

GUILHERME F. DIAS REISDORFER

GUILHERME
F. DIAS REISDORFER

diálogo competitivo

O regime da
Lei nº 14.133/2021
e sua aplicação às
licitações de contratos
de concessão e parcerias
público-privadas

Prefácio **Marçal Justen Filho**
Apresentação **Fernando Menezes de Almeida**



FORUM

“Nesse contexto, a obra de Guilherme Reisdorfer apresenta extraordinária relevância para o progresso do Direito brasileiro e para o aperfeiçoamento das práticas atinentes ao diálogo competitivo. [...] as meditações desenvolvidas na presente obra são indispensáveis para todos os operadores do Direito que atuem em licitações e contratações públicas. Especialmente aqueles que enfrentam encargos muito árduos de conceber soluções para os problemas mais complexos e difíceis encontrados no livro de Guilherme Dias Reisdorfer subsídios e orientações de valia incomparável.”

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito – Professor Titular
da UFPR de 1986 a 2006.

“Guilherme Reisdorfer, com a excelência acadêmica e a precisão de análise jurídica que lhe são peculiares, traz aos estudiosos e aos aplicadores do direito, em especial aos dedicados ao tema das contratações públicas, uma obra de grande relevância sobre um instituto que constitui a principal novidade em matéria de licitações, prevista pela Lei nº 14.133/2021, abordando, ainda, sua extensão às leis de concessões (comuns e parcerias público-privadas). [...] As pertinentes, criteriosas e equilibradas considerações de Guilherme Reisdorfer, produzidas nesta obra com grande maturidade para ponderar riscos e benefícios da medida, são fundamentais referências para propiciar a adequada compreensão e a segura aplicação dessa importante novidade no direito brasileiro.”

Fernando Menezes de Almeida

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

Prefácio
Marçal Justen Filho

Apresentação
Fernando Menezes de Almeida

DIÁLOGO COMPETITIVO O REGIME DA LEI Nº 14.133/2021 E SUA APLICAÇÃO ÀS LICITAÇÕES DE CONTRATOS DE CONCESSÃO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO

Áreas afins

LICITAÇÕES PÚBLICAS. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LEI NO 14.133/2021. DIÁLOGO COMPETITIVO. CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. DIREITO ADMINISTRATIVO.

FORMATO: 14,5 x 21,5 cm

CÓDIGO: 10003313

R375d Reisdorfer, Guilherme F. Dias

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

188p.; 14,5cm x 21,5cm.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-5518-426-6

1. Licitações Públicas. 2. Contratos Administrativos. 3. Lei 14.133/21. 4. Diálogo Competitivo. 5. Concessões de Serviço Público. 6. Parcerias Público-Privadas. 7. Direito Administrativo. I. Título.

2022-1768

CDD 341

CDU 342

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

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

REISDORFER, Guilherme F. 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. 188p. ISBN 978-65-5518-426-6.

GUILHERME F. DIAS REISDORFER é Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela USP. Tem diversos artigos publicados em coletâneas e revistas especializadas em Direito Público, como Revista Brasileira de Direito Público, Revista Interesse Público, Revista de Contratos Públicos e Revista de Direito Administração Contemporâneo. É autor do livro *Direito Urbanístico Contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana* (Lumen Juris, 2ª tiragem, 2019). Advogado.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

| | |
|---------------------------|----|
| Marçal Justen Filho | 11 |
|---------------------------|----|

APRESENTAÇÃO

| | |
|-----------------------------------|----|
| Fernando Menezes de Almeida | 15 |
|-----------------------------------|----|

INTRODUÇÃO

| | |
|--|----|
| O DIÁLOGO NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ... | 17 |
|--|----|

CAPÍTULO 1

| | |
|--------------------------------------|----|
| A NOÇÃO DE DIÁLOGO COMPETITIVO | 25 |
|--------------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 1.1 Um conceito inicial | 25 |
| 1.2 Breve nota sobre a experiência de soluções similares em outros países | 26 |
| 1.3 Razões que explicam a introdução do diálogo competitivo no direito brasileiro | 28 |
| 1.4 Um panorama das modalidades de licitação na Lei nº 14.133/2021 e as características distintivas do diálogo competitivo | 30 |
| 1.4.1 As peculiaridades do diálogo competitivo | 30 |
| 1.4.2 O resultado das peculiaridades: a necessidade de adequar a aplicação das regras gerais – o exemplo das regras de planejamento previstas no art. 18 da Lei nº 14.133/2021 | 32 |
| 1.5 A distinção entre diálogo competitivo e procedimentos de manifestação de interesse | 35 |
| 1.6 Paralelos com outras figuras do direito brasileiro | 37 |
| 1.7 A viabilidade de processos competitivos negociais segundo o Supremo Tribunal Federal | 40 |

CAPÍTULO 2

| | |
|---|----|
| AS FUNÇÕES DO DIÁLOGO, VANTAGENS, LIMITES E RISCOS .. | 43 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 2.1 A vantagem primordial pretendida: flexibilidade para eficiência | 43 |
| 2.1.1 A redução da assimetria de informações em favor da Administração | 45 |
| 2.1.2 A redução da assimetria de informações para os licitantes | 48 |
| 2.1.3 “Sintetizar tecnologia” sob o crivo da competição; “benchmarking dinâmico” | 50 |
| 2.2 A institucionalização da relação público-privada: a transparência agregada pelo diálogo | 52 |
| 2.3 O outro lado da moeda: possíveis desvantagens e riscos | 53 |
| 2.4 Balanço final das possíveis vantagens e desvantagens: a necessária análise circunstancial | 57 |

CAPÍTULO 3

| | |
|---|----|
| AS HIPÓTESES DE CABIMENTO E O OBJETO DO DIÁLOGO COMPETITIVO | 61 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.1 Observações iniciais sobre o objeto passível de contratação por diálogo competitivo: Leis nº 14.133/2021, nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004 | 61 |
| 3.1.1 Os objetos passíveis de licitação via diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021 | 61 |
| 3.1.2 A licitação de contratos de concessão via diálogo competitivo (Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004) | 62 |
| 3.2 A disciplina legal: os parâmetros que determinam o cabimento do diálogo | 64 |
| 3.2.1 Observações gerais sobre a decisão legislativa traduzida no inciso I do artigo 32 | 64 |
| 3.2.2 Contratação envolvendo “inovação tecnológica ou técnica” (alínea a) | 67 |
| 3.2.3 Contratação envolvendo “impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado” (alínea b) | 72 |
| 3.2.4 Contratação envolvendo “impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração” (alínea c) | 74 |

| | | |
|-------|---|----|
| 3.3 | O objeto do diálogo: cabimento para identificar meios e alternativas (inciso II)..... | 79 |
| 3.3.1 | Identificação da solução técnica mais adequada (alínea <i>a</i>) | 80 |
| 3.3.2 | Definição dos requisitos técnicos a compor a solução definida (alínea <i>b</i>)..... | 82 |
| 3.3.3 | Definição da estrutura jurídica ou financeira do contrato (alínea <i>c</i>).... | 82 |

CAPÍTULO 4

O ÔNUS DE DEMONSTRAR O CABIMENTO E A VANTAJOSIDADE DO DIÁLOGO.....

| | | |
|-----|--|----|
| 4.1 | A demonstração da adequação e da necessidade do diálogo a partir do preenchimento dos requisitos do inciso I do <i>caput</i> do artigo 32..... | 89 |
| 4.2 | A adequação da decisão pautada pela consideração das diversas alternativas de estruturação do contrato disponíveis | 90 |
| 4.3 | A justificativa em relação ao alcance do diálogo | 90 |

CAPÍTULO 5

A CAPACITAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PARA O PLANEJAMENTO DO CONTRATO E DA LICITAÇÃO

| | | |
|-----|--|----|
| 5.1 | A capacitação peculiar para condução do diálogo..... | 93 |
| 5.2 | Alguns aspectos práticos da organização administrativa na Lei nº 14.133/2021 | 95 |

CAPÍTULO 6

A FASE PREPARATÓRIA: O PLANEJAMENTO DA LICITAÇÃO E DO FUTURO CONTRATO.....

| | | |
|-------|--|-----|
| 6.1 | O desenvolvimento do planejamento contratual | 99 |
| 6.2 | O conteúdo peculiar do edital do diálogo competitivo | 101 |
| 6.2.1 | A definição das necessidades e dos objetivos pretendidos: reflexo sobre o universo de licitantes e delimitação do alcance do diálogo ... | 101 |
| 6.2.2 | A definição dos critérios de pré-seleção dos licitantes | 104 |
| 6.2.3 | A necessária admissão ao diálogo de todos os licitantes que cumpriram os requisitos de pré-seleção | 108 |
| 6.2.4 | As regras processuais: racionalização, estabilidade de expectativas e boa-fé..... | 111 |
| 6.2.5 | A questão da eventual remuneração dos participantes do diálogo... | 113 |

CAPÍTULO 7

O PROCESSO LICITATÓRIO A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL ATÉ A FASE DE PRÉ-SELEÇÃO.....

| | | |
|-------|---|-----|
| 7.1 | Observação preliminar: as licitações de contratos de concessão e a consulta pública prévia (art. 10, inc. VI, da Lei nº 11.079/2004)..... | 120 |
| 7.2 | A fase de pré-seleção dos licitantes | 125 |
| 7.2.1 | O processamento da etapa de pré-seleção: estrita vinculação ao edital..... | 125 |
| 7.2.2 | O exercício do direito de petição: cabimento de pedido de esclarecimentos e de impugnação ao edital | 125 |
| 7.2.3 | O exame da documentação dos interessados e a conclusão da pré-seleção | 126 |
| 7.2.4 | Novamente o exercício do direito de petição: cabimento de recurso... | 127 |
| 7.2.5 | A hipótese de seleção de número limitado de licitantes | 127 |

CAPÍTULO 8

A FASE DO DIÁLOGO PROPRIAMENTE DITO

| | | |
|-------|--|-----|
| 8.1 | Ainda o propósito do diálogo e a situação dos licitantes..... | 129 |
| 8.2 | A relativa indeterminação e a flexibilidade do procedimento..... | 130 |
| 8.3 | Limite à flexibilidade do diálogo: a estabilização de sua abrangência e a observância das premissas definidas no edital | 134 |
| 8.4 | A forma de relacionamento entre o ente contratante e os demais interessados..... | 135 |
| 8.4.1 | Formatos e vias de interação..... | 135 |
| 8.4.2 | O diálogo não é mera entrevista unilateral: a reciprocidade das interações | 136 |
| 8.5 | A isonomia e a evolução do diálogo..... | 138 |
| 8.6 | Ainda a isonomia: a possibilidade de interrupção de diálogos infrutíferos e a situação do licitante inerte ou que não cumpre as regras aplicáveis ao diálogo | 141 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 8.7 | As soluções apresentadas pelos interessados e a forma de tratamento dos dados: a questão do sigilo | 143 |
| 8.7.1 | Publicidade nas licitações públicas e o sigilo no diálogo competitivo..... | 143 |
| 8.7.2 | As razões que justificam o sigilo no diálogo competitivo | 144 |
| 8.7.3 | O objeto do sigilo: as soluções e os dados sujeitos à proteção..... | 147 |
| 8.7.4 | A compatibilização entre o sigilo e a publicidade da decisão final do diálogo..... | 149 |
| 8.7.5 | A disciplina do tema via edital..... | 151 |
| 8.7.6 | A responsabilidade pela manutenção do sigilo..... | 153 |
| 8.8 | A consolidação de informações e a decisão final do diálogo..... | 154 |
| 8.9 | Problemática relacionada à margem de discricionariedade da decisão final: recurso, fracasso do diálogo e eventual situação de inexigibilidade de licitação | 158 |

CAPÍTULO 9

A ETAPA FINAL: A “FASE COMPETITIVA” DA LICITAÇÃO, A DEFINIÇÃO DA MELHOR PROPOSTA E O ENCERRAMENTO DO CERTAME.....

| | | |
|-----|--|-----|
| 9.1 | Os elementos relativos ao contrato..... | 162 |
| 9.2 | O procedimento para julgamento e classificação das propostas..... | 164 |
| 9.3 | Ainda a hipótese de técnica e preço e suas peculiaridades: avaliação de atestados próprios ou de terceiros para aferir a capacitação do licitante..... | 165 |
| 9.4 | A questão da vinculação dos licitantes ao novo edital | 170 |
| 9.5 | O direito de petição em relação ao novo edital..... | 171 |
| 9.6 | O conteúdo exigível para as propostas | 172 |
| 9.7 | Solicitação de esclarecimentos e ajustes nas propostas | 173 |
| 9.8 | A conclusão do processo licitatório | 175 |

CAPÍTULO 10

NOTA FINAL ACERCA DO CONTROLE INCIDENTE SOBRE O DIÁLOGO COMPETITIVO

| | |
|------------------|-----|
| REFERÊNCIAS..... | 183 |
|------------------|-----|