas especificações entre o anúncio do concurso e a adjudicação do contrato; estimula a comunicação, o que reduz a insegurança dos candidatos; as chances que as entregas sejam bem-

⁴³¹ MARS, Sylvia de; CRAVEN, Richard. An analysis of use of competitive dialogue in the EU. In: ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁴³² UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**.

⁴³³ HAUGBOLLE; PIHL; GOTTLIEB. Competitive dialogue: driving innovation through procurement?

⁴³⁴ EUROPEAN UNION. **Public procurement – Study on administrative capacity in the EU**. 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/uk.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁴³⁵ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴³⁶ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

sucedidas são altas porque as soluções foram elaboradas pelos próprios operadores econômicos que executarão o projeto; e oferece a possibilidade de alocar os riscos à parte que pode melhor suportá-los⁴³⁷.

De acordo com a revisão realizada pelo *HM Treasury*, quando o referido instrumento legal é usado de forma apropriada, os setores público e privado o veem como uma adição positiva às possibilidades adjudicatórias disponíveis, pois, dentre outras razões, impõe disciplina às partes, estabelece excelentes relações entre os atores e mantém a competição⁴³⁸. Nesse ponto, é válido ponderar que tem sido considerado que a disciplina nas negociações e o fato dessas negociações serem conduzidas sob uma pressão competitiva contribui para aumentar o custo-benefício a ser alcançado pelo Poder Público, mas que esse entendimento não é unificado, já que há quem considere tal benefício inexistente ou limitado pelos elevados custos do processo⁴³⁹.

Esses custos expressivos são alvos de diversas críticas. Autores entendem que o Diálogo Competitivo é geralmente considerado caro, tanto para o setor público, quanto para o fornecedor, além de ser demorado e complexo, na prática⁴⁴⁰. Em certa medida, os altos custos são atribuídos a fatores não relacionados às regras do procedimento, tais como mal planejamento, escopo excessivo, reuniões longas e demandas por informações desnecessárias⁴⁴¹. Nesse sentido, torna-se essencial melhoramentos na organização, planejamento e condução do procedimento.

Outras críticas se referem à frequência com que é usado, à imprecisão de escolha do procedimento adjudicatório a ser usado e à falta de preparo e treinamento consistentes das entidades adjudicantes⁴⁴². Também se afirma que o Diálogo Competitivo pode prejudicar a inovação, a competição e comparação entre as propostas⁴⁴³. De acordo com os autores que fizeram essa última crítica, a primeira ponderação se justifica, pois os princípios de transparência e igualdade de tratamento, associados ao princípio da não divulgação de informações confidenciais, impossibilita a combinação de diferentes propostas de forma a tornar a solução alcançada pela Administração Pública mais inovadora; já a segunda se sustenta uma vez que apenas grandes operadores econômicos podem fazer parte do procedimento, que

⁴³⁷ HOEZEN; HILLIG. **The Competitive Dialogue procedure**: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch law.

⁴³⁸ UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**.

⁴³⁹ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴⁴⁰ HAUGBOLLE; PIHL; GOTTLIEB. Competitive dialogue: driving innovation through procurement?

⁴⁴¹ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴⁴² UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**.

⁴⁴³ HOEZEN; HILLIG. **The Competitive Dialogue procedure**: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch law.

exige grandes investimentos desde o início; e, por fim, a comparação entre as propostas pode se tornar prejudicada, já que o mercado pode apresentar soluções tão diferentes, que se tornam incomparáveis.

Percebe-se que, dentre as críticas feitas a esse procedimento, parte se deve ao fato de as regras jurídicas serem consideradas muito inflexíveis e incertas para uma aquisição comercial eficaz, e parte se deve à maneira como o Diálogo Competitivo é operado na prática, com uso excessivo e falta de planejamento e foco, o que acarreta em custos desnecessários e prazos prolongados para a finalização⁴⁴⁴. Isso faz com que esses mesmos autores entendam que medidas possam ser tomadas para melhorar sua eficácia prática, o que pode envolver ou não as regras legais.

Em meio a um cenário de boa aceitação do instrumento licitatório e de algumas críticas a ele, ano de 2020, o Reino Unido saiu da União Europeia, o que ficou conhecido por *Brexit*. Por tal razão a Inglaterra não está mais sujeita às orientações e diretrizes da União Europeia, inclusive da Diretiva nº 2014/24/UE, que prevê o Diálogo Competitivo, sendo que os seus procedimentos de contratações públicas são regulados pelo *The Public Contracts Regulations 2015*, que deve ser revisto em breve. Isso porque, no final de 2020, o governo do Reino Unido apresentou um Livro Verde em que dispõe sobre a reforma da legislação de contratos públicos.

De acordo com dados levantados pelo tal Livro Verde (*Green Paper: Transforming public procurement*), os procedimentos que permitem a negociação com os licitantes são menos frequentemente usados, em comparação com os que não permitem. Foi constatado que os quatro procedimentos de aquisição atuais que permitem negociações (Diálogo Competitivo, Procedimento Competitivo com Negociação, Procedimento de Parcerias de Inovação e Concursos de Design) foram responsáveis por menos de 10% de todos os contratos do Reino Unido entre os anos de 2016 e 2018⁴⁴⁵, o que sinaliza que a natureza desses procedimentos os torna inadequados para muitas aquisições.

Devido a esse cenário, o governo propôs, por meio do referido Livro Verde, a substituição dos atuais procedimentos que permitem negociação pelo *competitive flexible procedure*, novo procedimento que seria competitivo e flexível, que estaria em conformidade com os princípios gerais do sistema e possuiria regras mínimas detalhadas, possibilitando aos compradores o máximo de liberdade para negociar e inovar, com a finalidade de obter o melhor que o setor privado tem a oferecer. A expectativa externada no referido Livro Verde é que esse novo procedimento incentivará a inovação e permitirá que a Administração se envolva com o

⁴⁴⁴ ARROWSMITH; CRAVEN. Competitive dialogue in the United Kingdom.

⁴⁴⁵ UNITED KINGDOM. Cabinet Office. **Green Paper: transforming public procurement.**

mercado de forma mais eficaz e proativa, o que tende a se mostrar benéfico às autoridades e aos fornecedores, que lidarão com um ambiente menos burocrático. Ademais, o governo acredita que as vantagens desse novo procedimento irão superar as suas desvantagens, que se referem basicamente ao risco de falta de familiaridade e subutilização do aumento da flexibilidade, o que será contornado com treinamentos e orientações detalhadas para as autoridades contratantes⁴⁴⁶.

A se notar pelo procedimento competitivo e flexível, verifica-se que a abordagem desse Livro Verde se baseia em uma fusão de flexibilidade e simplificação, mas que esse acréscimo de flexibilidade poderia complicar o sistema, aumentando significativamente a carga administrativa, pois não foram propostas regras para esse procedimento para além do cumprimento dos princípios e requisitos gerais, o que quer dizer que as autoridades adjudicantes teriam a máxima flexibilidade para projetar suas próprias regras procedimentais, em detrimento de um conjunto de regras adequado e consistentemente identificável⁴⁴⁷. Essa crítica se baseia no fato de que, embora haja claramente uma tentativa de introduzir flexibilidade processual, o resultado causaria um nível muito maior de complexidade na condução dos procedimentos, bem como um aumento significativo de custos.

Em contrapartida, também existe o entendimento de que a proposta de reformas ousadas para tornar o sistema mais flexível, simplificado e transparente, feita pelo Livro Verde, está, em grande parte, em conformidade com seus objetivos e os princípios gerais⁴⁴⁸. Essa mesma autora entende que a simplificação dos procedimentos de adjudicação produzirá, de forma clara, uma descomplicação da legislação, bem como que o novo procedimento oferece algumas flexibilidades significativas e valiosas.

Percebe-se, pois, que não há uniformidade de opiniões na doutrina quanto a essa nova proposta do governo inglês. Dessa forma, necessário se faz aguardar para que se possa compreender quais serão as futuras diretrizes gerais de contratações públicas, para que seja possível verificar como isso será aceito e utilizado pelos operadores do direito. Certo é que o Diálogo Competitivo da Inglaterra tende a dar um passo à frente para se tornar mais flexível e inovador.

⁴⁴⁶ UNITED KINGDOM. Cabinet Office. **Green Paper: transforming public procurement.**

⁴⁴⁷ SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **The UK's Green Paper on Post-Brexit Public Procurement Reform: Transformation or Overcomplication?**

⁴⁴⁸ ARROWSMITH, Sue. **Transforming Public Procurement Law after Brexit: Early Reflections on the Government's Green Paper.** Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3749359>. Acesso em: 1º ago. 2021.

3.2 Diálogo Competitivo em Portugal

3.2.1 Descrição Normativa

O Diálogo Competitivo foi introduzido no ordenamento jurídico de Portugal pelo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, no qual recebeu o nome de Diálogo Concorrencial, nome esse que não será utilizado neste trabalho para unificar a linguagem e padronizar a escrita deste texto. Na elaboração do referido código, foi observada a Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, da qual acolheu a quase totalidade das novidades introduzidas, com destaque para o procedimento do Diálogo Competitivo⁴⁴⁹.

Portugal é um Estado-membro da União Europeia e, como tal, deve seguir as orientações apontadas pelas Diretivas do bloco. Em que pese a Diretiva nº 2004/18/CE ter sido revogada pela Diretiva nº 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que determinou a obrigatoriedade de previsão do Diálogo Competitivo no ordenamento jurídico dos Estados-membros, Portugal já o tinha previsto desde 2008.

De acordo com esse normativo, o Diálogo Competitivo é um procedimento que “pode ser adoptado quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objeto, seja particularmente complexo, impossibilitando a adoção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação”⁴⁵⁰. Para possibilitar a melhor compreensão dessa definição, é preciso esclarecer o que se entende por contratos particularmente complexos. Segundo o Código dos Contratos Públicos, tais contratos são aqueles nos quais não seja possível definir objetivamente a solução técnica mais adequada para satisfazer alguma necessidade pública; os meios técnicos ideais para concretizar a solução já definida pela entidade adjudicante; ou as estruturas jurídica ou financeira inerentes ao contrato a celebrar.

Em vistas a essa complexidade, o Código dos Contratos Públicos esclarece que o Diálogo Competitivo possibilita à entidade adjudicante debater os aspectos que precisam de definição com os potenciais interessados na execução do futuro contrato. Nesse ponto, ressalta-se que a impossibilidade objetiva de definir os aspectos referidos acima não pode ser resultado de carência técnica, jurídica ou financeira de que a entidade adjudicante possa dispor utilizando a diligência devida⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 18/2008**. Código dos Contratos Públicos. 2008.

⁴⁵⁰ PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 18/2008**. Código dos Contratos Públicos. 2008, p. 19.

⁴⁵¹ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 18/2008**. Código dos Contratos Públicos. 2008.

A título de observação, válido ressaltar que a Diretiva nº 2004/18/CE previa que o uso do Diálogo Competitivo estava vinculado ao fato de o contrato ser particularmente complexo, termo esse não utilizado na Diretiva nº 2014/24/UE. Em que pese não estar expressamente escrito que esse procedimento deve ser usado para contratações com elevada complexidade, a essência desse termo foi mantida na definição das hipóteses de aplicação do procedimento da diretiva mais recente.

Segundo o Artigo 29º do código em questão, a entidade adjudicante pode adotar o Diálogo Competitivo quando:

- a) As suas necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;
- b) Os bens ou serviços incluam a concessão de soluções inovadoras;
- c) Não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ela associados;
- d) Não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica⁴⁵².

Essas hipóteses legais de uso do Diálogo Competitivo são as mesmas para a escolha do Procedimento por Negociação. Por esse motivo, é cabível esclarecer que nesse último as questões técnicas complexas já estão genericamente definidas pela Administração Pública, podendo as demais condições, como as definições financeiras e a transferência de riscos, ser objeto de negociações⁴⁵³. Feito isso, é possível distinguir ambos procedimentos.

Assim, após devidamente escolhido o procedimento mais adequado ao caso em questão, ele deve ser aplicado na prática da forma correta. Para tanto, o Código de Contratos Públicos define de forma amplamente detalhada as regras aplicáveis ao Diálogo Competitivo em seu Capítulo V, que seguem abaixo:

Capítulo V
Diálogo concorrencial
Secção I
Disposições gerais
Artigo 204.º
Regime

- 1 - O procedimento de diálogo concorrencial rege-se, com as necessárias adaptações, pelas disposições que regulam o concurso limitado por prévia qualificação, em tudo o que não esteja especialmente previsto nos artigos seguintes.
- 2 - No procedimento de diálogo concorrencial, a entidade adjudicante não pode recorrer a um leilão electrónico nem adoptar uma fase de negociações.

⁴⁵² PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 18/2008**. Código dos Contratos Públicos. 2008, p. 48.

⁴⁵³ MENDES, Bruno Melanda. **Estudo comparado dos regimes português e brasileiro de formação dos contratos públicos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

Artigo 205.

Fases do procedimento

O procedimento de diálogo concorrencial integra as seguintes fases:

- a) Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos;
- b) Apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados;
- c) Apresentação e análise das propostas e adjudicação.

Artigo 206.º

Programa do procedimento de diálogo concorrencial

1 - Para além dos elementos previstos no nº 1 do artigo 164.º, o programa do procedimento de diálogo concorrencial deve ainda indicar o montante da eventual remuneração, ou o critério do respectivo cálculo, a atribuir aos candidatos qualificados para participar no diálogo que apresentem soluções que sejam admitidas.

2 - O número de candidatos a qualificar indicado no programa do procedimento de diálogo concorrencial não pode ser inferior a três.

3 - A modalidade do critério de adjudicação das propostas no procedimento de diálogo concorrencial é a prevista na alínea a) do nº 1 do artigo 74.º

4 - Quando, fundamentadamente, não estiverem ainda reunidas as condições para definir os valores dos coeficientes de ponderação dos fatores e dos eventuais subfatores que densificam a modalidade prevista no número anterior, estes devem ser indicados no programa do procedimento por ordem decrescente de importância.

Artigo 207.º

Memória descritiva e caderno de encargos

1 - No procedimento de diálogo concorrencial, o órgão competente para a decisão de contratar deve aprovar uma memória descritiva, na qual identifica as necessidades e as exigências que pretende satisfazer com o contrato a celebrar.

2 - À memória descritiva é aplicável o disposto no artigo 133.º

3 - No procedimento de diálogo concorrencial só há lugar à elaboração do caderno de encargos depois de concluída a fase de apresentação das soluções e de diálogo.

Secção II

Fase da apresentação das candidaturas e da qualificação dos candidatos

Artigo 208.º

Anúncios

1 - O procedimento de diálogo concorrencial é publicitado no Diário da República através de anúncio conforme modelo aprovado por portaria dos ministros responsáveis pela edição do Diário da República e pelas áreas das finanças e das obras públicas.

2 - No caso de contratos de empreitada ou de concessão de obras públicas, de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, deve ainda ser publicado anúncio do diálogo concorrencial nos termos do disposto no nº 1 ou no nº 2 do artigo 131.º, independentemente do preço base fixado no caderno de encargos.

3 - Ao anúncio referido no número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos números 5 a 7 do artigo 131.º

Secção III

Fase da apresentação das soluções e de diálogo com os candidatos qualificados

Artigo 209.º

Convite à apresentação das soluções

1 - Com a notificação da decisão de qualificação, o órgão competente para a decisão de contratar envia aos candidatos qualificados, em simultâneo, um convite à apresentação de soluções susceptíveis de satisfazer as necessidades e as exigências identificadas na memória descritiva.

2 - O convite à apresentação das soluções deve indicar:

- a) A identificação do procedimento de diálogo concorrencial;
- b) A referência ao anúncio do procedimento de diálogo concorrencial previsto no nº 1 do artigo anterior e, quando for o caso, ao previsto no nº 2 do mesmo artigo;
- c) O prazo de apresentação das soluções elaboradas pelos candidatos qualificados;
- d) Se é admissível a utilização de línguas estrangeiras na fase de diálogo e, em caso afirmativo, quais as línguas.

Artigo 210.º

Apresentação de soluções

- 1 - Ao modo de apresentação das soluções é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 62.º
- 2 - Cada candidato só pode apresentar uma solução.

Artigo 211.

Idioma das soluções

- 1 - Os documentos que constituem as soluções são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa.
- 2 - Em função da especificidade técnica das prestações objeto do contrato a celebrar, o convite pode admitir que alguns dos documentos referidos no número anterior sejam redigidos em língua estrangeira, indicando os idiomas admitidos.

Artigo 212.º

Admissão e exclusão das soluções

- 1 - Após a apresentação das soluções, o júri elabora um relatório preliminar onde deve propor fundamentadamente a admissão e a exclusão das soluções apresentadas.
- 2 - O júri deve propor a exclusão das soluções que:
 - a) Tenham sido apresentadas depois do termo do prazo fixado para a sua apresentação;
 - b) Tenham sido apresentadas em violação do disposto no artigo 210.º;
 - c) Não cumpram o disposto no artigo anterior;
 - d) Se revelem manifestamente desadequadas à satisfação das necessidades ou das exigências identificadas na memória descritiva.
- 3 - Elaborado o relatório preliminar referido no nº 1, o júri procede à audiência prévia nos termos do disposto no nº 1 do artigo 123.º
- 4 - Cumprido o disposto no número anterior, o júri elabora um relatório final fundamentado, no qual pondera as observações dos candidatos qualificados efetuadas ao abrigo do direito de audiência prévia, mantendo ou modificando o teor e as conclusões do relatório preliminar.
- 5 - O relatório final é enviado ao órgão competente para a decisão de contratar, ao qual cabe decidir sobre a admissão e a exclusão das soluções apresentadas.
- 6 - O órgão competente para a decisão de contratar notifica a decisão de admissão e de exclusão das soluções, acompanhada do relatório final, em simultâneo, a todos os candidatos qualificados.

Artigo 213.º

Diálogo

O júri do procedimento estabelece com os candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas um diálogo com vista a discutir todos os aspectos nelas previstos ou omitidos relativos à execução do contrato a celebrar e que permitam a elaboração do caderno de encargos.

Artigo 214.º

Formalidades a observar

- 1 - O júri notifica os candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas, com uma antecedência mínima de três dias, da data, da hora e do local da primeira sessão de diálogo, agendando as restantes sessões nos termos que tiver por convenientes.
- 2 - Na fase de diálogo, o júri reúne sempre em separado com cada candidato qualificado, devendo garantir a igualdade de tratamento de todos eles, designadamente não facultando, de forma discriminatória, informações que possam dar vantagem a uns relativamente a outros.
- 3 - As soluções apresentadas ou outras informações que, no todo ou em parte, tenham sido transmitidas com carácter de confidencialidade pelos candidatos durante as sessões da fase de diálogo, só com o consentimento expresso e por escrito dos mesmos é que podem ser divulgadas aos outros candidatos ou a terceiros.
- 4 - Às sessões da fase de diálogo é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos nº 3 e 5 do artigo 120.º
- 5 - O diálogo com os candidatos prossegue até o júri:
 - a) Identificar, se necessário por comparação, a solução susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante;
 - b) Declarar que nenhuma das soluções apresentadas e discutidas satisfaz as necessidades e as exigências da entidade adjudicante.
- 6 - Os candidatos qualificados devem fazer-se representar nas sessões da fase de diálogo pelos seus representantes legais ou pelos representantes comuns dos

agrupamentos candidatos, se existirem, podendo ser acompanhados por técnicos por eles indicados.

Artigo 215.º

Relatório do diálogo

- 1 - Concluída a fase do diálogo, o júri elabora um relatório fundamentado, no qual propõe, clara e distintamente, a solução susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante ou, em alternativa, que nenhuma das soluções apresentadas satisfaz aquelas necessidades e exigências.
- 2 - O relatório previsto no número anterior, juntamente com os demais documentos que compõem o processo, é enviado ao órgão competente para a decisão de contratar.
- 3 - Cabe ao órgão competente para a decisão de contratar decidir sobre a aprovação de todas as propostas contidas no relatório, nomeadamente para efeitos de convite à apresentação de propostas.

Artigo 216.º

Notificação da conclusão do diálogo

O órgão competente para a decisão de contratar notifica todos os candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas da decisão tomada nos termos do disposto no n.º 3 do artigo anterior, remetendo-lhes o relatório.

Secção IV

Fase da apresentação e análise das propostas e da adjudicação

Artigo 217.º

Convite

- 1 - Caso tenha sido identificada uma solução susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante, o órgão competente para a decisão de contratar envia a todos os candidatos qualificados cujas soluções tenham sido admitidas, simultaneamente com a notificação referida no artigo anterior, um convite à apresentação de propostas.
- 2 - Para além dos elementos previstos nos n.º 2 a 4 do artigo 189.º, o convite à apresentação das propostas deve ainda indicar o modelo de avaliação das mesmas.
- 3 - O convite à apresentação das propostas deve ser acompanhado do caderno de encargos ou da indicação do endereço do sítio da Internet onde este é disponibilizado.

Artigo 218.º

Prazos mínimos para a apresentação das propostas em procedimento de diálogo concorrencial

Não pode ser fixado um prazo para a apresentação das propostas inferior a 30 dias a contar da data do envio do convite⁴⁵⁴.

É possível perceber que o Código dos Contratos Públicos detalha minuciosamente o procedimento, bem como já define as fases em que ele deve ocorrer. De acordo com o Artigo 205.º, o procedimento é composto de três fases: na primeira ocorre a apresentação das candidaturas e a qualificação dos candidatos; na segunda, a apresentação das soluções e o diálogo com os candidatos qualificados; já na terceira e última fase ocorre a apresentação e a análise das propostas, bem como a adjudicação.

3.2.2 Aplicação Prática

A pesquisa acerca da aplicação prática do Diálogo Competitivo em Portugal se iniciou por meio do Portal Base, que centraliza a informação das contratações públicas sujeitas ao

⁴⁵⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 18/2008. Código dos Contratos Públicos. 2008, p. 120-123.

regime do Código dos Contratos Públicos, celebrados no país. A função essencial desse portal é se tornar um espaço virtual no qual são publicados os dados referentes à formação e execução dos contratos públicos, possibilitando que eles sejam acompanhados e monitorizados⁴⁵⁵.

Referida pesquisa foi realizada no dia 21 de junho de 2022, no site <https://www.base.gov.pt>. Para tanto, por meio da pesquisa avançada, utilizou-se como único filtro o tipo de procedimento “Diálogo Concorrencial”. Como resultado, nenhum contrato foi identificado.

Para complementar a pesquisa, também foi realizada uma consulta no portal *Tenders Electronic Daily*, que se trata do suplemento ao Jornal Oficial da União Europeia dedicado aos contratos públicos europeus. Nesse caso, foi acessado o site www.ted.europa.eu, no qual se buscaram todas as notícias de contratos concedidos em Portugal, utilizando-se o filtro “*Competitive Dialogue*” para tipo de procedimento.

Nessa busca identificaram-se cinco contratos, organizados pelo ano de publicação da notícia de contrato concedido. Como resultado, verificou-se que um contrato foi publicado no ano de 2018, dois no ano de 2019 e dois no ano de 2020.

3.2.3 Revisão de Literatura

O Código de Contratos Públicos de 2008 foi o responsável por introduzir o Diálogo Competitivo dentre as possibilidades procedimentais portuguesas de adjudicação de contratos públicos, impulsionado pela Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Válido observar que, desde que aderiu à União Europeia em 1986, Portugal vem reorganizando, reestruturando e adaptando as leis nacionais para acomodar as atualizações de cada nova diretiva⁴⁵⁶.

No entanto, antes da publicação da referida diretiva, já se discutia, no contexto da Comunidade Europeia, acerca da necessidade de diálogo entre as partes envolvidas em contratações especialmente complexas, em que a autoridade contratante sabia quais eram as suas necessidades, mas não sabia, aprioristicamente, quais as melhores formas de satisfazê-las. De acordo com a comunicação *La Contratacion Pública en la Unión Europea*, em que pese a necessidade de discussão acerca do contrato, a possibilidade de diálogo entre os envolvidos se via limitada pelos procedimentos previstos nas diretivas vigentes à época, uma vez que eram

⁴⁵⁵ PORTUGAL. **Portal Base**.

⁴⁵⁶ TELLES, Pedro. *Competitive dialogue in Portugal*. In: ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

muito rígidos para o tipo de situação exposta⁴⁵⁷. Em vistas desse contexto, no mesmo documento restou recomendada a alteração dos textos das diretivas de forma a conferir maior flexibilidade aos procedimentos complexos, por meio do procedimento de Diálogo Competitivo.

Anos após a publicação, o mencionado instituto do Diálogo Competitivo foi introduzido ao Direito Europeu pela já citada Diretiva n.º 2004/18/CE, segundo a qual os Estados-membros teriam a faculdade de incorporar esse procedimento no ordenamento jurídico pátrio, o que, como já dito, tinha sido feito por Portugal. Na diretiva, ele foi definido como um procedimento em que os atores provenientes do mercado podem solicitar a participação e em que a autoridade adjudicante conduz um diálogo entre ela e os licitantes admitidos no procedimento, objetivando o desenvolvimento de uma ou várias soluções aptas a suprir suas necessidades e com base na(s) qual(is) os participantes selecionados seriam convidados a apresentar uma proposta final⁴⁵⁸. Em que pese o conceito ter sido devidamente incorporado pelo Código de Contratos Públicos de 2008, a referida incorporação foi feita sob críticas da doutrina, pois mudanças significativas podem ser identificadas na transposição para a lei portuguesa, que geralmente não confere às entidades adjudicantes a totalidade de flexibilidade que as diretivas oferecem⁴⁵⁹.

Tal diretiva foi revogada pela Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que também previu o Diálogo Competitivo. Sua transposição ao Código dos Contratos Públicos português foi feita por meio do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto de 2017, que correspondeu à nona alteração do referido código⁴⁶⁰. Essa revisão também foi alvo de críticas doutrinárias, vez que o texto final do decreto, produto de sucessivas alterações realizadas por redatores que não concordavam entre si, não se mostrou coerente e dotado de unidade sistemática⁴⁶¹. Como resultado, a revisão resultou em um código mais complexo do que já era de início⁴⁶².

⁴⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. Comisión de las Comunidades Europeas. **La Contratación Pública en la Unión Europea**. 1998. Disponível em: http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/doc_11845514_1.pdf. Acesso em: 3 jul. 2021.

⁴⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁴⁵⁹ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁶⁰ PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto**. 2017.

⁴⁶¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos**. Lisboa: AAFDL, 2021. *E-book*.

⁴⁶² ALMEIDA, Mário Aroso de. Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP. *In*: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coord.). **Comentários à revisão do Código de Contratos**. 3. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 23-38.

É possível perceber que a revisão de 2017 instituiu medidas procedimentais burocratizantes que contribuíram para evidenciar a necessidade de revisar novamente o diploma a fim de corrigir os principais lapsos em que até então tinham incorrido. Tal revisão ocorreu no ano de 2021 e foi marcada pelo propósito do legislador de reduzir os entraves burocráticos à atividade contratual⁴⁶³, concretizando-se por meio da Lei nº 30/2021. O resultado das alterações provocadas por essa lei é a atual versão do Código de Contratos Públicos, transcrita no tópico anterior.

A transposição do Diálogo Competitivo realizada em 2008 para o Código de Contratos Públicos diferiu significativamente das propostas da Diretiva nº 2004/18/CE, e grande parte disso se deve ao fato de os considerandos da diretiva terem sido transformados em lei, o que é uma opção legislativa questionável, já que confere força de lei a preceitos que não a tinham em sua origem, tornando o desenho desse procedimento restritivo e defasado em Portugal⁴⁶⁴. Ressalta-se que a versão preliminar elaborada em 2006 tinha um texto mais próximo ao da diretiva, sendo substantivamente alterado para se adaptar ao quadro nacional e à cultura fortemente regulamentar de Portugal⁴⁶⁵.

Essa discrepância em relação ao direito da União Europeia não é verificada somente em relação à Diretiva nº 2004/18/CE, mas também em relação à Diretiva nº 2014/24/UE, o que faz concluir que a moldura legal do Diálogo Competitivo deveria ser repensada no país⁴⁶⁶. Isso porque restou constatado que esse procedimento passou a incorporar o ordenamento jurídico português com regras para além do que foi posto no direito europeu, visto sua adaptação para ficar mais próximo possível dos demais instrumentos de aquisição mais tradicionalmente utilizados no país⁴⁶⁷.

Em Portugal não somente se verifica uma incorporação distorcida do Diálogo Competitivo, como também se observa baixa aceitação e pouco uso desse instrumento, conforme demonstrado em diversos estudos. Segundo consulta feita em anúncios no Jornal Oficial da União Europeia entre os anos de 2006 a 2009, foi identificado que Portugal apresentou somente dois anúncios nesses quatro anos⁴⁶⁸. Outro estudo feito na União Europeia, o *Public procurement – Study on administrative capacity in the EU*, que foi publicado em 2016,

⁴⁶³ SÁNCHEZ. **A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos.**

⁴⁶⁴ TELLES, Pedro. **Falta de alterações aos procedimentos existentes.** 2016. Disponível em: <https://arquivo.pt/wayback/20190401204537/https://contratospublicos.net/2016/11/21/falta-de-alteracoes-aos-procedimentos-existentis/>. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁶⁵ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁶⁶ SANTOS. O diálogo concorrencial.

⁴⁶⁷ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁶⁸ MARS; CRAVEN. An analysis of use of competitive dialogue in the EU.

demonstrou que o Diálogo Competitivo correspondia a 0% dos procedimentos adjudicatórios portugueses⁴⁶⁹.

Evidenciando o baixo uso, o *European PPP Expertise Centre* constatou que o Diálogo Competitivo não é amplamente utilizado em Portugal, seja de forma geral ou para Parcerias Público-Privadas⁴⁷⁰. De forma complementar, ficou demonstrado que até junho de 2011 esse procedimento tinha sido usado apenas seis vezes no país⁴⁷¹, já no ano de 2017, não foi usado nenhuma vez⁴⁷². Quanto aos anúncios, foi encontrado o escasso número de 15 anúncios desse procedimento entre os anos de 2009 e 2021⁴⁷³. Isso torna notória a falta de interesse das autoridades licitantes nesse procedimento, o que será analisado ao longo desse tópico.

Atualmente as hipóteses de aplicação do Diálogo Competitivo encontram-se no artigo 29 do Código de Contratos Públicos, mas a sua previsão inicial era no artigo 30, que foi revogado pelo a Decreto-Lei nº 111-B/2017. Em sua redação original, houve uma alteração subtil e proposital em relação à Diretiva nº 2004/18/CE, pois a possibilidade de utilização desse instrumento foi limitada a quando for impossível recorrer a outro procedimento, ou seja, o Diálogo Competitivo somente poderia ser usado quando a entidade adjudicante não tivesse condições de elaborar qualquer especificação técnica⁴⁷⁴.

De acordo com o direito europeu da época, esse instrumento devia ser utilizado quando a autoridade pública não tinha condições objetivas de definir questões contratuais de elevada complexidade técnica, jurídica ou financeira de forma adequada e por seus próprios meios⁴⁷⁵, sem nenhuma referência à impossibilidade de utilizar outro procedimento licitatório. Apesar dessa assimetria, há autor que entende que essa inovação do Código de Contratos Públicos deve ser interpretada como uma decorrência da complexidade do contrato, e não como um pressuposto autônomo, não se verificando diferenças entre o regime previsto na Diretiva nº 2004/18/CE e a regulamentação portuguesa⁴⁷⁶.

⁴⁶⁹ EUROPEAN UNION. **Public procurement – Study on administrative capacity in the EU.**

⁴⁷⁰ EPEC. **Procurement of PPP and the Use of Competitive Dialogue in Europe: A Review of Public Sector Practices Across the EU.** 2010. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁷¹ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal.**

⁴⁷² TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE. **Integridade na Contratação Pública.** 2018. Disponível em: https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/04/TIPT_Integridade-na-Contrata%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica_2018.pdf. Acesso em: 24 jun. 2022.

⁴⁷³ SOUSA, Cristina *et al.* **Mercado da Contratação Pública da Inovação em Portugal.** Estudo realizado pelo ISCTE e pelo LNEG para a ANI Lisboa, 2021. Disponível em: <https://www.ani.pt/media/6612/mercado-cpi-relato-rio-final.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁴⁷⁴ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal and Spain.**

⁴⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.**

⁴⁷⁶ VIANA, Cláudia. O diálogo concorrencial. **Revista de Contratos Públicos**, n. 1, p. 105-124, 2011.

Nesse ponto torna-se cabível descrever o que se entende por contratos de elevada complexidade. Tal situação pode ser decorrente de circunstâncias em que a entidade adjudicante não tem condições técnicas de satisfazer alguma necessidade pública previamente identificada – ou porque desconhece as opções oferecidas pelo mercado, ou porque desconhece até que ponto o mercado pode atuar em relação à necessidade pública em questão –; bem como pode decorrer da incapacidade do setor público em definir unilateralmente a estrutura jurídica e financeira de um futuro contrato – por não conhecer o que o mercado tem, ou pode ter, ou está disposto a oferecer⁴⁷⁷.

Dando continuidade à análise das hipóteses de uso no direito português, observa-se que quando o Código de Contratos Públicos foi revisado no ano de 2017, a limitação acima citada foi reformulada, aproximando-se mais da previsão do artigo 26º, alínea “a” do número 4, da Diretiva nº 2014/24/UE. Mas observa-se que o Código de Contratos Públicos, em seu artigo 29º, transcrito no tópico acima, explicita a limitação de uso do Diálogo Competitivo às situações em que “não for objetivamente possível” adjudicar o contrato sem negociações prévias ou definir com precisão as especificações técnicas, o que não se observa na Diretiva nº 2014/24/UE. Trata-se de uma estratégia dos legisladores para enviar às autoridades adjudicantes a mensagem de que esse procedimento não deve ser usado em excesso⁴⁷⁸.

No entanto, ainda tratando da possibilidade de previsão do Diálogo Competitivo, não foi observada correspondência, no código português, da alínea “b” do artigo 26º, da Diretiva nº 2014/24/UE, que possibilita o uso do instrumento em resposta a um concurso aberto ou limitado no qual só foram apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis. Há o entendimento de que o Código de Contratos Públicos foi assim formulado para conferir uma autonomia considerável aos órgãos adjudicantes para decidirem se estão ou não em condições de definir as especificações desse futuro contrato⁴⁷⁹.

Nota-se que os mesmos requisitos para a escolha do Diálogo Competitivo são aplicáveis para se escolher o Procedimento de Negociação, que são instrumentos diferentes, aplicáveis a situações distintas. Enquanto aquele visa, primeiramente, a definir soluções para as necessidades públicas a fim de possibilitar o desenho de projeto contratual, neste o projeto já está previamente definido, cabendo a negociação para outras questões contratuais complexas, motivo pelo qual não é cabível afirmar que o primeiro é um sucedâneo do segundo⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ KIRKBY MARK, Bernardo. **O diálogo concorrencial**. Estudos de Contratação Pública-I, 2008.

⁴⁷⁸ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁷⁹ SANTOS. O diálogo concorrencial.

⁴⁸⁰ KIRKBY MARK. **O diálogo concorrencial**.

Quanto ao andamento do procedimento, o Código de Contratos Públicos determina que, para tudo que não for definido no capítulo específico do Diálogo Competitivo, devem ser observadas as disposições que regulam o concurso limitado por prévia qualificação. Esse mesmo código define as fases de condução do procedimento, sendo elas: a apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; a apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados; e a apresentação e análise das propostas e adjudicação. Ressalta-se especialmente aqui a relevância da análise doutrinária sobre o procedimento, tendo em vista a inexistência de manual governamental acerca do Diálogo Competitivo, em conformidade com uma tradição nacional portuguesa de não fornecer orientações do governo relativas às leis nacionais⁴⁸¹.

Antes, porém, de se iniciar a análise de cada uma dessas fases, é cabível questionar sobre a consulta prévia ao mercado, que é possível de acontecer antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público em geral, de acordo com o artigo 35º-A do Código de Contratos Públicos. Existe o entendimento de que o Diálogo Competitivo não depende dessa consulta preliminar pois, caso contrário, seria esvaziado o sentido desse procedimento, que já prevê um diálogo com o mercado anteriormente à assinatura do contrato⁴⁸². Mas é evidente que a autoridade deva documentar e fundamentar a escolha do procedimento, no momento do planejamento⁴⁸³. Ademais, a documentação não deve se restringir apenas à escolha do Diálogo Competitivo, como deve estar presente durante todo o processo de adjudicação⁴⁸⁴.

A doutrina divide a primeira fase em três: anúncio; consulta e fornecimento de peças do concurso; e apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos⁴⁸⁵. De acordo com o Código de Contratos Públicos, o anúncio do Diálogo Competitivo deve ser publicado no Diário da República ou no Jornal Oficial da União Europeia. Esse mesmo normativo estipula que o anúncio deve ser acompanhado de uma memória descritiva, que identifica as necessidades e exigências que se pretende satisfazer com o contrato, bem como do programa do procedimento, que deve indicar, por exemplo, o montante da eventual remuneração ou o critério de cálculo; o critério de adjudicação como o da proposta economicamente mais vantajosa; e o número de candidatos a qualificar, o que não pode ser inferior a três.

⁴⁸¹ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁸² SANTOS. O diálogo concorrencial.

⁴⁸³ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁸⁴ REGO, Mauro Gil da Nóbrega. **A legislação aplicada aos contratos públicos em Portugal e noutros países da União Europeia**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Engenharia, Universidade do Porto, Porto, 2010.

⁴⁸⁵ SILVA, Carla Baptista. **Manual de procedimentos contratação pública de bens e serviços**. Escola de Engenharia, Universidade de Minho, 2018.

Para a subfase de apresentação das candidaturas e de qualificação dos candidatos não existem regras específicas do Diálogo Competitivo no Código de Contratos Públicos, motivo pelo qual devem ser aplicadas as definições previstas para o concurso limitado por prévia qualificação. Mas certo é que se devem salvaguardar os interesses públicos envolvidos, de forma a concretizar a transparência e a seriedade do certame, pois somente assim será possível garantir que o vencedor da licitação tenha capacidade, competência e idoneidade⁴⁸⁶. Por essa razão, no momento da candidatura deve ser realizada uma avaliação da capacidade econômica, técnica ou profissional dos candidatos, o que pode ser realizado por dois métodos diferentes um complexo e outro simples⁴⁸⁷.

O método complexo é baseado nos critérios de melhor capacidade técnica e financeira, em que o número de candidatos que irão se qualificar e os parâmetros de julgamento dos candidatos devem ser divulgados previamente, sendo certo que isso ocorrerá por meio da aplicação de um modelo de avaliação exigente, em que os candidatos são classificados de acordo com as suas pontuações, o que possibilita que alguns candidatos sejam excluídos nesse momento⁴⁸⁸. De acordo com o mesmo estudo, esse método exige a divulgação de um modelo de seleção detalhado, o que pode não ser alcançável pela entidade adjudicante no procedimento de Diálogo Competitivo por não ter certeza sobre certas condições do contrato, o que leva à conclusão de que esse método pode ou não ser adequado para selecionar os candidatos, o que vai determinar é o ponto de partida da entidade adjudicante, ou seja, se ela tem informações suficientes para elaborar um modelo de seleção detalhado e com qualidade.

Por outro lado, de acordo com o modelo simples, todos os candidatos que preencherem os requisitos mínimos estabelecidos pela entidade licitante podem participar do procedimento, sendo que número de participantes não pode ser limitado com antecedência, o que pode ter como consequência um crescimento da fase de diálogo devido a um grande número de candidatos, o que aumenta os custos do procedimento⁴⁸⁹. Segundo o mesmo estudo, isso não seria um problema se fosse permitida a marcação de candidatos em uma lista, em ordem do mais apto a ser classificado, ao menos apto, tal qual ocorre no modelo complexo.

Já a segunda fase do procedimento, que se refere à apresentação das soluções e ao diálogo com os candidatos qualificados, se inicia com o convite aos candidatos para apresentarem as suas soluções. Cada participante pode apresentar apenas uma solução, restrição

⁴⁸⁶ TEIXEIRA, Angelina. **Diálogo concorrencial**: monólogo ou mito. Pós-Graduação Contratação Pública Prática, Universidade Católica do Porto, 2010.

⁴⁸⁷ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal and Spain**.

⁴⁸⁸ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal and Spain**.

⁴⁸⁹ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal and Spain**.

que não se encontra na Diretiva nº 2014/24/UE e que impossibilita aproveitar todas as possibilidades que o mercado tem a oferecer⁴⁹⁰. Apesar desse ponto de vista, também é possível argumentar que, dessa forma, os candidatos concentrarão esforços naquela que consideram ser sua melhor solução para atender as necessidades da entidade adjudicante, bem como que assim é possível tornar o procedimento mais barato, pois cada participante somente pode colocar recursos no desenvolvimento de uma solução⁴⁹¹.

Conforme as regras do Código de Contratos Públicos, as soluções são analisadas por um júri, que produz um relatório preliminar no qual deve constar fundamentada a admissão ou a exclusão das soluções que serão levadas ao diálogo, de acordo com parâmetros formais, à exceção da hipótese de exclusão de soluções por serem manifestamente desadequadas à satisfação das necessidades ou das exigências identificadas na memória descritiva. Essa análise do júri deve ser seguida por uma decisão do órgão competente por contratar, sendo esse o único momento do procedimento em que a autoridade contratante pode excluir candidatos do certame, o que é de grande relevância para o andamento do procedimento, especialmente se o método de seleção utilizado foi o simples⁴⁹². Ademais, embora o legislador não tenha exigido o estabelecimento prévio dos critérios que porventura embasaram uma exclusão em virtude de sua inadequação, dando ampla margem de discricionariedade à autoridade contratante, o entendimento é de que essa decisão deve ser fundamentada⁴⁹³.

À notificação dessa decisão segue a fase do diálogo propriamente dito. Segundo preceitos do Código de Contratos Públicos, essa etapa visa discutir os aspectos previstos ou omitidos nas soluções admitidas relativos à execução do contrato a celebrar, e que permitam a elaboração do caderno de encargos, com atenção às formalidades pré-determinadas. Essa opção por detalhar formalidades é típica do sistema legislativo português, que tende a regular minuciosamente os detalhes, mas que também demonstra que a transposição do Diálogo Competitivo não foi um simples encaixe de um procedimento em um quadro existente, mas, sim, fruto de adaptação para se adequar à prática nacional⁴⁹⁴.

Nesse momento, destacam-se duas preocupações do legislador, que se referem a assegurar a igualdade de tratamento a todos os candidatos e a proteger a confidencialidade de informações sigilosas repassadas pelos participantes do certame. Quanto a esse último ponto, cabe ressaltar que os candidatos são chamados para apresentar soluções inovadoras e que

⁴⁹⁰ VIANA. O diálogo concorrencial.

⁴⁹¹ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal and Spain.**

⁴⁹² TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁹³ VIANA. O diálogo concorrencial.

⁴⁹⁴ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

envolvem um conhecimento específico, o que aumenta o interesse comercial em manter determinados dados salvaguardados⁴⁹⁵. No entanto, a questão da confidencialidade não foi tão bem regulamentada em Portugal quanto outros assuntos relativos ao Diálogo Competitivo, pois tudo que o licitante classificar como confidencial assim será tratado, restando a dúvida de qual deve ser o tratamento quando o candidato classifica uma informação de domínio público como confidencial⁴⁹⁶.

O Código de Contratos Públicos determina que o diálogo com os candidatos siga até que o júri identifique uma única solução susceptível de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante ou até que declare que nenhuma das soluções apresentadas e discutidas se mostraram aptas para tanto, sendo que isso deve constar em um relatório fundamentado a ser enviado ao órgão competente por emitir a decisão de contratar. Tal órgão terá autonomia de decidir se seguirá ou não as recomendações do júri.

Nesse ponto é possível verificar uma dissonância entre o Código de Contratos Públicos e a Diretiva nº 2014/24/UE, pois não há previsão no direito europeu de que é devido escolher uma única solução como apta a satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante. No entanto, de acordo Mark Kirkby, a diretiva permite que Estados-membros escolham entre duas possibilidades: ou a autoridade licitante pode identificar diversas soluções, situação em que cada concorrente deve ser convidado a apresentar proposta para a solução que apresentou ao diálogo; ou ela deve identificar uma única solução, que será a base para a elaboração do caderno de encargos e que, por consequência, será a base para todos os participantes elaborarem suas propostas, escolha feita pelo legislador nacional⁴⁹⁷. Esse autor entende que essa opção torna viável a comparação entre as propostas, já que todas são relativas à mesma solução, além do que o aparente risco de favorecer o participante que elaborou a proposta é mitigado, pois o caderno de encargos é disponibilizado a todos os concorrentes. Mesmo nos casos em que o candidato não autorize divulgar detalhes da solução escolhida, cenário em que ele estaria em evidente vantagem em relação aos outros concorrentes, o mesmo autor entende que a escolha do legislador português foi acertada e muito arrojada frente às generalidades dos ordenamentos europeus, que optam por não enfrentar os problemas identificados, limitando-se a reproduzir o texto da diretiva.

Nota-se, portanto, que, na forma como o Diálogo Competitivo foi concebido no ordenamento jurídico português, o resultado da fase de diálogo é a elaboração de um caderno

⁴⁹⁵ KIRKBY MARK. **O diálogo concorrencial.**

⁴⁹⁶ TELLES. *Competitive dialogue in Portugal.*

⁴⁹⁷ KIRKBY MARK. **O diálogo concorrencial.**

de encargos a ser enviado a todos os candidatos qualificados. O grande problema surge se o candidato classificar como confidencial algum elemento importante da sua solução e a autoridade licitante pretende incluí-la em suas especificações técnicas⁴⁹⁸. Certo é que, quando uma empresa se candidata a participar do Diálogo Competitivo, conhece previamente o regime aplicável, que não confere garantia de que a sua solução não será revelada, caso seja ela a escolhida para a elaboração do caderno de encargos, o que torna esse procedimento pouco atrativo para o mercado, principalmente quando envolve direito de propriedade sobre projetos inovadores, sendo essa uma das razões para o baixo êxito desse instrumento licitatório⁴⁹⁹.

Não resta claro se a autoridade contratante portuguesa está autorizada a elaborar especificações técnicas com elementos de mais de uma solução⁵⁰⁰. De acordo com o Código de Contratos Públicos, o diálogo com os concorrentes deve seguir até que o júri possa identificar a solução capaz de satisfazer as necessidades e as exigências da entidade adjudicante, ou seja, de acordo com o referido código, não há clareza se essa solução deve ser uma apresentada por um participante do processo licitatório. Uma resposta correta a essa questão não existe, mas pondera-se que a ideia de diálogo, debate e discussão aponta para um procedimento que culminará na definição de uma solução construída e resultante do conhecimento de diversos candidatos, além disso se destaca a razoabilidade da construção conjunta de uma solução, até porque é fantasioso esperar que a autoridade licitante ignore pontos positivos de determinadas soluções para elaborar o caderno de encargos⁵⁰¹.

Fato é que o diálogo é o momento ideal para que ocorra um entendimento entre as partes envolvidas quanto à melhor solução que possa satisfazer as necessidades públicas, ou seja, o diálogo deve ser transformador, deve culminar em uma verdadeira construção conjunta dos aspectos integrantes do futuro projeto contratual⁵⁰². No entanto, o Código de Contratos Públicos impossibilitou a adoção de uma fase de negociação para o procedimento de Diálogo Competitivo, impedimento considerado de pouco bom senso, visto que se isso fosse possível iria possibilitar o melhoramento progressivo do conteúdo das soluções⁵⁰³.

Outra característica da fase de diálogo que se destaca no regulamento português do Diálogo Competitivo é a impossibilidade de desclassificar candidato nesse momento, uma vez que a Diretiva nº 2014/24/UE, em sentido contrário, autoriza a realização de diálogos nas fases

⁴⁹⁸ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁴⁹⁹ SANTOS. O diálogo concorrencial.

⁵⁰⁰ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁵⁰¹ KIRKBY MARK. **O diálogo concorrencial.**

⁵⁰² TEIXEIRA. **Diálogo concorrencial – monólogo ou mito.**

⁵⁰³ SANTOS. O diálogo concorrencial.

sucessivas, de forma a reduzir o número de soluções a se debater. Em Portugal, não há base legal para se realizarem sucessivas fases de diálogo com redução do número de candidatos participantes, e a consequência disso é que, em um procedimento, os sucessivos diálogos podem iniciar e terminar com um número inesperadamente grande de licitantes⁵⁰⁴. Ressalta-se que o código português possibilita um único momento para que a autoridade possa eliminar soluções, que é antes do início do diálogo, etapa que já foi referenciada acima.

Por fim, a última etapa do procedimento é de apresentação e análise das propostas, seguida da adjudicação. Nesse momento, a autoridade licitante convida a todos os candidatos que participaram da fase anterior a apresentarem suas propostas, que devem ser elaboradas com base nas especificações elaboradas pelo poder licitante, ou seja, a proposta de cada participante não é elaborada de acordo com a solução que desenvolveu durante a fase de diálogo. Ressalta-se, porém, que há autor que entende que o caderno de encargos deveria ser elaborado pela Administração Pública com a participação dos candidatos integrantes do diálogo, pois assim possibilitaria uma maior inovação na contratação, uma vez que os atores privados não se veem limitados pelo imaginário da entidade pública, o que possibilitaria o surgimento de definições que a própria autoridade licitante nunca poderia prever⁵⁰⁵.

Não fica claro no Código de Contratos Públicos como a autoridade licitante irá elaborar esse documento. Se essa elaboração tiver como base a única solução vencedora, sem elementos externos de outras soluções e sem aprimoramento pela autoridade licitante, algumas ponderações devem ser feitas: o campo de competição fica desequilibrado, pois alguns participantes irão elaborar a proposta com base na solução elaborada por outro candidato, ficando prejudicados por não estarem inseridos nesse projeto; há perda de grande parte do trabalho elaborado durante a fase de diálogo; pode haver uma redução da concorrência na fase final do procedimento por desistência de candidatos que não tiveram suas soluções escolhidas, pois elaborar a proposta em cima de outra solução pode encarecer mais ainda o processo; alguns candidatos podem não ter competência para elaborar proposta baseando-se na solução vencedora, por ser de área de negócio diferente; e a garantia da confidencialidade da proposta vencedora pode ficar comprometida, uma vez que ela constará no caderno de encargos, que estará disponível a todos os participantes⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ TELLES. Competitive dialogue in Portugal and Spain.

⁵⁰⁵ TEIXEIRA, Cláudia Margarida Ramos. **As parcerias para a inovação**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

⁵⁰⁶ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

Uma outra possibilidade de interpretação do Código de Contratos Públicos refere-se à elaboração do caderno de encargos a partir da solução vencedora acrescida de pontos positivos de soluções apresentadas por outros candidatos ou desenvolvidos pela própria entidade adjudicante. Há autor que entende que essa seria a melhor forma de satisfazer as necessidades da entidade adjudicante, apesar de também levantar problemas quanto a essa hipótese: essa possibilidade pode levar à prática de *cherry-picking*, que é a utilização por parte da autoridade licitante dos melhores elementos das diversas soluções o que, apesar de não ser proibido pelo Código de Contratos Públicos, sofre a limitação devido aos segredos comerciais⁵⁰⁷.

Após a apresentação das propostas, o júri pode pedir aos concorrentes esclarecimentos que considere necessários para analisar e avaliar cada proposta, o que deve ser feito em plataforma eletrônica e dando ciência a todos os demais participantes⁵⁰⁸. Em seguida, ao se escolher a proposta com melhor relação qualidade-preço, essa fase se encerra.

Em que pese a Diretiva nº 2014/24/UE possibilitar que sejam conduzidas negociações com o proponente selecionado para firmar compromissos financeiros ou outros termos do contrato, desde que disso não gere numa alteração material de aspetos essenciais da proposta, o Código de Contratos Públicos parece não permitir tais tratativas. Isso pode ter efeitos positivos, pois força a autoridade licitante a resolver o maior número possível de questões na fase de diálogo, até por que nesse momento o licitante não se encontra mais em um cenário de concorrência, posicionando-se melhor frente à Administração Pública⁵⁰⁹.

Cabe ainda fazer uma observação quanto à flexibilidade que confere ao Diálogo Competitivo uma posição singular em relação aos outros procedimentos. Certo é que a Diretiva nº 2014/24/UE, em seu considerando 42, prevê que as autoridades adjudicantes devem dispor de maior flexibilidade para escolher um procedimento que abarque a negociação, o que não foi acompanhado pelo Código de Contratos Públicos, uma vez que o seu artigo 204 subtraiu do Diálogo Competitivo qualquer fase de negociação⁵¹⁰. Há o entendimento de que o legislador podia ter ido além e admitido a possibilidade de negociar a proposta selecionada com a melhor relação de qualidade e preço, uma vez que seria uma ferramenta útil para gerar resultados favoráveis para os adquirentes públicos⁵¹¹.

⁵⁰⁷ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal and Spain.**

⁵⁰⁸ IDD PORTUGAL DEFENSE. **Contratos Públicos para a Inovação** - Setor da Defesa: Algumas orientações. Disponível em: https://www.iddportugal.pt/wp-content/uploads/2021/06/Guia_Contratacao-Publica-Inovacao_Defesa.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁵⁰⁹ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal.**

⁵¹⁰ SANTOS. **O diálogo concorrencial.**

⁵¹¹ DOMINGOS. **Contratação pública de soluções inovadoras.**

Outra observação importante se refere à inovação, que é estimulada a partir das discussões com os candidatos. Ressalva-se, porém, que o Diálogo Competitivo constitui um estímulo teórico à inovação por apresentar-se como um recurso com capacidade limitada de inovar, já que a entidade adjudicante não pode testar a solução apresentada e apurar a inovação antes da contratação, ou seja, não é possível que a Administração Pública avance para um teste prático da solução inovadora⁵¹². Como consequência, pode acontecer da solução não corresponder às expectativas, o que somente poderá ser observado após a adjudicação, cenário em que a autoridade licitante aceita a transferência de risco, fazendo com que muitas vezes o poder público não opte por esse procedimento por, em algumas circunstâncias, não oferecer garantia de sucesso⁵¹³.

De acordo com o que tudo o que foi acima exposto, percebe-se que Portugal, ao transpor o Diálogo Competitivo para o direito interno, o fez adaptando o procedimento ao seu ordenamento jurídico, o que levou a um número significativo de problemas potenciais, tal como a interpretação restritiva, aspecto que contribui para baixo uso do instrumento no país⁵¹⁴. Tendo em vista tantas alterações, é cabível o questionamento se o Diálogo Competitivo da Diretiva nº 2014/24/UE é o mesmo do Código de Contratos Públicos, parecendo certo afirmar que as regras disponíveis para as autoridades contratantes é, no máximo, uma versão reduzida do procedimento⁵¹⁵.

Sobre as revisões do Código de Contratos Públicos, o regulamento do Diálogo Competitivo manteve algumas más escolhas do passado, o que não prenuncia um futuro positivo desse procedimento no país, ou seja, esse procedimento está fadado a ser aplicado de forma rara em Portugal⁵¹⁶. Uma crítica comum ao procedimento é que ele poderia ter ido mais longe, ao invés de ser muito limitador, o que poderia trazer benefícios tanto para as entidades adjudicantes, quanto para o mercado⁵¹⁷.

⁵¹² TEIXEIRA. **As parcerias para a inovação.**

⁵¹³ FARINHO, Domingos Soares. Contratação pública e inovação: uma reflexão lusófona a partir do caso português. *In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE COMPRAS PÚBLICAS, 2., Braga. Atas [...].* Universidade do Minho, 2017.

⁵¹⁴ TELLES. **Competitive dialogue in Portugal and Spain.**

⁵¹⁵ TELLES. Competitive dialogue in Portugal.

⁵¹⁶ SANTOS. O diálogo concorrencial.

⁵¹⁷ VIANA. O diálogo concorrencial.

3.3 Diálogo Competitivo no Brasil

3.3.1 Descrição Normativa

O Diálogo Competitivo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova lei nacional de licitações e contratos administrativos. Esse normativo veio substituir a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que vai ser revogada pela primeira, dois anos após a sua publicação.

Após a longa tramitação da proposta de revisão da Lei nº 8.666/1993, a nova lei foi publicada. Tal publicação ocorreu em um cenário de expectativa por um normativo que aliviasse um pouco a burocracia das contratações públicas, tornando-as mais flexíveis, menos formais e mais simétricas às demandas e interesses públicos.

Nessa perspectiva, um dos instrumentos inovadores que a nova lei trouxe para o direito público brasileiro foi o Diálogo Competitivo, que nos próprios termos do seu artigo 6º, inciso XLII, é conceituado como uma

modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que 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 diálogos⁵¹⁸.

Em sendo uma modalidade de licitação, o Diálogo Competitivo é citado no artigo 28 da Lei nº 14.133/2021 junto das demais modalidades previstas nesse normativo, quais sejam: pregão, concorrência, concurso e leilão. Nota-se que, no Brasil, o Diálogo Competitivo é o único procedimento licitatório que prevê o diálogo ou a negociação com o setor privado.

Em seguida, referida lei define as hipóteses de uso e como deve ser a tramitação do referido instrumento, tal qual transcrito abaixo:

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:

⁵¹⁸ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

- 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 interesses⁵¹⁹.

Nota-se que o artigo 32 deixa claro que esse procedimento deve ser usado apenas nos estritos casos definidos em lei, sendo eles semelhantes aos previstos na Diretiva nº 2014/24/UE. A lei autoriza o uso do Diálogo Competitivo quando a Administração Pública precisa contratar uma solução ainda não disponível no mercado, ou quando precisa que alguma solução já disponível no mercado seja adaptada, ou quando o poder público reconhece seu déficit de

⁵¹⁹ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021

informação para definir aspectos técnicos, jurídicos ou financeiros da contratação, sendo que todas as situações são relativas à complexidade do contrato em relação à solução almejada⁵²⁰.

Pontua-se, entretanto, que o inciso III do mesmo artigo 32 previa a possibilidade de uso do Diálogo Competitivo quando houvesse dificuldade na apreciação adequada das diferentes propostas⁵²¹, situação que não guarda sinergia com a Diretiva nº 2014/24/UE, pois, no Direito Europeu, para essa situação seria aplicável o procedimento concorrencial com negociação, sem previsão no Brasil. Entende-se que o veto desse inciso foi adequado, pois tratava-se de uma desconfiguração do instituto em sua origem europeia, por ser certa a afirmação de que não é recomendado importar um instrumento legal e desconfigurá-lo de forma a perder suas características basilares⁵²².

É importante observar que a lei bem define duas fases desse procedimento – a fase de diálogo e a fase competitiva. Mas é devido pontuar que podem ser identificadas três fases, sendo a primeira de pré-seleção dos licitantes, a segunda de diálogo propriamente dito, e a terceira, que é a fase competitiva, composta pela apresentação e julgamento das propostas apresentadas pelos participantes⁵²³.

Por fim, ressalta-se que a inspiração para essa nova modalidade de licitação é estrangeira. Destaca-se o Diálogo Competitivo previsto na Diretiva nº 2004/18/CE e, posteriormente, na Diretiva nº 2014/24/UE, amplamente discutidas no tópico anterior, mas também é cabível citar o *Federal Acquisition Regulations*, dos Estados Unidos da América, procedimento que pode ser usado pelas agências norte-americanas e que autoriza o uso da negociação como fonte de seleção de propostas, sendo que em ambos os procedimentos busca-se a proposta de melhor valor, não a que tem o menor preço⁵²⁴.

3.3.2 Aplicação Prática

A pesquisa acerca do uso do Diálogo Competitivo no Brasil iniciou-se pelo Diário Oficial da União, portal utilizado para tornar público os assuntos oficiais, tais como normativos, editais de contratação e demais temas que possam ser do interesse da população em geral. Para

⁵²⁰ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵²¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4253, de 2020**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1652303961264&disposition=inline>. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁵²² OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵²³ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵²⁴ FORTINI, Cristiana. **O avanço do diálogo competitivo no substitutivo apresentado ao PL 6.814/17**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/interesse-publico-oavanco-dialogo-competitivo-substitutivo-pl681417>. Acesso em: 29 jun. 2022.

tanto, no dia 30 de junho de 2022, por meio do site <https://www.in.gov.br/servicos/diario-oficial-da-uniao>, foi acessado o link “Base de Dados de Publicações do DOU”, no qual foi realizada a pesquisa em questão.

Efetivou-se uma pesquisa avançada com o termo “Diálogo Competitivo”, em que se optou por pesquisar em todas as seções do jornal, pelo exato termo digitado no campo livre, com data delimitada entre o dia da publicação da Lei nº 14.133/2021 e a data da pesquisa, ou seja, do dia 1º/04/2021 e 30/06/2022. Nessa pesquisa foram encontrados 11 resultados, dos quais apenas dois se tratavam do uso do Diálogo Competitivo, sendo, portanto, de interesse dessa pesquisa. Os demais resultados eram outros atos oficiais, tais como a própria Lei nº 14.133/2021 e normatizações desse procedimento em diversos órgãos.

Esses dois resultados encontrados eram portarias para iniciar os trabalhos das comissões responsáveis por conduzir os procedimentos de Diálogo Competitivo. A primeira foi a Portaria nº 4.865, de 28 de abril de 2021, do Ministério da Economia, cujo objetivo foi designar servidores para comporem a Comissão Especial de condução do Diálogo Competitivo nº 1/2021, para a contratação do serviço integrado de copa a ser executado no Distrito Federal, em órgãos e entidades da Administração Pública Federal⁵²⁵.

Referida portaria foi revogada no dia seguinte pela Portaria nº 4.951, de 29 de abril de 2021, que também teve como objetivo designar servidores para comporem a Comissão Especial para conduzir o Diálogo Competitivo nº 1/2021 no âmbito do Ministério da Economia, dessa vez para desenvolvimento de medidas sustentáveis à eficiência energética dos prédios da Esplanada dos Ministérios⁵²⁶. Após a sua publicação, não foi mais encontrada nenhuma referência a ela, tanto no Diário Oficial da União, quanto no *site* do próprio Ministério da Economia.

Tendo em vista que a Lei nº 14.133/2021 prevê, em seu artigo 32, §1º, I, que o edital de divulgação do Diálogo Competitivo deve ser publicado em sítio eletrônico oficial, que é o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, também foi realizada uma pesquisa no referido portal no *site* <https://www.gov.br/pncp/pt-br>, no dia 30 de junho de 2022, no campo “Contratações”. Usou-se como palavra-chave o termo “Diálogo Competitivo”, sem qualquer outra limitação de busca. A partir dessa consulta, nenhum resultado foi encontrado.

⁵²⁵ BRASIL. **Portaria nº 4.865, de 28 de abril de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-4.865-de-28-de-abril-de-2021-316727542>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁵²⁶ BRASIL. **Portaria nº 4.951, de 29 de abril de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-4.951-de-29-de-abril-de-2021-317003862>. Acesso em: 29 jun. 2022.

Para finalizar a pesquisa, também foi consultado o Portal da Transparência, no dia 30 de junho de 2022, pelo site <https://www.portaltransparencia.gov.br/>. Nesse portal, no campo “Consultas Detalhadas”, entrou-se no link “Licitações”. Ao selecionar o filtro de modalidade, não aparece a possibilidade de filtrar por “Diálogo Competitivo”. Para assegurar que no Portal da Transparência não há dados de licitação realizada por essa modalidade, no campo de busca livre inseriu-se o termo “Diálogo Competitivo”, sem qualquer outro filtro, não sendo encontrado nenhum registro.

Assim, é possível concluir que, após mais de um ano de publicação da Lei nº 14.133/2021, não foi realizado nenhum procedimento licitatório no Brasil com o uso da modalidade do Diálogo Competitivo. Em vistas dessa notória falta de experiência com referido instrumento legal, ganha mais importância o estudo da prática de uso em outros países, para auxiliar este país a incorporar o novo procedimento nas atividades regulares da Administração Pública.

3.3.3 Revisão de Literatura

Certo é que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, lei geral de licitações e contratos ainda vigente, se data de um período extremamente burocrata da administração pública. Essa lei espelha, pois, a concepção de que a Administração Pública possui superioridade técnica perante o particular, o que fez com que os procedimentos licitatórios nela previstos fossem fundamentados em um grande formalismo.

Como já referenciado anteriormente neste trabalho, a sociedade e o mercado evoluíram, o que acabou por exigir uma evolução conjunta do Estado no que tange às licitações e contratações. Apesar de a Lei nº 8.666/1993 já ter sofrido algumas alterações, nenhuma foi muito significativa a ponto de dar um caráter menos formalista e mais moderno aos ditames legais.

Cresceu, então, a necessidade por contratos em que o poder público brasileiro tivesse maior autonomia e flexibilidade para melhor atender às demandas da sociedade. Nesse sentido, tornou-se latente a necessidade de modernização da legislação principal acerca de licitações e contratos, que já tem 29 anos, bem como de compilação das diversas leis sobre o tema, existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tal cenário propiciou a elaboração, no Senado Federal, do Projeto de Lei nº 559/2013, que posteriormente tramitou perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal sob os números Projeto de Lei nº 6.814/2017 e Projeto de Lei nº 4253/2020, respectivamente. Esse último deu origem à Lei nº 14.133/2021.

Conforme pontuado acima, o Brasil passa por um processo de valorização da interação com o setor privado e, seguindo esse novo paradigma do atuar administrativo, a nova lei instituiu alterações no normativo de licitações e contratos que, apesar de sofrerem algumas críticas, têm potenciais de trazerem melhorias ao procedimento licitatório brasileiro, e, no momento, cabe destaque a nova modalidade de licitação, qual seja, o Diálogo Competitivo. Esse instrumento da recente legislação geral de licitações e contratos, que tem vigência síncrona com a lei antiga pelo período de dois anos, mostra um reconhecimento do Estado de que ele é, em muitos casos, incapaz de resolver, por meios próprios, questões de elevada complexidade.

Apesar de recentemente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, importante ressaltar que tal modalidade de licitação não inova ao permitir a interação do público com o privado em matéria de contratações públicas, pois o Brasil já utiliza de instrumentos tais quais o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e Manifestação de Interesse Privado (MIP). A inovação se refere à possibilidade de dialogar com os licitantes antes da apresentação das propostas, mostrando uma predisposição da Administração Pública brasileira por um atuar cooperativo e menos enrijecido.

Por ter sido um procedimento inspirado nas diretivas europeias, sendo delas importado, é preciso conhecer adequadamente a fonte para melhor compreensão do instrumento⁵²⁷, bem como para aplicá-lo da forma mais recomendada por quem tem prática em seu uso. Tendo em vista que a previsão normativa brasileira é recente, o conteúdo nacional sobre o assunto ainda é pouco expressivo, o que torna mais importante o recurso à literatura internacional para um estudo aprofundado sobre a matéria.

Desde já é importante frisar que, na Europa, esse procedimento foi instituído devido à necessidade de flexibilizar os processos licitatórios, favorecendo o debate entre o mercado e a Administração Pública acerca dos aspectos do contrato, com a finalidade de encontrar a melhor solução para projetos particularmente complexos⁵²⁸. Para alcançar os objetivos postos, a flexibilidade, o debate e o consequente déficit de transparência do Diálogo Competitivo ocorrem na fase de diálogo, fase prévia ao julgamento das propostas e na qual se elege a solução de que a entidade licitante necessita⁵²⁹.

Assim também ocorre no procedimento brasileiro, que se organiza em três fases: a de pré-seleção dos licitantes, a de diálogo, e a fase competitiva. É cabível observar que a primeira

⁵²⁷ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.**

⁵²⁹ OLIVEIRA. Artigo 32.

e a última são fases mais rígidas e objetivas, pois cumprem uma formalidade já observada em outras modalidades licitatórias, estando a novidade e a flexibilidade presentes na fase intermediária, na qual ocorre o diálogo⁵³⁰.

A primeira fase, embora não explícita na Lei nº 14.133/2021, está nela prevista. Essa definição se faz presente quando o legislador estipula que as necessidades e exigências da Administração Pública serão divulgadas por meio de um edital, que os candidatos devem manifestar interesse em participar do certame, que os critérios de pré-seleção dos participantes deverão ser previstos nesse edital e que a admissão dos licitantes dependerá deles se enquadrarem em requisitos objetivos estabelecidos.

Primeiramente deve-se notar que é mister no edital conter apenas as necessidades e exigências que a autoridade licitante, àquele tempo, foi capaz de especificar. Como é sabido, o Diálogo Competitivo é uma modalidade de licitação em que o poder público não conhece com clareza a solução para o seu problema, no momento do certame. Nesse sentido, é aceitável e até esperado que as necessidade e exigências postas no edital se mostrem vagas em relação à magnitude do projeto. Além dessa observação, também é cabível ponderar acerca do critério de seleção dos licitantes e da possibilidade de limitação do número de participantes.

Quanto à seleção dos licitantes, a Lei nº 14.133/2021 prevê apenas que os seus critérios devem estar previstos no edital, sem mais especificações. Há autor que entende que não se determinou uma fase de qualificação, tal qual previsto nos artigos 62 e seguintes dessa lei, e que nesse momento o ente público possui ampla margem de discricionariedade na definição dos critérios; dessa forma, por não haver uma definição taxativa de pré-requisitos, a autoridade licitante tem autonomia de definir os termos e condições necessários para realizar essa triagem, desde que os critérios utilizados sejam objetivamente aferíveis⁵³¹.

Entretanto, há autor que entende que essa seleção se equivale à fase de qualificação prevista na Lei nº 14.133/2021, em que os participantes devem atender a exigências técnicas e econômico-financeira em um nível minimamente aceitável, pois somente assim é possível garantir que o vencedor do certame tenha condições reais de cumprir o contrato⁵³². Essa linha de entendimento se torna defensável, pois desta forma se mantém coerência com a Diretiva nº 2014/24/UE, ou seja, com o direito europeu que foi a inspiração para a implantação brasileira.

⁵³⁰ DE ARAGÃO, Alexandre Santos. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021.

⁵³¹ DE ARAGÃO. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública.

⁵³² OLIVEIRA. Artigo 32.

Já quanto à possibilidade de limitação do número de participantes, nota-se que a lei em questão optou por não limitar a quantidade máxima de participantes selecionados na primeira fase do Diálogo Competitivo, diferentemente do que foi normatizado na Europa. Em que pese essa escolha do legislador garanta a igualdade de tratamento a todos os candidatos, essa é uma decisão arriscada, tendo em vista que o procedimento em questão é caro, demorado e trabalhoso para a Administração Pública, sendo certo que a possibilidade de limitação do número de licitantes traria celeridade a todo o processo, bem como o tornaria menos oneroso⁵³³.

Em seguida da fase de seleção, inicia-se a fase de diálogo, na qual a Administração Pública tem abertura para negociar com os participantes acerca do projeto a ser construído, com o objetivo de identificar a melhor forma de solucionar o problema que deu origem a esse certame. Essa é a fase mais flexível de todo o processo, em que o poder público tem mais discricionariedade de ação, pois os contornos do objeto a ser contratado são definidos ao longo das negociações, quando as especificações e soluções apresentadas pelos licitantes serão avaliadas pelos representantes do poder público, sendo relevante destacar que essa fase de debate ocorre durante o curso do certame, não sendo anterior ou posterior ao procedimento licitatório⁵³⁴.

Nessa fase, mais uma vez a igualdade de tratamento entre todos os candidatos foi assegurada pelo legislador ao definir que é vedada a divulgação de informações a algum licitante de forma a dar-lhe vantagem frente a algum outro candidato. Além disso, também restou protegido o sigilo quanto às soluções propostas e as informações repassadas por cada licitante, sem sua devida autorização. O intuito de manter protegidas essas informações comerciais é de preservar os interesses dos candidatos, de deixá-los à vontade para proporem projetos bons e inovadores, e de incentivá-los a fornecerem o que têm de melhor à Administração Pública⁵³⁵.

Ao mesmo tempo em que as reuniões ocorrem separadamente com cada licitante, resguardando o sigilo das informações repassadas ao poder público, a Lei nº 14.133/2021 determina que as reuniões devem ser registradas em ata, com gravação de áudio e vídeo, ou seja, por um lado há a proteção dos interesses dos candidatos e por outro se torna transparente o processo do diálogo, bem como possibilita a atuação dos órgãos de controle interno e externo⁵³⁶. Cabe destacar que a Lei nº 14.133/2021 não protege o sigilo dos registros e

⁵³³ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵³⁴ DE ARAGÃO. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública.

⁵³⁵ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵³⁶ LIMA, Edcarlos Alves. **O diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização**: uma modalidade licitatória inovadora, mas que exige cuidados à sua correta utilização pelo gestor. 2021. Disponível

gravações a partir da fase seguinte, pois os dados passam a ser públicos no momento em que são juntados aos autos⁵³⁷.

O diálogo deve ser mantido com os atores privados até que a entidade licitante identifique uma ou mais soluções que atendam às suas necessidades, o que deve ser feito por decisão fundamentada. Nota-se que não foi posto um limite temporal máximo para a etapa de diálogo, pois o tempo de desenvolvimento das negociações dependerá da complexidade do projeto a ser elaborado, bem como da celeridade dos licitantes em atingirem a solução adequada, situação em que se verifica grande discricionariedade da Administração na condução do procedimento⁵³⁸.

Esse tempo gasto para definir a solução almejada pela Administração Pública pode se tornar maior, pois é possível que a fase de diálogo ocorra em fases sucessivas. No entanto, nessas fases é possível eliminar candidatos cujas especificações não se enquadram no fim proposto pela entidade organizadora do certame, ou seja, durante as diversas fases de negociação podem-se restringir as propostas a serem discutidas, o que é vantajoso ao poder público, visto que pode tornar o procedimento mais célere e objetivo.

Quando a Administração Pública entender que a fase de negociação atingiu o seu objetivo, momento em que já deve ter elegido, a seu critério, uma ou mais soluções para o problema posto, ela deverá declarar que o diálogo foi concluído. Essa fase se encerra com a juntada aos autos do processo licitatório dos registros e gravações durante os debates.

Por fim, a última etapa do Diálogo Competitivo, a fase competitiva, inicia-se com a divulgação de um edital contendo as especificações da(s) solução(ões) eleita(s) pela Administração Pública, bem como os critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, abrindo-se prazo para os licitantes apresentarem suas propostas. Ademais, já que é possível que a entidade adjudicante escolha uma ou mais soluções, é deduzível que cada solução escolhida dê origem a um termo de referência ou projeto básico a ser anexado ao edital que abre a fase de competição⁵³⁹.

Quanto aos licitantes que participarão da fase competitiva, a doutrina aponta um questionamento em relação à forma como a Lei nº 14.133/2021 os definiu, em seu art. 32, §1º, VIII. Há autor que entende que a lei não foi clara ao definir quais os candidatos que poderão apresentar a proposta, o que pode desestimular a adoção dessa modalidade pela Administração,

em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/dialogo-competitivo-desafios-operacionalizacao-11052021>. Acesso em: 29 jun. 2022.

⁵³⁷ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵³⁸ DE ARAGÃO. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública.

⁵³⁹ OLIVEIRA. **O diálogo competitivo brasileiro**.

pelo menos até que essa lacuna seja preenchida pela doutrina e pela jurisprudência⁵⁴⁰. Por outro lado, há autor que compreende que a Lei nº 14.133/2021 definiu que participação da etapa competitiva todos aqueles selecionados na primeira fase do certame, pois a lei brasileira não dispôs sobre a possibilidade de excluir aqueles que não apresentaram solução minimamente aceitável⁵⁴¹.

Ressalta-se que, no procedimento de Diálogo Competitivo, os participantes devem ser estimulados a se engajarem na fase de diálogo para possibilitar à Administração Pública a resolução de seu problema, sendo certo que a possibilidade de alguém participar da competição, sem dispensar os devidos esforços para construir uma solução adequada, pode estimular os atores do mercado a participarem da etapa de negociações de forma pouco produtiva. Nesse sentido, defende-se que o edital convocatório para a fase de seleção traga os requisitos mínimos de uma solução aceitável, ou seja, que imponha ao candidato o compromisso em contribuir na elaboração de especificações coerentes com a necessidade pública, como forma de evitar que licitantes não comprometidos com a construção da solução participem da fase competitiva⁵⁴².

Ainda na fase de competição, a Administração Pública pode solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas que recebeu, desde que isso não represente uma discriminação entre participantes, nem uma distorção da concorrência entre propostas. Essa previsão de comunicação com os participantes pode ocorrer antes da escolha do vencedor da licitação, mas não há previsão expressa na Lei nº 14.133/2021 da possibilidade de negociar com o participante escolhido como adjudicatário do contrato, embora seja defensável essa hipótese, nos termos do artigo 61 da mesma lei⁵⁴³. Tal artigo admite, de forma genérica, que o poder público pode negociar condições mais favoráveis com o primeiro colocado em um certame.

A proposta vencedora será escolhida com base em critérios divulgados no edital que abriu a fase competitiva, com a limitação de que será contratada a solução mais vantajosa, sem mais critérios de julgamento definidos. No entanto, é cabível pressupor que o critério mais adequado seja o de técnica e preço⁵⁴⁴, que é mais congruente com a melhor relação de qualidade e preço prevista na Diretiva nº 2014/24/UE. Destaca-se, também, que a última etapa do Diálogo Competitivo é autônoma em relação à fase de diálogo, o que significa que não há correlação

⁵⁴⁰ PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo competitivo: o que é e como essa nova modalidade licitatória pode impactar a atuação dos Tribunais de Contas nas análises prévias dos editais de concessões comuns e PPP. **Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas**, v. 1, n. 7, p. 88-99, 2021.

⁵⁴¹ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵⁴² OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵⁴³ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵⁴⁴ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). **Nova Lei de Licitações: destaques importantes** - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

necessária entre o candidato que apresentou a melhor solução e o que vencerá a licitação, por apresentar a proposta mais vantajosa⁵⁴⁵.

A Lei nº 14.133/2021 ainda prevê que esse procedimento será realizado por uma comissão de contratação composta por três servidores efetivos ou empregados públicos da Administração Pública, sendo admitida a contratação de profissionais especificamente para assessorar de forma técnica a comissão. Entende-se que a justificativa para que esse procedimento não seja realizado pelos agentes públicos que tradicionalmente lidam com licitações e contratos encontra-se na complexidade natural da contratação, o que também embasa a possibilidade de adquirir uma assessoria técnica com notória especialização, já que nem sempre os órgãos licitantes contarão, em sua equipe, com três trabalhadores com conhecimento suficiente na matéria objeto do Diálogo Competitivo, inerentemente complexa⁵⁴⁶.

Ainda é cabível analisar o que constava previsto no artigo 32, §1º, XII, da Lei nº 14.133/2021, conteúdo vetado quando da publicação dessa lei. Tal artigo previa que os órgãos de controle poderiam acompanhar e monitorar os diálogos sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato⁵⁴⁷. Destaca-se que o referido veto foi coerente com os preceitos constitucionais de separação de poderes. Apesar disso, há autor que defende a possibilidade dos Tribunais de Contas realizarem uma análise prévia com fundamento em seus próprios normativos enquanto não houver alguma declaração de inconstitucionalidade dessa prática⁵⁴⁸.

Para encerrar a análise do processamento dessa modalidade licitatória, nota-se que a lei brasileira não prevê a possibilidade de prêmios ou pagamentos aos participantes no diálogo. Essa previsão encontra-se posta na Diretiva nº 2014/24/UE como forma de estimular a participação do mercado nesse procedimento oneroso aos participantes, que são os responsáveis por desenvolverem soluções para as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública. Devido a essa incongruência, e sob o entendimento de que um instituto estrangeiro deve ser incorporado ao direito nacional com suas características básicas mantidas, Rafael Sérgio Lima de Oliveira entende que a possibilidade de que o autor do projeto seja ressarcido pelo vencedor da licitação (artigo 81, §1º e §2º, IV, da Lei nº 14.133/2021) não deve ser aplicada apenas ao Procedimento de Manifestação de Interesse, como também ao Diálogo Competitivo, até porque

⁵⁴⁵ DE ARAGÃO. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública.

⁵⁴⁶ DE ARAGÃO. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública.

⁵⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4253, de 2020**.

⁵⁴⁸ PEREIRA. Diálogo competitivo: o que é e como essa nova modalidade licitatória pode impactar a atuação dos Tribunais de Contas nas análises prévias dos editais de concessões comuns e PPP.

quem custeia essa indenização é a Administração Pública, pois o custo da indenização sempre estará embutido no valor da proposta⁵⁴⁹.

Ademais, se faz necessário ressaltar que a nova lei de licitações e contratos administrativos altera a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, de maneira a tornar possível o uso do Diálogo Competitivo para contratação de concessão de serviços públicos e para contratação de Parcerias Público-Privadas – PPP. Essa observação se faz importante pois, quando da tramitação do Projeto de Lei não se previa o uso desse procedimento para as PPP, o que desvirtuava o instrumento, criado na Europa com o foco nessas parcerias entre atores públicos e privados⁵⁵⁰.

Observa-se que a introdução do Diálogo Competitivo no ordenamento jurídico brasileiro veio romper com o dogma da contratação pública por adesão, que parte do pressuposto de que Estado é capaz de avaliar os segmentos de mercado em diversos contextos, bem como de elaborar de forma autônoma as soluções de que necessita em diferentes e complexos ramos, o que mostra que essa modalidade atribui à licitação não somente a função de selecionar o agente privado a ser contratado, como também a função de aprendizado, de desenvolvimento de conhecimento novo e de inovação, o que torna o certame mais efetivo no atendimento das necessidades coletivas⁵⁵¹. Como consequência, as expectativas em torno dessa nova modalidade licitatória se mostram elevadas, pois o diálogo e a colaboração entre os atores público e privado tendem a favorecer a elaboração de soluções mais sólidas e eficientes; no entanto, para que isso se concretize, valores como transparência, confiança e segurança jurídica devem pautar a construção de um novo ambiente para a Administração Pública⁵⁵².

Certo é que o Diálogo Competitivo é um instrumento capaz de contribuir com os procedimentos de formação dos contratos públicos brasileiros, uma vez que aqui se enfrenta as mesmas dificuldades que, na Europa, motivaram a criação do instituto, porém a flexibilidade proporcionada por esse instrumento, apesar de coadunar para resolver questões problemáticas no país, se mostra inapropriada a alguns aspectos ligados à cultura da Administração Pública brasileira⁵⁵³. Torna-se notória, portanto, a tentativa do Direito Administrativo de se adequar às

⁵⁴⁹ OLIVEIRA. Artigo 32.

⁵⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Artigo 180. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2.

⁵⁵¹ MARRARA, Thiago. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória e seus impactos. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria> Acesso em: 2 jul. 2022.

⁵⁵² ZAGO, Marina; RODRIGUES, Fernanda. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas>. Acesso em: 2 jul. 2022.

⁵⁵³ OLIVEIRA. **O diálogo competitivo brasileiro**, p. 58.

demandas da sociedade do século XXI e de se modernizar. No entanto, ainda existem traços marcantes de uma cultura de atuação administrativa unilateral. Observa-se um conflito entre as formas e os procedimentos rígidos e a tentativa de flexibilizá-los, em especial, para obtenção de informações e tomadas de decisões, o que pode impactar negativamente na efetiva utilização desse instrumento no país.

Nesse sentido, identificam-se três problemas culturais que têm o condão de prejudicar o uso desse procedimento no Brasil. Primeiramente se destaca as dificuldades que os gestores públicos irão enfrentar por não serem acostumados, nem saberem lidar com um elevado grau de discricionariedade em procedimentos licitatórios; também deve ser listada a forte presença dos órgãos de controle que tendem a inibir a atuação dos responsáveis pelo procedimento; e, por fim, cabe destaque à corrupção, ainda fortemente arraigada nos dias atuais⁵⁵⁴.

Quanto ao risco de corrupção, o bom senso recomenda utilizar outra modalidade licitatória, em detrimento do Diálogo Competitivo, em situações em que o risco de corrupção é elevado, uma vez que é necessário ter cautela diante de procedimentos com grande discricionariedade⁵⁵⁵. Ademais, essa modalidade, ao se valer da flexibilidade da negociação e do diálogo com os participantes, poderá possibilitar a manipulação da disputa para favorecer um participante específico, o que representa uma fraude à concorrência⁵⁵⁶.

Outra característica do Diálogo Competitivo também pode prejudicar a concorrência, visto que o autor da melhor solução identificada pela Administração Pública na fase de diálogo terá maiores chances de apresentar a melhor proposta, ou mesmo, poderá ser o único com capacidade de executá-la⁵⁵⁷. Ainda, percebe-se que a participação efetiva do mercado no certame deve ser incentivada de forma adequada para satisfazer aos interesses particulares dos candidatos, somente assim será possível criar um ambiente que fomente a participação para se alcançar as melhores soluções⁵⁵⁸. Ressalta-se aqui que o procedimento em estudo é oneroso, tanto para os atores privados, quanto para a própria Administração Pública.

Quanto à regulação dessa modalidade licitatória, nota-se que a ausência de robustez e de rigidez na elaboração da Lei nº 14.133/2021 pode representar uma tentativa do legislador de ser mais flexível às contratações, conferindo aos administradores públicos maior liberdade na

⁵⁵⁴ OLIVEIRA. **O diálogo competitivo brasileiro**, p. 58.

⁵⁵⁵ FORTINI, Cristiana. **O avanço do diálogo competitivo no substitutivo apresentado ao PL 6.814/17**.

⁵⁵⁶ REMEDIO, 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.

⁵⁵⁷ DE ARAGÃO. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública.

⁵⁵⁸ PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratação de soluções inovadoras para o atendimento de demandas administrativas: um caminho à luz do ordenamento jurídico vigente. In: PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana. **Inteligência e inovação em contratação pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2021.

definição de algumas questões relativas ao procedimento, o que pode provocar nos Tribunais de Contas um movimento para suprimir essa falta e uma tendência de penalizar o excesso de discricionariedade, gerando um ambiente de insegurança jurídica ao gestor público⁵⁵⁹. Isso poderá inibir o uso dessa modalidade em muitas situações que seria cabível, ou mesmo, recomendável.

Fato é que, para que o Diálogo Competitivo seja efetivamente utilizado no Brasil, a Administração Pública deve estar capacitada para conseguir lidar, de forma eficiente, com esse instrumento⁵⁶⁰. O emprego dessa modalidade licitatória dependerá de experimentação e de aprendizado pelas autoridades licitantes, que ainda mostram um alto nível de desconhecimento e despreparo para utilizar procedimentos negociais, o que faz concluir que esse instrumento deva ser empregado de forma progressiva, colhendo as experiências e os aprendizados adquiridos ao longo do tempo⁵⁶¹.

Também cabe pontuar que o Diálogo Competitivo brasileiro corre o risco de, assim como em alguns países europeus, ter previsão normativa, sem aplicação efetiva. Certo é que países que têm um histórico mais forte de uso da discricionariedade lidam melhor com o procedimento adjudicatório flexível, cultura esta que o Brasil não tem, o que faz com que os atores públicos brasileiros tenham que despende grande esforço para lidar de forma adequada com esse instrumento⁵⁶².

Não se está aqui a afirmar que o Diálogo Competitivo se trata de um natimorto no ordenamento jurídico brasileiro, tal qual o fez Celso de Almeida Afonso Neto quando esse instrumento ainda estava previsto em Projeto de Lei⁵⁶³, tendo desde então, sofrido alterações em pontos que o fez realizar essa afirmação. Mas entende-se que os tópicos levantados acima podem desestimular o uso dessa inovação normativa pelos administradores públicos brasileiros. Nesse sentido, estudos aprofundados sobre a matéria são fundamentais, principalmente aqueles

⁵⁵⁹ FERNANDES, Diego Gonçalves; FULLER; Ariane. **Estamos preparados para o diálogo competitivo?** Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso-arbitragem-e-solucao-de-disputas-ij/estamos-preparados-para-o-dialogo-competitivo>. Acesso em: 4 set. 2021.

⁵⁶⁰ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Formas de participação privada na modelagem dos projetos de infraestrutura: diálogo competitivo, procedimento de manifestação de interesse (PMI) e manifestação de interesse privado (MIP). **R. Bras. de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 31-50, jul./dez. 2018.

⁵⁶¹ SOLIANO, Vitor. O diálogo competitivo e a modelagem negociada de contratos complexos. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-07/publico-pragmatico-dialogo-competitivo-modelagem-negociada-contratos-complexos>. Acesso em: 2 jul. 2022.

⁵⁶² OLIVEIRA. **O diálogo competitivo brasileiro**, p. 59.

⁵⁶³ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto brasileiro. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Editora Íthala, 2019.

que pretendem extrair as experiências vivenciadas por países que fazem uso desse instrumento licitatório.

O Brasil precisa aprender como usar o Diálogo Competitivo, por meio de estudos, erros e acertos. A prática possibilitará a definição de como esse instrumento vai, de fato, funcionar no país. Mas, para que seja atrativo para que os gestores públicos optem por usá-lo, é preciso que se invista em treinamentos e capacitação, bem como que o ambiente seja juridicamente seguro para sua utilização. Certo é que a cultura administrativa brasileira não favorece a aplicação desse instrumento, mas o processo evolutivo de todo o sistema administrativo é contínuo, o que faz com que seja possível acreditar que o contexto em que vivemos pode se tornar, com o tempo, cada vez mais atrativo para atuações flexíveis e discricionárias do gestor público.

3.4 Síntese Comparativa

A partir de tudo que foi acima exposto, é possível verificar que a regulamentação e o cenário de uso do Diálogo Competitivo são diferentes nos três países estudados. Como resultado dessa comparação, elaborou-se o quadro comparativo constante no Apêndice B deste trabalho, no qual é possível contrastar de forma mais objetiva e organizada cada ponto analisado na Inglaterra, em Portugal e no Brasil. Para evitar repetições desnecessárias, abaixo serão discorridos os pontos mais relevantes da pesquisa comparada.

Quanto à definição legal do Diálogo Competitivo, percebe-se que a conceituação do Diálogo Competitivo se assemelha nos 3 países. Nota-se que o Código de Contratos Públicos português e a Lei nº 14.133/2021 trouxeram o conceito desse procedimento, mas a legislação inglesa não o trouxe, sendo ele extraído de manual governamental *Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation*. Ademais, à semelhança da Diretiva nº 2014/24/UE, o conceito brasileiro não trouxe a remissão direta a contratos complexos, embora esse conceito esteja embutido no conteúdo da descrição do Diálogo Competitivo.

Em relação às hipóteses legais de uso desse instrumento, é possível perceber que as atuais hipóteses de aplicação do Diálogo Competitivo se assemelham nos 3 países, mas que em Portugal e no Brasil já foram observadas dissonâncias em relação à previsão europeia. A lei portuguesa já previu restrição para além do que estava previsto no direito europeu, o que já foi revisado. Por outro lado, o projeto de lei da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira previa uma hipótese que não era aplicável ao Diálogo Competitivo europeu, mas sim

a outro procedimento, sem previsão no direito pátrio, o que foi vetado antes da publicação da referida lei.

As diferenças entre os três países não se limitam a isso, são diversas, sendo que uma das mais significativas é relativa ao uso do Diálogo Competitivo, pois esses países apresentam realidade de aplicação bastante discrepantes. É notório que, enquanto a Inglaterra é tida como um dos países que mais faz uso desse instrumento, Portugal encontra-se entre os que menos o utiliza. Por outro lado, o Brasil, ainda não possui experiência de uso.

A pesquisa realizada neste trabalho expõe exatamente essa realidade demonstrada na literatura. Enquanto na Inglaterra foram encontrados 693 contratos firmados por meio do uso do Diálogo Competitivo entre os anos de 2014 e 2022, em Portugal foram identificados apenas 5 contratos firmados entre os anos de 2018 e 2020. Já o Brasil nunca fez uso dessa modalidade licitatória, apesar de já ter previsão legal há mais de um ano.

Essa discrepância decorre, dentre outros motivos, da regulamentação legal do procedimento, da sua aceitação pelos usuários, do contexto jurídico e legal do país e da visão crítica que os estudiosos do direito têm acerca do Diálogo Competitivo. É o que se passa a analisar abaixo.

Primeiramente verificou-se que a Inglaterra apresenta estudos mais aprofundados sobre a matéria, estudos esses que levam em conta a vasta experiência de uso do procedimento, com definições de más práticas e armadilhas que podem surgir, o que não foi observado nos demais países. De forma complementar foi possível observar na Inglaterra um esforço governamental em elaborar guias e manuais práticos, bem como de renová-los, o que também não foi observado nos demais países da pesquisa. Tais estudos têm favorecido a aplicação desse instrumento nesse país, pois possibilita que as autoridades públicas se tornem profundas conhecedoras da matéria, bem como que o mercado tenha mais confiança no procedimento.

Os estudos encontrados em Portugal não analisam cada fase do procedimento com base na experiência prática de uso, assim como foi verificado na Inglaterra, o que é esperado devido à baixa aplicação desse procedimento no país. Os estudos portugueses analisam mais as diretrizes definidas pelo legislador do que as vivências cotidianas de aplicação do Diálogo Competitivo. Quanto ao Brasil, ressalta-se que esse procedimento foi regulamentado há apenas um ano, tempo insuficiente para elaborar um vasto material, o que torna justificável a ausência de diversos estudos aprofundados sobre a matéria.

Dentre os países estudados, a regulamentação da Inglaterra foi a mais sucinta, ou seja, a que mais deu à autoridade licitante flexibilidade e autonomia de condução do procedimento. No extremo oposto encontra-se Portugal, que transpôs o Diálogo Competitivo para a lei

nacional com mudanças significativas, para adaptá-lo à prática nacional. Nesse país foram verificadas previsões legais inexistentes no direito europeu, tal como a definição de que as regras de outro procedimento devem ser usadas como subsidiárias na tramitação do instrumento em análise. Devido a diretrizes como essa, a crítica chegou a considerar o Diálogo Competitivo nacional uma versão reduzida do procedimento europeu.

Já no Brasil, algumas alterações podem ser vistas em relação à Diretiva nº 2014/24/UE, mas de forma menos expressiva que em Portugal. O legislador brasileiro, durante a tramitação do projeto de lei, chegou a prever regulamentações que não guardavam similitude com o Diálogo Competitivo europeu, que foram removidas quando da publicação da lei, o que favoreceu para aumentar a harmonia entre a legislação nacional e sua origem europeia.

Quanto às fases do procedimento, verificou-se que em Portugal e no Brasil elas são definidas na lei, o que não foi observado na Inglaterra. Nos dois primeiros países o procedimento foi dividido em três fases pela legislação, já na Inglaterra, o governo, por meio de manual, organizou o procedimento em 5 fases. Nesse último país valoriza-se muito a organização do procedimento em fases, com a delimitação precisa dos objetivos a serem alcançados em cada etapa. Lá, a recomendação é que antes de se avançar para a etapa seguinte, é devido rever se tudo o que era devido foi alcançado na fase que se pretende encerrar.

A fase de planejamento foi identificada apenas na Inglaterra, país que confere muita importância a essa etapa, tendo em vista que ela possibilita à Administração Pública se organizar, definir de forma pormenorizada as próximas fases a serem seguidas e interagir com o mercado. De acordo com estudos ingleses, uma fase de planejamento mal executada pode prejudicar todo o curso do procedimento.

Já a limitação de candidatos que participarão da fase de diálogo, não se mostra possível em todos os países. Na Inglaterra é possível que desde o anúncio do concurso se limite o número de participantes que poderão entrar no diálogo com a Administração Pública. Em Portugal isso vai depender do método utilizado para a seleção dos participantes, se for utilizado o método complexo, é possível limitar previamente o número de participantes que passarão para a fase de diálogo, se for utilizado o método simples, todos os candidatos que preencherem os requisitos mínimos serão classificados.

No Brasil, porém, não é possível limitar o número de licitantes que participarão da fase de diálogo, o que garante a igualdade de tratamento, mas possibilita que muitos licitantes entrem em diálogo com o poder público, tornando todo o processo mais demorado e caro. O Brasil também foi o único país que apresentou indefinição de como deve se dar essa seleção de candidatos, se o administrador público tem autonomia e ampla margem de discricionariedade

para a definição dos critérios, ou se essa etapa deve ser regida pelas regras da qualificação, ou seja, se os participantes devem atender a exigências técnicas e econômico-financeiras em um nível minimamente aceitável, para garantir que o futuro vencedor do certame tenha condições reais de cumprir o contrato.

Ainda no que se refere à seleção, Portugal foi o único país a definir que cada participante pode apresentar apenas uma solução, não havendo restrição semelhante na legislação inglesa ou brasileira. Também foi o único que definiu que soluções que não atendam a critérios mínimos formais podem ser excluídas do procedimento logo após serem apresentadas, antes de entrar para a fase de diálogo.

Posteriormente, já na fase de diálogo, o Diálogo Competitivo português não permite a exclusão de participantes, o que torna o processo mais demorado e trabalhoso. Já na Inglaterra e no Brasil é possível eliminar candidatos na fase de diálogo, mas com uma diferença relevante: enquanto no primeiro país o candidato excluído não pode voltar ao certame posteriormente, no segundo é possível, pois o candidato eliminado na fase de diálogo pode apresentar proposta na fase final do procedimento, o que será visto de forma mais aprofundada adiante.

Nessa fase de interação, somente na Inglaterra se torna possível testar a solução antes da adjudicação do contrato, o que inclusive é recomendado pelos manuais governamentais. Essa impossibilidade na legislação portuguesa foi alvo de críticas, pois impossibilita testar eventuais inovações propostas pelo mercado, o que faz com que a Administração Pública muitas vezes opte por não inovar, já que, em contratando, ela assume o risco da contratação inovadora não funcionar como deveria após a implantação.

Em sequência do diálogo, a Administração Pública deve selecionar aquilo que julga ser capaz de suprir suas necessidades e exigências, abrindo oportunidade aos participantes de apresentarem suas propostas. Nesse ponto é possível identificar grandes diferenças na normatização dos três países. Na Inglaterra podem ser selecionadas, após o diálogo, uma ou mais soluções como aptas a suprir as necessidades públicas, sendo que cada participante irá elaborar proposta com base na sua própria solução, o que significa que os participantes eliminados na fase de diálogo não poderão apresentar propostas.

Já em Portugal, a autoridade pública poderá eleger apenas uma solução como apta a satisfazer as necessidades públicas, o que dará origem a um caderno de encargos a ser disponibilizado a todos os participantes do diálogo para que eles possam elaborar suas propostas. Nesse país resta dúvida na doutrina se a melhor solução necessariamente deve vir de um único candidato, ou se pode ser fruto da junção de mais de uma solução apresentada, inclusive com acréscimos feitos pelo próprio setor público, o que seria interessante, pois a

discussão realizada somente alcançará os melhores resultados se dela resultar uma solução construída a partir do conhecimento de diversos envolvidos.

No Brasil, por sua vez, a Administração Pública pode selecionar uma ou mais soluções como aptas a suprir suas necessidades, sendo que cada solução apresentada certamente dará origem a um projeto básico ou a um termo de referência, que será a base para a elaboração da proposta por todos os participantes que entraram para a fase de diálogo. Ou seja, independente do licitante ter sido eliminado ou não durante o diálogo, ele poderá elaborar sua proposta para a solução desenvolvida por outros participantes, o que pode fazer com que alguns licitantes participem da fase de diálogo sem compromisso, já que sempre poderão apresentar propostas ao final, ou pode fazer com que outros licitantes, sabendo da possível conduta displicente dos colegas, optem por não participar do certame.

A forma portuguesa e brasileira de escolher a melhor solução para que, posteriormente, todos os participantes elaborem as suas propostas com base nela pode comprometer o sigilo de informações estratégicas repassadas pelos atores privados. Em Portugal, a solução escolhida como a melhor será a base para a elaboração do caderno de encargos disponível a todos os participantes, no qual pode conter informações que o participante gostaria de manter sob sigilo. Já no Brasil, a(s) solução(ões) escolhida(s) será(ão) a base para a elaboração do projeto básico ou o termo de referência, a ser disponibilizado a todos os participantes, ademais, as reuniões do diálogo devem ser gravadas em áudio e vídeo, cujos arquivos devem ser juntados aos autos do processo administrativo no final da etapa de diálogo. Isso, por um lado compromete o sigilo do conteúdo tratado nas reuniões, mas, por outro, garante a transparência de todo o processo, possibilitando futuras ações dos órgãos de controle.

Entregue as propostas pelos participantes ao poder público, na Inglaterra é possível solicitar esclarecimento aos candidatos, assim como é possível negociar com o licitante vencedor para confirmar compromissos financeiros ou outros termos. Em Portugal é possível solicitar esclarecimento aos participantes quanto às suas propostas antes de se definir o candidato vencedor, mas não é possível negociar com ele após essa definição, pois nesse país está expressamente prevista a impossibilidade de se adotar uma fase de negociação. No Brasil, por sua vez, também é possível solicitar esclarecimento aos participantes assim que eles entregam as propostas, mas não é possível negociar com o candidato vencedor, embora seja defensável essa possibilidade de negociação com base na regra genérica que possibilita ao poder público negociar condições mais favoráveis com o primeiro colocado no certame.

Em conformidade com a Diretiva nº 2014/24/UE, na Inglaterra e em Portugal, a proposta escolhida será aquela que apresentar a melhor relação de qualidade e preço. No Brasil a regra

não prevê expressamente dessa forma, mas sim que será escolhida a proposta mais vantajosa, o que leva a entender que se deve utilizar o critério de técnica e preço.

Quanto à possibilidade de conferir pagamento aos participantes do certame como forma de ressarcir-los dos custos do procedimento, na Inglaterra existe essa possibilidade, apesar de ser uma hipótese pouco usada e até mesmo não recomendada pelos estudiosos. Em Portugal e no Brasil não existe essa possibilidade, em que pese a Diretiva nº 2014/24/UE assim prever.

A condução do procedimento é outro ponto destoante entre os países. Enquanto na Inglaterra não há previsão de quem deve conduzi-lo, sendo a lei silente quanto a isso, em Portugal e no Brasil essa definição é expressa. A lei portuguesa define que o procedimento deve ser conduzido por um júri, sendo que as decisões relevantes devem ser referendadas pelo órgão competente. Já no Brasil o procedimento deve ser conduzido por uma comissão de três membros da Administração Pública, com possibilidade de se contratar uma assessoria técnica especializada, o que se justifica pela complexidade inerente desse procedimento, uma vez que nem sempre o órgão licitante contará com três servidores efetivos ou empregados públicos devidamente capacitados para conduzir o Diálogo Competitivo.

Certamente devido ao largo uso do Diálogo Competitivo na Inglaterra, esse foi o país onde mais se verificou elogios a esse instrumento, bem como o reconhecimento de que ele, em sendo bem aplicado, planejado e conduzido, pode gerar diversos benefícios para as contratações públicas. Em Portugal, pouco conteúdo remete aos benefícios e às vantagens de se aplicar o Diálogo Competitivo. Já no Brasil, existem altas expectativas quanto ao uso desse instrumento, no entanto a falta de uso impossibilita estudos relativos à experiência prática.

No entanto, na Inglaterra não se verificaram apenas elogios ao procedimento, como também se encontraram críticas. A maioria delas se remete ao fato de que o Diálogo Competitivo muitas vezes se mostra caro, demorado e complexo, sendo as principais causas disso o planejamento inadequado e as falhas de condução. Em Portugal, foram identificadas diversas críticas e diversos problemas, cuja principal razão se encontra nas alterações realizadas na transposição do instrumento para o direito nacional, que o deixou menos flexível e mais complexo, dificultando o seu uso, o que leva a crer que o procedimento não deve ter um futuro promissor nesse país. Já no Brasil, já se faz possível identificar alguns pontos que dificultam o adequado uso do Diálogo Competitivo, tais como, problemas culturais ligados à Administração Pública brasileira, ambiente que ainda não oferece suficiente segurança jurídica, bem como desconhecimento e despreparo dos agentes públicos.

Ademais, percebe-se que a Inglaterra é o país que mais investiu em estudos acerca do instrumento, analisando cada fase do procedimento minuciosamente e identificando más

práticas e armadilhas que devem ser evitadas. Foi onde melhor se identificou a capacitação dos agentes públicos, o que é favorecido pelos manuais governamentais acerca do tema, que são revisados ao passar dos anos.

Nesse momento, faz-se cabível remeter às conclusões da pesquisa macrocomparativa, realizada no capítulo anterior. Naquele momento, foi identificado que, dentre os países estudados, a Administração Pública da Inglaterra é a que se mostra menos burocrática, e que em Portugal e no Brasil se verifica menos experiência em relação às interações com os setores privados quando comparado com a Inglaterra. Isso porque na Inglaterra tem-se mais arraigada a busca pela cooperação e pelo consenso juntamente ao setor privado, o que nos outros países se mostra como algo mais recente dentro da esfera pública.

Em que pese essa realidade, em Portugal e no Brasil foi verificado que a Constituição confere prestígio à cooperação entre o Estado e a sociedade, ou seja, todos os países reconhecem a importância da atuação com o setor privado e valorizam uma maior abertura para uma atuação mais próxima aos particulares, porém com intensidades e possibilidades diversas. Assim, a Administração inglesa apresenta maiores possibilidades de atuar de forma discricionária e autônoma, pois em Portugal e no Brasil se verifica uma aptidão histórica menor de autonomia da Administração Pública frente às disposições legais. Estes últimos países apresentam, tradicionalmente, mecanismos mais rigorosos e autoritários de controle, sendo que neles foram observados receios e falta de pacificação acerca da abertura à discricionariedade administrativa.

Tendo em vista esses esclarecimentos a respeito do contexto em que o Diálogo Competitivo encontra-se inserido em cada país selecionado para a pesquisa, torna-se facilitado o entendimento de o porquê da regulamentação e da aceitação desse procedimento ter sido diferente na Inglaterra, em Portugal e no Brasil. A Inglaterra é o país, dentre os estudados, que melhor interage com o setor privado, inclusive no que tange às contratações públicas. A cooperação entre o público e o privado já é algo arraigado no contexto inglês, sendo certo que a Administração Pública tem tradição de lidar com situações que envolvem a autonomia do gestor público.

Esse cenário, que confere segurança jurídica aos atores, justifica a boa aceitação do Diálogo Competitivo nesse país tanto pelos órgãos licitantes, quanto pelo mercado e pela doutrina. Os atores ingleses sabem lidar de forma mais fácil e íntima com a flexibilidade que esse procedimento exige. Tanto lidam bem com essas situações menos regulamentadas e enrijecidas, que foi o único país que atualmente estuda a viabilidade de substituir o Diálogo Competitivo por um instrumento ainda mais flexível e que oferece mais autonomia às entidades adjudicantes.

Já em Portugal – que se mostrou um país com pouca experiência e aptidão em aproximar o setor público do setor privado e em lidar com situações que conferem autonomia ao gestor público – não se recebeu bem o Diálogo Competitivo. Aliado a essa tradição, está o costume de ser um país adepto da regulamentação intensa, isso fez com que esse procedimento português fosse altamente regulamentado, com regras para além do que se encontra no direito europeu, o que foi alvo de diversas críticas.

Por fim, no Brasil, iniciou-se uma tendência de interação entre a Administração Pública e os agentes privados, algo que ainda não se encontra consolidado. Aqui ainda são constantes os receios quanto à discricionariedade, à flexibilidade e à autonomia do gestor público, principalmente no que se refere a licitações e contratos. Ademais, neste país ainda se mostram presentes mecanismos rigorosos e autoritários de controle. Tanto é que isso pode inibir a escolha administrativa por uma modalidade licitatória na qual, necessariamente, o gestor público deve atuar de forma mais autônoma.

O Diálogo Competitivo brasileiro é recente, o que faz com que os estudos analisem como a implantação desse instrumento se dará no país, já que a cultura administrativa interna pode se tornar um elemento dificultador da utilização efetiva desse procedimento. Mas o Brasil tem o potencial de aprender a utilizá-lo de forma adequada, sendo certo que os riscos que envolvem esse instrumento podem ser mitigados em um ambiente juridicamente seguro, com gestores públicos devidamente treinados e capacitados para utilizá-lo.

Tal como constatado nessa pesquisa realizada entre Inglaterra, Portugal e Brasil, estudiosos perceberam que o Diálogo Competitivo tem sido um valioso instrumento de contratação pública com ampla utilização em alguns países europeus, porém em outros tem desempenhado um papel muito limitado, o que evidenciou que o procedimento não se mostra adequado a todos os países que o implantam, mas sim em apenas alguns onde é notório o potencial para abranger e melhorar ainda mais a sua utilização⁵⁶⁴. Segundo esses mesmos autores, a associação de uma abordagem equilibrada e ponderada na interpretação das regras, com o empenho para lidar com incertezas jurídicas, favorecem o desenvolvimento desse instrumento, bem como pode auxiliar no uso em casos futuros.

A partir dessa ponderação, frisa-se que não se está aqui a afirmar que o Diálogo Competitivo não se adequa ao Brasil, mas sua efetiva utilização dentro do sistema administrativo brasileiro deve ser objeto de mais estudos. Além disso, necessário se faz que

⁵⁶⁴ ARROWSMITH; TREUMER. Competitive dialogue in the EU.

exista um ambiente juridicamente adequado e seguro, bem como gestores públicos devidamente treinados e capacitados para utilizá-lo.

4 ANÁLISES DAS EXPERIÊNCIAS VIVENCIADAS PELA INGLATERRA E POR PORTUGAL QUE PODEM CONTRIBUIR PARA UMA EFETIVA APLICAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO BRASIL

Conforme visto no decorrer deste trabalho, o Diálogo Competitivo é um instituto recente no ordenamento jurídico brasileiro, mas não o é na Inglaterra e em Portugal. Como consequência, a implantação e o uso dessa nova modalidade licitatória brasileira podem ser favorecidos pelas experiências vivenciadas por esses dois outros países, de forma que os aprendizados já obtidos pela Inglaterra e por Portugal possam ajudar o Brasil a utilizar e a regulamentar o Diálogo Competitivo da melhor forma possível.

Este capítulo pretende partir das conclusões resultantes de toda a pesquisa feita, seja ela macrocomparativa ou microcomparativa, para identificar e analisar as experiências vivenciadas pela Inglaterra e por Portugal que possam contribuir para uma efetiva aplicação desse instrumento legal no Brasil. Para tanto, importante ter em vista a Administração Cooperativa, que atua de forma procedimentalizada para obter informação de que necessita do setor privado, amplamente defendida por Eberhard Schmidt-Aßmann, no livro *“La teoría general del Derecho Administrativo como sistema”*, marco teórico deste trabalho.

Segundo esse autor, a legitimidade das decisões não seria completa se fosse adotada uma estrutura de decisão puramente hierarquizada, uma vez que o intercâmbio de informações, entre a sociedade e o Estado, legitima o atuar público. Nessa linha de raciocínio, restou afirmado que

somente através da cooperação com a sociedade pode o Estado obter a informação de que precisa para levar a cabo sua função diretora e de liderança. Para tanto, não basta contatos pontuais entre ambas as esferas. Para além disso, restam necessárias formas de atuação integradas e duradoras, que permitam identificar problemas e idealizar soluções de forma conjunta⁵⁶⁵ (tradução nossa).

Tal como já demonstrado, segundo essa teoria, a informação ganha relevância por ser obtida por meio da ação comunicativa, se fazendo necessárias novas formas de comunicação entre a Administração e setores privados. Tal raciocínio se adequa ao Diálogo Competitivo, que pode ser interpretado como um procedimento ordenado para obtenção de informações, organizado por meio da colaboração com o setor privado e que apresenta, como propósito final, a eficiência da Administração Pública. Ademais, importante verificar o reconhecimento, pelo

⁵⁶⁵ SCHMIDT- AßMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, p. 39.

autor, dos procedimentos como processos e operações ordenados de forma racional, que têm como objetivo a obtenção e o processamento da informação, servindo, portanto, para estruturar o ganho de conhecimentos por parte da Administração.

Referida ordenação proposta por Schmidt-Aßmann se situa em um Sistema do Direito Administrativo, reconhecido como a harmonização e unificação de todo o Direito Administrativo, composto de um complexo emaranhado, em que se nota uma contínua e recíproca interação de seus elementos, que tendem a constituir um conjunto coerente e harmônico, sem contradições⁵⁶⁶. Assim, antes de analisar as experiências vivenciadas pela Inglaterra e por Portugal que podem contribuir para uma efetiva aplicação do Diálogo Competitivo no Brasil, importante estudar a inserção desse instrumento no Sistema do Direito Administrativo Brasileiro, tendo em vista a Administração Cooperativa e a sistematização descritas por Schmidt-Aßmann.

Conforme visto a partir da pesquisa macrocompartiva, no Brasil iniciou-se uma tendência de interação entre a Administração Pública e os agentes privados, o que ainda não se encontra consolidado. Neste país, a cultura se mostra muito formalista e burocrática, em que pese alguns avanços pontuais. Prova disso é a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que por um lado trouxe flexibilidade, a exemplo do Diálogo Competitivo, e por outro evidenciou a forte burocracia ainda existente no poder público.

A tradição brasileira evidencia que os atos administrativos devem estar de acordo com o que a lei minuciosamente regulamenta, o que faz com que sejam reais os receios quanto à discricionariedade, à flexibilidade e à autonomia do gestor público, principalmente no que se refere a licitações e contratos. Aliado a isso, neste país ainda se mostram presentes mecanismos rigorosos e autoritários de controle, que inibem o gestor público em suas atividades cotidianas. Nessa linha, são comuns situações em que o administrador público deixa de atuar de alguma forma inovadora e mais congruente com o interesse público, optando por atuar de forma mais tradicional e antiquada, por medo de represália.

Observa-se, portanto, que o Sistema do Direito Administrativo brasileiro, em que pese ter recepcionado o Diálogo Competitivo, ainda se mostra formalista, burocrático e enrijecido, dificultando atuações mais flexíveis do administrador público. No entanto, como bem pontuou Schmidt-Aßmann ao afirmar que o Sistema do Direito Administrativo é composto por um complexo emaranhado de elementos que se encontram em uma contínua e recíproca interação, o que tende a formar um conjunto coerente, harmônico e unificado, sem contradições⁵⁶⁷, é

⁵⁶⁶ SCHMIDT-AßMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*.

⁵⁶⁷ SCHMIDT-AßMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*.

possível concluir que um novo e revolucionário item dentro de um sistema tende a influenciar todo o conjunto, fazendo com que o referido complexo emaranhado de elementos evolua ao longo do tempo.

O que se pretende afirmar é que a inserção de novos institutos mais flexíveis dentro do Sistema do Direito Administrativo brasileiro tende a fazer com que ele evolua, tornando-se também cada vez mais flexível. Não se está aqui a afirmar que, atualmente, o Direito Administrativo brasileiro não se mostra coerente com o Diálogo Competitivo, pelo contrário. Esse é um instrumento cuja juridicidade se adequa perfeitamente às regras e princípios administrativos locais. O problema se encontra, principalmente, na cultura, na tradição e em algumas regras existentes, extremamente enrijecidas.

No entanto, os novos institutos que, aos poucos concretizam cada vez mais a Administração Cooperativa brasileira, tendem a tornar o ambiente mais coerente com as práticas mais flexíveis e de cooperação entre atores públicos e privados. Ou seja, a Administração Pública tende a oferecer mais segurança jurídica aos gestores públicos, bem como aos cidadãos que porventura venham a interagir com ela. Dessa forma, a partir desse caminho que o Brasil vem construindo de inclusão de novos elementos em seu Sistema Administrativo, conclui-se que a modernidade já está a caminho e que a evolução é certa, porém, lenta.

Aqui, faz-se importante uma observação: de pouco adianta a simples inserção de um procedimento moderno em um ordenamento jurídico burocratizado, sem contínuos esforços para modernizar todo o sistema. Exemplo disso é Portugal, que prevê o Diálogo Competitivo desde 2008, porém em um ambiente administrativo extremamente formalista e regulamentado, sem pretensões concretas de tornar o Sistema Administrativo ou o procedimento em questão mais flexíveis. Também é importante ressaltar que a cultura jurídica de um país não precisa ser tão aberta à interação da Administração Pública com o setor privado, tal qual a inglesa, para um instrumento como o Diálogo Competitivo ser efetivo, possibilitando a concretização de contratações públicas que melhor atendam ao interesse público.

Feito um exame do Sistema do Direito Administrativo brasileiro e do Diálogo Competitivo, recém-incorporado no ordenamento jurídico local, sob o crivo do marco teórico, torna-se possível responder à pergunta cerne deste trabalho. Passa-se, portanto, a algumas ponderações do que foi verificado na Inglaterra e em Portugal, por meio da pesquisa microcomparativa realizada neste trabalho, que podem ajudar o Brasil a melhor lidar com a modalidade licitatória em questão.

A primeira questão a ser abordada se refere à regulamentação do Diálogo Competitivo, que se mostra mais flexível na Inglaterra e mais enrijecida em Portugal. O primeiro país, seguindo as diretrizes europeias, optou por conferir mais autonomia ao gestor público, o que contribui para que lá seja um caso de sucesso de uso desse procedimento. Por outro lado, Portugal optou por realizar significativas mudanças na transposição desse instrumento para a lei local, o que foi elogiado por alguns estudiosos por adequar o Diálogo Competitivo à prática nacional. No entanto, essa regulamentação excessiva se mostra como uma das causas do baixo uso do procedimento em Portugal, o que leva ao entendimento de que inovações que descaracterizem o instrumento prejudicam a sua aplicação. O que se extrai desse contexto é que o Brasil deve se manter o mais próximo possível da regulamentação europeia, modelo esse que já se mostrou ser passível de sucesso.

A Inglaterra evidenciou outras diversas ponderações que podem favorecer o uso brasileiro do instrumento. Como aprendizado, também se ressalta que esse instrumento deve ser usado como uma hipótese de exceção, não como regra, sendo interessante a estratégia usada para evitar o uso indevido: recomenda-se que as autoridades fundamentem claramente os motivos de utilização desse procedimento, o que acaba por fazer com que o gestor público analise de forma minuciosa os fundamentos dessa escolha, evitando uma aplicação inadequada.

Os estudos ingleses também sinalizam que a utilização desse instrumento depende de pessoal qualificado e experiente, em número suficiente para atuação na integralidade do processo. Nota-se que o Brasil, ciente da complexidade do Diálogo Competitivo, bem como da provável insuficiência da própria Administração Pública em conduzir de forma adequada esse procedimento, determinou que a sua condução deve ser realizada por uma comissão de três membros do setor público, com a possibilidade de contratação de profissionais para assessorar de forma técnica a referida comissão. Essa previsão da Lei nº 14.133/2021 se mostra adequada às necessidades e peculiaridades do próprio instrumento, em que pese não estar prevista no direito europeu.

Quanto à capacitação dos operadores do Diálogo Competitivo, a Inglaterra proporciona outra importante lição ao Brasil. Lá se verificam intensos esforços governamentais para realizar estudos de revisão do instrumento, o que proporciona uma melhor capacitação dos usuários, bem como favorece o aumento da confiança do mercado para participar do procedimento dialógico. Até o momento, no Brasil não foi divulgado nenhum guia ou qualquer outro estudo por parte da União, após a publicação da lei que instituiu essa modalidade licitatória, ficando, portanto, a recomendação de que isso seja feito no futuro.

Da experiência da Inglaterra também se extrai a importância que lá é dada à organização do procedimento em fases, com revisão de cada etapa antes de se avançar para a próxima, o que garante que o gestor público avalie se alcançou todos os objetivos que se almejava na etapa em que ainda se encontra. Quanto a esse assunto, na Inglaterra se mostra bem definida a fase de planejamento, à qual lá é dada grande importância por possibilitar clarificar os objetivos do projeto, identificar possíveis situações de risco, bem como envolver com o mercado, para promover o seu engajamento e para confirmar se ele pode oferecer o que se deseja. Em que pese a lei brasileira não determinar essa fase para o Diálogo Competitivo, é recomendável que o gestor público bem planeje previamente todo o procedimento.

Em Portugal também não existe previsão da fase preparatória; no entanto, há a recomendação de que a autoridade pública deve documentar e fundamentar todo o procedimento, desde o momento em que se começa a planejá-lo. Tal recomendação deve ser seguida pelo Brasil, em sinergia com o princípio constitucional de motivação dos atos administrativos.

Na fase brasileira de seleção dos licitantes, não é possível delimitar o número de candidatos que integrarão o concurso, situação diferente da Inglaterra e de Portugal. No primeiro país há a previsão expressa de que, no mínimo, três candidatos devem ser escolhidos nessa etapa. No segundo, se for utilizado o método complexo de seleção, será possível delimitar o número de participantes, caso seja escolhido o método simples, todos os candidatos que preencherem os requisitos mínimos poderão participar do procedimento. Em que pese a escolha brasileira assegure a igualdade de tratamento, a possibilidade de limitação do número de licitantes que irão avançar para a fase de diálogo é interessante, pois torna o procedimento mais célere e barato. Além disso, os participantes tendem a avaliar suas chances de serem vencedores do certame antes de formalizarem sua participação, sendo certo que, quanto mais licitantes participarem do concurso, menos chance cada um terá de se tornar o vencedor.

Após a etapa de seleção, no momento em que os candidatos apresentam as suas propostas, em Portugal foi verificada a abertura para excluir do certame soluções que não atendam a critérios formais, o que não se encontra da Diretiva nº 2014/24/UE. Tal prática se mostra desnecessária caso seja possível excluir participantes durante as fases de diálogo, o que no Brasil não se mostra uma possibilidade real, pois os candidatos excluídos podem voltar na fase competitiva. Ademais, essa previsão se trata de uma inovação frente à origem europeia do procedimento.

A eliminação de participantes nas sucessivas fases do diálogo, citada acima, é um ponto delicado no Brasil, sendo válido o aprendizado com o direito estrangeiro. Em Portugal, essa

hipótese não foi recepcionada pelo direito pátrio. Já na Inglaterra, a possibilidade de exclusão é aceita desde que a competição não seja prejudicada, sendo vista como algo positivo, por possibilitar que o procedimento seja menos demorado e oneroso. No Brasil, apesar da previsão legal da possibilidade de exclusão na fase de diálogo, essa exclusão não é efetiva, pois os candidatos excluídos poderão retornar ao certame na fase seguinte. Isso pode fazer com que alguns participantes não se empenhem efetivamente durante os diálogos com a Administração Pública por saberem que poderão apresentar suas propostas ao final do procedimento, assim como pode fazer com que atores privados compromissados deixem de participar do certame por saberem que alguns licitantes participarão de forma mal-intencionada.

Certo é que a fase de diálogo da modalidade licitatória brasileira em questão deve ser empregada para que os contornos do objeto a ser contratado sejam definidos ao longo das negociações. Mas na Inglaterra, referida fase vai além, possibilitando ao gestor público testar a entrega de soluções, garantir a alocação adequada de riscos, testar o relacionamento entre as partes e definir como qualquer mudança deve ser gerenciada no futuro. Essa maior abertura possibilita que a Inglaterra obtenha mais vantagens com o uso do instrumento, mostrando ser algo relevante para o sucesso da licitação.

Quanto à possibilidade de testar a solução antes da entrega, não há previsão em Portugal. Lá foi verificada a crítica de que essa impossibilidade prejudica a inovação, pois a Administração Pública muitas vezes opta por não contratar uma solução inovadora, por não ter tido condições de testá-la previamente, o que faria com que o poder público assumisse o risco da solução eventualmente não funcionar. Ressalta-se que essa impossibilidade encontrada em Portugal, que vem limitando o potencial de inovação do Diálogo Competitivo, também foi observada no Brasil.

Ainda no que se refere à fase de diálogo, os estudos ingleses ensinam que essa fase deve ser bem organizada e acompanhada de forma a evitar algumas práticas consideradas ruins, para as quais os estudiosos e gestores públicos brasileiros devem dedicar especial atenção. Dessas práticas, merecem destaque alguns pontos: solicitação excessivas de ajustes aos licitantes, equipes mal preparadas, emissão incompleta de documentos aos licitantes, atrasos de horários, número excessivo de reuniões e pedido de informações irrelevantes.

Outro ponto no direito brasileiro que deve ser analisado com as experiências internacionais se refere à escolha da melhor proposta. Na Inglaterra, os candidatos remanescentes da fase de diálogo devem apresentar propostas elaboradas com base na sua solução, construída ao longo dos diálogos com a Administração Pública. Em Portugal, diferentemente, todos os participantes que entraram em diálogo com o poder público irão

preparar a sua proposta de acordo com o que se encontra previsto no caderno de encargos, elaborado com base na melhor solução identificada na fase dialógica, o que acaba comprometendo o sigilo dos itens estratégicos da solução, tornando esse instrumento pouco atrativo para o mercado. De forma semelhante, no Brasil, a melhor proposta, ou as melhores propostas, deverão compor o projeto básico ou termo de referência, disponível a todos os candidatos selecionados na primeira fase do certame.

Verifica-se que a Diretiva nº 2014/24/UE estabelece que as propostas finais devem ser apresentadas pelos participantes “com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo”⁵⁶⁸, congruente com o modelo inglês. Esse é um ponto interessante de se repensar no direito brasileiro, já que, à semelhança do modelo português, aqui se optou por uma importação em inconformidade com a versão original do instrumento.

A vantagem da formatação brasileira é que todas as propostas serão comparáveis, visto que serão elaboradas de acordo com as mesmas diretrizes postas no edital de convocação para a fase competitiva. Mas diversas são as desvantagens identificadas, sendo elas: a competição fica desequilibrada, já que o candidato que elaborou a solução tem maiores condições de apresentar a melhor proposta; há perda de grande parte do trabalho elaborado durante a fase de diálogo, pois diversas soluções elaboradas não poderão ser convertidas em propostas a serem apresentadas ao poder público; a concorrência na fase final do procedimento pode ser reduzida por desistência de candidatos que não tiveram suas soluções escolhidas; a solução escolhida pode não ser compatível com a área de atuação de alguns candidatos, o que faz com que eles não tenham competência para elaborar uma proposta; e a garantia da confidencialidade da proposta vencedora pode ficar comprometida, pois elementos estratégico podem ter que compor o termo de referência ou o projeto básico. Foi observado que o risco de serem divulgados elementos que deveriam ser mantidos em sigilo faz com que esse procedimento seja pouco atrativo para o mercado português.

Quanto à confidencialidade, ressalta-se que o modelo brasileiro do Diálogo Competitivo determina que as reuniões com os candidatos devem ser registradas em ata, com gravação em áudio e vídeo, o que não encontra correspondência no direito europeu. Como já dito acima, o Brasil ainda encontra dificuldade em lidar com instrumentos que conferem grande margem de autonomia ao gestor público, motivo pelo qual a lei que institucionalizou essa modalidade licitatória é muito formalista, apesar de recente. Dessa forma, registros como o que foi posto ainda se mostram necessários para a realidade brasileira atual, o que não impede que esse

⁵⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva nº 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014**, artigo 30º, número 6.

dispositivo seja revisto no futuro, caso a Administração Pública e a sociedade já tenham condições de abrir mão de tamanho controle dos atos administrativos.

Após a escolha do licitante vencedor, o procedimento inglês permite a negociação com o vencedor para confirmar compromissos financeiros ou outros termos da contratação, bem como permite a autoridade pública reembolsar os participantes das despesas que tiveram durante o certame, por meio de pagamento a eles. Tais possibilidades não foram conferidas pelo legislador brasileiro, em conformidade com o modelo português.

Certo é que a Diretiva nº 2014/24/UE confere essas possibilidades, que são defendidas pela doutrina brasileira, mas a possibilidade de uma implementação futura no Brasil pode ser questionável. Essa implementação no direito brasileiro seria interessante para manter a correspondência com o direito de origem, no entanto as duas práticas foram alvo de ponderações no estudo internacional do Diálogo Competitivo.

Quanto à possibilidade de negociação com o vencedor da licitação, estudo português mostrou que a limitação imposta pela lei desse país é interessante, pois força a autoridade pública a realizar todas as negociações enquanto ainda existe a tensão competitiva entre os candidatos, e não quando o vencedor já se encontra em uma situação confortável perante a Administração Pública. Já quanto à possibilidade de premiação aos participantes, a Inglaterra, forte usuária do Diálogo Competitivo, fez pouco uso dessa prática, que se tornou desaconselhável por lá.

Para além do que foi acima exposto, a prática inglesa também define algumas armadilhas que devem ser evitadas, que se referem ao engajamento inicial insuficiente com o mercado, competição limitada pela falta ou por pouca tensão competitiva, falha na identificação e na alocação de riscos, falha por não buscar ajuda especializada caso precise, controle de custos deficiente, falta de acesso a dados importante para que os licitantes formulem suas propostas, mudanças no quadro de pessoal que acompanha o processo e comprometimento da integridade do processo. Os estudiosos e o poder público brasileiros devem levar em consideração essas constatações realizadas pela Inglaterra, após longos anos de uso do procedimento.

Como é possível perceber, são diversas as experiências estrangeiras que podem ajudar o Brasil a bem usar e a melhor regulamentar o Diálogo Competitivo. Dentre os principais aprendizados pode-se destacar a importância do bom planejamento e da boa condução do procedimento, de forma a manter a adequação do procedimento aos fins propostos, bem como torná-lo menos demorado, complexo e oneroso. Também é devido destacar os esforços do governo inglês para a capacitação dos agentes envolvidos, o que deveria ser espelhado no Brasil.

Outra constatação que merece destaque se refere ao fato de que a regulamentação excessiva, para além do que consta na origem do procedimento, pode descaracterizar o procedimento, o que faz com que ele perca sua essência. Percebe-se que a Lei nº 14.133/2021 apresenta algumas alterações em relação à Diretiva nº 2014/24/UE, mas que aqui o instrumento não foi transposto com tantas alterações tal qual em Portugal. Apenas o uso dessa modalidade licitatória, e os diversos estudos que ainda virão, poderão constatar se tais alterações devem ser mantidas. Mas é certo afirmar que nada impede que a regulamentação do Diálogo Competitivo, juntamente com a de outros dispositivos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sejam revistas futuramente, de acordo com os passos que a Administração Pública der rumo a uma adequação maior aos procedimentos de interação entre os setores público e privado, e de acordo com os indicativos de ser capaz de lidar melhor com a flexibilidade nas contratações públicas.

Nesse contexto, a experiência inglesa mostrou a importância de um ambiente juridicamente seguro para o sucesso do Diálogo Competitivo. Tamanha segurança jurídica o Brasil ainda não apresenta, mas, como já dito, é algo que pode ser alcançado ao longo da implementação de novos e modernos instrumentos dentro do Sistema do Direito Administrativo, o que faz com que todo o contexto se modernize ao longo do tempo.

Percebe-se, portanto, que o Diálogo Competitivo brasileiro se encontra em sintonia com a Administração Cooperativa, descrita por Schmidt-Aßmann. Conforme já referenciado, a Administração Cooperativa e o Diálogo Competitivo fazem parte de um sistema, cujos elementos encontram-se em constante interação, o que faz com que os aprendizados advindos de outros sistemas possam favorecer para torná-lo cada vez mais coerente, harmônico e moderno. É o que se pretendeu favorecer por meio do estudo aqui descrito.

CONCLUSÃO

Conforme verificado ao longo desse estudo, a Administração Pública e o Direito Administrativo brasileiros começaram a manifestar uma tendência evolutiva, como forma de se adequar às demandas da moderna sociedade do século XXI. No entanto, ainda existem traços marcantes de uma cultura de atuação administrativa unilateral, o que mostra que tanto a Administração Pública, quanto o Direito Administrativo ainda se mostram burocráticos, formalistas e conservadores neste país.

Percebe-se, portanto, a existência de um conflito entre as formas e os procedimentos rígidos e a tentativa de flexibilizá-los, a fim de que a prestação da diversidade de serviços públicos a que a Administração é demandada não seja prejudicada. Desta forma, a partir da evolução citada, o atuar administrativo começa a se mostrar mais preocupado com os resultados, do que com a formalidade dos meios.

Nessa linha, a Administração Pública começa a adquirir novas características, e aqui é devido conferir destaque à sua feição Dialógica, também chamada de Concertada ou de Cooperativa. Trata-se de um novo modo de atuar, em que a comunicação entre a Administração e setores privados se torna valorizada, favorecendo a obtenção de informações e as tomadas de decisões. Tal mudança de comportamento representa a tentativa do Estado de resolver o seguinte paradoxo: a informação é vital para o setor público, mas quem a tem de forma qualificada é o setor privado.

De forma congruente com esse cenário, encontra-se a Administração Cooperativa, descrita por Eberhard Schmidt-Aßmann como aquela que confere relevância à cooperação e à integração entre o público e o privado. Assim, o diálogo do Poder Público com a sociedade civil começa a conferir mais legitimidade às decisões administrativas, contexto que mostra sinergia com o Diálogo Competitivo.

Referido procedimento, recentemente implantado no Brasil pela Lei nº 14.133/2021, representa uma novidade legislativa no contexto de uma Administração Pública com traços formalistas e burocráticos. Tal como qualquer procedimento novo em um ordenamento jurídico, ele deve ser bem estudado antes de ser utilizado, para garantir que a execução seja adequada, conferindo a devida segurança aos usuários.

Para tanto, esse trabalho teve a pretensão de estudar as experiências vivenciadas pela Inglaterra e por Portugal, relativas ao uso do Diálogo Competitivo, que poderiam contribuir para uma efetiva aplicação desse instrumento legal no Brasil. A identificação dessas experiências foi possível por meio das pesquisas macrocomparativa e microcomparativa. A

primeira focou em estudar o ambiente jurídico e administrativo dos três países alvos da pesquisa, já a segunda teve como foco o próprio Diálogo Competitivo, sua inserção, uso e análises advindas da Inglaterra, de Portugal e do Brasil.

Quanto à macrocomparação, restou demonstrado que o Brasil, comparado com a Inglaterra, se mostra ainda um país com pouca abertura à interação com o setor privado, que confere pouca margem de atuação discricionária aos seus gestores e que tem um sistema de controle muito arraigado. Na pesquisa comparativa, foi possível perceber que o perfil do Brasil, no que tange à cooperação do Estado com os atores privados, se assemelha a Portugal.

Em que pese essa discrepância para com a Inglaterra, país cuja Administração Pública tradicionalmente interage bem com o setor privado, o Brasil tem apresentado uma tendência de se aproximar da sociedade, inclusive nos assuntos relacionados às contratações públicas. Esse movimento é aderente à concepção de Administração Cooperativa, marco teórico deste trabalho.

Nesse sentido, o Diálogo Competitivo brasileiro surge como uma novidade capaz de aproximar o Brasil, cada vez mais, da Administração Cooperativa, pois se trata de um procedimento que valoriza a cooperação entre os agentes públicos e o mercado, como forma de favorecer a obtenção de conhecimento por parte da Administração Pública, o que torna suas decisões mais legítimas. Por ser uma novidade legislativa, o estudo comparado desse instituto se faz necessário para que o Brasil aprenda com a experiência de outros países.

Nessa linha, restou constatado, como já esperado, tendo em vista os achados da pesquisa macrocomparativa, que a Inglaterra é o país que mais tem experiência de uso desse procedimento. Esse é um dos países da Europa que usa o Diálogo Competitivo mais fortemente, ficando evidente que tal país pretende revisá-lo e transformá-lo em outro procedimento mais flexível e com menos regras a serem seguidas pelos gestores públicos.

Referido país é o que possui a regulamentação do procedimento menos formalista e mais simétrica com a Diretiva nº 2014/24/UE. Também foi o país em que mais se identificou experiências positivas de uso do Diálogo Competitivo, o que torna possível extrair de lá diversos aprendizados para inspirarem a aplicação e uso no Brasil.

Destaca-se a relevância da organização do procedimento em fases, com planejamento prévio de cada etapa e a necessária revisão de tudo que foi feito antes de se avançar para a fase seguinte. Fica o aprendizado de que a fase preparatória deve ser um momento para programar tudo que será feito, para interagir com o mercado e para estruturar todos os objetivos que se almeja alcançar durante o processo, sendo certo que a condução adequada do procedimento possibilita que ele se torne menos oneroso, demorado e complexo.

Outro destaque que deve se fazer das lições aprendidas a partir da experiência inglesa se refere aos estudos aprofundados do Diálogo Competitivo, inclusive pelo governo. Nesse sentido, a elaboração de estudos pelo governo federal do Brasil auxiliaria na efetiva utilização dessa nova modalidade licitatória, principalmente nesse início, em que o país ainda não tem experiência em utilizá-la.

De Portugal também se extraíram aprendizados, que, diferentemente da Inglaterra, não se referem à melhor forma de se aplicar esse procedimento. Isso se deve ao fato de Portugal aplicá-lo pouco em seus procedimentos licitatórios, não tendo, portanto, muita experiência de uso. Lá se percebeu que as diversas mudanças na regulamentação desse instituto tornaram-no mais enrijecido, o que resultou na pouca atratividade que tem no país, que tradicionalmente já não lida bem com a cooperação entre público e privado.

Nota-se que a implantação de regras estranhas à origem do instrumento pode descaracterizá-lo, chegando a fazer com que perca sua essência. Nesse ponto é importante destacar que o Brasil importou o Diálogo Competitivo com algumas alterações em relação à sua origem europeia, não tantas alterações como visto em Portugal. Algumas se tornam compreensíveis, tal como a definição de que o Diálogo Competitivo deve ser conduzido por uma comissão formada por três membros da Administração Pública, com possibilidade de contratação de assessoria técnica, bem como a impossibilidade de premiação no final do concurso, como forma de ressarcir aos participantes os custos do procedimento. Outras alterações devem ser revistas, como a impossibilidade de limitação do número de candidatos que poderão participar do diálogo e a regra de que as propostas dos licitantes serão feitas com base no termo de referência ou do projeto básico, elaborado com base na melhor ou nas melhores soluções identificadas no diálogo. Tendo em vista a possibilidade da regulamentação do Diálogo Competitivo ser revista no futuro, essas ponderações se fazem importantes.

As experiências de sucesso da Inglaterra e de insucesso de Portugal possibilitam ao Brasil a verificação das práticas que contribuem para que esse instrumento seja bem aplicado, bem como as práticas que devem ser evitadas. No entanto, importante ressaltar que aqui não se pretendeu esgotar o assunto, sendo de grande importância a continuidade dos estudos tanto pela doutrina brasileira, quanto pelo governo, que deveria se mobilizar para oferecer aos gestores públicos a capacitação apropriada para que eles possam fazer uso dessa modalidade licitatória, a exemplo da Inglaterra.

Verificou-se que Inglaterra, Portugal e Brasil possuem regulamentação e prática dissonantes em relação ao Diálogo Competitivo, mas é de se notar que todos esses países estão atuando em sintonia com a Administração Cooperativa, por promoverem a interação do setor

público com os particulares objetivando alcançar um intercâmbio de informações, cada um a sua maneira e com intensidades diversas. Entende-se que a provável causa dessa diferença se encontra na tradição cultural e histórica da Administração Pública e do Direito Administrativo nesses sistemas, que possuem diferenças históricas quanto à abertura à discricionariedade administrativa.

Concluiu-se que o Brasil, apesar de ainda não possibilitar aos gestores públicos e aos agentes privados um ambiente com absoluta segurança jurídica para usar essa modalidade licitatória, vem percorrendo um processo evolutivo em que a introdução no ordenamento jurídico de elementos novos, como o Diálogo Competitivo, tendem a deixar o Sistema do Direito Administrativo mais moderno e adequado a procedimentos inovadores. É importante visualizar esse cenário focado no futuro.

Sem dúvida, é necessário mudar as bases sobre as quais a atual Administração Pública brasileira se mantém, conferindo maior importância à flexibilidade, ao consenso e à cooperação com os setores privados. Nesse sentido, a Administração Cooperativa deve cada vez mais se fazer presente para enriquecer as decisões públicas. Em que pese alguns velhos conceitos ainda estarem arraigados na cultura administrativa, a modernidade está a caminho e será, de certo, recebida de braços abertos.

REFERÊNCIAS

- ACHILLES. **Reform of Public Procurement Law after Brexit**. Disponível em: <https://www.achilles.com/event/reform-of-the-public-procurement-law-after-brexit/>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP. *In*: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coord.). **Comentários à revisão do Código de Contratos**. 3. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019. p. 23-38.
- AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1992. v. I.
- AMONYA, Fred. Parsing Competitive Dialogue in Public-Private Partnerships: Emergence of Capability Search. **Transportation Research Procedia**, p. 5291-5306, 2017.
- ANDRADE, Ricardo Barretto; ROST, Maria Augusta. **Uma travessia pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222984/uma%20travessia%20pela%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es%20-%20conjur.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1º maio 2022.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, 2021.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. Competitive dialogue in EU law: a critical review. *In*: _____. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ARROWSMITH, Sue; CRAVEN, Richard. Competitive dialogue in the United Kingdom. *In*: _____. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ARROWSMITH, Sue. **Transforming Public Procurement Law after Brexit**: Early Reflections on the Government's Green Paper. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3749359>. Acesso em: 1º ago. 2021.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. The Benign Big Gun. *In*: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford, USA: Oxford University Press, 1992.

AZEVEDO NETO, Floriano Marques de. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 268, p. 55-81, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional de eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015.

BARNETT, Hilaire. **Constitutional and Administrative Law**. [S. l.]: Routledge, 2017.

BARROSO, Luis Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BELL, John S. Comparative Administrative Law. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 2118-2163.

BEUTER, Rita. European Public Procurement Reform: Main Innovations in the Public Sector Directive – A Preliminary Assessment. **EIPASCOPE 2005/3**. Disponível em: www.eipa.eu. Acesso em: 19 jul. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. A crise do paradigma do Direito Administrativo. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa administração pública. **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 8, n. 1, p. 289-302, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da lei federal de processo administrativo. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico, MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Portaria n.º 4.865, de 28 de abril de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-4.865-de-28-de-abril-de-2021-316727542>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Portaria n.º 4.951, de 29 de abril de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-4.951-de-29-de-abril-de-2021-317003862>. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 4253, de 2020**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1652303961264&disposition=inline>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRITO, Wladimir Augusto Correia. O contencioso administrativo: generalidades. **Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 13, n. 2, p. 16-36, 2012.

BURNETT, Michael. Using competitive dialogue in EU public procurement – early trends and future developments. **EIPASCOPE 2009/2**. Disponível em: www.eipa.eu. Acesso em: 19 mar. 2021.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1973. t. I.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ciência & Trópico**, v. 34, n. 2, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. *In*: ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 705-721.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3.

CONSULTOR JURÍDICO. **Nova Lei de Licitações visa modernização e competitividade com setor privado**. Disponibilizado em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/lei-licitacoes-visa-modernizacao-competitividade-ministro>. Acesso em: 1º maio 2022.

COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança**: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. 601 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, p. 69-90, 1988.

CMS Law Tax. **Guide to the EU public procurement rules in the UK**. 2015. Disponibilizado em: <https://cms.law/en/media/local/cms-cmno/files/publications/guides/guide-to-the-eu-public-procurement-rules-uk>. Acesso em: 19 jun. 2022.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. Lisboa: Meridiano, 1978.

DAVIES, A. C. L. **Accountability**: a public law analysis of government by contract. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DAVIES, A. C. L. Public-Private Partnerships in English Law. *In*: FIORITTO, Alfredo (coord.). **Nuove Forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato**. Giappichelli, 2017. p. 389-412.

DESIGNING BUILDINGS. The Construction Wiki. **Competitive dialogue procedure for construction contracts**. Disponível em: https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Competitive_dialogue_procedure_for_construction_contracts. Acesso em: 19 jun. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**, n. 5, p. 202-222, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v. 5, p. 1-25, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Comparado 01: metodologia do direito comparado**. Disponível em: <https://youtu.be/fZBYzwMXbnU>. Acesso em: 1º jun. 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; BARBOSA, Maria Elisa Braz. **Parcerias Público-Privadas na saúde: análise comparativa da experiência do Brasil e do Reino Unido**. Belo Horizonte: Expert Editora, 2021.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. O controle externo dos contratos da administração pública pelo Tribunal de Contas: ensaio sobre o momento da fiscalização financeira adotado no Brasil e em Portugal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS**, v. 9, n. 1, p. 263-309, 2014.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 61, n. 3, p. 189-212, 2016.

DOMINGOS, Ana Eunice Reis. **Contratação pública de soluções inovadoras**. Lisboa: Lisbon International Press, 2020.

EPEC. **Procurement of PPP and the Use of Competitive Dialogue in Europe: A Review of Public Sector Practices Across the EU**. 2010. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf. Acesso em: 24 jun 2022.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contribuindo para o estudo da actividade de direito da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999. Coleção Teses.

EUROPEAN UNION. **Public procurement – Study on administrative capacity in the EU**. 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/uk.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

FARINHO, Domingos Soares. **Contratação pública e inovação: uma reflexão lusófona a partir do caso português**. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE COMPRAS PÚBLICAS, 2., Braga. **Atas [...]**. Universidade do Minho, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35700439/Contrata%C3%A7%C3%A3o_p%C3%BAblica_e_inova%C3%A7%C3%A3o_uma_reflex%C3%A3o_lus%C3%B3fona_a_partir_do_caso_portugu%C3%AAs. Acesso em: 29 jun. 2022.

FERRAZ, Sérgio. O controle da administração pública na Constituição de 1988. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 35, 1995.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FERLIE, Ewan. Public Management in the United Kingdom: Efficiency and Accountability. **Politiques et Management Public**, v. 19, n. 3, p. 121-138, 2001.

FERNANDES, Diego Gonçalves; FULLER; Ariane. **Estamos preparados para o diálogo competitivo?** Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso-arbitragem-e-solucao-de-disputas-ij/estamos-preparados-para-o-dialogo-competitivo>. Acesso em: 4 set. 2021.

FERNANDES, Karen Ilanit Vernier Nunes. **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**. É de se atentar que, apesar do modelo francês o. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2015.

FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do direito Romano no Ocidente Europeu Medieval: Portugal, um caso de afirmação régia. **História: Questões & Debates**, v. 41, n. 2, 2004.

FERNANDES, Filipe de Vasconcelos. O âmbito subjetivo do regime de fiscalização prévia do Tribunal de Contas – Enquadramento e pressupostos interpretativo-aplicativos. **Revista Eletrónica do Tribunal de Contas**, n. 2, 2021, p. 75-98.

FORTINI, Cristiana. As alterações contratuais: o desafio do intérprete. *In*: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Licitações e contratos: aspectos relevantes**. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FORTINI, Cristiana. Considerações sobre o PL 4253/20 e a futura lei de licitações. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-14/interesse-publico-consideracoes-pl-425320-futura-lei-licitacoes#_ftn2. Acesso em: 19 mar. 2021.

FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 19 mar 2021.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). **Nova Lei de Licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FORTINI, Cristiana. **O avanço do diálogo competitivo no substitutivo apresentado ao PL 6.814/17**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/interesse-publico-oavanco-dialogo-competitivo-substitutivo-pl681417>. Acesso em: 29 jun. 2022.

GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça administrativa no Brasil do segundo reinado (1842-1889). **Revista de História**, n. 147, p. 159-188, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

KIRKBY MARK, Bernardo. O diálogo concorrencial. **Estudos de Contratação Pública-I**, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and Administration**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

HAUGBOLLE, Kim; PIHL, Daniel; GOTTLIEB, Stefan Christoffer. Competitive dialogue: driving innovation through procurement? **Procedia Economics and Finance**, v. 21, p. 555-562, 2015.

HOEZEN, Mieke; HILLIG, Jan-Bertram. **The Competitive Dialogue procedure: advantages, disadvantages, and its implementation into English and Dutch law**. 2008. Disponível em: <https://centaur.reading.ac.uk/12102/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

IDD PORTUGAL DEFENSE. **Contratos Públicos para a Inovação - Setor da Defesa: algumas orientações**. Disponível em: https://www.iddportugal.pt/wp-content/uploads/2021/06/Guia_Contratacao-Publica-Inovacao_Defesa.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Débora Leal de; OLIVEIRA, Willian Batista; NOGUEIRA, Sónia P. Princípios do Código de Procedimento Administrativo e seus contributos para a *accountability*: o caso português. **Contabilidade Gestão e Governança**, v. 24, n. 3, p. 438-455, 2021.

LIMA, Edcarlos Alves. **O diálogo competitivo e os desafios práticos de sua operacionalização**: uma modalidade licitatória inovadora, mas que exige cuidados à sua correta utilização pelo gestor. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/dialogo-competitivo-desafios-operacionalizacao-11052021>. Acesso em: 29 jun. 2022.

LIMA, Mariana Sciesleski de. Fundamentos para uma Administração Pública Dialógica. Rio Grande do Sul: **Perspectiva**, v. 34, n. 126, p. 73-84, jun. 2010.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

MACEDO, Marcelo Hernandez; ALVES, Andrea Moraes. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido. **Revista do Serviço Público**, v. 48, n. 3, p. 62-83, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito**

Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, ago./set./out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=597>. Acesso em: 6 mar. 2021.

MARRARA, Thiago. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória e seus impactos. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria>. Acesso em: 2 jul. 2022.

MARS, Sylvia de; CRAVEN, Richard. An analysis of use of competitive dialogue in the EU. *In*: ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

MAURÍCIO, Filomena Isabel Silvano. **Simplificação e e-administração no âmbito do Novo Código do Procedimento Administrativo**. 91 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Delcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Bruno Melanda. **Estudo comparado dos regimes português e brasileiro de formação dos contratos públicos**. Tese (Doutorado) – Universidade de Coimbra, 2017.

MENEZES, Fernando. Contratos administrativos nos dias atuais. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Formas de participação privada na modelagem dos projetos de infraestrutura: diálogo competitivo, procedimento de manifestação de interesse (PMI) e manifestação de interesse privado (MIP). **R. Bras. de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 31-50, jul./dez. 2018.

NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto brasileiro. *In*: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Editora Íthala, 2019.

NEHL, Hanns Peter. Administrative Law. *In*: SMITS, Jan M. (ed.). **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**. Massachusetts: Elgar, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, 2009.

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

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Artigo 32. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Artigo 180. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. 6. ed. Brasília: Editora MH Comunicação, 1995.

OTERO, Paulo. **Conceito e fundamento da hierarquia administrativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Atividade normativa da Administração Pública. **Estudo do processo administrativo normativo**, 2014.

PASS PROCUREMENT. **Case study of the Competitive Dialogue Procedure. BBC's Digital Switchover Help Scheme**. Disponível em: <https://www.passprocurement.co.uk/wp-content/uploads/2017/06/PASSTraining.CompetitiveDialogue.LegalCase.BBCDigitalSwitchover.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-14, jun. 2007.

PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratação de soluções inovadoras para o atendimento de demandas administrativas: um caminho à luz do ordenamento jurídico vigente. *In*: PÉRCIO, Gabriela Verona; FORTINI, Cristiana. **Inteligência e inovação em contratação pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo: o que é e como essa nova modalidade licitatória pode impactar a atuação dos Tribunais de Contas nas análises prévias dos editais de concessões comuns e PPP. **Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas**, v. 1, n. 7, p. 88-99, 2021.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, p. 7-40, 1996.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República nº 86/1976, Série I de 1976/04/10.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 18/2008**. Código dos Contratos Públicos. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-34455475>. Acesso em: 10 abr. 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 4/2015**. Código do Procedimento Administrativo. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>. Acesso em: 2 abr. 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto**. Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas nos 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/111-b-2017-108086621>. Acesso em: 24 jun. 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 169-B/2019 de 3 de dezembro**. Lei Orgânica do Governo. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/lei-organica-do-governo>. Acesso em: 2 abr. 2022.

PORTUGAL. **Portal Base**. Disponível em: <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/o-portal/base/>. Acesso em: 21 jun. 2022.

PORTUGAL. Secretariado para a Modernização Administrativa. **Código do Procedimento Administrativo**. 1998. Disponível em: https://www.isa.ulisboa.pt/files/daf/nrh/pub/docs/enquadramento-legal/cod_proc_admin.pdf. Acesso em: 2 abr. 2022.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **História**. Disponível em: <https://www.stadministrativo.pt/historia/>. Acesso em: 9 abr. 2022.

QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária**. Lisboa: Almedina, 1999.

REGO, Mauro Gil da Nóbrega. **A legislação aplicada aos contratos públicos em Portugal e noutros países da União Europeia**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Engenharia, Universidade do Porto, Porto, 2010.

REMEDIO, 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.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos**. Lisboa: AAFDL, 2021. *E-book*.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **The UK's Green Paper on Post-Brexit Public Procurement Reform: Transformation or Overcomplication?** Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3787380. Acesso em: 1 ago. 2021.

SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação no Código do Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-Lei n. 4/2015. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 846-868, 2016.

SANTOS, Luciana Sousa. O diálogo concorrencial. *In*: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coord.). **Comentários à revisão do Código de Contratos**. 3. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Madri-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. *In*: BARNES, Javier (ed.). **Innovación y reforma em el derecho administrativo**. Sevilha: Global Law Press, 2012.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Pluralidade de estruturas y funciones de los procedimientos administrativos em el derecho alemán, europeo e internacional. *In*: BARNES, Javier (ed.). **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilha: Global Law Press, 2008. p. 71-112.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa**: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Carla Baptista. **Manual de procedimentos contratação pública de bens e serviços**. Escola de Engenharia da Universidade de Minho. 2018. Disponível em: <https://www.eng.uminho.pt/pt/divulgacaoinstitucional/downloads/Documents/Downloads/GA EF/ManualProcedimentosCCP.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

SILVA, Isabel Corrêa da. D. Carlos I (1889-1908): epílogo da monarquia em Portugal? **Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea**, n. 18, p. 63-86, 2019.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do Direito Administrativo: o caso da administração por compromissos. **Estudos de contratação pública I**. Coimbra: Coimbra, 2008.

SILVA, Vasco Pereira da. “O inverno do nosso descontentamento: a propósito de um projeto legislativo de revisão do Código do Procedimento Administrativo em Portugal. **Direito Público**, v. 10, n. 54, p. 122-132, 2013.

SILVA, Virginia Xavier Borges. Um direito brando? A evolução da ciência do direito administrativo e os traços do “novo direito administrativo”. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 2, n. 1, p. 47-56, 2013.

SOLIANO, Vitor. O diálogo competitivo e a modelagem negociada de contratos complexos. **Consulta Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-07/publico->

pragmatico-dialogo-competitivo-modelagem-negociada-contratos-complexos. Acesso em: 2 jul. 2022.

SOUSA, António Francisco de. A discricionariiedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico). **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, p. 25-45, 2020.

SOUSA, Cristina *et al.* **Mercado da Contratação Pública da Inovação em Portugal**. Estudo realizado pelo ISCTE e pelo LNEG para a ANI Lisboa, 2021. Disponível em: <https://www.ani.pt/media/6612/mercado-cpi-relato-rio-final.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2022.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, p. 1-6, jul./set. 1997.

TEIXEIRA, Angelina. **Diálogo concorrencial – monólogo ou mito**. Pós-Graduação Contratação Pública Prática. Universidade Católica do Porto, 2010. Disponível em: <https://docplayer.com.br/59741575-Dialogo-concorrencial.html>. Acesso em: 24 jun. 2022.

TEIXEIRA, Cláudia Margarida Ramos. **As parcerias para a inovação**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

TELLES, Pedro. **Competitive dialogue in Portugal and Spain**. Thesis submitted to the University of Nottingham, 2010.

TELLES, Pedro. Competitive dialogue in Portugal. *In*: ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive Dialogue in EU Procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TELLES, Pedro. **Falta de alterações aos procedimentos existentes**. 2016. Disponível em: <https://arquivo.pt/wayback/20190401204537/https://contratospublicos.net/2016/11/21/falta-de-alteracoes-aos-procedimentos-existentes/>. Acesso em: 24 jun. 2022.

TRANSPARÊNCIA E INTEGRIDADE. **Integridade na Contratação Pública**. 2018. Disponível em: https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/04/TIPT_Integridade-na-Contrata%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica_2018.pdf. Acesso em: 24 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comisión de las Comunidades Europeas. **La Contratación Pública en la Unión Europea**. 1998. Disponível em: http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxius/doc_11845514_1.pdf. Acesso em: 3 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>. Acesso em: 19 mar. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. **Diretiva nº 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/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=pt>. Acesso em: 19 mar. 2021.

UNITED KINGDOM. Government Commercial Function. **Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation**. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987141/Competitive_dialogue_and_competitive_procedure_with_negotiation_guidance_note_May_2021.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

UNITED KINGDOM. Cabinet Office. **Accelerating Government Procurement**. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/62355/lean-study-accelerating-government-procurement.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

UNITED KINGDOM. Cabinet Office. **Green Paper: transforming public procurement**. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943946/Transforming_public_procurement.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.

UNITED KINGDOM. HM Treasury. **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**.

London, November 2010. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225318/03_ppp_competitive_dialogue.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

UNITED KINGDOM. Office of Government Commerce. **Competitive Dialogue in 2008 - OGC/HMT joint guidance on using the procedure**. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225317/02_competitive_dialogue_procedure.pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

UNITED KINGDOM. **The Public Contracts Regulations 2006**. Disponível em:

https://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/pdfs/uksi_20060005_en.pdf. Acesso em: 14 jun. 2022.

UNITED KINGDOM. **The Public Contracts Regulations 2015**. Disponível em:

<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made>. Acesso em: 21 abr. 2022.

TRISTÃO, Conrado Valentini. Discrecionariiedade nas contratações públicas: uma análise das alterações da Lei Geral de Licitações e Contratos. **Revista de Direito da Administração Pública**, v. 1, n. 2, p. 28-76, 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Vale. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

VIANA, Claudia. O diálogo concorrencial. **Revista de Contratos Públicos**, n. 1, p. 105-124, 2011.

VIGODA, Eran. New public management. **Encyclopedia of public administration and public policy**. 2003.

VINCENT-JONES, Peter. **The new public contracting**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

WILSON, John. New management of public services: the United Kingdom experience. **Public Policy and Administration**, v. 1, n. 7, p. 49-59, 2004.

WONDIMU, Paulos Abebe; LOHNE, Jardar; LÆDRE, Ola. Motives for the use of competitive dialogue. *In*: ANNUAL CONF. OF THE INT. GROUP FOR LEAN CONSTRUCTION, 25., 2017, Heraklion, Greece. **Proceedings [...]**. Heraklion, Greece, 2017. p. 53-60. v. 2.

WONDIMU, Paulos Abebe *et al.* A comparison of competitive dialogue and best value procurement. *In*: ANNUAL CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL GROUP FOR LEAN CONSTRUCTION (IGLC), 26., 2018. Chennai, India. **Proceedings [...]**. Chennai, India, 2018. p. 13-22.

ZAGO, Marina; RODRIGUES, Fernanda. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas>. Acesso em: 2 jul. 2022.

ZIJIAN, Liu. **Comparação de modelos de contratação em países de língua oficial portuguesa**. Dissertação (Mestrado) – Técnico Lisboa, Lisboa, 2017.

APÊNDICE A – Quadro da análise macrocomparativa

Esse quadro comparativo foi elaborado utilizando-se os dados encontrados na pesquisa relatada no Capítulo 2, em que é possível identificar detalhadamente todo o conteúdo aqui exposto de forma sintética, bem como todo referencial teórico que embasou as constatações que seguem abaixo.

Elementos Ordens Jurídicas	Organização jurídica/aspectos gerais do sistema jurídico	Dimensão da abertura à cooperação entre Estado e atores privados	Margem de discrecionabilidade e autonomia da Administração Pública	Abrangência do sistema de controle e dos mecanismos sanções	Somatório dos elementos selecionados
Inglaterra	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema jurídico de <i>common law</i>, sem divisão legislativa clara entre público e privado; - Concepção histórica de que a Administração deve receber o mesmo tratamento legal que qualquer particular britânico recebe; - Administração possui algumas prerrogativas e privilégios; - O Direito Administrativo inglês não é composto por normas e princípios que derogam e exorbitam o direito comum; - A Administração, em larga medida, está sujeita ao mesmo direito que os particulares; - Larga margem de atuação discricionária da Administração; 	<ul style="list-style-type: none"> - Uso regular de contratos para atuação pública; - Aptidão histórica por estar próximo ao setor privado; - O contrato e a regulamentação podem ser considerados pilares importantes da nova arquitetura de governança; - A contratação pública se mostra sujeita ao direito privado; - Atualmente as formas de contratar com a Administração são uma presença incontestável no cenário público; - As características advindas do setor privado impregnam a Administração Pública, diluindo a distinção entre público e privado; 	<ul style="list-style-type: none"> - A autoridade pública tem liberdade de exercer seu poder discricionário dentro dos limites do interesse público; - Margem de discrecionabilidade se mostra alargada; - Após firmado o contrato, a discrecionabilidade se torna questionável. 	<ul style="list-style-type: none"> - A fundamentação do controle foi desenvolvida pelas sucessivas decisões judiciais; - As sanções legais são possíveis para proteger a confiança e garantir a concretização das expectativas; - O <i>New Public Management</i> estipula mecanismos de responsabilização (<i>accountability</i>); - O setor público inglês começa a deixar de ter um regime de responsabilização menos abrangente para ter um regime mais intenso de responsabilização; - Grande parte dos possíveis meios de responsabilização operam de cima para baixo. 	<ul style="list-style-type: none"> - A Administração inglesa se mostra mais próxima ao particular, desde sua origem, atuando em alguns pontos sob as normas do direito privado. De maneira complementar, apresenta uma tendência de atuar de forma mais cooperativa e em consenso com os particulares; - A Administração inglesa tem a tradição de fazer uso do direito privado; - Larga margem de atuação discricionária da Administração; - O setor público inglês começa a deixar de ter um regime de responsabilização pobre para ter um regime intenso de responsabilização.

	<p>- País com forte cultura de importação da cultura e das práticas do setor privado para o setor público, com grande proximidade a esses atores.</p>	<p>- Entendimento de críticos de que a cooperação e o consenso devam ser mais valorizados no país.</p>			
<p>Portugal</p>	<p>- A Administração goza de liberdades para executar o disposto nas leis, agir de forma eficiente e fiscalizar suas atividades, bem como interpretar e executar as leis administrativas;</p> <p>- Os litígios envolvendo as decisões administrativas deviam ser resolvidos pela própria administração, não pelos órgãos judiciais;</p> <p>- Hierarquia da Administração frente ao particular;</p> <p>- Garantia de participação popular e democrática dos cidadãos na resolução de problemas nacionais;</p> <p>- Na relação jurídica entre o Estado e os particulares os princípios da participação, do controle e da transparência devem ser observados;</p> <p>- Destaque para a simplificação, a eficiência, a racionalidade e a desburocratização do procedimento;</p> <p>- Necessidade de simplificação procedimental;</p> <p>- Existência de um novo Direito Administrativo</p>	<p>- A colaboração com os particulares e a participação são princípios previstos no Direito Administrativo;</p> <p>- Não mais se verifica um antagonismo entre Estado e sociedade, pelo contrário, a relação se tornou próxima e com influência recíproca;</p> <p>- A Administração Pública começa a fazer uso do direito privado;</p> <p>- Os contratos administrativos são contratos públicos;</p> <p>- Nos últimos anos a atuação do setor e do direito privados na Administração Pública se mostraram ampliadas;</p> <p>- Verifica-se a participação privada em áreas e matérias, que até pouco tempo, eram objetos exclusivos de intervenção pública.</p>	<p>- A discricionariedade administrativa é ainda um tema polêmico, devendo se limitar a casos de absoluta necessidade;</p> <p>- Direitos, liberdades e garantias constituem parâmetros balizadores para a atuação discricionária;</p> <p>- O gestor público deve se orientar pelo interesse público, pela eficiência, pela economicidade e pela celeridade decisória.</p>	<p>- O controle é realizado, principalmente, pelos Tribunais Administrativos e pelo Tribunal de Contas;</p> <p>- Dentro da margem de discricionariedade do administrador público o controle não é cabível;</p> <p>- O controle deve ser entendido em um sentido mais amplo, que abrange tanto o controle da legalidade e da racionalidade dos atos praticados, quanto a garantia da prestação de contas, que compõe uma dimensão ética do controle;</p> <p>- Possibilidade da Administração Pública aplicar diversas sanções, inclusive contratuais.</p>	<p>- Hierarquia da Administração frente ao particular;</p> <p>- Garantia de participação popular e democrática dos particulares;</p> <p>- A relação entre Estado e sociedade se tornou próxima e com influências recíprocas;</p> <p>- Verifica-se a participação privada em áreas e matérias, que até pouco tempo, eram objetos exclusivos de intervenção pública;</p> <p>- A discricionariedade administrativa é ainda um tema polêmico, devendo se limitar a casos de absoluta necessidade;</p> <p>- O controle deve abranger a legalidade e a racionalidade dos atos praticados, bem como a garantia da prestação de contas, sendo exercido pelos Tribunais Administrativos e pelo Tribunal de Contas;</p> <p>- Existência de um novo Direito Administrativo português, impulsionado por uma feição mais moderna.</p>

	português, impulsionado por uma feição mais moderna.	<ul style="list-style-type: none"> - Influenciado pelo direito de base romanística, com adoção de alguns institutos do sistema de <i>common law</i>; - Direito Administrativo brasileiro se mostrou muito positivado e pouco flexível; - Princípio da legalidade alargado: vinculação da Administração ao direito como um todo; - Sujeição a um regime jurídico-administrativo, em que são previstas prerrogativas que colocam a Administração em uma posição de superioridade perante o particular; - Sujeição também a restrições que limitam suas atividades à observação de normas e princípios; - Administração Pública mais autoritária, burocratizada e hierarquicamente superior perante o particular; - Crescimento da democracia participativa; - Tendência do setor público em abrir-se para uma atuação mais próxima dos setores privados. 	<ul style="list-style-type: none"> - Possibilidade de atuação discricionária, mas sem pacificação doutrinária quanto aos limites da discricionariedade; - Limitação constitucional e legislativa do atuar discricionário; - É possível verificar um entendimento de que, para se alcançar a eficiência e os melhores resultados, deve-se abrir margem para decisões discricionárias e aumentar os mecanismos de controle, de forma equilibrada. 	<ul style="list-style-type: none"> - Entendimento majoritário de que a Administração pode atuar com liberdade dentro do limite definido pela lei, espaço esse que o controle judicial não pode invadir para não substituir o julgamento de conveniência e oportunidade feito pelo gestor público; - Há quem entenda que o controle judicial deve abranger a ponderação de valores e a intenção do legislador na elaboração de uma lei que possibilita a atuação discricionária; - Existência de uma cultura fortemente punitiva e controladora no Direito Administrativo; - Percebe-se que a presença da tradicional feição do poder sancionador brasileiro tende a se tornar menor; - A feição controladora e sancionadora do Poder Público ainda se mostra muito presente nos dias atuais, mas é certo que uma modernização se mostra incipiente. 	<ul style="list-style-type: none"> - Direito Administrativo brasileiro se mostrou muito positivado e pouco flexível; - A Administração Pública brasileira tem traços que a tornam mais autoritária e superior perante o particular; - A participação privada vem ganhando relevância na Administração Pública, sendo que as interações com os setores privados são recentes; - Verifica-se uma tendência em abrir-se para uma atuação mais próxima aos setores privados; - Falta de pacificação quanto aos limites da atuação discricionária; - Existência de uma cultura fortemente punitiva e controladora no Direito Administrativo; - Certo é que uma modernização se mostra incipiente quanto à tradicional feição do poder sancionador brasileiro.
Brasil					
Síntese Comparativa	<ul style="list-style-type: none"> - O sistema jurídico da Inglaterra é o <i>common law</i>, enquanto o modelo português e o brasileiro receberam, 	<ul style="list-style-type: none"> - Em comparação com a Inglaterra, em Portugal e no Brasil se verifica menos experiência em relação às 	<ul style="list-style-type: none"> - A Administração da Inglaterra apresenta mais possibilidades de atuar de forma discricionária e 	<ul style="list-style-type: none"> - O controle judicial na Inglaterra e no Brasil, é exercido pelo Poder Judiciário. Em Portugal, o 	<ul style="list-style-type: none"> - A Administração Pública da Inglaterra utiliza o direito privado em sua atuação, o que não ocorre em Portugal e no Brasil;

	<p>majoritariamente, influência do modelo francês;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Na Inglaterra o direito público e o direito privado não são distinguidos de forma clara na legislação como ocorre em Portugal e no Brasil; - A Administração Pública da Inglaterra utiliza o direito privado em sua atuação, o que não ocorre em Portugal e no Brasil; - A Administração da Inglaterra se mostra mais próxima do particular que a de Portugal e do Brasil, onde existe relação de hierarquia entre esses atores; - Em Portugal e no Brasil a Administração Pública goza de mais prerrogativas frente aos particulares que na Inglaterra; - A Administração da Inglaterra se mostra menos burocratizada que em Portugal e no Brasil. 	<p>interações com os setores privados;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Na Inglaterra tem-se mais arraigada a busca pela cooperação e pelo consenso juntamente ao setor privado. Já em Portugal e no Brasil, isso é recente; - No entanto, em Portugal e no Brasil se verifica que a Constituição confere prestígio à cooperação entre o Estado e a sociedade; - Na Inglaterra o uso do direito privado nas contratações públicas é predominante, o que não ocorre em Portugal e no Brasil; - Todos os países reconhecem a importância da atuação junto ao setor privado e valorizam uma maior abertura para uma atuação mais próxima aos particulares, porém com intensidades e possibilidades diversas. 	<p>autônoma do que a de Portugal e do Brasil;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Diferentemente da Inglaterra, em Portugal e no Brasil se verifica uma aptidão histórica menor de autonomia da Administração Pública frente às disposições legais; - Em Portugal e no Brasil, ainda se verifica receios e falta de pacificação acerca da abertura à discricionariedade administrativa. 	<p>controle é feito pelos Tribunais Administrativos;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existência do Tribunal de Contas em Portugal e no Brasil; - A Inglaterra, que historicamente tem um regime pobre de responsabilização do setor público, começa a apresentar um regime rico de responsabilização; - Portugal e Brasil apresentam, historicamente, mecanismos mais rigorosos e autoritários de controle; - Todos os países apresentam possibilidades da Administração Pública aplicar sanções. 	<ul style="list-style-type: none"> - A Administração da Inglaterra se mostra mais próxima do particular que a de Portugal e do Brasil, onde existe evidente relação de hierarquia entre esses atores; - A Inglaterra se mostra mais aberta para interagir com o setor privado que Portugal e o Brasil; - O Direito Administrativo inglês confere à Administração maior margem de discricionariedade, quando comparado a Portugal e ao Brasil; - Em Portugal e no Brasil, ainda se verificam receios e falta de pacificação acerca da abertura à discricionariedade administrativa; - Portugal e Brasil apresentam, historicamente, mecanismos mais rigorosos e autoritários de controle; - A Inglaterra começa a apresentar um regime público mais robusto de responsabilização.
--	--	---	--	--	--

APÊNDICE B – Quadro da análise microcomparativa

Esse quadro comparativo foi elaborado utilizando-se os dados encontrados na pesquisa relatada no Capítulo 3, em que é possível identificar detalhadamente todo o conteúdo aqui exposto de forma sintética, bem como todo referencial teórico que embasou as constatações que seguem abaixo.

Elementos	Definição legal do Diálogo Competitivo	Hipóteses legais de uso do Diálogo Competitivo	Frequência/quantidade de utilização do Diálogo Competitivo	Críticas doutrinárias acerca do Diálogo Competitivo	Somatório dos elementos selecionados
<p>Inglaterra</p>	<p>De acordo com a nota de orientação <i>Competitive Dialogue and Competitive Procedure with Negotiation</i>: O Diálogo Competitivo é uma via de aquisição legislativa, que possibilita às autoridades públicas dialogarem com</p>	<p>Pode ser usado desde que atendidos um ou mais dos seguintes critérios: a necessidade pública em questão não pode ser satisfeita sem a adaptação de uma solução já disponível; a contratação deve incluir soluções de <i>design</i> ou</p>	<p>País tradicionalmente conhecido por ser um usuário frequente desse procedimento, com destaque no cenário europeu. Em consulta realizada nos sites <i>Contracts Finder, Find a Tender</i> e <i>Electronic</i></p>	<p>- Entendimento de que quando o Diálogo Competitivo for bem conduzido, ele é um procedimento capaz de gerar diversos benefícios; - O uso desse instrumento deve ser visto como uma hipótese de exceção, não como regra; - Para evitar o uso indevido, é recomendado que as autoridades documentem claramente os fundamentos de utilização, até mesmo para incentivar a autoridade adjudicante a se debruçar sobre o projeto e se questionar a viabilidade desse instrumento; - Sua efetiva utilização depende de pessoal qualificado, experiente e em número suficiente para atuar em todas as fases; - O empenho do governo em elaborar estudos de revisão tem ajudado a ampliar o conhecimento dos envolvidos no processo; - O processo é geralmente considerado caro, especialmente por causa do planejamento deficiente, da aplicabilidade inadequada de recursos, reuniões extremamente longas e requisições desnecessárias de informações; - Para que o procedimento se mostre mais organizado, é necessário planeja-lo desde o início;</p>	<p>- A regulamentação do Diálogo Competitivo na Inglaterra encontra-se em harmonia com o previsto no direito europeu; - Esse país é um forte usuário desse procedimento, sendo uma das razões a tradição histórica de aproximação dos atores públicos aos atores privados; - Percebe-se que esse instituto foi largamente estudado tanto pelos estudiosos do direito, quanto pelo governo; - As fases do procedimento foram bem analisadas e discutidas nos estudos, o que</p>

<p>Inglaterra</p>	<p>os licitantes acerca de diversos aspectos da aquisição, tal instrumento é recomendado para projetos complexos, em que há alta probabilidade de insucesso na contratação. Nesses casos, o diálogo aplicado corretamente possibilita que os riscos sejam testados e as soluções discutidas, viabilizando a arquitetura de um contrato bem-sucedido.</p>	<p>soluções inovadoras; o diálogo se torna essencial devido à existência de circunstâncias relacionadas com a natureza, a complexidade ou a composição jurídica e financeira ou pelos riscos associados à contratação; as especificações técnicas do objeto a ser contratado não podem ser estabelecidas com precisão suficiente pela entidade adjudicante sem o apoio do licitante. Além disso, também é possível utilizar o Diálogo Competitivo para obras, fornecimentos ou serviços em que, apesar da realização de um procedimento</p>	<p><i>Dail</i>, foram encontrados 693 contratos firmados por meio do uso do Diálogo Competitivo entre os anos de 2014 e 2022. Isso equivale a uma frequência média de 77 contratos firmados por ano, nesse período.</p>	<p>- Cada fase do procedimento deve ser revista antes de se avançar para a próxima etapa; - Fase 1.1: planejamento. De grande importância, pois busca compreender antecipadamente todo o projeto, clarificar os objetivos e identificar possíveis situações de risco. Em sendo mal executada, a gestão do Diálogo Competitivo pode se tornar um problema; - Fase 1.2: envolvimento com o mercado. Importante para promover um engajamento prévio, aquecer o mercado, confirmar se o mercado pode oferecer o que se deseja, fazer uma pesquisa inicial sobre o projeto, testar o modelo contratual proposto e testar se a estratégia proposta é capaz de fornecer os resultados pretendidos; - Fase 2.1: anúncio. Deve ser feito da forma mais clara e completa possível, o que pode ser difícil, pois os detalhes do projeto ainda não são muito claros no início do procedimento; - Fase 2.2: seleção: Deve ser feita por critérios objetivos e não discriminatórios. É possível limitar o número de participantes selecionados para a próxima etapa, mas, no mínimo 3 devem ser escolhidos. Essa limitação deve levar em conta a competitividade do mercado, o escopo de requisitos e soluções que serão discutidos e que os fornecedores irão avaliar as suas chances de serem vencedores do procedimento antes de formalizar a participação; - Fase 3: diálogo. Conduzido por um documento descritivo, exige-se tratamento igualitário e sigilo quanto às informações repassadas pelos participantes, momento em que há a possibilidade de eliminar participantes dentre as sucessivas etapas. Tem como objetivos: testar a entrega da solução, explorar a inovação, excluir suposições que os licitantes tenham feito na proposta, garantir alocação adequada de riscos, alcançar o maior custo-benefício, testar o relacionamento entre as partes e definir como qualquer mudança deve ser gerenciada no futuro. Será conduzido até que uma ou mais soluções sejam encontradas pela autoridade licitante. São citadas como más práticas: solicitação excessiva de propostas aos participantes, equipes mal preparadas, entrega incompleta de documentos aos licitantes e atrasos de horários. As críticas apontam que são prejudiciais um número excessivo de reuniões e pedido de informações irrelevantes, sendo certo que a organização e condução do diálogo direcionada a cada participante seja aconselhável. - Fase 4: apresentação das propostas: Os licitantes remanescentes devem apresentar propostas em relação à sua própria solução construída ao longo do diálogo. A proposta apresentada deve ser clara, de forma a possibilitar</p>	<p>mostra um interesse pelo procedimento licitatório. Percebe-se que, para todas as etapas do procedimento, foram feitas recomendações pelo governo, embasadas no uso reiterado do Diálogo Competitivo; - Destaque para a fase preparatória, momento em que se planeja tudo que será feito nas outras etapas; - Possibilidade de limitação do número de participantes e de exclusão de candidatos durante o diálogo; - Possibilidade de testar a solução na fase de diálogo; - De acordo com o uso, foram definidas más práticas na fase de diálogo; - Os licitantes que chegaram na fase de apresentação das propostas devem apresentar propostas em relação à sua própria solução construída ao longo do diálogo; - Possibilidade de esclarecer, especificar ou afimar as propostas antes da escolha da que apresenta a melhor relação de qualidade e preço; - Possibilidade de negociar com o vencedor para confirmar compromissos financeiros ou outros termos do contrato; - Possibilidade da autoridade licitante especificar pagamento</p>
--------------------------	--	---	---	--	---

<p>Inglaterra</p>	<p>aberto ou restrito, apenas forem apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis.</p>	<p>que todas as questões que possam surgir sejam esclarecidas, especificadas ou afinadas. A proposta final não pode ser alterada nesse momento a concorrência deve ser assegurada;</p> <p>- Fase 5: prêmio: o candidato vencedor será aquele que apresentou a proposta mais compatível aos critérios publicados no anúncio e que tenha a melhor relação de qualidade e preço. Nesse momento é possível negociar com o vencedor para confirmar compromissos financeiros ou outros termos, mas ressalta-se que esse não é o melhor momento, pois já não há mais tensão concorrencial entre licitantes. É permitido que a autoridade licitante especifique pagamento aos participantes, ou seja, que os reembolse das despesas que tiveram durante o processo, no entanto essa prática tornou-se desaconselhável;</p> <p>- Armadilhas comuns que devem ser evitadas: interação inicial insuficiente junto ao mercado, competição limitada pela inexistente ou reduzida tensão competitiva, riscos mal identificados e alocados, falta de busca de ajuda especializada em caso de mudanças e problemas imprevistos, controle de custos inadequado, falta de acesso a dados importante para que os licitantes formulem suas propostas, falta de continuidade dos participantes do processo, e comprometimento da integridade do processo.</p> <p>- Tem sido bem recebido na Inglaterra por proporcionar maior segurança jurídica aos administradores que necessitam de mais flexibilidade nos procedimentos complexos;</p> <p>- Vantagens: valoriza a competição em projetos de elevada complexidade, incentiva a inovação, possibilita que a autoridade pública esclareça o que for necessário e realize ajustes necessários, estimula a comunicação, reduz a insegurança dos candidatos, aumenta as chances de que as estregas sejam bem-sucedida e oferece a possibilidade de alocar os riscos à parte que pode melhor suportá-los;</p> <p>- Críticas: geralmente considerado caro, demorado e complexo. Existem críticas relacionadas à frequência com que é usado, à imprecisão de escolha do procedimento e à falta de preparo e treinamento das entidades adjudicantes. Pode prejudicar a inovação por impossibilitar a combinação de diferentes propostas, a competição porque apenas grandes operadores econômicos podem fazer parte do procedimento, bem como a comparação entre propostas, já que o mercado pode apresentar soluções tão diferentes que se tornam incomparáveis. Também existem críticas de que esse procedimento é inflexível e incerto;</p> <p>- Proposta de substituir o Diálogo Competitivo, juntamente aos demais procedimentos que permitem negociação, pelo <i>competitive flexible</i></p>	<p>aos participantes como forma de ressarcimento de custos;</p> <p>- A partir do constante uso, foram definidas armadilhas comuns que devem ser evitadas durante todo o procedimento;</p> <p>- A segurança jurídica que oferece aos gestores, bem como outras diversas vantagens identificadas, permitem que esse procedimento seja bem recebido na Inglaterra;</p> <p>- Algumas críticas também foram identificadas, sendo que as principais se referem ao fato do procedimento ser considerado caro, demorado e complexo;</p> <p>- Devido às críticas de que esse procedimento é inflexível e incerto, existe a proposta de substituir o Diálogo Competitivo pelo <i>competitive flexible procedure</i>, que seria mais flexível e menos regulamentado.</p>
--------------------------	---	--	---

	De acordo com o Código de Contratos Públicos: O Diálogo Competitivo é um procedimento que pode ser adotado quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objeto, seja particularmente complexo, impossibilitando a adoção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação. Os contratos particularmente complexos são aqueles nos quais não é possível definir objetivamente a solução técnica mais adequada para satisfazer	- A entidade adjudicante pode adotar o Diálogo Competitivo quando: a) As suas necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis; b) Os bens ou serviços incluírem a concessão de soluções inovadoras; c) Não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou	Diversos estudos destacam o pouco uso do Diálogo Competitivo por Portugal. Nessa pesquisa foi realizada busca no Portal Base e no portal <i>Tenders Electronic Daily</i> , em que foram identificados apenas 5 contratos firmados por meio do procedimento do Diálogo Competitivo, entre os anos de 2018 e 2020. Entre esses anos, a frequência de uso desse procedimento foi de 1,67 contrato firmado por ano.	<p><i>procedure</i>, novo procedimento que seria competitivo e flexível e que possuiria regras mínimas detalhadas para possibilitar que os compradores tenham o máximo de liberdade para negociar e inovar.</p> <p>- Foram observadas mudanças significativas na transposição do Diálogo Competitivo para a lei portuguesa, que não confere às entidades adjudicantes tanta flexibilidade quanto as diretivas oferecem. Foram incorporadas regras para além do que foi posto no direito europeu, bem como foram feitas adaptações para as regras ficarem mais coerentes com os demais procedimentos de aquisição de utilização mais tradicional no país. A regulamentação do código português se mostrou complexa, robusta e burocrática, devido à cultura fortemente regulamentar de Portugal. Isso mostra que a transposição do Diálogo Competitivo não foi um simples encaixe de um instrumento em um quadro existente, mas sim foi fruto de adaptação à prática nacional;</p> <p>- A regulamentação do concurso limitado por prévia qualificação deve ser usada nos casos em que o Código de Contratos Públicos não regulamentar com exatidão o processamento do Diálogo Competitivo;</p> <p>- Nota-se a inexistência de manual governamental acerca do tema, devido à tradição nacional portuguesa de não fornecer orientações governamentais sobre as leis nacionais;</p> <p>- Consulta prévia ao mercado: entendimento de que o Diálogo Competitivo não depende dessa consulta preliminar pois, caso contrário, reduziria o sentido desse procedimento, que já prevê um diálogo com o mercado anteriormente à assinatura do contrato;</p> <p>- Desde o momento de preparação, a autoridade deve documentar e fundamentar todo o processo de adjudicação;</p> <p>- Fase 1: apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos. Essa fase se inicia com o anúncio oficial e com o fornecimento de peças do concurso aos participantes, tais como a memória descritiva, com as necessidades e exigências que se pretende satisfazer com o contrato. Quanto à apresentação das candidaturas e à qualificação dos candidatos não existem regras específicas, mas deve-se salvaguardar os interesses públicos, a transparência e a seriedade do certame. A seleção dos candidatos pode ser feita pelo método complexo ou o simples: pelo primeiro os candidatos serão classificados de acordo com critérios de melhor capacidade técnica e financeira, o que possibilita que alguns sejam excluídos nesse momento, já o segundo permite que todos os candidatos que preencherem os requisitos mínimos possam participar do procedimento;</p>	<p>- A conceitualização e as hipóteses de uso do Diálogo Competitivo em Portugal encontram-se em harmonia com o previsto no direito europeu;</p> <p>- Verificação de um reduzido uso desse instrumento no país;</p> <p>- Alterações significativas das regras de aplicação, na transposição do Diálogo Competitivo para a lei portuguesa, na qual esse procedimento se mostrou complexo, robusto e burocrático. Essa transposição foi fruto de adaptação para se adequar à prática nacional;</p> <p>- Instrumento abundantemente regulamentado no Código de Contratos Públicos;</p> <p>- Inexistência de manual governamental acerca do tema;</p> <p>- Ausência de regulamentação de fase preparatória;</p> <p>- A qualificação dos candidatos pode se dar pelo critério simples, ou pelo complexo, sendo que apenas nesse último é possível limitar o número de participantes;</p> <p>- Cada candidato pode apresentar apenas uma solução;</p> <p>- Após a apresentação das soluções, aquelas que não</p>
--	--	---	---	--	--

<p>alguma necessidade pública; os meios técnicos ideais para concretizar a solução já definida pela entidade adjudicante; ou as estruturas jurídica ou financeira inerentes ao contrato a celebrar. Ademais, o Diálogo Competitivo possibilita à entidade adjudicante debater os aspectos que precisam de definição com os potenciais interessados na execução do futuro contrato, sendo relevante pontuar que a impossibilidade objetiva de definir esses aspectos não pode ser resultado de carência técnica,</p>	<p>devido aos riscos a ela associados; d) Não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.</p> <p>- Em edição anterior do Código de Contratos Públicos, havia a restrição de uso do Diálogo Competitivo para as situações em que fosse impossível recorrer a outro procedimento, sem analogia no direito europeu. Após reformulação, hoje consta que esse</p>		<p>- Fase 2.1: apresentação das soluções. Se inicia com o convite aos candidatos para apresentarem as suas soluções, sendo que cada um só pode apresentar apenas uma solução, restrição não prevista na Diretiva nº 2014/24/UE e que impossibilita aproveitar todas as possibilidades que o mercado tem a oferecer. O ponto positivo é que os candidatos concentrarão esforços na solução que consideram ser melhor, além de possibilitar que o procedimento fique mais barato. As soluções apresentadas são analisadas por um júri, que pode propor a exclusão do certame de soluções que não atendam a critérios formais, o que será referendado pela autoridade competente. Esse é o único momento em que candidatos podem ser excluídos do processo;</p> <p>- Fase 2.2: diálogo com os candidatos qualificados. Essa etapa visa discutir os aspectos das soluções admitidas, relativos à execução do contrato a celebrar, e que permitam a elaboração do caderno de encargos, devendo seu andamento atentar às formalidades pré-determinadas, conforme detalhamento presente no código. Nesse momento, destaca-se a preocupação do legislador em proteger a igualdade de tratamento e a confidencialidade das informações sigilosas repassadas pelos participantes. No entanto a confidencialidade não foi vastamente regulamentada em Portugal, não conferindo garantia de que a solução elaborada não será revelada, caso seja ela a escolhida para a elaboração do caderno de encargos, o que torna esse procedimento pouco atrativo para o mercado, sendo essa uma das razões para o baixo uso desse procedimento licitatório. O diálogo deve seguir até que o júri identifique uma única solução que possa satisfazer as necessidades e exigências públicas, ou até que declare que nenhuma das soluções apresentadas mostraram aptas para tanto, previsão que não tem correspondência no direito europeu. A solução escolhida será a base para elaboração do caderno de encargos, que é disponibilizado a todos os concorrentes. Não está totalmente claro se a autoridade contratante portuguesa está autorizada a elaborar especificações técnicas com elementos de mais de uma solução, ou se ela própria pode acrescentar itens que julgar pertinentes. Por fim, dois pontos da fase de diálogo portuguesa merecem destaque: impossibilidade de adotar uma fase de negociação no procedimento, o que se mostra pouco razoável, pois restringe a possibilidade de melhoramento progressivo do conteúdo das soluções, e a impossibilidade de eliminar candidatos nesse momento, em conformidade com a diretiva europeia, o que favorece a celebração do certame ocorra com um número aumentado de licitantes;</p>	<p>atendam a critérios formais são excluídas, sendo esse o único momento do certame em que é possível eliminar participantes;</p> <p>- A garantia de confidencialidade do conteúdo dos diálogos não é absoluta, vez que, a solução escolhida irá constar no caderno de encargos, que será disponibilizado a todos os candidatos, o que torna esse procedimento pouco atrativo para o mercado;</p> <p>- Na fase de diálogo será identificada apenas uma única (ou nenhuma) solução susceptível de satisfazer as necessidades e exigências públicas;</p> <p>- A solução escolhida será a base para elaboração do caderno de encargos, que é disponibilizado a todos os concorrentes;</p> <p>- Na fase de diálogo portuguesa existe a restrição de adotar uma fase de negociação no procedimento e de eliminar candidatos;</p> <p>- Todos os participantes da fase de diálogo podem apresentar suas propostas com base nas especificações elaboradas pelo poder licitante;</p> <p>- Falta de clareza na definição de como a autoridade licitante deve elaborar o caderno de encargos, se terá como base a</p>
<p>Portugal</p>				

<p>Portugal</p>	<p>jurídica ou financeira de que a entidade adjudicante possa dispor utilizando a diligência devida.</p>	<p>procedimento deve ser usado nas situações em que “não for objetivamente possível” adjudicar o contrato sem negociações prévias ou definir com precisão as especificações técnicas, o que não se observa na Diretiva nº 2014/24/UE. No entanto, trata-se de uma estratégia dos legisladores para enviar, às autoridades adjudicantes, a mensagem de que esse procedimento não deve ser usado em excesso.</p>	<p>- Fase 3: apresentação e análise das propostas, seguida da adjudicação. Nesse momento, todos os candidatos que participaram da fase anterior são convidados a apresentarem suas propostas, que devem ser elaboradas com base nas especificações elaboradas pelo poder licitante, ou seja, a proposta de cada participante não é necessariamente elaborada de acordo com a solução desenvolveu durante a fase de diálogo. Não fica claro como a autoridade licitante irá elaborar o caderno de encargos, se terá como base a única solução vencedora, ou se será possível adicionar elementos externos de outras soluções e aprimoramento dela própria. Observações quanto à primeira possibilidade: a competição fica desequilibrada, há perda de grande parte do trabalho construído durante a fase de diálogo, pode haver uma redução da concorrência na fase final do procedimento por desistência de candidatos, alguns candidatos podem não ter competência para elaborar proposta em cima da solução vencedora, e a garantia da confidencialidade da proposta vencedora pode ficar comprometida, pois ela constará no caderno de encargos a ser disponibilizado aos demais participantes.</p> <p>Observação quanto à segunda possibilidade: sofre a limitação devido aos segredos comerciais. Após a apresentação das propostas, o júri pode pedir aos licitantes esclarecimentos que considere necessários para analisar e avaliar cada proposta, em seguida, será escolhida a proposta com melhor relação qualidade-preço e essa fase será encerrada. Nota-se que o Código de Contratos Públicos parece não permitir negociações com o proponente selecionado para firmar compromissos financeiros ou outros termos do contrato, em desacordo com o direito europeu. Isso pode ser vantajoso, pois força a autoridade licitante a resolver o maior número possível de questões na fase de diálogo, enquanto ainda há tensão concorrencial, mas também há o entendimento de que o legislador português podia ter ido além e admitido a possibilidade de negociar a proposta selecionada com a melhor relação de qualidade e preço, o que seria uma ferramenta útil para gerar resultados mais favoráveis.</p> <p>- É possível entender que o Diálogo Competitivo é um estímulo teórico à inovação, já que a entidade adjudicante não pode testar a solução apresentada e apurar a inovação antes da contratação;</p> <p>- A transposição do Diálogo Competitivo para o direito interno do Portugal foi feito com adaptações, o que gerou um número significativo de dificuldades, sendo cabível o questionamento se as regras disponíveis para as autoridades contratantes se assemelham às da União Europeia, ou se correspondem a uma versão reduzida do procedimento;</p>	<p>única solução vencedora, ou se será possível adicionar elementos externos de outras soluções e aprimoramentos dela própria;</p> <p>- Após a apresentação das propostas alguns esclarecimentos podem ser feitos junto aos concorrentes, no entanto não há permissão para negociações com o vencedor do certame para firmar compromissos financeiros ou outros termos do contrato;</p> <p>- O procedimento é conduzido por um júri e todas as decisões importantes devem ser referendadas pela autoridade competente;</p> <p>- Diversas são as críticas feitas ao Diálogo Competitivo português, pois a transposição excessivamente regulamentada, associada a uma baixa cultura de interação com o setor privado, levou a um reduzido uso do instrumento;</p> <p>- Indicativos de que esse procedimento não terá um futuro promissor no país, estando fadado a ser raramente utilizado.</p>
------------------------	--	--	--	---

	<p>De acordo com a Lei nº 14.133/2021:</p> <p>O Diálogo Competitivo é uma modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que 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</p>	<p>Essa modalidade é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:</p> <p>a) inovação tecnológica ou técnica;</p> <p>b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e</p> <p>c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;</p>	<p>Após mais de um ano de publicação da Lei nº 14.133/2021, não foi realizado nenhum procedimento licitatório no Brasil com o uso do Diálogo Competitivo.</p>	<p>- A manutenção de algumas más escolhas do passado na regulamentação desse procedimento não prenuncia um futuro favorável no país, ou seja, o Diálogo Competitivo está fadado a ser aplicado de forma rara em Portugal. Uma crítica comum ao procedimento é que ele poderia ter ido mais longe, ao invés de ser muito limitador, o que poderia trazer benefícios tanto para as entidades adjudicantes, quanto para o mercado.</p> <p>- A interação do público com o privado em matéria de contratações públicas não se trata de uma inovação, pois o Brasil já utiliza de instrumentos tais quais o PMI e a MIP. A inovação se refere à possibilidade de dialogar com os licitantes antes da apresentação das propostas;</p> <p>- Nota-se a inexistência de manual governamental acerca do tema;</p> <p>- A flexibilidade, o debate e o consequente déficit de transparência do Diálogo Competitivo ocorrem na fase de diálogo, fase prévia ao julgamento das propostas e na qual elege-se a solução de que a entidade licitante necessita, assim como no modelo europeu;</p> <p>- Fase 1: pré-seleção dos licitantes. Se inicia com a publicação de um edital que deve conter apenas as necessidades e exigências que a autoridade licitante, àquele tempo, foi capaz de especificar. Quanto à seleção dos licitantes, a lei prevê apenas que os seus critérios devem estar previstos no edital, sem maiores detalhamentos. Há quem entenda que não se determinou uma fase de qualificação, tendo o ente público ampla margem de discricionariedade na definição dos critérios. Também há quem entenda que essa seleção se equivale à fase de qualificação, em que os participantes devem atender a exigências técnicas e econômico-financeiras em um nível minimamente aceitável, para garantir que o vencedor do certame tenha condições reais de cumprir o contrato. A lei não limitou a quantidade máxima de participantes selecionados nessa fase, o que garante a igualdade de tratamento, mas deixa o procedimento caro, demorado e trabalhoso;</p> <p>- Fase 2: diálogo. Essa é a fase mais flexível de todo o processo, pois o poder público tem mais discricionariedade de ação para delimitar os contornos do objeto a ser contratado por meio de negociações. Garante-se a igualdade de tratamento, vedando-se a divulgação de informações a algum licitante de forma a dar-lhe vantagem frente a outro, bem como o sigilo quanto às soluções propostas e as informações repassadas por cada licitante durante essa fase, para preservar os interesses dos candidatos e incentivá-los a fornecerem o que têm de melhor no certame. As reuniões ocorrem separadamente com cada licitante (o que protege os interesses dos candidatos) e devem ser registradas em ata, com gravação de áudio e vídeo (o que torna transparente o processo do diálogo, possibilitando a atuação dos</p>	<p>- A conceituação e as hipóteses de uso do Diálogo Competitivo no Brasil encontram-se em harmonia com a sua origem europeia, já os demais itens da regulamentação desse instrumento apresenta algumas dissonâncias;</p> <p>- País sem experiência de uso desse instrumento;</p> <p>- No Brasil o Diálogo Competitivo foi enquadrado como uma modalidade licitatória;</p> <p>- Não inova quanto à interação do público com o privado em matéria de contratações públicas, mas sim quanto à possibilidade de dialogar com os licitantes antes da apresentação das propostas;</p> <p>- Quanto à seleção dos licitantes, a lei prevê apenas que os seus critérios devem estar previstos no edital, motivo pelo qual existe o entendimento de que não se trata de uma fase de qualificação, bem como o entendimento de que essa seleção se equivale à fase de qualificação, em que os</p>
Brasil					

<p>Brasil</p>	<p>encerramento dos diálogos.</p>	<p>II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:</p> <p>a) a solução técnica mais adequada;</p> <p>b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;</p> <p>c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.</p> <p>- O projeto de lei, que deu origem à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, previa a possibilidade de uso do Diálogo Competitivo quando houvesse</p>	<p>órgãos de controle). O diálogo deve ser mantido até que a entidade licitante identifique uma ou mais soluções que atendam às suas necessidades, por meio de decisão fundamentada. É possível que a fase de diálogo ocorra em fases sucessivas, nas quais a eliminação de candidatos, cujas especificações não se enquadram no fim proposto, é autorizada, o que torna o procedimento mais célere e objetivo. Essa fase se encerra com a juntada aos autos do processo licitatório dos registros e gravações durante os debates, o que prejudica o sigilo das propostas de cada licitante, pois os dados passam a ser públicos no momento em que são juntados aos autos.</p> <p>- Fase 3: fase competitiva. Se inicia com a divulgação de um edital contendo as especificações da(s) solução(ões) eleita(s) pela Administração Pública, bem como os critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, o que abre prazo para que os licitantes apresentem suas propostas. É possível deduzir que cada solução escolhida dê origem a um termo de referência ou projeto básico. Quanto aos licitantes que participarão da fase competitiva, há quem entenda que a lei não foi inteiramente clara ao definir quais os candidatos que poderão apresentar a proposta, o que pode desestimular a adoção dessa modalidade. Mas é possível entender que participarão todos aqueles selecionados na primeira fase do certame, pois não há definição de exclusão daqueles que não apresentaram solução minimamente aceitável. Dessa forma, para evitar que algum licitante participe da competição sem se esforçar devidamente para construir uma solução adequada, ou que outros deixem de participar por saber que participarão candidatos mal-intencionados, os participantes devem ser estimulados a se engajarem na fase de diálogo para possibilitar à Administração Pública a resolução de seu problema. Nessa fase, a autoridade pública pode solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas que recebeu, antes da escolha do vencedor da licitação. Embora não exista previsão específica da possibilidade de negociar com o participante escolhido como adjudicatário do contrato, é defensável a aplicação de uma regra genérica, que possibilita ao poder público negociar condições mais favoráveis com o primeiro colocado em um certame. A proposta vencedora será escolhida com base em critérios divulgados no edital que abriu a fase competitiva, desde que seja solução mais vantajosa, o que leva a pressupor que o critério mais adequado seja o de técnica e preço. Verifica-se a crítica de que o autor da melhor solução identificada na fase de diálogo terá maiores chances de apresentar a melhor proposta, ou mesmo, poderá ser o único com capacidade de executá-la;</p>	<p>participantes devem atender a exigências técnicas e econômico-financeira mínimas;</p> <p>- Não há limitação da quantidade máxima de participantes selecionados na primeira fase;</p> <p>- Durante o diálogo, as reuniões ocorrem separadamente com cada licitante, devendo ser registradas em ata, com gravação de áudio e vídeo;</p> <p>- Durante o diálogo uma ou mais soluções que atendam às necessidades públicas devem ser identificadas;</p> <p>- Possibilidade do diálogo ocorrer em fases sucessivas, com a eliminação de candidatos dessa etapa;</p> <p>- Essa fase se encerra com a juntada aos autos do processo licitatório dos registros e gravações feitos durante os debates, o que prejudica o sigilo das propostas de cada licitante;</p> <p>- O edital que abre a etapa competitiva contém as especificações da(s) solução(ões) eleita(s) pela Administração Pública, entende-se que cada solução escolhida dê origem a um termo de referência ou projeto básico;</p>
----------------------	-----------------------------------	---	---	---

<p>Brasil</p>	<p>dificuldade na apreciação adequada das diferentes propostas, o que não guarda sinergia com a Diretiva nº 2014/24/UE, segundo essa diretiva, em tal situação seria aplicável o procedimento concorrencial com negociação, sem previsão no Brasil.</p>	<p>- O procedimento será realizado por uma comissão de três servidores efetivos ou empregados públicos, sendo admitida a contratação de profissionais para assessorar de forma técnica a comissão. A justificativa para isso encontra-se na complexidade natural da contratação, o que também embasa a possibilidade de contratar uma assessoria técnica com notória especialização, já que nem sempre os órgãos licitantes contarão, em sua equipe, com três trabalhadores com conhecimento suficiente;</p> <p>- Ausência de previsão da possibilidade de prêmios ou pagamentos aos participantes no diálogo, de modo diverso do direito europeu. Para sanar essa lacuna, há autor que entende que é cabível a aplicação, por analogia, de um dispositivo legal que possibilita que o autor do projeto seja ressarcido pelo vencedor da licitação, até porque o custo da indenização recai sobre a Administração Pública, pois esse montante sempre estará embutido no valor da proposta;</p> <p>- Elevadas expectativas em torno dessa nova modalidade licitatória, pois o diálogo e a colaboração entre os atores público e privado tendem a favorecer a elaboração de soluções mais sólidas e eficientes. No entanto, para que isso se concretize, a transparência, a confiança e a segurança jurídica devem estruturar a construção de um novo ambiente administrativo;</p> <p>- A flexibilidade proporcionada por esse instrumento se mostra inapropriada a alguns aspectos ligados à cultura da Administração Pública brasileira, sendo os 3 principais problemas: dificuldades que os gestores públicos têm para lidarem com um elevado grau de discricionariedade em procedimentos licitatórios, forte presença dos órgãos de controle que tendem a inibir a atuação dos agentes licitantes, e a corrupção que ainda apresenta presença marcante nos dias atuais. Desta forma, recomenda-se utilizar outra modalidade licitatória em situações em que o risco de corrupção é elevado, pois a flexibilidade dessa modalidade poderá possibilitar a manipulação da disputa para favorecer um participante específico;</p> <p>- A ausência de robustez e de rigidez na transposição do Diálogo Competitivo ao Brasil pode representar uma tentativa do legislador de conferir mais flexibilidade às contratações, conferindo aos administradores públicos maior liberdade na definição de algumas questões relativas ao procedimento, o que pode provocar nos Tribunais de Contas um movimento para suprimir essa falta e uma tendência de penalizar o excesso de discricionariedade, provocando um ambiente de insegurança jurídica ao gestor público e inibindo o uso dessa modalidade;</p> <p>- Para que o Diálogo Competitivo seja efetivamente utilizado no Brasil, a Administração Pública deve estar capacitada para conseguir lidar, de forma</p>	<p>- De acordo com a lei, todos aqueles selecionados na primeira fase do certame poderão participar da competição;</p> <p>- A autoridade pública pode solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas que recebeu durante a fase de competição, mas não há possibilidade de negociar com o participante vencedor do certame;</p> <p>- A proposta vencedora será escolhida com base nos requisitos do edital da fase competitiva, desde que seja a solução mais vantajosa, ou seja, o critério mais adequado é o de técnica e preço;</p> <p>- O procedimento será realizado por uma comissão de três membros, com a possibilidade de contratação de profissionais para assessorar de forma técnica a comissão, o que se justifica pela complexidade natural da contratação;</p> <p>- Ausência de previsão de pagamentos aos participantes no diálogo;</p> <p>- Elevadas expectativas quanto ao Diálogo Competitivo para favorecer a elaboração de soluções mais sólidas e eficientes;</p>
----------------------	---	---	--

<p>Brasil</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- A ausência de robustez e de rigidez na transposição do Diálogo Competitivo pode provocar nos Tribunais de Contas um movimento para suprimir essa falta, tonando o procedimento menos atrativo;</p> <p>- Necessidade de investir em treinamento e capacitação como primeiro passo para criar um ambiente favorável para o uso dessa modalidade licitatória.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>	<p>- A dificuldade dos gestores de lidarem com procedimentos licitatórios flexíveis, a forte presença de órgãos de controle e a corrupção são alguns aspectos da cultura brasileira que dificultam o devido uso desse procedimento;</p> <p>- O Brasil precisa aprender com os demais países a importância de ter procedimentos mais atrativos e de maior qualidade, bem como de investir em treinamentos e capacitação, bem como de renovar os procedimentos para sua utilização.</p>
<p>Síntese Comparativa</p>	<p>- A conceitualização do Diálogo Competitivo se assemelha nos 3 países;</p> <p>- A legislação inglesa não trouxe esse conceito, sendo ele extraído de manual governamental do Reino Unido;</p> <p>- À semelhança da Diretiva nº 2014/24/UE, o conceito</p>	<p>- As atuais hipóteses de aplicação do Diálogo Competitivo se assemelham nos 3 países;</p> <p>- Nota-se, entretanto, que em Portugal já houve restrição para além do era previsto no direito europeu e que no Brasil, quando da tramitação do projeto de lei,</p>	<p>- Os 3 países apresentam realidade de aplicação do Diálogo Competitivo bastante discrepantes;</p> <p>- Enquanto a Inglaterra é tida como um dos países que mais faz uso desse instrumento, Portugal encontra-se entre os que</p>	<p>- Verificou-se na Inglaterra estudos mais aprofundados, que levam em conta a vasta experiência de uso do procedimento, com definições de más práticas e armadilhas que podem surgir, o que não foi observado nos demais países;</p> <p>- Verificou-se na Inglaterra um esforço governamental em elaborar guias e manuais práticos, bem como de renová-los, o que não foi observado nos demais países;</p> <p>- Quanto à elaboração de estudos aprofundados, inclusive com base em experiência prática, ressalta-se que o Brasil regulamentou o Diálogo Competitivo há apenas um ano, tempo insuficiente para elaborar um vasto material sobre a matéria;</p> <p>- A regulamentação da Inglaterra foi a mais sucinta dentre os países estudados, ou seja, a que mais deu à autoridade licitante flexibilidade e autonomia de condução do procedimento. No extremo oposto encontra-se Portugal, que transpôs o Diálogo Competitivo para a lei nacional com mudanças significativas, para adaptá-lo à prática nacional. Já no Brasil, algumas alterações podem ser vistas em relação à origem europeia do procedimento, mas de forma menos expressiva que em Portugal;</p>	<p>- Verificou-se na Inglaterra estudos mais aprofundados, que levam em conta a vasta experiência de uso do procedimento, com definições de más práticas e armadilhas que podem surgir, o que não foi observado nos demais países;</p> <p>- Verificou-se na Inglaterra um esforço governamental em elaborar guias e manuais práticos, bem como de renová-los, o que não foi observado nos demais países;</p> <p>- Quanto à elaboração de estudos aprofundados, inclusive com base em experiência prática, ressalta-se que o Brasil regulamentou o Diálogo Competitivo há apenas um ano, tempo insuficiente para elaborar um vasto material sobre a matéria;</p> <p>- A regulamentação da Inglaterra foi a mais sucinta dentre os países estudados, ou seja, a que mais deu à autoridade licitante flexibilidade e autonomia de condução do procedimento. No extremo oposto encontra-se Portugal, que transpôs o Diálogo Competitivo para a lei nacional com mudanças significativas, para adaptá-lo à prática nacional. Já no Brasil, algumas alterações podem ser vistas em relação à origem europeia do procedimento, mas de forma menos expressiva que em Portugal;</p>	<p>- Percebe-se que a Inglaterra se encontra mais preparada para lidar com o Diálogo Competitivo do que os demais países da pesquisa. Os diversos estudos realizados nesse país e o reiterado uso desse instrumento favoreceram isso;</p> <p>- As fases do procedimento foram muito bem estudadas na Inglaterra, o que fez com que diversos estudos repassassem recomendações do que deve ser feito e do que deve ser evitado. Aliado a isso, o ambiente jurídico se mostra mais seguro e os agentes</p>	<p>- Percebe-se que a Inglaterra se encontra mais preparada para lidar com o Diálogo Competitivo do que os demais países da pesquisa. Os diversos estudos realizados nesse país e o reiterado uso desse instrumento favoreceram isso;</p> <p>- As fases do procedimento foram muito bem estudadas na Inglaterra, o que fez com que diversos estudos repassassem recomendações do que deve ser feito e do que deve ser evitado. Aliado a isso, o ambiente jurídico se mostra mais seguro e os agentes</p>	<p>- Percebe-se que a Inglaterra se encontra mais preparada para lidar com o Diálogo Competitivo do que os demais países da pesquisa. Os diversos estudos realizados nesse país e o reiterado uso desse instrumento favoreceram isso;</p> <p>- As fases do procedimento foram muito bem estudadas na Inglaterra, o que fez com que diversos estudos repassassem recomendações do que deve ser feito e do que deve ser evitado. Aliado a isso, o ambiente jurídico se mostra mais seguro e os agentes</p>	<p>- Percebe-se que a Inglaterra se encontra mais preparada para lidar com o Diálogo Competitivo do que os demais países da pesquisa. Os diversos estudos realizados nesse país e o reiterado uso desse instrumento favoreceram isso;</p> <p>- As fases do procedimento foram muito bem estudadas na Inglaterra, o que fez com que diversos estudos repassassem recomendações do que deve ser feito e do que deve ser evitado. Aliado a isso, o ambiente jurídico se mostra mais seguro e os agentes</p>	

<p>Síntese Comparativa</p>	<p>brasileiro não trouxe a remissão direta a contratos complexos, embora esse conceito esteja embutido no conteúdo da descrição do Diálogo Competitivo.</p>	<p>havia a previsão de hipótese não aplicável ao Diálogo Competitivo europeu, mas sim a outro procedimento, sem previsão no direito brasileiro.</p>	<p>menos o utiliza. Por outro lado, o Brasil, nunca fez uso dessa modalidade licitatória, apesar de já ter previsão legal há mais de um ano.</p>	<p>- Portugal foi o único país que definiu que as regras de outro procedimento devem ser usadas como subsidiárias na tramitação do Diálogo Competitivo;</p> <p>- Em Portugal e no Brasil as fases do procedimento encontram-se definidas na lei, o que não foi observado na Inglaterra. Nos dois primeiros países o procedimento foi dividido em 3 fases, já na Inglaterra, o governo, por meio de manual, organizou o procedimento em 5 fases;</p> <p>- Apenas na Inglaterra foi identificada a valorização da fase de planejamento, que possibilita à Administração Pública se organizar, definir de forma pormenorizada cada etapa a ser seguida e interagir com o mercado;</p> <p>- Quanto à seleção dos candidatos que participarão da fase de diálogo, na Inglaterra é possível que desde o anúncio do concurso se limite o número de participantes. Em Portugal isso vai depender do método utilizado para a seleção dos participantes, se for utilizado o método complexo, é possível limitar previamente o número de participantes que passarão para a fase de diálogo, se for utilizado o método simples, todos os candidatos que preencherem os requisitos mínimos serão classificados. Já no Brasil, não é possível limitar o número de licitantes que participarão da fase de diálogo, sendo esse o único país que apresentou indefinição de como deve se dar essa seleção, se o administrador público tem autonomia de definir os critérios, ou se essa etapa deve ser regida pelas regras da qualificação;</p> <p>- Portugal foi o único país que definiu que cada participante pode apresentar apenas uma solução, sendo também o único que definiu que soluções que não atendam a critérios mínimos formais podem ser excluídas logo após serem apresentadas e antes do diálogo;</p> <p>- Na Inglaterra e no Brasil é possível eliminar candidatos na fase de diálogo, no primeiro país o candidato excluído não pode voltar ao certame posteriormente, já no segundo é possível;</p> <p>- Somente na Inglaterra tem orientação de usar a fase de diálogo para testar a solução antes da adjudicação do contrato;</p> <p>- Na Inglaterra podem ser selecionadas, após o diálogo, uma ou mais soluções como aptas a suprirem as necessidades públicas, sendo que cada participante irá elaborar proposta com base na sua solução, ou seja, os participantes eliminados na fase de diálogo não poderão apresentar propostas. No Brasil, a Administração Pública pode selecionar uma ou mais soluções como aptas a suprirem suas necessidades, sendo que cada uma certamente dará origem a um projeto básico ou a um termo de referência, que será a base para a elaboração da proposta por todos os participantes que entraram para a fase de diálogo, independente de terem sido eliminados ou não durante o diálogo, ou seja, os participantes podem elaborar proposta</p>	<p>públicos mais preparados para lidarem com o procedimento, o que faz com que possíveis problemas, como o procedimento ser caro, demorado e complexo, se tornam minorados;</p> <p>- Em Portugal a transposição das regras do Diálogo Competitivo com alterações que as deixaram menos flexíveis e mais complexas dificultaram o uso;</p> <p>- A regulamentação do Diálogo Competitivo em Portugal parece não atrair nem o mercado, nem a própria Administração Pública a usá-lo. Nesse país, as críticas ao procedimento, tal qual foi regulamentado no Código de Contratos Públicos, se sobressaem aos elogios;</p> <p>- No Brasil a regulamentação do Diálogo Competitivo se mostra mais harmônica com a sua origem nas diretivas europeias do que a regulamentação portuguesa, mas algumas mudanças podem ser observadas. Ressaltam-se desvios significativos em relação ao direito europeu no projeto de lei, que foram corrigidos quando da publicação da Lei nº 14.133/2021, alterações importantes para guardar correspondência entre a lei</p>
-----------------------------------	---	---	--	---	---

<p style="text-align: center;">Síntese Comparativa</p>				<p>para solução desenvolvida por outros participantes. Já em Portugal, a autoridade pública poderá eleger uma solução como apta a satisfazer as necessidades públicas, o que dará origem a um caderno de encargos a ser disponibilizado para todos os participantes do diálogo elaborar suas propostas, nesse país resta dúvida se a melhor solução necessariamente deve vir de um candidato, ou se pode ser o resultado da junção de mais de uma solução, inclusive de acréscimos feitos pelo próprio setor público;</p> <p>- O sigilo quanto às informações estratégicas repassadas pelos participantes não se mostra garantido durante todo o processo em Portugal e no Brasil. Em Portugal, a solução escolhida como a melhor será a base para a elaboração do caderno de encargos a ser disponibilizado a todos os participantes, no qual pode conter informações que o participante gostaria de manter sob sigilo. Já no Brasil, as reuniões do diálogo devem ser gravadas em áudio e vídeo, arquivos que devem ser juntados ao autos ao final da etapa de diálogo, comprometendo o sigilo, ademais, a(s) solução(ões) escolhida(s) será(ão) a base para a elaboração do projeto básico ou o termo de referência, a ser disponibilizado a todos os participantes;</p> <p>- Na Inglaterra é possível solicitar esclarecimento aos participantes assim que eles entregam as propostas, assim como é possível negociar com o candidato vencedor para confirmar compromissos financeiros ou outros termos. Em Portugal é possível solicitar esclarecimento aos participantes quanto às suas propostas antes de se definir o candidato vencedor, mas não é possível negociar com ele após essa definição, pois nesse país está prevista a impossibilidade de se adotar uma fase de negociação. Já no Brasil, também é possível solicitar esclarecimento aos participantes assim que eles entregam as propostas, mas não é possível negociar com o candidato vencedor.</p> <p>- Na Inglaterra e em Portugal, a proposta escolhida será aquela que apresentar a melhor relação de qualidade e preço, já no Brasil será escolhida a proposta mais vantajosa, o que leva a entender que se deve utilizar o critério de técnica e preço;</p> <p>- Na Inglaterra existe a possibilidade de conferir pagamento aos participantes como forma de ressarcir-los dos custos do procedimento, apesar de essa ser uma hipótese pouco usada e até mesmo não recomendada. Em Portugal e no Brasil não existe essa possibilidade;</p> <p>- Quanto à condução do procedimento, na Inglaterra não há previsão de quem deve fazê-lo. Em Portugal o procedimento deve ser conduzido por um júri, sendo que as decisões relevantes devem ser referendadas pela autoridade competente. Já no Brasil o procedimento deve ser conduzido por</p>	<p>nacional e sua norma de origem;</p> <p>- O Brasil ainda tem pouco conhecimento acerca desse procedimento, sendo necessário investir muito em capacitação e treinamento dos agentes públicos. Também é importante deixar o ambiente administrativo cada vez mais seguro e atrativo para esse tipo de procedimento em que há interação entre o público e o privado.</p>
---	--	--	--	--	--

<p style="text-align: center;">Síntese Comparativa</p>				<p>uma comissão de 3 membros da Administração Pública, com possibilidade de se contratar uma assessoria técnica especializada;</p> <p>- A Inglaterra foi o país onde mais se verificou elogios a esse procedimento, bem como o reconhecimento de que ele, em sendo bem aplicado, planejado e conduzido, pode gerar diversos benefícios para as contratações públicas. Em Portugal, pouco conteúdo remete aos benefícios e às vantagens de se aplicar o Diálogo Competitivo. No Brasil, existem altas expectativas quanto ao uso desse instrumento;</p> <p>- Na Inglaterra também se encontrou críticas ao procedimento, que muitas vezes se mostra caro, demorado e complexo, sendo as principais causas o planejamento inadequado e as falhas de condução. Em Portugal, foram identificadas diversas críticas e diversos problemas, cuja principal razão encontra-se na transposição do instrumento para o direito nacional, o que leva a crer que o procedimento não deve ter um futuro promissor nesse país. Já no Brasil, já se faz possível identificar alguns pontos que dificultam o adequado uso do Diálogo Competitivo, tais como, problemas culturais ligados à Administração Pública brasileira, ambiente que ainda não oferece suficiente segurança jurídica, bem como desconhecimento e despreparo dos agentes públicos;</p> <p>- A Inglaterra foi o único país que está estudando a viabilidade de substituir o Diálogo Competitivo por um instrumento ainda mais flexível e que oferece mais autonomia às entidades adjudicantes.</p>	
---	--	--	--	--	--