

ano 25 – n. 99 | janeiro/março – 2025
Belo Horizonte | p. 1-322 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v25i99
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Jurua em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Érico Barboza

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Jurua Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O estudo técnico preliminar (ETP) no diálogo competitivo: possíveis incompatibilidades no plano concreto

*Preliminary technical study in the
competitive dialogue: possible
incompatibilities on a concrete level*

Nathalia Rodrigues Friedmann Taffarel*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
nathtaffarel@outlook.com
<https://orcid.org/0009-0007-3674-5775>

Bernardo Strobel Guimarães**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)
academico@strobelguimaraes.com
<https://orcid.org/0000-0003-2826-7607>

Recebido/Received: 29.12.2023/December 29th, 2023.

Aprovado/Approved: 17.12.2024/December 17th, 2024.

Resumo: Dentre as inovações apresentadas pela Nova Lei de Licitações, está a modalidade licitatória do diálogo competitivo, assim como uma maior preocupação com a fase preparatória do certame. O diálogo competitivo será adotado nas hipóteses de inovação tecnológica ou técnica, conhecimento insuficiente das especificações técnicas do objeto e necessidade de adaptação das soluções disponíveis no mercado. Ainda, a Lei nº 14.133/2021 torna obrigatória a apresentação de estudo técnico preliminar, com requisitos relacionados à melhor solução, que, no momento da fase preparatória do

Como citar este artigo/*How to cite this article*: TAFFAREL, Nathalia Rodrigues Friedmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O estudo técnico preliminar (ETP) no diálogo competitivo: possíveis incompatibilidades no plano concreto. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 257-276, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1892.

* Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

** Professor Adjunto de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela ISAE/FGV. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Integrante da câmara de árbitros da ARBITAC e CAMFIEP. Advogado.

diálogo competitivo, é desconhecida pela Administração. Dessa forma, o presente artigo objetiva examinar possíveis incompatibilidades do diálogo competitivo, notadamente, em relação aos elementos de observância obrigatória do estudo técnico preliminar e às eventuais repercussões do seu descumprimento. Por meio da análise do art. 18, §2º, da Lei nº 14.133/21, constatou-se que a nova modalidade de licitação possui incompatibilidades com os elementos obrigatórios trazidos em lei, o que pode desincentivar a sua adoção ou, até mesmo, impactar na responsabilização do gestor pela apresentação de ETP genérico, que não reflita as necessidades da contratação.

Palavras-chave: Diálogo competitivo. Estudo técnico preliminar. Fase preparatória. Lei nº 14.133/21. Licitações.

Abstract: One of the innovations presented by the New Bidding Law is the modality of competitive dialogue and the reception of greater concern with the preparatory phase of the bidding procedures. Competitive dialogue will be adopted in the event of technological or technical innovation, insufficient knowledge of the technical specifications of the object and the need to adapt the available solutions on the market. In addition, Law no 14.133/2021 makes it mandatory to submit a preliminary technical study, including requirements related to the best solution that, at the time of the preparatory phase of the competitive dialogue, is unknown to the public administration. Therefore, this article aims to examine possible incompatibilities of the competitive dialogue, especially in relation to the mandatory elements of the preliminary technical study and the possible consequences of non-compliance. An analysis of article 18, §2, of Law no 14.133/2021, showed that the new bidding method is incompatible with the mandatory elements set out in the law, which may discourage its adoption, or even impact on the manager's liability for presenting a generic preliminary technical study, that does not reflect the needs of the contract.

Keywords: Competitive dialogue. Preliminary technical study. Preparatory phase. Law no. 14.133/21. Public bidding processes.

Sumário: 1 Introdução – 2 Diálogo competitivo – 3 A fase preparatória na Lei nº 14.133/21 – 4 A fase preparatória no diálogo competitivo – 5 Conclusões – Referências

1 Introdução

A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) inaugura um marco legal nas contratações públicas brasileiras através da reintrodução de alguns dispositivos da Lei nº 8.666/93, da adoção de algumas das normas da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e da Lei nº 12.462/11 (Lei do RDC) e da apresentação, mesmo que reduzida, de outros mecanismos inovadores ao procedimento licitatório brasileiro. Cuida-se de uma nova racionalidade aplicada às contratações públicas, não devendo a lei nova ser interpretada a partir da antiga.

Dentre as inovações mais evidentes, tem-se a maior preocupação com a fase preparatória do processo licitatório, através da especificação extensiva dos detalhes da contratação a ser realizada, sendo obrigatória a apresentação de estudo técnico preliminar (ETP) que demonstre a viabilidade da contratação. Isso porque a preocupação com o planejamento adequado, que caracterize em termos específicos o interesse público e a melhor solução para o objeto a ser contratado, torna o termo de referência e o projeto básico apresentados em edital menos suscetíveis

a falhas, possibilitando a escolha da proposta mais vantajosa pelo Poder Público. Em termos simples: a lei nova detalhou a etapa preparatória, indicando que é nela que a necessidade a ser satisfeita é identificada, bem como se analisam as diversas soluções possíveis para satisfazer as demandas administrativas.

Já quanto às modalidades introduzidas pela Nova Lei de Licitações, observa-se a inauguração da modalidade do diálogo competitivo, que não existia anteriormente em nosso ordenamento jurídico. Ela tem por pressuposto o diálogo institucional entre os futuros licitantes e a Administração Pública. Com essa premissa, procura-se trazer viabilidade à contratação do objeto quando a Administração Pública não possui a *expertise* necessária para estabelecer qual a melhor solução no caso. Daí a necessidade de conversar com o mercado para identificar a solução a ser implementada.

Quanto ao procedimento, a modalidade se subdivide em duas etapas. A primeira contempla: (i) a elaboração de edital com critérios de pré-seleção; (ii) a seleção dos pré-licitantes; (iii) o diálogo entre a Administração e particulares; e (iv) a divulgação da melhor solução pela Administração, construída a partir da interação com os particulares. Já na segunda fase, a partir da publicação de novo edital, há apresentação das propostas pelos licitantes com vistas à seleção da proposta adequada.

Examinando as inovações mencionadas (maior detalhamento da etapa preparatória e previsão do diálogo competitivo), surge o questionamento sobre eventuais incongruências entre ambos, pois, em razão das suas próprias características procedimentais. O ponto é que a incerteza inerente ao diálogo competitivo repele a premissa de que os estudos necessários à definição do objeto é algo que antecede a abertura do certame. Essa antinomia aparente deve ser superada interpretando-se a questão de modo sistemático. Em termos simples: os pressupostos e objetivos da etapa preliminar são, no caso do diálogo competitivo, supridos pelo procedimento de ouvir o mercado.

Isso posto, o presente artigo pretende verificar a compatibilidade do procedimento do diálogo competitivo, com os elementos do estudo técnico preliminar, especialmente em relação àqueles de observância obrigatória previstos pelo art. 18 da Nova Lei de Licitações, tendo em vista as particularidades do planejamento na nova modalidade de licitação.

2 Diálogo competitivo

Conforme dito acima, a Nova Lei de Licitações introduz ao ordenamento jurídico brasileiro a modalidade licitatória do diálogo competitivo – instituto oriundo

do direito dos contratos públicos europeu, inserido pela Diretiva 2004/18/CE.¹ Com isso, buscam-se criar soluções técnicas inovadoras para contratações à Administração Pública.²

Apesar da prévia consolidação dessa modalidade no direito estrangeiro,³ as diferenças entre os regimes jurídico-administrativos de cada país implicam efeitos práticos distintos, que impõem a necessidade de adequação da modalidade de licitação aos termos de suas normativas. Daí que se exige a verificação da compatibilidade do novo mecanismo ao ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que a efetiva implementação da nova modalidade seja garantida.

Na forma do art. 6º, XLII, da Lei nº 14.133/2021,⁴ o diálogo competitivo é uma modalidade de licitação passível de utilização na contratação de obras, serviços e compras, em que é estabelecido um diálogo prévio entre a Administração Pública e licitantes selecionados, almejando o desenvolvimento de soluções satisfatórias para necessidades da Administração.⁵ As propostas, portanto, são formuladas e apresentadas pelos licitantes apenas após esse processo.⁶ Antes de licitar, há a construção conjunta da solução a ser adotada.

A nova modalidade licitatória inserida pela Lei nº 14.133/2021 estipula uma relação atípica entre o particular e o Poder Público, em que contratante e licitante cooperam entre si, com o fim de encontrar uma solução satisfatória.⁷ Trata-se de situação excepcional em que a Administração, por si só, não teria competência para encontrar a solução da contratação em face das particularidades do objeto demandado.⁸ É esse caráter especial que justifica a adoção da modalidade para

¹ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviço*. 31 de mar. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0018>. Acesso em: 3 fev. 2023.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021. p. 48.

³ MARRARA, Thiago. *Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias>. Acesso em: 6 jul. 2023.

⁴ BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021. p. 48.

⁶ ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (coord.). *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 187.

⁷ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 42.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021. p. 48; ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (coord.). *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 55.

demandas peculiares, que não podem ser supridas pelas modalidades tradicionais de licitação.

As situações que admitem a adoção do diálogo competitivo pela Administração Pública estão previstas no art. 32, I e alíneas, da Nova Lei de Licitações, cuja redação prevê o que segue:

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.

Assim, a nova modalidade será adotada nas hipóteses de: (i) contratação de novas tecnologias ou técnicas, (ii) inviabilidade de satisfação da necessidade do Poder Público pelas opções disponíveis no mercado e (iii) incapacidade de a Administração estabelecer especificações técnicas suficientemente precisas acerca do objeto da contratação.⁹ Cuida-se de requisitos que, em nosso sentir, não precisam estar cumulados. A configuração de qualquer um deles já autoriza a medida.

A utilização da modalidade pressupõe o desconhecimento pela Administração da tecnologia, técnica ou solução necessária à satisfação do objeto, razão pela qual se faz necessária a ajuda excepcional do particular ainda na fase preparatória da contratação.¹⁰ Trata-se de verdadeira medida alternativa ao cenário de burocratização da fase preparatória do certame, em que a Administração Pública busca o auxílio de particulares já na elaboração dos documentos preliminares.¹¹

Por essa razão, pelo próprio propósito dessa modalidade de licitação, no momento da elaboração do termo de referência, do estudo técnico preliminar e do próprio edital, o Poder Público é incapaz de veicular informações detalhadas ou

⁹ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória: análise crítica dos instrumentos de participação da iniciativa privada na elaboração de projetos de infraestrutura. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 51-75. p. 61.

¹⁰ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 35.

¹¹ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória: análise crítica dos instrumentos de participação da iniciativa privada na elaboração de projetos de infraestrutura. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 51-75. p. 52.

requisitos bem definidos acerca das especificidades da contratação, sendo inviável a adoção de procedimento preparatório idêntico ao das demais modalidades de licitação previstas na Lei nº 14.133/2021.¹²

3 A fase preparatória na Lei nº 14.133/21

A Lei nº 14.133/21 traz protagonismo para a fase preparatória da licitação. O art. 18 fixa critérios a serem observados pela Administração Pública no planejamento da futura contratação.¹³ Em síntese, o planejamento adequado nas licitações almeja compreender antecipadamente riscos e possíveis soluções, de modo a garantir a satisfação das demandas públicas e trazer maior eficácia às contratações.¹⁴

Dentre os parâmetros previstos pela lei, tem-se, inicialmente, a necessidade de demonstração da compatibilização do processo licitatório com o plano de contratações anual, na forma do art. 12, VII, da Lei nº 14.133/21, assim como em relação às leis orçamentárias.¹⁵ Além disso, exige-se a abordagem de “todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão” que possam afetar de alguma forma na contratação.¹⁶

As etapas preparatórias compreendem: (i) a fundamentação da necessidade e do interesse público envolvidos na contratação, demonstrados em sede de estudo técnico preliminar;¹⁷ (ii) a identificação do objeto capaz de suprir a demanda; (iii) a designação dos requisitos de execução, garantias, pagamento e recebimento; (iv) o demonstrativo do orçamento estimado; (v) a confecção do edital, com as justificativas e exigências de qualificação técnica, e da minuta contratual; (vi) a determinação do regime de execução e modalidade licitatória; e (vii) a análise dos riscos da contratação.

Ou seja, exige-se a confecção de uma série de instrumentos¹⁸ que consolidam um planejamento adequado à satisfação da contratação, garantindo os meios necessários à eficácia e obtenção dos melhores resultados do procedimento.¹⁹

A primeira etapa do planejamento da contratação pública se materializa no estudo técnico preliminar, que apresenta o interesse público envolvido na contratação e a melhor forma de satisfazê-lo. Caso fique demonstrada a viabilidade da

¹² REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº. 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 31.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 269.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 251.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 502.

contratação a partir da elaboração desse estudo, as informações nele constatadas darão respaldo ao anteprojeto e ao termo de referência ou básico.²⁰ Neste sentido, dispõe o art. 6º, XX, da Lei nº 14.133/21:

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

[...]

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

Nesse ponto, ressalta-se que a Nova Lei de Licitações estabelece a obrigatoriedade da apresentação de estudo técnico preliminar na fase preparatória do certame, com o fim de respaldar os editais e assegurar à contratação a eficácia dos efeitos jurídicos decorrentes.²¹

Os elementos que deverão constar na elaboração do ETP estão descritos no art. 18, §1º, da Lei nº 14.133/21,²² que lista as informações relevantes para a demonstração preliminar da viabilidade técnica e econômica do certame.²³

Apesar da relevância de todos os requisitos listados, entretanto, nem todos os elementos do §1º do art. 18 são de observância compulsória. Os requisitos obrigatórios estão indicados pelo §2º e consistem em: (i) a necessidade de contratação, considerando a demanda pública e interesse público envolvidos; (ii) as

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 389.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 502.

²² Art. 18. [...] §1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III - requisitos da contratação; IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

quantidades estimadas da contratação; (iii) o valor estimado da contratação; (iv) a verificação da possibilidade de parcelamento ou aglutinação do objeto da contratação; e (v) a adequação da contratação em relação à demanda que se almeja satisfazer, através de posicionamento conclusivo.²⁴

Em que pese a possibilidade de não contemplar os demais requisitos listados nos incisos do §1º do art. 18, essa dispensa não poderá ser feita de forma imotivada. Nesses casos, a Administração deverá apresentar justificativa que demonstre a impossibilidade de respeito aos termos legais.²⁵

Excepcionalmente, em se tratando de contratações de obras e serviços comuns de engenharia, na forma do §3º do art. 18, admite-se a especificação do objeto apenas no termo de referência, dispensando-se a confecção de projetos para a contratação sempre que ficar demonstrada a ausência de prejuízos ao alcance dos efeitos pretendidos pela Administração.²⁶

4 A fase preparatória no diálogo competitivo

O diálogo competitivo configura-se modalidade licitatória, utilizada excepcionalmente pela Administração quando, em razão do grau de complexidade do objeto da contratação pública, desconheça a melhor solução a ser adotada.²⁷

Para tanto, diferentemente do que ocorre nas demais modalidades de licitação, nesta o Poder Público admite a participação de particulares na fase preparatória do certame para que, de forma consensual, construam a melhor solução para finalidade pública pretendida pela contratação.²⁸

Como se nota, o diálogo competitivo possui uma indeterminação inicial que será sanada no decorrer da licitação com o auxílio dos licitantes, em razão da disparidade informacional preexistente entre Administração Pública e particular.²⁹ Desse modo, o contratante, por si só, fica incapacitado de definir o objeto a ser contratado ou o modelo de contratação no momento da publicação do edital de licitação.³⁰

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021. p. 54.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021. p. 47.

²⁹ DUDA, João Guilherme. Análise econômica da modalidade licitatória "diálogo competitivo". *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 107-119, abr./jun., 2021. p. 112.

³⁰ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória: análise crítica dos instrumentos de participação da iniciativa privada na elaboração de projetos de infraestrutura. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 51-75. p. 51.

Assim, o planejamento da contratação, excepcionalmente, se dará através da discussão dos mais variados aspectos contratuais – sejam técnicos, econômicos ou jurídicos – com os licitantes selecionados em etapa inicial, em face da própria incapacidade da Administração Pública em estabelecer soluções eficazes para o alcance dos efeitos almejados.³¹

Daí que, tendo em vista o desconhecimento acerca de algumas informações relevantes à contratação, o lançamento do diálogo competitivo se baseia em planejamento incompleto e inacabado, que será complementado em fase de diálogo com os licitantes pré-selecionados.³²

Por outro lado, apesar da possibilidade de discussão dos aspectos contratuais com os particulares após a publicação do edital, não se exclui a relevância da fase preparatória nas contratações realizadas através do diálogo competitivo, cuja realização possui ligação direta com a garantia da exequibilidade do projeto.³³ Isso porque, para que a fase de diálogos e as demais fases da contratação sejam bem conduzidas, é imprescindível que sejam selecionados pré-licitantes efetivamente capazes de estabelecerem um diálogo com a Administração Pública, de forma a direcionar a melhor solução do objeto. Assim, no lançamento do certame, o contratante deverá comunicar de forma específica o objetivo-fim e as necessidades a serem satisfeitas pela licitação.³⁴

Caso os parâmetros apresentados pela Administração Pública em edital não sejam capazes de atingir aqueles particulares efetivamente aptos a definirem a solução que melhor atenda aos seus interesses, mostra-se palpável o risco à concorrência no certame.³⁵ Daí que necessárias algumas adequações na fase preparatória do certame em face das particularidades do diálogo competitivo para que a contratação se concretize através de planejamento capaz de selecionar participantes aptos a satisfazer a demanda pública pretendida.³⁶

³¹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº. 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 31.

³² REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº. 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 31.

³³ CUNHA, Thayssa Pogorzelski da. O Diálogo Competitivo como solução aos Municípios de pequeno porte e/ou com baixa arrecadação. *Revista Científica Disruptiva*, Recife, vol. IV, n.p., jan./jul. 2022.

³⁴ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 43.

³⁵ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 43.

³⁶ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública?

Altera-se, portanto, o foco em que o planejamento consistirá, ao tempo em que nas demais modalidades licitatórias busca-se a satisfação de um objeto propriamente dito, no diálogo competitivo buscam-se licitantes capazes de indicarem a melhor solução à demanda pública, inicialmente desconhecida pela Administração. Dessa forma, apesar da indicação da melhor solução em edital configurar-se elemento indispensável à viabilidade de certames com objetos perfectibilizados, no diálogo competitivo sequer se espera sua indicação.³⁷

Exemplifica-se tal limitação em análise aos termos do artigo 18 da Lei nº 14.133/2021. Enquanto há a impossibilidade de satisfação de seu inciso IV, com a apresentação do orçamento estimado da contratação, demonstra-se possível a satisfação integral do requisito previsto em seu inciso I, qual seja, “a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido”.

As particularidades procedimentais do diálogo competitivo não devem servir, porém, de justificativa tácita ao desrespeito dos requisitos trazidos pela Nova Lei de Licitações como indispensáveis ao edital, sendo imprescindível verificar previamente as limitações efetivamente existentes na fase preparatória dessa modalidade, assegurando a eficácia da futura contratação.³⁸ Em termos simples, o diálogo competitivo deve ser planejado para que tenha sucesso.

Apesar da impossibilidade de satisfação integral dos elementos indicados pela legislação como necessários à fase preparatória do certame – como a apresentação de objeto perfectibilizado, o que esgotaria a própria razão da licitação –, várias outras exigências podem ser perfeitamente satisfeitas, existindo limites na imprecisão do instrumento convocatório.³⁹

Assim sendo, nos limites de suas indeterminações, a Administração Pública deverá buscar a máxima satisfação dos requisitos previstos, sendo indispensável a demonstração da conveniência da adoção dessa modalidade licitatória na contratação a ser realizada.⁴⁰

In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 43.

³⁷ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 43.

³⁸ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº. 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 99.

³⁹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 99.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 355.

Não haverá contratação viável sem que sejam apresentadas referências mínimas fundamentais ao processamento da fase de diálogos, sendo possível a adoção de alguns critérios para racionalizar os gastos na fase preparatória do certame, como a apresentação prévia das pautas objetivas a serem debatidas⁴¹ ou os requisitos de pré-seleção dos licitantes.⁴²

Primeiramente, a própria legislação estabelece alguns requisitos que não poderão ser desrespeitados pela Administração na elaboração do instrumento editalício, mesmo que exista justificativa para tanto.⁴³

Trata-se de requisitos de observância obrigatória elencados no art. 18, §2º, da Nova Lei de Licitações, que devem ser apresentados pelo contratante em sede de estudo técnico preliminar, para que seja comprovada a viabilidade técnica e jurídica da contratação.⁴⁴

Dessa forma, para que seja analisada a compatibilidade do procedimento do diálogo competitivo com a fase preparatória, é necessário o exame de conformidade da nova modalidade licitatória com cada um dos requisitos do art. 18 da lei, sejam estes de caráter obrigatório ou dispensáveis mediante justificativa na elaboração do estudo técnico preliminar.

4.1 Elementos obrigatórios do estudo técnico preliminar

O §2º do art. 18 da Nova Lei de Licitações determina alguns elementos de observância obrigatória na elaboração do estudo técnico preliminar, que estão previstos nos termos dos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do §1º do dispositivo.⁴⁵

Portanto, o estudo técnico preliminar deverá conter ao menos: (i) a descrição da necessidade da contratação; (ii) as estimativas das quantidades para contratação; (iii) a estimativa do valor da contratação; (iv) as justificativas para o parcelamento ou não do objeto da contratação; e (v) o posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.⁴⁶

⁴¹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 111.

⁴² DUDA, João Guilherme. Análise econômica da modalidade licitatória "diálogo competitivo". *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 107-119, abr./jun. 2021. p. 116.

⁴³ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 32.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 513.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

⁴⁶ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 32.

Tendo em vista a impossibilidade de apresentação de estudo técnico preliminar sem a indicação dos elementos referidos no §2º do art. 18 da Lei nº 14.133/21, afere-se relevante, inicialmente, a verificação da compatibilidade dos elementos básicos a serem evidenciados na fase preparatória do diálogo competitivo.⁴⁷

Em relação à descrição da necessidade da contratação,⁴⁸ prevista pelo inciso I do artigo 18, verifica-se a possibilidade de satisfação do elemento pelo contratante na elaboração do estudo técnico preliminar do diálogo competitivo. Aliás, o referido requisito possui papel fundamental na seleção de licitantes capazes de apresentarem soluções à demanda a que se pretende satisfazer.⁴⁹ Isso se dá para que seja compreendido o objeto-fim da contratação; é indispensável a apresentação de demonstrativo da necessidade da contratação a ser licitada, inexistindo incompatibilidade da fase preparatória com o diálogo competitivo neste ponto.

No diálogo competitivo, o ente contratante busca a satisfação de uma necessidade conhecida, cuja solução se desconhece. Logo, a contratação apenas será satisfeita caso no instrumento editalício esteja especificada a necessidade da contratação, sendo esse elemento imprescindível ao alcance dos interesses da Administração.

Da mesma forma, o legislador define como elemento obrigatório do estudo técnico preliminar a apresentação de estimativas das quantidades e valor estimado da contratação, mediante apresentação de memórias de cálculo e documentos que deem suporte ao cálculo apresentado. Para tanto, sugere-se ao Poder Público a consideração de interdependências com outras contratações públicas, que possibilitem a economia de escala.⁵⁰

Primeiramente, cumpre ressaltar que, apesar do desconhecimento da melhor solução pela Administração, no momento da abertura do certame do diálogo competitivo, o ente contratante deverá, ao menos, compreender as possíveis formas de satisfação técnicas das demandas públicas.⁵¹

A necessidade de uma perspectiva elementar acerca das possibilidades está, inclusive, relacionada com a capacidade de preenchimento dos requisitos

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 512.

⁴⁸ ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (coord.). *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 154.

⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 38.

⁵⁰ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 32.

⁵¹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 99.

elencados pelo art. 32 da Nova Lei de Licitações, que legitimam a adoção do diálogo competitivo no certame.⁵²

Dessa avaliação prévia do contexto mercadológico pelo ente contratante, poderá ser possível identificar os custos e riscos inerentes à contratação, bem como os quantitativos a ela relacionados, quando for o caso,⁵³ através de comparativos das possíveis soluções existentes no mercado para o atingimento do fim, mesmo que se desconheça, por falta de *expertise* da Administração Pública, a melhor solução na fase preparatória da contratação.⁵⁴

Exemplifica-se: a Secretaria de Educação de determinado município, em razão das particularidades de sua dinâmica, necessita da criação de determinado *software* inexistente no mercado, decidindo pelo seu desenvolvimento através da adoção do diálogo competitivo. Apesar de inexistir no mercado exatamente o sistema que o ente público precisa, tendo em vista a necessidade de adaptação dos produtos disponíveis no setor, a análise do mercado de *softwares* permite à Administração estimar o valor da contratação.

Ocorre que nem sempre será possível o cálculo do orçamento estimado da contratação, tendo em vista a eventual inexistência de quaisquer parâmetros no mercado acerca do objeto em construção,⁵⁵ como pode ocorrer na elaboração de projeto de obra de arte especial. Ora, para uma mesma proposta, licitantes distintos poderão apresentar projetos de pontes ou túneis, tendo custos variáveis em função do local em que serão construídos, sendo impossível ao ente contratante, no momento da elaboração do estudo técnico preliminar, conhecer o valor estimado de solução a que se desconhece.⁵⁶

Outro requisito indispensável no estudo técnico preliminar é a apresentação de justificativa acerca da possibilidade de parcelamento do objeto, ou seja, se a adjudicação se dará de forma autônoma para cada item ou global, devendo ser motivada através da verificação da viabilidade e vantajosidade pelo gestor.

⁵² REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 99.

⁵³ THE WORLD BANK – IBRD – IDA – PROCUREMENT GUIDANCE. *Competitive Dialogue: How to undertake a Competitive Dialogue Procurement Process*, 2017. p. 17.

⁵⁴ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 99.

⁵⁵ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 33.

⁵⁶ BAETA, André Pachioni. *O Diálogo Competitivo como alternativa para a contratação de obras e serviços de engenharia*. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/11/Sinaop-Diálogo-competitivo-Andre-Baeta.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

A Nova Lei de Licitações traz, na forma de seu art. 47, o parcelamento como princípio, que deverá ser adotado sempre quando viável tecnicamente e vantajoso economicamente.⁵⁷ O entendimento das cortes de controle externo versa nesse mesmo sentido, de favorecer o parcelamento do objeto nas contratações públicas em detrimento da aglutinação.

Para tanto, a licitação formulada em lotes será admitida apenas caso apresentada justificativa que a legitime. Desse modo, decidiu o Tribunal de Contas do Paraná, através do Acórdão nº 931/2020 – Tribunal Pleno:⁵⁸

I. Apenas em circunstâncias específicas, de caráter técnico ou econômico, atinentes às peculiaridades do licitante, é possível autorizar a aglutinação dos serviços a serem licitados em lote único, desde que devida e expressamente motivado pelo gestor, nos termos do art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93. (Grifo inexistente no original)

Os efeitos do parcelamento implicam uma multiplicidade de licitações, que podem aumentar de forma significativa a competitividade do certame. Trata-se de entendimento consolidado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), tendo em vista que, de forma diversa ao que ocorre na aglutinação, no parcelamento cada elemento da licitação requer um certame isolado.⁵⁹

Ainda, o TCU consolidou entendimento em relação ao favorecimento do parcelamento, nos termos da Súmula nº 247. O entendimento sumulado verificou a necessidade de indicação de justificativa para a aglutinação em licitação que visava à “contratação de serviços de coleta, transporte e destinação final de resíduos sólidos”.⁶⁰

⁵⁷ SILVA, Felipe Alexandre Souza da; SILVA, Rosália Maria Passos da. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 111852-111870, dez. 2021. p. 111858.

⁵⁸ PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Tribunal Pleno). Consulta. *Processo nº. 673167/19*. Consulta. Conhecimento e resposta. I. Apenas em circunstâncias específicas, de caráter técnico ou econômico, atinentes às peculiaridades do licitante, é possível autorizar a aglutinação dos serviços a serem licitados em lote único, desde que devida e expressamente motivado pelo gestor, nos termos do art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93. II. É obrigatória a elaboração de planilha detalhada com a indicação da composição dos custos unitários relacionados a cada obra ou serviço licitado, por se tratar de exigência expressa do art. 7º, §2º, II, da Lei nº 8.666/93, não sujeita a qualquer condicionante ou relativização, e cuja inobservância acarretará a nulidade do procedimento licitatório, nos termos do art. 7º, §6º, da Lei nº 8.666/93. Relator Conselheiro Substituto Tiago Alvarez Pedroso. Data da sessão: 21 maio 2020.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. Brasília, 2010. p. 225.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº. 247*. “É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam

Ocorre que, nos termos do art. 32, alínea c, da Lei nº 14.133/21, determina-se que a adoção da modalidade do diálogo competitivo seja restrita à contratação em que a Administração esteja impossibilitada de verificar especificações técnicas, que serão definidas apenas em fase de diálogo com os licitantes.⁶¹

Assim, tendo em vista o desconhecimento das especificidades do objeto, no momento da elaboração do estudo técnico preliminar,⁶² a Administração não estará apta a determinar a possibilidade de parcelamento do objeto ou não. Logicamente, fracionar ou aglutinar são decisões que impõem que o objeto seja conhecido.

Diante disso, verifica-se que, apesar de obrigatória a apresentação da justificativa de parcelamento ou aglutinação, o ente contratante será capaz de informar a viabilidade da separação do objeto apenas de forma genérica, sem que reflita a realidade da contratação. É possível, inclusive, que a generalidade desse requisito no diálogo competitivo faça com que a Administração utilize modelos padronizados de estudo técnico preliminar, diante da inviabilidade de definição preliminar do parcelamento do objeto, somente para cumprir os elementos obrigatórios previstos em lei.⁶³

Por fim, na forma do art. 18, §2º, da Lei nº 14.133/21, determina-se a obrigatoriedade de apresentação no estudo técnico preliminar, de posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.⁶⁴ Não se verifica, entretanto, incompatibilidade desse requisito com o diálogo competitivo, por tratar-se de mero fechamento do estudo, sintetizando as alternativas e princípios considerados na elaboração do edital da contratação.⁶⁵

Isso porque, conforme elencado no art. 32 da Lei nº 14.133/21, o diálogo competitivo poderá ser adotado apenas em situações específicas, que devem ser analisadas na escolha dessa modalidade para a realização da contratação.⁶⁶ Diante disso, a própria escolha do diálogo competitivo possui relação direta com sua adequação ao objetivo-fim da contratação.

Enquanto pressupõe-se para a adoção do diálogo competitivo, na forma do art. 32 da Lei nº 14.133/21, a própria inexistência de opção viável no mercado

fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade." Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 10 de nov. de 2004. Brasília, 2004.

⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 85.

⁶² OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 85.

⁶³ BRASIL. Universidade Federal da Paraíba. *Estudos Técnicos Preliminares*. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/06/Estudos-T%C3%A9cnicos-Preliminares-e-Docmento-de-Formalizacao-da-Demanda-Materiais.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 554.

⁶⁵ ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (coord.). *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 161.

⁶⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 85.

que satisfaça a demanda pública, faz-se inevitável a análise da adequação da contratação ao objetivo-fim pela Administração Pública. É o que prevê o art. 32, §1º, I, da Lei nº 14.133/21, que determina que, na modalidade do diálogo competitivo, sejam apresentadas, na publicação do edital, suas necessidades e exigências.⁶⁷

Assim, na própria escolha do diálogo competitivo exige-se o exame da compatibilidade da contratação com a demanda pública pretendida, sendo possível a satisfação do requisito analisado, ainda na fase preparatória do certame.

4.2 Elementos do estudo técnico preliminar dispensáveis mediante justificativa

Indo além, a lei permite eventuais modulações dos requisitos do estudo técnico preliminar (previstos no §1º do artigo 18 da Nova Lei de Licitações), desde que se refiram a elementos não obrigatórios e a ausência de cumprimento destes esteja devidamente justificada.

No diálogo competitivo, diante da impossibilidade de preenchimento dos requisitos relacionados à melhor solução da contratação, a modulação dos referidos elementos faz-se, muitas vezes, necessária à adequação da fase preparatória à dinâmica da contratação.⁶⁸

Conforme previsão do §2º art. 18 da Lei nº 14.133/2021, porém, a exoneração da apresentação desses requisitos não será automática, sendo imprescindível a apresentação de razão que a justifique.⁶⁹

Um dos requisitos elencados no art. 18 da Nova Lei de Licitações, cuja observância será contornada no diálogo competitivo, será o da “descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso” (inc. VII). Isso, pois, o elemento contradiz o próprio critério de adoção do diálogo competitivo, que pressupõe a delimitação do objeto, em sua integralidade, no decorrer da licitação.⁷⁰

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021. p. 56.

⁶⁸ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 32.

⁶⁹ ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (coord.). *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 158.

⁷⁰ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 42.

Por outro lado, com base nos elementos conhecidos pelo ente contratante na fase preparatória do certame, o estudo técnico preliminar no diálogo competitivo apreciará vários dos demais requisitos previstos. Assim ocorre em relação ao demonstrativo dos “resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis”, conforme estabelece o inciso IX do art. 18 da Lei nº 14.133/21.⁷¹

Apesar das considerações supracitadas, a análise da impossibilidade de apresentação dos elementos não obrigatórios, previstos no art. 18, §1º, da Nova Lei de Licitações, deverá ser realizada em conformidade com o caso concreto, devendo comportar justificativas específicas, que legitimem a dispensabilidade dos elementos no estudo técnico preliminar da contratação.⁷²

À vista disso, constata-se que as particularidades do diálogo competitivo apenas exigem que a fase preparatória seja realizada de forma equilibrada, em respeito à flexibilidade inerente a essa modalidade, sem implicar o impedimento ao reconhecimento e definição das pretensões do ente contratante.⁷³

5 Conclusões

Comparando os requisitos do estudo técnico preliminar e as características procedimentais do diálogo competitivo, constata-se que nas contratações que adotarem a nova modalidade de licitação será inviável a satisfação de todos os requisitos elencados no art. 18 da Nova Lei de Licitações⁷⁴.

Isso pois, apesar de possível a adaptação de alguns dos elementos à realidade procedimental do diálogo competitivo, vários dos requisitos da fase preparatória do certame dizem respeito à melhor solução da contratação que, no momento da elaboração do edital é desconhecida pelo ente contratante.

Especificamente em relação ao estudo técnico preliminar, ainda que viável a desconsideração justificada de alguns de seus elementos, o §2º, do art. 18, define requisitos de observância obrigatória, indispensáveis à fase preparatória do certame. Portanto, os requisitos que deverão ser apresentados pela Administração, independentemente da existência de fundamento são: (i) a descrição da

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021. p. 43.

⁷² ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (coord.). *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 164.

⁷³ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº. 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 34.

⁷⁴ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº. 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 32.

necessidade da contratação; (ii) estimativas das quantidades para contratação; (iii) estimativa do valor da contratação; (iv) justificativas para o parcelamento ou não do objeto da contratação e; (v) posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Há incompatibilidade do diálogo competitivo quanto ao requisito de apresentação da possibilidade de parcelamento ou aglutinação do objeto da contratação e, por vezes, de estimativas de quantidades e valor da contratação.

A Administração será incapaz de dimensionar a possibilidade de parcelamento ou aglutinação do objeto no momento da elaboração do edital, face ao desconhecimento da melhor solução da contratação na fase preparatória do certame. No diálogo competitivo, o conhecimento inicial do ente contratante limita-se às necessidades e resultados pretendidos através da contratação, portanto, não poderia o ente contratante verificar a viabilidade do parcelamento do objeto, quando desconhecidas as especificidades que permitiriam a eventual divisão deste em lotes.

Por outro lado, quanto à definição de estimativa das quantidades e valores da contratação, poderão ser observados se a concepção inicial assim o permitir. Entretanto, nem sempre isso será possível.

Por fim, apesar da possibilidade de não apresentação dos elementos dispensáveis mediante justificativa, deve-se buscar o equilíbrio na elaboração do estudo técnico preliminar, de modo que o planejamento da contratação satisfaça a seleção de pré-licitantes capazes de indicar à Administração a melhor solução da demanda pública licitada, devendo-se investigar os efeitos práticos das inconsistências na fase preparatória do diálogo competitivo.

A incapacidade de o ente contratante satisfazer alguns dos requisitos obrigatórios do estudo técnico preliminar, constatada através da comparação dos elementos elencados no art. 18, §1º, da Lei nº. 14.133/21 e das regras procedimentais do diálogo competitivo, traz algumas consequências.

Primeiro, constata-se que o legislador deve alterar o foco em que consiste a fase preparatória do certame no diálogo competitivo, diante de suas pretensões exaradas. Ao invés de licitar um objeto conhecido, como ocorre nas demais modalidades de licitação, na nova modalidade pretende-se encontrar licitantes que sejam capazes de indicar à Administração a melhor solução à demanda pública. Portanto, o planejamento no diálogo competitivo deve ser adaptado aos objetivos pretendidos no momento da publicação do edital. É isso que decorre de uma interpretação sistemática da Lei.

Ocorre que, na forma em que determinado pela Nova Lei de Licitações, a imposição dos requisitos de observância obrigatória no estudo técnico preliminar do

diálogo competitivo, induz a Administração à apresentação de estudos genéricos, realizados apenas com o fim de satisfazer as determinações legais, que podem levar à inexecução da contratação.

Ainda, diante das incompatibilidades entre o diálogo competitivo e a fase preparatória preceituada pela Lei nº. 14.133/21, poderá o ente contratante, ao invés de correr o risco de apresentar um estudo técnico preliminar inadequado, dar preferência a outras modalidades de contratação, em que já se reconheça a compatibilidade procedimental em relação ao regime jurídico administrativo, como na encomenda tecnológica ou no procedimento de manifestação de interesse.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021.

BAETA, André Pachioni. *O Diálogo Competitivo como alternativa para a contratação de obras e serviços de engenharia*. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/11/Sinaop-Diálogo-competitivo-Andre-Baeta.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 247*. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 10 de nov. de 2004. Brasília, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. Brasília, 2010.

BRASIL. Universidade Federal da Paraíba. *Estudos Técnicos Preliminares*. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/06/Estudos-T%C3%A9cnicos-Preliminares-e-Documento-de-Formalizaçao-da-Demanda-Materiais.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Diálogo Competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública? In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

CUNHA, Thayssa Pogorzelski da. O Diálogo Competitivo como solução aos Municípios de pequeno porte e/ou com baixa arrecadação. *Revista Científica Disruptiva*, Recife, vol. IV, n.p., jan./jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DUDA, João Guilherme. Análise econômica da modalidade licitatória “diálogo competitivo”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 107-119, abr./jun. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MARRARA, Thiago. *Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias>. Acesso em: 6 jul. 2023.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O Diálogo Competitivo como nova modalidade licitatória: análise crítica dos instrumentos de participação da iniciativa privada na elaboração de projetos de infraestrutura. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho; MARÇAL, Thaís (coord.). *Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. p. 51-75.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Diálogo Competitivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Tribunal Pleno). *Processo nº 673167/19*. Consulta. Conhecimento e resposta. Relator Conselheiro Substituto Tiago Alvarez Pedroso. Data da sessão: 21 maio 2020.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Diálogo Competitivo: o regime da Lei nº 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli (coord.). *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo: Almedina, 2021.

SILVA, Felipe Alexandre Souza da; SILVA, Rosália Maria Passos da. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 111852-111870, dez. 2021. p. 111858.

THE WORLD BANK – IBRD – IDA – PROCUREMENT GUIDANCE. *Competitive Dialogue: How to undertake a Competitive Dialogue Procurement Process*, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviço*, 31 mar. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0018>. Acesso em: 3 fev. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TAFFAREL, Nathalia Rodrigues Friedmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O estudo técnico preliminar (ETP) no diálogo competitivo: possíveis incompatibilidades no plano concreto. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 257-276, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1892.
