

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GABRIEL DIAS OSTI

**O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO
DE DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA NACIONAL**

São Paulo

2019

GABRIEL DIAS OSTI

O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO
DE DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA NACIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Stevanato Pereira de Souza

São Paulo

2019

GABRIEL DIAS OSTI

O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO
DE DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA NACIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Eduardo Stevanato Pereira de Souza
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Ao sábio Vladimir Osti.

AGRADECIMENTOS

A monografia é tradicionalmente o trabalho científico que põe termo ao período de graduação de um estudante no ensino superior, sendo uma grande oportunidade para que o aluno se desloque da posição de ouvinte e passe a ser ouvido pelo restante da comunidade acadêmica, iniciando a sua escrita científica.

No meu caso, saliento que a realização desta monografia não teria sido possível sem o auxílio de políticas públicas de inclusão no ensino superior, as quais viabilizaram meu acesso e permanência no prestigiado curso de direito desta Universidade, e, conseqüentemente, deram-me a chance de ser ouvido neste momento.

Inicialmente, agradeço aos colegas do tradicional Grupo de Estudos em Direito Administrativo Contemporâneo coordenado com muito esmero pelo Prof. Dr. Antônio Cecílio e pela Prof.^a Dra. Lilian Regina, pelos sofisticados debates. O trabalho desempenhado pelo Grupo vem aproximando o Mackenzie de uma escola de direito público original, contribuindo para a formação de publicistas dispostos a enxergar o direito administrativo com um olhar crítico e propositivo, com a devida atenção às mudanças sociais e tecnológicas.

Agradeço também às discussões e orientações com o professor e amigo Eduardo Stevanato, fundamentais para o desenvolvimento deste estudo. As falhas que eventualmente remanesceram são de minha exclusiva responsabilidade.

Indo além das colaborações que tive para confecção deste trabalho, agradeço aos meus colegas de faculdade pelos debates políticos, filosóficos e científicos que contribuíram ricamente para a minha formação como bacharel em direito e cidadão. Furto-me cautelosamente à citação nominal de cada um deles para não incorrer no pecado de deixar algum querido de fora.

Aproveito a oportunidade para dispensar menção honrosa ao professor Rodrigo Salgado pelas discussões envolvendo o direito econômico, que ajudaram-me a compreender os impactos relevantes da economia no direito positivo, fazendo com que eu não me contentasse com o estudo hermético da norma posta.

Finalmente, agradeço à Nadja, minha companheira de todas as horas, pelo incansável suporte prestado a mim neste período conturbado de nossas vidas chamado bacharelado. Espero um dia me aproximar de sua excelência e dedicação à pesquisa científica.

Por fim, registro minha sincera gratidão ao ilustre piracicabano Vladimir Osti, a quem dedico este trabalho por todo o apoio fornecido ao longo de minha graduação, sem o qual também não seria possível a realização do presente estudo.

“O subdesenvolvimento viria a ser, portanto, a forma da exceção permanente do sistema capitalista na sua periferia. Como disse Walter Benjamin, os oprimidos sabem do que se trata”.

FRANCISCO DE OLIVEIRA

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo realizar uma análise crítica acerca dos principais aspectos práticos e teóricos do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) quando aplicado na modelagem e na estruturação de projetos de infraestrutura veiculados em concessões públicas comuns, administrativas e patrocinadas, bem como nas demais formas de delegação de utilidades públicas pelo Estado à iniciativa privada. O método de pesquisa consiste na revisão da literatura nacional e estrangeira existente sobre o tema, além de relatórios técnicos elaborados pelo Banco Mundial e a legislação pertinente. Inicialmente, a investigação apontou que a maioria dos entes federativos brasileiros enfrenta dificuldade para estruturar projetos de concessão, de modo que o PMI seria uma alternativa viável ao gestor público para elaborar projetos de maior qualidade. Para testar essa premissa, optou-se por organizar o presente estudo em dois capítulos. No primeiro, dissecou-se a respeito da arquitetura legal e regulatória deste instituto a fim de se compreender o seu funcionamento e as questões controvertidas que o cercam, problematizando-se os principais aspectos do Decreto Federal n.º 8.428/15 que atualmente regula o Procedimento de Manifestação de Interesse a nível federal. No segundo capítulo, abordaram-se os principais problemas ligados à aplicação prática do procedimento, tais como o risco de captura do interesse público, a assimetria informacional entre o setor público e privado, e, finalmente, o juízo de conveniência e oportunidade na escolha do PMI como forma de estruturação de concessões públicas. Derradeiramente, conclui-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser uma ferramenta eficaz para a modelagem e estruturação de concessões, sendo necessário, no entanto, que o Estado adote algumas precauções a fim de diminuir ao máximo o risco de captura do interesse público e a assimetria de informação perante os colaboradores privado.

Palavras-chave: Procedimento de Manifestação de Interesse. Infraestrutura. Planejamento. Modelagem. Estruturação. Concessões. Parcerias Público-Privadas.

ABSTRACT

This monograph aims to perform a critical analysis of the main practical and theoretical aspects of the Expression of Interest (EOI) when applied to the modeling and structuring of infrastructure projects carried out in public concessions and public-private partnerships (PPPs), as well as in other forms of delegation of public utilities by the State to private initiative. The research method consists on a review of national and foreign literature on the topic, as well as technical reports developed by the World Bank and pertinent legislation. Initially, the investigation pointed out that most Brazilian federative entities face difficulties in structuring concession projects. In this context, EOI would be a viable alternative for the public administration to elaborate higher quality projects. To test this premise, the present study was organized into two chapters. The first one dissected the legal and regulatory architecture of this institute in order to understand its operation and the controversial issues that surround it, problematizing the main aspects of Federal Decree No. 8.428/15 that currently regulates the Expression of Interest at federal level. In the second chapter, the main problems related to the practical application of the procedure were addressed, such as the risk of capture of the public interest, the information asymmetry between the public and private sector, and finally, the evaluation of convenience and opportunity in choosing EOI as a way of structuring public concessions. Ultimately, it can be concluded that the Expression of Interest can be an effective tool for modeling and structuring concessions, but it is necessary for the State to take some precautions to minimize the risk of facing the capture of the public interest by private companies, and the asymmetry of information between the public and private sector.

Keywords: Expression of Interest. Infrastructure. Planning. Modeling. Structuring. Concessions. Public-Private Partnerships.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Vantagens e desvantagens associadas à oferta de ressarcimento pelos custos de elaboração de estudos pelo colaborador privado.....	32
Tabela 2 – Quadro comparativo entre as alternativas à Administração Pública para obtenção de estudos de viabilidade para projetos de infraestrutura.....	48

SUMÁRIO

Introdução	10
1 Abordagem inicial	11
1.1 Conceito	15
1.2 Previsão legal e arcabouço regulatório	18
1.3 Decreto Federal n.º 8.428/15: análise crítica	22
1.3.1 Limites objetivos	23
1.3.2 Limites subjetivos.....	24
1.3.3 Limites temporais	26
1.3.4 Caráter discricionário do PMI	27
1.3.5 Competência para abertura, autorização e aprovação dos estudos no PMI.....	27
1.3.6 Rito procedimental	28
1.3.7 Eventual direito ao ressarcimento e os interesses do colaborador	31
2 Problemáticas inerentes à aplicação prática do PMI.....	35
2.1 O risco de captura do interesse público pelo interesse privado	37
2.2 A assimetria informacional entre o Estado e a iniciativa privada.....	40
2.3 A conveniência e oportunidade na utilização do PMI	42
2.4 Alternativas à Administração Pública	43
2.4.1 Destacamento de equipe de servidores públicos	43
2.4.2 Contratação de consultores externos especializados através de licitação	44
2.4.3 Procedimento de Manifestação de Interesse	47
Conclusão	49
Referências bibliográficas.....	52

INTRODUÇÃO

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é um instituto viabilizador do diálogo público-privado institucionalizado que tem sido cada vez mais utilizado pelos órgãos e entidades públicas na estruturação e modelagem de projetos de delegação de utilidades públicas no setor de infraestrutura.

Trata-se de um tema relativamente pouco explorado pela literatura jurídica, mas que assume grande importância em um contexto de prestígio público e político da participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos e na ampliação e manutenção do inventário da infraestrutura nacional.

O presente trabalho tenciona analisar criticamente os aspectos práticos e teóricos do Procedimento de Manifestação de Interesse à luz da ideia de desenvolvimento nacional através da melhoria da infraestrutura, buscando-se responder à seguinte indagação: qual a dinâmica da utilização do PMI como ferramenta de estruturação de projetos de concessão e quais as problemáticas inerentes à sua aplicação concreta sob a perspectiva pública.

A metodologia adotada consiste na revisão da literatura nacional e internacional acerca do tema, bem como de relatórios técnicos do Banco Mundial e da legislação constitucional, legal e regulamentar pertinente.

No que diz respeito ao desenvolvimento do trabalho, optou-se por dividi-lo em dois grandes capítulos particionados em seções e subseções.

O primeiro cuidará da abordagem teórica do Procedimento de Manifestação de Interesse, passando-se pela conceituação, análise legal e regulatória do procedimento, com uma análise crítica dos aspectos mais importantes da regulamentação federal do instituto.

O segundo capítulo enfrentará as problemáticas associadas à aplicação prática do procedimento, através da análise da possibilidade de aplicação da teoria da captura das agências reguladoras na relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e o particular autorizado a apresentar estudos.

Além disso, será problematizada a questão da assimetria de informação existente entre o Poder Público e o colaborador privado, e quais as formas de mitigação deste fenômeno.

Por fim, serão destrinchadas as alternativas postas à Administração para estruturar projetos de infraestrutura, buscando-se verificar de que maneira o gestor público procederá no juízo de conveniência e oportunidade quando da escolha de qual mecanismo utilizar para esta tarefa.

1 ABORDAGEM INICIAL

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 alçou o desenvolvimento nacional como um dos objetivos centrais da República¹. Ao tratar do desenvolvimento nacional como meta a ser alcançada, o constituinte reconheceu implicitamente o quadro de subdesenvolvimento de que padecia o Brasil quando do advento da nova ordem constitucional, seguindo aquilo que já havia sido apontado na obra de Celso Furtado ainda na metade do Século XX. Entretanto, passados mais de trinta anos, o desafio de superar o subdesenvolvimento permanece atual, demandando-se esforços de todos os setores da sociedade para alterar este quadro.

Na busca por respostas que pudessem indicar os meios e ferramentas com as quais fosse possível obter avanços no desenvolvimento nacional, foi possível constatar que o desenvolvimento de uma nação perpassa necessariamente pela melhoria de sua infraestrutura física, especialmente nas áreas de logística, energia, telecomunicações e saneamento básico, conforme aponta relatório recente do Banco Mundial². O Brasil, no entanto – indo na contramão dessa constatação – dispendeu entre 2000 e 2013 apenas 2,08% do PIB em infraestrutura, ao passo que a média entre os países emergentes oscilou entre 5 a 7% no mesmo período, sendo o baixo investimento público considerado uma das principais causas da precariedade³ da infraestrutura nacional⁴⁻⁵.

Esta situação de subinvestimento público em infraestrutura remonta ao final dos anos 80⁶⁻⁷, época em que houve queda expressiva no investimento público neste setor, o que em

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

² RAISER, Martin. et al. *Back to Planning: How to Close Brazil's Infrastructure Gap In Times of Austerity*. World Bank Group. Washington, D.C. 2017, p. 9.

³ Cf. CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: Perspectiva Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 36-43. A precariedade da infraestrutura brasileira, segundo Carvalho, é algo que – em que pese ser um problema historicamente antigo – só adquire relevância na sociedade nas situações em que se verifique *falha, falta, saturação* ou *preço* exorbitante, ocasiões em que a infraestrutura, ao invés de funcionar como um facilitador de atividades humanas acaba por se tornar um obstáculo a elas, sendo um dos fatores que contribuem para o que se convencionou chamar de “custo Brasil”, que afugenta investimentos nacionais e internacionais na economia.

⁴ Cf. RAISER, Martin. et al. op. cit., p. 9. Este fato foi destacado pelo Banco Mundial em 2017: “Um dos principais motivos para o baixo desempenho do Brasil em infraestrutura é a falta de investimento. Economias de mercado emergentes de crescimento rápido tendem a gastar entre 5% e 7% de seu PIB em infraestrutura (Growth Commission, 2008). Ao longo das duas últimas décadas, o Brasil gastou menos de 2,5% do PIB (Figura 2.1). Nesse nível, o investimento brasileiro em infraestrutura mal cobre os custos de depreciação” (tradução livre).

⁵ Cf. THE ECONOMIST. *Has Brazil Blown It?*, 2013. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2013/09/27/has-brazil-blown-it>>. Acesso em: 15 Maio 2019. Segundo a The Economist, a média mundial de investimento em infraestrutura foi de 3,8% do PIB em 2013, o que denota com maior clareza o subinvestimento público em infraestrutura no Brasil.

⁶ Cf. RAISER, Martin. et al. op. cit., p. 12.

⁷ Cf. ELSTRODT, Heinz-Peter. et al. *Connecting Brazil to the World: A Path to Inclusive Growth*. McKinsey Global Institute. [S.l.]. 2014. Disponível em:

certa medida está associado – além de medidas de ajuste fiscal impulsionadas pela crise econômica vivenciada ao final da ditadura militar – ao aumento dos gastos públicos com medidas de bem estar social que foram prestigiadas pela Constituição Federal de 1988, acarretando, por outro lado, na redução de dotações orçamentárias em despesas de capital em infraestrutura.

Nesse contexto de queda no investimento público neste setor, o Brasil implementou nos anos 90 e 2000 uma série de reformas visando atrair investimentos privados em infraestrutura, destacando-se a promulgação da Lei Federal n.º 8.987/95, conhecida como Lei das Concessões, e da Lei Federal n.º 11.079/04 – Lei das Parcerias Público-Privadas, que destacaram-se como instrumentos jurídicos importantes para o movimento de desestatização implementado no Brasil pós-redemocratização⁸.

Assim, o que se observou nas últimas três décadas foi uma mudança de paradigma no Estado brasileiro, que – diante de restrições orçamentárias – passou a prestigiar a ampliação da participação privada no desenvolvimento da infraestrutura e na prestação de serviços públicos (através de concessões de portos, aeroportos, ferrovias, rodovias etc.), sem prejuízo da atuação estatal na regulação destas atividades, deslocando-se da posição de Estado-executor para assumir o papel de Estado-regulador.

Todavia, em que pese o advento dos marcos legais supramencionados, o investimento privado em infraestrutura, apesar de ter se intensificado⁹, permaneceu

<https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Featured%20Insights/Americas/Brazils%20path%20to%20inclusive%20growth/MGI_Connecting_Brazil_to_the_world_Executive_summary_May%202014.ashx>. Acesso em 10 set. 2019. Relatório do McKinsey Global Institute aponta no mesmo sentido que o Banco Mundial, demonstrando também que a situação é ainda mais dramática no setor de transportes: “O investimento do Brasil em infraestrutura geral caiu de 5,4% do PIB na década de 70 para apenas 2,1% nos anos 2000, enquanto a infraestrutura de transporte como parcela do PIB vem caindo constantemente por décadas, passando de cerca de 2% na década de 70 para menos de 0,5% nos anos 2000.” (tradução livre).

⁸ Cf. CARVALHO, André Castro. op. cit. No que diz respeito ao financiamento da infraestrutura, é de imprescindível leitura o trabalho de André Castro Carvalho, que, além desse tema, debruçou-se sobre diversas questões sensíveis do chamado direito da infraestrutura, analisando inclusive o modo de atuação da China no desenvolvimento deste setor.

⁹ Cf. RAISER, Martin. et al. op. cit., p. 11. Essa intensificação foi destacada pelo Banco Mundial, que ressaltou, contudo, a ocorrência de alguns picos no número de concessões durante a Copa do Mundo de 2014 e nas Olimpíadas de 2016, embora tenha havido consideráveis subsídios estatais a estes projetos: “As concessões foram o principal veículo para a participação privada em infraestrutura. Entre 1994 e 2015, o Brasil realizou 1.922 projetos com participação privada. As concessões representaram 88% desse total (36% foram projetos novos, e 52% envolveram ativos pré-existentes). As concessões corresponderam a 73% dos US\$ 506 bilhões investidos durante esse período. Após a conclusão de grandes programas de desestatização em 1998, os fluxos de capital privado diminuíram em todos os setores. Eles recomeçaram a crescer em 2008, com picos em 2012 e 2014, quando o Brasil atraiu investimentos para a Copa do Mundo e as Olimpíadas. Na mesma época, o país realizou várias concessões bem-sucedidas, principalmente na área de transportes. Muito disso, no entanto, deveu-se à ajuda de subsídios consideráveis (e contribuições de capital e quase-capital) do setor público.” (tradução livre).

insuficiente para cobrir o déficit gerado pela queda dos investimentos públicos no setor¹⁰. Essa situação pode indicar certa desconfiança do mercado em investir na infraestrutura do Brasil, o que muito se deve às limitações do setor público em planejar e estruturar projetos de concessão e/ou parcerias público-privadas que possam ser considerados viáveis (e sustentáveis) aos investidores¹¹. Tal fato fica evidenciado quando se observa que apenas 6 (seis) dos 26 (vinte e seis) Estados-membros da Federação têm capacidade de levar a cabo um projeto de parceria público-privada a contento¹².

Nesse sentido, é cediço que a estruturação de grandes empreendimentos de infraestrutura traz consigo desafios intelectuais nas mais diversas áreas do saber humano, podendo-se afirmar que o planejamento adequado é fator primordial para o sucesso de tais empreitadas, ao passo que um planejamento deficitário pode gerar graves externalidades negativas para toda a sociedade. É o caso, por exemplo, da construção do aeroporto de Berlim-Brandenburgo, cuja inauguração estava prevista para o ano de 2011, mas que até o ano corrente não inaugurou sua operação comercial devido a erros de planejamento e estouros de orçamentos (o qual inicialmente estava previsto em €3 bilhões e atualmente já alcança a cifra de €7,3 bilhões, o triplo do valor orçado inicialmente)¹³.

Além disso, a alta complexidade da estruturação de projetos de infraestrutura – que é fator característico das grandes concessões e parcerias público-privadas – naturalmente se

¹⁰ Cf. CARVALHO, André Castro. op. cit., p. 285. Carvalho fala em um movimento de *substituição* dos investimentos públicos para investimentos privados em infraestrutura: “Nos anos noventa do século passado, apesar da entrada da participação privada na infraestrutura, é possível constatar que os investimentos acabaram entrando equivocadamente como *substitutos*, e não *complementares* (como deveriam) – o que fomentou naturalmente a redução nas dotações orçamentárias para infraestrutura e, conseqüentemente, a queda no nível de investimentos, segundo já ventilado.” (grifos do autor).

¹¹ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p. 139. Em reforço a esse raciocínio, Gustavo Schiefler salienta a correlação entre o bom planejamento e a segurança jurídica dos contratos de concessão e de parceria público-privada, o que reverbera especialmente no financiamento privado de projetos de infraestrutura: “[...] a Administração Pública jamais conseguirá efetivamente captar recursos da iniciativa privada se houver insegurança quanto à sustentabilidade jurídica dos projetos. Não se suponha que a iniciativa privada – seja o concessionário, seja a entidade financiadora – aportarão recursos vultuosos, essenciais para o desenvolvimento de infraestrutura no Brasil, se, por exemplo, houver risco considerável de suspensões da execução ou anulações dos contratos de concessão pelo Poder Judiciário”.

¹² Cf. RAISER, Martin. et al. op. cit., p. 36. Senão veja-se: “A estruturação de um projeto de PPP exige diferentes níveis de habilidades e coordenação. Geralmente, os órgãos públicos carecem dessas capacidades, principalmente em relação à estruturação financeira e jurídica (por exemplo, segundo a EBP, somente 6 dos 26 estados possuem capacidade de realizar uma PPP). Mesmo em relação a aspectos técnicos, com frequência, a expertise encontra-se pulverizada em vários ministérios, e a coordenação de um esforço único e articulado representa um desafio.” (tradução livre).

¹³ NEXO JORNAL. *A obra alemã que já dura 13 anos e custa o triplo do previsto*. São Paulo, 13 maio 2019. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/05/13/A-obra-alemã-que-já-dura-13-anos-e-custa-o-triplo-do-previsto>>. Acesso em: 14 maio 2019.

choca com o atual modelo de seleção de agentes públicos, seja de ocupantes de cargos efetivos (que se submetem a concursos públicos generalistas e altamente centrados a aspectos legais), seja de ocupantes de cargos em confiança de livre nomeação e exoneração para direção, chefia e assessoramento (os quais frequentemente são preenchidos por critérios políticos em detrimento da capacidade técnica exigida para o cargo), o que acaba por comprometer a seleção de um quadro de pessoal *interna corporis* suficientemente capacitado para planejar e desenvolver uma concessão ou parceria público-privada, especialmente no setor de infraestrutura.

O gestor público, diante dessa situação, tem à sua disposição o instituto previsto no art. 21 da Lei Federal n.º 8.987/95, o qual permite que agentes privados colaborem ativamente com o Estado no planejamento e na modelagem de uma concessão ou parceria público-privada¹⁴, estabelecendo verdadeiro diálogo público-privado visando à viabilização jurídica, técnica, e econômico-financeira do projeto.

Trata-se do Procedimento de Manifestação de Interesse (também conhecido pela sigla “PMI”), instituto de origem anglo-saxã que vem sendo aplicado com frequência cada vez maior pela Administração Pública por se mostrar – em muitos casos – instrumento mais conveniente e oportuno que as demais opções postas ao administrador público para estruturar adequadamente um projeto de delegação de utilidade pública no setor de infraestrutura a ser licitado e concedido à iniciativa privada¹⁵⁻¹⁶.

No entanto, a utilização do PMI não raramente suscita polêmicas e controvérsias entre estudiosos do direito administrativo, administradores públicos e a iniciativa privada, fazendo-se necessário dissecar o instituto a fim de se compreender exatamente com o que se está lidando, e as problemáticas que o cerca.

¹⁴ Considerando que a Lei Federal n.º 8.987/95 tem aplicação subsidiária à Lei Federal n.º 11.079/04 – Lei das Parcerias Público-Privadas, por força do art. 3º, *caput* e §1º desta última.

¹⁵ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 331. Medauar pontua essa tendência de ampliação da cooperação público-privada no setor de infraestrutura através do PMI: “O PMI expressa a tendência de uso crescente, pela Administração Pública, da colaboração de particulares nas suas atuações, sobretudo quanto a complexos projetos de infraestrutura e ante a escassez de recursos públicos para custear estudos e levantamentos necessários para efetivar tais projetos.”

¹⁶ Cf. OTILLAR, Steven P.; MCQUAID, Kristina A. *Recent developments in Brazil's oil & gas industry: Brazil appears to be stemming the tide of resource nationalism*. *Houston Journal Of International Law*, Houston, v. 30, 2008, p. 266. Nesse sentido, Otilar e Macquaid fazem referência ao PMI como etapa típica das concessões no setor de petróleo e gás.

1.1 CONCEITO

A tarefa de conceituar um instituto jurídico envolve necessariamente a perquirição do estado da arte do objeto de pesquisa, o que se materializou no presente estudo através da revisão da literatura existente a respeito do Procedimento de Manifestação de Interesse, especialmente por meio da análise de publicações de juristas do ramo do direito administrativo¹⁷.

Dentre as obras consultadas, merece destaque a densa dissertação de mestrado de Gustavo Schiefler defendida na Universidade Federal de Santa Catarina em 2013, sendo até então uma das obras mais aprofundadas sobre o PMI, a qual naturalmente foi um dos pilares referenciais deste trabalho monográfico¹⁸.

Nesse sentido, veja-se o conceito desenvolvido pelo autor:

O Procedimento de Manifestação de Interesse é o procedimento administrativo consultivo, sujeito ao regime de direito público, com ênfase para os princípios e valores da Constituição Federal, por meio do qual a Administração Pública organiza em regulamento a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas, geralmente por via de concessão comum ou de parceria público-privada, requerendo, para tanto, que sejam apresentados estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem que seja garantido o ressarcimento pelos respectivos dispêndios, a adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, tampouco qualquer vantagem formal do participante sobre outros particulares¹⁹.

A partir deste conceito, já é possível identificar alguns aspectos introdutórios a respeito do instituto em estudo, a começar pela natureza jurídica de procedimento administrativo consultivo, o que significa dizer que o Estado lançará mão do PMI sempre que julgar conveniente e oportuno consultar a iniciativa privada acerca de aspectos da viabilidade (técnica, jurídica e econômica) e da estruturação concreta de um determinado projeto de delegação de utilidades públicas, em regra previamente à publicação do respectivo edital de licitação e celebração do contrato.

¹⁷ É digno de nota que o PMI ainda carece de mais espaço em obras jurídicas de caráter mais didático como cursos e manuais de direito administrativo (ressalvadas algumas exceções), sendo o tema abordado com maior frequência em livros específicos sobre contratos administrativos e licitações, dissertações de mestrado e doutorado, e, principalmente, em publicações de periódicos científicos especializados.

¹⁸ Trata-se de uma das poucas obras dedicadas exclusivamente ao estudo do Procedimento de Manifestação de Interesse (publicada comercialmente no ano seguinte pela editora Lumen Juris). Dentre as obras que tratam especificamente do PMI, também merece destaque a dissertação de mestrado de Mário Márcio Saadi Lima, publicada pela editora Fórum.

¹⁹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. op. cit., p. 123.

Além disso, merece destaque o fato de que a realização de um PMI não obriga a Administração Pública a ressarcir o particular que apresentar estudos, e tampouco a promover a licitação referente ao projeto prospectado. Em verdade, o particular será ressarcido desde que (i) a licitação seja efetivamente empreendida; (ii) os estudos sejam realmente utilizados pela Administração para estruturar o empreendimento; e (iii) haja previsão editalícia do ressarcimento, o qual será feito exclusivamente pelo vencedor do certame, desonerando os cofres públicos²⁰. A questão do ressarcimento será problematizada com maior profundidade no item 1.3.7.

Ainda na abordagem conceitual do instituto, vale notar a concepção importante de Bruno Ramos Pereira, Mariana Vilella e Valério Salgado, que vislumbram no PMI uma ideia de institucionalização do diálogo público-privado:

O PMI é um instrumento que institucionaliza o diálogo público-privado a respeito de um projeto de interesse público a ser concedido à iniciativa privada. Por intermédio desse instrumento, o setor público obtém, de consultores ou diretamente das empresas interessadas em disputar futuros contratos de concessão, os estudos de viabilidade sobre projetos de infraestrutura que estão na agenda da tomada de decisão do Estado. Em outras palavras, o PMI é um convite do poder público para que a iniciativa privada interessada possa apresentar, por sua conta e risco, análises e propostas sobre um projeto de interesse público que, no futuro, poderá ser licitado²¹.

A nosso ver, a concepção acima leva em consideração a práxis histórica do Estado brasileiro, que, muito antes da positivação do PMI, não raramente se utilizava do auxílio de agentes privados para estruturar seus projetos de infraestrutura, sem que houvesse publicidade de tais consultas. Essa situação de fato é inclusive reconhecida por Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, que reiteram a importância de uma regulamentação que confira transparência ao PMI:

[...] é comum a realização de estudos e investigações de projetos deste tipo por particulares, que são muitas vezes de forma velada, ou simplesmente informalmente, oferecidos ao Poder Público como instrumento para

²⁰ Cf. BRASIL. *Decreto Federal n.º 8.428, de 2 de abril de 2015*. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8428.htm>. Acesso em: 20 set. 2019. Assim dispõe o decreto que regulamenta o PMI a nível federal: “Art. 16. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame.”.

²¹ PEREIRA, Bruno Ramos; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. *Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados: relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*. Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2012. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulgarelat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-estados-0>> Acesso em: 10 set. 2019.

demonstração das suas vantagens e estímulo ao engajamento na sua execução. Neste sentido, é conveniente que a regulamentação dos dispositivos mencionados confira o máximo de transparência ao procedimento para emissão da autorização, apresentação pelos entes privados dos estudos, levantamentos e investigações, aproveitamento deles pelo Poder Público para a confecção dos editais de licitação e inclusão nos editais da obrigação de ressarcimento pelos parceiros privados²².

Um exemplo dessa prática pode ser observado ainda no Brasil-império, quando da elaboração dos estudos para a construção da Estrada de Ferro Curitiba-Paranaguá. A obra é fruto das mentes dos engenheiros e irmãos Antônio e André Rebouças²³, que, ainda no Século XIX, convenceram Dom Pedro II a conceder-lhes autorização para dar continuidade nos estudos para realização daquela ousada empresa, ainda hoje considerada uma das maiores obras da engenharia nacional²⁴.

Assim, a regulamentação formal do PMI (ou institucionalização) pode ser vista como uma forma de proteção do interesse público, na medida em que se passa a conferir publicidade e transparência a algo que já ocorria na informalidade, e que muitas vezes acarretava no direcionamento de certames públicos destinados à implementação de projetos de infraestrutura inseridos no contexto das delegações de utilidades públicas. Frise-se, todavia, que o PMI também está sujeito, por exemplo, à captura do interesse privado e à problemática da assimetria de informação entre o Poder Público e a iniciativa privada, o que será abordado nos itens 2.1 e 2.2 deste trabalho.

Finalmente, Maria Silva Zanella di Pietro assim conceitua o instituto em análise:

Procedimento de manifestação de interesse é o meio pelo qual pessoa física ou jurídica de direito privado manifesta seu interesse em apresentar subsídios à Administração Pública na estruturação de empreendimentos que constituam objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso²⁵.

Essa noção de PMI alinha-se intimamente ao teor do *caput* do art. 1º do Decreto Federal n.º 8.428/15 que atualmente regula o PMI no âmbito federal, o qual será dissecado no item 1.3 em que se analisará a regulamentação deste instituto.

²² RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 332.

²³ Além da brilhante carreira de engenheiro, André Rebouças é amplamente conhecido por seu papel de destaque no movimento abolicionista brasileiro da segunda metade do Século XIX ao lado de Joaquim Nabuco e José do Patrocínio.

²⁴ MORENO, Maís. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) nas Estatais*. JOTA - Regulação. JOTA.info, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/procedimento-de-manifestacao-de-interesse-pmi-nas-estatais-11092018>>. Acesso em: 21 set. 2019.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 153.

Cotejando-se os conceitos acima, pode-se dizer, em síntese, que o Procedimento de Manifestação de Interesse é um procedimento administrativo consultivo, concebido para institucionalizar o diálogo público-privado na estruturação de projetos de delegação de utilidades públicas (especialmente em empreendimentos de infraestrutura), através do qual pessoas físicas ou jurídicas podem solicitar autorização de um ente público para apresentar subsídios (técnicos, financeiros e/ou jurídicos) perante aquele e, dessa forma, contribuir com a modelagem de contratação pública mais sustentável e adequada às peculiaridades do objeto a ser licitado, havendo eventual ressarcimento dos dispêndios referentes à realização dos estudos caso eles sejam efetivamente aproveitados pela Administração Pública e o projeto seja licitado e adjudicado.

Introduzidos alguns dos aspectos mais básicos do PMI, faz-se necessário aprofundar o estudo das questões técnicas a respeito do instituto, o que se fez neste trabalho através da análise crítica de seu respectivo arcabouço legal e regulatório.

1.2 PREVISÃO LEGAL E ARCABOUÇO REGULATÓRIO

O regime jurídico administrativo a que se submete a Administração Pública direta e indireta torna imperiosa a observância de diversos princípios específicos, notadamente o princípio da legalidade administrativa inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Alessi, assevera que o exercício da função administrativa se subordina à função legislativa não apenas nas proibições e vedações à Administração, mas, também, porque esta só poderá fazer aquilo previamente autorizado pela lei. Disto redundo o adágio jurídico doutrinariamente consolidado de que a Administração tem o poder-dever de executar tudo aquilo que a lei expressamente determina ao passo que os administrados podem fazer tudo que a lei não proíbe²⁶.

Neste diapasão, e conforme já mencionado, o Procedimento de Manifestação de Interesse encontra respaldo legal expresso no art. 21 da Lei Federal n.º 8.987/95 – Lei das Concessões, nos seguintes termos:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão

²⁶ ALESSI, Renato apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.

à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital²⁷.

Assim, sob o prisma da reserva legal, não há na literatura quaisquer objeções acerca da possibilidade de utilização do PMI pelo administrador público para estruturar um projeto de infraestrutura no âmbito de uma concessão ou parceria público-privada.

Apesar da previsão legal, cumpre destacar o interessante posicionamento de Gustavo Schiefler, segundo o qual este instituto poderia ser utilizado pela Administração ainda que não houvesse previsão infralegal expressa, isso porque poder-se-ia extrair o fundamento do PMI diretamente do texto constitucional, através de uma conjugação dos direitos fundamentais constitucionais do acesso à informação, de participação na Administração Pública, e o direito à igualdade, interpretados à luz da cidadania e da soberania popular. O autor conclui o raciocínio ponderando que a positivação do PMI no ordenamento jurídico foi essencial tão somente para que fossem estabelecidos direitos e deveres específicos e não previstos na Constituição Federal, podendo-se mencionar a vinculação da obrigação do eventual ressarcimento pelos dispêndios dos estudos ao vencedor da licitação²⁸.

Avançando na análise legal e regulatória do PMI, é importante frisar que o princípio da legalidade não impede que a Administração edite atos de caráter infralegal a fim de regulamentar os dispositivos legais a que deve execução.

É cediço que as leis editadas pelo Legislativo são, em regra, caracterizadas pela generalidade e abstração, e, portanto, sua aplicação concreta pelo Executivo demanda naturalmente uma explicitação mais concreta de seu conteúdo através de normas regulamentares veiculadas em atos administrativos emanados da própria Administração. Trata-se do exercício do poder regulamentar outorgado ao administrador público pelo art. 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é justamente assegurar a fiel execução da lei geral e abstrata²⁹.

Acerca dos limites do poder regulamentar, Bacellar Filho e Daniel Hachem alertam que o regulamento deve ser mero explicitador da lei formal, jamais podendo inovar no ordenamento jurídico de modo a criar direitos e obrigações aos administrados, pois somente

²⁷ BRASIL. *Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

²⁸ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. op. cit., p. 288-294.

²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. op. cit. Senão veja-se: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

ao legislador incumbiria a “fixação primária da essência do interesse público”³⁰. Veja-se, portanto, que o exercício do poder regulamentar encontra suas balizas na própria lei em sentido estrito e na Constituição Federal.

No caso do Procedimento de Manifestação de Interesse, é de se destacar o teor do art. 2º da Lei Federal n.º 11.922/09 que – adicionalmente ao poder regulamentar já previsto na Constituição – explicitou a competência concorrente dos entes políticos nos três níveis federativos para criar seus próprios regulamentos para este procedimento:

Art. 2º Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada³¹.

Além disso, é importante reiterar que o Procedimento de Manifestação de Interesse, como o próprio nome indica, tem natureza jurídica de procedimento administrativo (consultivo). Consubstancia-se, portanto, em uma sequência concatenada de atos administrativos com o fim de atingir um objetivo, o qual, neste caso, é a obtenção de subsídios técnicos (v.g. estudos, investigações, pareceres, relatórios) úteis para a modelagem de uma concessão pública (comum, patrocinada ou administrativa), permissão de serviços públicos, arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.

Evidentemente, o art. 21 da Lei das Concessões não é dotado de normatividade suficiente para detalhar a sequência de atos do PMI, de modo que sua regulamentação está reservada ao Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme acima mencionado.

Quanto à regulamentação infralegal do PMI, observa-se que desde 1995 (quando da positivação do instituto através da Lei das Concessões), a primeira regulamentação do procedimento fora introduzida no ordenamento jurídico apenas em 2006, através do extinto Decreto Federal n.º 5.977, que estabelecia o rito do PMI no bojo das parcerias público-privadas no âmbito da União.

³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.

³¹ BRASIL. *Lei Federal nº 11.922, de 14 de abril de 2009*. Dispõe sobre a dispensa de recolhimento de parte dos dividendos e juros sobre capital próprio pela Caixa Econômica Federal; altera as Leis nos 11.124, de 16 de junho de 2005, 8.427, de 27 de maio de 1992, 11.322, de 13 de julho de 2006, 11.775, de 17 de setembro de 2008, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; prorroga os prazos previstos nos arts. 5º e 30 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11922.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

Ocorre que o escopo de aplicação do Decreto Federal n.º 5.977/06 limitava-se às parcerias público-privadas (concessões administrativas ou patrocinadas), e não abrangia (ao menos não expressamente) as concessões comuns regidas pela Lei Federal n.º 8.987/95³². Tal situação fez surgir discussões acerca da aplicabilidade (ou não) do referido decreto para regulamentar o rito do Procedimento de Manifestação de Interesse para estruturar concessões comuns. A questão foi levada ao Plenário do Tribunal de Contas da União, que, na ocasião, recomendou ao Ministério dos Transportes a aplicação, por analogia, do Decreto Federal n.º 5.977/06 na estruturação de concessões comuns³³.

Em 2015, o Decreto Federal n.º 8.428/15 revogou o Decreto Federal n.º 5.977/06, unificando – a nível federal – a regulamentação do PMI, tanto nas concessões comuns quanto nas administrativas ou patrocinadas (parcerias público-privadas), sendo aplicável também ao arrendamento de bens públicos e às concessões de direito real de uso, pondo fim à antiga lacuna normativa e encerrando a necessidade do emprego de analogia. A redação do normativo federal serviu de parâmetro para a regulamentação desse procedimento nos Estados e Municípios, verificando-se certa semelhança no texto dos regulamentos adotados pelos entes federativos subnacionais.

Essa tendência de mimetização da regulamentação federal do PMI pelos demais entes federativos é inclusive reforçada por Bruno Belsito, que cita o exemplo da regulamentação carioca deste instituto:

Ainda que tal decreto vincule apenas os órgãos e entes administrativos integrantes da União, é provável que ele venha a funcionar, para todos os efeitos, como parâmetro para diversos entes públicos subnacionais – que, frequentemente, reproduzem dispositivos e conceitos já pavimentados em sede federal. Essa percepção é reforçada diante da publicação pelo Estado do Rio de Janeiro do Decreto 45.294, de 24 de junho de 2015 ("Dispõe sobre a manifestação de interesse privado e o procedimento de manifestação de interesse na apresentação de estudos técnicos a serem utilizados pela administração pública estadual"), que instituiu o novo regulamento do PMI

³² Cf. BRASIL. *Decreto Federal nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 3o , caput e § 1o , da Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm>. Acesso em: 15 set. 2019. Conforme preconiza a ementa do referido Decreto.

³³ Cf. BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº 112 - Plenário. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 25 de janeiro de 2012. TC-022.369/2009-0. "ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 237, inciso I do Regimento Interno, em: [...] 9.2. recomendar ao Ministério dos Transportes que utilize, por analogia, os ditames prescritos no Decreto nº 5.977/2006, sempre que conceder autorização para realização por particulares dos estudos técnicos de que trata o art. 21 da Lei nº 8.987/1995;".

para o referido ente e, não por acaso, incorporou inovações estabelecidas pelo decreto federal aqui comentado³⁴.

Diante desse cenário, e considerando as limitações de escopo desta monografia, optou-se por adotar como recorte metodológico a análise exclusiva da regulamentação federal vigente do PMI³⁵.

1.3 DECRETO FEDERAL N.º 8.428/15: ANÁLISE CRÍTICA

A edição do Decreto Federal n.º 8.428/15 veio para atender à recomendação do Plenário do TCU à Casa Civil da Presidência da República para que avaliasse a necessidade de regulamentar o art. 21 da Lei Federal n.º 8.987/95, de modo a estabelecer “[...] diretrizes gerais para atuação dos diversos órgãos que possam utilizar a prerrogativa de autorizar a elaboração de estudos de viabilidade de projetos de concessão de serviços públicos”, conforme veiculado no Acórdão n.º 1.155/2014 daquela Corte de Contas³⁶.

Para os fins do presente estudo, faz-se necessário, numa primeira análise do normativo, dirimir e esquematizar algumas questões básicas acerca do PMI, tais como: (a) em quais modelos de delegação de utilidades públicas o instituto pode ser utilizado? (limites objetivos); (b) quem pode apresentar estudos? (limites subjetivos); (c) a utilização do instituto se sujeita a limites temporais dentro de um processo licitatório?; (d) haveria margem de discricionariedade na utilização do PMI?; (e) quais entes da Administração Pública tem competência para utilizá-lo?; (f) qual o rito procedimental do PMI?; (e) haveria direito ao ressarcimento?; e (f) o que moveria um particular a assumir os riscos de sua participação no PMI, investindo tempo e dinheiro na elaboração dos estudos?

São estas as questões que irão pautar o decorrer desta seção.

De acordo com o *caput* do art. 1º do referido normativo³⁷, o PMI visa possibilitar a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou

³⁴ BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro*. 2015. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 180.

³⁵ Para uma análise comparativa e pormenorizada dos regulamentos do PMI nos Estados e principais Municípios brasileiros, cf. os anexos II e III de LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico*. Coleção Fórum Direito e Infraestrutura, v.2. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

³⁶ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão n.º 1.155 - Plenário. Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR. Relator: Weder de Oliveira. Brasília, DF, j. 7 de maio de 2014. TC-020.270/2013-5.

³⁷ BRASIL. *Decreto Federal n.º 8.428, de 2 de abril de 2015*. op. cit. Veja-se o seu teor: “Art. 1º Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de

jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a Administração Pública na estruturação de empreendimentos que serão objeto de concessão ou permissão, parceria público-privada, arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.

O dispositivo fixa, portanto, os limites objetivos e subjetivos de aplicação do PMI, dispondo sobre a quem poderá ser outorgada a autorização para apresentar estudos, e em quais espécies de delegação de utilidades públicas o instituto poderá ser empregado.

1.3.1 LIMITES OBJETIVOS

Do ponto de vista objetivo, o decreto estende a aplicação do PMI à concessão ou permissão de serviços públicos, parceria público-privada, arrendamento de bens públicos ou à concessão de direito real de uso. Todos estes modelos de delegação compõem o rol de mecanismos jurídicos afetos à estruturação de projetos de infraestrutura, sendo positiva a opção da União por ampliar expressamente o escopo de aplicação do PMI a outras modalidades além das PPPs (tal como era durante a égide do Decreto Federal n.º 5.977/06, como visto acima).

Frise-se, contudo, que o rito do Decreto Federal n.º 8.428/15 não se aplica (i) aos PMIs previstos em legislação específica (v.g. estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos regidos pelo art. 28 da Lei Federal n.º 9.427/96), bem como (ii) aos estudos elaborados por organismos internacionais dos quais o País faça parte e por autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista (art. 1º, § 3º).

No primeiro caso, o regulador optou por explicitar o já consagrado princípio jurídico da especialidade, segundo o qual a existência de norma especial afasta a aplicação da regra geral (*lex specialis derogat legi generali*). Já na segunda hipótese, não haveria necessidade prática de se promover um PMI, visto que tais entidades já fazem parte, em maior ou menor grau, da estrutura estatal (com exceção dos organismos internacionais).

Além disso, o Procedimento de Manifestação de Interesse não é aplicável à estruturação de licitações que antecedem as contratações públicas ordinariamente regidas pela Lei de Licitações (Lei Federal n.º 8.666/93) tendo em vista a ausência de previsão legal e a

inconveniência de o Poder Público realizar um PMI para realizar contratações comuns, que não demandam uma complexa modelagem prévia³⁸.

1.3.2 LIMITES SUBJETIVOS

Sob o enfoque subjetivo, isto é, quem poderá participar de um PMI apresentando projetos, levantamentos, investigações ou estudos à Administração Pública, o decreto autoriza tanto a participação de pessoas físicas quanto jurídicas³⁹.

Num primeiro momento, poder-se-ia supor que a possibilidade de participação de pessoas físicas ampliaria sobremaneira o rol de interessados em apresentar subsídios. No entanto, não se pode perder de vista que a estruturação de modelagens complexas de projetos de infraestrutura demanda conhecimento (*know-how*) nas mais diversas áreas do saber, de modo que apesar de o decreto autorizar a participação de pessoas físicas no PMI, estes “participantes avulsos” teriam, na prática, contribuição limitada a pontos específicos e determinados do projeto a ser estruturado, compatíveis com a sua *expertise*.

Nesse sentido, ressalte-se, ainda, que a regulamentação do PMI não exige que os estudos abranjam o escopo integral da futura concessão, viabilizando, acertadamente, contribuições técnicas pontuais (v.g. uma consultoria ambiental poderia apresentar estudos tão somente a respeito do impacto ambiental do projeto [EIA/RIMA]). Assim, os subsídios apresentados por pessoas físicas no âmbito de um PMI poderiam, em tese, ser variados e específicos, havendo eventual direito ao ressarcimento desde que efetivamente aproveitados pelo Poder Público.

Vale mencionar a possibilidade de formação de um consórcio com o intuito exclusivo de participar no PMI, o que se mostra uma boa alternativa aos interessados em

³⁸ Cf. LOUREIRO, Caio de Souza; BORELLI, Raul. *Nova lei de licitação e o futuro das contratações públicas*. JOTA - Regulação. JOTA.info, 2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-lei-de-licitacao-e-o-futuro-das-contratacoes-publicas-18072019>>. Acesso em: 21 set. 2019. Vale destacar a tramitação parlamentar da Nova Lei de Licitações (veiculada no PL 1292/1995), cujo texto pretende estender a aplicação do PMI às licitações em geral, conforme destacado pelos colonistas do JOTA: “Como procedimento auxiliar, o principal destaque reside na previsão do procedimento de manifestação de interesse (PMI), hoje restrito às concessões, para o regime geral, a fim de possibilitar o recebimento de contribuições, de estudos, de investigações e de projetos para soluções e temas de relevância pública. Há um incentivo explícito no projeto quanto ao recebimento de contribuições de startups que tenham como objeto a criação soluções ou serviços tecnológicos e inovadores e de interesse da Administração.”

³⁹ Nota-se, portanto, que a regulamentação destoa, por exemplo, da atual vedação de outorga de concessão de serviço público a pessoas físicas, o que, diga-se de passagem, era prática comum no Brasil do início do Século XX, período marcado pelo patrimonialismo na gestão da coisa pública, que mais tarde viria a ser mitigado pelo modelo burocrático weberiano de Administração Pública.

aglutinar conhecimentos técnicos de diversas áreas com parceiros especializados, havendo a repartição entre os consorciados do eventual valor devido a título de ressarcimento⁴⁰.

Ainda na questão dos sujeitos que podem ser autorizados a participar deste procedimento, há na doutrina uma discussão a respeito da vantajosidade ou não de se oportunizar ao máximo a participação de diferentes interessados em um PMI, havendo respeitáveis posicionamentos no sentido da inexistência de um direito subjetivo à outorga de autorização para apresentação de estudos (o que difere da tônica adotada no campo das licitações, em que a ampliação da competitividade e a pluralidade de propostas são, na maioria das vezes, os mecanismos de alcance da proposta mais vantajosa).

Nessa discussão, Schiefler defende que seja oportunizada a ampla participação de interessados no PMI, como uma das consequências do dever de observância da isonomia a que se sujeita o Estado. Além disso, o autor pondera que, diferentemente das licitações públicas – onde há a necessidade de se estipular requisitos de capacitação técnica, econômico-financeira e jurídica – o PMI não geraria qualquer risco de prejuízo ao interesse público por ocasião da abertura à ampla participação, “o que significa dizer que ninguém pode ser excluído *a priori* do procedimento”, e que todos teriam direito a participar do PMI e consequentemente apresentar seus estudos à Administração⁴¹.

O autor vislumbra, no entanto, uma situação na qual haveria que se restringir a participação no PMI: no caso de participação de agentes públicos vinculados ao ente promovedor, na qualidade de particulares. Nesse caso, haveria nítido conflito de interesses, posto que haveria margem para que os agentes públicos se utilizassem do procedimento para gerar direitos particulares ilegítimos (direito ao ressarcimento) perante o próprio ente em que atua⁴².

Sobre a ampla participação de interessados no PMI, o entendimento de Carlos Ari Sundfeld, Vera Monteiro e André Rosilho conflui com o de Schiefler quando se trata da utilização do instituto para a busca de ideias, conceitos ou sugestões mais abstratas, pois, neste caso, não haveria grande complexidade no trabalho de analisar e confrontar os

⁴⁰ Cf. BRASIL. *Decreto Federal n.º 8.428, de 2 de abril de 2015*. op. cit. Vide art. 5º, §3º: “§ 3º Fica facultado aos interessados a que se refere o caput se associarem para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos em conjunto, hipótese em que deverá ser feita a indicação das empresas responsáveis pela interlocução com a administração pública e indicada a proporção da repartição do eventual valor devido a título de ressarcimento.”

⁴¹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. op. cit., p. 369-374.

⁴² SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. loc. cit.

subsídios. Contudo, os autores adotam posicionamento diverso na hipótese em que o Estado necessita de parceiro para fazer a modelagem completa de uma concessão.

Para Sundfeld, Monteiro e Rosilho, seria exagerada a interpretação de que se devesse sempre autorizar todos os interessados em elaborar estudos; isso porque a análise de um grande número de estudos apresentados pelos autorizados importaria em obrigar o Poder Público a suportar custos elevados e indeterminados sempre que quisesse se utilizar deste instituto⁴³.

O raciocínio acima considera que a realização um PMI não seria algo totalmente gratuito ao erário, visto que a depender da complexidade e da quantidade de estudos apresentados, haveria necessidade de se destacar equipes de servidores públicos para “analisar, conferir, comparar, testar e combinar” os estudos produzidos pela iniciativa privada, o que comprometeria a economicidade do processo. Assim, os autores sustentam a ausência de direito subjetivo à autorização de estudos, o que inclusive permitiria que a Administração Pública autorizasse um único interessado (tal como ocorre nas hipóteses de contratação direta sem licitação), desde que a opção seja motivada e consentânea ao melhor interesse público⁴⁴.

1.3.3 LIMITES TEMPORAIS

Após análise dos limites objetivos e subjetivos do PMI, faz-se necessário investigar o momento em que o instituto poderá ser utilizado.

Em virtude da complexidade dos projetos de infraestrutura, o processo de planejamento e estruturação de uma concessão pública inicia-se (ou deveria se iniciar) bem antes da assinatura do contrato de concessão. Nesse contexto, o Procedimento de Manifestação de Interesse inserir-se-ia, em regra, no âmbito da “fase interna” do procedimento licitatório, (isto é, antes da publicação do edital de licitação). Ressalte-se, no entanto, que – apesar de ser prudente que a Administração se cerque de todos os subsídios técnicos ao seu alcance antes de levar à praça um edital de licitação (e inaugurar a chamada “fase externa”) – o PMI não é considerado uma fase prévia obrigatória à licitação, e tampouco obriga o Poder Público a promover o certame. Nesse sentido, o §1º do art. 1º do Decreto Federal n.º 8.428/15 é claro ao explicitar o caráter discricionário da decisão de abertura do procedimento.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei n.º 8.987/1995)*. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, maio/ago. 2017, p. 56-59.

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. loc. cit.

Sobre o tema, Sundfeld, Monteiro e Rosilho adotam uma visão mais flexível no sentido de que a oferta de estudos no âmbito de um PMI não se restringiria à fase interna da licitação, podendo perfeitamente se dar no transcorrer da fase externa do procedimento licitatório, ou seja, durante a realização da licitação, desde que antes da celebração do contrato:

[...] do ponto de vista temporal, os elementos podem ser fornecidos em qualquer das etapas envolvidas até a celebração de uma concessão, desde as mais iniciais (a construção mais abstrata da política pública de concessões para o setor) até as mais próximas da outorga (a elaboração dos projetos, do edital e da minuta de contrato, consultas e audiências públicas, sua aprovação interna e externa, bem como a realização da licitação)⁴⁵.

A nosso ver, o entendimento acima é o que melhor se alinha às ideias fundamentais subjacentes ao instituto, quais sejam: a de redução da assimetria informacional e de melhora no processo de tomada de decisões da Administração Pública, o que não afasta, contudo, a necessidade de serem adotadas cautelas (as quais serão abordadas mais adiante) a fim de se reduzir a possibilidade de conflitos de interesse do parceiro técnico que fornece subsídios antes e/ou durante a licitação, bem como a garantia do interesse público.

1.3.4 CARÁTER DISCRICIONÁRIO DO PMI

Outra característica importante do Procedimento de Manifestação de Interesse é a facultatividade de sua utilização pela Administração Pública (art. 1º, § 1º), que pode estruturar seus projetos de concessão de outras formas, como, por exemplo, por intermédio de seus próprios servidores, ou pela contratação dos serviços de consultores especializados via licitação, o que será problematizado com maior profundidade no item 2.4.

1.3.5 COMPETÊNCIA PARA ABERTURA, AUTORIZAÇÃO E APROVAÇÃO DOS ESTUDOS NO PMI

Acerca da competência para abertura, autorização e aprovação dos estudos no âmbito do PMI, o art. 2º do decreto em análise estabelece que ficará a cargo da autoridade ou do órgão colegiado máximo do órgão ou entidade da Administração Pública Federal que detém a competência para licitar o empreendimento ou para elaborar os estudos correspondentes.

O dispositivo trata, portanto, de três questões distintas: ao fazer menção a “órgão” e “entidade” da Administração Pública, o decreto denota que tanto a administração direta quanto a indireta poderão se valer do PMI para estruturar seus empreendimentos. Além disso, estabelece que, no organograma interno da pessoa jurídica promotora do PMI, a decisão de

⁴⁵ Ibidem, p. 50.

publicar um edital de chamamento público para o PMI, autorizar a apresentação de subsídios, e selecionar e aprovar os melhores estudos ficará a cargo da autoridade máxima ou o correspondente órgão colegiado do ente público⁴⁶.

Finalmente, o uso do PMI passou a ser prerrogativa não apenas da autoridade competente para licitar o empreendimento, mas também daquela que estaria incumbida de, num primeiro momento, elaborar os estudos para o projeto.

1.3.6 RITO PROCEDIMENTAL

O decreto em exame segrega e detalha as fases do PMI, divididas entre: (i) abertura do procedimento (arts. 3-5); (ii) autorização dos interessados (arts. 6-7); e (iii) avaliação/seleção/aprovação dos estudos (arts. 9-16).

A fase de abertura do Procedimento de Manifestação de Interesse inicia-se por intermédio da publicação de edital de chamamento público pelo ente promovedor, podendo se originar de duas maneiras: no seio da Administração (de ofício) ou por provocação da iniciativa privada (art. 3º). Na segunda hipótese (por provocação), dá-se o nome de Manifestação de Interesse Privado (“MIP”)⁴⁷.

Além disso, o edital do PMI deverá preencher alguns requisitos mínimos, como por exemplo, a indicação da necessidade pública a ser suprida com o futuro projeto, através de termo de referência com a delimitação do escopo dos estudos a serem realizados, os quais poderão se restringir à simples indicação do problema a ser resolvido por meio do empreendimento (art. 4º, §2º), havendo margem de competência discricionária para que a Administração possa optar por um escopo mais abrangente ou mais restrito.

Ainda no que diz respeito aos requisitos editalícios mínimos, o instrumento convocatório deverá (a) fixar prazos para apresentação dos estudos (sendo permitida a fixação de prazos intermediários, para apresentação de relatórios de andamento dos trabalhos [art. 4,

⁴⁶ Cf. BELSITO, Bruno Gazzaneo. op. cit. passim. Neste ponto, Belsito destaca o fato de que o Decreto n.º 8.428/15 descentralizou a responsabilidade pelo procedimento, que, na redação do Decreto n.º 5.977/06, era restrita ao Conselho Gestor de PPPs/CGPPP (órgão colegiado a quem incumbia a orientação geral do programa de PPPs federal).

⁴⁷ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Roteiro para a estruturação de concessões por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 259, p. 828-837, set. 2015. Schiefler conceitua a MIP como: “[...] a manifestação espontânea, sem prévia solicitação, do interesse de um particular em oferecer seus estudos e projetos, ou de elaborá-los, afim de contribuir com a modelagem jurídica-institucional de concessão comum ou de parceria público-privada que se entende oportuna à Administração Pública, que, por sua vez, caso tenha interesse pela manifestação, deve conceder a mesma oportunidade aos demais particulares por meio do lançamento de um Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).” (sic).

§4º)]; (b) estabelecer critérios para análise e aprovação do requerimento de autorização para apresentação de estudos e para avaliação e seleção dos subsídios posteriormente apresentados; e (c) prever o valor máximo para eventual ressarcimento dos colaboradores privados que tiverem seus estudos aproveitados pela Administração (art. 4º).

Uma vez publicado o edital de chamamento público, os interessados deverão apresentar um requerimento de autorização para apresentação de estudos ao ente promovedor do PMI, o qual deverá conter: (a) informações básicas de qualificação do proponente; (b) demonstração da experiência na realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos similares aos solicitados; (c) detalhamento das atividades que pretende realizar para formação dos subsídios, juntamente com cronogramas dos trabalhos; (d) indicação do valor de ressarcimento pretendido, devidamente justificado; e, (f) declaração de transferência à Administração Pública dos direitos associados aos subsídios (art. 5º).

Conforme visto, cumpre frisar que o ente promovedor poderá estabelecer critérios para aprovação do requerimento de autorização, o que, de acordo com Belsito, indica a inexistência de direito subjetivo do particular à autorização para apresentar subsídios de maneira irrestrita, de modo que a autorização poderá ser motivadamente negada caso o particular não cumpra com os requisitos do chamamento público (como, por exemplo, na situação em que o postulante da autorização não detém *expertise* no escopo do projeto delimitado pelo órgão público)⁴⁸.

Após a apresentação dos requerimentos supramencionados, passa-se à fase de autorização dos interessados, a qual se materializará através da lavratura de termo de autorização por parte da Administração Pública. A autorização será conferida sem exclusividade; não gerará direito à preferência no eventual processo licitatório do empreendimento; não obrigará o Poder Público a licitar o projeto; e será pessoal e intransferível (personalíssima), podendo inclusive ser cassada⁴⁹, revogada⁵⁰, anulada⁵¹ ou tornada sem efeito⁵² (arts. 6º e 7º).

Cumpre ressaltar a inexistência de sanções caso o particular autorizado resolva simplesmente não apresentar seus estudos à Administração Pública. Diante disso, Sundfeld, Monteiro e Rosilho rejeitam a existência de vínculo contratual entre o Estado e o particular

⁴⁸ BELSITO, Bruno Gazzaneo. op. cit. p. 183.

⁴⁹ Se descumpridos os termos da autorização (art. 7º, I).

⁵⁰ Se se tornar inoportuna ou inconveniente, ou se o particular desistir dos estudos, a qualquer tempo (art. 7º, II).

⁵¹ Em caso de ilegalidade no procedimento (art. 7º, III).

⁵² Na superveniência de lei que impeça o recebimento dos subsídios (art. 7º, IV).

autorizado, sendo a autorização um simples “ato unilateral pelo qual o Estado promete obter de terceiro, em favor do autorizado, uma recompensa pública, desde que realizadas certas condições”. Assim, a relação que se instaura entre o autorizado e a Administração teria, na verdade, natureza jurídica de colaboração voluntária não vinculante⁵³.

Finalmente, dá-se início à fase final do procedimento, na qual os autorizados apresentarão seus estudos ao ente promovedor do PMI, os quais serão recebidos, avaliados e selecionados de acordo com critérios pré-definidos, tais como: observância das diretrizes estabelecidas no chamamento público; coerência e consistência das informações; adoção das melhores técnicas, procedimentos científicos e equipamentos para realização dos estudos e investigações; compatibilidade com a legislação e normas técnicas do setor, dentre outros (art. 10). A avaliação e seleção dos estudos serão realizadas por comissão especialmente designada pelo órgão ou entidade (art. 9º).

A fixação e a observância de tais critérios são de grande importância para a legitimidade do procedimento, de modo que se possa evitar-se o recebimento e a utilização de subsídios técnicos enviesados de acordo com os interesses do autorizado.

Nesse sentido, Augusto Neves Dal Pozzo, ao tratar da necessidade de uma criteriosa análise prévia – pela Administração – dos estudos apresentados pelos particulares no âmbito do PMI, aduz que:

[...] os projetos oferecidos por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse devem, necessariamente, passar pelo crivo da Administração Pública para que se verifique a adequação ao interesse público que pretende proteger. Sustentar o contrário seria o mesmo que admitir a possibilidade de delegação da atividade de planejamento do Estado aos particulares que, à luz dos preceitos constitucionais, está absolutamente vedada⁵⁴.

Portanto, o Procedimento de Manifestação de Interesse não pode ser empregado pelo gestor público como ferramenta de delegação pura e simples da atividade de planejamento estatal, mas sim como um instrumento viabilizador de um diálogo institucional transparente entre o Poder Público e os agentes privados especializados em determinados setores técnicos ou econômicos detentores do *know-how* necessário para se estruturar grandes projetos de infraestrutura individualmente considerados.

⁵³ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. op. cit. p. 44-46. Para estes autores, o único dever que haveria por parte do particular autorizado seria de método, isto é, o *dever de veracidade* quanto aos estudos e dados apresentados perante a Administração, dever este assumido implicitamente quando do aceite da autorização para apresentação de estudos (o aceite seria presumido pela efetiva apresentação dos mesmos).

⁵⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. *Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Org.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 53-56.

1.3.7 EVENTUAL DIREITO AO RESSARCIMENTO E OS INTERESSES DO COLABORADOR

Conforme já mencionado, aquele que for autorizado a apresentar estudos, efetivamente os apresentar, e vê-los aproveitados pela Administração Pública quando da estruturação da concessão, poderá ser ressarcido pelo vencedor do certame, dentro dos limites definidos no edital licitatório.

Com efeito, tal ressarcimento deverá estar previsto no edital de licitação, de maneira a cientificar os licitantes acerca da necessidade de ressarcimento dos custos para elaboração dos estudos apresentados no PMI que antecedeu o certame, o que certamente será levado em consideração quando da formulação das propostas comerciais e respectivos planos de negócio relativos ao projeto. Trata-se, portanto, de mera expectativa de direito, tendo em vista a cadeia de eventos futuros e incertos que deverão ocorrer para que o colaborador seja ressarcido.

Na jurisprudência dos tribunais, são raras as decisões que tratem do PMI, e raríssimas as que enfrentam a questão do direito ao ressarcimento, podendo-se mencionar, o precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região encartado na Apelação n.º 5009922-57.2012.404.7001/PR, em que afirmou-se a legitimidade e obrigatoriedade do ressarcimento pelo licitante vencedor ainda que se verifiquem fragilidades nos estudos produzidos pelo colaborador no PMI. Veja-se:

ACÇÃO POPULAR. CONTRATO DE CONCESSÃO. UHE MAUÁ. PREVISÃO DE RESSARCIMENTO DE CUSTOS. ELABORAÇÃO DE EIA/RIMA. LEGALIDADE. FRAGILIDADE DA CONCLUSÃO TÉCNICA. LEGITIMIDADE DO PAGAMENTO PELO SERVIÇO PRESTADO. CONDENAÇÃO À DEVOLUÇÃO. INVIABILIDADE.

1. É legal a previsão contratual (contrato de concessão) de ressarcimento, pela concessionária, dos custos decorrentes da realização de estudos técnicos anteriores ao procedimento licitatório respectivo. Inteligência do artigo 21 da Lei n. 8.987/1995 e do artigo 28, §3º, da Lei n. 9.427/1996.
2. Meras fragilidades do documento conclusivo (notadamente por divergências técnicas e incompletude tópica) acerca de Estudos de Impacto de Viabilidade e Ambiental (EIA/RIMA) não afastam a obrigação de pagamento à pessoa jurídica especializada contratada para tal.
3. Tratando-se de previsão contratual legal e de pagamento legítimo, não há base fático-jurídica para a condenação da beneficiária à devolução de valores percebidos.
4. Apelação e remessa oficial improvidas⁵⁵.

⁵⁵ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Apelação nº 5009922-57.2012.404.7001/PR. Apelado: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e outros. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região de 06.09.2013, 2013.

Apesar do mencionado precedente, ainda não é possível afirmar a existência de uma jurisprudência (no sentido técnico do termo, isto é, de reiteração sistemática de pronunciamentos jurisdicionais) sobre o ressarcimento decorrente de estudos apresentados em sede de PMI, tendo em vista que – felizmente – este procedimento ainda não tem sido constantemente judicializado (inclusive nas Cortes de Contas).

Subsequindo na análise do ressarcimento pelos estudos no PMI, é importante destacar a existência de autores que vislumbram impactos positivos e até mesmo negativos quanto à possibilidade de ressarcimento dos custos de desenvolvimentos dos estudos. É o caso de Hodges e Dellacha, que ao tratar das Propostas Não Solicitadas – PNS (*unsolicited proposals*)⁵⁶ abordam com precisão as vantagens e desvantagens teóricas de se oferecer o ressarcimento pelos custos de desenvolvimento dos estudos. Vejam-se os principais pontos levantados pelos autores:

Tabela 1 – Vantagens e desvantagens associadas à oferta de ressarcimento pelos custos de elaboração de estudos pelo colaborador privado.

VANTAGENS	DESVANTAGENS
Manteria o setor privado engajado a participar da fase de desenvolvimento do projeto;	O número de projetos sem seriedade poderia aumentar, visto que os colaboradores poderiam visar tão somente os ganhos relativos à produção dos estudos;
Superaria a limitação fática de apresentação de projetos apenas por grandes companhias capazes de internalizar os custos de desenvolvimento dos estudos;	O colaborador poderia elaborar estudos com custos exagerados visando exclusivamente desencorajar os futuros licitantes em razão do alto valor de ressarcimento;
Os colaboradores alocariam maiores recursos na confecção dos estudos; e	O custo adicional de ressarcimento a ser pago pelo vencedor da licitação poderia desencorajar novos licitantes; e
O ressarcimento encorajaria a inovação.	O Estado precisaria alocar recursos adicionais para avaliar a acuracidade dos valores do ressarcimento pretendido pelo colaborador.

Fonte: HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency*. Gridlines n.º. 19. World Bank Group, Washington DC, 2007. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/10718>>. Acesso em: 10 set. 2019.

Analisando-se os aspectos elencados acima, é possível perceber que o reembolso das despesas necessárias para a produção dos estudos não é pacificamente aceito como algo necessário para o correto funcionamento das PNSs, havendo inclusive a detecção de pontos negativos subjacentes ao ressarcimento.

⁵⁶ Em tradução livre: propostas não solicitadas. É o instituto de direito comparado que mais se assemelha ao Procedimento de Manifestação Interesse.

Cumpra ainda ressaltar a estreita proximidade entre o instituto da Proposta Não Solicitada e o Procedimento de Manifestação de Interesse, sendo plenamente possível estabelecer – *mutatis mutandis* – um paralelo entre os prós e contras levantados acima com relação ao PMI⁵⁷.

Entende-se, no entanto, que seria impensável a eliminação da possibilidade de ressarcimento no contexto brasileiro, tendo em vista que os interessados em participar de um PMI já estão obrigados a assumir diversos custos para confecção de estudos sem que haja qualquer garantia de retorno – surgindo, assim, um questionamento imediato: o que levaria a iniciativa privada a assumir os riscos de arcar com os prejuízos advindos do não ressarcimento dos custos nos quais incorreu para a elaboração de estudos no âmbito de um PMI⁵⁸?

Para responder este questionamento, deve-se ter em mente que a apresentação de estudos em um PMI não impede a participação do colaborador na eventual licitação que vier a ser promovida com base nos estudos por ele apresentados. Trata-se de uma sistemática que foge à regra geral inscrita no art. 9º da Lei de Licitações, que veda a participação na licitação dos responsáveis pela formulação do projeto básico ou executivo.

Assim, é possível supor que o interesse subjacente à apresentação de estudos em um PMI resida na expectativa do colaborador em vencer a futura licitação. Com efeito, a possibilidade de adjudicação do contrato administrativo estruturado através de PMI pode ser considerada o grande atrativo de grupos econômicos que possuem saúde financeira para assumir os riscos da confecção dos estudos sem prejuízo de suas despesas correntes.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no projeto da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo, em que foram autorizadas para apresentar estudos no PMI – dentre outras empresas – a

⁵⁷ Para maior aprofundamento, ver BELSITO, Bruno Gazzaneo. op. cit. p. 111-160: “As PNS, na experiência do direito comparado, são, em regra, expedientes não concorrenciais que antecedem a abertura propriamente dita (ou seja, a fase externa) de processos estatais voltados para a celebração de contratos públicos (processos licitatórios), normalmente contratos de PPP (no sentido amplo que se confere ao termo na experiência internacional). Nesse sentido, as PNS possuem uma identidade clara com os procedimentos de manifestação de interesse/PMI e manifestação de interesse privado/MIP, incorporados ao sistema jurídico brasileiro”.

⁵⁸ Cf. PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?* PPP — Brasil. O Observatório das Parcerias Público-Privadas. São Paulo, nov. 2011. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2019. Acerca dos riscos transferidos aos particulares, Pereira aponta que: “são transferidos aos autores dos estudos, portanto, os seguintes riscos: (a) financiamento dos estudos e (b) não aceitação, pelo poder concedente, dos estudos apresentados (cenário em que o autor do estudo não seria ressarcido pelo investimento feito).”.

Construtora Queiroz Galvão S.A. e a Odebrecht Transport Participações S.A., as quais, posteriormente, sagraram-se vencedoras da licitação através do Consórcio Move São Paulo⁵⁹.

Frise-se, no entanto, que nessas situações deve-se ter especial atenção quanto à possibilidade de direcionamento do certame através de estudos eventualmente enviesados para benefício deste ou daquele licitante.

Por outro lado, a possibilidade de ressarcimento dos estudos também pode ser considerada um atrativo à iniciativa privada, especialmente aos *players* menores, tendo em vista a superação da limitação fática de apresentação de projetos apenas por grandes companhias capazes de internalizar os custos de desenvolvimento dos estudos, conforme apontado na tabela acima.

Também é possível supor que a expectativa de ressarcimento poderia encorajar o surgimento de um mercado de consultoria no setor de infraestrutura, com a criação ou até mesmo a entrada de companhias estrangeiras especializadas em elaborar estudos em Procedimentos de Manifestação de Interesse.

Portanto, pode-se concluir que, apesar dos riscos assumidos pelo colaborador privado ao tomar a decisão de confeccionar estudos para submissão ao Poder Público através de PMI, há também a expectativa de obtenção de alguma vantagem, seja na estruturação de uma modelagem de concessão mais sustentável economicamente e que, por conseguinte, beneficie o colaborador interessado em adjudicar o futuro contrato, seja na obtenção do ressarcimento pelos estudos realizados.

Concluída a análise crítica a respeito dos aspectos técnicos do Procedimento de Manifestação de Interesse, faz-se necessário uma abordagem das questões fáticas que envolvem a aplicação prática deste instituto.

Assim, o próximo capítulo se ocupará das problemáticas inerentes à utilização do PMI no dia a dia da gestão pública, notadamente a possibilidade de aplicação da chamada teoria da captura no PMI, a questão da assimetria informacional entre o Poder Público e o autorizado e, por fim, a análise da conveniência e oportunidade da utilização do PMI em face das demais alternativas postas à Administração Pública.

⁵⁹ GLOBO.COM. *Consórcio com Odebrecht e Queiroz Galvão vence licitação da Linha 6*. São Paulo, 6 nov. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/11/linha-6-e-licitada-e-estado-vai-gastar-r-700-milhoes-em-desapropriacoes.html>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

2 PROBLEMÁTICAS INERENTES À APLICAÇÃO PRÁTICA DO PMI

Não é exagero dizer que as interações dialógicas entre o Estado e a iniciativa privada ainda são cercadas de tabus, e enfrentam resistência por parte daqueles que veem nessa relação certa abertura para a captura do interesse público pelos detentores do poder econômico. Tal preocupação não é vazia, tendo em vista os recorrentes escândalos de corrupção envolvendo as relações entre agentes públicos e privados que amiúde ocupam as manchetes jornalísticas. Todavia, é forçoso reconhecer que os nossos entes federativos (em especial os Estados e Municípios) não possuem a estrutura e o *know-how* adequados para modelar, sem qualquer tipo de auxílio externo especializado, grandes projetos de infraestrutura – situação agravada pelas recorrentes crises fiscais – conforme apontam os estudos técnicos do Banco Mundial referenciados no início deste estudo.

Ainda no contexto das interações público-privadas, é pertinente uma breve análise da nomenclatura do PMI. Com efeito, a expressão “Manifestação de Interesse” poderia – do ponto de vista semiótico – nos sugerir a ideia de uma advocacia administrativa, isto é, da utilização do PMI para a defesa de *interesses* privados contrapostos ao interesse público. Dentro dessa ideia, é também interessante observar o título instigante do trabalho monográfico de Andrea Lavourinha intitulado “Procedimento de Manifestação de Interesse: interesse de quem?”, apresentado na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro⁶⁰.

Nesse sentido, vale lembrar que o PMI foi oficialmente positivado em nosso ordenamento jurídico em 14 de fevereiro de 1995, quando da promulgação da Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei Federal n.º 8.987/95), conforme já mencionado. À época, no entanto, não havia a previsão da expressão “Procedimento de Manifestação de Interesse”, a qual só seria formalmente positivada quando da edição do Decreto Federal n.º 8.428/15, que expressamente adotou essa nomenclatura (em certa medida por influência da doutrina, que já adotava essa expressão)⁶¹.

Todavia, é importante destacar que a nomenclatura adotada não está imune a críticas, o que se observa, por exemplo, na análise contundente de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado baseada no histórico do instituto, nos seguintes termos:

⁶⁰ Cf. LAVOURINHA, Andréa Romualdo. *Procedimento de Manifestação de Interesse: interesse de quem?* 63 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12668/Andrea%20R.%20Lavourinha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁶¹ Conforme já se observa na ementa do referido normativo: “Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública.”.

A recepção de estudos, investigações, levantamentos e projetos de entes da iniciativa privada pelo Poder Público tem sido chamada por alguns – ora por ignorância a respeito do histórico do dispositivo e do procedimento, ora por uma inclinação novidadeira – de “manifestação de interesse”. Trata-se de uma denominação nova para algo que já estava presente em nosso direito pelo menos desde a Lei 8.987/1995 e vem sendo utilizado com frequência, por exemplo, pela ANEEL. Ademais, é forçoso notar que o rótulo “manifestação de interesse” nada diz de relevante sobre aquilo que se quer referir⁶².

Adotando posicionamento divergente, Schiefler entende que a crítica baseada na história do procedimento não convence, uma vez que a expressão “manifestação de interesse” seria um simples fruto da tradução do termo *expression of interest*, um dos nomes utilizados para o instituto no direito alienígena (que também é frequentemente designado como *unsolicited proposals* [propostas não solicitadas, em tradução livre])⁶³.

A par das discussões acerca do *nomen iuris* do instituto, seria ingenuidade esperar que a iniciativa privada encampasse integralmente o interesse público quando da apresentação de estudos em um PMI, sendo até esperado que os particulares participem do procedimento motivados por interesses egoísticos (*vide* item 1.3.7 em que tratamos dos interesses do colaborador privado). No entanto, conforme sustentado por Sundfeld, Monteiro e Rosilho, há no PMI um inafastável *dever de veracidade* aplicado aos colaboradores privados quando da aceitação da autorização para apresentação de estudos à Administração Pública (*vide* nota 53).

A nosso ver, esse dever não implica necessariamente na expectativa de que todas as informações possíveis serão apresentadas pelo colaborador privado (o que decorre inclusive da possibilidade de apresentação de estudos parciais que não abranjam todo o escopo do projeto), mas sim que as informações que efetivamente forem apresentadas através do PMI deverão estar condizentes com a realidade, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa dos responsáveis pelos estudos.

⁶² RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. op. cit., p. 332.

⁶³ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. op. cit., p. 127. Segue o raciocínio do autor: “Perceba-se que a crítica com base na história do procedimento não convence, pois, afinal, a expressão “manifestação de interesse” representa a tradução de seu nome estrangeiro, cuja influência histórica foi notadamente decisiva para a modelagem do instituto no Brasil. Veja-se que é comum a internalização de nomes estrangeiros, sobretudo na seara das concessões públicas, tal como ocorreu com as próprias parcerias público-privadas (*public-private partnerships*), também importadas. Em alguns casos, a importação de institutos aplicáveis às parcerias público-privadas é direta, sem qualquer tradução, como nos instrumentos *road show* e na análise *Value for Money*, para ficar em apenas dois exemplos. Ademais, embora o dispositivo que confere normatividade ao Procedimento de Manifestação de Interesse exista desde o ano de 1995 e, desde a época, tenha sido empregado por uma agência reguladora, o instituto somente passou a ser utilizado de forma sistemática pela Administração Pública brasileira em meados da década de 2000, sob a influência do instituto estrangeiro dedicado às parcerias público-privadas. O histórico do instituto, portanto, está vinculado à expressão “manifestação de interesse” (*expression of interest*), não havendo razões pertinentes para não empregá-la, sobretudo se considerado que atualmente é o nome comum adotado.”

Assim, surge a importância da competitividade e da transparência no PMI para mitigação do risco de captura do interesse público.

Sobre esse tema, Hodges e Dellacha – ao tratar das *unsolicited proposals* – sustentam que o diálogo público-privado pode contribuir para a inovação e o desenvolvimento da infraestrutura dos países que dispõem de capacidade técnica e financeira limitadas, mas, ao mesmo tempo, traz consigo o risco de captura do interesse público em favor do interesse privado caso o processo não seja transparente e competitivo de modo a possibilitar a participação desembaraçada dos interessados⁶⁴.

É justamente esse risco que será abordado na seção a seguir.

2.1 O RISCO DE CAPTURA DO INTERESSE PÚBLICO PELO INTERESSE PRIVADO

A questão da captura do interesse público é enfrentada com razoável profundidade na doutrina do direito econômico e regulatório (especialmente em se tratando de agências reguladoras), bem como nas ciências econômicas. Segundo Sergio Guerra, as discussões a respeito da teoria da captura das entidades regulatórias surgirão nos Estados Unidos da América no final dos anos 60, a partir das ideias do economista George Joseph Stigler condensadas na obra *The Theory of Economic Regulation*, publicada em 1971⁶⁵.

Ainda a respeito desse fenômeno, o economista John Kenneth Galbraith alcunhou a expressão *bureaucratic symbiosis* (“simbiose burocrática” em tradução livre) para se referir à tecnoestrutura de empresas proeminentes que buscam sistematicamente influenciar políticas públicas através do constante intercâmbio e da participação de seus técnicos e representantes dentro da burocracia estatal, acarretando, no limite, na captura do regulador pelos regulados⁶⁶.

Curiosamente, Galbraith e Stigler podem ser considerados integrantes de escolas de pensamento econômico antagônicas, visto que o primeiro é tido como um importante intelectual do pensamento keynesiano, ao passo que Stigler consagrou-se como um dos principais expoentes da Escola de Chicago. Não obstante as divergências teóricas entre eles pode-se afirmar que a problemática da captura é reconhecida por ambos, o que demonstra a intensidade com que o fenômeno se manifesta.

⁶⁴ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. op. cit., passim.

⁶⁵ GUERRA, Sérgio. *Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 244, p. 330-347, jan. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42475>>. Acesso em: 16 Set. 2019.

⁶⁶ SUPPLY, Eduardo Matarazzo. *Sobre o legado de John Kenneth Galbraith*. Brazilian Journal of Political Economy, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 619-626, dez. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572006000400009&lng=en&nrm=iso>. 20 mar. 2019, passim.

Na doutrina administrativista pátria, Marçal Justen Filho oferece-nos uma precisa definição deste fenômeno:

A doutrina cunhou a expressão *captura* para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais⁶⁷.

Observa-se, portanto, que o fenômeno da captura das agências reguladoras ocorre quando os agentes regulados passam a definir as políticas do setor de acordo com seus próprios interesses, o que se operacionaliza mediante a ocupação (há quem utilize a expressão “aparelhamento”, a qual pouco nos agrada em razão da carga política que a acompanha) de cargos diretivos ou consultivos das agências pelos representantes do interesse privado em situação de incontornável conflito de interesses.

Evidentemente, quando uma empresa celebra qualquer tipo de ajuste com o Estado, é natural e até esperado que sua atuação seja orientada pela busca por lucratividade conforme as normas do direito empresarial, o que difere da lógica de atuação do Poder Público, que deve necessariamente ser pautada pela consecução do interesse público primário.

Clarificando ainda mais esta dicotomia, Ortiz e Buxbaum apontam as diferentes preocupações que se manifestam entre os interesses do setor público e privado no contexto de concessões de longa duração (em tradução livre):

Uma empresa privada é responsável perante seus investidores e responde aos seus acionistas, que esperam um retorno sobre seus investimentos. Portanto, existe uma preocupação por parte do setor público de que o privado se concentrará tão somente em recuperar seu investimento e gerar lucro, negligenciando as necessidades e os interesses dos usuários⁶⁸.

Esse choque de interesses também está presente no Procedimento de Manifestação de Interesse, na medida em que a iniciativa privada tenderá a envidar esforços para produzir estudos visando de alguma forma atingir seus próprios interesses, enquanto o Estado, na condição de guardião do interesse público, deverá buscar no PMI a estruturação de um projeto de infraestrutura de acordo com as melhores práticas do mercado, de modo a melhor atender o usuário do serviço público.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369-370.

⁶⁸ ORTIZ, Iris N.; BUXBAUM, Jeffrey N. *Protecting the Public Interest in Long-Term Concession Agreements for Transportation Infrastructure*. Public Works Management & Policy, Cambridge – MA, EUA, v. 13, n. 2, p.126-137, out. 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/1087724X08326175>>. Acesso em: 21 set. 2019.

Há na literatura especializada diversos autores que identificam brechas na arquitetura do PMI que dariam azo à captura do interesse público por interesses particulares de agentes interessados em celebrar o futuro contrato administrativo modelado a partir dos estudos apresentados por esses mesmos agentes.

A preocupação com a possibilidade de captura é manifestada por Andrea Lavourinha, que realizou análise de dados empíricos buscando verificar se a utilização do PMI no Brasil tem sido afetada por este fenômeno. No entanto, conforme ressaltado pela autora, esse tipo de pesquisa esbarrará na fluidez da ideia de interesse público, sabidamente um conceito jurídico indeterminado cuja concretização só pode ser feita à luz do caso concreto⁶⁹.

A autora salienta que o interesse do Poder Público com o PMI seria de obter a máxima ampliação de competidores aptos a cumprir com o objeto da licitação. Por outro lado, o particular que apresentou estudos no PMI teria melhores condições de apresentar propostas de maior qualidade justamente pela vantagem informacional decorrente do conhecimento mais aprofundado acerca dos riscos relativos à viabilidade econômico-financeira, ambiental e jurídica, tendo em vista seu envolvimento prévio com o projeto⁷⁰.

De toda sorte, uma possível métrica para se verificar indícios de captura pode se operacionalizar através da análise do resultado das licitações, isto é, verificando-se se a maioria dos vencedores dos certames foi também um colaborador da estruturação do projeto licitado com o auxílio do PMI.

A título exemplificativo, imaginemos um ente federativo que tenha promovido 110 PMIs que deram origem à publicação de 100 editais de licitação. Neste universo de 100 licitações promovidas com base em estudos fornecidos em PMIs, digamos que 90 delas tenham sido vencidas por empresas do mesmo grupo econômico responsável pela elaboração dos estudos, os quais foram efetivamente aproveitados pelo ente público para confeccionar os documentos das licitações.

Nessa situação hipotética, 90% dos certames teriam sido vencidos pelo mesmo agente que elaborou os estudos subjacentes, o que poderia sugerir a frustração do princípio da competitividade em razão do direcionamento das modelagens contratuais de modo a melhor atender os interesses dos participantes no PMI, ocorrendo, portanto, o fenômeno da captura.

⁶⁹ LAVOURINHA, Andréa Romualdo. op. cit., p. 30-31.

⁷⁰ LAVOURINHA, Andréa Romualdo. loc. cit.

No estudo de Lavourinha, a autora utilizou dados extraídos de 73 PMIs publicados entre 2007 e 2012. Desse universo, somente 9 licitações puderam ser analisadas à luz das premissas do estudo (pois os demais não desencadearam licitações ou não houve a devida publicação dos documentos do certame). Dessas 9 licitações antecedidas por PMI, o mesmo particular que elaborou os estudos venceu a licitação em 3 casos. Em 4 casos, isso não ocorreu. E em 2 deles, a licitação foi suspensa.

Infelizmente o levantamento restou comprometido pela ausência de informações relativas aos PMIs, às autorizações decorrentes e aos documentos referentes à licitação. Verificou-se, portanto, uma verdadeira carência de notícias e documentos oficiais que pudessem embasar uma análise empírica conclusiva acerca da materialização concreta da captura em sede de PMIs.

Essa ausência de dados evidenciada por Lavourinha aponta os holofotes a outro problema igualmente grave em nossos entes federativos (especialmente Estados e Municípios): a falta de transparência e publicidade de documentos referentes ao PMI e à licitação subsequente.

Assim, cumpre salientar que antes de analisar a ocorrência ou não de captura, é ainda mais importante enfatizar a necessidade de implementação de uma cultura de transparência e publicidade dos atos públicos de maneira a dar concretude ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal e aos ditames da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n.º 12.527/11).

De todo modo, apesar das dificuldades de se obter uma comprovação empírica do fenômeno da captura no PMI, é possível concluir pela sua possibilidade teórica em face do conflito de interesses público-privado acima delineado.

2.2 A ASSIMETRIA INFORMACIONAL ENTRE O ESTADO E A INICIATIVA PRIVADA

Outra problemática que envolve o PMI é a questão da assimetria informacional entre o Poder Público e a iniciativa privada. Com efeito, o que se vem sustentando até então no presente trabalho é a noção de que o Procedimento de Manifestação de Interesse compõe uma modalidade de diálogo público-privado institucionalizado, e, como tal, pressupõe justamente um diálogo, ou seja, que ambos os interlocutores dialoguem entre si, trocando informações técnicas e manifestando-se mutuamente acerca dos problemas que envolvem a estruturação de um determinado projeto.

No entanto, esse diálogo pode se converter em monólogo caso as partes estejam em uma situação de acentuado desnível informacional, ou, em outras palavras, quando na condução desse diálogo, um dos interlocutores esteja muito mais a par das questões técnicas,

econômicas e jurídicas que envolvem o projeto, ao passo que a outra parte do diálogo não detenha nem de longe a mesma *expertise*, ocasionando uma situação de desequilíbrio dialogal. Essa questão foi muito bem problematizada por Bruno Ramos Pereira, que partirá do pressuposto de que o Poder Público encontrar-se-ia, em regra, em situação de desvantagem em relação à iniciativa privada na estruturação de projetos de infraestrutura⁷¹.

Para o autor, a realização de PMIs por entes públicos que não possuam um mínimo de capacidade institucional para compreender – ainda que superficialmente, mas com noções básicas – os riscos e problemas que envolvem um projeto de infraestrutura, poderia colocar em risco o erário público e as futuras gerações que teriam de arcar, direta ou indiretamente, com as externalidade negativas de contratações públicas lesivas ao interesse público⁷².

Essa é uma das preocupações que devem ser levadas em conta pelo gestor público ao utilizar o PMI, fazendo-se necessário a adoção de cautelas para diminuir a assimetria de informação.

Segundo Pereira, esse desnível informacional pode ser mitigado através da adoção de algumas medidas, como, por exemplo, a definição e o maior detalhamento possível do escopo do PMI, que deverá sinalizar as expectativas do Poder Público e os métodos de avaliação dos estudos, de modo a permitir a clara aferição do interesse público que deverá ser satisfeito com a futura concessão. Outra estratégia apontada pelo autor é a ampla divulgação do PMI e a disponibilização dos inteiros teores dos estudos a todos os interessados, de modo a alcançar inclusive as pequenas e médias consultorias, assim como a academia, visto que tais atores podem funcionar como um dos pilares da estratégia de redução da assimetria de informação público-privada. Esta medida deve estar aliada ao compromisso radical com a transparência do procedimento⁷³.

Por outro lado, Amana Jauling Stingari – ao tratar da aplicação do PMI na execução de obras públicas – identificou uma espécie de dupla assimetria informacional verificada tanto da perspectiva da Administração, quanto do particular, na medida em que o Estado deterá conhecimento sobre o objetivo buscado, o orçamento disponível e os dados referentes ao objeto (pessoas a serem atendidas, estimativa de veículos que transitarão na rodovia etc.),

⁷¹ PEREIRA, Bruno Ramos. op. cit., passim.

⁷² Ibidem, p. 18.

⁷³ Ibidem, p. 10-17.

enquanto o particular conhecerá o método para realização da obra e sua aplicação prática no empreendimento⁷⁴.

Portanto, pode-se concluir que para o correto funcionamento do PMI é necessário que a Administração Pública adote as medidas mencionadas para reduzir os riscos de ampliação da assimetria informacional para com os elaboradores dos estudos, bem como que dê ampla publicidade às informações necessárias para que os colaboradores possam confeccionar os estudos de acordo com dados reais⁷⁵, evitando-se o fenômeno da dupla assimetria de informação.

2.3 A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE NA UTILIZAÇÃO DO PMI

Conforme visto no item 1.3.4, a Administração Pública possui certa margem de competência discricionária para escolher a melhor forma de estruturação de uma concessão dentre as alternativas existentes. O exercício dessa competência implica na realização de um juízo de conveniência e oportunidade administrativa a ser feito pela autoridade competente, cujo norte deverá ser o interesse público manifestado através dos princípios da administração pública prescritos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, com destaque para o princípio da eficiência introduzido após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 19 de 1998.

Tradicionalmente, o Poder Público dispõe de três mecanismos básicos para elaboração dos estudos de viabilidade para estruturação de projetos de concessão: (i) através de agentes públicos pertencentes aos quadros técnicos do ente público; (ii) pela contratação de consultores externos remunerados; e o (iii) Procedimento de Manifestação de Interesse.

Esse juízo de conveniência e oportunidade recairá sobre qual caminho adotar dentre as possíveis alternativas para a estruturação da concessão e elaboração dos respectivos estudos de viabilidade, as quais não são excludentes entre si, mas sim, complementares. Nesse sentido, Gustavo Schiefler⁷⁶ e Bruno Ramos Pereira⁷⁷ sustentam inclusive a possibilidade de combinação das três alternativas citadas.

⁷⁴ STRINGARI, Amana Kauling. *A influência econômica sobre o direito administrativo: uma proposta neoadministrativista*. 223 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 196.

⁷⁵ É prática corrente nas licitações de maior vulto a criação, pela Administração Pública, de um portal eletrônico para centralização de todos os dados e informações relevantes acerca de um projeto. Este portal é comumente designado pela expressão “*data room*”.

⁷⁶ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *op. cit.*, p. 165. “As formas tradicionais de estruturação das concessões e das parcerias público-privadas continuam válidas mesmo quando se promover o Procedimento de Manifestação de Interesse. A Administração Pública pode elaborar os seus estudos e projetos, de forma direta (servidores) ou indireta (consultores), para confrontar e amalgamar com o material elaborado em Procedimento de Manifestação de Interesse.”.

2.4 ALTERNATIVAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.4.1 DESTACAMENTO DE EQUIPE DE SERVIDORES PÚBLICOS

Trata-se da modalidade mais tradicional de estruturação de licitações públicas no Brasil. Nessa hipótese, a Administração Pública utilizará a *expertise* do corpo técnico de seu quadro de pessoal para elaborar os estudos necessários ao projeto a ser licitado, o que normalmente se operacionaliza através do destacamento de uma equipe de servidores públicos que ficará incumbida da elaboração dos estudos e consolidação da modelagem contratual.

Essa alternativa é normalmente utilizada para estruturar licitações e contratos administrativos que não envolvam grande complexidade, o que já se mostra um gargalo evidente em se tratando de delegações de utilidades públicas no setor de infraestrutura, que geralmente são permeadas por questões complexas envolvendo engenharia de ponta, impactos ambientais, adequação da modelagem jurídica, formas de financiamento etc. O Poder Público – cuja atuação normalmente está voltada à resolução de questões sociais a nível macro – raramente dispõe de servidores suficientemente especializados para endereçar estas questões.

Intuitivamente, poder-se-ia dizer que a solução para esse problema seria simplesmente a contratação de servidores com alto grau de especialização na estruturação de projetos. Todavia, o problema não é tão simples do ponto de vista do custo social de tais contratações, visto que servidores altamente especializados tenderiam a ser demandados apenas quando fosse necessário estruturar determinado projeto de concessão. Essa sazonalidade acarretaria, portanto, na ociosidade desses profissionais por longos períodos, onerando os cofres públicos.

Bruno Ramos Pereira faz um alerta a respeito da dificuldade e da ineficiência de o Poder Público manter em seu quadro de pessoal uma equipe multidisciplinar altamente especializada apta a estruturar de prontidão projetos de concessão:

Em muitos casos, não é eficiente ao poder público manter permanentemente contratada uma equipe de servidores especialistas em estruturação de projetos. Por exemplo, se não há muitos projetos a serem estruturados, a referida equipe ficaria ociosa e aos poucos perderia sua expertise. Além disso, os desafios na estruturação de projetos são diversos e envolvem múltiplas áreas do conhecimento, de modo que seria um desafio manter uma equipe de servidores em prontidão para dar conta da estruturação de projetos peculiares. Como regra, o que parece mais razoável é que o poder público se

⁷⁷ Cf. PEREIRA, Bruno Ramos. op. cit., p. 4. “Tais estratégias não são excludentes entre si. O setor público pode distribuir o esforço de estruturação da concessão entre estas três possibilidades, fazendo com que os estudos produzidos pelos servidores públicos, pelos consultores externos e aqueles provenientes do PMI possam ser complementares uns em relação aos outros, permitindo que o setor público, quando da decisão final a respeito do modelo de negócio da concessão, tenha o máximo de informação possível como subsídio para a tomada de decisão sobre a concessão, que é formalizada pela publicação do edital de licitação.”.

esforce para ter em seus quadros servidores especialistas na gestão de processos de estruturação de projetos (e, quando necessário, especialistas na estruturação propriamente dita)⁷⁸.

O autor bem destaca que seria mais adequado à Administração contar com agentes capazes de gerir a estruturação de projetos, ao invés da estruturação propriamente dita. Esta função de gestão também caberia (ou deveria caber), a nosso ver, à figura do agente comissionado ocupante de cargo *ad nutum*, o qual espera-se que tenha maiores responsabilidades e, por conseguinte, maior experiência e formação ante os demais servidores de carreira. No entanto, o que se verifica na prática é a politização das indicações para tais cargos, o que acaba sendo um dos óbices para a implementação de uma cultura organizacional na qual os agentes públicos ocupantes de cargos de livre provimento se tornem verdadeiros gestores da estruturação de projetos de infraestrutura⁷⁹.

Neste cenário de problemas de alta complexidade e baixa especialização administrativa, a necessidade de cooperação com a iniciativa privada torna-se quase patente, impendendo ressaltar o chamado *dever de previdência* de que trata Marçal Justen Filho, segundo o qual haveria um “dever formal de se promover todos os levantamentos pertinentes para a estruturação do projeto”⁸⁰. O dever de previdência traria a reboque o dever de o Poder Público se valer de consultores privados especializados para estruturar um projeto de concessão nas situações em que as capacidades da Administração não dessem conta de fazê-lo⁸¹.

2.4.2 CONTRATAÇÃO DE CONSULTORES EXTERNOS ESPECIALIZADOS ATRAVÉS DE LICITAÇÃO

Uma vez reconhecida, no caso concreto, a impossibilidade de determinado ente público estruturar integralmente uma concessão com seu próprio quadro de pessoal, surgiria, dessarte, uma primeira motivação de conveniência e oportunidade para que a Administração Pública pudesse proceder à contratação ordinária de consultores externos especializados.

⁷⁸ Ibidem, p. 10, nota 9.

⁷⁹ Para aprofundamento do tema relativo aos cargos em comissão cf. CAMARA, Leonor Moreira. *O cargo público de livre provimento na organização da administração pública federal brasileira: uma introdução ao estudo da organização da direção pública na perspectiva de estudos organizacionais*. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 635-659, Junho 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 out. 2019.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. apud SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. op. cit., p. 150.

⁸¹ Ibidem, p. 152: “Em síntese, quando o nível de complexidade do objeto das licitações públicas é tamanho o tanto para que a Administração Pública não consiga por si elaborar a sua estruturação, deve buscar auxílio dos particulares especializados no ramo daquela atividade econômica”.

Diferentemente do PMI (onde não há propriamente uma relação obrigacional de natureza contratual, mas uma relação de colaboração não vinculante), essa forma de estruturação de projetos está baseada na constituição de uma relação contratual (e, por conseguinte, contraprestacional) entre, de um lado, o ente público contratante dos serviços de consultoria especializada, e, de outro, o consultor técnico contratado.

Desse modo, pode-se vislumbrar uma vantagem imediata nessa sistemática, tendo em vista que o liame obrigacional que imanta o Estado-contratante e o particular-contratado permite que o Poder Público estabeleça metas contratuais e exija a prestação dos serviços de acordo com os termos estabelecidos.

No entanto, os custos para contratação de consultores especializados na estruturação de projetos de concessão no setor de infraestrutura costumam ser elevados, de modo que a Administração deverá levar em consideração o comprometimento do orçamento público e a situação fiscal na avaliação do quão oportuno e conveniente seria recorrer a essa forma de estruturação (especialmente em se tratando de órgãos ou entidades públicas de menor capacidade econômica).

Já com relação aos aspectos práticos, tal contratação poderá se operacionalizar através de um procedimento licitatório comum, por contratação direta nas hipóteses previstas na Lei de Licitações⁸², ou mesmo através de acordos de cooperação técnica com entidades internacionais.

É importante pontuar que o art. 13 da Lei Federal n.º 8.666/93 confere um tratamento especial para a contratação de *serviços técnicos profissionais especializados*. O §1º do referido dispositivo estipula que, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de tais serviços deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de licitação na modalidade concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração. Com efeito, o §4º do art. 22 do mesmo diploma conceitua o concurso como “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores”.

No que diz respeito à aplicabilidade do art. 13 à contratação de consultores externos para estruturação de concessões, Vera Monteiro assevera que “ainda que a Lei de Licitações incentive o uso do concurso para serviços técnicos profissionais especializados (art. 13, § 1º),

⁸² Cf. art. 25 da Lei Federal n.º 8.666/93.

ela o faz para aqueles que são compatíveis com suas características”, não sendo o caso da contratação de serviço de consultoria para modelagem de concessão⁸³.

A autora descarta a possibilidade de utilização do concurso para contratação de serviços de consultoria para modelagem de concessão com fundamento em três argumentos principais:

Primeiro, porque o concurso tem critério próprio de julgamento (qual seja, pagamento de prêmio previamente fixado no edital e não determinado com base na proposta vencedora), não se aplicando o critério da técnica e preço (art. 45, § 1º); depois, porque a remuneração por prêmio pré-estabelecido é incompatível com a lógica da remuneração de contrato de prestação de serviços (que envolve o pagamento por etapas concluídas e produtos entregues); e, finalmente, porque o concurso não foi criado para escolher aquele que tem melhor capacidade intelectual de prestação de serviço, mas para escolher um produto já concebido⁸⁴.

Monteiro conclui que a licitação para contratação destes serviços poderá ser processada através das modalidades de concorrência, tomada de preços ou convite, cujo critério de escolha irá variar conforme o vulto econômico da contratação e o âmbito de abrangência de cada modalidade, isto é: “na concorrência, participam quaisquer interessados; na tomada de preços, participam apenas os interessados previamente cadastrados no órgão licitante; e, no convite, participam os cadastrados e os convidados”⁸⁵.

Gustavo Schiefler também vislumbra uma provável inviabilidade de utilização de licitação na modalidade concurso para a estruturação de projetos de concessão, tendo em vista as inúmeras desvantagens da utilização dessa modalidade licitatória para esse fim⁸⁶.

⁸³ MONTEIRO, Vera. *Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes*. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. (Org.). *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnósticos do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: International Finance Corporation, 2015, p. 212-213.

⁸⁴ MONTEIRO, Vera. loc. cit.

⁸⁵ MONTEIRO, Vera. loc. cit.

⁸⁶ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. op. cit., p. 155-156. O autor aponta as seguintes desvantagens: “(...) (i) no caso de concurso para a elaboração integral da estruturação da concessão, o alto risco de um certame pouco competitivo, haja vista a notória escassez de potenciais candidatos com capacidade para elaboração de projetos dessa complexidade e dispostos a fazê-lo sem previsão certa de retorno financeiro. Ainda, como os estudos exigem técnica multidisciplinar e os custos para a elaboração dos estudos são demasiado altos, o prêmio deveria ser significativamente alto para contrabalancear os riscos a serem assumidos pelos candidatos, o que redundaria na possibilidade de contratação comum de consultoria especializada, que não sofreria das próximas desvantagens; (ii) a impossibilidade de diálogo entre a Administração Pública e os candidatos durante a elaboração dos estudos e projetos, que é fundamental para o alinhamento do projeto aos interesses pretendidos. Como o material seria produzido durante a vacância competitiva, a Administração Pública não poderia esclarecer dúvidas, solicitar relatórios ou contribuir com opiniões, pois estaria sujeita ao dever de absoluta isonomia e imparcialidade para com os candidatos, já que seria necessário declarar vencedores e perdedores. Trata-se de uma modalidade de contratação e não de uma aproximação consensual e voluntária. Com o distanciamento, haveria menor probabilidade de que desses projetos resultassem modelagens adequadas aos interesses da Administração Pública; (iii) justamente por não poder acompanhar a produção dos estudos e projetos, a incerteza e a improbabilidade de que resulte do concurso material pronto e acabado para ser utilizado na modelagem; (iv)

Diante das questões apontadas, conclui-se que o concurso não foi concebido pelo legislador como instrumento licitatório adequado à contratação de serviços de consultoria, mas sim para premiar ou remunerar um determinado produto já desenvolvido, de modo que afigura-se mais apropriado a utilização da concorrência, tomada de preços ou do convite, conforme o escopo e a amplitude dos serviços a serem contratados pela Administração Pública quando da modelagem da concessão.

2.4.3 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Conforme abordado nas seções anteriores, a utilização de servidores públicos e a contratação de consultores externos para a estruturação de concessões sujeita-se a algumas limitações, tornando-se necessário analisar as situações que tornarão a utilização do PMI conveniente e oportuna ao administrador público.

Com efeito, a vantagem tradicionalmente apontada diz respeito ao aspecto da economicidade, isso porque o PMI virtualmente não comprometeria o orçamento público, visto que os estudos técnicos serão apresentados exclusivamente por conta e risco dos colaboradores privados, e o seu possível ressarcimento será de responsabilidade do futuro vencedor da eventual licitação.

Todavia, pôde-se observar ao longo deste estudo que a utilização do PMI não deve ser considerada totalmente gratuita aos cofres públicos, considerando que o ente promovedor do procedimento deverá destacar equipes de servidores para analisar, selecionar e aprovar os estudos que serão efetivamente aproveitados, especialmente em PMIs com um grande número de colaboradores autorizados e estudos apresentados (*vide* item 1.3.2).

Ainda assim, apesar do custo do destacamento de servidores para conduzir o procedimento, pode-se dizer que o PMI continua sendo a opção menos dispendiosa se comparada à contratação de consultores externos ou mesmo a utilização de servidores públicos para estruturação de concessões públicas, tendo em vista que a Administração

a necessidade de que, caso não resulte material pronto e acabado, mas pelo menos material útil, seja feita nova contratação para a modelagem final; (v) a inexistência de obrigação de prestar serviços consultivos por parte dos vencedores sobre o trabalho apresentado e a consequente insegurança jurídica que envolve a contratação de outros consultores para editarem projetos de autoria de terceiros, pela impossibilidade de se transferirem os direitos autorais morais desses projetos; (vi) o comprometimento orçamentário pelo ônus de ter que declarar e remunerar um vencedor independentemente da efetividade do concurso para a modelagem final; (vii) a dificuldade para se estabelecerem critérios objetivos par ao julgamento do certame; (viii) a dificuldade para se montar uma comissão especial integrada por pessoas com reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria sem ter que despender recursos para a contratação de especialistas”.

Pública não teria que custear a elaboração dos estudos propriamente ditos, os quais representam a parte mais custosa da estruturação de um projeto de infraestrutura.

Portanto, do ponto de vista do ente público, pode-se concluir que as situações que ensejarão a utilização do PMI estão relacionadas à falta de recursos orçamentários e/ou humanos necessários à estruturação da concessão⁸⁷.

Finalmente, entende-se oportuno organizar e esquematizar as alternativas viáveis ao gestor público para estruturar projetos de infraestrutura materializados em delegações de utilidades públicas. Para tanto, veja-se os pontos levantados por Bruno Ramos Pereira sobre o tema:

Tabela 2 – Quadro comparativo entre as alternativas à Administração Pública para obtenção de estudos de viabilidade para projetos de infraestrutura.

ALTERNATIVA	PRINCIPAL DESAFIO	PONTO POSITIVO PARA SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	SITUAÇÃO EM QUE SUA UTILIZAÇÃO É RECOMENDADA
SERVIDORES PÚBLICOS	Existência de servidores capacitados e engajados.	Incorporaria de modo mais orgânico na administração pública os aspectos, as características e as dimensões relacionadas ao projeto.	Existência de recursos humanos compatíveis com a urgência do projeto, alto grau de planejamento por parte do setor público.
CONSULTORES EXTERNOS CONTRATADOS ATRAVÉS DE LICITAÇÃO	Conceber e realizar o processo de contratação dos consultores com capacidade para a realização dos estudos (processo competitivo ou contratação direta).	A administração acessaria uma opinião externa a respeito da viabilidade do projeto, na medida em que há que se gerir o contrato e os produtos dele decorrentes, há o efeito positivo adicional na medida em que os servidores públicos acompanham a curva de desenvolvimento dos estudos de viabilidade.	Situação não tão urgente e existência de condições para a contratação de consultores externos (disponibilidade de recursos orçamentários e cooperação por parte dos servidores públicos).
PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	Estabelecer os filtros adequados para que o interesse público não seja relativizado diante da potencial preponderância do interesse privado.	Agilidade na produção dos estudos de viabilidade e não comprometimento de recursos orçamentários.	Urgência, ausência de recursos orçamentários e/ou de recursos humanos necessários para a produção dos estudos de viabilidade.

Adaptado de: PEREIRA, Bruno Ramos. *Ibidem*, p. 8.

⁸⁷ PEREIRA, Bruno Ramos. *op. cit.*, p. 7.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi de analisar o funcionamento do Procedimento de Manifestação de Interesse como forma de estruturação e modelagem de concessões públicas veiculadoras de projetos de infraestrutura e quais os problemas inerentes à aplicação prática desse instituto.

A motivação para realização deste trabalho partiu da ideia de que a Administração Pública – quando da estruturação de uma concessão pública – encontrar-se-ia em desvantagem em relação ao setor privado do ponto de vista informacional, o que traria a reboque a necessidade de uma maior interação público-privada através de um procedimento institucionalizado como o PMI.

Para verificar a utilidade de tal procedimento, investigou-se o panorama da infraestrutura no Brasil, constatando-se uma queda expressiva nos investimentos públicos em infraestrutura acompanhada por uma mudança de paradigma no Estado brasileiro, que nos anos 90 deslocou-se da posição de executor direto dos serviços públicos para assumir o papel de regulador, prestigiando o aumento da participação da iniciativa privada no setor de infraestrutura através da outorga de concessões.

No entanto, para que houvesse o almejado aumento nos investimentos privados se setor de infraestrutura observou-se também a necessidade de projetos de concessão sustentáveis e bem estruturados, que pudessem incrementar a segurança jurídica das concessões, e, dessa forma, diminuir os riscos assumidos pelo concessionário, tornando o investimento nesse setor mais atrativo e seguro.

Porém, o que se verificou na prática é que boa parte dos nossos entes federativos possuem dificuldade em estruturar projetos de concessão, seja pela falta de servidores especializados, seja pela falta de recursos orçamentários para contratação de consultores externos, colocando em xeque a mencionada viragem paradigmática que tencionou o aumento dos investimentos privados em infraestrutura.

Diante desse cenário, a hipótese deste trabalho foi a de que o PMI pode se apresentar como uma alternativa viável para a diminuição dessa lacuna, através do engajamento da iniciativa privada em auxiliar a Administração Pública na estruturação de projetos de concessão, contribuindo, no limite, para a intensificação dos investimentos privados na infraestrutura nacional. Para a verificação dessa hipótese, o trabalho foi dividido em dois capítulos.

No primeiro, dissecou-se a respeito da arquitetura legal e regulatória do PMI a fim de se compreender o funcionamento do instituto e as questões controvertidas que o cercam, problematizando-se os principais aspectos do Decreto Federal n.º 8.428/15 que atualmente regula o PMI a nível federal. Veja-se a seguir as principais conclusões extraídas naquele capítulo.

Observou-se que, diferentemente da lógica de ampliação da competitividade adotada nas licitações regidas pela Lei Federal n.º 8.666/93, nem sempre a ampliação do número de colaboradores em um PMI atenderia ao interesse público, tendo em vista que os custos nos quais a Administração incorreria quando da análise, comparação e seleção de um grande número de estudos, poderiam acarretar em um processo antieconômico que iria de encontro à própria tônica de não comprometimento orçamentário que subjaz a utilização do PMI.

Além disso, pôde-se concluir que a multiplicidade de estudos poderia inclusive acarretar a piora do resultado final da estruturação da concessão, tendo em vista uma fragmentação excessiva de projetos apresentados por diferentes agentes, o que poderia fragilizar o projeto final.

No segundo capítulo, abordaram-se os principais problemas ligados à aplicação prática do instituto, tais como o risco de captura do interesse público, a assimetria informacional entre o setor público e privado, e, finalmente, o juízo de conveniência e oportunidade na escolha do PMI como forma de estruturação de concessões públicas.

Quanto à hipótese de captura do interesse público através do PMI, apesar de sua possibilidade teórica em razão do conflito de interesses que se verifica quando um colaborador privado apresenta estudos no PMI já visando à celebração do futuro contrato administrativo, ainda não é possível concluir empiricamente pela sua ocorrência tendo em vista a existência de poucos levantamentos e relatórios que forneçam dados relativos aos PMIs publicados e as licitações decorrentes, o que se explica pela falta de transparência de muitos entes públicos na divulgação dos documentos relativos a estes procedimentos.

A respeito da assimetria informacional verificada entre o setor público e a iniciativa privada, pôde-se concluir que para o adequado funcionamento do PMI e, conseqüentemente, a redução do risco de contratações lesivas ao interesse público a Administração Pública deverá assumir um compromisso radical com a transparência e publicidade do procedimento, para que, dessa forma, outros atores independentes – como universidades e pequenas consultorias – possam auxiliar o Estado na compreensão dos fatores de risco relativos aos projetos de infraestrutura estruturados através de um PMI.

Por fim, analisou-se os aspectos relacionados ao juízo de conveniência e oportunidade na escolha do PMI como mecanismo para estruturação de concessões, chegando-se a conclusão de que o principal fator de interesse na sua utilização pelo Poder Público diz respeito ao não comprometimento de recursos orçamentários, o que não significa dizer que o procedimento seja completamente gratuito ao erário, tendo em vista a necessidade de mobilização de servidores públicos para conduzi-lo.

Em suma, diante de todos os aspectos analisados neste trabalho, conclui-se que o Procedimento de Manifestação de Interesse pode ser uma ferramenta eficaz para a modelagem e estruturação de concessões, sendo necessário, no entanto, que o Estado adote precauções a fim de diminuir ao máximo o risco de captura do interesse público e a assimetria de informação perante os colaboradores privado.

Espera-se com este trabalho reavivar as discussões sobre a importância do bom planejamento de projetos de infraestrutura veiculados em delegações de utilidades públicas, e instigar a realização de trabalhos empíricos que possam demonstrar cabalmente a ocorrência sistemática (ou não) do fenômeno da captura nas licitações antecedidas por PMIs, para que este instituto seja cada vez mais aprimorado para servir ao interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.

BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro*. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

_____. *Decreto Federal n.º 8.428, de 2 de abril de 2015*. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8428.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Decreto Federal n.º 5.977, de 1º de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 3o , caput e § 1o , da Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. *Lei Federal n.º 11.922, de 14 de abril de 2009*. Dispõe sobre a dispensa de recolhimento de parte dos dividendos e juros sobre capital próprio pela Caixa Econômica Federal; altera as Leis nos 11.124, de 16 de junho de 2005, 8.427, de 27 de maio de 1992, 11.322, de 13 de julho de 2006, 11.775, de 17 de setembro de 2008, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; prorroga os prazos previstos nos arts. 5o e 30 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11922.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. *Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão n.º 1.155 - Plenário. Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR. Relator: Weder de Oliveira. Brasília, DF, j. 07.05.2014. TC- 020.270/2013-5.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº 112 - Plenário. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, DF, j. 25.01.2012. TC-022.369/2009-0.

_____. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Apelação nº 5009922-57.2012.404.7001/PR. Apelado: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e outros. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva. DJe 06.09.2013.

CAMARA, Leonor Moreira. *O cargo público de livre provimento na organização da administração pública federal brasileira: uma introdução ao estudo da organização da direção pública na perspectiva de estudos organizacionais*. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 635-659, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 out. 2019.

CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: Perspectiva Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Org.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ELSTRODT, Heinz-Peter. et al. *Connecting Brazil to the World: A Path to Inclusive Growth*. McKinsey Global Institute. [S.l.]. 2014. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Featured%20Insights/Americas/Brazils%20path%20to%20inclusive%20growth/MGI_Connecting_Brazil_to_the_world_Executive_summary_May%202014.ashx>. Acesso em 10 set. 2019.

GLOBO.COM. *Consórcio com Odebrecht e Queiroz Galvão vence licitação da Linha 6*. São Paulo, 6 nov. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/11/linha-6-e-licitada-e-estado-vai-gastar-r-700-milhoes-em-desapropriacoes.html>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

GUERRA, Sérgio. *Teoria da Captura de Agência Reguladora em Sede Pretoriana*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 244, p. 330-347, jan. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42475>>. Acesso em: 16 set. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAVOURINHA, Andréa Romualdo. *Procedimento de Manifestação de Interesse: interesse de quem?* 63 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12668/Andrea%20R.%20Lavourinha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 set. 2019.

LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico*. Coleção Fórum Direito e Infraestrutura, v.2. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LOUREIRO, Caio de Souza; BORELLI, Raul. *Nova lei de licitação e o futuro das contratações públicas*. JOTA - Regulação. JOTA.info, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-lei-de-licitacao-e-o-futuro-das-contratacoes-publicas-18072019>>. Acesso em: 21 set. 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

MORENO, Maís. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) nas Estatais*. JOTA - Regulação. JOTA.info, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/procedimento-de-manifestacao-de-interesse-pmi-nas-estatais-11092018>>. Acesso em: 21 set. 2019.

NEXO JORNAL. *A obra alemã que já dura 13 anos e custa o triplo do previsto*. São Paulo, 13 maio 2019. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/05/13/A-obra-alemã-que-já-dura-13-anos-e-custa-o-triplo-do-previsto>>. Acesso em: 14 maio 2019.

ORTIZ, Iris N.; BUXBAUM, Jeffrey N. *Protecting the Public Interest in Long-Term Concession Agreements for Transportation Infrastructure*. Public Works Management & Policy, Cambridge – MA, EUA, v. 13, n. 2, p.126-137, out. 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/1087724X08326175>>. Acesso em: 21 set. 2019.

OTILLAR, Steven P.; MCQUAID, Kristina A. *Recent developments in Brazil's oil & gas industry: Brazil appears to be stemming the tide of resource nationalism*. Houston Journal Of International Law, Houston, v. 30, 2008.

PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado? PPP — Brasil*. O Observatório das Parcerias Público-Privadas. São Paulo, nov. 2011. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. *Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados: relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*. Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2012. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulgarelat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-estados-0>> Acesso em: 14 set. 2019.

RAISER, Martin. et al. *Back to Planning: How to Close Brazil's Infrastructure Gap In Times of Austerity*. World Bank Group. Washington, D.C. 2017.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. 500 f. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

_____. *Roteiro para a estruturação de concessões por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 259, p. 828-837, set. 2015.

STRINGARI, Amana Kauling. *A influência econômica sobre o direito administrativo: uma proposta neoadministrativista*. 223 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei n.º 8.987/1995)*. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, maio/ago. 2017.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Sobre o legado de John Kenneth Galbraith*. Brazilian Journal of Political Economy, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 619-626, dez. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572006000400009&lng=en&nrm=iso>. 20 mar. 2019.

THE ECONOMIST. *Has Brazil Blown It?*, 2013. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2013/09/27/has-brazil-blown-it>>. Acesso em: 15 mai. 2019.