

Título do capítulo	CAPÍTULO 7 – DIÁLOGOS COMPETITIVOS MOTIVADOS PELA INOVAÇÃO
Autores	Maria Carolina Foss Vítor Monteiro
DOI	http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2/capitulo7
Título do livro	COMPRAS PÚBLICAS PARA INOVAÇÃO NO BRASIL: NOVAS POSSIBILIDADES LEGAIS
Organizador	André Tortato Rauen
Volume	-
Série	-
Cidade	Brasília
Editora	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)
Ano	2022
Edição	-
ISBN	978-65-5635-046-2
DOI	http://dx.doi.org/10.38116/978-65-5635-046-2

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – ipea 2022

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: <http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes>

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério da Economia.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

DIÁLOGOS COMPETITIVOS MOTIVADOS PELA INOVAÇÃO^{1,2}

Maria Carolina Foss³
Vitor Monteiro⁴

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, incluiu entre as modalidades de licitação para a aquisição de bens e serviços pela administração pública brasileira o diálogo competitivo.

Mesmo antes da sua incorporação ao regime de compras públicas brasileiro, o diálogo competitivo já suscitava inquietações entre juristas, gestores públicos e potenciais contratados quanto à incorporação deste processo de aquisição importado do direito estrangeiro.

Para essa obra coletiva, o diálogo competitivo interessa por um dos seus objetos: a contratação pela administração pública de inovação *tecnológica ou técnica*, o que enquadra esta modalidade de licitação na gama de instrumentos das compras públicas para a inovação.

As compras públicas para inovação são instrumentos jurídicos voltados a atender às demandas do poder público, cujos resultados podem repercutir nas esferas sociais e econômicas de uma localidade, região, país e também nas relações internacionais. A compra pública é um mecanismo com aplicação direta no campo das políticas públicas e vem sendo cada vez mais apontado como um indutor de políticas de inovação. Nesse sentido, uma vasta literatura sobre compras públicas para inovação vem sendo constituída, especialmente em relação ao uso desse instrumento por países-membro da União Europeia (Bleda e Chicot, 2020; Morley, 2021; Zabala-Iturriagaitia, 2017). Além da Europa, o uso do poder de compra estatal para promover desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação acumula muitos casos bem-sucedidos, com destaque para o uso das compras públicas pelo setor de defesa dos Estados Unidos (Rauen, 2014; Robinson e Mazzucato, 2019).

1. A autora agradece o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), sob processo nº 2019/16147-7. As opiniões, hipóteses, conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade dos autores, e não necessariamente refletem a visão da Fapesp ou da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep).

2. Os autores agradecem as sugestões e os comentários de André Rauen, Eduardo Spanó, Fabio Prol e Felipe de Carvalho às versões preliminares deste capítulo.

3. Professora de direito no Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) e advogada. *E-mail*: <mcarolfoss@gmail.com>.

4. Advogado na Finep. *E-mail*: <monteiro_vitor@yahoo.com.br>.

No Brasil, de forma mais acentuada durante a última década, o arcabouço jurídico das aquisições estatais foi revisto e incrementado para incorporar instrumentos mais amigáveis à inovação (Rauen, 2021). Exemplo notável desse esforço foi a regulamentação da encomenda tecnológica, uma espécie de compra pública para inovação que combina a fase de pesquisa e desenvolvimento (P&D) com a aquisição de soluções para problemas técnicos, produtos ou serviços inovadores (Rauen e Barbosa, 2019). Além da encomenda tecnológica, outros arranjos foram incorporados ao leque de compras públicas para inovação, como o contrato público de solução inovadora estabelecido na Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021, conhecida como marco legal das *Startups*, e o diálogo competitivo, objeto deste capítulo, entre outros mecanismos analisados neste livro.

Com vistas a explorar os diálogos competitivos enquanto instrumento de estímulo à inovação, este capítulo divide-se em quatro seções, além desta introdução.

Inicialmente, busca-se conceituar os diálogos competitivos, conforme estabelecido pela legislação brasileira. Além da sua definição legal, o capítulo discorre sobre o procedimento à sua aplicação, estabelecido pela Lei nº 14.133/2021, apontando, especialmente, as indefinições desta novidade do regime de compras públicas brasileiro.

Nas duas seções seguintes, o estudo coloca em paralelo o diálogo competitivo e a inovação.

Assim, na seção 2, o capítulo trata da incorporação dos diálogos competitivos no direito brasileiro. Por meio do exame dos debates legislativos que originaram a Lei nº 14.133/2021, busca-se mapear como foi a incorporação desta forma de contratação pública. Com o recorte de análise do direito estrangeiro centrado no uso do diálogo competitivo como instrumento de política de ciência, tecnologia e inovação (CT&I).

A seção 3 analisa técnicas de contratações públicas assemelhadas aos diálogos competitivos no direito europeu e no direito estadunidense, a fim de registrar os mecanismos em uso no direito estrangeiro e aproximá-los ao estabelecido para essa modalidade licitatória pela Lei nº 14.133/2021.

Já a seção 4 investiga a capacidade de o diálogo competitivo colaborar, enquanto mecanismo de compra pública, com a promoção da inovação. Para tanto, examina-se em que termos os diálogos competitivos podem contribuir com a implementação de políticas de CT&I e, conseqüentemente, identificar como o uso deste instrumento de aquisição estatal pode somar esforços a tais políticas.

Por fim, na seção 5, são explicitados os desafios ao uso desta modalidade de licitação para a promoção da inovação, apontando as inseguranças jurídicas à sua utilização diante do disposto na Lei nº 14.133/2021 e possíveis alternativas

interpretativas e/ou aprimoramentos normativos, tendo em vista uma seleção de experiências internacionais, para que os diálogos competitivos funcionem como um instrumento legal de fomento à inovação.

2 O DIÁLOGO COMPETITIVO ENQUANTO MODALIDADE LICITATÓRIA DA LEI Nº 14.133/2021 PARA A CONTRATAÇÃO DE INOVAÇÃO

Nos termos da Lei nº 14.133/2021, o diálogo competitivo é uma das modalidades licitatórias do regime de compras públicas brasileiro. Ao lado do pregão, da concorrência, do concurso e do leilão, o diálogo competitivo é uma das técnicas à disposição da administração pública para a seleção de propostas de bens, obras e serviços.

Segundo definição trazida pela Lei nº 14.133/2021, por meio desta modalidade de licitação, a administração pública dialoga com possíveis contratantes previamente selecionados, a fim de encontrar soluções para suas necessidades.⁵

Portanto, os diálogos competitivos caracterizam-se por dois elementos: i) por meio do *diálogo* entre a administração pública e os interessados em fornecer bens e serviços ao Estado; e ii) com vistas à satisfação de *necessidades* de interesse público.

Conforme sintetizam Garcia e Moreira (2020, p. 51):

[o] diálogo competitivo foi concebido para conferir maior flexibilidade nas licitações públicas, nomeadamente naqueles contratos complexos que não comportam, *a priori*, soluções herméticas. A essência do diálogo competitivo é viabilizar, no curso do próprio procedimento licitatório, a construção da solução mais satisfatória para objetos demasiadamente complexos, seja pelas características técnicas, financeiras ou mesmo jurídicas.

Nota-se que, a despeito dos aspectos estrutural (diálogo) e finalístico (necessidade da administração pública),⁶ a Lei de Compras Públicas de 2021 estabelece objetos específicos para as contratações sob a forma dos diálogos competitivos, conforme a seguir descrito.

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;

5. Lei nº 14.133/2021, art. 6º. "Para os fins desta lei, consideram-se: XLII – diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos" (Brasil, 2021a).

6. "A expressão 'modalidade' é utilizada, tecnicamente, para indicar cada uma das espécies de procedimentos licitatórios, que se diferenciam entre si no tocante à estrutura e aos fins buscados" (Justen Filho, 2010, p. 443).

b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e

c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela administração;

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

a) a solução técnica mais adequada;

b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III – (vetado) (Brasil, 2021a).

De partida, pela leitura do art. 32, inciso I, alínea *a*, da Lei nº 14.133/2021, percebe-se que é imediata a viabilidade de utilização dessa modalidade licitatória para a contratação de inovação. Diante da novidade do diálogo competitivo como modalidade licitatória, convém, antes de se avançar para outras reflexões, explicitar o procedimento legislativamente previsto.

Conforme o art. 32, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, o diálogo competitivo inicia-se com a publicação do edital por parte da administração pública, dando notícia das suas necessidades. Exige-se, ainda, que o edital esclareça os requisitos para a participação dos interessados no processo licitatório e os elementos utilizados na seleção para a etapa do *diálogo*.

Portanto, o diálogo competitivo realiza-se tão somente com interessados “que atendam determinados requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira”⁷ (Oliveira, 2021, p. 38), respeitando, desde logo, os imperativos de competência dos licitantes, críticos aos processos de inovação. Com esse número limitado de licitantes, a administração passa a dialogar em busca de soluções para as suas necessidades, sob cuidadosos procedimentos quanto ao fluxo de informações entre os participantes desta etapa licitatória. Aqui, além de assegurar a não divulgação de informações com potencial de conferir vantagens discriminatórias a qualquer dos participantes, a administração deve garantir no processo de seleção, salvo consentimento entre as partes, o sigilo das comunicações realizadas, algo que, de certo modo, significa bem-vinda salvaguarda às contratações que envolvem o tema da inovação.

7. Para justificar os aspectos de habilitação técnica e econômico-financeira, Oliveira (2021, p. 41) pontua: “a pré-seleção não é uma etapa na qual há competição, em que a administração julga quem tem os melhores requisitos. Trata-se de uma etapa de nivelamento, em que o edital prevê os parâmetros minimamente aceitáveis para que o licitante possa contribuir na formação da solução e, se vier a vencer a fase competitiva, tenha condições técnicas e econômico-financeiras de executar o contrato. Por isso, entende-se que o mais razoável no modelo pátrio é que a seleção prévia pautar-se pelos requisitos da habilitação técnica e econômico-financeira”.

Ademais, resta claro que, no ordenamento jurídico brasileiro, o diálogo das soluções para as necessidades da administração não se faz, em regra, entre os licitantes, mas entre esses e a administração. Além de explicável diante do caráter competitivo do procedimento licitatório, a limitação ao fluxo de conhecimento se justifica em razão de a tomada de decisão estar a cargo da administração.

Diante disso, a Lei nº 14.133/2021 informa, sem estabelecer prazo, que a administração poderá prolongar a etapa de diálogo pelo tempo que entender conveniente, inclusive estabelecendo *fases sucessivas*, de modo a reduzir o número de interlocutores para a definição das soluções que lhe pareçam mais adequadas. O diálogo encerra-se mediante decisão fundamentada da administração, com a especificação de uma ou mais soluções aptas para responderem às suas necessidades. Veja-se que essa possibilidade de a administração não eleger uma única solução para as suas necessidades aproxima o procedimento licitatório dos diálogos competitivos de um aspecto da inovação, qual seja, a frequente inexistência de uma única rota (isto é, uma única trajetória) para a solução de um problema.

Enfim, encerrada a etapa dos diálogos, com a juntada ao processo dos *registros* e da *gravação* entre os licitantes e a administração, inicia-se a fase competitiva da modalidade licitatória. Nesta, participam exclusivamente aqueles interessados selecionados para a etapa dos diálogos, de modo que a disputa da proposta *mais vantajosa* aproveita-se da seletividade técnica e econômico-financeira do licitante realizada no início do procedimento.

Como se observa, à primeira vista, o procedimento do diálogo competitivo da Lei nº 14.133/2021 não só estabelece a compra pública da inovação entre os seus objetos, como tem procedimento poroso a aspectos-chave dessa atividade, qual seja, o *diálogo* entre a parte interessada na aquisição da solução e aquela desejosa de ofertar alternativas ao problema. No entanto, sobretudo por se tratar de modalidade licitatória nova, até então inexplorada no âmbito da administração pública brasileira para a contratação de inovação, diversas dúvidas se colocam à sua utilização.

Uma reflexão sobre os desafios ao uso dos diálogos competitivos para a promoção da inovação bem como a investigação em torno da racionalidade deste instrumento de compra pública para fins de estímulo à inovação pelo Estado brasileiro serão realizadas nas seções seguintes. Antes, de toda sorte, convém ponderar quanto ao seu ingresso no direito brasileiro.

3 ORIGENS E BREVE HISTÓRICO DA INCORPORAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 O diálogo competitivo no debate legislativo brasileiro⁸

Não é o caso de, neste estudo, empreender um exame do histórico legislativo das proposições legislativas que culminaram na Lei nº 14.133/2021. Como se sabe, desde a edição da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações de 1993), a legislação de compras públicas é objeto de modificações constantes pelo legislador brasileiro.

Portanto, a despeito do longo histórico de tramitação de alguns dos projetos de lei (PLs) que estiveram em debate no Congresso Nacional, para fins do exame da emergência dos diálogos competitivos no debate legislativo, parte-se do PL do Senado nº 559/2013, um dos textos legislativos centrais da conformação final da Lei nº 14.133/2021.

Produto de uma comissão especial temporária instituída para *modernização* da Lei nº 8.666/1993, é no curso da tramitação do PL nº 559/2013, no Senado Federal, que se identifica a inclusão do diálogo competitivo nos debates legislativos.

Ocorre que não é possível precisar, em detalhes, a origem da modalidade licitatória. Cogita-se que o tema tenha decorrido da Emenda nº 60/2014 ao PL nº 559/2013 que, ao tratar da contratação integrada, estabelecia que essa “deverá envolver, pelos menos, uma das seguintes possibilidades: I – inovação tecnológica ou técnica; II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado”.⁹

O texto, como se vê da reprodução do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, é muito similar àquele que viria a caracterizar a modalidade licitatória do diálogo competitivo. Nota-se, ademais, que, em sua justificativa, a Emenda nº 60/2014 não explicitava o significado de *inovação tecnológica ou técnica*, restringindo-se a apontar que os objetos para a contratação integrada tinham fundamento em técnicas de contratação do direito comparado, “apenas em circunstâncias nas quais esteja claro que, por dispor de maior expertise que a Administração, o contratado possa realizar com maior eficiência o objeto contratual”. Assim, nestes termos, as propostas para a contratação integrada, “além de reduzirem o espaço de discricionariedade do administrador público, são consentâneos com a experiência internacional sobre o tema”.¹⁰

8. As reflexões realizadas nessa subseção têm base nas investigações realizadas em Mourão *et al.* (2022), quanto aos debates legislativos em torno do tema inovação no processo legislativo, que originou a Lei nº 14.133/2021.

9. Emenda nº 60/2014 ao PL nº 559/2013, de autoria da senadora Gleisi Hoffmann. Disponível em: <<https://bit.ly/3BOcq7E>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

10. Disponível em: <<https://bit.ly/3BOcq7E>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Acompanhando o histórico de tramitação do PL nº 559/2013 no *site* do Senado Federal,¹¹ verifica-se que, embora aprovada pelo relator da Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional (CEDN), encarregado pelo PL, a proposta examinada pelo Senado Federal tratou do que constava entre os objetos da contratação integrada, como a *inovação tecnológica ou técnica*, enquanto disciplina jurídica do diálogo competitivo.

Também nesse ponto não é clara na tramitação do PL nº 559/2013 tanto a inclusão da modalidade licitatório do diálogo competitivo na proposta normativa quanto as razões que levaram à migração para este do objeto outrora almejado para a contratação integrada pela Emenda nº 60/2014. É apenas possível identificar na versão de 2 de agosto de 2016 do relatório da comissão especial uma passagem anotando que “foi incluído entre as modalidades o chamado diálogo competitivo, presente em ordenamentos jurídicos como o da União Europeia”.¹²

Em suma, embora as pistas legadas pelo processo legislativo sejam lacônicas, parece certo que, ao recuperar objetos que haviam sido inicialmente destinados à contratação integrada, o diálogo competitivo figura entre as modalidades de contratação pública destinadas a arranjos complexos nas quais se vislumbram assimetrias de informações entre administração pública e mercado quanto ao objeto da contratação. Ademais, de modo claro, os legisladores enunciam o direito europeu como referência para a inclusão do diálogo competitivo no direito brasileiro. Com isso, é oportuno avançar neste capítulo para se compreender o significado do diálogo competitivo no direito europeu.

3.2 Origens e características do diálogo competitivo no direito europeu

As referências mais conectadas ao diálogo competitivo, na forma como previsto na Lei nº 14.133/2021, são de Diretivas da União Europeia: Diretiva 2004/18/EU, de 31 de março de 2004, que dispôs sobre a coordenação dos processos de adjudicação em contratos públicos de empreitada de obras, serviços e fornecimento, e Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, que estabeleceu novas diretrizes sobre os contratos públicos, revogando a Diretiva 2004/18/EU.

Não há dúvidas de que o texto da Diretiva 2014/24/EU inspirou a redação dada ao art. 32 da Lei nº 14.133/2021. Consta do art. 26 do diploma europeu que o diálogo competitivo pode ser utilizado pela administração pública para contratar obras, fornecimentos e serviços que preencham os requisitos a seguir.

11. Ver quarta autuação, de 13 de julho de 2016, na ficha do PL nº 559/2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3bBrNFR>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

12. Parecer do relator da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional sobre o PL nº 559/2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3yFhfh0>>.

- i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;
- ii) os produtos ou serviços incluem a concessão ou soluções inovadoras;
- iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas; e
- iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, com referência aos pontos 2 a 5 do anexo VII (CE, 2014).

Além de dispor sobre o diálogo competitivo (ou diálogo concorrencial, conforme tradução portuguesa da Diretiva 2014/24/EU), o art. 26 também estabeleceu as normas gerais aplicáveis ao procedimento competitivo com negociação. Diante das semelhanças entre este e o diálogo competitivo, é possível que haja confusão entre as terminologias, sendo oportuno destacar as principais distinções entre os dois mecanismos.

Considerando os termos da Diretiva 2014/24/EU, definiu-se o procedimento competitivo com negociação como um procedimento associado a uma concorrência aberta. O procedimento, portanto, é uma fase adicional à modalidade de concorrência, na qual a administração pública faz uma chamada à concorrência com uma descrição da sua necessidade e das características demandadas para os produtos, os serviços e as obras a serem contratadas, bem como especifica os critérios de adjudicação. Ressalte-se que os requisitos mínimos do que é a demanda a ser contratada e os critérios de adjudicação definidos pela administração pública não são objeto de negociação.

Por seu turno, o diálogo competitivo, de acordo com a Diretiva 2014/24/EU, possui um tratamento diferenciado do previsto para o procedimento competitivo com negociação. O diálogo competitivo inicia-se com a abertura de uma concorrência pela administração pública, na qual, no prazo mínimo de trinta dias, qualquer potencial contratado pode manifestar interesse. Ainda de acordo com a Diretiva 2014/24/EU, o diálogo competitivo somente se realiza por convite da administração pública a, no mínimo, três interessados, sendo, portanto, uma modalidade de licitação restrita aos concorrentes convidados pela administração.

De acordo com Oliveira (2021), o procedimento para negociação competitiva aplica-se nos casos em que a administração pública consegue definir o escopo a ser contratado, mas precisa de flexibilidade no critério de julgamento de propostas. O diálogo competitivo, por seu turno, busca suprir a lacuna de definição do objeto a ser contratado, em razão da complexidade da necessidade da administração, a justificar a interação público-privada. Nesse sentido, após a definição do objeto a

ser contratado, a fase de julgamento de propostas no diálogo competitivo segue os procedimentos tradicionais da modalidade de licitação da concorrência. A figura 1 apresenta as etapas do fluxo de contratação por intermédio do diálogo competitivo na União Europeia.



Conforme a figura 1, as fases de chamamento público e a seleção dos participantes a convite da administração pública são etapas separadas. A racionalidade por trás do chamamento público filia-se ao princípio da transparência, que dita as regras do sistema de compras públicas no direito europeu (Arrowsmith e Treumer, 2012). A fase do diálogo, etapa crucial no fluxo deste mecanismo de contratação, permite a interação dos potenciais contratados com a administração pública. As informações trocadas no diálogo são de natureza técnica, econômica – custos e formação de preços – e jurídica – entendimentos sobre o desenho contratual, responsabilidades e garantias (Buccino *et al.*, 2020). A administração pública poderá optar por reunir as propostas dos potenciais contratados que irão participar da fase de diálogo, e as interações podem ser realizadas individualmente, para fins de proteção à confidencialidade e de afastar vieses na seleção (*op. cit.*, p. 4). É necessário que existam pelo menos três participantes para realizar a fase de diálogo, conforme orientação da *Competition and Consumer Authority* de 2006 (Haugbølle, Pihl e Gottlieb, 2015, p. 568). As fases subsequentes de contratação e monitoramento seguem os parâmetros tradicionais da concorrência, sendo o critério de adjudicação embasado na proposta mais vantajosa economicamente (*most economically advantageous tender* – Meat).

Embora se reconheçam as distinções entre o diálogo competitivo e o procedimento competitivo com negociação, não se pode afastar as similaridades entre eles e o fato de que nas próprias Diretivas da União Europeia os mecanismos são aplicáveis, alternativamente, para os mesmos tipos de contratação. Em relação às origens, tanto o diálogo competitivo quanto o procedimento competitivo com negociação foram instituídos por intermédio da Diretiva 2004/18/EU. Importante lembrar que o texto da diretiva de 2004 incorpora uma série de estudos e análises prévias no contexto europeu que revolucionaram a compreensão sobre o uso do poder de compra estatal para induzir demanda, criar mercados, atender necessidades de interesse público e também difundir inovações (Hoezen e Dorée, 2008; Oliveira, 2021; Tsipouri, 2015).

No direito brasileiro, no entanto, o procedimento competitivo com negociação não foi incorporado, tal como ocorreu com o diálogo competitivo. Em uma interpretação mais extensiva, identificam-se semelhanças entre os mecanismos do diálogo competitivo, do procedimento competitivo com negociação e do procedimento de manifestação de interesse (PMI), este definido nos termos do art. 81 e seguintes da Lei nº 14.133/2021, bem como da consulta a ser feita aos potenciais contratados na fase pré-contratual da encomenda tecnológica, conforme estabelecido no art. 27, § 4º, do Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018.

Pontua-se que o PMI é um procedimento auxiliar voltado à realização de estudos, investigações e levantamentos por representantes da iniciativa privada, que não necessariamente serão contratados pela administração, enquanto a consulta da pré-encomenda tecnológica é uma obrigação a ser cumprida pela administração pública federal para obter informações à definição do objeto da encomenda. Guardadas as semelhanças, os dois instrumentos – PMI e consulta pré-encomenda tecnológica – não são procedimentos de contratação pública, como é o caso do diálogo competitivo e, também, do procedimento competitivo com negociação, este último contido somente no direito europeu.

Ocorre que, decorridos mais de quinze anos desde a incorporação do diálogo competitivo na Diretiva 2004/18/EU, estudos evidenciam que a implementação desse mecanismo ainda permanece limitada (Arrowsmith e Treumer, 2012; Buccino *et al.*, 2020; Haugbølle, Pihl e Gottlieb, 2015; Hoezen e Dorée, 2008). Em levantamento realizado a partir da base de dados de compras públicas no mercado comum europeu (*Tendering Electronic Daily* – TED, uma espécie de suplemento sobre compras públicas no *Diário Oficial da União Europeia*), Buccino *et al.* (2020) identificaram que, no período 2010-2017, apenas 0,32% do total de contratos de compras públicas da União Europeia usou os procedimentos do diálogo competitivo. A título ilustrativo, o maior número de contratos celebrados na União Europeia com base no diálogo competitivo ocorreu em 2012, e somou 601 contratos, enquanto o ano com menor número de contratações por este instrumento foi 2015, somando 464 contratos (*op. cit.*, 2020).¹³

As contratações por intermédio da modalidade diálogo competitivo, no direito europeu, concentraram-se nas compras dos setores de saúde e de serviços públicos. Em relação aos serviços públicos, destaquem-se as compras voltadas a: moradia, tecnologias da informação, iluminação pública, segurança pública, fornecimento de água bem como P&D relacionadas a infraestruturas destinadas à fruição coletiva (por exemplo, escolas, espaços comunitários para lazer

13. Embora a porcentagem seja pequena, os números absolutos de contratações utilizando essa modalidade não são irrelevantes, o que pode significar um sinal do potencial da modalidade dos diálogos competitivos no âmbito das aquisições públicas brasileiras.

e prática esportiva etc.). Mais recentemente, a partir de 2017, a utilização do diálogo competitivo no direito europeu foi difundida para compras no setor de educação (Buccino *et al.*, 2020).

No que diz respeito a governos, os maiores responsáveis pela utilização do diálogo competitivo na União Europeia são as administrações regionais e locais. Já os países que mais utilizaram o diálogo competitivo como forma de compra pública foram a França e o Reino Unido, respectivamente.

De uma forma geral, o diálogo competitivo foi incorporado por diferentes países europeus desde a publicação da Diretiva 2004/18/EU. Contudo, seu uso ainda é reduzido. Há alguns fatores associados a esse diagnóstico. Parte dos países com tradição em contratações complexas e parcerias público-privadas tiveram mais facilidade para incorporar e colocar em prática o diálogo competitivo, como a França e o Reino Unido. Por sua vez, a experiência em contratações complexas não foi suficiente para que países como Alemanha e Holanda, bem-sucedidos na incorporação das diretrizes das compras públicas europeias para inovação, difundissem o uso do diálogo competitivo até o momento. Países nórdicos, como a Finlândia e a Dinamarca, indicaram ter interesse no mecanismo por sua rápida incorporação nacional – a Dinamarca foi o primeiro país a incluir o diálogo competitivo em sua legislação –, mas esses países ainda fazem uso restrito do instrumento (Buccino *et al.*, 2020).

Um argumento central a favor do diálogo competitivo, segundo Buccino *et al.* (2020), refere-se à flexibilidade instituída pelo mecanismo para a interação dos entes demandantes, pertencentes à administração pública, com os ofertantes, do lado privado.

Em complemento a essa consideração da literatura, pode-se dizer, a partir da narrada experiência europeia, que a comunicação e a negociação entre as partes tendem a favorecer o ajuste fino do objeto a ser contratado, mitigando riscos e incertezas na satisfação da necessidade por uma solução (produto, processo ou serviço) não disponível no mercado. Por seu turno, tal flexibilidade admitida pelo diálogo competitivo, se não for adequadamente manejada, pode abrir portas para práticas de corrupção e conflitar com as regras de proteção à confidencialidade das informações e dos dados partilhados no processo de diálogo, potencializado em face da simultaneidade das múltiplas negociações conduzidas pela administração pública nesse procedimento.

Vale lembrar que a literatura ainda aponta que a dificuldade em definir a complexidade necessária para a contratação bem como a longa jornada da contratação por meio do diálogo competitivo – pois, uma vez que não há prazo para a administração pública encerrar o diálogo, o processo pode se alongar por meses e até anos –, associadas aos mencionados riscos de falta de transparência e quebras

de confidencialidade e segurança de dados, são fatores dissuasivos para o uso do diálogo competitivo. Em regra, o caminho mais fácil tende a ser o do procedimento com negociação, que é preferido em relação ao diálogo competitivo (Arrowsmith e Treumer, 2012; Buccino *et al.*, 2020; Haugbølle, Pihl e Gottlieb, 2015).

3.3 O diálogo competitivo para além da Europa

A inspiração do diálogo competitivo no Brasil, na forma e no conteúdo, teve sua origem no direito europeu. No entanto, experiências com instrumentos similares ao diálogo competitivo devem ser examinadas no intuito de acumular aprendizado sobre o mecanismo recém-inserido no direito brasileiro.

O primeiro caso que merece destaque é a negociação competitiva no contexto estadunidense. De acordo com Yukins (2017), a negociação com múltiplos fornecedores e a contratação por etapas são instrumentos largamente utilizados nas contratações público-privadas do governo federal dos Estados Unidos, especialmente em períodos de guerra, com vistas a acelerar as contratações. A partir da década de 1990, durante o mandato do presidente Clinton, nos Estados Unidos, o capítulo 15 da *Regulação sobre as Compras Federais* (FAR, do inglês *Federal Acquisition Regulation*), referente às contratações negociadas, foi revisado e alterado com o objetivo de promover ainda mais o uso naquele país desse método de contratação público-privada voltado a ajustes complexos.

Em um levantamento de dados sobre as modalidades utilizadas nas compras públicas do governo federal dos Estados Unidos em 2014, Chaudhry (*apud* Yukins, 2017) indicou que aproximadamente 39% das contratações foram realizadas via concorrência, por negociação competitiva entre mais de um concorrente; 29% foram feitas com um único interessado (*sole source solicitation*), por inexigibilidade de concorrentes; 21%, por contratações *guarda-chuvas* (isto é, contratos genéricos, sem escopo definido, que permitem múltiplas contratações); 4%, por compra direta simplificada; e apenas 2% foram feitas via proposta lacrada, isto é, propostas sigilosas até a abertura dos envelopes pelo gestor público.

Sublinha-se que a contratação negociada, regulamentada no capítulo 15 da FAR, pode ser utilizada em negociação competitiva com mais de um concorrente, ou mesmo em casos de inexigibilidade, quando há apenas um potencial contratado. Contudo, na prática, segundo Yukins (2017), a inexigibilidade, pelo risco de seu enviesamento, é preterida em favor das negociações competitivas.

Vale pontuar que a seleção das propostas pode ser flexível, de acordo com o objeto a ser contratado, considerando-se, como regra geral, o critério de melhor valor (*best value*).

No direito europeu, nos termos da Diretiva 2014/24/EU, as diretrizes gerais sobre o procedimento competitivo com negociação e o diálogo competitivo foram estabelecidas nos arts. 29 e 30 da referida diretiva. Como tratado na subseção 3.2, em síntese, a principal diferença entre o primeiro mecanismo e o segundo é que o procedimento competitivo com negociação é aberto a todos os interessados em apresentar proposta a uma chamada publicada pela administração, enquanto o diálogo competitivo é restrito aos interessados previamente convidados pelo poder público (CE, 2014). Nos Estados Unidos, uma distinção tal como a do procedimento competitivo com negociação e do diálogo competitivo não existe, e os termos são entendidos como sinônimos de contratação por negociação.

Além das experiências da Europa e dos Estados Unidos, o diálogo competitivo também foi incorporado ao rol de procedimentos de órgãos multilaterais, como o Banco Mundial. Na reforma conduzida, em 2016, no manual de procedimentos das compras públicas da instituição, o diálogo competitivo foi incorporado como uma modalidade, em separado, das compras públicas aptas ao financiamento do Banco Mundial. Segundo Yukins e Williams-Elegbe (2019), a decisão dessa instituição de incorporar o diálogo competitivo como uma modalidade em separado de compra pública não foi trivial. O receio de práticas anticompetitivas e corrupção constrangeu a adoção do diálogo competitivo nas regras gerais do banco. Contudo, a influência das diretivas europeias e a introdução, em 2011, do mecanismo do diálogo competitivo nas diretrizes de compras públicas da Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas (Uncitral) motivaram o reposicionamento e a incorporação da modalidade dos diálogos competitivos pelo Banco Mundial (Yukins e Williams-Elegbe, 2019).

Assim, embora as origens do diálogo competitivo sejam frequentemente associadas ao direito europeu (Marrara, 2017; Oliveira, 2021; Zago e Rodrigues, 2014), a negociação competitiva nos Estados Unidos e os outros instrumentos voltados às contratações complexas conduzidas por instituições multilaterais possuem similaridades com o diálogo competitivo e são precedentes importantes a serem considerados neste capítulo, o qual aborda a gênese e traça paralelos para o diálogo competitivo recém-inserido no direito brasileiro. O quadro 1 sintetiza as principais características dos instrumentos equivalentes ou similares ao diálogo competitivo mencionados nesta seção.

QUADRO 1

Principais características do diálogo competitivo e de instrumentos similares em uso em diferentes sistemas de compras públicas

Instrumentos	Localidade/ instituição	Principais características				
		Convite	Ampla concorrência	Procedimento para a contratação	Para contratações complexas	Para contratação de inovação
Procedimento competi- tivo com negociação	União Europeia	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
Diálogo competitivo	União Euro- peia, Banco Mundial	Sim	Não	Sim	Sim	Sim
	Brasil	Não	Sim (no processo pré-seletivo)	Sim	Sim, mas a legislação não é taxativa quanto ao requisito	Sim
Negociação competitiva	Estados Unidos	Não	Sim	Sim	Sim	Tende a ser, mas não é explícito
PMI	Brasil	Não	Sim	Não, procedi- mento auxiliar	Tende a ser, mas não é explícito	Não
Consulta pré-encomenda tecnológica	Brasil	Não	Sim	Não, procedi- mento auxiliar	Tende a ser, mas não é explícito	Sim

Elaboração dos autores.

4 DIÁLOGO COMPETITIVO E POLÍTICAS DE CT&I

4.1 Desafios interpretativos à utilização do diálogo competitivo para a compra de inovação pelo Estado

Como destacado anteriormente, não há, até o momento, um conjunto de experiências de adoção da modalidade do diálogo competitivo para a contratação de inovação na realidade brasileira. Diante disso, para essa aproximação entre diálogo competitivo e políticas de CT&I, é oportuno refletir quanto às possíveis interpretações do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, já que o referido dispositivo tem nítido caráter excepcional com relação às demais modalidades licitatórias da nova legislação de compras públicas brasileiras.

Especificamente, pretende-se explorar a restritividade que essa modalidade licitatória impõe para a compra pública para inovação sob duas dimensões: i) a cumulatividade ou a alternatividade dos requisitos, constantes dos incisos e alíneas do art. 32 da Lei nº 14.133/2021; e ii) o caráter da inovação suscetível de contratação pelo poder público mediante os diálogos competitivos.

4.1.1 Alternatividade dos incisos e cumulatividade das alíneas: uma interpretação consistente com o direito e favorável à inovação

Para explicitar o desafio legado pelo legislador à utilização do diálogo competitivo para a compra pública para inovação, o quadro 2 apresenta as quatro possíveis linhas interpretativas para a aquisição de inovação pela administração pública por meio desta modalidade licitatória.

QUADRO 2

Possíveis interpretações do art. 32¹ da Lei nº 14.133/2021 e suas consequências para a contratação de inovação pela administração pública

	Interpretação	Consequência prática
Hipótese A	Alternatividade de todo e qualquer inciso e alínea do art. 32 da Lei nº 14.133/2021.	O mero interesse da administração pública em contratar objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica é suficiente para o uso pela administração pública da modalidade dos diálogos competitivos.
Hipótese B	Cumulatividade das alíneas dos incisos do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, com alternatividade entre os seus incisos.	A contratação que envolva inovação tecnológica ou técnica exige que a administração pública indique que as suas necessidades não podem ser satisfeitas “sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado” (Brasil, 2021a) e que não tem capacidade de precisar com suficiência “as especificações técnicas” (<i>op. cit.</i>) que envolvem o objeto da contratação.
Hipótese C	Cumulatividade das alíneas do inciso I do art. 32 e cumulatividade entre os incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, sendo as alíneas do inciso II do dispositivo compreendidas alternativamente (já que não há entre elas a conjunção aditiva “e”).	A contratação de objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica exige que a administração pública <i>não só</i> manifeste a impossibilidade de adotar soluções disponíveis no mercado e de precisar as especificações técnicas do objeto da contratação, <i>mas, também</i> , não esteja em condições de definir os meios e as alternativas aptos a satisfazer as suas necessidades, tendo em vista i) a adequabilidade da solução; <i>ou</i> ii) os requisitos técnicos em face de uma solução já definida; <i>ou</i> iii) a estrutura do contrato em seus aspectos jurídicos e financeiros.
Hipótese D	Cumulatividade de todo e qualquer inciso e alínea do art. 32 da Lei nº 14.133/2021	A contratação de objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica exige que a administração pública <i>tanto</i> manifeste a impossibilidade de adotar soluções disponíveis no mercado e de precisar as especificações técnicas do objeto da contratação <i>quanto</i> não esteja em condições de definir os meios e as alternativas aptos a satisfazer as suas necessidades, tendo em vista a adequabilidade da solução e os requisitos técnicos em face de uma solução já definida e a estrutura do contrato em seus aspectos jurídicos e financeiros.

Elaboração dos autores.

Nota: ¹ Ver art. 32, na seção 2 deste capítulo.

Em primeiro lugar, anota-se que a síntese interpretativa constante no quadro 2 é organizada para explicitar uma ordem crescente de restritividade da contratação de inovação via diálogo competitivo. Considerando a novidade da modalidade licitatória,¹⁴ pode-se dizer que todas as quatro hipóteses vislumbradas no quadro 2 poderiam orientar o uso do diálogo competitivo pela administração pública.

Contudo, nem todas as alternativas parecem favoráveis à utilização da modalidade licitatória do diálogo competitivo para a aquisição de inovação. Por certo, a hipótese A seria aquela que compreenderia o objeto mais largo para a contratação de inovação, na medida em que bastaria o interesse da administração pública na contratação de inovação tecnológica ou técnica para a viabilidade do diálogo competitivo.

14. Para ilustrar tal situação, há a notícia de apenas uma única tentativa de uso do diálogo competitivo no âmbito da União federal, para a “contratação de solução para o desenvolvimento de medidas sustentáveis à eficiência energética dos prédios situados na Esplanada dos Ministérios”. Disponível em: <<https://bit.ly/3BH3INS>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

Lembra-se que essa é a linha interpretativa que melhor aproximaria o diálogo competitivo do diálogo concorrencial europeu, já que, como enuncia o art. 26, item *a*, da Diretiva 2014/24/EU, para a adoção desse procedimento de contratação nos países-membro da União Europeia basta que a obra, o bem ou o serviço tenham por objeto “a concepção ou soluções inovadoras” (CE, 2014). Tendo em vista que, conforme apontado anteriormente, a experiência europeia do diálogo concorrencial foi apontada como o fundamento para a inclusão do diálogo competitivo no PL que deu origem à Lei nº 14.133/2021, a hipótese A teria suporte em uma interpretação histórica do dispositivo.

Ocorre que, como indica um olhar cuidadoso do texto do art. 32, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, há entre as alíneas *b* e *c* a conjunção aditiva *e*. Por essa razão, vislumbra-se a hipótese B, segundo a qual, para as contratações que tenham por objeto a *inovação tecnológica ou técnica*, a administração pública poderá utilizar a modalidade licitatória do diálogo competitivo, desde que também explicita: i) que as suas necessidades não podem ser atendidas “sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado” (Brasil, 2021a) – algo que, naturalmente, implicaria a contratação de uma inovação; e ii) que não tem capacidade de precisar com suficiência “as especificações técnicas” (*op. cit.*) que envolvem o objeto da contratação – aspecto que, pondera-se, seria a própria justificativa da escolha do diálogo competitivo enquanto modalidade licitatória.

Portanto, embora a hipótese B seja aparentemente mais restritiva que a hipótese A, tendo em vista que impõe mais requisitos legais a serem satisfeitos pela administração pública para a escolha da modalidade licitatória do diálogo competitivo, de modo prático, a distância entre as hipóteses A e B é mínima. Ainda que a hipótese A não exija, em termos legais, que o poder público informe que a solução da necessidade a ser contratada não se encontra disponível no mercado e que não tem condições de precisar as especificações técnicas, parece pouco provável que o gestor público, ao motivar a escolha do diálogo competitivo com base exclusivamente na alínea *a* do inciso I do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, fundamente essa opção sem apontar a ausência de alternativas no mercado às suas necessidades e sem realçar a importância de interagir com seus atores para adequadamente precisar a solução almejada.

De todo modo, já não se vislumbra essa natural complementaridade quando são examinadas as hipóteses C e D, ambas baseadas na cumulatividade entre os incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021. Nessas duas alternativas de interpretação, efetivamente, o grau de restritividade de utilização dos diálogos competitivos por parte da administração pública é latente, pois não basta uma solução inovadora para atender às necessidades do poder público, exige-se que “os meios e as alternativas” (Brasil, 2021a) para a sua satisfação também não sejam conhecidos pelo Estado.

Veja-se que as alíneas do inciso II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 ilustram o que seriam esses meios e alternativas não definidas e não identificadas pela administração pública: “solução técnica mais adequada”; “requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida”; ou “estrutura jurídica ou financeira do contrato” (Brasil 2021a). Ainda que na maioria dos casos de compras públicas para inovação sejam frequentes dúvidas quanto à adequabilidade da solução, aos imperativos técnicos à implementação da solução, ou mesmo aos aspectos jurídicos e financeiros do contrato, uma interpretação que necessariamente correlacione os incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 limita sensivelmente a possibilidade de sua utilização pela administração pública para a contratação pública de inovação, chegando-se, inclusive, a se cogitar a sua real possibilidade diante de elementos conformadores tão estritos.

Nota-se também que as alíneas dos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 apontam para sentidos distintos. Isto é, se a alínea *a* do inciso I estabelece como objeto da contratação via diálogo competitivo a “inovação tecnológica ou técnica” (Brasil, 2021a), fazendo crer, especialmente quando se verificam as demais alíneas do mencionado inciso, que a administração pública desconhece a solução para as suas necessidades; as alíneas do inciso II indicam que o poder público conhece ao menos mais de uma alternativa de solução para as suas demandas, falta-lhe então *definir* ou *identificar a mais adequada* ou os *requisitos técnicos* daquela que já fora escolhida pela administração pública. Em suma, apoiando-se em uma interpretação sistêmica, os incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 são restrições juridicamente impossíveis de serem aplicadas em conjunto, salvo se, convém reforçar, não se pretende conferir utilidade à modalidade licitatória.

Não há dúvidas de que o diálogo competitivo destina-se a contratações complexas, como apontado na descrição histórica desse mecanismo de compras públicas. Isso geralmente implica desafios em termos de precisão do seu objeto, de acompanhamento da execução do contrato ou de formatação do ajuste contratual ou financeiro (notadamente, remuneratório). Todavia, exigir que todas essas dimensões estejam presentes, de modo alternativo (hipótese C) ou não (hipótese D), nas situações em que se pretende a contratação de objetos relacionados à inovação é uma exigência que limita sobremaneira a possibilidade de utilização do diálogo competitivo.

Diante disso, arrisca-se dizer que as hipóteses C e D são tão restritivas que parecem inviabilizar o uso da modalidade licitatória, de modo que não se trata de uma interpretação razoável à finalidade da inclusão do diálogo competitivo como alternativa da Lei nº 14.133/2021 para a seleção de contratados pela administração pública.

Ademais, mesmo que a novidade do instrumento admita, potencialmente, a cumulatividade entre os incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, há outros dois argumentos que colocam reservas à utilização das hipóteses C e D enquanto vetores interpretativos do disposto para o diálogo competitivo pela legislação de compras públicas.

Por um lado, lembra-se das razões do veto do presidente da República ao inciso III¹⁵ do art. 32 da Lei nº 14.133/2021. Ao justificar o seu ato, o chefe do Poder Executivo não correlaciona a impossibilidade de avaliação das propostas apresentadas pelos licitantes, em face do modo de disputa (aberto ou fechado), a nenhuma das demais situações de aplicação dos diálogos competitivos dos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021.¹⁶ Além disso, como precisa a literatura, o inciso III do art. 32 do PL nº 4.253/2020 continha, inclusive, previsão estranha à *história do instituto*¹⁷ no direito europeu.

Por outro lado, ter de exigir a cumulatividade dos requisitos dos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 significa admitir, em outras palavras, que o diálogo competitivo sirva, sempre, à contratação de inovação. Nesse sentido, não bastaria a indefinição ou a não identificação dos meios e das alternativas quanto às necessidades da administração pública para a utilização desta modalidade licitatória, também se demandaria que a inovação fosse objeto da contratação. Esse não parece ter sido o objetivo do legislador brasileiro com a inclusão do diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021, tampouco tem relação com a experiência europeia da modalidade licitatória que serve à contratação de objetos complexos, nos quais a administração pública tem uma necessidade, mas desconhece as alternativas à sua solução, uma vez que a rota de satisfação das suas demandas pode, ou não, envolver a inovação.

Em todo caso, é certo que a inclusão do diálogo competitivo amplia o rol de mecanismos à disposição do Estado brasileiro para a contratação de inovação, ainda que este não seja o seu único objeto. Nesta direção, sustenta-se que a hipótese B é a interpretação mais consistente com o direito brasileiro para a promoção da inovação, por atender à literalidade legal, sem criar condições que inviabilizem a utilização do diálogo competitivo para a contratação de inovação.

15. Texto aprovado pelo Congresso Nacional para o inciso III do art. 32 do PL nº 4.253/2020 do Senado Federal: "Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a administração: (...) III - considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas". Disponível em: <<https://bit.ly/3pWGS8E>>.

16. "(E)mbora a boa intenção do legislador, a medida contraria o interesse público, pois não é adequado vincular o diálogo competitivo ao modo de disputa para a apreciação adequada das variações entre propostas, tampouco à solução de eventuais deficiências com modos de disputa" (Brasil, 2021b).

17. Convém pontuar a íntegra do esclarecimento trazido por Oliveira (2021, p. 34-35): "A situação inicialmente prevista no inciso III não encontra coerência com a história do instituto. O caso do inciso III relacionava-se com a dificuldade de julgamento das propostas. Os modos de disputa aberto e fechado a que se referia o dispositivo em comento dizem respeito aos modos pelos quais as propostas serão apresentadas, conforme definido no art. 56 da nova lei. (...) Verifica-se nessa situação uma dificuldade em julgar a proposta pelo seu modo de apresentação. O obstáculo aqui, segundo o texto advindo do Poder Legislativo, não é a definição do critério de julgamento da proposta. O parâmetro de julgamento pode até ter alguma influência, pois o modo como foi definido pode ocasionar dificuldade de comparação entre as propostas, se apresentadas na forma aberta ou fechada. De qualquer forma, o problema no caso do inciso vetado não é definir qual a solução a ser contratada, mas sim julgar as propostas. Ou seja, o problema estaria relacionado à fase competitiva do certame (apresentação e julgamento das propostas para a definição do contratado). Essa etapa, como já se viu, ocorre após o diálogo. A modalidade em estudo não presta para transpor obstáculos relacionados ao julgamento das propostas".

Antes de se refletir sobre o papel desta modalidade licitatória em termos de política de CT&I, convém ainda olhar para o texto do inciso I do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, mais precisamente a sua alínea *a*, para explorar o que seria a *inovação tecnológica ou técnica* suscetível de contratação via diálogo competitivo.

4.1.2 A inovação objeto da contratação por intermédio do diálogo competitivo: a definição da Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação) como uma referência necessária

Conforme brevemente já se ponderou, o art. 32, inciso I, alínea *a*, da Lei nº 14.133/2021, informa que a “inovação tecnológica ou técnica” é um dos possíveis objetos da contratação pública mediante diálogo competitivo. Antes de avançar para essas qualificações da *inovação*, é oportuno pontuar a abrangência jurídica deste termo no direito brasileiro.

Ainda que a legislação brasileira utilize com frequência a palavra *inovação*, a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (Lei de Inovação), estabeleceu, para os seus efeitos, uma definição ampla do termo, segundo a qual *inovação* é a

introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (Brasil, 2004, art. 2º, inciso IV).¹⁸

Tal definição, a despeito de sua expressa aplicação circunscrita à Lei nº 10.973/2004, parece ter prosperado enquanto definição legal de *inovação* no direito brasileiro, notadamente após a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, que atribuiu *status* de norma geral, aplicável a todos os entes federados brasileiros, à Lei de Inovação.

Não é o caso, nessa seção deste estudo, de detalhar a caracterização legal do fenômeno da *inovação*. Por ora, apenas se pontua que o art. 2º, inciso IV, da Lei nº 10.973/2004, não integra nem a definição de *inovação*, nem a qualificação tecnológica, nem a técnica, constante do inciso I, alínea *a*, do art. 32, da Lei nº 14.133/2021.

Desde logo, é preciso dizer que a expressão *inovação técnica*, referida no mencionado dispositivo, não é correntemente utilizada na literatura ou mesmo nas normas em vigor sobre CT&I. Aliás, em uma explicação jurídica, a *técnica* seria o emprego pelo ser humano de mecanismos não naturais para atender às suas necessidades (Garcia, 2008, p. 17-21). Desse modo, o termo não confere nenhuma

18. Trata-se da definição estabelecida pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Contudo, pode-se dizer que a caracterização estabelecida na redação original de 2004 da Lei de Inovação – “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços” (Brasil, 2004) – tinha a mesma abrangência conceitual.

caracterização adicional à noção de inovação proveniente da Lei nº 10.973/2004. Ora, ou há introdução de um produto, processo ou serviço novo ou aprimorado no ambiente econômico ou social, ou não há inovação (independentemente da *técnica* empregada).¹⁹ Com isso, não há clareza quanto à pretensão do legislador ao estabelecer que o diálogo competitivo visa à contratação de objeto sob a *condição* de se tratar de *inovação técnica*.

Ademais, em uma interpretação extensiva, o termo *inovação técnica* pode ser aproximado da definição de *inovação incremental*, que consiste em melhorias nos produtos, processos e serviços existentes. A *inovação incremental*, vale lembrar, distingue-se da *inovação radical*, que significa mudanças drásticas a ponto de estabelecer uma nova classe de produto, serviço ou processo. Com isso, as inovações podem ter intensidades diferentes na maneira como atingem o *status quo* dos produtos, processos ou serviços no mercado, seja por incrementos e melhorias, seja por constituir novos paradigmas. Nesse sentido, a inovação no campo da *técnica*, conforme estabelecido no art. 32 da Lei nº 14.133/2021, tende a se assemelhar às melhorias técnicas nos produtos, processos e serviços já existentes, assim como definida a *inovação incremental*.

Exemplos de adaptações técnicas com uma dimensão de inovação incremental são frequentes na indústria automotiva, como quando se demanda ajustes e melhorias pontuais em automóveis, por exemplo, elevar a suspensão de veículos para contornar ruas esburacadas ou mesmo modificações em partes de veículos (tamanho de janelas e portas) para seu uso enquanto viatura de polícia ou por motorista com necessidades especiais. Veja-se que, utilizando-se o mesmo referencial do setor automotivo, tais inovações incrementais diferem das inovações radicais que esta indústria está experimentando com a tentativa de aplicação em larga escala do motor elétrico, em face do seu grau elevado de incerteza.

Já quanto à limitação do objeto do diálogo competitivo à *inovação tecnológica*, a dúvida parece ser de outra ordem: a vinculação da modalidade licitatória a uma concepção limitada de inovação. O termo *inovação tecnológica* é denominação difundida nos estudos de CT&I, sobretudo nas reflexões iniciais sobre o tema da inovação, destinadas, especialmente, a particularizá-la enquanto objeto de estudo distinto das noções de ciência, pesquisa etc. De uma forma geral, era como se a inovação estivesse mais na esfera tecnológica, do conhecimento aplicado para a solução de problemas, enquanto a ciência seguia por uma trajetória em separado, dirigida pela curiosidade. No campo do direito, nesse mesmo sentido, as primeiras menções legislativas à *inovação* vinham acompanhadas do qualificativo *tecnológica*.

19. Em linha com essa percepção, de generalidade do termo *técnica* e, conseqüentemente, de pouca utilidade para a definição de efeitos jurídicos, lembra-se que a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996) utiliza a palavra no âmbito da expressão *estado da técnica* para definir tudo aquilo que se encontra publicamente acessível e, portanto, insuscetível de proteção via patente (Brasil, 1996).

Aqui, lembra-se da opção da Lei do Bem (Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005) de destinar incentivos tributários para a *inovação tecnológica*.²⁰

Ocorre que, com o passar do tempo, essa qualificação foi se tornando datada, obsoleta, quando não, no mínimo, artificialmente limitadora da noção de inovação. Por oportuno, menciona-se a própria evolução do *Manual de Oslo*, que, com as sucessivas edições quanto às diretrizes para a coleta e interpretação de dados sobre inovação, pouco a pouco, vem descorrelacionando *inovação* de uma dimensão eminentemente *tecnológica*.²¹

Por essa razão, parece sustentável dizer que *inovação tecnológica* não tipifica situação factual distinta do que se compreende por inovação. Aliás, mesmo os esforços de qualificar a *inovação tecnológica* como parte do fenômeno da inovação em que há emprego intensivo de instrumentos tecnológicos, sugerem uma construção intelectual sem vínculo com aspectos factuais, já que, na atualidade, mesmo inovações organizacionais ou de *marketing*, para voltar às definições do *Manual de Oslo*, não ocorrem sem o emprego de ferramentas ditas *tecnológicas*.

De todo modo, não há dúvidas de que a opção do legislador por condicionar o objeto da contratação via diálogo competitivo à inovação tecnológica ou técnica impõe desafios ao gestor público, na medida em que, como se ponderou, ou não há uma compreensão sobre o que seria esse objeto (no caso, da inovação técnica), ou as definições existentes não acompanharam a evolução do fenômeno, sendo, hoje, não mais que uma categorização artificial da realidade (especificamente, da inovação tecnológica). Ademais, sustenta-se que qualquer exigência de limitação do conceito de inovação não seria apropriada às potencialidades do diálogo competitivo, como a introdução de uma inovação em serviços ou ainda para uma inovação de caráter organizacional.

Há ainda um elemento adicional que contribui para essa interpretação menos restritiva da inovação, qual seja, a utilidade do diálogo competitivo para a negociação e a definição das condições de aspectos da execução de contratos tendo por objeto produto, processo ou serviço inovador – por exemplo, o acompanhamento por unidades entregues, tempo de serviço prestado ou possibilidade de subcontratação etc.

20. A Lei do Bem define “inovação tecnológica” como “a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado” (Brasil, 2005, art. 17, § 1º). Embora guarde alguma especificidade com a concepção adotada pela Lei de Inovação (seja na redação original, seja no texto vigente a partir de 2016), notadamente pela vinculação à *fabricação* ou à *explicitação* do aspecto da *produtividade*, o enquadramento para fins de incentivo tributário da Lei do Bem não caracteriza fenômeno econômico ou social distinto daquele capturado pela definição de inovação da Lei nº 10.973/2004, sobretudo após a mudança promovida pela Lei nº 13.243/2016.

21. Nesse sentido, pontua-se o destaque às inovações de caráter organizacional na quarta edição do *Manual de Oslo* (OECD e Eurostat, 2018), cujo aspecto *tecnológico* é claramente ancilar (quando não irrelevante) para a caracterização da inovação.

Assim, a despeito da literalidade do art. 32, inciso I, alínea *a*, da Lei nº 14.133/2021, sobretudo para que não se fique ao arbítrio do intérprete – notadamente quando este tem a função imperativa de controlar a atividade da administração pública –, defende-se que a extensão da inovação suscetível da contratação via diálogo competitivo seja estabelecida à luz da definição trazida pelo art. 2º, inciso IV, da Lei nº 10.973/2004, por entender que esta é a categorização que, de modo mais acurado, esclarece o significado de inovação no âmbito do direito brasileiro.²²²¹

Essa direção interpretativa não tem a pretensão de superar todos os desafios de enquadramento que se farão necessários, caso a caso, no processo de contratação pública de inovação por meio do diálogo competitivo. Contudo, acredita-se que adotar a definição de inovação da Lei nº 10.973/2004 confere funcionalidade – e segurança jurídica – ao uso desta modalidade licitatória por parte da administração pública para a compra pública de soluções às suas necessidades, envolvendo inovação.

4.2 Racionalidades das políticas de inovação e instrumentalização do diálogo competitivo como mecanismo de compra pública para inovação

A análise conduzida neste capítulo apresentou o diálogo competitivo como mais uma modalidade licitatória para a administração pública brasileira adquirir produtos, processos ou serviços inexistentes no mercado. Contudo, além dos desafios interpretativos à utilização do diálogo competitivo da Lei nº 14.133/2021 para a compra de inovação pelo Estado, é imperativo situá-lo como instrumento de política pública de inovação orientado pela demanda. As compras públicas para inovação são instrumentos jurídicos que buscam atender necessidades da administração pública e também estimular objetivos de políticas públicas. Por essa razão, o uso do poder de compra estatal é entendido como o principal instrumento de política de inovação pela demanda.

Como definidas por Edler *et al.* (2016), as políticas de inovação são intervenções públicas para apoiar a geração e a difusão da inovação. Nesse sentido, as políticas de inovação desenhadas, implementadas e auditadas por órgãos e autoridades públicas de diferentes níveis da administração pública pelo lado da demanda visam assegurar a existência de um mercado – no caso, por aquisição estatal – para produtos, processos ou serviços novos ou aprimorados, reduzindo assim uma das incertezas da atividade de inovação.

Nesse campo de políticas públicas de inovação pelo lado da demanda, o diálogo competitivo parece se enquadrar entre as espécies de compras públicas para inovação destinadas a introduzir ou difundir inovações – tanto do tipo incremental quanto radical – em estágio mais avançado de maturidade (protótipo ou produto,

22. Essa proposta interpretativa já foi sustentada em Mourão *et al.* (2022).

processo ou serviço próximo à introdução mercado) para resolver problemas da administração pública. Não se trata, portanto, de um instrumento adequado para financiar a P&D de soluções e projetos em estágios iniciais de desenvolvimento, mas, sim, para viabilizar a compra e a potencial difusão de inovações com aptidão para chegar ao mercado. Esse aspecto é crítico, pois se o diálogo competitivo viesse a ser utilizado para financiar P&D ou para contratar soluções inovadoras em fases iniciais de desenvolvimento, o processo de seleção – objeto de diálogo competitivo – correria o risco de ser demasiadamente ampliado, já que seriam infinitas as possibilidades abertas à administração, tornando a fase de diálogo excessivamente longa e custosa.

É evidente que não basta existir a previsão legal dos instrumentos voltados a promover a inovação para que eles sejam de fato implementados. No caso das compras públicas para inovação, ainda há grande receio por parte dos gestores públicos na utilização desses arranjos para as aquisições de bens e serviços, apesar do aperfeiçoamento do arcabouço legal e regulatório nos últimos anos.

Um possível argumento para explicar o uso ainda limitado dos instrumentos de compra pública para inovação no Brasil baseia-se na ainda tímida articulação das políticas de inovação com a compra pública (Foss, 2019). Tal aspecto agrava-se em situações nas quais são desconhecidas as soluções pelo gestor público para as necessidades da administração. Embora com o diálogo competitivo o legislador brasileiro tenha pretendido responder a esse problema, a ausência de entrosamento entre os objetivos das políticas públicas e a implementação do poder de compra estatal pode significar um empecilho para que o gestor decida pela utilização desta modalidade. Portanto, é crítica a compreensão e o conhecimento das diferentes racionalidades em torno das políticas de inovação para que, sem temor, seja utilizado e acompanhado o poder de compra estatal para a promoção da inovação.

Uma das racionalidades das políticas de inovação é a falha de mercado, segundo a qual a tecnologia é compreendida como um bem público e os ganhos com sua exploração não são totalmente apropriados pelos responsáveis pelo seu desenvolvimento, o que causa assimetrias a serem corrigidas por intermédio de políticas públicas, leis e outros mecanismos de intervenção estatal (Edler *et al.*, 2016). Dessa forma, as políticas públicas de estímulo à inovação buscam corrigir falhas de mercado existentes a fim de recompor seu equilíbrio. Esta racionalidade ganhou forma a partir da Segunda Guerra Mundial, em vista do reconhecimento do desenvolvimento científico como crucial para retornos sociais e econômicos, somando-se à constatação de que o setor privado não assume riscos da ciência básica, justificando-se, portanto, a intervenção do Estado.

De acordo com Edler e Fagerberg (2016), os três principais mecanismos incorporados às políticas de inovação são baseados na racionalidade da falha de mercado: i) investimento na pesquisa básica, isto é, na produção do conhecimento

em universidades e nos institutos de pesquisa, dado que o investimento neste estágio inicial da P&D envolve muitos riscos; ii) subsídios públicos à P&D nas empresas, no intuito de estimulá-las a verter cada vez mais esforços em P&D; e iii) fortalecimento do regime de proteção à propriedade intelectual, a fim de garantir a apropriabilidade dos resultados da inovação.

Outra racionalidade por trás das políticas de inovação apoia-se na corrente econômica evolucionária e cunhou a denominação dos sistemas nacionais de inovação. Essa abordagem entende a inovação integrada a um sistema, composto por atores, instituições, organizações, políticas e leis voltadas à criação de conhecimento e inovação por meio de constante interação e aprendizado. A intervenção estatal por meio das políticas públicas justifica-se, de acordo com essa abordagem sistêmica, para dar suporte a funções do sistema que não estejam agindo de modo satisfatório (Edler *et al.*, 2016). As limitações ou os problemas a serem enfrentados pelas políticas públicas podem concernir desde aspectos legais, regulatórios e financeiros até falhas na interação e cooperação entre os atores e as atrizes dos sistemas. As falhas sistêmicas podem ocorrer tanto do lado da oferta, isto é, da produção da inovação, quanto da demanda, no sentido da disposição em adotar uma inovação. Disso decorre a compreensão das políticas de inovação orientadas à oferta ou à demanda, sendo a compra pública para inovação instrumento-chave para as políticas pela demanda.

Do ponto de vista histórico, a racionalidade dos sistemas de inovação surge no cenário pós-crise do petróleo, a partir da década de 1970. O período desde o final da Segunda Guerra Mundial até a década de 1970 ficou conhecido como a *golden age* e foi marcado por altos níveis de crescimento e produtividade em diferentes países (Foss, 2019). As turbulências econômicas a partir da década de 1970, com a crise do petróleo, chamaram atenção para a relação da inovação com o crescimento econômico, o que motivou compreender como se articulavam os sistemas nacionais de inovação de cada país. Essa abordagem deu alicerces para desbancar a linearidade, modelo preponderante no entendimento científico, de acordo com o qual o desenvolvimento tecnológico e, por conseguinte, a inovação, são frutos de um processo sequencial e unidirecional que se inicia com a pesquisa básica que dá origem à tecnologia, a qual desencadeia o desenvolvimento experimental, cuja etapa subsequente é a colocação de produtos e serviços no mercado (Godin, 2006).

Uma terceira racionalidade parte da noção de que ciência e inovação podem conduzir à solução de problemas e desafios sociais e é conhecida como orientação à missão. Edler *et al.* (2016) citam como exemplo dessa abordagem os Estados Unidos, onde as políticas de inovação são, com frequência, formuladas e implementadas por órgãos e/ou agências de Estado responsáveis por missões. O pano de fundo e os desdobramentos dessa racionalidade das políticas orientadas por

missão são discutidos por Mazzucato (2013), que compreende as políticas como um meio para o Estado atender suas necessidades (por exemplo, no setor de defesa), bem como satisfazer anseios sociais (por exemplo, nos setores de saúde e meio ambiente). Além disso, nessa classe de políticas, o Estado deve possuir mecanismos para tomar riscos e incentivar iniciativas de mercado com repercussões sociais (Edler *et al.*, 2016).

A despeito da repercussão recente que as políticas orientadas por missão alcançaram (Mazzucato, 2013; Edquist e Zabala-Iturriagoitia, 2012) – dada a visão de que o Estado é o principal condutor do desenvolvimento científico, tecnológico e da inovação para atender suas próprias necessidades e da sociedade –, a orientação à missão fez parte de programas e políticas de CT&I desde meados do século XX. Os grandes programas do setor de defesa dos Estados Unidos, como o Projeto Manhattan (1943-1945), são exemplos notáveis de políticas orientadas à missão (Furtado, 2005). Registra-se que as compras públicas têm aplicação mais imediata nas políticas orientadas à missão, uma vez que instrumentalizam o poder de compra do Estado para um objetivo certo e bem determinado.

Uma nova perspectiva na análise e interpretação das políticas de inovação diz respeito a como essas políticas podem conduzir ao alcance de metas sustentáveis e desafios globais, por exemplo, em relação às mudanças climáticas e ao acesso à saúde. Essa abordagem é conhecida por políticas de inovação para transformação – *transformative innovation policies* (Fagerberg, 2018). A experiência da União Europeia com o diálogo competitivo evidencia que o referido instrumento de compra pública pode ser utilizado para atingir essas finalidades sustentáveis e transformadoras, como as compras públicas voltadas à preservação do meio ambiente – os *green procurement* (Uttam e Roos, 2015) –, bem como para a solução de emergências em saúde, observada no mecanismo de combate à epidemia da dengue no Brasil (Rauen, 2021).

Das quatro racionalidades das políticas de inovação apresentadas nesta subseção, pode-se inferir que o instrumento da compra pública para inovação está mais conectado às orientações sistêmicas – sobretudo por missão ou para a transformação – do que à vertente da falha de mercado. Ou seja, o uso da compra pública para inovação deve pressupor tanto a atuação estatal como um elemento fundamental para sistemas de inovação como, também, a noção de que a compra inovadora poderá instrumentalizar finalidades além da mera satisfação da demanda pública, como se traduz a política orientada por missão. Isso significa dizer que o diálogo competitivo, portanto, deve ser entendido como uma modalidade de compra pública que vai além da mera aquisição estatal de um bem ou de um serviço. Enquanto um instrumento de política de inovação, o diálogo competitivo serve à promoção pelo Estado de novos ou aprimorados produtos, processos ou serviços.

Nesse contexto, alguns aspectos precisam ser pontuados. Uma importante ressalva a ser feita sobre o desenho e a implementação do diálogo competitivo é que o instrumento tem por objetivo maior possibilitar mais interação público-privada desde a fase de concepção do objeto a ser contratado. Essa flexibilidade, como já mencionado na subseção 3.2, sobre a experiência acumulada na União Europeia com o instrumento, tende a facilitar o desenho sob medida do objeto a ser contratado. Contudo, não deixa de impor desafios quanto aos princípios da transparência e do tratamento isonômico, que devem pautar as aquisições públicas (ao menos no âmbito do direito brasileiro),²³ bem como sobre a relação dos diálogos competitivos com as outras políticas de inovação pelo lado da demanda (encomendas tecnológicas, PMIs etc.).

5 DIÁLOGO COMPETITIVO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO À INOVAÇÃO PELA DEMANDA: ALGUNS DESAFIOS PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO

Diante da recente incorporação do diálogo competitivo no direito brasileiro, ainda não há casos ou dados disponíveis sobre o uso do mecanismo, especialmente em termos de compras públicas para a inovação. Dessa forma, a análise desenvolvida neste capítulo buscou delinear a interpretação jurídica do diálogo competitivo de acordo com a legislação em vigor bem como relacioná-lo às suas origens no direito europeu, experiências similares em outros sistemas jurídicos e sua interface com as políticas de inovação.

Além da visão geral desse novo arranjo de compras públicas para inovação, para encerrar este capítulo, convém sintetizar alguns dos possíveis desafios para implementação no dia a dia da administração pública brasileira.

Os requisitos e os procedimentos para realização do diálogo competitivo, nos termos do art. 32, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, combinados com os aprendizados acumulados com a experiência europeia com o mecanismo (a destacar: o risco de quebra de confidencialidade, o longo processo de contratação, a opção mais simples do procedimento competitivo por negociação), demandam um amadurecimento institucional e a capacitação por parte da administração pública para uma boa utilização da modalidade licitatória. Essa necessária institucionalidade, no entanto, não impõe que a regulamentação do diálogo competitivo venha a ser mais restritiva ou taxativa do que já prescreve o texto da Lei nº 14.133/2021, uma vez que não há como antever normativamente todas as situações nas quais

23. Convém aqui lembrar dos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que orienta as aquisições pelo Estado brasileiro: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (Brasil, 1988).

o mecanismo será aplicável bem como todas as consequências do diálogo. Para explicitar esses desafios, é oportuno trazer ilustrativamente dois problemas aventados ao longo deste capítulo.

O primeiro deles é a harmonização do diálogo competitivo com os princípios da transparência e do tratamento isonômico entre os concorrentes, presentes como postulados das contratações públicas no âmbito do direito brasileiro. Embora esses vetores devam ser observados durante todo o processo de contratação por diálogo competitivo, sua aplicação não pode desnaturar as características e particularidades deste instrumento de compra pública. Em primeiro lugar, como já se pontuou, é preciso, até para a viabilidade do mecanismo, que a fase de diálogo ocorra com um número limitado de participantes, que apresentem capacidades para responder às necessidades da administração pública. Isso pressupõe, portanto, que os “requisitos objetivos estabelecidos” para a pré-seleção, conforme previsto no parágrafo 1º do inciso II do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 (Brasil, 2021a), sejam cuidadosamente elaborados, para incluir, entre os elementos de habilitação do interessado, a capacidade de inovação. Em segundo lugar, é preciso ter clareza que a publicidade do processo de diálogo não pode constranger os interessados – que não desejam abrir seus segredos industriais e tecnológicos aos seus concorrentes – a ofertar e detalhar as suas sugestões inovadoras à satisfação das necessidades do Estado. Isso pressupõe que os registros das gravações e seus arquivamentos no processo licitatório, exigidos pela legislação (Brasil, 2021a, art. 32, § 1º, incisos VI e VIII), sejam realizados com respeito ao sigilo e à confidencialidade das informações tecnológicas partilhadas pelos interessados com a administração pública. Nota-se, de toda forma, que o desafio desse alinhamento é um assunto que não só exige mais reflexão e estudos específicos, como também a própria prática do Estado no uso do diálogo competitivo.

Outro ponto de atenção diz respeito à provável sobreposição do diálogo competitivo com outros instrumentos de compras públicas para inovação (encomendas tecnológicas, PMIs etc.). Além da existência de elementos comuns entre eles, nota-se que, no desenho inicial da compra pública, tanto o gestor público quanto os potenciais contratados podem não ter conhecimento de todas as variáveis nem acesso a todas as informações do objeto a ser contratado. Por certo, a incerteza do objeto contratado, natural do processo inovativo, deve ser entendida como parte da instrumentalização da compra pública para inovação. Assim, deve-se aceitar que, no processo de tomada de decisão por uma ou outra modalidade de contratação, não existe um único mecanismo de aquisição estatal apto à promoção da inovação. Sua adequabilidade dependerá dos objetivos perseguidos pelo Estado, inclusive para a satisfação das suas necessidades em termos de produtos, processos ou serviços. Ademais, chama-se atenção, inclusive, para o fato de que existirão situações nas quais o diálogo competitivo tenderá a ser o instrumento

mais apropriado para atender à demanda pública, mas, com o avançar do processo de diálogo, verifica-se que o objeto a ser contratado, por exigir esforços de P&D, melhor se encaixaria à satisfação mediante uma encomenda tecnológica.

Essa situação-problema é ainda mais crítica ao se cogitar casos em que o processo de contratação foi iniciado sob a égide do diálogo competitivo, mas se verificou no curso da modalidade que a solução mais vantajosa à administração pública não seria inovadora. Ter clareza dessa gama de possibilidades e aceitá-las como etapas naturais de um processo de compra pública para inovação parece ser um desafio e uma oportunidade decorrentes da inclusão do diálogo competitivo como modalidade licitatória da Lei nº 14.133/2021.

Admitir a possibilidade de substituição dos diálogos competitivos por outra modalidade de compras públicas, sem traumas ou punição dos gestores, é essencial para que esse instrumento de política de inovação seja efetivamente utilizado pela administração pública.

É claro que, ocorrendo essa situação, novas questões se colocam, por exemplo, o que fazer com o aprendizado institucional e os esforços (notadamente financeiros) empreendidos pela administração pública na organização do diálogo competitivo. Nesses casos, o mais adequado parece ser a utilização do conjunto de informações obtidas para justificar a adoção de outro instrumento de política de inovação pelo lado da demanda – inclusive para subsidiar uma dispensa ou uma inexigibilidade do processo licitatório.

Enfim, assegurar o poder de escolha do administrador, conferindo segurança jurídica e institucionalidade tanto no ambiente dos diálogos como na esfera decisiva sobre os seus rumos, é elemento crucial para que o diálogo competitivo seja de fato colocado em prática no direito brasileiro, sendo absolutamente desejável que a regulamentação da Lei nº 14.133/2021 oriente-se pelo empoderamento do papel do gestor no processo de compra pública, já que, sem esse reforço de legitimidade, dificilmente a opção pelo mecanismo do diálogo competitivo ou o seu uso para a contratação da inovação serão mais que cogitações.

REFERÊNCIAS

ARROWSMITH, S.; TREUMER, S. (Ed.). **Competitive dialogue in EU procurement**. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2012.

BLEDA, M.; CHICOT, J. The role of public procurement in the formation of markets for innovation. **Journal of Business Research**, v. 107, p. 186-196, Feb. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 maio 1996.

_____. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 dez. 2004.

_____. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação (Repes), o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras (Recap) e o Programa de Inclusão Digital; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 2005.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º abr. 2021a.

_____. Presidência da República. Mensagem nº 118, de 1º de abril de 2021. Comunico a vossa excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 4.253/2020 (nº 6.814/2017 na Câmara dos Deputados): Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º abr. 2021b. Disponível em <<https://bit.ly/3SrHJen>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BUCCINO, G. *et al.* Competitive dialogue: an economic and legal assessment. **Journal of Public Procurement**, v. 20, n. 2, p. 163-185, 2020.

CE – COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, v. 2014, n. 2, p. 65-242, 2014.

COUTINHO, D. R.; FOSS, M. C.; MOUALLEM, P. S. B. (Org.). **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017.

EDLER, J.; FAGERBERG, J. **Innovation policy: what, why and how**. Oslo: TIK, 2016. (Working Papers on Innovation Studies, n. 1111). Disponível em: <<https://bit.ly/3JvGxmd>>.

EDLER, J. *et al.* Introduction: making sense of innovation policy. *In*: EDLER, J. *et al.* (Ed.). **Handbook of innovation policy impact**. Cheltenham: Edward Elgar Publish, 2016.

EDQUIST, C.; ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J. M. Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy. **Research Policy**, v. 41, n. 10, p. 1757-1769, 2012.

FAGERBERG, J. Mobilizing innovation for sustainability transitions: a comment on transformative innovation policy. **Research Policy**, v. 47, n. 9, p. 1568-1576, Nov. 2018.

FOSS, M. C. **Compras públicas como instrumento de política de inovação orientada à demanda**: experiências no Brasil, nos Estados Unidos e na União Europeia. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

FURTADO, A. T. Novos arranjos produtivos, estado e gestão da pesquisa pública. **Ciência e Cultura**, v. 57, n. 1, p. 41-45, 2005.

GARCIA, B. V. (Org.). **Direito e tecnologia**: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação. São Paulo: LTr, 2008.

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

GODIN, B. The linear model of innovation: the historical construction of an analytical framework. **Science, Technology & Human Values**, v. 31, n. 6, p. 639-667, Nov. 2006.

HAUGBØLLE, K.; PIHL, D.; GOTTLIEB, S. C. Competitive dialogue: driving innovation through procurement? **Procedia Economics and Finance**, v. 21, n. 15, p. 555-562, 2015.

HOEZEN, M.; DORÉE, A. First Dutch competitive dialogue projects: a procurement route caught between competition and collaboration. *In*: ASSOCIATION OF RESEARCHERS IN CONSTRUCTION MANAGEMENT, 24., 2008, Cardiff, **Proceedings...** 2008.

JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARRARA, P. T. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória, suas características e seus impactos na lógica da contratação pública. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo, v. 30, n. 6, p. 535-537, jun. 2017.

MAZZUCATO, M. (Ed.). **The entrepreneurial state**: debunking public *vs.* private sector myths. London: Anthem Press, 2013.

MORLEY, A. Procuring for change: an exploration of the innovation potential of sustainable food procurement. **Journal of Cleaner Production**, v. 279, p. 1-8, 10 Jan. 2021.

MOURÃO, C. M. *et al.* Significado, alcance e contextualização de inovação no contexto da nova Lei de Licitações. *In*: CUNHA FILHO, A. J. C.; ARRUDA, C. S. L.; PICCELLI, R. R. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT; EUROSTAT – STATISTICAL OFFICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. (Ed.). **Oslo manual 2018**: guidelines for collecting, reporting and using data on innovation. 4th ed. Paris: OECD Publishing; Luxembourg: Eurostat, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3oUCZ3x>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

OLIVEIRA, R. S. L. O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e contrato brasileiro. **Portal Licitação e Contrato**, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/2J7SpNs>>. Acesso em: 2 out. 2022.

RAUEN, A. T. Encomendas tecnológicas nos Estados Unidos: possibilidades do Regulamento Federal de Aquisições. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**, Brasília, n. 36, p. 49-56, dez. 2014.

_____. **Compras públicas de inovações segundo o texto final do PL nº 4.253/2020**. Brasília, Ipea, fev. 2021. (Nota Técnica Diset, n. 80).

RAUEN, A. T.; BARBOSA, C. M. M. (Org.). **Encomendas tecnológicas no Brasil**: guia geral de boas práticas. Brasília: Ipea, 2019.

ROBINSON, D. K. R.; MAZZUCATO, M. The evolution of mission-oriented policies: exploring changing market creating policies in the US and European space sector. **Research Policy**, v. 48, n. 4, p. 936-948, 2019.

TSIPOURI, L. Procurement of Innovation. **EC Innovation for Growth-Policy Brief**, p. 1-9, 2015. (Policy Brief Public, n. 2).

UTTAM, K.; ROOS, C. L. L. Competitive dialogue procedure for sustainable public procurement. **Journal of Cleaner Production**, v. 86, p. 403-416, 2015.

YUKINS, C. R. **The U.S. federal procurement system**: an introduction. Washington: GWU Law School, 2017. (Research Paper, n. 75).

YUKINS, C. R.; WILLIAMS-ELEGBE, S. The World Bank's procurement framework: an assessment of aid effectiveness. *In*: LA CHIMIA, A.; TREPTE, P. (Ed.). **Public procurement and aid effectiveness**: a roadmap under construction. London: Bloomsbury, 2019.

ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, J. M. La política de compra pública como estímulo a la innovación y el emprendimiento. **Journal of Technology Management & Innovation**, v. 12, n. 1, p. 100-108, 2017.

ZAGO, M. F.; RODRIGUES, F. E. Nova Diretriz Europeia para contratações públicas busca aperfeiçoar o Diálogo Concorrencial. **Migalhas**, 10 abr. 2014.

