



Guilherme F. Dias Reisdorfer

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

2ª edição, revista, ampliada e atualizada

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO

Áreas afins do livro

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

Palavras-chave

LICITAÇÕES PÚBLICAS. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LEI 14.133/21. DIÁLOGO COMPETITIVO. CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. DIREITO ADMINISTRATIVO.

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm
CÓDIGO: 3450

“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 encontrarão 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.

R375d

Reisdorfer, Guilherme F. Dias

Diálogo competitivo: o regime da Lei 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas -- 2. ed. rev. ampl. e atual. -- / Guilherme F. Dias Reisdorfer. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

228 p. 14,5x21,5cm

ISBN impresso 978-65-5518-793-9

ISBN digital 978-65-5518-801-1

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.

CDD: 342

CDU: 342

Guilherme F. Dias Reisdorfer é Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP. Tem diversos artigos publicados em coletâneas e revistas especializadas em Direito Público e é autor dos livros *Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana* (Lumen Juris, 2ª tiragem, 2019) e *Responsabilidade pré-contratual do Estado: os efeitos da decisão de não contratar* (Fórum, 2024). Advogado e árbitro.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	
Marçal Justen Filho	13
APRESENTAÇÃO	
Fernando Menezes de Almeida	17
NOTA À 2ª EDIÇÃO	
Guilherme F. Dias Reisdorfer	19
INTRODUÇÃO: O DIÁLOGO NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	21
CAPÍTULO 1	
A NOÇÃO DE DIÁLOGO COMPETITIVO	31
1.1 Um conceito inicial.....	31
1.2 Breve nota sobre a experiência de soluções similares em outros países	32
1.3 Razões que explicam a introdução do diálogo competitivo no direito brasileiro.....	34
1.4 Um panorama das modalidades de licitação na Lei nº 14.133/2021 e as características distintivas do diálogo competitivo	36
1.4.1 As peculiaridades do diálogo competitivo	37
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	39
1.5 A distinção entre diálogo competitivo e procedimentos de manifestação de interesse	41
1.6 Paralelos com outras figuras do direito brasileiro.....	44
1.7 A viabilidade de processos competitivos negociais segundo o Supremo Tribunal Federal.....	47
CAPÍTULO 2	
AS FUNÇÕES DO DIÁLOGO, VANTAGENS, LIMITES E RISCOS	51
2.1 A vantagem primordial pretendida: flexibilidade para eficiência	51
2.1.1 A redução da assimetria de informações em favor da Administração	54
2.1.2 A redução da assimetria de informações para os licitantes.....	57
2.1.3 “Sintetizar tecnologia” sob o crivo da competição; “benchmarking dinâmico”	59
2.2 A institucionalização da relação público-privada: a transparência agregada pelo diálogo	61
2.3 O outro lado da moeda: possíveis desvantagens e riscos	63
2.4 Balanço final das possíveis vantagens e desvantagens: a necessária análise circunstancial.....	66
CAPÍTULO 3	
AS HIPÓTESES DE CABIMENTO E O OBJETO DO DIÁLOGO COMPETITIVO.....	71
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.....	71

3.1.1	Os objetos passíveis de licitação via diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021.....	71
3.1.2	A licitação de contratos de concessão via diálogo competitivo (Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004).....	72
3.2	A disciplina legal: os parâmetros que determinam o cabimento do diálogo.....	74
3.2.1	Observações gerais sobre a decisão legislativa traduzida no inciso I do artigo 32.....	74
3.2.2	Contratação envolvendo “inovação tecnológica ou técnica” (alínea <i>a</i>).....	78
3.2.3	Contratação envolvendo “impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado” (alínea <i>b</i>).....	84
3.2.4	Contratação envolvendo “impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração” (alínea <i>c</i>).....	86
3.3	O objeto do diálogo: cabimento para identificar meios e alternativas (inciso II).....	91
3.3.1	Identificação da solução técnica mais adequada (alínea <i>a</i>).....	92
3.3.2	Definição dos requisitos técnicos a compor a solução definida (alínea <i>b</i>).....	95
3.3.3	Definição da estrutura jurídica ou financeira do contrato (alínea <i>c</i>).....	95
3.4	Casos concretos.....	101
3.4.1	A ligação de Kvarnholmen (“Kvarnholmen link”).....	102
3.4.2	O Túnel Coen (“Coen Tunnel”).....	105
3.4.3	O acórdão 244/2023-Plenário do TCU.....	108

CAPÍTULO 4

O ÔNUS DE DEMONSTRAR O CABIMENTO E A VANTAJOSIDADE DO DIÁLOGO – A CAPACITAÇÃO DO ENTE PÚBLICO..... 113

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.....	113
4.2	A adequação da decisão pautada pela consideração das diversas alternativas de estruturação do contrato.....	114
4.3	A justificativa em relação ao alcance do diálogo.....	115
4.4	A capacitação da Administração para desenvolvimento da licitação e concepção do contrato via diálogo.....	116
4.4.1	A capacitação administrativa peculiar para condução do diálogo.....	116
4.4.2	Alguns aspectos práticos da organização administrativa na Lei nº 14.133/2021.....	119

CAPÍTULO 5

A FASE PREPARATÓRIA: O PLANEJAMENTO DA LICITAÇÃO E DO FUTURO CONTRATO..... 123

5.1	O desenvolvimento do planejamento contratual.....	123
5.2	O conteúdo peculiar do edital do diálogo competitivo.....	125
5.2.1	A definição das necessidades e dos objetivos pretendidos: reflexo sobre o universo de licitantes e delimitação do alcance do diálogo.....	126
5.2.2	A definição dos critérios de pré-seleção dos licitantes.....	129
5.2.3	A necessária admissão ao diálogo de todos os licitantes que cumpriram os requisitos de pré-seleção.....	134

5.2.4	As regras processuais: racionalização, estabilidade de expectativas e boa-fé.....	137
5.2.5	A questão da eventual remuneração dos participantes do diálogo.....	140

CAPÍTULO 6

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

6.1	Observação preliminar: as licitações de contratos de concessão e a consulta pública prévia (art. 10, inc. VI, da Lei nº 11.079/2004)	148
6.2	A fase de pré-seleção dos licitantes	154
6.2.1	O processamento da etapa de pré-seleção: estrita vinculação ao edital	155
6.2.2	O exercício do direito de petição: cabimento de pedido de esclarecimentos e de impugnação ao edital.....	155
6.2.3	O exame da documentação dos interessados e a conclusão da pré-seleção	156
6.2.4	Novamente o exercício do direito de petição: cabimento de recurso	157
6.2.5	A hipótese de seleção de número limitado de licitantes	157

CAPÍTULO 7

A FASE DO DIÁLOGO PROPRIAMENTE DITO

7.1	Ainda o propósito do diálogo e a situação dos licitantes...	161
7.2	A relativa indeterminação e a flexibilidade do procedimento	163
7.3	Limite à flexibilidade do diálogo: a estabilização de sua abrangência e a observância das premissas definidas no edital.....	166
7.4	A forma de relacionamento entre o ente contratante e os demais interessados	167
7.4.1	Formatos e vias de interação	168
7.4.2	O diálogo não é mera entrevista unilateral: a reciprocidade das interações.....	169
7.5	A isonomia e a evolução do diálogo	171
7.6	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	174
7.7	As soluções apresentadas pelos interessados e a forma de tratamento dos dados: a questão do sigilo.....	177
7.7.1	Publicidade nas licitações públicas e o sigilo no diálogo competitivo	177
7.7.2	As razões que justificam o sigilo no diálogo competitivo	178
7.7.3	O objeto do sigilo: as soluções e os dados sujeitos à proteção	182
7.7.4	A compatibilização do sigilo com a publicidade da decisão final do diálogo	184
7.7.5	A disciplina do tema via edital	185
7.7.6	A responsabilidade pela manutenção do sigilo.....	189
7.8	A consolidação de informações e a decisão final do diálogo	189
7.9	Problemática relacionada à margem de discricionariedade da decisão final: recurso, fracasso do diálogo e eventual situação de inexigibilidade de licitação	194

CAPÍTULO 8	
A ETAPA FINAL: A “FASE COMPETITIVA” DA LICITAÇÃO, A DEFINIÇÃO DA MELHOR PROPOSTA E O ENCERRAMENTO DO CERTAME	
	197
8.1	Os elementos relativos ao contrato.....
	198
8.2	O procedimento para julgamento e classificação das propostas
	200
8.3	Ainda a hipótese de técnica e preço e suas peculiaridades: avaliação de atestados próprios ou de terceiros para aferir a capacitação do licitante
	202
8.4	A questão da vinculação dos licitantes ao novo edital.....
	207
8.5	O direito de petição em relação ao novo edital
	208
8.6	O conteúdo exigível para as propostas.....
	209
8.7	Solicitação de esclarecimentos e ajustes nas propostas
	211
8.8	A conclusão do processo licitatório.....
	213
CAPÍTULO 9	
NOTA FINAL ACERCA DO CONTROLE INCIDENTE SOBRE O DIÁLOGO COMPETITIVO	
	215
REFERÊNCIAS	
	223