

STJ00115234

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

Belo Horizonte

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2022

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

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.

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 <i>a</i>).....	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 <i>b</i>).....	72
3.2.4 Contratação envolvendo “impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração” (alínea <i>c</i>)	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	89
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	93
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.....		99
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		119
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		129
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.....		161
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.....		177
---	--	------------

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