

DIÁLOGO COMPETITIVO: UMA PERSPECTIVA SOBRA A SUA APLICAÇÃO NAS PPPs E CONCESSÕES

Carlos Eduardo da Silveira

Especialista em PPPs e Concessões pela FESP-SP. Especialista em Gestão Pública pela FMP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Ex-Procurador-Geral do Município de Porto Alegre. Procurador Municipal de Porto Alegre atualmente cedido à Secretaria de Parcerias do Estado do Rio Grande do Sul.

Jhonny Prado

Master of Laws (LL.M) pelo INSPER, com Pós-graduação em Regulação Pública e Concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Constitucional. Advogado. Procurador para Assuntos Estratégicos do Município de Porto Alegre, junto ao Gabinete do Procurador-Geral. Coordenador da Força-Tarefa PGM-COVID-19 do Município da Porto Alegre. Membro da Comissão Especial de Infraestrutura, Parcerias Público-Privadas, Concessões, Licitações e Desestatização da OAB/RS. Conselheiro da Escola Superior de Direito Municipal.

1 INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, muito se ouviu de críticas à Nova Lei de Licitações e Contratos, lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, por uma possível ausência de novidades. Sobretudo naquele primeiro momento, parecia um museu de grandes

novidades, como bem pontuou Rafael Oliveira¹. Passado algum tempo, e após um contato mais aprofundado com o novo texto legislativo, é inegável que ela promoveu importantes inovações nas contratações públicas e, embora, de fato, não tenha avançado tanto quanto poderia, substituirá bem a Lei n. 8.666/93, de modo que esta última não deve deixar muitas saudades.

Contudo, se houve uma alteração que desde o início foi festejada e apontada como uma grande novidade, foi a introdução de uma nova modalidade de licitação: o diálogo competitivo.

Presente no direito Europeu desde 2004 (constando na Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, posteriormente revogada pela Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, mas mantido o instituto em seu art. 30⁰²) a modalidade advém de experiência internacional consolidada, envolvendo a colaboração da iniciativa privada na definição do objeto pretendido pela Administração Pública, em situações de maior complexidade, em que o Estado não dispõe de condições para definir, por conta própria, a melhor forma de satisfazer suas necessidades.

Aparentemente, haveria um vasto espaço para a utilização da modalidade nas licitações para concessões de serviço público (regidas pela Lei n. 8987/95) e parcerias público-privadas (lei n. 11079/2004), as quais por sua natureza já atendem à quase totalidade das condições estabelecidas no art. 32 da lei n. 14.133/21.³

De fato, especialmente em projetos inovadores, para os quais a Administração Pública não detenha experiência pretérita ou que envolvam práticas recentes do mercado, como as PPPs nas áreas sociais, poderá o ente público se valer da modalidade de licitação em questão.

Sucede que, no âmbito dessas licitações, já existem outros procedimentos que, apesar de não envolverem a fase externa de uma licitação, permitem a interação entre a Administração Pública e os potenciais interessados no certame para o delineamento do objeto e dos documentos editalícios, tais como o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a sondagem de mercado, o *road show*, além dos

¹ <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades> . Acesso em 30 de dezembro de 2021.

² Disponível em: http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva_Classica_2014_24.pdf. Acesso em 12 dez. 2021.

³ Por expressa previsão legal, é possível a sua utilização também para essas modalidades (arts. 179 e 180 da lei n. 14.133/21).

procedimentos mais formais de interação para a coleta de subsídios para os documentos editalícios disponibilizados, como a consulta e a audiência públicas.

O grande questionamento que se faz é: será que o dialogo competitivo terá grande efetividade nas licitações de PPPs e Concessões?

Como se sabe, os projetos de PPPs e Concessões envolvem um longo período de maturação, que passa pelo desenvolvimento de três etapas: i) planejamento de longo prazo e identificação do projeto; ii) estruturação, a qual compreende a fase de realização de estudos para o início da licitação (estudos de viabilidade técnicos, econômicos, ambientais e jurídicos) e a fase de licitação propriamente dita; iii) execução do projeto.

Muito embora haja a capacidade dos entes públicos de se planejarem a longo prazo e identificarem projetos de infraestrutura passíveis de serem concedidos à iniciativa privada, por vezes, esse planejamento esbarra na incapacidade técnica para a fase de estruturação dos projetos (especialmente para a etapa de realização dos estudos), o que os induz a buscar a expertise da iniciativa privada para o seu assessoramento. A assimetria de informações existente entre o Poder Público e Privado em determinados setores obriga essa aproximação, desaconselhando, cada vez mais, a atuação autônoma e isolada por parte do Estado.

Primo mais famoso do diálogo competitivo, o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) surgiu como um instrumento auxiliar aos agentes públicos para que, na fase de elaboração do certame, colha informações acerca das melhores práticas existentes no mercado em determinado seguimento.⁴

Por meio desse procedimento auxiliar, a Administração Pública estabelece uma relação colaborativa com a iniciativa privada, possibilitando ao Poder Público se valer da expertise privada, tanto no que diz respeito à apresentação de estudos de viabilidade e projetos técnicos, quanto à descoberta de novas ideias ou soluções para a resolução de problemas ou situações de relevância pública.

⁴ OLIVEIRA, Rafael Sergio de. "10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato". Disponível em: <http://www.novalelicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacao-e-contrato/>. Acesso em: 16 de dezembro. 2021.

O estreitamento do diálogo com o setor privado possibilita a obtenção de várias visões e alternativas para um mesmo projeto, conferindo maior eficiência à contratação pública, além de permitir ao setor privado ajudar na modulação da contratação a fim de que esteja de acordo com os padrões de produtividade e eficiência já experimentados no mercado.⁵

Voltado à fase posterior à disponibilização dos documentos editalícios em consulta pública ou à publicação da versão final do edital de licitação, o *Road Show* é uma forma de interação com os potenciais participantes da licitação, que guarda similitude com um dos objetivos do diálogo competitivo, já que é comum nessa etapa o recebimento de colaborações quanto à existência de soluções técnicas ou tecnológicas mais adequadas disponíveis no mercado, bem como contribuições para o aprimoramento dos documentos disponibilizados.

O *road show* envolve a realização de reuniões individuais com os agentes do mercado para a apresentação do projeto objetivando atraí-los a participar do certame, esclarecer dúvidas e colher contribuições, aperfeiçoando a modelagem para torná-la viável ou mais atrativa.

Naturalmente, para se chegar à fase de realização do *road show*, a Administração já deverá ter promovido a estruturação do projeto, mesmo que com auxílio externo (consultores contratados ou estudos apresentados em PMI), ou seja, o projeto já estará em uma fase avançada de amadurecimento. De qualquer forma, a importância de tal instrumento na análise comparativa com o diálogo competitivo é o fato de que o ente público pode dialogar diretamente com os potenciais interessados na busca de aprimorar os documentos disponibilizados, compatibilizando-os com as soluções disponíveis no mercado e promovendo as alterações mais condizentes com o estado de inovação tecnológica ou técnica existentes.

Outra forma de interação para o aprimoramento dos projetos é a sondagem de mercado. Tal procedimento envolve discussões com a iniciativa privada na fase embrionária dos projetos, quando se pretende “identificar riscos, medir a atratividade do projeto, definir a modelagem, formas de remuneração, cronograma, dentre outros”⁶

⁵ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; MACIEL, Igor Moura; PRADO, Jhonny. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada e referenciada – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 262

⁶ PICON, Bruna Diniz; DIANA, Gisele Novack. Sondagem de Mercado: Instrumento de diálogo entre o setor público e o privado na modelagem e projetos de concessão e de parcerias público-privadas no âmbito do estado de São Paulo. São Paulo, 2021. Disponível em:

em projetos de maior complexidade e que necessitam identificar a aceitação e a atratividade do projeto da forma como se pretende desenvolvê-lo.

Em que pese pouco difundida pela doutrina, trata-se de uma prática comum na estruturação de projetos de PPP e concessões, presente em diversos projetos promovidos em nível federal, estadual e municipal.⁷

Importante mencionar que essa sondagem de mercado não serve apenas para que a administração reduza a assimetria de informações visando a reduzir os custos de uma futura contratação, mas é importante instrumento para a definição da pertinência da realização ou não do certame, diante de uma análise global da solução pretendida. Muitas vezes, a licitação é apenas parte de uma solução global pensada pela Gestão Estatal, sendo ato antecedente de diversos outros atos e políticas públicas. Nesses casos, a sondagem de mercado pode demonstrar que aquela solução inicialmente pretendida não seria a mais adequada ou que encontraria barreiras graves nas fases subsequentes ou que, simplesmente, não despertariam interesse no mercado. É nesse cenário que a sondagem de mercado se torna um importante instrumento para evitar o dispêndio de enorme quantia de tempo e recursos públicos na fase preparatória de futuras licitações desertas ou que resultarão em contratos inexequíveis.⁸

Diante dos instrumentos de interação com o mercado disponíveis no ordenamento jurídico é que se pergunta: teria o diálogo competitivo força para “sair do papel” e ser um importante mecanismo nas PPPs e Concessões Públicas?

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30270/Mestrado%20MPGPP%20-%20TCC-%20Bruna%20e%20Gisele%20-%202017-03-2021.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 dez. 2021. p. 32-34.

⁷ Podemos citar como exemplo de Market sounding, as reuniões realizadas pelo Governo Federal para os leilões do sistema rodoviário da BR-116; dos terminais no Porto de Santos; dos aeroportos, entre outros; Em âmbito estadual, a sondagem realizada pelo Estado de MG no projeto do Rodoanel da Região Metropolitana de Belo Horizonte; Disponível em: (http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/Rodoanel/20201104_Evolu%C3%A7%C3%A3o_do_Projeto_Rodoanel_v1.pdf – acesso em 11 de dez. 2021) e o realizado pelo Estado de SP para a concessão das linhas 8 e 9 da CPTM (Disponível em http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/Instru%C3%A7%C3%B5es%20Agendamento_Market%20Sounding_Linha%208%20e%209%20CPTM.pdf - acesso em 11 dez. 2021).

⁸ A falta de planejamento é a principal responsável pelo fato de que 1 em cada 3 obras públicas financiadas com recursos federais estão paralisadas (<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>).

POSSÍVEL EFETIVIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO NAS PPPs e CONCESSÕES

Conforme já afirmado, o diálogo com a iniciativa privada, sobretudo para a estruturação de projetos de PPP e Concessões, é crucial no processo de planejamento para o sucesso de uma licitação de grande complexidade. Para tanto, é imprescindível que a administração pública se valha de todos os meios disponíveis para o aprimoramento de seus projetos, de modo a torná-lo mais atrativo ao mercado e mais aderente às melhores práticas e inovações tecnológicas, sem perder de vista, claro, o maior grau de satisfação ao interesse público.

Apesar da introdução de uma modalidade de licitação que possui a meta de oportunizar maior interação entre o setor público e a iniciativa privada, corre-se o risco de o diálogo competitivo não elidir a maior dificuldade existente para o setor público, que já era presente com a utilização do PMI e na MIP: a assimetria de informações entre a Administração Pública e a iniciativa privada.

A doutrina já vinha alertando para a dificuldade encontrada pelos entes públicos em otimizar os resultados obtidos com a utilização dos institutos. Nas palavras de Vera Monteiro:

Como alternativa, entes públicos, especialmente nas esferas estaduais e municipais, têm se valido do que se convencionou chamar de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e de Manifestação de Interesse Privado (MIP). Por meio deles, empresas privadas (geralmente potenciais licitantes) elaboram os estudos prévios à licitação. Contudo, os resultados não têm sido satisfatórios. A avaliação inicial é de que (a) muitos procedimentos são iniciados, mas poucos chegam a resultados satisfatórios, com licitações concluídas e contratos assinados; (b) a competição na licitação resta prejudicada quando potencial licitante é um dos estruturadores do projeto; (c) a precariedade do vínculo entre o privado e o público é um desestímulo à dedicação e à elaboração de projetos com qualidade, pois não há obrigações formalizadas entre as partes; e (d) quando há mais de um privado autorizado a elaborar estudos, o órgão público condutor do procedimento tem dificuldade para consolidar as informações e transformá-las em um projeto final satisfatório.⁹

⁹ MONTEIRO, Vera. Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes. In. PINHEIRO, Armando Castelar, et al. Estruturação de projetos de PPP e

Com efeito, no Brasil, uma parcela ínfima dos PMIs é bem-sucedida, resultando em estudos com baixo ou nenhum aproveitamento para a posterior licitação. Tal fato tem estreita relação com a ausência de qualificação técnica ou desconhecimento dos entes públicos que os realizam, oportunizando uma elevada assimetria informacional e a impossibilidade de adequação dos estudos trazidos pela iniciativa privada.

O fracasso na utilização desse procedimento, notadamente em projetos menos maduros, e a imprestabilidade dos estudos deles decorrentes têm potencial de comprometer a própria realização do projeto de infraestrutura, desmobilizando o interesse público e social no projeto (prazo longo de estruturação, desistência do mercado e desistência do governo).

Tal experiência é relevante ao se examinar que a utilização do diálogo competitivo é direcionada, justamente, aos projetos para os quais o ente público não conhece a solução técnica mais adequada, tampouco os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida. Por essa razão, a assimetria informacional tende a se potencializar, já que a interação com os *stakeholders* integrará uma etapa do certame (fase de diálogo), de modo que o despreparo técnico dos profissionais que julgarão as propostas tende a ser majorado, notadamente ao considerar que a etapa subsequente (competição) ficará restrita aos licitantes pré-cadastrados.

Há o risco, também, de que os projetos apresentados no âmbito do diálogo competitivo contenham algumas características que maximizem o retorno privado esperado e minimizem o seu risco, além de incrementarem as chances de vencer a etapa subsequente (fase de competição), comprometendo a isonomia do leilão.

Não há dúvidas, também, que a estruturação de projetos de PPPs e Concessões exige um longo período de maturação e estruturação, fator que pode influenciar negativamente na utilização do diálogo competitivo, já que abarcaria prazos mais exíguos para a realização dos estudos. Nesse sentido, ainda, a utilização do diálogo competitivo pode retardar a concessão do serviço, já que o ente público necessita se mobilizar para interagir com os interessados, analisar os estudos

entregues, definir critérios e justificativas para selecionar os estudos e consolidá-los, de modo que o eventual baixo aproveitamento desses importará em um longo período para promover novas adequações necessárias ao prosseguimento do certame.

Por fim, outro possível inconveniente avistável é o fato de que o diálogo competitivo já faz parte da fase externa da licitação e, diferentemente das outras modalidades licitatórias, cujos documentos editalícios são concebidos e estruturados pela Administração Pública, no diálogo competitivo é o próprio licitante que incorre com custos para a apresentação de uma solução que atenda às necessidades do ente público, os quais são despendidos antes da homologação do certame, por ocasião da conclusão da fase de diálogo. Desse modo, eventual revogação do certame por motivo de conveniência e oportunidade ficará adstrita às hipóteses em que o motivo determinante seja resultante de fato superveniente devidamente comprovado, conforme estabelece o §2º do art. 71 da Lei n. 14.133/21, devendo ser assegurada a prévia manifestação dos interessados (§3º do art. 71). Além da necessária observância do procedimento acima, sem dúvida alguma, levantará questionamentos sobre direito à indenização.

Tais fatores, aliados ao fato de existirem diversos outros instrumentos disponíveis para viabilizar a interação com o mercado e o aprimoramento dos projetos de PPP e concessões, com propósito similar ao descrito nos incisos I e II do art. 32 da Lei n. 14.133/21, mas que não criam obrigações pecuniárias ao ente público (indenização por eventual revogação da licitação, por exemplo) e com menores riscos de comprometer a competitividade da licitação, induz à compreensão de que o diálogo competitivo tende a ser pouco utilizado nas PPPs e Concessões.

Por esse motivo, os estudos quanto à nova modalidade de licitação são oscilantes, entre o pessimismo, como apontado por Celso de Almeida Afonso Neto¹⁰ (2019, p. 364), para quem o diálogo competitivo poderá se configurar como “letra morta”, e o otimismo com ressalvas, com expectativas altas quanto à sua utilização¹¹.

¹⁰ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. *In*: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson (coord.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, pp. 364.

¹¹ ZAGO, Marina; RODRIGUES, Fernanda. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? Revista **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 nov. de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniaio-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas#author>. Acesso em: 21 mar. 2021.

De qualquer modo, apesar do aparente pessimismo aqui demonstrado, é possível que, havendo maturidade suficiente do Poder Público, com equipes qualificadas e preparadas para elidir a assimetria informacional, o diálogo competitivo possa acabar se transformando em um excelente instrumento para se beneficiar de conhecimentos e ideias do setor privado, que detém maior capacitação para identificar gargalos na infraestrutura e propor soluções inovadoras.

A única certeza é que isso dependerá de uma mudança de comportamento, tanto da Administração Pública e dos órgãos de controle, quanto da iniciativa privada, com um desapego às práticas até então adotadas, situação essa que impacta diretamente na celeridade e transcurso regular do procedimento.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Vinculante n. 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, jan./abr. 2010.

MONTEIRO, Vera. *Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes*. In: PINHEIRO, Armando Castelar, et al. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil : diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: IFC, 2015.

NETO, Celso de Almeida Afonso. *Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro*. In: MOTTA, Fabrício. GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019, pp. 349-366.

NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. Disponível: https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf. Acesso em: 11 dez. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2018

OLIVEIRA, Rafael Sergio de. *10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato*. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacao-e-contrato/>. Acesso em: 16 de dezembro. 2021

PICON, Bruna Diniz; DIANA, Gisele Novack. *Sondagem de Mercado: Instrumento de diálogo entre o setor público e o privado na modelagem e projetos de concessão e de parcerias público-privadas no âmbito do estado de São Paulo*. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30270/Mestrado%20M%20PGPP%20-%20TCC-%20Bruna%20e%20Gisele%20-%202017-03-2021.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 dez. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; MACIEI, Igor Moura; PRADO, Jhonny. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada e referenciada* – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ZAGO, Marina; RODRIGUES, Fernanda. *O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas?* Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 11 nov. de 2019.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas#author>. Acesso em: 11 dez. 2021.