



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CÂMARA NACIONAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CNLCA/DECOR/CGU

PARECER n. 00023/2023/CNLCA/CGU/AGU

NUP: 00688.000717/2019-98

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: Análise sobre a possibilidade de restrição de participação na fase competitiva do diálogo competitivo.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. DIÁLOGO COMPETITIVO. FASE COMPETITIVA. PARTICIPAÇÃO.

I. No processo licitatório na modalidade do diálogo competitivo é possível estabelecer, no edital de pré-seleção, critérios de exclusão a serem observados pelos licitantes para participação e durante o desenvolvimento dos diálogos, sob pena de exclusão da fase competitiva.

II. Não é possível, contudo, limitar quantitativamente a participação na fase competitiva do diálogo competitivo.

II. Fundamento jurídico: artigo 32 da Lei nº 14.133, de 2021.

1. Trata-se de processo distribuído pela Exma. Coordenadora da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União, para elaboração de parecer acerca da “possibilidade de restrição de participantes na fase de competição do diálogo competitivo”.

2. Dessa forma, a presente manifestação jurídica visa analisar uma peculiaridade da modalidade licitatória disciplinada no art. 32 da Lei nº 14.133/2021, com o propósito de uniformizar a aplicação da norma no âmbito da Administração Pública federal.

3. É o relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

4. A Lei nº 14.133/2021 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro nova modalidade de procedimento licitatório, denominada diálogo competitivo, cujo conceito é previsto no art. 6º e disciplinamento no art. 32 da citada norma, *in verbis*:

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;

[...]

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

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

a) inovação tecnológica ou técnica;

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

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

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

a) a solução técnica mais adequada;

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

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III - (VETADO).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII - (VETADO).

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

5. Dos dispositivos acima colacionados, extrai-se que a modalidade tem cabimento nos casos em que a Administração, embora tenha clara uma necessidade pública a ser atendida, não sabe qual a melhor solução para satisfazê-la, surgindo a necessidade de dialogar com o setor privado para, então, encontrá-la.

6. Também do disciplinamento legal infere-se que o procedimento do diálogo competitivo, entre a divulgação do edital e a efetiva escolha de um fornecedor, é dividido em três etapas: (a) fase de pré-seleção; (b) fase do diálogo; e (c) fase competitiva.

7. A fase de pré-seleção tem início com a publicação do edital que deverá conter as necessidades e exigências já definidas. Respeitado o prazo mínimo de vinte e cinco dias úteis para manifestação de participação na licitação, será feita a pré-seleção dos licitantes de acordo com os critérios de seleção objetivamente estabelecidos no edital.

8. Na sequência, terá início a fase de diálogo, consistente em reuniões entre a Administração e os licitantes pré-selecionados, as quais serão registradas em atas e gravadas. Essa etapa poderá ser subdividida em etapas sucessivas e somente será concluída quando a Administração indicar, em decisão fundamentada, ter identificado a(s) solução(ões) que atenda(m) suas necessidades.
9. Finalizados os diálogos, um novo edital, contendo as especificações da solução encontrada, assim como os critérios objetivos a serem utilizados para a seleção da proposta, será publicado, dando início à fase competitiva do certame, na qual ocorrerá a eleição, pela Administração, da proposta vencedora.
10. A temática objeto de análise deste parecer é justamente a possibilidade de que sejam estabelecidas restrições para participação nesta terceira fase, a etapa em que são efetivamente apresentadas as propostas para futura contratação.
11. A rigor, a NLLCA já prevê uma regra que reduz o número de participantes nessa etapa, pois somente poderão participar da fase competitiva aqueles que já foram pré-selecionados (primeira fase), não havendo ampla participação de potenciais fornecedores alheios ao início do certame.
12. Cumpre analisar, contudo, a possibilidade de restrição entre os pré-selecionados, isto é, se pessoas aptas a participar do diálogo (segunda fase) poderiam ter seu acesso à terceira fase restringido.
13. Revela-se importante a discussão pelo fato de que “a modalidade em estudo preza por um estímulo ao mercado para que sejam propostas boas opções para o Estado. A garantia de participação na fase competitiva advinda apenas da pré-seleção poderá ocasionar um desinteresse do licitante pré-selecionado na formulação de soluções.”^[1]
14. Por se tratar de instituto recente no ordenamento jurídico pátrio, a doutrina nacional, com algumas exceções, ainda não se debruçou sobre essa discussão^[2].
15. Faz-se oportuno, então, verificar o tratamento conferido ao tema por outros países, sobretudo no âmbito europeu, considerando que o instituto foi positivado no direito brasileiro por influência do direito europeu.
16. Em Portugal, conforme Capítulo V (Diálogo concorrencial) do Título III do Código dos Contratos Públicos^[3], o procedimento também é dividido em três fases (artigo 204): (i) Apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; (ii) Apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados; e (iii) Apresentação e análise das propostas e adjudicação.
17. Para participação na fase do diálogo não basta que o interessado tenha se qualificado, exigindo que a solução apresentada já nesse início seja admitida (artigo 213). Assim, a exclusão da solução apresentada já elimina o interessado em continuar no certame.
18. Realizado o diálogo e encontrada a solução adequada, o Código de Contratos Públicos prevê que todos os que participaram da fase do diálogo são chamados a apresentar proposta (Artigo 217, 1).
19. Verifica-se, portanto, que não há uma previsão expressa sobre a possibilidade de restrição de participação na fase de propostas (terceira fase) daqueles que participaram do diálogo (segunda fase).
20. Apesar disso, como visto acima, a qualificação para participar da fase do diálogo (segunda fase) é condicionada à apresentação de uma solução inicialmente admitida, a fim de que sobre ela possa ser desenvolvido o diálogo.
21. Destaque-se que, nesse ponto, a legislação brasileira diverge do tratamento conferido pelo direito português, uma vez que a qualificação para o diálogo, conforme a Lei nº 14.133/2021, não pressupõe que eventual solução do interessado já tenha sido objeto de análise pela Administração.

22. De toda forma, extrai-se do procedimento português a necessidade de que os interessados efetivamente contribuam para que a Administração encontre uma solução adequada às suas necessidades, sob pena de exclusão do certame.
23. Já no direito espanhol, conforme *La Ley de Contratación del Sector Público*^[4], é possível restringir o acesso à terceira fase, na qual há a apresentação das propostas, aos participantes da fase de diálogo que apresentaram as melhores soluções (Artículo 175, 5).
24. Por sua vez, no direito francês, consoante se extrai do *Code de la commande publique*^[5], também há possibilidade de restrição de participação na fase competitiva, sendo aptos a apresentar propostas apenas os interessados cuja solução foi considerada apta a atender às necessidades da Administração.
25. Destaque-se que no documento que dá início ao procedimento, a Administração deve indicar se o diálogo se dará em fases sucessivas, com redução do número de soluções em discussão. Em caso positivo, somente os participantes cuja solução não foi eliminada na fase do diálogo poderão participar da última fase (Articles R2161-27 e R2161-28).
26. Em todos esses ordenamentos, portanto, há, de alguma forma, possibilidade de restringir a participação da fase competitiva do diálogo competitivo, de acordo com a efetiva contribuição do licitante na construção da solução para atender às necessidades indicadas pela Administração Pública.
27. Nessa linha, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, entende-se não ser possível uma restrição de forma genérica, com o único intuito de limitar o quantitativo de participantes da fase competitiva, a exemplo de regra regulamentar ou editalícia que estipulasse número máximo de participantes na fase competitiva. Regra dessa natureza ultrapassaria o caráter inovador possível a atos infralegais^[6].
28. Questão diversa, contudo, é a fixação em regulamento ou até no edital que inaugura a fase de pré-seleção de critérios de exclusão (faltar reuniões sem justificativa, descumprir prazos, não apresentar solução minimamente viável etc.), a serem observados pelos participantes na fase de diálogo, justamente com o intuito de incentivar a sua participação e evitar a existência de meros espectadores aguardando apenas o momento de formulação de propostas.
29. Essa possibilidade, como visto, vai ao encontro do tratamento do instituto em outros países, uma vez que sua tônica deve ser, sem desprezar a competitividade, estimular os licitantes a construírem a solução desejada pelo órgão público.
30. Sobre o ponto, leciona Rafael Oliveira:
- Por isso, é possível dizer que na própria previsão do diálogo já está implícita a imposição da participação efetiva no momento da negociação, sob pena de exclusão do certame. [...] Ressalta-se que o critério deve ter a exclusão como exceção. É preciso que se configure mesmo uma situação de desídia. É preciso que se separe o que seria uma solução que não atende as expectativas da Administração daquela que foi desenvolvida sem o nível de dedicação exigido pelo edital. Esta última deve ocasionar a exclusão do seu autor da competição, mas aquela outra não. [...]” (OLIVEIRA, 2021, p. 48-49).
31. Eventual impossibilidade de fixação de regras nesse sentido premiaria os licitantes desidiosos, retirando o ônus de efetivamente dialogar e auxiliar a Administração na construção da solução adequada, dificultando, portanto, que o diálogo competitivo atingisse seu objetivo.

CONCLUSÃO

32. Pelo exposto, opina-se pela inviabilidade de restrição de forma genérica, com o único intuito de limitar o quantitativo de participantes da fase competitiva, mas pela regularidade de fixação, em regulamento ou no edital que

inaugura a fase de pré-seleção, de critérios de exclusão a serem observados para participação e durante o desenvolvimento da fase de diálogo, sob pena de exclusão da fase competitiva.

33. Assim, propõe-se a seguinte orientação normativa:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA N °XX, DEXXXXXX DE XXXX DE XXXX

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X,XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 e considerando o que consta do Processo nº 00688.000717/2019-98, resolve expedir, nesta data, a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

Enunciado: No processo licitatório na modalidade do diálogo competitivo é possível estabelecer, no edital de pré-seleção, critérios de exclusão a serem observados pelos licitantes para participação e durante o desenvolvimento dos diálogos, sob pena de exclusão da fase competitiva.

Referência: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021: art. 32;

Fonte: Parecer n. 00023/2023/CNLCA/CGU/AGU

34. É o parecer, que ora submeto à consideração da Sra. Diretora do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos.

À consideração superior.

Brasília, 18 de setembro de 2023.

LIANA ANTERO DE MELO
ADVOGADA DA UNIÃO

Camila Lorena Lordelo Santana Medrado
Advogada da União

Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão
Procurador Federal

Fabício Lopes Oliveira
Procurador federal

Fernando Ferreira Baltar Neto
Advogado da União

Liana Antero de Melo
Advogada da União

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho
Advogado da União

Marcela Ali Tarif Roque
Procuradora Federal

Michelle Marry Marques da Silva
Advogada da União - Coordenadora

Ronny Charles Lopes de Torres;
Advogado da União

Tais Teodoro Rodrigues; e
Advogada da União

Thyago de Pieri Bertoldi
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000717201998 e da chave de acesso da73bdc5

Notas

- ¹ [OLIVEIRA, Rafael Sergio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2021. E-book, páginas 48-49.](#)
- ² [Para elaboração deste parecer, foram consultadas as obras de Guilherme Reisdorfer \(Diálogo competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2022\), Marçal Justen Filho \(Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – Nova Lei 14.133/2021. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021\), Celso Antônio Bandeira de Mello \(Curso de Direito Administrativo. 36ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2023\), Joel Niebuhr \(Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022\), Sidney Bittencourt \(Nova Lei De Licitações. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2021\) e Rafael Oliveira \(O diálogo competitivo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2021\), sendo que apenas este último aborda a discussão de forma específica.](#)
- ³ https://www.base.gov.pt/Base4/media/yxbb4fbf/ccp-consolidado_dl_54_2023.pdf , acesso em 14/08/2023, às 14h47.
- ⁴ <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con> , Acesso em 14/08/2023, às 16h.
- ⁵ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000037701019/LEGISCTA000037724314?etatTexte=VIGUEUR&page=1&anchor=LEGISCTA000037730387#LEGISCTA000037730387 , Acesso em 14/08/2023, às 16h45.
- ⁶ [Com efeito, “apesar de haver sempre algum grau de inovação a ser trazido pelos regulamentos, não podem inovar primariamente, criando de maneira inédita proibições e obrigações que não estejam previstas em lei ou ao menos permitidas por suas normas” \(CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 331\).](#)

Documento assinado eletronicamente por LIANA ANTERO DE MELO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LIANA ANTERO DE MELO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-09-2023 13:26. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por THYAGO DE PIERI BERTOLDI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): THYAGO DE PIERI BERTOLDI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-09-2023 14:16. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMÃO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DIEGO DA FONSECA HERMES ORNELLAS DE GUSMÃO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-09-2023 14:05. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por MARCELA ALI TARIF ROQUE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELA ALI TARIF ROQUE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-09-2023 14:30. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-09-2023 17:37. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por FABRICIO LOPES OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FABRICIO LOPES OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-09-2023 18:16. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por FERNANDO FERREIRA BALTAR NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO FERREIRA BALTAR NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-09-2023 11:01. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por CAMILA LORENA LORDELO SANTANA MEDRADO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais:

Signatário (a): CAMILA LORENA LORDELO SANTANA MEDRADO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br).
Data e Hora: 21-09-2023 10:53. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade
Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1354422741 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-10-2023 19:57. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
