

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

MÁRIO MÁRCIO SAADI LIMA

**O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

MÁRIO MÁRCIO SAADI LIMA

**O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

SÃO PAULO

2014

Banca Examinadora:

No processo de crise do Direito, intentado desde há muito e em toda parte, os juristas farão prova de muito má tática, se pretenderem se limitar à acusação, sem admitir em hipótese alguma a posição de réus, nem o papel mais modesto, porém mais eficiente, de peritos e testemunhas.

Com efeito, não basta reconhecer o mal-estar persistente no mundo jurídico diante da evolução da sociedade moderna, e o incontestável divórcio entre o Direito e a realidade social. Por outro lado, seria inútil, senão ridículo, continuar a denunciar a torto e a direito o demônio das “inovações perniciosas”. O exorcismo é totalmente ineficaz neste terreno. A moléstia exige, ao contrário, um diagnóstico menos precipitado e uma terapêutica mais minuciosa

(Fábio Konder Comparato, O Indispensável Direito Econômico)

À Letícia,
com todo o meu amor.

Agradecimentos

O início e a conclusão do presente trabalho não seriam possíveis sem a presença de pessoas extraordinárias, com as quais tive o privilégio de cruzar ao longo desse caminho.

Em primeiro lugar, não poderia deixar de agradecer à Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, zelosa orientadora dessa dissertação. Desde que a conheci, após o meu ingresso no curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), a Professora (como insisto em chamá-la, ainda que sob os seus protestos!) tem sido um exemplo de retidão e de seriedade acadêmica.

Ainda na PUC/SP, gostaria de agradecer ao Professor Jacintho Arruda Câmara e ao Professor Marcos Porta, que fizeram valiosas contribuições durante a banca de exame de qualificação.

Em meu curso de graduação, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV), fui aluno do Professor Carlos Ari Sundfeld e do Professor Mário Engler Pinto Jr. O meu gosto pelo Direito Administrativo, sem dúvidas, é resultado direto das aulas que ministraram e do contato que pude manter com eles naqueles e nos anos que se seguiram.

Durante a minha ainda curta carreira profissional, encontrei duas pessoas que me foram de fundamental importância. São elas a Maria Cecília Cury Chaddad e o André Luiz Freire, a quem gostaria de agradecer pelas constantes indagações e exigências, por me fazer refletir, por toda a paciência, e, mais do que isso, pela amizade construída.

Também não poderia deixar de agradecer à minha família e aos meus amigos, sobretudo pela compreensão de minha (vasta) ausência para o desenvolvimento de minhas atividades profissionais e acadêmicas.

Ao Pedro Tosi, pelo apoio prestado e pela fraternidade construída ao longo dos últimos anos.

Aos meus tios Alexandre e ao Antuane, pelo suporte e pelo carinho de uma vida.

Ao meu irmão, Mário Cesar, amigo sincero e leal.

o meu avô, Antuane, pela humildade, pelas lições, simplesmente por ser o amigo e a pessoa que é.

À minha mãe, Lâmia, por todo o amor e por toda a luta. Por ter me instigado a sonhar, mas sempre mantendo os pés no chão. Por ter-me feito crer que tudo daria certo, ainda que as circunstâncias insistissem em indicar o contrário.

Por fim, à Letícia, constante incentivadora desta e das demais empreitadas pelas tenho adentrado nos últimos anos. Quem me faz, a cada dia, dar o melhor que posso de mim

mesmo. Fica aqui registrada mais uma das páginas do livro que escreveremos ao longo de nossas vidas. A ela este trabalho vai dedicado, com todo o meu amor.

A todos vocês, ficam aqui registrados os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O procedimento de manifestação de interesse tem sido empregado pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública para receber trabalhos técnicos que podem ser utilizados para a estruturação de concessões e permissões, outorgadas com base na Lei Federal 8.987/1995 e na Lei 11.079/2004. No Brasil, possui fundamento em atos normativos já editados por entes da federação e há diversos exemplos de sua utilização. Entretanto, ainda se trata de tema que demanda reflexões e pesquisas acadêmicas sistematizadas, especialmente no que tange ao seu uso para a realização da fase preparatória das licitações e dos contornos concretos que deve tomar. Por esta razão, o presente trabalho tem por objeto o estudo do procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Devido tanto às suas particularidades quanto à necessidade de sua análise holística, optou-se por realizar o estudo sob vertentes diversas. Parte-se da constatação de necessidade de adequado planejamento de concessões no país e da forma de realizá-lo. O procedimento de manifestação de interesse é enquadrado como uma das formas à disposição da Administração Pública para tanto. Nesse bojo, é pontua-se a noção do procedimento de manifestação de interesse e expõem-se as principais características de atos normativos federais, estaduais e municipais a respeito do tema, bem como de exemplos concretos de sua utilização. Sequencialmente, são apresentados os contornos do procedimento de manifestação de interesse, encarado como forma de extensão da competição relativa à outorga de concessões e de atuação concertada do Poder Público. De outro lado, são delineados os aspectos para que seja utilizado de forma transparente, motivada e controlada.

Palavras-chave: Concessão. Parceria público-privada. Etapa preparatória do projeto. Procedimento de manifestação de interesse – PMI.

ABSTRACT

The expression of interest has been used by agencies and government entities to receive technical works that can be used for structuring concessions and permissions, granted in accordance with Federal Law No. 8,987/1995 and Federal Law No. 11,079/2004. In Brazil, is based on norms already edited by entities of the federation and there are many examples of its use. Nevertheless, the theme demands reflection and systematic academic research, especially in regard to its use for carrying out the preparatory phase of the biddings and of the aspects that should comply with. For this reason, the present work has as its object the study of the expression of interest in light of the Brazilian legal framework. Due to its specific characteristics and the need of proceeding with holistic analysis, the present work studies the expression of interest under various aspects. There is the need for proper planning of concessions in the country and for methods to accomplish it. The expression of interest is considered as one of the alternatives the Governmental Bodies can use to achieve the proper planning. In such context, the work characterizes the expression of interest and presents the main features of acts issued on federal, state and municipal levels concerning the mechanism, in addition to examples of its use. Furthermore, it is presented the aspects of the expression of interest as a form of extension of public biddings for the granting of concessions and as a consensual action of the Public Administration. On the other hand, the work covers the aspects that must be considered to the expression of interest be transparent, motivated and controlled.

Keywords: Concession. Public-private partnerships. Project preparation phase. Expression of interest – EOI.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS

ANAC	– Agência Nacional de Aviação Civil.
ANEEL	– Agência Nacional de Energia Elétrica.
ANTAQ	– Agência Nacional de Transportes Aquaviários.
ANTT	– Agência Nacional de Transportes Terrestres.
BNDES	– Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.
CADE	– Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
CGP Federal	– Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas Federal.
Decreto 4.418	– Decreto 4.418, de 11 de outubro de 2002, que aprova o Estatuto Social da empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.
Decreto 5.977	– Decreto Federal 5.977, de 1º de dezembro de 2006, que regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei Federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei Federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei Federal 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.
Decreto 8.033	– Decreto Federal 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta a Lei dos Portos.
Decreto Estadual 12.653	– Decreto do Estado da Bahia 12.653, de 28 de fevereiro de 2011, que regulamenta o PMI em projetos de parcerias público-privadas (em suas modalidades patrocinada ou administrativa) e em projetos de concessão comum e permissão, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.
Decreto Municipal 13.821	Decreto 13.821, de 23 de dezembro de 2009, do Município de Belo Horizonte, que regulamenta o disposto nas Leis Federais 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 07 de julho de 1995, e na Lei do Município de Belo Horizonte 9.038, de 14 de janeiro de 2005, dispondo sobre a apresentação, sem ônus para o Município, de projetos

de parcerias público-privadas e outras formas de exploração de serviços e bens públicos por particulares e dá outras providências.

Decreto Municipal 14.052 Decreto 14.052, de 5 de agosto de 2010, do Município de Belo Horizonte, que institui o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI para participação de interessados na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e de permissão, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo.

Decreto Municipal 14.657 Decreto 14.657, de 21 de novembro de 2011, do Município de Belo Horizonte, o qual institui a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada para participação de interessados na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e de permissão, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo.

EBP – Estruturadora Brasileira de Projetos.

Lei de Acesso à Informação – Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Lei de Concessões ou Lei 8.987 – Lei Federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Lei de Licitações ou Lei 8.666 – Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Lei dos Portos – Lei Federal 12.815, de 5 de junho de 2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias.

Lei de PPPs ou Lei 11.079 – Lei Federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-

privada no âmbito da Administração Pública.

- Lei de Processo Administrativo** – Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.
- Lei do Pregão** – Lei Federal 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.
- Lei do RDC** – Lei Federal 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.
- Lei Estadual do Paraná 17.046** – Lei do Estado do Paraná 17.046, de 11 de janeiro de 2012, que dispõe sobre normas para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas do Paraná (Paraná Parcerias).
- Lei 9.074** – Lei Federal 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.
- Lei 9.427** – Lei Federal 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.
- Lei 11.922** – Lei Federal 11.922, de 13 de abril de 2009, que dispõe sobre a dispensa de recolhimento de parte dos dividendos e juros sobre capital próprio pela Caixa Econômica Federal e dá outras providências.
- MIP** – Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada. Procedimento, instaurado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública, a pedido de interessado, pessoa física ou jurídica, que possibilita a ele, e a outros eventuais interessados, a apresentação de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão, passíveis de outorga, nos termos da legislação específica, em consonância com a Lei de Concessões e/ou com a Lei de PPPs.

PMI	– Procedimento de Manifestação de Interesse. procedimento, instaurado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública, que tem por objetivo orientar a participação de interessados na elaboração de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão, passíveis de outorga, nos termos da legislação específica, em consonância com a Lei de Concessões e/ou com a Lei de PPPs.
Portaria SAC 9	– Portaria 9, de 29 de janeiro de 2013, da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, que dispôs sobre a autorização à EBP para desenvolver estudos técnicos preparatórios à concessão do aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim, localizado no município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e do aeroporto Internacional Tancredo Neves.
Portaria SEP 38	– Portaria 38, de 14 de março de 2013, que autorizou a Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. – EBP a desenvolver projetos e/ou estudos de viabilidade técnica econômica, ambiental e operacional, levantamentos e investigações, de que trata o art. 21 da Lei nº 8.987/1995.
PL 7.067	– Projeto de Lei 7.067/2010, apresentado, em 06 de abril de 2010, na Câmara dos Deputados, tendo por objetivo instituir normas gerais para a apresentação, à Administração Pública, de projetos, estudos, levantamentos e investigações elaborados por conta e risco do setor privado.
PPP	– Parceria público-privada, nos termos da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, englobando, genericamente, as concessões em suas modalidades <i>patrocinada</i> e <i>administrativa</i> .
Resolução ANAC 192	– Resolução 192, de 28 de junho de 2011, da Agência Nacional de Aviação Civil, que estabelece os procedimentos para solicitação, autorização e aprovação de projetos, estudos,

levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de concessões para exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada, previamente definidas como prioritárias pelo Governo Federal.

SAC

– Secretaria de Aviação Civil.

SEAE

– Secretaria de Acompanhamento Econômico.

SEP

– Secretaria de Portos da Presidência da República.

TCU

– Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 INTRODUÇÃO.....	20
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	20
1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO.....	20
1.2 RELEVÂNCIA DO DEBATE	21
1.3 PONTOS DEBATIDOS.....	23
CAPÍTULO 2 A ETAPA PREPARATÓRIA E A NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO DA LICITAÇÃO	25
2 ATOS PREPARATÓRIOS PARA O LANÇAMENTO DAS LICITAÇÕES DE CONCESSÕES.....	25
2.1 AS ETAPAS DA LICITAÇÃO	28
2.2 A RELEVÂNCIA DA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO	31
2.3 A FASE PREPARATÓRIA E O PLANEJAMENTO DA CONCESSÃO.....	34
CAPÍTULO 3 O PLANEJAMENTO DAS CONCESSÕES.....	37
3 A REALIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO DAS CONCESSÕES	37
3.1 O PLANEJAMENTO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
3.1.1 O PAPEL DO BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES.....	39
3.2 O PLANEJAMENTO POR MEIO DA CONTRATAÇÃO DE CONSULTORES.....	42
3.2.1 A ATUAÇÃO DA ESTRUTURADORA BRASILEIRA DE PROJETOS – EBP	45
3.2.1.1 DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS PARA SE EVITAR CONFLITOS DE INTERESSES.....	45
3.2.1.2 O CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO COM O BNDES	47
3.2.1.3 A APROVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA EBP PELO CADE	49
3.2.2 AS CRÍTICAS À ATUAÇÃO DA EBP	56
3.2.2.1 CRÍTICAS EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DA PORTARIA SEP-PR 38/2013.....	56
3.2.2.2 CRÍTICAS MANIFESTADAS NO PROCESSO TC 012.687/2013-8.....	59
CAPÍTULO 4 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	67
4 A NOÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	67
4.1 O PMI E A EXPLICITAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	69
4.2 O COTEJO DO PMI COM A LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE CONCURSO.....	71

CAPÍTULO 5 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO ÂMBITO FEDERAL.....	75
5 A LEGISLAÇÃO FEDERAL REFERENTE AO PMI	75
5.1 O RECEBIMENTO DE ESTUDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	75
5.1.1 O DEVER DE PUBLICIDADE DA DOCUMENTAÇÃO	80
5.1.2 O DIREITO AO RESSARCIMENTO	82
5.2 O DECRETO FEDERAL 5.977 E A NORMATIZAÇÃO DO PMI	87
5.2.1 AS COMPETÊNCIAS DO CGP FEDERAL	89
5.2.2 A QUALIFICAÇÃO DOS INTERESSADOS	90
5.2.3 A SELEÇÃO DOS PROJETOS.....	91
5.2.4 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO	93
5.3 O PROJETO DE LEI 7.067/2010 E A DISCIPLINA ESPECÍFICA DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	93
5.3.1 A QUALIFICAÇÃO DOS INTERESSADOS	98
5.3.2 A SELEÇÃO DOS PROJETOS.....	99
5.3.3 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO	100
5.4 O PROJETO DE LEI 2.892/2011 E AS ALTERAÇÕES AO ART. 21 DA LEI DE CONCESSÕES	101
 CAPÍTULO 6 O RECEBIMENTO DE PROJETOS EM SETORES ESPECÍFICOS DE INFRAESTRUTURA.....	104
6 O RECEBIMENTO DOS PROJETOS EM ÁREA FEDERAL.....	104
6.1 A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS NO SETOR ELÉTRICO	104
6.1.1 AS RESOLUÇÕES ANEEL 393/1998 E 398/2001	104
6.1.2 A RESOLUÇÃO ANEEL 395/1998.....	106
6.2 A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS NO SETOR AEROPORTUÁRIO	108
6.2.1 AS CONCESSÕES DOS AEROPORTOS DE GUARULHOS, VIRACOPOS E BRASÍLIA	109
6.2.2 AS CONCESSÕES DOS AEROPORTOS DO GALEÃO E DE CONFINS.....	111
6.3 A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS NO SETOR PORTUÁRIO	112

CAPÍTULO 7 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE EM ESTADOS E MUNICÍPIOS	114
7 A LEGISLAÇÃO ESTADUAL E MUNICIPAL	114
7.1 O DECRETO 12.653/2011, DO ESTADO DA BAHIA	117
7.1.1 A SELEÇÃO DOS PROJETOS.....	118
7.1.2 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO	119
7.1.3 O RECONHECIMENTO DE DIREITOS AOS INTERESSADOS	119
7.2 Os DECRETOS 13.821/2009, 14.052/2010 E 14.657/2011, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE	120
7.2.1 A SELEÇÃO DOS PROJETOS.....	121
7.2.2 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO	122
7.2.3 O RECONHECIMENTO DE DIREITOS AOS INTERESSADOS	122
 CAPÍTULO 8 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E A EXTENSÃO DA COMPETIÇÃO.....	 124
8 A COMPETIÇÃO PARA A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS	124
8.1 O CHAMAMENTO PÚBLICO 01/2014, DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES	125
8.2 A MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE 01/2013, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE	129
8.3 O EXEMPLO DA LEI PARANAENSE DE PPPs.....	131
8.4 O CHAMAMENTO PÚBLICO 01/2013, DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO	132
 CAPÍTULO 9 A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E A EXTENSÃO DA COMPETIÇÃO	 136
9 A CONTRIBUIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA PARA A CONFIRMAÇÃO DA EXTENSÃO DA COMPETIÇÃO À FASE DE PLANEJAMENTO DE OUTORGAS.....	136
9.1 BONUS SYSTEM.....	138
9.2 SWISS CHALLENGE SYSTEM	139
9.3 BEST AND FINAL OFFER.....	141
9.4 O DIÁLOGO CONCORRENCIAL E A CONSULTA AO MERCADO NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU	142

CAPÍTULO 10 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO CONCERTADO	148
10 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONCERTADA.....	148
10.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONCERTADA E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	151
10.2 A COMPLEXIDADE DOS OBJETOS PASSÍVEIS DE OUTORGA MEDIANTE CONCESSÃO E A COLABORAÇÃO DOS INTERESSADOS	154
10.3 O FORTALECIMENTO DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	156
 CAPÍTULO 11 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO TRANSPARENTE, MOTIVADO E CONTROLADO	 162
11 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..	162
11.1 O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	163
11.2 O RISCO DE CAPTURA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	168
11.3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS DECISÕES.....	171
11.3.1 O SUBJETIVISMO INDESEJADO	172
11.4 O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE	175
 CAPÍTULO 12 SÍNTESE, CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES	 181
12 CONSIDERAÇÕES FINAIS	181
12.1 SÍNTESE.....	181
12.2 CONCLUSÃO.....	182
12.3 PROPOSIÇÕES	185
 REFERÊNCIAS.....	 187
 ANEXOS SÍNTESE DA PESQUISA A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	 196
ANEXO 1 ASPECTOS DE ATOS NORMATIVOS FEDERAIS ESPECÍFICOS A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	196
ANEXO 2 ASPECTOS DE ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E DISTRITAL A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE.....	200

ANEXO 3 ASPECTOS DE ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE	
MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	217

CAPÍTULO 1 INTRODUÇÃO

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Neste capítulo, serão expostos o tema do presente trabalhos, os debates nos quais se insere e a estrutura por meio da qual os pontos aqui debatidos estão organizados.

1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Este tem por objetivo estudar os principais aspectos de uma das formas de desenvolvimento da fase preparatória, na qual as concessões são estruturadas, no Brasil: o *procedimento de manifestação de interesse – PMI*.

Por meio dela, o Poder Público instaura, de ofício ou a pedido de interessados, procedimento administrativo para que realizem estudos (jurídicos, de engenharia, orçamentários, econômico-financeiros, ambientais e demais trabalhos técnicos) e preparem documentos correlatos que embasem a outorga de projetos de relevância pública (ou mesmo apontem para a sua inviabilidade), passíveis de transferência de sua execução à iniciativa privada, por meio de concessão ou permissão, nos termos da Lei Federal 8.987/1995 e da Lei Federal 11.079/2004.

O procedimento de manifestação de interesse pode ser encarado como mecanismo indutor de desenvolvimento de projetos de concessão a serem estruturados com o auxílio de pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada. Estas trarão suas sugestões e proposições à Administração Pública, que analisará a pertinência de sua utilização e as cotejará com os diversos entendimentos sobre o modo de se desenvolver tais empreendimentos.

O interesse público que permeia a outorga será definido pelo Poder Público tendo em conta as contribuições que lhe forem oferecidas. A identificação de necessidades a serem satisfeitas por meio de concessões, bem como a maneira de atendê-las, passa a ser realizada em regime de colaboração com o Estado, paralelamente à possibilidade de sua realização com seus próprios braços ou por meio de pessoas por ele contratadas.

Nessa perspectiva, o procedimento de manifestação de interesse apresenta-se como mecanismo de atuação estatal mais flexível, por meio da qual a Administração Pública poderá manter diálogos com pessoas da iniciativa privada a respeito da definição de importantes projetos públicos e da melhor forma de se concretizá-los. As relações e entendimentos

mantidos pelo Estado com as pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada se dará por meio formal, sendo consumadas pelos agentes autorizados a integrar do procedimento, levar as suas contribuições a conhecimento público e a participar ativamente em suas diversas etapas.

Como mecanismo formal de atuação estatal, o procedimento de manifestação de interesse se contraporá a mecanismos tradicionais de recebimento de trabalhos técnicos pela Administração Pública e a maneiras pouco republicanas, realizadas às escuras e ao arrepio da lei, de tentativa de se influenciar as escolhas públicas. Coloca-se, assim, ao lado de institutos como o da audiência pública e da consulta pública para o recebimento de contribuições sobre ações a serem tomadas pelo Poder Público.

Não se pode perder de vista, de outro lado, o regime jurídico de Direito Administrativo que lhe é aplicável e a necessidade de escorreita atuação do Poder Público – e dos próprios privados – no seu desenrolar. Embora se traduza em forma de atuação mais flexível, a sua utilização também estará coartada pelos princípios gerais aos quais a atuação da Administração Pública está submetida. As decisões não poderão, *e.g.*, ser imotivadas ou não transparentes, sob pena de invalidação.

Há, ao mesmo tempo, a preocupação em dotar a Administração Pública de diversas maneiras de ação concreta, com o oferecimento de novas alternativas para o estudo da viabilidade de determinados projetos públicos e de garantir que a apresentação de trabalhos técnicos e as interações com as pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada sejam feitas de maneira prospectiva, procedimentalizada e clara.

1.2 RELEVÂNCIA DO DEBATE

O tema das concessões ganhou relevância no Brasil nos últimos anos. A imperatividade de a Administração Pública colocar à disposição da coletividade serviços públicos passíveis de fruição em bases adequadas, a necessidade de se afastar do desenvolvimento de outras atividades e de se contratar serviços eficientes fizeram com o que assunto fosse colocado em relevo.

Em última instância, pela definição a respeito da prestação direta ou indireta de serviços pelo Poder Público passam acentuadas discussões a respeito de seus próprios fins e da forma mais adequada de se concretizar o interesse público, de se exercer função e competências públicas.

Contudo, a delimitação dos contornos dos serviços a serem (direta ou indiretamente) prestados pelo Estado não é tarefa simples. Depende da análise concreta de múltiplos aspectos e de como poderão influenciar nas atividades que serão desempenhadas.

Caso se decida pela prestação indireta, por meio de concessão, outorgada com base Lei Federal 8.987/1995 ou da Lei Federal 11.079/2004, o esquema contratual proposto deverá ser capaz de, a um só tempo, conferir atratividade ao projeto, garantir a remuneração do capital investido, proporcionar segurança a investidores e financiadores e, principalmente, assegurar a adequada dos serviços ofertados aos usuários e a consecução das finalidades públicas que permeiam a sua execução.

Os desafios públicos não são nada triviais e exigem constante desenvolvimento de competências para acompanhar a dinâmica dos movimentos dos diversos setores, dos anseios populacionais e das próprias necessidades da Administração Pública. O desenvolvimento de projetos passíveis de concessão exige a estruturação de serviços complexos, na qual a realização de criteriosas avaliações é fundamental.

As complexidades sociais, econômicas e tecnológicas, por exemplo, suscitam desafios para a Administração Pública, que deverá levantar informações a seu respeito, das múltiplas dificuldades a serem solucionadas e dos principais pontos a serem levados em consideração para tanto, para chegar-se a decisões apropriadas.

A premência pela prestação de serviços adequados e a correlata necessidade de investimentos em infraestrutura é tema amplamente difundido no país. Apesar de avanços recentes, pode-se dizer que há, ainda, hiato significativo entre o ritmo da expansão da oferta de serviços, a necessidade de se colocá-los à disposição dos usuários e o anseio de crescimento de longo prazo.

Se a prestação desses serviços depende, em boa medida, do setor privado, as decisões para que sejam levados a cabo são tomadas pelo Poder Público. No entanto, até que sejam firmados, a concepção contratos de concessão é antecedida de atividades complexas e levam em consideração inúmeras variáveis.

Dentre elas, há que se considerar, exemplificativamente, as condicionantes que pautarão a prestação adequada dos serviços, os níveis tarifários que podem ser assumidas pelos usuários do serviço concedido, a viabilidade econômico-financeiro do projeto em horizontes de longo prazo, os aspectos ambientais que deverão ser avaliados.

Há, portanto, o desenrolar de uma série de atividades preparatórias até a deflagração do procedimento licitatório, com as consequentes assinatura do contrato e início da prestação dos serviços concedidos.

E justamente aí reside a relevância do debate: a realização de concessões, no âmbito da Lei 8.987/1995 e da Lei 11.079/2004, depende de amplo processo de planejamento, que vai desde a identificação da necessidade pública a ser satisfeita até a definição de todos os critérios que pautarão a outorga.

Essa etapa preparatória das concessões pode ser carreada de diversas maneiras. A Administração Pública poderá realizá-la diretamente, por meio da utilização de seu próprio corpo burocrático. Poderá requerer auxílio de outros órgãos e entidades públicos com expertise na matéria. Poderá, ademais, estabelecer vínculos contratuais com pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada para o desenvolvimento de trabalhos técnicos que embasem as futuras outorgas. Poderá, finalmente, autorizar que essas pessoas o façam, por meio da instauração do procedimento de manifestação de interesse.

O presente estudo tem como objetivo contribuir para a melhor compreensão da etapa preparatória de concessões e permissões no país, com atenção para o momento prévio de definição administrativa da melhor formatação a ser dada à contratação, mediante a participação, em regime de colaboração e sem vínculo contratual com a Administração Pública, de pessoas físicas e jurídicas interessadas em seu planejamento.

Pretende-se identificar os principais aspectos do procedimento de manifestação de interesse, o qual transforma a tomada de decisão administrativa de uma perspectiva unilateral a um procedimento mais aberto ao diálogo e à participação dos interessados. A análise será realizada à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante a relevância do tema e do fato de, na prática, o procedimento de manifestação de interesse ser previsto em diversos diplomas normativos e vir sendo amplamente utilizado, na esfera acadêmica são poucos os trabalhos destinados a analisar sistematicamente esse instituto.

1.3 PONTOS DEBATIDOS

O presente trabalho está estruturado da seguinte forma: a este primeiro capítulo de considerações preliminares, se seguirá a análise das etapas de licitações de concessões, no âmbito da Lei Federal 8.987/1995 e da Lei 11.079/2004, com especial enfoque para a sua fase preparatório e para o adequado planejamento que deve ser nela desenvolvido (*Capítulo 2*).

Na sequência, passa-se ao estudo específico das formas pelas quais o planejamento das concessões poderá ser realizado. Será analisado o planejamento pela própria Administração Pública e por meio da contratação de consultores. Nesse bojo, será analisada a

atuação concreta da Estruturadora Brasileira de Projetos – EBP, a qual, de um lado, mantém convênio de cooperação com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para o desenvolvimento de suas atividades e, de outro, sofre, atualmente, diversas críticas em sua atuação. Serão expostos os aspectos relativos à constituição da empresa, sua forma de ação e os exames realizados a seu respeito (*Capítulo 3*).

As análises procedidas a respeito da atuação da EBP são cruciais para o entendimento de diversos aspectos a respeito das autorizações emitidas, pelo Poder Público, para que pessoas físicas e jurídicas desempenhem trabalhos técnicos que possam embasar as concessões. Adentra-se, aí, especificamente no tema do *procedimento de manifestação de interesse*. São expostos os principais aspectos a respeito de sua noção à luz do direito brasileiro (*Capítulo 4*) e de sua disciplina em âmbito federal (*Capítulo 5*).

Posteriormente, são expostos atos normativos de setores de infraestrutura que admitem a apresentação de estudos, projetos e demais trabalhos técnicos pelos interessados da iniciativa privada (*Capítulo 6*) e de como o tema do procedimento de manifestação de interesse é disciplinado em âmbito estadual, distrital e municipal no país (*Capítulo 7*).

Feitos esses exames, passa-se a expor como o procedimento de manifestação de interesse pode, atualmente, ser encarado como extensão da competição pela exploração econômica de empreendimentos passíveis de concessão pela Administração Pública. A apresentação é realizada por meio de exemplos contidos na experiência brasileira (*Capítulo 8*) e de como, no direito alienígena, há formas ainda mais incisivas de competição e colaboração da iniciativa privada no desenvolvimento de empreendimentos públicos (*Capítulo 9*).

Adiante, são explorados dois pontos específicos a respeito do procedimento de manifestação de interesse. De um lado, como pode ser encarado como um instrumento de atuação concertada com pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada, a caracterizar ação horizontal e flexível para o recebimento de sugestões a respeito de escolhas a serem feitas pela Administração Pública (*Capítulo 10*). De outro, como deve ser um instrumento de utilização transparente, motivada e controlada (*Capítulo 11*).

Em conclusão, são expostas as considerações finais a respeito da matéria (*Capítulo 12*).

CAPÍTULO 2 A ETAPA PREPARATÓRIA E A NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO DA LICITAÇÃO

2 ATOS PREPARATÓRIOS PARA O LANÇAMENTO DAS LICITAÇÕES DE CONCESSÕES

A delimitação das hipóteses de licitação é realizada por meio da Constituição Federal. Em seus termos, e, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (art. 37, XXI). Seu art. 175, por sua vez, estabelece incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

Assim, quando a Administração pretende contratar obras ou serviços, realizar compras e alienações, bem como outorgar a prestação de serviços mediante concessão ou permissão, deve realizar, previamente, o procedimento licitatório. Para tanto, delimitará, no caso concreto, as características pretendidas do objeto da avença, com a especificação dos elementos necessários ao atendimento do interesse público e suficientes à realização de ofertas pelos interessados.

A adequada caracterização do escopo da contratação é exigência elementar em qualquer procedimento licitatório. Deve ser realizada com precaução, razoavelmente, para garantir que a licitação e a execução contratual satisfarão as finalidades perseguidas pelo Estado. Em verdade, deve ser observada como pressuposto da validade (e de viabilidade) da licitação.¹ Não por outra razão, José Roberto Pimenta Oliveira chama atenção para o fato de que,

[t]al como no ato administrativo *stricto sensu*, a análise da observância do princípio da razoabilidade (e da proporcionalidade) da definição dos termos de cada contrato administrativo integra o controle de legitimidade da *causa* do contrato [...]. É a adequação do conteúdo e do motivo da contratação com a consequente idoneidade desta combinação para atingir a finalidade de interesse público perseguido com a efetivação do vínculo. Com a consagração dos princípios [da razoabilidade e da proporcionalidade], aufere-se um acréscimo substancial na qualidade do controle de legitimidade da atividade administrativa contratual. [...] Os princípios em pauta interferem desde o nascimento do contrato administrativo, nas providências necessárias à escolha do contrato e definição dos termos da contratação (fase preparatória), até a produção de todas as manifestações jurídicas inseridas no seio da atividade necessária a dar cumprimento normal ao contrato (fase executória), permeando, inclusive, a identificação e a configuração de todos

¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. A Lei Geral de Licitação – LGL – e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 167.

os motivos que podem levar à sua modificabilidade e rescindibilidade anormal.²

Nesse sentido, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (a “Lei de Licitações” ou a “Lei 8.666”), veda, *e.g.*, a delimitação técnica do objeto de forma a privilegiar marcas ou características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável (art. 7º, § 5º). A particularização do objeto deverá ser feita de forma precisa, suficiente a atender a necessidade pública a ser satisfeita e garantir a competitividade no certame.

Embora a Lei de Licitações, ao regulamentar o art. 37, XXI/CF, estabeleça os aspectos gerais a respeito das licitações e dos contratos administrativos, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (a “Lei de Concessões” ou a “Lei 8.987”) e a Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (a “Lei de PPPs” ou a “Lei 11.079”), preveem particularidades nos contratos de concessão de obras e serviços públicos³ e aos pressupostos de início de certames sob as suas égides.

As formas pelas quais trabalhos técnicos indispensáveis à estruturação de licitações, no âmbito das leis que tratam do regime das concessões, podem ser executados no país será o objeto do presente trabalho. O ponto é essencial, pois o lançamento de certames para essas

² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 395.

³ Vale destacar que, nos termos da Lei de PPPs, a “concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. Nessa modalidade de concessão, o objeto contratual não diz respeito, invariavelmente, a alguma atividade que possa ser enquadrada na noção de *serviço público*. Ao revés: a concessão administrativa pode ser utilizada – e, em verdade, o modelo se propõe a isso – para a contratação de quaisquer serviços pela Administração.

Em sentido contrário ao aqui colocado, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o objeto das parcerias público-privadas só pode ser a prestação de um serviço público, “vale dizer: seu objeto será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados. Assim, toda tentativa de efetuar PPPs tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato” (*Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 790).

Carlos Ari Sundfeld, de outro lado, pontua que o objeto da concessão administrativa pode consistir igualmente na transferência de um serviço público para a iniciativa privada, que o prestará aos usuários, ainda que não exista cobrança de tarifa. Nesta hipótese, a Administração Pública será considerada usuária indireta dos serviços.

Na concessão administrativa de serviços ao Estado, o objeto do contrato consistirá na prestação de serviços à própria Administração Pública. Nesse caso, haverá o oferecimento de determinadas utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços, remunerando o parceiro privado pela sua execução (Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias público-privadas*. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 29-30).

Para um resumo da discussão a respeito dos contornos da concessão administrativa, cf., FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Dissertação (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 332-338.

outorgas é dotado de características próprias. Marçal Justen Filho coloca a questão em relevo, ao afirmar que:

[o] estudo das licitações para outorga de concessões não costuma merecer maior autonomia. Como regra, presume-se que os princípios e regras acerca das licitações aplicam-se indistintamente para todas as espécies contratuais. Daí se segue a conclusão – inadequada – de que as licitações atinentes a concessões não apresentem maiores especialidades, submetendo-se ao regime geral vigente para toda e qualquer contratação administrativa.⁴

O trabalho se focará aspecto específico das licitações para as concessões: a sua *fase preparatória*.

Embora a Lei de Concessões e a Lei de PPPs não utilizem a referida expressão, ela vem prevista na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002 (a “Lei do Pregão”), e na Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011 (a “Lei do RDC”).

Aquela estabelece que, na *fase preparatória* do pregão, a autoridade competente deverá justificar a necessidade de contratação e definirá, dentre outros aspectos, o objeto do certame, que deverá ser preciso, suficiente e claro, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição (art. 3º, I e II).

A Lei do RDC, por sua vez, divide o procedimento de licitação em diversas fases, iniciando-se com a preparatória (da qual se seguem a publicação do instrumento convocatório, a apresentação de propostas ou lances, o julgamento, a habilitação, a recursal e a de encerramento) (art. 12).

Tendo em vista que a obrigação de justificação da contratação e da delimitação do objeto do certame, bem como a ocorrência todas as fases acima especificadas, também recai nas licitações amparadas pela Lei 8.987 e pela Lei 11.079, a utilização da expressão *fase preparatória* também é pertinente nessa esfera.

Nos termos da Lei de Concessões, o Poder Concedente deverá publicar, previamente ao lançamento do edital, ato justificando a conveniência da outorga, caracterizando seu objeto, área e prazo (art. 5º).

Já nas licitações a serem lançadas com base na Lei de PPPs, é necessário que estejam reunidos os seguintes elementos (art. 10): (i) autorização da autoridade competente, fundamentada em estudos técnicos que demonstrem a conveniência e a oportunidade da contratação e a sua adequabilidade em relação a obrigações de responsabilidade fiscal; (ii) elaboração de estimativa dos impactos orçamentário-financeiros, das despesas oriundas da

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviço público. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar. *Direito do estado* (novos rumos). Direito Administrativo. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 107, T. 2.

contratação e do fluxo de recursos públicos necessários para o seu cumprimento; (iii) inclusão de seu objeto no plano plurianual; (iv) submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública; (v) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Todos esses atos são elaborados previamente à publicação do edital e a sua construção demanda uma série de esforços e trabalhos realizados previamente ao início do certame.⁵

2.1 AS ETAPAS DA LICITAÇÃO

Apesar da diferença genérica entre a etapa preparatória e as demais que a sucederem, até culminar na homologação do procedimento e na adjudicação de seu objeto ao vencedor, há controvérsias sobre quantas fases comporiam a licitação.⁶ Isso porque, como procedimento administrativo, compreende atividades funcionalmente unitárias “que, embora autônomas, estão interligadas e são preordenadas à produção de um só resultado jurídico. Esse único resultado é a eleição de um contratante com a Administração”.⁷

Para exemplificar a questão, podem ser apontadas distintas opiniões a respeito de quando se iniciaria o procedimento licitatório.

Para Adilson Abreu Dallari, na fase preparatória (ou, em outras palavras, na fase interna) ainda não existiria licitação: seria tecnicamente errado afirmar que o procedimento se iniciaria com a abertura do processo administrativo, como o faz art. 38 da Lei 8.666.⁸⁻⁹

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, chama a atenção para o fato de que os monografistas do tema *licitação* costumam dizer que o procedimento licitatório começa para o público com a divulgação do edital. A tal afirmação, contudo, considera que deva se fazer

⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

⁶ “A etapa interna é caracterizada por atos e providências preparatórios ao lançamento do edital de licitação da PPP. É ao longo desta etapa que a Administração realizada todos os estudos vocacionados a demonstrar a viabilidade técnica, econômica e fiscal de uma PPP, assim como formaliza a documentação necessária ao desencadeamento do processo de licitação. É também neste momento que se estabelece interlocução da Administração com setores da iniciativa privada interessados na conformação do projeto de uma PPP, seja mediante o instrumento da consulta pública, seja como decorrência de procedimentos de manifestação de interesse (PMI) [...]” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 414).

⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 101.

⁸ Art. 38 da Lei 8.666. “O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa [...]”.

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 101.

importante reparo: o início não se daria com a publicação do instrumento convocatório, caso as obras e os serviços exijam expressamente a realização de audiência pública. Para a autora:

se o procedimento administrativo determinar que sejam as decisões administrativas precedidas de audiência pública, essa deve se constituir na fase inicial do procedimento. Deveras, [...] se a deflagração do procedimento verifica-se com a audiência pública [...], esta será, sem dúvida, a fase inicial do procedimento.¹⁰

Adilson Abreu Dallari coloca que a razão de todas essas divergências reside num único ponto:

considerar como fases da licitação cada uma das atividades desempenhadas no curso do procedimento, como se elas fossem perfeitamente homogêneas. Na verdade há uma heterogeneidade entre as diversas atividades que integram o procedimento.¹¹

Para a demonstração de seu ponto, o autor recorre à teoria das atividades administrativas, formulada por Renato Alessi. Para esse autor:

[...] Nem todas as atividades que ocorrem no processo estão no mesmo plano; pelo contrário, há uma diversidade funcional entre elas, relativamente à unitária realização do interesse concreto em função do qual se desenvolve o procedimento, o que permite uma distinção, dentro do procedimento, de distintas fases que se sucedem sistematicamente no tempo.¹²

O autor identifica duas fases – *a preparatória* e *a essencial* –, para depois acrescentar uma terceira, *a integrativa*:

Com efeito, existem, em primeiro lugar, atividades que desempenham uma mera função preparatória a respeito da manifestação essencial que constitui o exercício de poder e que satisfaz o interesse concreto em função do qual se desenvolve o procedimento. Outras atividades possuem a função de representar, em essência, a manifestação direta do interesse concreto. Desta diferenciação surge a divisão do procedimento em duas fases: a preparatória e a essencial.¹³

Na fase preparatória, estariam compreendidas as atividades que embasam a manifestação do poder externo que satisfaria o interesse concreto, a tornar possível, juridicamente, a formação da manifestação da vontade administrativa.¹⁴ Em outras palavras, seriam elaborados os documentos para o lançamento da licitação.

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 388.

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 102-103.

¹² ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, T. I, p. 284.

¹³ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, T. I, p. 284.

¹⁴ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, T. I, p. 284-285.

Na fase essencial, compreender-se-ia o cerne da manifestação, que satisfaria imediatamente o interesse concreto buscado pela Administração Pública.¹⁵ Ou seja: seria realizada a licitação propriamente dita

Por fim, na fase integrativa haveria a confirmação administrativa sobre a ação concreta a ser levada a cabo.¹⁶⁻¹⁷ Haveria, portanto, a adjudicação do objeto e a consequente assinatura do contrato administrativo. Nesse sentido, Adilson Abreu Dallari coloca que:

Na fase preparatória do procedimento estariam os atos destinados a formar a intenção da Administração de abrir um chamamento público; fixar precisamente o objeto do futuro contrato; estabelecer as condições do certame; em caso de dúvida, proceder a uma avaliação estimada da eventual despesa; em se tratando de órgão ou entidade cuja movimentação contábil seja regida pelas normas da contabilidade pública, verificar a existência de recursos orçamentários; determinar ou autorizar a abertura da licitação, bem como designar agentes administrativos especificamente encarregados do seu processamento etc. Na fase essencial teríamos a licitação propriamente dita, isto é, aquela série de atos diretamente dirigidos à eleição de um contratante, já que este é o resultado jurídico almejado. [...] Na fase integrativa estariam os atos indispensáveis para dar eficácia à manifestação de vontade aperfeiçoada na fase anterior. Na fase integrativa não se escolhe coisa alguma: dá-se (ou não) eficácia a uma escolha já feita.¹⁸⁻¹⁹

Nas licitações para as concessões, a fase preparatória corresponderia àquela em que são realizados os atos mencionados no art. 5º da Lei de Concessões e no art. 10 da Lei de PPPs. O objetivo da Administração Pública de outorgar a concessão depende da realização do certame. A sua instauração, contudo, depende da realização de uma série de atos que lhe dão materialidade.

Tendo em vista que na fase essencial, em termos gerais, apenas se confirme a regularidade da documentação apresentada pelos proponentes, e que na integrativa somente confirma-se o resultado do procedimento, busca-se, no presente trabalho, uma mudança de enfoque. Pretende-se destacar a importância da fase preparatória da licitação, da qual depende a sua realização bem-sucedida, a celebração do contrato de concessão e a adequada execução

¹⁵ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, T. I, p. 288.

¹⁶ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, T. I, p. 294.

¹⁷As noções a respeito das fases preparatória, constitutiva e integrativa do procedimento administrativo também estão colocadas em CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo* (estrutura). Coimbra: Almedina, 1987.

¹⁸DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 104.

¹⁹No mesmo sentido, cf. SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatória. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

da avença. As decisões fundamentais sobre os certames e os contratos administrativos perpassam as escolhas que são realizadas ao longo da própria fase preparatória.

2.2 A RELEVÂNCIA DA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO

A formação da vontade da Administração, consubstanciada no contrato administrativo, tem início muito antes da celebração da avença ou do lançamento da licitação. Passa por uma série de etapas e é precedida de medidas que a condicionam, de decisões e aprovações que determinam a sua vigência.²⁰ O ato final de contratação administrativa tem origem na fase preparatória.

Contudo, a relevância das decisões que são nela tomadas passa, não raro, despercebida. Exemplificativamente, Pedro Gonçalves adota a seguinte sequência no procedimento pré-contratual: (i) ato de iniciativa pública que põe em marcha o procedimento, com a publicação do aviso de abertura de licitação e convite à apresentação de propostas; (ii) instrução, por meio do ato público do certame, análise, avaliação e hierarquização das várias propostas; (iii) audiência prévia dos concorrentes; (iv) adjudicação, com a decisão de escolha da melhor proposta.²¹

Porém, o edital e seus anexos não surgem espontaneamente: são necessárias escolhas concretas, que pautam a opção pelas exigências inseridas nos documentos, pelos direitos, obrigações e objetivos fixados no instrumento contratual. O ponto é reafirmado por Lucas Rocha Furtado, ao ressaltar que atenção especial deve ser dada à fase preparatória (ou interna) das licitações. Segundo o autor:

A maioria dos estudiosos do tema defende que a licitação somente se inicia quando se divulga (por meio da publicação do edital ou da fixação do convite no quadro de avisos da repartição pública) o seu instrumento convocatório. A prática administrativa demonstra o contrário. Todos os que lidam em seu dia a dia com licitações sabem que muito tem que ser feito anteriormente à divulgação do instrumento convocatório, nesta que se denomina fase interna da licitação.²²

As peculiaridades inerentes a cada licitação e a cada contrato administrativo devem resultar de ponderações criteriosas, bem fundamentadas. Caso não sejam bem realizadas, a própria realização da licitação estará em xeque (seja porque poderá resultar fracassada ou

²⁰ ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1971, p. 518.

²¹ GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo* (uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo). Coimbra: Almedina, 2003, p. 91-92.

²² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 210.

deserta, seja porque poderá ser dirigida, conduta reprovável²³ que faz com que os seus responsáveis conduzam o resultado que se consumará).

Luiz Alberto Blanchet destaca a importância e a complexidade dos estudos a serem elaborados para a outorga de concessões. Afirmar que:

[e]sses estudos abrangem desde as avaliações preliminares de viabilidade técnica e econômica, e dos efeitos ambientais quando for o caso, até a elaboração dos projetos nas hipóteses em que estes sejam necessários para viabilizar a execução do objeto da licitação. Sem tais estudos, nem a elaboração do edital seria possível, pois até a descrição do objeto depende do conhecimento dos dados resultantes desta fase prévia. O que se investiga nessa fase preliminar é o próprio *motivo de fato* ou *pressuposto empírico*, do procedimento administrativo licitatório, razão suficiente para que dela dependam as definições da mais alta relevância a serem inseridas no edital, tais como as cláusulas contratuais, a indicação dos bens reversíveis, as condições necessárias à prestação adequada do serviço, as exigências relativas às capacidades técnica e econômico-financeiras, as alterações e expansões futuras do objeto da concessão ou permissão, etc. Uma vez identificado o motivo fático da licitação, automaticamente revela-se a *finalidade da licitação* com todas as suas particularidades. Aí reside a importância dessa avaliação prévia, pois sem ela não haveria parâmetros suficientes para a aplicação dos princípios da *instrumentalidade*, da *coerência com o motivo*, da adequação à *finalidade* e da *certeza*, e igualmente para os princípios da *necessidade*, da *prioridade* e da *objetividade*.²⁴

É na referida fase preparatória em que todos os aspectos da licitação e do respectivo contrato de concessão são estruturados. É nela em que ocorre o *planejamento da concessão*, entendido como a realização ordenada das etapas e elaboração do conteúdo a culminar na assinatura do contrato de concessão. Deve ser capaz de, a um só tempo, satisfazer o interesse público perseguido com a outorga, garantir a atratividade do projeto para a iniciativa privada (para que esta apresente propostas que garantam a economicidade do certame) e, finalmente, a prestação de serviços adequados.²⁵

²³ A Lei de Licitações prevê que frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, ensejará a aplicação de pena de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa (art. 90).

²⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 102-103.

²⁵ Para um estudo amplo a respeito do planejamento das atividades da Administração Pública, em geral, e não da estruturação de concessões, cf. VENÂNCIO, Denílson Marcondes. *O planejamento como fator determinante da boa administração pública*. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

Ainda, para noções tanto do planejamento na Constituição Federal de 1988 quanto como espécie categorial de processo administrativo, cf.; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 227-239.

O lançamento de uma concessão, no âmbito da Lei 8.987 e da Lei 11.079 passa, em termos gerais, várias definições. A Administração outorgante deverá, *e.g.*:

(i) identificar a necessidade pública a ser satisfeita. Como decorrência do exercício de função, o Poder Público deve apurar as diversas ansiedades a serem concretamente atendidas e a forma mais apta a fazê-lo;

(ii) elaborar estudos de impacto orçamentário a respeito da contratação e disponibilidade de caixa para fazer frente ao seu desenvolvimento no longo prazo. A execução das avenças poderá depender de desembolsos de curto, médio e longo prazo, os quais deverão estar albergados nas leis orçamentárias;

(iii) apurar o valor tarifário a ser arcado pelos potenciais usuários do serviço, para que haja a efetiva fruição por aqueles que dele necessitem;

(iv) determinar o montante de contraprestação pública, de subsídios e de aporte de recursos que poderão ser desembolsados em favor do futuro contratado e que se façam imperiosos para garantir a viabilidade da outorga;

(v) identificar os riscos inerentes à execução da atividade e a potencialidade de sua materialização, o que pode gerar o desinteresse técnico e econômico-financeiro da iniciativa privada pela outorga e o impacto negativo direto nos usuários dos serviços, caso haja a interrupção e descontinuidade na sua prestação.²⁶

Pelas concessões passam relevantes questões a respeito dos fins do Estado e sobre os princípios fundamentais da Administração Pública. Em grande medida, a opção pública pela outorga de concessão a prioriza em relação a outras formas de satisfação de necessidades sentidas coletivamente que poderiam ser lançadas pelo Estado (e, em verdade, a ressalta, em detrimento de outras finalidades públicas igualmente relevantes).

Há a necessidade de se ponderar, zelosamente, sobre a escolha pela licitação e o que, concretamente, perde-se e se ganha com a transferência de determinadas atividades a particulares no longo prazo.²⁷

²⁶ O adequado planejamento da concessão deve ter como objetivo a exata identificação dos riscos que podem se materializar ao longo da execução contratual e a sua forma apropriada de mitigação. O ponto mostra-se fundamental para que haja a previsão expressa dos riscos contratuais, dos mecanismos de atenuação contratual dessas áleas e dos mecanismos contratuais a serem utilizados caso qualquer das partes deva suportá-los (PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 138).

²⁷ “A relevância da decisão de delegar é muito maior do que se passa no tocante aos demais contratos administrativos. Deve ter-se em vista que a delegação, especialmente por via da concessão, importa consequências extremamente relevantes, sob os mais diferentes ângulos. Delegar a particulares um serviço público têm significativas implicações políticas, econômicas e jurídicas. Do ponto de vista político, a delegação significa que o Estado reduzirá sua atuação direta, cedendo passo a particulares, o que representa redução do poder estatal. Por maiores que sejam os instrumentos de controle

Embora a decisão sobre a execução direta ou indiretamente de serviços públicos se insira no âmbito da discricionariedade administrativa, não há escolha sobre o dever de se levá-los a cabo. Há o dever de exercício das competências públicas, a imperatividade de o Estado disponibilizá-los à coletividade, com a demonstração de que a contratação de particulares, por meio da outorga de concessão, é a que melhor atende ao interesse público, em cotejo com a possibilidade de sua prestação direta ou sob outras modalidades contratuais.²⁸

O estudo ora realizado atem-se a um aspecto procedimental a respeito da outorga de concessões por meio da Lei 8.987 e da Lei 11.079: trata-se de fase inaugural da licitação, na qual suas feições são definidas, na qual a concessão é planejada.

2.3 A FASE PREPARATÓRIA E O PLANEJAMENTO DA CONCESSÃO

A celebração de contrato de concessão depende de estudos, projetos e demais trabalhos técnicos elaborados previamente à divulgação do edital. A atividade que engloba a feitura desses trabalhos pode ser denominada de *estruturação ou modelagem do projeto*²⁹ e é por meio dela que se realiza o planejamento da outorga.

Ele se inicia com a constatação da necessidade de contratar, com a qual nasce a precisão de se realizar análises para a determinação do que escopo a ser executado, de que

sobre o delegatário, o Estado diminuirá sua influência na comunidade. Em se tratando de concessões, essa decisão produzirá efeitos para o futuro, afetará os governos posteriores. Gerações terão de conviver com os efeitos da concessão outorgada em certo momento.

Sob o ângulo econômico, há alteração do desempenho da operação, com investimentos dos particulares para o fornecimento de utilidades que, até então, eram custeadas por recursos estatais. Isso significa alteração da alocação das riquezas privadas e modificação das características do sistema. O êxito da atuação do delegatário produzirá reflexos sobre a atividade econômica em seu todo.

Do ponto de vista jurídico, pactua-se contratação com prazos usualmente longos (especialmente por se tratar de concessão). Isso importa necessidade de avaliação de todas as questões jurídicas. O contrato deve ser bem elaborado, albergando soluções para circunstâncias cuja ocorrência seja previsível. Nos casos de contratos de duração, tem de considerar-se a probabilidade de modificação das circunstâncias existentes à época de sua elaboração.

A decisão de contratar, portanto, não representa apenas um ‘ato de vontade’. Outorgar concessão ou permissão não se constitui apenas em opção política. A escolha entre desempenhar diretamente ou delegar a particulares depende de outros fatores. Precisa retratar a correta cognição da realidade, especialmente do ponto de vista técnico. Não se admite que o Estado decida-se pela delegação aos particulares sem que previamente, tenha avaliado todas as questões técnicas, econômicas e jurídicas envolvidas” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 201).

²⁸ Cf., neste sentido, SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, ab./jun., 2009, p. 16. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

²⁹ A respeito das modelagens de projetos de concessões comuns e parcerias público-privadas, cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9-10. Para o detalhamento a respeito da experiência europeia a respeito do tema, cf. COSSALTER, Phillipe. A private finance initiative. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.6, abr./jun. 2004, p.127-180.

forma, sob quais bases o objeto se assentará. A respeito do tema da importância do planejamento das concessões, Antônio Carlos Cintra do Amaral ressalta que:

O processo de contratação se inicia com o planejamento, a que se segue a licitação. Após adjudicado o objeto ao licitante vencedor, vem a celebração do contrato, terminando o processo com sua execução (planejamento + licitação + celebração do contrato + execução). Nesse processo, a licitação não é a etapa mais importante. Tanto o planejamento, quanto a execução do contrato exigem maior grau de eficiência do que a licitação.

Na prática, o planejamento da contratação (elaboração do projeto do empreendimento ou da obra, elaboração do termo de referência do serviço, ou especificação do bem, especialmente de um equipamento sob encomenda) termina sendo ineficiente pela preocupação que se tem em fazê-lo rápido e ágil. Não se costuma “perder” tempo com o planejamento. Com isso, causa-se prejuízo que uma licitação rápida e ágil não tem o dom de reparar.

O planejamento de uma contratação não deve ser conduzido às pressas, embora isso ocorra, na prática, com frequência indesejável.³⁰

A Administração Pública deverá, previamente à realização de qualquer concessão, realizar profundos estudos de viabilidade, compreendendo o seu detalhado planejamento. Este compreenderá, genericamente, a conveniência da outorga e seu objeto; o caráter de exclusividade ou não da concessão; sua viabilidade técnica e econômica; os projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; demais investigações, levantamentos, despesas ou investimentos vinculados ao empreendimento.³¹

No âmbito da Lei de Concessões, devem ser estabelecidos, por exemplo: as condições para a prestação adequada dos serviços (art. 6º); os direitos e obrigações dos usuários (art. 7º); a tarifa a ser praticada pela concessionária (art. 9º); as condições para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 10); a forma de aferição de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas (art. 11); o critério de julgamento (art. 15); a instituição de subsídios públicos (art. 17); os requisitos a serem inseridos no edital (art. 18); a forma de participação na licitação (art. 19); as cláusulas do contrato de concessão (art. 23).

Na Lei de PPPs, prevê-se a necessidade de observância de diversas condicionantes para a celebração de contratos de concessão patrocinada e de concessão administrativa. Incluem-se: prazos e valores mínimos (art. 2º, § 4º); as cláusulas da avença (art. 5º); a forma de realização da contraprestação pública (art. 6º); a remuneração variável, em função do desempenho na prestação dos serviços (art. 6º, § 1º); a previsão de aporte de recursos para a

³⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 62-63.

³¹ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 141.

realização de obras e aquisição de bens reversíveis (art. 6º, § 2º); as garantias públicas a serem oferecidas ao parceiro privado (art. 8º); os aspectos relativos ao procedimento licitatório (arts. 11 e 12); os limites de despesas públicas passíveis de comprometimento (art. 28).

É nessa fase preparatória em que todos os referidos passos serão dados. É nela em que a Administração licitante estabelecerá as regras do jogo licitatório e os requisitos para a execução do contrato. É nela em que haverá o planejamento da concessão. Para Antônio Carlos Cintra do Amaral:

O planejamento da contratação – talvez [seja] a etapa mais importante do processo [...]. A Administração deve, na etapa de planejamento da contratação, adotar alguns procedimentos prévios à licitação, indispensáveis à abertura desta. Um desses procedimentos é a elaboração de um estudo de viabilidade econômico-financeira da concessão, quer esta seja ou não precedida da execução de obra pública. O eventual interessado na concessão precisa de elementos que lhe permitam avaliar a viabilidade do empreendimento. Não basta à Administração abrir a licitação. É indispensável atrair a iniciativa privada para o esquema de parceria. Para isso é necessário fornecer parâmetros confiáveis, que permitam ao interessado emitir um juízo empresarial quanto à viabilidade da concessão ao longo do prazo – necessariamente longo – a ser fixado no edital para a prestação do serviço. [...] Esse estudo de viabilidade econômico-financeira é fundamental não apenas para justificar a concessão, como determina o art. 5º da Lei 8.987/1995, mas também para demonstrar ao eventual parceiro do Poder Público que este, ao abrir a licitação, está alicerçado no domínio técnico e econômico-financeiro do esquema da concessão. O conhecimento adequado e profundo da situação pela Administração é condição necessária para despertar a confiança dos interessados em participar da licitação.³²

Identificada a necessidade de se outorgar de determinada concessão, o Poder Público dispõe de diversas formas de proceder ao planejamento.

Poderá utilizar de seus próprios braços para a preparação da documentação que será utilizada para o lançamento da licitação. Poderá, ademais, contratar consultores e empresas privadas, capazes de prestar serviços técnicos especializados, para o desenvolvimento dos estudos e para o auxílio na sua elaboração. Por fim, poderá autorizar pessoas físicas e jurídicas a empreender os trabalhos, com base no art. 21 da Lei de Concessões.

Adentraremos na análise das referidas hipóteses nos próximos capítulos.

³² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49-50.

CAPÍTULO 3 O PLANEJAMENTO DAS CONCESSÕES

3 A REALIZAÇÃO DO PLANEJAMENTO DAS CONCESSÕES

Os estudos e demais trabalhos técnicos para o planejamento da concessão poderão ser elaborados diretamente pelo Poder Público, por meio de seu próprio quadro de servidores, ou por meio da contratação de consultores. Paralelamente, também poderá autorizar pessoas físicas e jurídicas, sem vínculo orgânico ou contratual com o Estado, a realizá-los.³³

O presente capítulo será dedicado ao detalhamento da realização do planejamento da concessão pela própria Administração e por meio da contratação de consultores.

Ainda, começaremos a submergir na hipótese de autorização (e não contratação) para que pessoas físicas e jurídicas desenvolvam as tarefas para a outorga de concessões, por meio da análise de aspectos concernentes à empresa Estruturadora Brasileira de Projetos (a “EBP”) e de questões surgidas recentemente sobre a sua atuação.

3.1 O PLANEJAMENTO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Constatada a necessidade de se outorgar a concessão, a Administração Pública poderá se utilizar de seus funcionários para a elaboração de toda a documentação que a pautará. A complexidade dos trabalhos de elaboração de projetos, de investigações e de produção dos demais trabalhos técnicos demandará o emprego de pessoas com competências diversas.³⁴

³³ 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?* Disponível em: <<http://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>, p. 2-3. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁴ “O processo de modelagem de uma PPP é composto por várias etapas que são interdependentes e por demasiado complexas. Por isso, estando o sucesso da parceria a depender da eficiência do procedimento de estruturação dos projetos, é necessário que a Administração Pública aparelhe os órgãos públicos que disponham de competência nesse domínio. Nesse sentido, convém destacar que, para além da formação técnica específica, a Administração destaque servidores para se dedicarem integralmente à análise da questão, especialmente no âmbito das Unidades Setoriais e Unidades Centrais de PPPs (‘criação de capacidade no setor público’). O investimento público na formação e no aparelhamento desses órgãos naturalmente vai depender do nível de interesse da Administração Pública na realização de projetos dessa natureza e do grau de comprometimento do Governo com essa alternativa de provisão de serviços públicos” (BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. O procedimento de manifestação de interesse como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, p. 23-32, mar. 2013). Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89096>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

Poderão ser destacados, nesse contexto: engenheiros, para a elaboração dos documentos técnicos e dos projetos para a execução do contrato; economistas, administradores, engenheiros e contadores, para a produção dos estudos econômico-financeiros, para as análises de viabilidade do projeto e para a verificação de sua compatibilidade com as metas orçamentárias; arquitetos e engenheiros, para a produção da documentação referencial da construção de obras; engenheiros e biólogos, para as análises ambientais; advogados, para a definição do modelo jurídico mais adequado e para a preparação dos documentos da licitação.

Isso demandará, em várias circunstâncias, a utilização de funcionários de distintos órgãos e entidades e a coordenação administrativa interna, para que a documentação seja adequadamente elaborada. Conceitualmente, todos deverão estar alinhados em relação à concepção do projeto, à viabilidade e à finalidade da outorga.

Exemplificativamente, em projeto para a estruturação de concessão administrativa para a construção e gestão hospitalar, a licitação seria de atribuição da Secretaria de Saúde, que ficaria responsável por coordenar as atividades de planejamento, em conjunto com Conselho Gestor de Parcerias ou Unidade de Parcerias Público-Privadas (caso existentes).

Médicos e enfermeiros seriam selecionados para a delimitação dos procedimentos internos para a prestação de serviços no futuro hospital, bem como para a sugestão dos equipamentos a serem adquiridos pela futura concessionária.

A Secretaria de Obras (com seus engenheiros, arquitetos) se incumbiria da concepção e revisão dos projetos de engenharia e arquitetônicos para a construção do hospital, garantindo a sua compatibilidade com códigos de postura e a compatibilidade a requisitos demandados para atividades na área da saúde.

A Secretaria de Finanças (por meio de seus administradores, contadores) seria escalada para verificar a adequação dos desembolsos de contraprestação pública aos limites de receita corrente líquida da Administração contratante, bem como para a delimitação de bens públicos que poderiam ser ofertados como garantia em favor do parceiro privado.

A Procuradoria ficaria responsável pela elaboração das minutas de edital e de contrato e de pareceres jurídicos a respeito da licitação. A Controladoria, pela análise de toda a documentação e pela ratificação de sua regularidade.

A Administração Pública deverá estar adequadamente aparelhada, com toda a expertise e conhecimento técnicos necessários para a elaboração da documentação e para a garantia de que os serviços a serem concedidos serão adequadamente prestados.

Em alguns casos, devido à complexidade da atividade, é possível que a Administração contratante não possua corpo especializado para, por si, realizar plenamente os trabalhos de planejamento da outorga. Isso faz com que seja demandada a associação a outros órgãos ou entidades do Poder Público com expertise técnica para tanto. Uma dessas entidades é o BNDES, que possui área específica dedicada à estruturação de projetos, cujas características gerais e particularidades serão explicitadas a seguir.

3.1.1 O PAPEL DO BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (o “BNDES”) teve a sua criação autorizada pela Lei 1.628, de 20 de junho de 1952, e foi enquadrado como empresa pública federal por meio da Lei 5.662, de 21 de junho de 1971. Nos termos do Decreto 4.418, de 11 de outubro de 2002, que aprova o seu estatuto social (o “Decreto 4.418”), é dotado de personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e sujeito à supervisão do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (art. 1º e parágrafo único).

O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País (art. 3º do Decreto 4.418). Exercita suas atividades visando a estimular a iniciativa privada, sem prejuízo de apoio a empreendimentos de interesse nacional a cargo do setor público (art. 4º do Decreto 4.418).

No que tange à estruturação de projetos, o BNDES ficará no intermédio entre as duas atividades, podendo apoiá-las mutuamente. A atividade denominada estruturação é prévia à implantação dos projetos e não se confunde com a atividade tradicional do BNDES de financiamento aos empreendimentos concedidos.³⁵

De um lado, poderá prestar auxílio técnico na modelagem de concessões, dedicando seu corpo de funcionários, com expertise nas mais diversas áreas de infraestrutura de atuação do banco. De outro, poderá conceder financiamentos às futuras concessionárias, uma vez celebrados os contratos de concessão.

³⁵ Para noções a respeito do papel desempenhado pelo BNDES no financiamento de projetos no país, cf. SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274-281.

Nesse interregno, o apoio técnico especializado provido pelo banco poderá fazer com que a outorga seja, ao mesmo tempo, adequada e dotada de características que permitam a contratação de futuros financiamentos pela concessionária em bases de mercado.

O desenvolvimento de atividades de estruturação de projetos é expressamente previsto no Decreto 4.418. O BNDES poderá contratar estudos técnicos e prestar apoio técnico e financeiro, inclusive não reembolsável, para a estruturação de projetos que promovam o desenvolvimento econômico e social do país ou sua integração à América Latina (art. 9º, VI).

Em vista de tais atribuições, e como empresa pública federal, o BNDES pode desempenhar importante papel no planejamento de concessão. Corolário dessa assertiva são as competências acima delineadas e o fato de possuir área própria e dedicada à atividade.

O BNDES instituiu a sua Área de Estruturação de Projetos – AEP, encarregada de estruturar projetos de concessões públicas e PPPs para a União, os Estados e os Municípios, como decorrência de um diagnóstico e de uma necessidade.

A constatação foi a de que existiria hiato entre investimentos em projetos de infraestrutura e o crescimento almejado do país, que deles dependeria. A ausência de projetos bem estruturados seria obstáculo aos investimentos em infraestrutura no país. Tal fato geraria um paradoxo, pois existiriam recursos privados para que o investimento fosse realizado, mas não projetos nos quais se alocá-los.

O imperativo, por sua vez, seria por fluxo constante de bons projetos para a aprovação pelo BNDES e por demais órgãos e entidades da Administração Pública, de agilidade no seu desenvolvimento e imparcialidade na execução dos trabalhos técnicos a eles relativos.³⁶

O BNDES passou, então, a fomentar e a coordenar projetos de infraestrutura que podem ser objeto de concessões públicas e PPPs, bem como a acompanhar, estabelecer parcerias e articular, com órgãos da Administração Pública e organismos internacionais, a estruturação e modelagem de projetos para verificação de sua viabilidade.³⁷

³⁶ Informações disponíveis em <<http://www.sinaenco.com.br/downloads/BNDES%20AEP.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁷ Informações disponíveis em <<http://www.sinaenco.com.br/downloads/BNDES%20AEP.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

Dentre outros projetos apoiados pelo BNDES nessa seara, incluíram-se: (i) aeroportos: concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN) e dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos (SP) e Brasília (DF); (ii) saúde: unidades básicas de saúde, em Belo Horizonte (MG); centro de diagnósticos por imagem (BA); hospital do subúrbio, na Bahia; hospital metropolitano, em Belo Horizonte (MG); (iii) educação: educação infantil e fundamental, em Belo Horizonte (MG); (iv) saneamento básico: saneamento, no Rio de Janeiro (RJ) e na Serra (ES); COPASA – Região Metropolitana de Belo Horizonte (MG); incinerador de resíduos sólidos, em São José dos Campos (SP); (v) transporte urbano: nova rodoviária, em Belo Horizonte (MG);

O papel do banco na estruturação de projetos é duplamente destacado. Em primeiro lugar, porque os interessados em apresentar participar da estruturação de projetos são, em sua maioria, as empresas com interesse na exploração econômica do objeto a ser concedido. O BNDES poderá garantir a neutralidade da documentação oferecida, de forma que não seja favorável a este ou àquele ator e que o procedimento licitatório seja adequadamente realizado, por meio da equiparação dos conhecimentos a respeito dos detalhes da futura outorga e da imparcialidade da documentação.

Nesse ponto, atuará também em benefício dos agentes privados. Sua ação será a de harmonizar o interesse público perseguido com a outorga com a atratividade econômico-financeira do projeto.³⁸ Poderá eliminar vieses que sejam favoráveis também ao Poder Público (tal como uma matriz de distribuição de riscos contratuais prejudicial à iniciativa privada).

O BNDES pode, portanto, agir como ator isento e crítico na fase de desenvolvimento do projeto, por meio de análise criteriosa na revisão de toda a documentação. Auxiliará a Administração contratante para que a outorga possa, ao mesmo tempo, ser atrativa para a iniciativa privada e permeada pelos objetivos de interesse público com a sua implantação. “Diante das ineficiências tanto do setor público quanto das empresas do setor de Infraestrutura na oferta de estruturação de projetos, a conclusão natural é que a presença de atores independentes é o caminho para a correção dessa falha de mercado”.³⁹

Contudo, a capacidade de trabalho do BNDES é finita: não poderá, concretamente, prestar assessoria técnica em todo e qualquer projeto que se pretende desenvolver no país. Ainda, determinados escopos poderão se enquadrar em áreas que não sejam consideradas prioritárias pelo próprio banco.

A complexidade que permeia a estruturação de concessões poderá ensejar o auxílio técnico externo a outras entidades, inclusive da iniciativa privada. A modelagem da concessão demanda planejamento prévio, com a consideração dos aspectos que poderão ser enfrentados no longo prazo, durante a execução contratual.⁴⁰

estacionamentos, em Belo Horizonte (MG) e em São Paulo (SP); (v) rodovias: BR - 040 (DF/MG); BR - 116 (BA/MG a MG/RJ); BR -101 (RJ-ES a BA); BA-093 (BA); BR – 116/324 (BA); (vi) Ferrovias: Trem de Alta Velocidade ligando Campinas (SP) ao Rio de Janeiro (RJ); (vii) outros projetos: estádio “Mineirão”, em Belo Horizonte (MG); circuito de compras, em São Paulo (SP); concessões florestais – manejo sustentável.

³⁸ TORRES, Rodolfo; AROEIRA, Cleverson. O BNDES a estruturação de projetos de infraestrutura. ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio (coord.) *O BNDES em um Brasil em transição*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010, p. 205.

³⁹ TORRES, Rodolfo; AROEIRA, Cleverson. O BNDES a estruturação de projetos de infraestrutura. ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio (coord.) *O BNDES em um Brasil em transição*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010, p. 204.

⁴⁰ “[...] o gigantismo de algumas obras estatais e a velocidade em que devem ser realizada, para atender o interesse público, nem sempre permitem um planejamento prévio e detalhado, tanto no campo técnico como

A atividade de estruturação de projetos não é trivial: além de se mostrar onerosa, exige expertise e trabalho em conjunto de profissionais com conhecimentos diversos. Malgrado o Poder Público deva investir na capacitação técnica dos funcionários responsáveis por desenvolver e controlar as contratações públicas,⁴¹ poderá recorrer à contratação de agentes da iniciativa privada para realizá-la. Trataremos dessa hipótese na sequência.

3.2 O PLANEJAMENTO POR MEIO DA CONTRATAÇÃO DE CONSULTORES

A contratação de consultores para desempenhar as atividades e elaborar os trabalhos técnicos inerentes ao planejamento de concessões obedecerá aos ditames previstos na Lei de Licitações. O certame para a prestação de serviços somente poderá ser instaurado quando (art. 7º, § 2º, da Lei de Licitações): (i) houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;⁴² (ii) existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; (iii) houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.

Além disso, o Poder Público deverá especificar, de forma suficiente, no edital, todos os trabalhos que ficarão a cargo do contratado e os documentos a serem elaborados, que serão utilizados para a licitação da concessão. Nessa hipótese, incidirão as vedações estabelecidas no art. 9º da Lei de Licitações para a participação, pelos contratados, da futura licitação realizada com base nos documentos técnicos produzidos.

financeiro, obrigando a Administração e o empresário a recorrer, constantemente, à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem.

Assim sendo, a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras, de tecnologia complexa e de execução demorada, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes, e não se enquadram nos riscos comerciais assumidos pelo construtor” (WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito da parceria e a lei de concessões*: (análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e a legislação subsequente). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49).

⁴¹ GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o Procedimento de Manifestação de Interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 67-79, abr./jun. 2013.

⁴² O projeto básico a instruir o processo destinado à seleção dos consultores não será o mesmo que subsidiará a licitação destinada à celebração do contrato de concessão. Em determinados casos, é possível que o próprio projeto básico da concessão ou mesmo os seus elementos caracterizadores devam ser elaborados pelos consultores contratados previamente pela Administração Pública, de forma que a exigência constante do art. 7º, § 2º, da Lei de Licitações deverá ser interpretada de acordo com o objeto da contratação destinada à seleção dos consultores.

Referido dispositivo prevê que não poderá participar, direta ou indiretamente,⁴³ da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: (i) o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; (ii) a empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; (iii) o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Os consultores contratados pela Administração Pública que elaborarem os projetos ficarão impedidos de participar da licitação.

De todo modo, é permitida a participação do autor do projeto ou da empresa responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada (art. 9º, § 1º).

Ademais, não há impedimento legal para que a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração (art. 9º, § 2º, da Lei de Licitações).

Ainda, o art. 31 da Lei 9.074 admite que, especificamente nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

À luz da Lei de Licitações, a contratação de consultores para a execução dos trabalhos pertinentes ao lançamento da licitação da concessão será enquadrada como prestação de serviços técnicos profissionais especializados. São englobadas, nessa hipótese, as atividades de elaboração de estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos, pareceres, perícias e avaliações em geral (art. 13, I e II, da Lei de Licitação).

Os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de licitação na modalidade de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º, da Lei de Licitação).⁴⁴

⁴³ Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários (art. 9º, § 3º, da Lei de Licitações).

⁴⁴ “A ‘modelagem’ das concessões [...] em regra é objeto de um contrato de consultoria, previamente licitado, no qual têm participado profissionais das áreas econômica, contábil, jurídica e do ramo técnico envolvido. A contratação de consultores enquadra-se como serviço técnico especializado, nos termos do art. 13 da Lei nº

Como segurança do adequado desempenho das atividades contratadas pela Administração Pública, a empresa de prestação de serviços técnicos especializados garantirá que os integrantes de seu corpo técnico (apresentado no procedimento licitatório ou mesmo como elemento de justificação de eventual inexigibilidade de licitação) realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato (art. 13, § 3º, da Lei de Licitações).

Ademais, para que o Poder Público consiga acervar os principais aspectos decorrentes da contratação, somente poderá pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda a ele os direitos patrimoniais, para posterior utilização (art. 111 da Lei de Licitações).

Além da hipótese de licitação na modalidade de concurso, o Poder Público também poderá contratar a prestação de serviços técnicos especializados por meio de inexigibilidade de licitação. De acordo com a lei, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para a contratação de serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (art. 25, II, da Lei de Licitações).

Para o preenchimento do quadro legal a que esta hipótese se subsume, será necessário ponderar, em cada caso, a respeito da existência da singularidade dos serviços a serem prestados e a notória especialização da pessoa que se pretende selecionar.

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (art. 25, § 1º, da Lei de Licitações). Desse modo, deverá haver fundamentação para a contratação do notório especializado, com a evidenciação de todos os aspectos que ensejem a sua contratação direta, tornando a licitação inexigível.

Se comprovado superfaturamento na contratação, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, § 2º, da Lei de Licitações).

8.666/1993 [...]. É o momento em que se concebe todo o processo de concessão, desde os requisitos de pré-qualificação e habilitação, como os critérios de julgamento da licitação e o respectivo cronograma, até as formas de remuneração do concedente e concessionário, que devem ser compatíveis com os investimentos e técnicas exigidas” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 154).

A seleção (e não contratação) de consultores para a elaboração de estudos referentes à estruturação de concessões também tem se dado por meio do art. 21 da Lei de Concessões.⁴⁵ Vale destacar, nesse contexto, a criação da Estruturadora Brasileira de Projetos (a “EBP”), constituída por diversos bancos com o objeto social de elaborar e coordenar projetos para a exploração de atividades econômicas ou de projetos públicos de infraestrutura.

3.2.1 A ATUAÇÃO DA ESTRUTURADORA BRASILEIRA DE PROJETOS – EBP

A EBP é empresa privada que atua como assessora técnica da Administração Pública na estruturação de concessões. Ela procura desenvolver, com imparcialidade e transparência, projetos de infraestrutura capitaneados pelo Poder Público, mas que sejam passíveis de desenvolvimento pela iniciativa privada.

A atuação da empresa é pautada, sobretudo, pelo art. 21 da Lei de Concessões: solicita autorização para o desenvolvimento dos trabalhos técnicos pertinentes à concessão que se pretende estruturar, a qual é a ela outorgada pela pasta governamental com atribuição para a licitação do projeto.

A autorização é concedida à EBP sem caráter de exclusividade, não obriga o poder público a realizar a licitação e não cria, por si só, qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração. A realização, ou não, da licitação, dá-se por razões de conveniência e oportunidade do Poder Público e, portanto, foge à ingerência da EBP.

3.2.1.1 DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS PARA SE EVITAR CONFLITOS DE INTERESSES

Nos termos de seu estatuto social, a EBP tem por objeto a elaboração e coordenação de estudos, prestação de assessoria técnica e estruturação de projetos privados para a exploração de atividade econômica ou projetos públicos de infraestrutura (art. 4º).

Compete privativamente ao conselho de administração da empresa selecionar os projetos a serem por ela estruturados e aprovar a sua contratação com entidades ou órgãos públicos (mediante parecer jurídico prévio, que poderá ser dispensado por deliberação de 2/3 (dois terços dos membros do conselho) (art. 16, “i” e “iii”, do estatuto social). A seleção de projetos dependerá da aprovação de 2/3 (dois terços) dos membros do Conselho de

⁴⁵ Discorreremos detalhadamente sobre o art. 21 da Lei de Concessões no Tópico 5.1 abaixo.

Administração ou, caso esse número seja fracionado, do primeiro número inteiro acima de 2/3 (dois terços) dos referidos membros.

De outro lado, foram estabelecidas, estatutariamente, atividades que não poderão ser desenvolvidas pela empresa (art. 6º): (i) contrair empréstimos ou emitir títulos de qualquer natureza; (ii) prestar garantias reais ou fidejussórias; (iii) participar no capital de outras empresas; (iv) realizar operações de derivativos alavancados, bem como investimentos diretos e indiretos em renda variável; (v) elaborar estudos ou prestar qualquer tipo de assessoria técnica a concorrentes ou a potenciais concorrentes de projetos de infraestrutura pública.

O objetivo da disposição estatutária é evitar conflitos de interesses na atuação da EBP. Isso porque, ao prestar assessoria técnica à Administração Pública, a empresa poderá ter acesso a informações e outros dados que possam ser essenciais para a participação nas licitações estruturadas. Além disso, ficará responsável por elaborar os estudos e documentos concernentes ao projeto como um todo.

Caso pudesse prestar assessoria técnica aos potenciais licitantes, as informações poderiam ser a eles repassadas, o que geraria alto grau de assimetria informacional favoravelmente a essas empresas e vantagens indevidas no certame.⁴⁶

Ademais, o estatuto social prevê períodos de abstenção de vinculação de seus diretores e demais funcionários com os acionistas da EBP, bem como sua política de divulgações de informações, para garantir transparência às atividades desempenhadas e mitigar eventuais conflitos de interesse no uso de informações.

Os membros da diretoria da EBP, bem como quaisquer funcionários que venham a ser contratados, não poderão ter tido vinculação, direta ou indireta, há menos de seis meses, com qualquer de seus acionistas (art. 36 do estatuto social).⁴⁷

Nos projetos de interesse público, a diretoria deverá tornar público o estudo técnico elaborado pela empresa, imediatamente após a sua conclusão, de modo que a coletividade, os acionistas e a administração da companhia tenham acesso à informação final ao mesmo tempo (art. 37 do estatuto social).

Ainda, os membros da diretoria da EBP, bem como quaisquer de seus funcionários, não poderão utilizar, em benefício próprio ou de terceiros, as informações que obtiverem em

⁴⁶ A respeito da assimetria informacional e dos impactos negativos que ela pode gerar em mercados específicos, cf. AKERLOF, George A. The market for 'lemons': quality uncertainty and market mechanism. *The quarterly journal of economics*, v. 84, issue 3, (Aug., 1970), p. 488-500.

⁴⁷ Entende-se por vinculação direta ou indireta qualquer relação de trabalho, prestação de serviços, participação societária, agência ou representação comercial, nomeação a cargo estatutário, ou qualquer outra relação de negócios, de cunho contratual ou não, entre o diretor ou funcionário da companhia e qualquer de seus acionistas, controladas, controladoras e afiliadas (art. 36, parágrafo único, do estatuto social).

função das atividades desempenhadas durante o processo de vinculação com a companhia e que não sejam de conhecimento público (art. 38).

Por fim, é vedado aos acionistas, devidamente representados nas reuniões do Conselho de Administração da EBP, deliberar, conversar ou trocar informações sobre assuntos alheios ao objeto social da companhia (art. 39).

3.2.1.2 O CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO COM O BNDES

O BNDES e a EBP celebraram convênio de cooperação técnica, tendo por objetivo estabelecer a cooperação entre as partes com vistas à estruturação de projetos de infraestrutura, mediante a elaboração de estudos técnicos e de viabilidade necessários à sua implementação (item 1.1).

O convênio de cooperação foi celebrado tendo em conta que, para o crescimento sustentado do país no longo prazo, seria essencial eliminar gargalos e expandir a infraestrutura física (*e.g.*, transportes, energia, saneamento) e social (*e.g.*, saúde, educação, segurança) nos âmbitos nacional, regional e local. Para que os investimentos em parceria fossem realizados, seria necessária a adequada estruturação dos projetos, baseados em estudos técnicos e de viabilidade sólidos e imparciais, capazes de alinhar interesses públicos e privados.

A EBP representaria, nos termos do convênio de cooperação, iniciativa do setor privado para promover a estruturação de projetos de infraestrutura que pudessem ser executados pela iniciativa privada e viabilizados por meio de financiamentos, particularmente os denominados *estruturados (project finance)*.⁴⁸ O BNDES, por sua vez, seria o principal

⁴⁸ Para uma sistematização a respeito da noção do *financiamento de projetos*, cf. ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance*: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32-39; BORGES, Luiz Ferreira Xavier; SÁ E FÁRIA, Viviana Cardoso de. *Project Finance*: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, dez. 2002, p. 243-245.

José Virgílio Lopes Enei traz noções econômicas e jurídicas a respeito da figura, nos seguintes termos: “Do ponto de vista econômico, financiamento de projetos é uma técnica de colaboração financeira por meio da qual, de um lado, o empreendedor pode captar recursos para viabilizar um projeto sem expor o seu patrimônio total e balanço, ou expondo-os em menor grau, ao endividamento oriundo do financiamento, e, de outro, o financiador externo pode conceder um empréstimo vinculado à exploração de certo projeto, satisfazendo-se essencialmente com a capacidade de geração de receitas, e ativos alocados ao projeto, como fontes primárias de pagamento. Partindo-se de uma perspectiva jurídica e ressaltando apenas as características fundamentais do financiamento de projetos em prol de uma maior síntese, este pode ser definido como uma rede de contratos coligados que, alocando os riscos às diversas partes envolvidas, visa a permitir que o empresário-patrocinador, ou sociedade por ele constituída, capte recursos para o desenvolvimento e exploração de um empreendimento segregado, oferecendo como garantia aos credores, de forma exclusiva ou preponderante, as receitas e bens do próprio empreendimento financiado. Para dizer o mínimo, é um financiamento com foco no empreendimento”

instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal, tendo por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do país, mediante estímulo à iniciativa privada e apoio a empreendimentos de interesse nacional, a cargo do Poder Público. Nesse meio, e em função de suas competências, BNDES e EBP estabeleceram as bases gerais de ação conjunta, para a estruturação de projetos de infraestrutura encarados como relevantes para o crescimento do país.

São atribuições da EBP, no convênio de cooperação (item 2, “i”): (i) selecionar os projetos que serão desenvolvidos; (ii) definir o escopo dos estudos a serem elaborados; (iii) aprovar e promover a contratação de consultoria técnica para a realização dos estudos; (iv) prover recursos financeiros e administrativos necessários à execução dos estudos; (v) fornecer ao BNDES as informações necessárias ao exercício de suas atribuições; (vi) divulgar, conjuntamente com o BNDES, inclusive em sítio eletrônico, os resultados dos estudos, imediatamente após a sua conclusão;

Ao BNDES compete, por sua vez (item 2, “ii”): (i) fornecer parecer técnico sobre o enquadramento do projeto a ser desenvolvido nos objetivos do convênio, quando solicitado pela EBP; (ii) acompanhar o gerenciamento e a execução dos estudos, promovendo o alinhamento com as diretrizes e políticas públicas setoriais, zelando pela imparcialidade, qualidade e condições de concorrência para a licitação dos projetos; (iii) promover a interlocução com a Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados e Municípios, após a manifestação do órgão ou entidade que pretende realizar a licitação do projeto desenvolvido no âmbito do convênio; (iv) auxiliar a Administração Pública direta e indireta nos processos de consultas e audiências públicas; (v) manifestar-se sobre a documentação relativa aos estudos, incluindo relatórios, minutas de editais e contratos de concessão.

Em vista das atribuições das partes no convênio de cooperação, a EBP ficará à frente dos estudos, sendo a responsável por levá-los a cabo. Selecionará os projetos a serem desenvolvidos, definirá o seu escopo, proverá os recursos necessários à sua execução e contratará as consultorias que lhe prestarão o apoio técnico.

O BNDES consumará apoio estratégico, sobretudo como garantia de imparcialidade dos estudos. Como entidade integrante do Poder Público Federal, deverá garantir que todos os projetos sejam estruturados de forma transparente e isonômica, em benefício da

(ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-39).

Administração contratante. Ao mesmo tempo, observará se os aspectos levados em consideração na estruturação da concessão podem ser considerados como adequados do ponto de vista de futuros financiadores e da iniciativa privada, garantindo a atratividade para a outorga.

3.2.1.3 A APROVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA EBP PELO CADE

A constituição da EBP foi analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (o “CADE”), no Processo do Ato de Concentração 08012.002939/2008-47. Os aspectos do estatuto social da companhia, acima delineados, foram essenciais na conclusão do CADE a respeito da regularidade da constituição da companhia.

O Parecer 06437/2008/RJ, exarado em 14 de julho de 2008 pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (a “SEAE”) no bojo do referido processo, apresenta o panorama a respeito da criação da empresa e a necessidade de submissão de sua aprovação aos órgãos de defesa da concorrência no país.

Nos termos do parecer, a EBP seria criada tendo como acionistas 6 (seis) instituições financeiras: Bradesplan Participações Ltda.; Citicorp Mercantil e Participações e Investimentos S/A; Banco Itaú BBA S/A; Santander Investimentos em Participações S/A; Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A; BNDES Participações S/A. Todas elas atuariam no mercado de prestação de serviços financeiros e competiriam entre si para o oferecimento desses serviços.

A sua constituição passaria tanto pela necessidade de fomento de bons projetos de infraestrutura quanto no interesse de seus acionistas em realizar as atividades de concessão de financiamentos aos projetos por ela estruturados.

Seus acionistas teriam interesse menos nos dividendos que poderiam ser por ela distribuídos e mais nas externalidades positivas decorrentes de sua atuação (inclusive o estímulo ao mercado financeiro nacional, do qual seus acionistas fazem parte). Essa constatação é reafirmada no Parecer SEAE 06437/2008/RJ, no Parecer PROCADE 675/2008, datado de 01 de setembro de 2008.

No Parecer SEAE 06437/2008/RJ, afirmou-se que as instituições financeiras que se uniram para criar EBP, prestadoras de serviços de assessoria econômico-financeira, poderiam

participar das licitações decorrentes dos projetos estruturados pela companhia como financiadores.⁴⁹

No Parecer PROCADE 675/2008, considerou-se que o incentivo para a participação de seus acionistas na constituição da companhia adviria do fato de poderem aumentar o número de projetos com chance de viabilidade e de interessados em participar das licitações para projetos de infraestrutura. Estariam, reflexamente, aumentando, para si, o mercado de *project finance*, no qual concorreriam livremente.⁵⁰

Já o BNDES poderia se aproveitar da experiência na gestão de risco e oportunidade de investimentos dos bancos para viabilizar e fomentar projetos mais adequados e condizentes com as políticas de desenvolvimento e de infraestruturas governamentais.⁵¹

A presença do BNDES interessaria aos sócios na EBP também em função da possibilidade de atuar como intermediador junto ao Governo Federal, garantindo maior credibilidade e viabilidade aos projetos da companhia. Este seria o mote da assinatura do convênio de cooperação entre o BNDES e a EBP, o qual, embora não vincule juridicamente a Administração Pública a licitar os projetos capitaneados pela companhia, seria fator indicativo de maior probabilidade de sua realização.⁵²

A EBP teria atuação voltada para o mercado de consultoria para o setor público, no nicho de estruturação de projetos de infraestrutura, atividade que, nos termos do Parecer SEAE 06437/2008/RJ, não se sobreporia, horizontal ou verticalmente, às atividades realizadas por seus acionistas.

Estes informaram que “a atividade a ser desenvolvida pela EBP é a de prestação de serviços de consultoria e assessoria, com a especialização na estruturação de projetos de infraestrutura com fins de licitação”, o que envolveria “a elaboração de projetos de engenharia, estudos de impacto ambiental, estudos de mercado e de viabilidade econômico-financeira do projeto e que, dentre os agentes que podem realizar ou coordenar este tipo de atividade, encontram-se instituições multilaterais internacionais (Banco Interamericano de Desenvolvimento e Banco Mundial, entre outros), empreiteiras, consultorias internacionais e consultorias especializadas na realização de projetos de infraestrutura”.⁵³

Foi informado no parecer que, à época, os estudos para a outorga de concessões seriam realizados por agentes diretamente interessados na sua exploração econômica. Em

⁴⁹ Fl. 07 do Parecer SEAE 06437/2008/RJ.

⁵⁰ Fls. 07 e 08 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁵¹ Fl. 08 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁵² Fl. 08 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁵³ Fl. 07 do Parecer SEAE 06437/2008/RJ.

função disso, sua elaboração poderia contemplar “algum viés em função dos interesses do eventual beneficiário do projeto”⁵⁴ e “se caracterizar em uma estratégia mais ampla para a obtenção de algum tipo de vantagem competitiva no processo licitatório, o que representa uma falha de mercado”.⁵⁵

A EBP, de outro lado, constituir-se-ia no primeiro agente independente a fornecer projetos de infraestrutura, coordenando as distintas disciplinas e atividades que envolvem serviços dessa ordem. Atuaria como fomentadora de um novo nicho para o mercado de consultoria para o setor público, servindo de *benchmark* para essa nova atividade.

Segundo seus acionistas, a EBP: (i) proporcionaria a avaliação de riscos (econômicos e políticos) dos projetos de que participasse; (ii) operaria com *full disclosure*, tornando públicos, desde sua aprovação, o projeto, suas características e exigências, de modo que os interessados na exploração econômica da futura concessão poderiam “direcionar sua estratégia competitiva desde o primeiro momento a concorrer no eventual leilão”.⁵⁶

Análises semelhantes foram procedidas no Parecer PROCADE 675/2008. Este se inicia com o destaque de que a constituição da EBP poderia representar ato de concentração econômica e, nessa qualidade, seria potencialmente lesivo ao mercado, devendo ser analisado pelo CADE.

O ato não importaria em concentração horizontal⁵⁷ ou integração vertical,⁵⁸ pois a companhia não atuaria nos mercados em que atuam as suas constituidoras. De todo modo, poderia implicar em concentração econômica.⁵⁹⁻⁶⁰ Isso porque, no caso, tratava-se:

⁵⁴ Fl. 07 do Parecer SEAE 06437/2008/RJ.

⁵⁵ Fl. 08 do Parecer SEAE 06437/2008/RJ.

⁵⁶ Fl. 10 do Parecer SEAE 06437/2008/RJ.

⁵⁷ A concentração horizontal é aquela se dá entre concorrentes que fabriquem ou comercializem o mesmo produto ou produtos semelhantes, substitutos dos primeiros. Todas elas são consideradas incluídas no mesmo mercado (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 324-325). Nos termos da Resolução 20, de 9 de junho de 1999, do CADE, “[a]s práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade”.

⁵⁸ As concentrações verticais são as “que se processam entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 324).

A Resolução 20, do CADE, prevê que “[a]s práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”). As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam”.

[...] da união dos cinco maiores bancos do Brasil – portanto união de concorrente – com o BNDES, banco público de fomento econômico e social, para constituição de uma nova empresa que ingressará em mercado distinto do sistema financeiro. Por óbvio, ainda que ingressando em mercado diverso do sistema financeiro, a união de esforços entre bancos concorrentes e destes com o BNDES, de plano gera preocupação concorrencial, demandando a atuação do CADE.⁶¹

O mercado relevante de atuação da EBP seria o de consultoria para o setor público, no nicho de estruturação de projetos de infraestrutura, tal como delineado no Parecer SEAE 06437/2008/RJ. Os sócios que formariam a EBP continuariam concorrendo não nesse mercado, mas no de *project finance*.⁶²

Nesse cenário, o Parecer PROCADE 675/2008 imerge na análise mais acurada de alguns fatores.

Em primeiro lugar, considera que existiria, efetivamente, a possibilidade de agentes privados, como a EBP, realizar estudos e projetos e os apresentar ao Poder Público, para que este, analisando a sua pertinência, os adotasse e licitasse a sua execução. O vencedor da licitação remuneraria os estudos e projetos realizados, com base no art. 21 da Lei de Concessões.⁶³

Em segundo lugar, haveria estudos e projetos realizados por agentes privados e apresentados ao setor público que se tornam licitações. Contudo, seriam realizados no interesse específico de seus realizadores, os quais teriam a intenção de participação dos

⁵⁹ Calixto Salomão Filho coloca que, tradicionalmente, as concentrações econômicas são classificadas em 3 (três) espécies: concentração horizontal, concentração vertical e formação de conglomerados. As 2 (duas) primeiras já foram acima apontadas (*Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 324). A formação de conglomerados, por sua vez, seria caracterizada como “toda integração entre empresas que não pode ser classificada como concentração horizontal ou vertical” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 341).

Tais categorias foram indiretamente reconhecidas no art. 88 da Lei 12.529, de 30 de dezembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Em seus termos, devem ser submetidos ao CADE, pelas partes envolvidas na operação, os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), e pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Para os efeitos da lei, realiza-se ato de concentração quando (art. 90): (i) 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; (iv) 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

⁶⁰ Fl. 03 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁶¹ Fl. 03 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁶² Fl. 05 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁶³ Fl. 05 do Parecer PROCADE 675/2008.

certames deles decorrentes. Diante disso, a justificativa para a criação da EBP seria o de fomentar mercado de projetos de infraestrutura não necessariamente vinculado à licitação que poderia ser realizada posteriormente. A companhia buscava tornar mais célere e transparente o processo de estruturação de projetos, bem como viabilizar projetos de grande complexidade de forma mais adequada aos investimentos necessários.⁶⁴

Diante dessas constatações, o Parecer PROCADE 675/2008 enfrentou 2 (duas) outras considerações: (i) qual seria o incentivo para a constituição da EBP, sob a ótica de seus sócios; (ii) se existiria a necessidade de se constituir empresa própria para este fim (o de assessoria ao Poder Público relacionada a projetos que pudessem ser outorgados por meio de concessão), ou se os acionistas da EBP poderiam atuar separadamente na estruturação de projetos, concorrendo entre si e fomentando de maneira mais abrangente este mercado.⁶⁵

Em relação ao primeiro ponto, os acionistas da EBP informaram que a companhia aliaria interesses de agentes, para suprir falha existente no mercado de estruturação de projetos de infraestrutura para o setor público. Apontaram que os investimentos em tais atividades seriam pontuais e insuficientes, sendo realizados apenas por agentes diretamente interessados em concorrer em processos licitatórios subsequentes. Não haveria, de outro lado, agentes que atuassem de forma desvinculada das licitações decorrentes, o que ocasionaria gargalo de faltas de investimentos em infraestrutura.

Essa situação ocasionaria falha de mercado, pois os projetos apresentados ao Poder Público adviriam apenas de agentes interessados, os quais possuiriam nível de informação sobre os projetos muito mais elevada que seus concorrentes, que, portanto, não teriam incentivos para participar das licitações.⁶⁶

A Procuradoria do CADE considerou que a assimetria informacional, quando severa, poderia ser considerada como falha de mercado, a prejudicar a livre concorrência e o equilíbrio entre os diversos agentes de mercado. Contudo, para a Procuradoria, o incentivo para a participação dos acionistas da EBP adviria do fato de a atuação da companhia aumentar o número de projetos com chance de viabilidade e o número de interessados em participar das licitações de infraestrutura e, conseqüentemente, o mercado de *project finance*, no qual concorreriam livremente.⁶⁷

Ainda que se admitisse a existência da referida falha de mercado e que as regras de governança da EBP aparentemente mantivessem a concorrência entre seus acionistas em

⁶⁴ Fl. 06 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁶⁵ Fls. 06 e 07 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁶⁶ Fl. 07 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁶⁷ Fls. 07 e 08 do Parecer PROCADE 675/2008.

outros elos da cadeia gerada pela estruturação de projetos, não pareceu claro à Procuradoria que a falha seria automaticamente suprida pela constituição da companhia. Sob a ótica do direito antitruste, 2 (dois) aspectos lhe chamaram a atenção:

(i) se existisse interesse das instituições financeiras em expandir o mercado de projeto viáveis, uma vez que isso criaria maiores oportunidades no mercado de *project finance*, ao menos em tese pareceria mais adequado, em termos de concorrência, que cada um dos bancos e o próprio BNDES, isoladamente ou em parcerias específicas, realizassem os projetos e os apresentasse à Administração Pública, o que aumentaria o mercado, a quantidade e a qualidade de projetos apresentados. Para garantir, preventivamente, a simetria de informação, bastaria que, por exemplo, a Administração Pública (ou o BNDES, como parceiro) criasse ambiente de divulgação informações. De outro lado, caso o projeto fosse submetido à licitação, ainda restaria o controle preventivo dos órgãos de defesa da concorrência para garantir a concorrência do certame.⁶⁸

(ii) a presença do BNDES e a celebração do convênio de cooperação com a EBP poderia gerar desincentivo aos próprios órgãos e entidades do setor público a realizarem licitações com o objetivo de contratar a elaboração de projetos. Afinal, a constituição da EBP, a justificativa de sua criação e a presença de grandes instituições financeiras geraria, ao menos aparentemente, credibilidade suficiente a inibir ou desincentivar a contratação de outros agentes.⁶⁹

Não obstante tais aspectos, por meio do Acórdão do Ato de Concentração 08012.002939/2008-47, o CADE entendeu que a constituição da EBP não geraria efeitos danosos à concorrência.

Aprovou-a sob a condição de que fossem mantidas intocadas as disposições do estatuto social da companhia relativas à composição societária, ao objeto social, à independência operacional e às regras de governança corporativa. Deveria ser preservado, essencialmente, a teor dos arts. 4º, 5º, 24, 34, 35, 36 e 37 do estatuto social.

No voto que subsidiou o Acórdão, do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, ratificou-se que o mercado de atuação da EBP seria o de consultoria para o setor público, no nicho de estruturação de projetos de infraestrutura. Tal definição, contudo, representaria mero esforço teórico para fins da análise antitruste, pois o mercado de estruturação de projetos para o setor público, em verdade, não existira no Brasil, à época.

⁶⁸ Fls. 08 e 09 do Parecer PROCADE 675/2008.

⁶⁹ Fl. 09 do Parecer PROCADE 675/2008.

Dado ser atividade permeada de baixa rentabilidade e elevada incerteza, esse tipo de atividade seria realizada pelos agentes interessados em projetos específicos relacionados a determinados objetos que poderiam ser licitados.⁷⁰ O interesse dos acionistas da EBP seria o de contribuir com a criação do mercado, de forma que, quanto maior fosse o número de projetos ofertados ao setor público e a transparência das informações, tanto mais rapidamente se aprovariam e se concluiriam os processos licitatórios.

A EBP desempenharia a atividade de prestação de serviços de consultoria e assessoria, com especialização na estruturação de projetos, os quais envolveriam a elaboração de projetos de engenharia, estudos de impacto ambiental, estudos de mercado e de viabilidade econômico-financeira. Todas as atividades constituiriam ramos de atuação estranhos à atuação dos acionistas da companhia, o que não ocasionaria concentração horizontal ou vertical como decorrência da constituição da empresa.⁷¹

Destacou-se, no acórdão, que, a fim de inaugurar o mercado nascente, a EBP deveria ter padrão de conduta que semeasse a confiança de investidores e da sociedade. Para isso, seria imperioso que tornasse públicos, desde o início, os projetos e as suas principais características. Adicionalmente, deveria eliminar por completo a possibilidade de qualquer acesso a informação privilegiada por parte das empresas participantes de seu capital social. Para tanto, seus acionistas deveriam estar permanentemente segregados do nível operacional e da análise técnica dos projetos elaborados pela companhia, tarefa que deveria ser delegada a corpo técnico independente.⁷² O BNDES representaria o papel de supervisionar a elaboração dos estudos e deveria servir de mediador entre a empresa e os agentes públicos, nos termos do convênio de cooperação celebrado entre as partes.⁷³

Por fim, foi destacado no acórdão que, a despeito de a operação não representar integração vertical ou concentração, a associação entre as instituições financeiras poderia servir como instrumento para troca de informações estratégicas, o que poderia lhes representar vantagem artificial na prestação de serviços de estruturação financeira dos projetos de infraestrutura desenvolvidos pela EBP, em decorrência de eventual acesso a informações privilegiadas.

Contudo, ciente desse fato, os acionistas da EBP teriam estabelecido regras de governança com o objetivo de garantir, a qualquer interessado, plena acessibilidade aos projetos em desenvolvimento e a total independência dos administradores da companhia em

⁷⁰ Fl. 02 do Acórdão no Ato de Concentração 08012.002939/2008-47.

⁷¹ Fl. 02 do Acórdão no Ato de Concentração 08012.002939/2008-47.

⁷² Fl. 03 do Acórdão no Ato de Concentração 08012.002939/2008-47.

⁷³ Fl. 03 do Acórdão no Ato de Concentração 08012.002939/2008-47.

relação aos interesses individuais de cada um dos acionistas. Seria incumbência da autoridade antitruste, nesse bojo, assegurar o cumprimento a tais regras, com o que todo o mercado receberia a sinalização clara a respeito das condições em que operações dessa natureza podem ser realizadas.⁷⁴

A criação da EBP fez surgir, portanto, relevante agente que atua na estruturação de projetos de concessão no país. Porém, diversas críticas têm sido levantadas a respeito de sua atuação.

3.2.2 AS CRÍTICAS À ATUAÇÃO DA EBP

Não obstante a incisiva atuação da EBP na estruturação de projetos no país, notadamente por conta de sua relação de colaboração com o BNDES, uma série de críticas vem sendo levantada contra ela. Elas são realizadas, sobretudo, por conta de eventuais favoritismos procedidos pelo Governo Federal em favor da empresa, que seria escolhida diretamente pelos entes e órgãos da Administração Pública para o desempenho das atividades constantes de seu objeto social em detrimento de outras empresas que poderiam praticar os mesmos serviços.

3.2.2.1 CRÍTICAS EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DA PORTARIA SEP-PR 38/2013

Grande parte das críticas em relação à atuação da EBP está relacionada à sua atuação na elaboração de estudos de licitações de arrendamentos portuários no país.

A companhia foi autorizada, por meio da Portaria SEP 38, de 14 de março de 2013 (a “Portaria SEP 38”), a desenvolver projetos e/ou estudos de viabilidade técnica econômica, ambiental e operacional, levantamentos e investigações, destinados a subsidiar a Secretaria de Portos da Presidência da República (a “SEP”) na preparação dos estudos que fundamentarão os procedimentos licitatórios concessões de portos organizados e dos arrendamentos de instalações portuárias (art. 1º).

A portaria apresenta rol de 159 (cento e cinquenta e nove) áreas passíveis de arrendamento, bem como 2 (dois) portos organizados a serem concedidos, nos termos da Lei

⁷⁴ Fl. 03 do Acórdão no Ato de Concentração 08012.002939/2008-47.

12.815, de 05 de junho de 2013 (a “Lei dos Portos”) e do Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013 (o “Decreto 8.033”), divididos em regiões Norte, Nordeste, Sul e Sudeste.⁷⁵

Os estudos técnicos teriam por escopo estruturar os diferentes aspectos relacionados a concessões de portos organizados e dos arrendamentos de instalações portuárias, abrangendo as seguintes matérias (art. 1º, § 1º, da Portaria SEP 38):

(i) engenharia, com a verificação da situação e inventário atual dos portos e arrendamentos de instalações portuárias, obras de recuperação e/ou de ampliação de capacidade requeridas pelo porto, custos de manutenção ampliação de capacidade;

(ii) operação, por meio do detalhamento do aparelhamento das instalações portuárias, máquinas e equipamentos requeridos para operação do porto ou arrendamento de instalações portuárias e os custos associados;

(iii) meio ambiente, com a realização de estudos e relatórios ambientais;

(iv) demandas: reavaliação e validação das demandas para os horizontes de 2015, 2020, 2025 e 2030, com a avaliação de possíveis tendências até 2040, incluindo pesquisa de origem e destino;

(v) capacidades, desenvolvendo a reavaliação e validação das capacidades existentes e necessárias para o atendimento das demandas para os horizontes de 2015, 2020, 2025 e 2030, com a avaliação de possíveis tendências até 2040;

(vi) modelagem econômico-financeira, com a integração dos estudos de forma a estruturar os diferentes aspectos requeridos para a realização das concessões e dos arrendamentos de instalações portuárias, inclusive com a elaboração dos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental.

O prazo para elaboração dos estudos técnicos foi fixado em 220 (duzentos e vinte e cinco dias), a contar da data de publicação da Portaria SEP 38, e poderia ser prorrogado a critério da Administração Pública (art. 1º, § 2º).

O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto dos projetos e estudos de viabilidade não poderia ultrapassar 0,37103% do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação de cada uma das concessões ou arrendamentos de instalações portuárias. Ainda, foi limitado ao total de R\$ 63.800.000,00 (sessenta e três milhões e oitocentos mil reais) (art. 1º, § 3º, da Portaria SEP 38).

⁷⁵ No grupo 1 serão licitados terminais nos portos de Santos, Belém, Miramar, Outeiro, Santarém e Vila do Conde. No grupo 2, será a vez da concessão dos portos de Manaus e Imbituba, bem como de arrendamentos nos portos de Antonina, Aratu, Paranaguá e São Sebastião. Já no grupo 3, serão outorgados terminais nos portos de Cabedelo, Fortaleza, Itaquí, Macapá, Maceió, Recife e Suape. O grupo 4, por sua vez, contemplará arrendamentos nos portos de Itaguaí, Itajaí, Niterói, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Rio Grande, São Francisco do Sul e Vitória.

A EBP deveria entregar os seguintes documentos para a realização das atividades objeto da Portaria SEP 38, a contar de sua publicação (art. 2º):

(i) plano de trabalho, contendo a descrição detalhada das etapas do estudo que se pretende realizar e respectivos prazos de execução, em até 10 (dez) dias;

(ii) equipe técnica, com a composição e carga horária prevista para os profissionais que realizariam os estudos, até 20 (vinte) dias;

(iii) custos financeiros, por meio da descrição pormenorizada dos custos previstos para elaboração dos estudos, discriminados de forma a permitir, caso sejam aproveitados, análise por parte do Poder Concedente com vistas a seu futuro ressarcimento, até a data da entrega final dos estudos.

A autorização para que a EBP realizasse os estudos para a licitação das instalações portuárias, veiculada por meio da Portaria SEP 38, foi concedida sem caráter de exclusividade (art. 3º da Portaria SEP 38). As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada interessadas em oferecer projetos e estudos técnicos objeto da portaria, poderiam apresentar requerimento de autorização à SEP, no prazo de 20 (vinte) dias (art. 4º).⁷⁶

As críticas à atuação da EBP no âmbito da autorização que lhe fora outorgada por meio da Portaria SEP 38 residem no prazo para que outras empresas pudessem apresentar requerimento para a apresentação dos estudos e no seu escopo.

O período de 20 (vinte) dias para que os eventuais interessados pudessem avaliar todas as variáveis que compõem estudos de tamanha complexidade seria insuficiente para que realizassem as ponderações necessárias.

Adicionalmente, não poderia haver fracionamento das áreas, instalações portuárias e possíveis contratos de arrendamento: nos termos da Portaria SEP 38, os estudos deveriam ser feitos para todo o escopo previsto nos 4 (quatro) blocos e somente serão avaliados se contemplarem conjuntamente os itens previstos no art. 1º, § 1º (art. 4º, § 2º). Esse fato aumentaria a complexidade dos estudos a serem realizados e, conseqüentemente, o interesse de eventuais interessados.

Grande parte das dúvidas levantadas sobre a atuação da EBP, no âmbito da Portaria SEP 38, está consubstanciada no Requerimento de Informação 3.168/2013, de autoria do

⁷⁶ Os interessados em apresentar requerimento para o desenvolvimento das atividades objeto da Portaria SEP 38 deveriam apresentar qualificação completa, demonstração da experiência na realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares aos solicitados e detalhamento das atividades que pretendiam realizar, considerando o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos, nos termos do art. 3º do Decreto 5.977.

Deputado Augusto Coutinho. Por meio dele, foram solicitadas à SEP, dentre outras, informações sobre:

(i) a participação de outras empresas no processo que teve a EBP como única autorizada a realizar projetos, estudos e levantamentos necessários à preparação dos estudos que fundamentarão os procedimentos licitatórios das concessões de portos organizados e dos arrendamentos de instalações portuárias;

(ii) eventual parecer técnico exarado e que comprovasse o atendimento, pela EBP, de todas as informações e qualificações para o adequado desenvolvimento dos trabalhos.

A abertura do Requerimento de Informação 3.168/2013 teve como justificativa, em seus próprios termos, o fato de que a imprensa teria noticiado que, “antes mesmo de ser publicada a Portaria 38, de 2013 pela Secretaria de Portos, a EBP já participava de reuniões na Casa Civil”.⁷⁷ Até a data de conclusão do presente trabalho, contudo, as respostas ao Requerimento de Informação 3.168/2013 ainda não haviam sido realizadas.

3.2.2.2 CRÍTICAS MANIFESTADAS NO PROCESSO TC 012.687/2013-8

O Processo TC 012.687/2013-8 tratou de representação encaminhada pelo Deputado Federal Augusto Rodrigues Coutinho de Melo, acerca de supostas irregularidades contidas na Portaria SEP 38, que autorizou, nos termos do art. 21 da Lei de Concessões, a EBP a desenvolver estudos para subsidiar a preparação de procedimentos licitatórios de concessões de portos organizados e de arrendamentos portuários.⁷⁸

Alegou-se, em suma, que a EBP teria sido indevidamente beneficiada no desenvolvimento de tais trabalhos, em ofensa aos princípios constitucionais da publicidade,

⁷⁷ Fl. 04 do Requerimento de Informação 3.168/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5AF0D6F05C907D6C60E7AF2D9234DB16.proposicoesWeb1?codteor=1092240&filename=RIC+3168/2013>. Acesso em: 22 jun. 2014. Vale destacar que foram publicados 3 (três) outros Requerimentos de Informação da Câmara dos Deputados com teor semelhante:

(i) O Requerimento de Informação 3.143/2013, por meio do qual são solicitadas informações à Advocacia Geral da União sobre autorizações concedidas pelo Ministério dos Transportes, Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República – SAC e Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP em favor da EBP;

(ii) O Requerimento de Informação 3.167/2013, por meio do qual se solicitou à SEP informações a respeito de sua Portaria 9, de 29 de janeiro de 2013, que dispôs sobre a autorização à EBP para desenvolver estudos técnicos preparatórios à concessão do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão - Antônio Carlos Jobim, localizado no município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e do Aeroporto Internacional Tancredo Neves, localizado nos municípios de Confins e de Lagoa Santa, Estado de Minas Gerais;

(iii) O Requerimento de Informação 3.169/2013, por meio do qual foram solicitadas informações ao Ministério dos Transportes a respeito de sua Portaria 186/2012, por meio da qual se autorizou a EBP a desenvolver estudos técnicos de 7 (sete) trechos de rodovias federais, totalizando 5.739,7 km de extensão.

⁷⁸ Processo TC 012.687/2013-8. Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Data da Sessão: 4/12/2013 – Ordinária.

impessoalidade e moralidade administrativa.⁷⁹ Nos termos do processo, o representante havia alegado aspectos relativos ao suposto favorecimento à EBP, uma vez que:

(i) a empresa teria participado de reuniões com a Casa Civil antes de ser autorizada a fazer os estudos, antes mesmo da aprovação da Medida Provisória 595, de 06 de dezembro de 2012, posteriormente convertida na Lei 12.815, de 05 de junho de 2013 (a “Lei dos Portos”), sob a égide da qual as licitações de arrendamentos portuários serão realizadas;

(ii) a SEP trabalharia em conjunto com a EBP a partir de relatórios parciais do estudo realizado, o que violaria o princípio da impessoalidade;

(iii) a SEP não teria realizado chamamento público, com ampla divulgação, antes da autorização ser concedida à EBP, citando como bom exemplo os procedimentos estabelecidos na Resolução 192/2011, da Agência Nacional de Aviação Civil (a “ANAC”);⁸⁰

(iv) o prazo de 20 (vinte) dias, estabelecido na Portaria SEP 38 para que outras empresas requeressem à SEP a autorização para elaboração de estudos seria exíguo para a decisão de realizar estudos de tamanho escopo;

(v) a restrição à participação de outras empresas decorrida do fato de o objeto da autorização não poder ser fracionado, de forma que os estudos deveriam ser realizados abrangendo todos os terminais portuários que o Governo Federal pretende arrendar à iniciativa privada, e não a apenas 1 (um) ou alguns deles.

No Acórdão 3.362/2013, o TCU decidiu por conhecer da representação, para realizar de diversas providências em relação à atuação da EBP, dentre as quais:

(i) promover a oitiva prévia da SEP e da EBP para que se manifestem acerca da emissão da Portaria SEP 38;⁸¹

⁷⁹ Veja-se que alguns dos princípios constitucionais que, nos termos da representação em pauta, teriam sido violados na condução dos estudos relativos aos arrendamentos portuários no país, são objeto do presente trabalho, com destaque para a necessidade de sua observância no bojo de procedimentos de manifestação de interesse e na seleção de estudos apresentados por interessados casos. Cf., neste sentido, o Capítulo 11 abaixo.

⁸⁰ A Resolução 192, de 28 de junho de 2011, da ANAC, estabelece os procedimentos para solicitação, autorização e aprovação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de concessões para exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada definidas como prioritárias pelo Governo Federal.

⁸¹ Nos termos do Acórdão, as seguintes evidências seriam capazes de determinar a paralisação de todos os procedimentos relacionados às licitações relativas às áreas portuárias que tenham se arrimado em estudos produzidos pela EBP, em face da possibilidade de que a decisão de mérito do TCU:

(i) Participação da EBP em reuniões ocorridas com a presença de diversos representantes da SEP, da ANTAQ, do Tesouro Nacional e do BNDES, anteriormente à divulgação dos empreendimentos portuários passíveis de serem licitados e à solicitação de autorização da EBP para realizar os respectivos estudos;

(ii) Ausência de prévia e ampla divulgação da intenção da SEP de repassar a terceiros a realização dos estudos e projetos relacionados à desestatização das áreas referidas na Portaria SEP 15/2013, uma vez que essa divulgação somente ocorreu com a edição da Portaria SEP 38/2013, que já trazia em seu bojo autorização para que a EBP os realizasse;

(iii) Solicitação de autorização da EBP e posterior deferimento da autorização, por meio da Portaria SEP 38/2013, para realização de estudos relacionados à concessão do denominado “Novo Porto de Manaus” e do

(ii) promover a oitiva prévia da SEP e da EBP acerca da adequação dos valores fixados para ressarcimento dos estudos autorizados pela Portaria SEP/PR 38;

(iii) determinar a constituição de processo apartado e nele promover a oitiva prévia do BNDES e da EBP, para que se manifestem acerca da celebração do convênio de cooperação técnica entre aqueles entes, considerando que a EBP é uma empresa privada constituída sob a forma de sociedade de ações que distribui dividendos, o que poderia caracterizar a concessão de benefício indevido àquela empresa a partir da alocação gratuita de recursos e de expertise, pelo BNDES, em seu favor, sem que o mesmo tratamento fosse dispensado a outras empresas com atuação no ramo de elaboração de projetos, o que afrontaria os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa.

Mais recentemente, foi publicado o Acórdão 1.155/2014, do Plenário do TCU,⁸² o qual trata do deslinde da discussão iniciada no Acórdão TCU 3.362/2013. Por meio dele, a Corte Federal de Contas julgou parcialmente procedente a representação.

Dentre os principais aspectos destacados no acórdão, o TCU determinou à SEP que regulamentasse os procedimentos relacionados às autorizações para realização de estudos sobre arrendamentos portuários e concessões de portos organizados, de forma a estabelecer requisitos mínimos de publicidade para chamamento de interessados e para aceitação e denegação de pedidos de autorização.

A competência seria exercida com base no art. 16, II, da Lei dos Portos, o qual prevê que à SEP cabe definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, das

Porto de Imbituba, áreas que não haviam sido divulgadas como “passíveis de serem licitadas”, nos termos da Portaria SEP/PR 15/2013, revelando a prévia obtenção, por aquela empresa, de informações privilegiadas;

(iv) Fixação de prazo para realização dos estudos referidos na Portaria SEP/PR 38/2013 em número de dias igual ao consignado pela EBP em sua solicitação de autorização (225 dias), insuficiente para que qualquer empresa realizasse os estudos necessários em decorrência da amplitude do escopo dos estudos e projetos exigidos;

(v) Desigualdade de condições oferecidas aos eventuais participantes para elaboração dos estudos, uma vez que a EBP já vinha participando das reuniões realizadas pelo Governo Federal, o que lhe conferiu vantagem competitiva em decorrência da assimetria de informações, bem como lhe propiciou um prazo para elaboração de seus estudos superior aos 225 dias fixados na Portaria SEP/PR 38/2013, somando-se àquele o número de dias transcorridos desde o seu prévio conhecimento do assunto, o que resultou no número final de 302 dias, 34% superior àquele prescrito naquela portaria e que deveria ser seguido pelos demais eventuais participantes;

(vi) Ausência de fracionamento do objeto, mediante a exigência de que os interessados em realizar os estudos e projetos o fizessem integralmente para todas as 161 áreas, com restrição ao universo dos possíveis competidores em função da dimensão e complexidade do escopo, incompatível com o prazo fixado para apresentação dos estudos, e dos elevados custos a eles inerentes, com benefício da EBP em decorrência das informações prévias por ela obtidas em caráter de exclusividade;

(vii) Ausência de prévia divulgação dos critérios de avaliação e seleção dos estudos, que somente vieram a ser explicitados com a publicação da Portaria Conjunta-SEP-ANTAQ/PR 91, de 24/6/2013, quando já havia decorrido aproximadamente 45% do prazo fixado para que eventuais interessadas entregassem seus trabalhos.

⁸² Processo 012.687/2013-8. Rel. Min. Weder de Oliveira. Data DOU: 07/05/2014.

chamadas públicas e dos processos seletivos de que trata a lei, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios.

Adicionalmente, a SEP deveria estabelecer, com a devida publicidade e previamente a cada chamamento a ser emitido, os critérios de julgamento e de escolha dos estudos ofertados.

Por fim, foi recomendado à Casa Civil da Presidência da República que avalie a necessidade de regulamentar o art. 21 da Lei de Concessões, estabelecendo 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. Ademais, determinou-se à Casa Civil que oriente os órgãos da Administração Pública a, caso pretendam emitir novas autorizações antes de ser editada a referida regulamentação, adotar, no que couber, as disposições do Decreto 5.977.

Alguns pontos contidos no voto do Ministro Relator Weder de Oliveira a respeito da edição da Portaria SEP 38 merecem ser destacados. Em primeiro lugar, a utilização, pela SEP, do art. 21 da Lei de Concessões para o recebimento de autorizações pertinentes à elaboração de estudos que embasem determinadas outorgas. Em segundo momento, há certa oposição de ideias entre o Ministro Relator Weder de Oliveira e o Ministro Revisor Benjamin Zymler a respeito do art. 21 da Lei de Concessões, os quais também são relevantes para os entendimentos a respeito do dispositivo legal.

No Acórdão TCU 1.155/2014, ponderou-se que a SEP poderia ter se valido de realização de procedimento licitatório para a seleção da pessoa jurídica que desenvolveria os estudos para embasar as outorgas no setor portuário. No entanto, não o fez, tendo optado por autorizar terceiros a fazê-los, nos termos da Portaria SEP 38 e consoante previsto no art. 21 da Lei de Concessões.

Esta opção da SEP foi considerada legítima, porque estava amparada em permissivo legal. No entanto, o TCU destacou que, ao escolher esse caminho, ao invés de instaurar procedimento licitatório, a SEP teria trazido para si o ônus de disciplinar o processo de autorização, especialmente porque a autorização prevista no referido art. 21 da Lei de Concessões ainda não foi regulamentada por decreto presidencial em caráter geral.

Para o TCU, o disciplinamento previsto pela SEP deveria conter: (i) os meios e prazos de chamamento público dos interessados na produção dos estudos; (ii) os requisitos exigidos das empresas interessadas; (iii) a fixação do conteúdo dos estudos; (iv) a definição do processo de seleção; (v) os critérios de avaliação a serem aplicados; (vi) os parâmetros de

custos a serem ressarcidos, inclusive com a previsão de aproveitamento parcial ou da junção de dois ou mais estudos; os procedimentos para contestar os resultados da avaliação e escolha.

Assim, o fato de se optar por não realizar procedimento licitatório não teria liberado a SEP da observância dos princípios que devem reger os processos administrativos. A ausência de licitação não poderia ser entendida como permissivo para que se possa promover espécie de “autorização direta” (analogamente à contratação direta), em caráter de exclusividade.

O poder discricionário da SEP só existiria em relação à escolha do caminho que seria trilhado: a realização de procedimento licitatório ou o uso da autorização prevista no art. 21 da Lei de Concessões. Feita a opção, seria necessária, em qualquer dos casos, a observância dos preceitos constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Caso a opção fosse pela licitação, tais preceitos já se encontrariam contemplados nos ditames da Lei de Licitações, contudo, como a SEP optou pela via das autorizações, fazia-se necessário seu prévio disciplinamento.

Extraí-se desse entendimento do TCU, portanto, importantes conclusões.

A primeira é a de que a autorização para que determinada empresa desenvolva estudos para a outorga de concessões, nos termos do art. 21 da Lei de Concessões, deve ser encarada como um procedimento quase licitatório. Os princípios gerais que norteiam a atuação da Administração Pública devem ser respeitados, de forma que não haja qualquer tipo de privilégio ou favorecimento à empresa autorizada, em detrimento de outros eventuais interessados que também possam ter interesse no desenvolvimento de estudos semelhantes.

O TCU pontou que o interesse da Administração Pública, ao proceder a autorização para o desenvolvimento dos trabalhos, não seria a obtenção de 1 (uma) única contribuição. Ao revés: seu interesse seria o de obter mais estudos, pois a sua finalidade seria a de subsidiar, munir o Poder Público de informações a respeito da licitação a ser realizada.

A Administração Pública utilizaria os estudos elaborados pelas empresas autorizadas como subsídio para preparação de seus próprios estudos, para o delineamento de todos os aspectos da outorga. A existência de mais estudos, portanto, seria não apenas recomendável, mas desejável, e seria inerente ao instituto da autorização previsto no art. 21 da Lei de Concessões. Seu objetivo intrínseco seria o de se municiar o Poder Público de diferentes avaliações, cenários, informações sobre uma mesma questão, de forma a selecionar, dentre eles, os elementos que considere como os mais adequados às finalidades das outorgas a serem licitadas.

A segunda importante conclusão diz respeito à definição do entendimento sobre a necessidade de disciplina (geral ou para setores específicos) para a autorização de realização de estudos em procedimentos não licitatórios, como o previsto no art. 21 da Lei de Concessões. Seria necessária a edição, pela Presidência da República, de ato normativo que abrangesse os estudos realizados com base na Lei de Concessões, ou a disciplina setorial com objetivo semelhante.

Especificamente em relação à Portaria SEP 38, não teria existido o prévio disciplinamento. A sua disciplina teria ocorrido concomitantemente à autorização concedida à EBP. Além do mais, a portaria não teria regulamentado os aspectos ligados aos requisitos que seriam exigidos das empresas interessadas. Apenas teria exigido a apresentação de plano de trabalho e de descrição da equipe técnica, sem a indicação de qualquer parâmetro para aferição da conveniência de sua aceitação.

A existência prévia de procedimentos suficientemente claros e transparentes constituiria condição essencial para a criação de ambiente de estabilidade jurídica para os potenciais interessados. O aproveitamento dos estudos seria ação econômica e somente as empresas selecionadas lucrariam, mediante o pagamento efetuado pelo licitante vencedor. As demais empresas que desenvolvessem os estudos, no entanto, arcariam com o custo dos estudos produzidos e não aproveitados pelo Poder Público.

Ao fim das análises realizadas no Acórdão TCU 1.155, o Ministro Relator Weder de Oliveira e o Ministro Revisor Benjamin Zymler trouxeram importantes noções a respeito do art. 21 da Lei de Concessões.

O Ministro Relator Weder de Oliveira destacou que, nas apreciações procedidas em relação à Portaria SEP 38, não estariam sendo questionados os benefícios trazidos pela mudança dos marcos regulatórios referentes ao sistema portuário nacional, em especial à descentralização das modelagens e projetos do setor de infraestrutura, permitida a partir das autorizações previstas no art. 21 da Lei de Concessões. Tampouco se pretenderia limitar ou cercear a emissão de tais autorizações a partir de um rigor formal excessivo ou do uso de analogias que tornariam letra morta o dispositivo legal. Ademais, não se teria invocado a necessidade de realização de procedimento licitatório vinculado ao processo de autorização previsto no referido artigo.

Nada obstante, embora não fosse aplicável a realização de processo licitatório, seria certo que os mecanismos de autorização para realização dos estudos devem pautar-se pela observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, dentre os quais os da isonomia, impessoalidade, publicidade e moralidade administrativa.

Dessa forma, uma vez que o art. 21 da Lei de Concessões ainda não foi regulamentado, existiria lacuna legislativa acerca dos procedimentos a serem adotados com respeito à realização dos estudos nele referidos. Seria legítimo, portanto, fosse aplicada a analogia para preenchê-la. O paradigma natural para tal analogia seria o Decreto 5.977, que regulamentou o art. 3º da Lei de PPPs, no que se refere à apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública Federal.

A formulação de procedimento de autorização e seleção de estudos que, efetivamente, permitisse a participação de múltiplas empresas, em condições isonômicas, não inibiria, no caso concreto, a participação da EBP, nem resultaria, por vias reflexas, na frustração dos objetivos que levaram a sua criação. A companhia poderia materializar sua expertise em projetos que, submetidos ao crivo da comissão julgadora, viessem a se revelar como os melhores e mais apropriados. A realização de procedimento pautado pelos princípios aplicáveis à Administração Pública em nada lhe afetaria.

É certo que, nos termos do art. 21 da Lei de Concessões, quaisquer empresas podem requerer aos órgãos governamentais autorização para o desenvolvimento de estudos. Isso não significaria que o Poder Público deva aceitá-los de imediato, expedindo de pronto a autorização para sua realização e submetendo eventuais outros interessados às mesmas condições do pedido feito por uma sua concorrente. Observados os princípios republicanos, o pedido de autorização deveria ser analisado pelo governo e, caso considerasse oportuna e conveniente a realização dos estudos requeridos, deveria divulgar essa intenção mediante chamamento público, ao invés de simplesmente autorizá-lo.

Assim, o modelo de autorizações previstas no art. 21 da Lei de Concessões seria dotado de maior legitimidade, a afastar os questionamentos existentes sobre ele e a viabilizar o atendimento dos objetivos do Poder Público quanto à obtenção de estudos por meio desse instituto.

O Ministro Revisor Benjamin Zymler, de seu lado, avaliou que a questão de fundo seria ligada à constitucionalidade e legalidade das autorizações concedidas à EBP para elaborar os projetos relativos às concessões e aos arrendamentos portuários em tela. Em especial, seria discutível a necessidade de as referidas autorizações serem precedidas por processos competitivos de escolha ou mesmo por licitações.

Para ele, tendo em vista o art. 21 da Lei de Concessões, o ordenamento jurídico pátrio permitiria que os estudos técnicos referentes a concessões de serviços públicos ocorressem mediante autorização. Ressaltou o caráter discricionário do ato, uma vez que o

Poder Público deveria analisar a conveniência e a oportunidade da autorização. Assim sendo, não existiria a obrigatoriedade de ser precedida por processo seletivo formal.

O art. 21 da Lei de Concessões forneceria o fundamento jurídico para a dispensa de licitação. Por outro lado, a Administração Pública, caso entenda necessário, poderá realizar certame competitivo (ou mesmo uma licitação) para escolher projeto que servirá de base para a concessão. Nesta hipótese, haveria renúncia pela Administração Pública à escolha discricionária por contratação não precedida de processo de escolha competitivo.

A seu ver, a defesa da licitação prévia, no caso, derivaria de crença absoluta no processo licitatório como o guardião por excelência de diversos princípios constitucionais, como os da transparência, impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa. Nesse contexto, julgar-se-ia como se tudo que não viesse de procedimentos licitatórios públicos deveria ser questionado, o que implicaria dizer que eventuais indícios tenderiam a ser lidos como indicativos de falhas ou irregularidades.

Aduziu, ao final, que a convicção no valor absoluto da licitação como guardiã dos princípios constitucionais deveria ser analisada com mais profundidade, uma vez que expressaria adesão a um modelo de Direito Administrativo que estaria sendo colocado em xeque.

Concluiu, ao final, que o procedimento adotado pela SEP, por meio de sua Portaria 38, poderia ser considerado legal e constitucionalmente adequado. De todo modo, seria recomendável editar norma regulamentadora das autorizações sob comento, o que eliminará as dúvidas porventura remanescentes e reduzirá a possibilidade de ocorrência falhas futuras. Por fim, caberia determinar à SEP que, caso decida realizar novos chamamentos públicos visando à elaboração de estudos e projetos e ainda não haja essa regulamentação, sejam observadas as linhas mestras do Decreto 5.977, que regulamenta exatamente o art. 21 da Lei de Concessões, porém no âmbito da Lei de PPP.

Veja-se, portanto, que há diversas discussões a respeito dos delineamentos instituídos pelo art. 21 da Lei de Concessões a recebimento de estudos pelo Poder Público e à outorga de autorizações para que agentes privados os realizem.

CAPÍTULO 4 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

4 A NOÇÃO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

No que diz respeito à elaboração de estudos para as concessões a serem outorgadas no âmbito da Lei 8.987 e da Lei 11.079, a Administração Pública poderá utilizar-se, à luz da legislação pátria vigente, do art. 21 daquela lei. Por meio dele, poderá autorizar, de ofício ou mediante requerimento, pessoas físicas ou jurídicas a apresentar estudos e demais documentos relativos à licitação de concessões comuns, concessões administrativas, concessões patrocinadas e permissões de serviços públicos. Poderá instaurar o denominado procedimento de manifestação de interesse (o “PMI”).

A expressão *procedimento de manifestação de interesse* pode ser considerada, no Direito Brasileiro, como *nomen iuris* para o recebimento de estudos, projetos, investigações, pela Administração Pública, de pessoas físicas e jurídicas interessadas em apresentá-los com o objetivo de instruir um procedimento licitatório voltado à outorga de uma concessão, em sentido lato, ou de uma permissão de serviço público.⁸³

De maneira geral, e da inteligência da legislação vigente, a noção de PMI pode ser traduzida como *o procedimento, instaurado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública, que tem por objetivo orientar a participação de interessados na elaboração de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de*

⁸³ Augusto Neves Dal Pozzo caracteriza o procedimento de manifestação de interesse como “rótulo convencionado para identificar o conjunto de normas que estabelece o rito procedimental a ser observado pela Administração sempre que pretender obter da iniciativa privada colaboração técnica para modelagens de concessões e Parcerias Público-Privadas” (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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 57).

Fernando Vernalha Guimarães coloca o procedimento de manifestação de interesse como o “instrumento pelo qual os particulares formalizam seu interesse em propor estudos, projetos e soluções para a Administração Pública, com vistas à estruturação futura de um projeto de concessão ou de PPP. Trata-se de uma hipótese de interlocução transparente entre os setores público e privado, harmonizada com o ambiente institucional e legal vivenciado no presente. O PMI tanto pode se originar de solicitação pública – ato que instala um chamamento público para que pessoas da iniciativa privada possam apresentar estudos, projetos, levantamentos, investigações etc., como pode – em alguns casos, a depender da regulamentação local – derivar de manifestação espontânea e independente de particulares – hipótese em que sua tramitação subsequente exigirá um chamamento público, com vistas a conferir publicidade e assegurar a oportunidade de outros interessados manifestarem posições equivalentes” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 414).

*concessão, passíveis de outorga, nos termos da legislação específica, em consonância com a Lei de Concessões e/ou com a Lei de PPPs.*⁸⁴

Ainda, outros atos normativos utilizam-se da expressão manifestação de interesse da iniciativa privada (a “MIP”), dos quais se extrai a sua caracterização como *o procedimento, instaurado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública, a pedido de interessado, pessoa física ou jurídica, que possibilita a ele, e a outros eventuais interessados, a apresentação de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão, passíveis de outorga, nos termos da legislação específica, em consonância com a Lei de Concessões e/ou com a Lei de PPPs.*⁸⁵

A diferença entre o PMI e a MIP também é destacada na legislação com a caracterização de procedimentos de manifestação de interesse denominados como *espontâneos ou provocados*.

O PMI espontâneo seria aquele instaurado por órgão ou entidade da Administração Pública, a partir da identificação de uma necessidade pública que possa ser satisfeita por meio da realização de concessão outorgada nos termos da Lei de Concessões ou da Lei de PPPs.

O PMI provocado, também conhecido como MIP, seria iniciado a partir da provocação de particular interessado, mediante requerimento de autorização, endereçado ao órgão ou entidade competente, para realizar os estudos e preparar os documentos que possam embasar a outorga.⁸⁶

Em função da mera diferença de iniciativa entre os procedimentos que possam ser caracterizados como *procedimentos de manifestação de interesse* ou como *manifestação de interesse da iniciativa privada*, ao longo do presente trabalho será utilizada a noção de PMI para caracterizá-las.

⁸⁴ Referida noção tem como base as noções veiculadas nos seguintes atos normativos: Decreto 44.565/2007, do Estado de Minas Gerais; Decreto 4.067/2008, do Estado de Alagoas; Resolução CGPROPPPSE 01/2008, do Estado de Sergipe; Decreto 30.328/2010, do Estado do Ceará; Decreto 14.052/2010, do Município de Belo Horizonte; Decreto 12.653/2011, do Estado da Bahia; Decreto 2.889/2011, do Estado do Espírito Santo; Decreto 7.635/2011, do Estado de Goiás; Decreto 6.823/2012, do Estado do Paraná; Decreto 16.559/2012, do Estado de Rondônia; Decreto 962/2012 – Santa Catarina; Lei 8.538/2013, do Município de Vitória/ES; Decreto 1.070/2013, do Município de Maringá/PR; Decreto 23.936/2013, do Município de Salvador/BA; Decreto 3.598/2013, do Município de Goiânia/GO; Decreto 18.489/2013, do Município de São Bernardo do Campo/SP; Decreto 3.950/2014, do Município de Alagoinhas/BA; Decreto 5.435/2014, do Município de Cuiabá/MT; Decreto 703/2014, do Município de Palmas/TO.

⁸⁵ Caracterização extraída dos seguintes atos normativos: Decreto 48.867/2004, do Estado de São Paulo; Decreto 43.277/2011 – Rio de Janeiro; Decreto 14.657/2011, do Município de Belo Horizonte/MG; Decreto 3.949/2014, do Município de Alagoinhas/BA.

⁸⁶ Nesse sentido, cf., o Decreto 43.277/2011, do Estado do Rio de Janeiro; o Decreto 6.823/2012, do Estado do Paraná; o Decreto 13.158/2013, do Município de Fortaleza/CE; o Decreto 789/2013, do Município de Curitiba/PR.

4.1 O PMI E A EXPLICAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O termo *procedimento* pode ser enquadrado em 2 (duas) acepções distintas. Pode referir-se ao conjunto de formalidades necessárias à emanção de ato administrativo ou à sequência de atos administrativos, cada qual per se desencadeando efeitos típicos (como nos procedimentos concorrenciais, em concursos, em licitações), porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade.⁸⁷

O PMI se aproxima da segunda acepção: tem por objetivo ordenar o conjunto de atividades, a serem realizadas pelos interessados autorizados, sob a coordenação, a fiscalização e a análise pela Administração Pública, que levarão a fim específico – a conclusão sobre a viabilidade de realização de determinada concessão e a definição dos aspectos técnicos necessários para a sua licitação.

O ato de justificativa da outorga dará a ela suporte de validade, baseada em todos os estudos, projetos e demais documentos técnicos elaborados ao longo do procedimento com o auxílio dos particulares e revisados e validados pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

O procedimento, em si, também é forma de explicação da atividade administrativa, das funções administrativas a serem desempenhadas. É meio de controle da atuação da Administração Pública, pois impõe que todos os atos sejam adequadamente realizados, motivados, tornados públicos. Ainda, é meio de participação dos interessados na formação da escolha pública, pois determina que seja feita de forma transparente.⁸⁸

O PMI corrobora esses aspectos em sede da construção das justificativas para a realização de concessões. A eventual participação de interessados nessa construção deverá ser autorizada às claras, de forma isonômica, e as escolhas realizadas, devidamente motivadas. Isso porque todos os interessados deverão ter o direito igualitário de participar do procedimento instaurado pela Administração Pública, independentemente de se realizado de ofício ou a pedido de outras pessoas da iniciativa privada.

A iniciativa de se instituir determinada concessão, com base na Lei de Concessões e na Lei de PPPs, passa a não se restringir apenas à Administração Pública. A detecção de negócios públicos, licitados em consonância com as referidas leis, pode ser promovida por

⁸⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 437.

⁸⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 440.

pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada, que transmitem ao Poder Público a possibilidade de se realizar determinado projeto.⁸⁹ Os trabalhos técnicos a respeito da viabilidade da outorga poderão ser realizados com a colaboração dos interessados, em auxílio à escolha pública de instituí-lo ou não.

As previsões legais relativas ao PMI representam o reconhecimento da Administração Pública de que a iniciativa privada pode ser importante agente no auxílio de tomada de decisões administrativas, a realizar atividades de apoio ao próprio Poder Público e às decisões que deverá tomar.

As contribuições trazidas poderão representar importantes contribuições técnicas, operacionais, construtivas, econômico-financeiras, ambientais, socioeconômicas, jurídicas e de financiamento dos projetos, podendo torná-los mais atrativos aos interessados, sem desprezar as essenciais condicionantes às quais a atuação da Administração Pública está adstrita.

Dão substrato a uma atuação mais flexível da Administração Pública, por meio da qual poderão ser obtidas contribuições, dos mais diversos agentes privados, sobre o modo mais adequado de realização de determinada concessão, dos aspectos que podem – e devem – ser considerados para a sua viabilidade e atratividade.

Em qualquer caso, deverá haver o respeito a todos os princípios que pautam a atuação da Administração Pública. As solicitações de estudos deverão ser realizadas de forma pública. A interação entre o Poder Público e os interessados, pautada por princípios republicanos. As contribuições, devidamente analisadas e delineadas, para a conformação do interesse público que permeia a concessão – o qual será definido pela própria Administração.⁹⁰

⁸⁹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico* (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 154.

⁹⁰ “[...] 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 vedada. [...] Assim, mesmo que a Administração Pública promovesse a contratação de uma empresa para realizar os projetos ou até nos casos em que eles são recebidos por meio de Procedimento de Manifestação de Interesse, devem eles, necessariamente, passar pelo exame minucioso no que diz respeito ao atendimento dos anseios do interesse público tutelados pelos agentes estatais. Nesse sentido, não há nenhum limite de modificação desses projetos pelo Estado, porque, ao examiná-los, ele está a exercer, de maneira soberana, atividade que lhe é exclusiva e indelegável. Assim, ao manifestar aquiescência, parcial ou integral, aos termos dos projetos de autoria de particulares, na verdade o Estado os assume como próprios, em perfeita sintonia com os ditames constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a matéria” (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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 66).

O PMI possui como finalidade o recebimento de contribuições, de sugestões e críticas a respeito da outorga de determinado empreendimento. A sua instauração pelo Poder Público deverá tê-la em mente, de forma que o mecanismo possa cumpri-la: ser utilizado para a realização de escolhas públicas adequadas em matéria de planejamento de concessões.

4.2 O COTEJO DO PMI COM A LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE CONCURSO

No ordenamento jurídico brasileiro, a figura que mais se aproxima do PMI, para que terceiros possam desenvolver projetos, investigações e demais trabalhos técnicos para o lançamento de certames de concessões, é a licitação em sua modalidade de concurso. A Lei 8.666 a caracteriza 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, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias” (art. 22, § 4º).

A licitação na modalidade de concurso pode ser destinada à contratação de serviço técnico ou trabalho artístico, efetuado mediante convocação genérica de número indeterminado de pessoas que aceitem a remuneração previamente estabelecida. O concurso tanto pode referir-se à realização imediata de um dado objeto quanto do esboço de algo cuja elaboração caberá ao vencedor do certame. “Sendo uma avaliação da qualidade é inevitável um elevado grau de subjetividade, que deve ser compensado pela absoluta idoneidade e isenção dos julgadores”.⁹¹

O concurso poderá, ainda, ser aplicado na seleção de profissionais ou firmas de notória especialização, para a contratação de serviços técnicos especializados que possam ser elaborados indistintamente por uma pluralidade de executantes de alto gabarito. Por meio dele, se selecionará o melhor, o mais idôneo, o que apresentar proposta mais adequada aos objetivos almejados pela Administração.

Nos termos da Lei de Licitações, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados, dentre outros, os trabalhos relativos a estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos e a pareceres, perícias e avaliações em geral, dentre outros (art. 13, I e II). Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados

⁹¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94-95.

mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º, da Lei de Licitações).

Tais atividades estão em linha com as desenvolvidas ao longo do procedimento de manifestação de interesse, que compreende a elaboração de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão.

Afora o objeto a ser executado no PMI e na licitação na modalidade de concurso, o qual se assemelha no que diz respeito à elaboração de estudos técnicos para a licitação de concessões, há sensíveis diferenças entre as 2 (duas) figuras. Embora ambos se caracterizem como procedimentos públicos, o concurso é modalidade de licitação propriamente dita, mas não o procedimento de manifestação de interesse.⁹²

A Lei de Licitações estabelece que os serviços somente poderão ser licitados quando: (i) houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; (ii) existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; (iii) houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma (art. 7º, § 2º, I, II e III).

Tais aspectos definem as principais diferenças entre a instauração do procedimento de manifestação de interesse e a licitação na modalidade de concurso.⁹³

No lançamento de PMI, não há a necessidade de que haja projeto básico para a elaboração dos trabalhos. A Administração Pública poderá delinear apenas os aspectos que pretende ver desenvolvidos pelos interessados em tomar parte no procedimento de manifestação de interesse, que ficarão responsáveis por propor, com base em sua expertise, as soluções que poderão ser levadas em consideração para a estruturação da futura concessão.

⁹² Em sentido diverso ao aqui colocado, há quem entenda que o art. 21 da Lei de Concessões, delineado no capítulo seguinte do presente trabalho, exige a realização de prévia licitação. É o caso de Maurício Zockun, para quem o referido dispositivo prevê a realização de licitação “na modalidade concurso, acaso se queira franquear aos particulares a possibilidade de isonomicamente elaborar, total ou parcialmente, projeto básico e/ou projeto executivo em licitações volvidas às concessões. A participação de particular nesse certame se exterioriza pelo exercício do direito de petição, observados os requisitos de habilitação (daí porque a expressão “autorizar”, empregada pelo noticiado artigo 21, pode, quando muito, se equiparar a requisito de habilitação). O prêmio pago pela Administração ao vencedor do concurso deverá ser ressarcido, nos termos do artigo 21 da Lei 8.987” (ZOCKUN, Maurício. *A Constituição e o PMI nas concessões*: os confins do artigo 21 da Lei 8.987. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/58071/a+constituicao+e+o+pmi+nas+concessoes+os+con>

fin+do+artigo+21+da+lei+8.987.shtml>. Acesso em: 20. jun. 2014).

⁹³ Cf., a respeito do tema, 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) - Universidade Federal de Santa. Florianópolis, SC, 2013.

No caso de concurso, o Poder Público deverá delinear especificamente o objeto que contratará, com a exata definição sobre o objeto a ser executado.

No PMI, não há a necessidade de empenho orçamentário, enquanto o há no concurso, de forma prévia ao lançamento do procedimento licitatório, para que haja os pagamentos em favor do futuro contratado. Conforme o art. 14 da Lei de Licitações, nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

O regime de elaboração dos trabalhos e de remuneração também é distinto.

No PMI, a elaboração de trabalhos pode destinar-se à análise da viabilidade de realização de determinado objeto. Caso conclua-se pela sua inviabilidade, a futura realização não será realizada e, assim, não será realizado qualquer desembolso pelo Poder Público. Isso porque os interessados assumem o risco de o certame não ser levado a cabo. Serão remunerados (ressarcidos) apenas em caso de sua realização bem sucedida, pelo seu adjudicatário da futura licitação, e não imediatamente pela Administração Pública.

Ademais, ainda que os estudos apresentados por um determinado particular sejam utilizados para instruir o procedimento licitatório e, portanto, seja devida alguma remuneração a ele, é possível que a Administração Pública preveja, no edital de licitação, que o licitante vencedor deverá ressarcir os responsáveis pelos estudos pelos custos incorridos em sua elaboração, de forma que os custos do projeto não necessariamente deverão implicar em desembolso do Poder Público.

Na licitação na modalidade de concurso, a Administração contratará particulares para o desenvolvimento de trabalhos relativos a uma concessão que poderá ser considerada inviável ou à qual poderá não ser posteriormente licitada, devendo ela própria arcar pessoalmente com os seus custos. Dessa forma, desembolsará recursos orçamentários para a constatação de que algo é inexecutável ou que não será executado. Ou seja: a própria Administração Pública assume o risco de o projeto não ser viável

A participação dos interessados é igualmente distinta. O PMI não se destina à contratação de pessoa para o desenvolvimento dos trabalhos que possam embasar a concessão. Não há a realização de contratação pela Administração Pública. Presta-se a convocar interessados, que possam fazer contribuições e sugestões, a serem analisadas e cotejadas pelo Poder Público para a consolidação das informações e verificação dos aspectos pertinentes para a realização da outorga. Já o concurso destina-se à contratação de pessoa específica, nos termos do edital, para a elaboração dos trabalhos nele especificado, conforme

as obrigações, remuneração e prazos ali estabelecidos. Apenas os trabalhos realizados pelo contratado serão utilizados pela Administração para a realização da futura concessão.

A previsão do PMI no Direito Brasileiro não impossibilitou a realização de licitação, na modalidade de concurso ou outras que sejam consideradas pertinentes pela Administração Pública, para a contratação de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão. Tampouco o confundiu com a licitação na modalidade de concurso.

A legislação buscou, nesse caso, conferir ao Poder Público a sua legítima discricionariedade de escolher entre o procedimento licitatório ou o lançamento do procedimento de manifestação de interesse quando precisar obter estudos para a realização de certames.

CAPÍTULO 5 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO ÂMBITO FEDERAL

5 A LEGISLAÇÃO FEDERAL REFERENTE AO PMI

No presente capítulo, será realizada a exposição dos principais aspectos da legislação federal a respeito do tema do PMI.

A análise será empreendida, primeiramente, pela enunciação dos principais contornos do art. 21 da Lei de Concessões, o qual fundamenta a possibilidade de a Administração Pública, de ofício, realizar chamamento público para que eventuais interessados manifestem o seu interesse no desenvolvimento de estudos sobre a viabilidade de determinada concessão e que possam embasar a futura outorga. Fundamenta, igualmente, o direito de pleito de autorização, por qualquer interessado, para a realização dos referidos estudos, ainda que a necessidade de se estruturar determinada concessão que não tenha sido identificada no seio da Administração Pública.

De forma correlata, serão analisados os demais dispositivos legais que os complementa (notadamente o art. 31 da Lei 9.074 e o art. 2º da Lei 11.922).

Posteriormente, serão apresentados os principais pontos do Decreto 5.977, que detalha o procedimento de recebimento de estudos para a estruturação de parcerias público-privadas em âmbito federal, com base no art. 3º, *caput* e § 1º da Lei de PPPs.

Por fim, serão expostos os principais aspectos de projetos de lei, que tramitam atualmente na Câmara dos Deputados, que pretendem regulamentar o tema, por meio da lei federal e de alterações no art. 21 da Lei 8.987.

5.1 O RECEBIMENTO DE ESTUDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei de Concessões admite que os interessados possam apresentar trabalhos técnicos e estudos de viabilidade de negócios a serem outorgados pela Administração Pública. É o chamado *procedimento manifestação de interesse*, cujo alicerce geral está no art. 21 da Lei 8.987.⁹⁴

⁹⁴ “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 à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”.

No âmbito exclusivo da Lei de Concessões, nele está o fundamento para que a Administração Pública possa autorizar entes diversos a promover os trabalhos técnicos que deem suporte à outorga de concessões (ou, agindo de ofício, solicitar a apresentação de estudos aos eventuais interessados).

Pode-se traçar, nesse ponto, paralelo entre a forma de recebimento e as disposições da Lei de Processo Administrativo a respeito do início do processo administrativo.

Isso porque o PMI é forma de exercício de determinada competência pela Administração Pública: a de realização de atividades e decisões concernentes ao lançamento de licitações para concessões. Esse é o mesmo objetivo de leis gerais sobre procedimentos administrativos: o de regular o regime jurídico das decisões administrativas. Assim, em nossa opinião, as normas da Lei de Processo Administrativo são extensíveis aos procedimentos de manifestação de interesse.⁹⁵

A Lei de Processo Administrativo estabelece que o “processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado” (art. 5º).⁹⁶

A título de exemplo, a Lei 5.427, de 01 de abril de 2009, do Estado do Rio de Janeiro, prevê que os processos administrativos poderão se iniciar de ofício, a requerimento ou mediante proposição do administrado (art. 5º). A proposição deverá ser formulada por escrito e conter a entidade, órgão ou autoridade administrativa a que se dirige, a identificação do proponente e a formulação da proposição, com exposição dos fatos e de seus fundamentos (art. 6º). A proposição será apreciada conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, segundo as prioridades definidas pelas autoridades competentes (art. 6º, § 3º).

Do mesmo modo poderá se originar o PMI: no seio do Poder Público, quando há a identificação de atendimento a determinada necessidade pública, passível de ser satisfeita por meio da outorga, caso em que poderá convocar interessados para apresentar estudos a respeito de sua viabilidade, ou a pedido de eventuais interessados, para que, legitimamente,

⁹⁵ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld coloca que: “[u]ma lei geral de processo administrativo não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa. Na visão brasileira mais comum, processo administrativo é um conjunto de trâmites exigidos em certas situações especiais, especialmente na demissão do servidor (processo disciplinar), no lançamento ou autuação tributária, bem como em sua impugnação (processo fiscal ou tributário). Quando pensamos na ação administrativa como um todo, normalmente não vinculamos a ela a ideia de processo. É justamente a essa visão que uma lei geral de processo (ou procedimento) administrativo se opõe radicalmente” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord). *As leis de processo de processo administrativo* (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19)

⁹⁶ Cf., a respeito do tema, FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.142-148.

desenvolvam estudos que fundamentem a realização da licitação para a outorga de concessões.

Ademais, ainda que determinado ente federativo não possua legislação própria a respeito de concessões comuns, parcerias público-privadas e regulamentações específicas a respeito do PMI, poderá lançar o procedimento e receber estudos da iniciativa privada com base tão-somente no referido art. 21. De todo modo, vale destacar que o art. 2º da Lei 11.922 autorizou os poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a regulamentar o tema. Em conformidade com o dispositivo, “[f]icam [...] 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-privada”.⁹⁷

Há, portanto, além do art. 21 da Lei de Concessões, outro dispositivo legal reconhecendo a possibilidade de que seja lançado procedimento administrativo para a apresentação de documentação que possa demonstrar a viabilidade e a pertinência de se outorgar determinada concessão.

Tais aspectos pautam a interação entre o Poder Público e a iniciativa privada para a apresentação formal de projetos de concessões, legitimando a utilização pela Administração Pública dos trabalhos recebidos no âmbito de PMIs. Há a previsão legal para a participação dos interessados nas proposições de soluções relativas a atividades passíveis de serem licitadas, cabendo ao Poder Público, em todo o caso, “apontar as finalidades buscadas e avaliar a solução mais adequada ao interesse público”.⁹⁸

Ainda que determinados entes privados possam ter o interesse de apenas desenvolver os estudos referentes à concessão, a grande maioria o faz porque possui o interesse direto em poder participar da futura licitação, carrear o projeto estruturado.

Contudo, a Lei de Licitações – aplicada subsidiariamente à Lei de Concessões – veda, em seu art. 9º, que aqueles que tenham participado do desenvolvimento de projetos básicos ou executivos participem da licitação.⁹⁹ O art. 21 da Lei de Concessões, por si só, também não traz permissivo para que o façam. No entanto, é preciso as referidas normas

⁹⁷ Os principais atos normativos editados pelos diversos entes federados a respeito do tema estão sistematizados nos Anexos ao presente trabalho.

⁹⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda Câmara. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 170-171.

⁹⁹ Vale notar, porém, que a Lei de Licitações não veda, nas licitações realizadas exclusivamente sob a sua égide (v.g., contratação de uma obra, exclusivamente, com pagamentos em medições), que o projeto executivo fique a cargo do contratado: ao revés, admite expressamente a hipótese, nos termos de seu art. 9º, § 2º.

sejam lidas de forma integrada com o disposto na Lei 9.074, cujo art. 31 admite que os responsáveis economicamente pelo projeto possam participar da futura licitação.¹⁰⁰

A legislação sobre concessões, portanto, utilizou-se de lógica distinta da até então adotada exclusivamente pela Lei de Licitações (em seu art. 9º), a respeito do tema: a de que o responsável pela elaboração do projeto a ser licitado não poderia participar de sua execução.¹⁰¹ A Lei 9.074, editada em complementação à Lei de Concessões, autoriza expressamente que o autor do projeto realizado para embasar a concessão pode participar da respectiva licitação.¹⁰²

Vera Monteiro coloca que o art. 31 da Lei 9.704 institui novo modelo de consenso entre a Administração e os eventuais interessados na exploração econômica do objeto a ser outorgado: a possibilidade de que possam participar do procedimento licitatório realizado com base na documentação por eles elaborada. Para a autora:

[...] surge outro elemento de consenso (típico do modelo concessório), qual seja, a autorização para o autor do projeto básico participar do processo competitivo que levará à celebração do contrato de concessão. Enquanto a Lei 8.666/1993 proibiu-a peremptoriamente (para evitar um tratamento privilegiado na licitação – art. 9º, I), a Lei 8.987/1995, ao permitir buscar projetos e soluções junto à iniciativa privada, admitiu a participação do autor do projeto básico (se ele existir, claro) na futura licitação (art. 31 da Lei 9.704/1995). Afinal, como o particular ficará responsável pelo negócio durante longo período, é lógico permitir-lhe participar da decisão técnica que

¹⁰⁰ Art. 31 da Lei 9.074. “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

¹⁰¹ Fernanda Vernalha Guimarães assim contextualiza a existência do art. 9º da Lei 8.666: “O prestígio à ideia de que as concepções para obras e serviços públicos deveriam ser preservadas da vulnerabilidade à influência prévia de privados – sempre movidos pela racionalidade econômica e por interesses egoísticos – resultou de um longo e desgraçado histórico de práticas de corrupção, na direção da minimização dos riscos de desvios de ética e da imparcialidade e da lisura na condução de projetos estatais, conduziu à criação de um bloco de legislação voltado a reprimir hipóteses de interlocução dos privados com os gestores da coisa pública. Esta concepção orientou, por exemplo, a criação de diversas restrições contidas na Lei n. 8.666/93 – como se observa a propósito da hipótese de impedimento de o autor do projeto básico disputar a licitação decorrente (art. 9º, I). O Poder Público jamais pôde, por exemplo, no domínio das contratações administrativas, acolher e adotar soluções propostas espontaneamente por um privado, pois se assim o fizesse denotaria não apenas uma dependência do público em relação ao privado (risco de captura do interesse público pelo privado), mas o risco de beneficiamento de um privado em detrimento de outros. Nenhuma intervenção privada aleatória era admitida na intimidade do ambiente estatal, por mais séria e vantajosa que fosse ao interesse do Estado, ante o risco de ofensa ao princípio da igualdade (e ante o risco de captura do interesse estatal pelo privado). Os passos preliminares à licitação, por exemplo, eram todos havidos como próprios de uma fase restrita ao Poder Público e cujo risco de vulneração pelos privados significava sempre uma ameaça à isonomia e à moralidade administrativas” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 415).

¹⁰² Nesse sentido, cf., CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 171; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 121; PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49-50; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 188.

condicionará a execução do contrato, transferindo-lhe parcela (se não a integralidade) da responsabilidade pelas escolhas efetuadas. Nesse caso, a remuneração do autor do projeto básico pode vir antes ou depois da celebração do contrato de concessão (art. 21 da Lei 8.987/1995).¹⁰³

Assim, ao se colocar enfoque na fase de planejamento das concessões no âmbito da Lei de Concessões e da Lei de PPPs, evidencia-se o valor que deram ao ideal de colaboração no que diz respeito à elaboração dos documentos que possam embasá-las.

Do referido art. 21 da Lei de Concessões decorrem, ainda, 2 (dois) outros relevantes: o dever de publicidade e o de ressarcimento de dispêndios que tenham sido realizados ao longo de seu desenvolvimento. A preocupação central do dispositivo gira, também, em torno do direito de os interessados terem acesso à documentação resultante dos estudos preliminares e a consequente obrigação, do licitante vencedor, de ressarcir a Administração ou o autor da documentação pelas despesas para a elaboração da documentação técnica, na forma prevista no edital.¹⁰⁴

Os 3 (três) aspectos aqui destacados a respeito do art. 21 da Lei de Concessões (a possibilidade de a Administração autorizar a realização de estudos que embasem futuras concessões, o dever de publicidade em relação à documentação sobre a outorga e o direito ao ressarcimento aos autores dos estudos) são também apontados por Luiz Alberto Blanchet. Para o autor:

Este artigo encerra, portanto, claramente duas normas: a primeira tem *hipótese de aplicação* a existência de interesse (não apenas material, mas jurídico) do pretendente, e por *mandamento* (ou *comando*) o dever, para a Administração, de colocar à disposição dos interessados os dados e documentos resultantes dos estudos preliminares; a segunda norma tem por *hipóteses* a formalização da concessão ou permissão, e por *mandamento* a obrigação, do concessionário ou permissionário, de ressarcir o poder concedente. Há, todavia, uma terceira norma subentendida no mesmo texto cuja *hipótese* é a existência de uma necessidade pública a ser atendida mediante concessão ou permissão, e o *comando* é o dever, da Administração, de proceder aos estudos prévios necessários à viabilização da futura concessão ou permissão, incluídos aí aqueles pertinentes à definição do “aproveitamento ótimo” a que se referem os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074/95.¹⁰⁵⁻¹⁰⁶

¹⁰³ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 189-190.

¹⁰⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 101.

¹⁰⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 102.

¹⁰⁶ A Lei 9.074 estabelece que podem ser objeto de concessão (art. 5º): (i) o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinados a execução de serviço público; (ii) o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica; (iii) de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.

Em tais licitações, deverá haver a especificação das finalidades do aproveitamento ou da implantação das usinas (art. 5º, § 1º, da Lei 9.074). Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do

Discorreremos sobre tais pontos na sequência.

5.1.1 O DEVER DE PUBLICIDADE DA DOCUMENTAÇÃO

Além de fundamentar a realização de estudos relativos a futuras concessões, o art. 21 da Lei de Concessões determina a necessidade de publicidade da documentação apresentada pelos interessados e das justificativas adotadas pelo Poder Público para utilizá-la ou rejeitá-la.

Em seus termos, os estudos, investigações e projetos, de utilidade para a licitação, *estarão à disposição dos interessados*. O dispositivo legal deixa claro o dever de a Administração Pública dar publicidade à documentação, de ofício ou mediante requerimento de interessados. Para Carmen Lúcia Antunes Rocha:

No art. 21, aquela lei [a Lei de Concessões] dispõe sobre o direito do cidadão de ter acesso aos ‘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’. Esses dados são importantes para o exercício do controle e fiscalização dos atos do Poder Público pelo cidadão, que somente pode participar da gestão da coisa pública, com efetividade, pelo conhecimento pleno e correto do quanto se pratique no desempenho das atividades que lhe são inerentes”.¹⁰⁷

O art. 21 da Lei de Concessões institui o direito de qualquer um do povo ter acesso à documentação que embasa a concessão (especialmente à luz do art. 5º da referida lei, ao prever que o Poder Concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão).

Tal aspecto é essencial para que haja transparência e controle ao longo de todo o PMI. As justificativas para a adoção do modelo da futura concessão devem ser adequadamente embasadas nas investigações apresentadas, as quais estarão à disposição para a verificação pelos interessados. Augusto Nevez Dal Pozzo esclarece que:

[...] uma vez que o projeto é apropriado, a Administração passa a ter o dever, calcado no princípio da publicidade, de franquear acesso a seu conteúdo a tantos interessados quanto comparecerem a solicitá-lo. E quando tal projeto é

“aproveitamento ótimo” pelo Poder Concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo (art. 5º, § 2º). Considera-se “aproveitamento ótimo” todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d’água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica (art. 5º, § 3º).

¹⁰⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 135-136. No mesmo sentido, cf., MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2014.

apresentado na publicação de um edital de concorrência pública, com tanto mais razão todos os concorrentes terão o direito incondicionado de acessar todos os elementos técnicos dele integrantes, realizar visitas técnicas, solicitar esclarecimentos, enfim, obter todas as informações que os coloquem em situação de simetria de informação em relação ao autor do projeto selecionado.¹⁰⁸

Nunca é demasiado lembrar que a Constituição Federal institui dever de motivação¹⁰⁹ para a tomada de decisão em âmbito administrativo e a respectiva publicidade de todos os atos praticados.¹¹⁰ Tal ponto é reafirmado em sede infraconstitucional, tanto em matéria de concessões quanto de processo e procedimento administrativo.

Nos termos do art. 5º, XXXIII, de nossa Carta Magna, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade [...]”.

Em matéria de concessões, a menção à obrigatoriedade de disponibilização dos documentos – embora dispensável, tendo em vista a clareza do dispositivo constitucional sobre o dever de publicidade dos atos da Administração Pública e dos fundamentos que os embasam – é reforçada pelo art. 22 da Lei de Concessões. Este prevê ser “assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões”. Os documentos elaborados ao longo do PMI integram o

¹⁰⁸ 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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 67.

¹⁰⁹ “No Estado de Direito, a motivação é a pedra angular que assenta o cumprimento de todas as imposições constitucionais à atividade administrativa. Com efeito, a submissão da administração à Lei e ao Direito só se viabilizar quando cumprido o dever de fundamentação da atuação administrativa realizada para determinar o interesse público. Através da fundamentação da decisão, será possível aquilatar o seu grau de conformidade com o sistema jurídico, incluindo a verificação da compatibilidade da obra administrativa com as exigências normativas, nestas incluídas as emanadas da razoabilidade. Em suma, a exigência de motivação permite aferir o cumprimento da legalidade substancial, viabilizando o exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos. Não basta demonstrar a racionalidade formal no cumprimento da lei, mas também é preciso assentar, em todos os seus contornos, os caracteres da razoabilidade necessários e suficientes para a validade da atuação” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 276-277).

¹¹⁰ O princípio da publicidade impõe o resguardo da transparência nas atividades administrativas. O administrador público portar-se com absoluta transparência, possibilitando aos administrados o conhecimento pleno de suas condutas administrativas. Há o dever administrativo de manter plena divulgação de seus atos, sem ocultamentos aos administrados dos assuntos a que interesse a todos e a cada um. Cf., nesse sentido, ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 325-326; Ademais, José Afonso da Silva coloca que “[a] publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração” (*Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 649).

procedimento de contratação da concessão e devem ser disponibilizados a qualquer pessoa que os solicite.

A Lei de Processo Administrativo também prevê que, nos processos administrativos em geral, será observado o critério de divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição (art. 2º, V).

O ponto é robustecido pela Lei de Acesso à Informação. Os procedimentos nela previstos destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública – dentre eles os de publicidade e motivação (art. 3º).

Em sede de PMI, o dever de publicidade poderá ser cumprido por meio da utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação e pelo desenvolvimento de participação popular no procedimento.

De um lado, a documentação produzida pelos interessados, bem como os relatórios, análises e pareceres que os avaliem, poderão ser divulgados por meio da rede mundial de computadores, dando transparência a todos os atos realizados.

De outro, podem ser realizadas audiências e consultas públicas sobre a concessão a ser estruturada e sobre a documentação, em consonância com o princípio republicano e com a ampla possibilidade de participação popular.

Não se pode olvidar que é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, tal como preconizado pela Lei de Acesso à Informação (art. 5º). Cabe, portanto, aos órgãos e entidades do Poder Público assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação.

Em vista do exposto, deflui do art. 21 da Lei de Concessões o dever de publicidade em relação ao PMI. Os documentos produzidos pelos interessados devem ser tornados públicos pela Administração Pública, para que a escolha por um ou outro modelo seja feita às claras, de forma transparente e devidamente motivada.

Decorre daí que o PMI, se realizado de forma adequada e republicana, reforça o dever de ampla publicidade relativa à documentação que embasa a outorga de concessões.

5.1.2 O DIREITO AO RESSARCIMENTO

Outro aspecto do art. 21 da Lei de Concessões diz respeito à possibilidade de a pessoa que desenvolveu os trabalhos técnicos, de forma autorizada pela Administração

Pública, ser reembolsada pelos custos que incorreu para análise e investigação sobre a viabilidade da outorga. O reembolso, contudo, não é realizado diretamente pelo Poder Público, mas pelo vencedor da futura licitação.

Dessa forma, ainda que o art. 2º da Lei 11.922 preveja que a iniciativa privada apresentará, *por sua conta e risco*, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou PPP, o dispositivo deve ser lido em conjunto com o art. 21 da Lei de Concessões. Não haverá o risco de não reembolso dos estudos, caso eles sejam efetivamente utilizados para embasar a futura licitação, devendo ser ressarcidos pelo vencedor desta.

No limite, caso os custos não sejam reembolsados e a Administração Pública, ainda assim, utilize a documentação para a realização de projetos, deverá realizar os pagamentos ao autorizatário, sobretudo em função da transferência do direito de propriedade intelectual sobre os trabalhos.

O dever de ressarcimentos dos custos incorridos nos estudos da concessão é destacado por Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, para quem:

A disciplina legal do assunto existe, em primeiro lugar, para viabilizar o ressarcimento daquele que realizou os estudos, investigações e levantamentos, por meio da inclusão pelo Poder Público, no edital de licitação de PPP, da obrigação do parceiro privado vencedor da licitação de realizá-lo; e, em segundo lugar, para excepcionar o princípio constante do art. 9º, II, da Lei 8.666/1993, que impede que quem elaborou os projetos participe da licitação da obra pública, tornando possível a participação na licitação de PPP ou concessão comum por aquele que fez projeto básico ou executivo de engenharia.¹¹¹

Da simples leitura do art. 21 da Lei de Concessões não decorre a possibilidade de que aquele que apresentou a documentação participe da futura licitação. A possibilidade advirá de outros normativos que o complementem, e é instituída, inteligentemente e de forma abrangente, pelo art. 31 da Lei 9.074.

De todo modo, o art. 21 da Lei 8.987, por si só, determina o dever de o futuro vencedor da licitação ressarcir ou a pessoa que teve os seus estudos selecionados no PMI ou a própria Administração Pública, caso tenha sido diretamente responsável pelos desenvolvimento dos estudos.¹¹²

¹¹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 333.

¹¹² “Os estudos podem ter sido desenvolvidos pelo próprio concedente ou por terceiros mediante sua autorização. Na primeira como na segunda hipótese as despesas necessárias serão ressarcidas pelo licitante vencedor, sendo que na segunda tais valores obviamente deverão ser repassados a quem efetivamente arcou com os dispêndios [...]” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 103).

Para dar *enforcement* à obrigação de ressarcimento, os editais de licitação têm condicionado a assinatura do contrato de concessão ao efetivo reembolso do valor dispendido na elaboração dos estudos.

A título de exemplo, os instrumentos convocatórios das concorrências internacionais 001/2012¹¹³ 003/2013,¹¹⁴ da Secretaria dos Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo – STM, que têm como objeto, respectivamente, a concessão patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja e da Linha 18 – Bronze do Metrô de São Paulo, preveem que a adjudicatária deverá, até 45 (quarenta e cinco) dias após a publicação do ato de homologação e adjudicação, apresentar, para a assinatura do contrato, comprovação de ressarcimento aos custos relativos ao aproveitamento dos estudos técnicos utilizados pelo Poder Público na modelagem final.

Nesses casos, o ressarcimento foi instituído com base no art. 2º, § 16, do Decreto 48.867, de 10 de agosto de 2004, do Estado de São Paulo, ao estatuir que:

Caberá ao vencedor do certame ressarcir os custos dos estudos utilizados pelo poder público na modelagem final aprovada, conforme disposto no artigo 21 da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo qualquer proponente participar da licitação da parceria público-privada, nos termos do artigo 31 da Lei federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

O ressarcimento previsto no projeto da Linha 6 foi fixado em R\$ 5.152.800,00 (cinco milhões, cento e cinquenta e dois mil e oitocentos reais), tendo como base a manifestação de interesse promovida pela STM e pela Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional do Estado de São Paulo, nos termos do Chamamento Público 01/2011.¹¹⁵⁻¹¹⁶

No caso da Linha 18, o ressarcimento alcançou o montante de R\$ 4.037.800,00 (quatro milhões, trinta e sete mil e oitocentos reais), baseado na manifestação de interesse promovida pelas mesmas secretarias, de acordo com o Chamamento Público 01/2012.¹¹⁷

¹¹³ Processo STM 000770/2012 - PPP da Linha 6 – Laranja.

¹¹⁴ Processo STM 000672/2013 - PPP da Linha 18 – Bronze.

¹¹⁵ O chamamento foi publicado em 05/10/2011 no Diário Oficial do Estado de São Paulo. Conforme as informações do edital de licitação (item 12.1.4), o chamamento público e os estudos e levantamentos vinculados à concessão, constantes do Processo da STM 23477/2011, encontram-se à disposição de interessados. Tal ponto é essencial para a garantia de publicidade e transparência de toda a documentação preparada e analisada ao longo do PMI.

¹¹⁶ Nos termos do chamamento público 001/2011, o PMI para o desenvolvimento de estudos e modelagem para a Linha 6 – Laranja da Rede Metroviária de São Paulo, foi baseado na manifestação de interesse apresentada originariamente pela empresa Odebrecht Transport Participações S.A.

¹¹⁷ O chamamento foi publicado em 02/02/2012 no Diário Oficial do Estado de São Paulo. Não há menção, no documento, que o chamamento tenha sido iniciado com base em manifestação de interesse apresentada por pessoa privada, ao contrário do ocorrido nos estudos referentes à Linha 6. Também no caso do PMI da Linha 18, os estudos e levantamentos vinculados à Concessão, constantes do Processo da STM 128/2012, encontram-se, nos termos do edital de licitação (item 12.1.4), à disposição de interessados.

Todos os aspectos acima expostos demonstram o estabelecimento do instrumental necessário para que a elaboração e apresentação de projetos de relevante interesse para a Administração seja levada a cabo pela iniciativa privada. Fomenta-se a estruturação privada de empreendimentos públicos, admitindo-se que as pessoas jurídicas que tenham desenvolvido os projetos possam participar da licitação e sejam ressarcidas pelo eventual vencedor do certame.

O PMI é passível de utilização não apenas nas concessões realizadas sob a égide da Lei de Concessões: são extensíveis também às concessões licitadas com base na Lei de PPPs. Isto porque o art. 21 da Lei de Concessões é aplicável a ambas as modalidades de concessões estabelecidas na Lei de PPPs, por força de seu art. 2º, § 1º, e do art. 3º.¹¹⁸

Ao longo das discussões e da elaboração dos projetos de lei que, finalmente, deram origem à Lei de PPPs, chegou-se a prever a possibilidade de apresentação de estudos na legislação específica das parcerias público-privadas. Na tramitação do Projeto de Lei 2.546, de 2003, estabeleceu-se, primeiramente, que seria “assegurada a qualquer interessado a apresentação à Administração Pública de proposta de contrato de parceria público-privada nos termos da legislação vigente”.

Posteriormente, a redação foi substituída para garantir “a qualquer interessado a apresentação à Administração Pública de proposta de contrato de parceria público-privada nos termos da legislação vigente, sem prejuízo da sua participação no respectivo processo licitatório”.

A redação, contudo, foi suprimida antes mesmo do encaminhamento do projeto de lei à sanção presidencial. Embora houvesse previsão específica para a realização de propostas de projetos de PPPs, a possibilidade não foi tolhida, em função da aplicação dos arts. 21 da Lei 8.987 e 31 da Lei 9.074 às concessões no bojo da Lei 11.079.¹¹⁹

¹¹⁸ Lei de PPPs, art. 3º. “As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”.

¹¹⁹ Fernão Justen de Oliveira coloca que, “[d]urante a tramitação do Projeto de Lei nº 2.546/2003 na Câmara Federal foi suprimido o par. Único do art. 2º, que estabelecia uma legitimação formal ampliada para a apresentação de uma ‘proposta de contrato’ de PPP, mantendo a obrigatoriedade de licitação para firmar esse contrato. A norma era programática, já que o ‘interessado’ já teria direito constitucional de petição frente ao Estado, o que lhe confere legitimidade para propor à Administração o que bem entender. Por esse ângulo, o parágrafo parecia até dispensável, não fosse o dever que impunha à Administração de apreciar a proposta e respondê-la fundamentadamente, fosse para rejeitá-la, fosse para acatá-la (e então promover a licitação respectiva). Nesses termos, a proposta de contrato do ‘interessado’ deveria ser analisada pelo órgão gestor juntamente com as demais propostas dos co-legitimados, inclusive o Estado, sob pena de viciar a escolha dos projetos prioritários por descumprimento deste parágrafo único. Ou seja, o parágrafo único do art. 2º definia que a PPP poderia originar-se de iniciativa tanto do Estado quanto do particular” (OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico* (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 151).

Como decorrência disso, foi publicado, em âmbito federal, o Decreto 5.977, que trata do recebimento de estudos da iniciativa privada no bojo das PPPs. Embora, nos termos de seu art. 1º, o decreto regulamente a Lei de PPPs, há que se destacar que o TCU já reconheceu a sua aplicabilidade também aos casos em que os estudos sejam realizados tão-somente com base no art. 21 da Lei de Concessões.

Em representação oferecida pelo Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo, que tratava de possíveis irregularidades que teriam sido praticadas na autorização concedida pelo Ministério dos Transportes à EBP para o desenvolvimento dos estudos técnicos sobre a 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais,¹²⁰ o TCU recomendou:

[...] 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 8.987/1995.¹²¹

No caso, tratava-se da Concessão Rodoviária da BR-101, relativa à recuperação, conservação, manutenção, operação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade da Rodovia BR-101/ES/BA, no trecho entre o entroncamento com a BA-698, no acesso ao município de Mucuri (BA), e a divisa dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo.

A EBP havia sido autorizada a realizar estudos técnicos, que poderiam ser utilizados na 3ª Etapa de Concessões Rodoviárias Federais (trechos rodoviários BR – 101 ES (Div. RJ/ES – Div.ES/BA), BR – 101 BA (Div.ES/BA – Entr. BR 324) e BR–470 SC (Navegantes – Div. SC/RS), por meio de Despacho do Ministro dos Transportes, publicado no Diário Oficial da União de 11 de agosto de 2008.

Em conformidade com o despacho, a empresa deveria apresentar os seguintes documentos:

Para maior detalhamento a respeito do tema, cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos relativos à elaboração de projetos nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 295-319.

¹²⁰ A outorga da concessão da Rodovia BR-101/ES/BA foi aprovada, com ressalvas, pelo TCU, por meio do Acórdão 1.656/2011 – Plenário (Processo: 003.499/2011-1; Rel. Min. José Múcio Monteiro; Data da Sessão: 22/06/2011 – Ordinária). Posteriormente, por meio Despacho do Ministro dos Transportes, (datado de 26/08/2011 e publicado no Diário Oficial da União de 29/08/2011) e da Resolução 8, de 15 de setembro de 2011, do Conselho Nacional de Desestatização, a modelagem da concessão proposta pela ANTT foi aprovada. A licitação foi realizada pela ANTT por meio do Edital de Concessão 001/2011. Em até 45 (quarenta e cinco) dias após a publicação do ato de homologação, mas, em qualquer hipótese, antes da assinatura do contrato de concessão, a adjudicatária deveria apresentar à ANTT “comprovante de pagamento, à EBP, do valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), a preços de janeiro de 2009, que deverá sofrer atualização monetária pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, em virtude da realização dos estudos relacionados ao Sistema Rodoviário, conforme autorizado pelo artigo 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 [...]” (item 17.3.6).

¹²¹ Acórdão 112/2012 – TCU – Plenário (Processo: 022.369/2009-0). Rel. Min. Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 25/01/2012 – Ordinária.

(i) termo de referência, com a descrição detalhada das etapas do estudo e respectivos prazos de execução;

(ii) equipe técnica, com a composição e carga horária prevista;

(iii) custos financeiros, englobando a descrição pormenorizada dos custos previstos para elaboração dos estudos, discriminados de forma a permitir, caso fossem aproveitados, análise por parte do Poder Concedente com vistas a seu futuro ressarcimento.

Ainda, o despacho previu que, para fins do disposto no art. 21 da Lei de Concessões, a autorização havia sido concedida sem caráter de exclusividade.

Eventual ressarcimento dos custos incorridos com os estudos técnicos ficaria a cargo do vencedor da licitação e seria feito de acordo com os valores indicados pela empresa EBP e previamente aprovados pelo órgão competente, desde que compatíveis com os valores praticados pelo mercado relativo a projetos de complexidade similar.

Nos termos do Acórdão 112/2012 – TCU, as disposições do Decreto 5.977 deveriam ser aplicadas ao caso, ainda que se tratasse de projeto de concessão realizado com base na Lei de Concessões, e não apenas na Lei de PPPs.

Posteriormente, com a publicação do Acórdão 1.155/2014, a Corte Federal de Contas determinou, e não apenas recomendou, à Casa Civil da Presidência da República que orientasse os órgãos e entidades da Administração Pública a, caso pretendessem emitir novas autorizações antes de ser editada a regulamentação referida, que adotassem, no que couber, as disposições do Decreto 5.977.

5.2 O DECRETO FEDERAL 5.977 E A NORMATIZAÇÃO DO PMI

O Decreto 5.977 regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei de PPPs, destinando-se à definição dos contornos da apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas já definidas como prioritárias no âmbito da Administração Pública Federal.

Dois pontos do referido decreto merecem ser realçados. Em primeiro lugar, ele destina-se a regulamentar a forma de apresentação de PPPs à Administração Pública Federal, no âmbito da Lei de PPPs, especificamente. Não estabelece, contudo, procedimento específico para a apresentação de projetos de concessões comuns (no âmbito da Lei de Concessões).

Dessa forma, o Poder Público Federal ainda pode realizar chamamentos públicos (ou mesmo receber solicitações de propostas da iniciativa privada) para as outorgas disciplinadas

pela Lei de Concessões,¹²² com base em seu direito constitucional de petição, no art. 21 da referida lei e no art. 31 da Lei 9.074.

Adicionalmente, o Decreto 5.977 visa ao recebimento de contribuições da iniciativa privada a projetos de parcerias público-privadas que já tenham sido enquadradas como prioritárias pelo Poder Público Federal.

No âmbito do referido decreto, não se admite que a iniciativa privada leve ao conhecimento do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas Federal (o “CGP Federal”), de ofício, estudos relativos a projetos de PPPs que tenham sido por ela pensados e não constantes das parcerias definidas como prioritárias pelo Governo Federal. Seu art. 3º, § 2º, prevê, expressamente, que “serão recusados requerimentos de autorização que não tenham sido previamente solicitados pelo CGP”.¹²³

Ao menos no que tange às PPPs, o recebimento de contribuições se dará apenas quando a potencial relevância de determinado projeto já houver sido identificada pela Administração Pública Federal (o que tolhe a iniciativa de agentes privados na identificação de possíveis PPPs federais). Assim, o Decreto 5.977 impõe limitação ao PMI, pois apenas poderá ser utilizado para a modelagem de projetos já definidos como prioritários no âmbito da Administração Pública Federal.

Contudo, dois outros pontos devem ser ressaltados em relação a concessões que não se figurem como parcerias público-privadas, passíveis de serem apresentadas à Administração Pública Federal, com base no art. 21 da Lei de Concessões.

De um lado, o CGP Federal não terá competência para realizar a análise de procedimentos instaurados com base neste dispositivo (tendo em vista que as suas competências estão circunscritas às outorgas no âmbito da Lei de PPPs e devem ser exercidas nos limites do Decreto 5.977).

De outro, há racional na possibilidade de autorização de projetos de parcerias público-privadas previamente identificados pelo Poder Público: o planejamento de desembolso de recursos necessários para a sua viabilização. Como estes projetos necessitam de relevantes parcelas de contraprestação pública para a sua sustentabilidade econômico-financeira, o recebimento de projetos e posterior execução de tais avenças, sem uma análise

¹²² Ainda que as diretrizes contidas no Decreto 5.977 pudessem-lhes ser aplicadas subsidiariamente, aos moldes do entendimento do TCU Acórdão 112/2012.

¹²³ SAADI, Mário. O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse: fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, jan./jun. 2014, v.5, p.147.

acurada de seus impactos de longo prazo, poderia gerar compromissos financeiros de longo prazo que poderiam atrapalhar o planejamento da União.

Por esta razão, a mesma lógica não se aplicaria em projetos de concessão que não demandassem o dispêndio direto de recursos públicos para a sua sustentabilidade financeira (v.g., a concessão de trecho ferroviário que pudesse ser viabilizado tão-somente por meio de cobrança tarifária).

Em hipóteses como essas, o Poder Público Federal poderia aceitar o pedido de instauração de procedimento de manifestação de interesse que se originasse de pleito realizado por agente privado, ainda que a possível outorga não houvesse sido identificada no seio da Administração.

5.2.1 AS COMPETÊNCIAS DO CGP FEDERAL

Compete ao CGP Federal solicitar trabalhos que subsidiem a modelagem de PPP já definida como prioritária. A solicitação deverá conter, ao menos, os seguintes requisitos (nos termos do art. 2º, § 1º, do Decreto 5.977):

(i) delimitação do escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, podendo restringir-se a indicar tão-somente o problema que se busca resolver com a parceria, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução;

(ii) indicação do prazo máximo para apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações e o valor nominal máximo para eventual ressarcimento;

(iii) apontamento do valor máximo da contraprestação pública admitida para a parceria público-privada;

(iv) submissão a ampla publicidade, por meio de publicação no Diário Oficial da União e, quando se entender conveniente, na internet e em jornais de grande circulação.

O Decreto 5.977 pretende induzir a que, nos procedimentos iniciados com base nele, haja a indicação o objeto da futura PPP. Isto ocorre em vista da prévia necessidade de delimitação do escopo dos projetos e demais documentos a serem apresentados.

A definição poderá ser feita em termos gerais, o que ocorrerá na hipótese de a solicitação do CGP Federal apresentar apenas o problema que se pretende solucionar por meio do projeto. Nessa hipótese, abre-se maior espaço para a criatividade da iniciativa privada para a proposição de soluções e alternativas para a outorga.

O delineamento do objeto é complementado pela indicação do valor limite da contraprestação a ser paga ao longo da execução da concessão: de antemão, tem-se a precisa

noção do volume de desembolsos a serem dispendidos pela Administração Pública Federal para desenvolvimento do projeto, de forma que as soluções a serem encontradas pela iniciativa privada deverão, ao menos a princípio, amoldar-se a tal limite.

Não obstante tal previsão, a iniciativa privada poderia indicar a viabilidade do empreendimento com contraprestações maiores do que as imaginadas inicialmente pela Administração Pública Federal (ou mesmo com fontes alternativas e complementares de custeio, tais como a utilização de bens públicos). Ficaria a cabo do Poder Público analisar a conveniência da outorga vis a vis outros dispêndios e prioridades de realização de outras atividades, acatando ou descartando a eventual proposição.

Ainda no que tange ao regime de remuneração da futura concessão, o Decreto 5.977 prevê que a contraprestação pública nas parcerias público-privadas cujos estudos sejam recebidos em seus termos não poderá a exceder a 30% (trinta por cento) do total das receitas do eventual parceiro privado, salvo decisão em contrário do CGP (art. 2º, § 3º). Entendemos, contudo, que tal dispositivo apenas se aplica aos projetos estruturados sob a forma de concessão patrocinada, tendo em vista que, nas concessões administrativas, a totalidade da remuneração da futura concessionária advirá de desembolsos diretos do Poder Público (com exceção, obviamente, da possibilidade de exploração de receitas acessórias, complementares e de projetos associados à concessão).

5.2.2 A QUALIFICAÇÃO DOS INTERESSADOS

As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada que pretendam apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar, perante o CGP Federal, requerimento de autorização, no qual constem as seguintes informações (art. 3º): (i) qualificação completa do interessado; (ii) demonstração da experiência do interessado na realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares aos solicitados; (iii) indicação da solicitação do CGP Federal que baseou o requerimento; (iv) detalhamento das atividades que pretendem realizar, considerando o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações definidos na solicitação, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos.

Em vista de tais disposições, a Administração Pública Federal pretende autorizar a realização de projetos pelos interessados que demonstrem o mínimo de experiência técnica

relativa ao objeto da potencial outorga e de conhecimento sobre os estudos e demais trabalhos a serem realizados.

Há uma etapa de “pré-qualificação técnica”,¹²⁴ na qual deve ser apresentada a documentação suficiente a demonstrar a expertise do interessado e a seriedade do projeto que pretende levar a cabo, com a indicação de escopo, desmembramento das atividades em etapas e prazo firme para a sua conclusão.

A autorização para apresentação dos estudos será conferida sempre sem exclusividade, não gerará direito de preferência para a outorga da concessão, não obrigará o Poder Público a realizar a licitação, não criará por si só qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração e será pessoal e intransferível (art. 5º).

5.2.3 A SELEÇÃO DOS PROJETOS

Vale destacar que o Decreto 5.977 também estabelece os critérios que serão utilizados para a avaliação de projetos e demais documentos a serem utilizados, parcial ou integralmente, na eventual licitação a ser realizada. Serão avaliados os seguintes requisitos (art. 10): (i) consistência das informações que subsidiaram sua realização; (ii) adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor; (iii) compatibilidade com normas técnicas emitidas pelos órgãos setoriais ou pelo CGP Federal; (iv) razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares; (v) conformidade com a legislação aplicável ao setor; (vi) impacto do empreendimento no desenvolvimento socioeconômico da região e sua contribuição para a integração nacional, se aplicável; (vii) demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, se existentes.

A seleção dos estudos que embasarão a futura outorga, portanto, deverá levar em consideração, necessariamente, tais requisitos (que poderão, inclusive, ser mais bem delineados no instrumento de convocação dos eventuais interessados a participar do

¹²⁴ Não nos referimos, aqui, à etapa de pré-qualificação de propostas técnicas prevista no art. 114 da Lei de Licitações e no art. 12, I, da Lei de PPPs, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomendar a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

Para fins terminológicos, a expressão “pré-qualificação técnica” é adequada para caracterizar a exigência prevista no Decreto 5.977. Isso porque, caso os interessados não evidenciem, minimamente, a sua experiência em projetos semelhantes aos que serão estudados, não serão autorizados a seguir adiante com os trabalhos no bojo do procedimento de manifestação de interesse. Tal como as previsões contidas na Lei de Licitações e na Lei de PPPs, não poderão seguir adiante no certame.

procedimento a ser instaurado pelo CGP Federal). Há a definição de critérios genéricos a serem observados pela Administração Pública Federal para avaliar a documentação que lhe for apresentada, selecionando-a de forma isonômica e motivada.¹²⁵

Qualquer decisão a respeito dos estudos apresentados no bojo do procedimento de manifestação de interesse que não leve tais aspectos em consideração poderá ser reputada inválida e ser fulminada pelos eventuais interessados.¹²⁶ Deverá haver a exposição dos motivos que embasaram a seleção ou a desconsideração dos documentos apresentados, demonstrando-se, claramente, os aspectos pertinentes e impertinentes à luz do chamamento realizado.

Ainda no que toca à avaliação e seleção dos estudos, o Decreto 5.977 estabelece que as decisões não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto a seu mérito (art. 11). No entanto, tal dispositivo deve ser lido com ressalvas. Caso, *e.g.*, haja decisão eivada de motivação insuficiente ou imprecisa, não haveria razão para desconsiderar o direito dos interessados de possuir um juízo adequado a respeito da documentação que preparou.

Mesmo que o recurso não fosse dirigido a autoridade superior, poderia haver, no limite, socorro ao Poder Judiciário, com fulcro no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Tal ponto ganha ênfase ao se considerar que, no âmbito do Decreto 5.977, o PMI tem início em chamamento que emerge da própria Administração Pública Federal. Deve ela realizar o julgamento com a exposição de todos os motivos que embasam a sua decisão, ainda que entenda que nenhum dos projetos e estudos atende satisfatoriamente ao escopo indicado na autorização.¹²⁷

¹²⁵ “o Decreto [5.977] não apresenta critérios detalhados e objetivos para a condução de um Procedimento de Manifestação de Interesse, de modo que a Administração deve ser cautelosa sempre que pretender instaurar procedimento com essa finalidade. As questões mais relevantes são ligadas (i) aos critérios de avaliação e seleção dos estudos; (ii) ao valor e ao critério de pagamento dos que forem escolhidos; (iii) ao prazo para elaboração dos estudos e projetos e (iv) à possibilidade, ou não, de serem oferecidos estudos ou documentos parciais. Todas essas questões integram, naturalmente, o âmbito de competência discricionária da Administração e deverão, à luz da *ratio legis* do instituto, serem devidamente sopesadas, caso a caso, de modo a se poder extrair do procedimento a maior quantidade possível de elementos úteis e do maior número possível de interessados” (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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 58).

¹²⁶ O dever de motivação e de obediência às normas pertinentes do regime jurídico de Direito Administrativo existem em relação à expedição de qualquer ato e à tomada de qualquer decisão pela Administração. Em sede de procedimento de manifestação de interesse, não haveria razão para atuação desconforme a tais aspectos.

¹²⁷ No mesmo sentido, Flávio Amaral Garcia coloca que “A decisão que avalia e seleciona os projetos não se sujeita a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito, a teor do disposto no art. 11 do Decreto Federal nº 5.977/2006, o que não invalida que o interessado possa, a teor do disposto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, exercer o seu legítimo direito de petição. Essa decisão deve se sujeitar ao princípio da motivação, sob pena de tornar inúteis os próprios critérios de seleção previstos no Decreto Federal nº 5.977/2006, além de conferir um subjetivismo indesejável em qualquer procedimento

Adicionalmente, ainda que não esteja prevista no decreto, existiria a possibilidade de recurso à autoridade superior com fundamento no direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, 'a'/CF, o qual prevê ser assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

5.2.4 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

Tal como estabelecido na Lei de Concessões, os valores relativos a projetos selecionados serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que efetivamente utilizados no eventual certame (art. 14). O edital para contratação da parceria público-privada conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações utilizados na licitação (art. 14, § 2º).

O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva parceria público-privada (art. 2º, § 2º).

Em linha com o art. 31 da Lei Federal 9.074, o Decreto 5.977 prevê que os autores ou responsáveis economicamente pelos estudos, projetos, levantamentos e investigações apresentados poderão participar, direta ou indiretamente, da eventual licitação ou da execução de obras ou serviços (art. 15). Considera-se economicamente responsável a pessoa, física ou jurídica, que tenha contribuído financeiramente, por qualquer meio e montante, para o custeio da elaboração de estudos, projetos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em eventual licitação para contratação de parceria público-privada (art. 15, parágrafo único).

5.3 O PROJETO DE LEI 7.067/2010 E A DISCIPLINA ESPECÍFICA DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

público. O particular que não teve seu projeto, estudo, levantamento ou investigação selecionado pelo Poder Público tem o legítimo direito de saber as razões pelas quais a sua proposta não foi acolhida. Daí ser fundamental que a decisão do Procedimento de Manifestação de Interesse explicita critérios que confirmam transparência e legitimidade à atuação administrativa, o que somente é alcançável por meio do princípio da motivação” (GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o Procedimento de Manifestação de Interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 67-79, abr./jun. 2013).

A análise da legislação federal a respeito do procedimento de manifestação de interesse demonstra que a sua disciplina está dispersa em atos normativos distintos.

O art. 21 da Lei de Concessões admite a apresentação, pela iniciativa privada, de projetos que possam embasar a outorga de concessões, bem como o direito ao ressarcimento ao autor dos estudos utilizados.

O art. 31 da Lei 9.074 permite que o autor dos estudos possa participar da licitação. Tais dispositivos apresentam-se como normas gerais em relação às concessões comuns e às parcerias público-privadas e, portanto, são aplicáveis indistintamente a todos os entes federados e não somente à União.

O Decreto 5.977, por sua vez, apesar de trazer disciplina sistemática para a matéria, o faz apenas para a Administração Pública Federal. Não é aplicável, portanto, aos PMIs deflagrados por Estados e Municípios (ainda que esses entes federados possam utilizar as disposições do referido decreto para pautar os PMIs que lançarem). Ainda, o Decreto 5.977 seria aplicável, a princípio, apenas às concessões administrativas e patrocinadas, nos termos da Lei de PPPs. Contudo, a sua extensão às concessões comuns foi reiterada pelo TCU.

Para a instituição de tratamento legal a respeito do tema, por meio de diploma normativo único, foi apresentado, em 06 de abril de 2010, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 7.067, de 06 de abril de 2010 (o “PL 7.067”), de autoria do Deputado Federal Cândido Vaccarezza (PT/SP), que tem por objetivo instituir normas gerais para a apresentação, à Administração Pública, de projetos, estudos, levantamentos e investigações elaborados por conta e risco do setor privado.¹²⁸

A edição de ato normativo específico a respeito da regulamentação do procedimento de manifestação de interesse está em consonância com a posição do TCU exarada no Acórdão 1.155/2014, por meio do qual a Corte Federal de Contas recomendou à Casa Civil da Presidência da República que avaliasse a necessidade de regulamentação do art. 21 da Lei de Concessões, estabelecendo 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.

Ademais, o TCU determinou à Casa Civil que orientasse os órgãos e entidades da Administração Pública a, caso pretendessem emitir novas autorizações antes de ser editada a regulamentação referida, adotar, no que couberem, as disposições do Decreto 5.977.

¹²⁸ Foi apresentado, na data de 15 de abril de 2014, parecer a respeito da aprovação do PL 7.067.

Nos termos do PL 7.067, as pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada poderão requerer autorização para o desenvolvimento dos projetos. Ainda, a Administração Pública poderá, de ofício, iniciar procedimento para o recebimento de projetos e demais estudos. Subordinar-se-ão ao seu regime, caso convertido em lei, além dos órgãos da Administração Direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública (art. 1º, § 1º, do PL 7.067). Seria aplicável, portanto, à Administração Direta e Indireta de todos os entes da federação.

As hipóteses de requerimento de autorização pela iniciativa privada para a elaboração dos estudos abrangem os projetos a serem outorgados mediante concessão, em quaisquer de suas modalidades, de parceria público-privada, de arranjo societário público-privado ou de outra modalidade de associação público-privada proposta para o empreendimento (art. 1º do PL 7.067).

Tem-se, aí, a primeira diferença entre as disposições da Lei de Concessões e do Decreto 5.977 e o texto do PL 7.067: enquanto a lei e o decreto restringem a realização de estudos a projetos de concessões comuns e de parcerias público-privadas, os projetos passíveis de serem desenvolvidos, nos termos do projeto de lei, são mais amplos. Além das citadas modalidades, admite-se que sejam realizados projetos a respeito de quaisquer modalidades de concessões, arranjos societários público-privados e quaisquer outras modalidades de associações público-privadas.

Em relação às modalidades de concessões, poderão ser propostos estudos em relação a todas aquelas previstas em lei, e não somente em relação às disciplinadas pela Lei de Concessões e pela Lei de PPPs. Poderão ser propostos estudos, *e.g.*, para a outorga de concessão de direito real de uso, nos termos do Decreto-Lei 271, de 28 de fevereiro de 1967,¹²⁹ e de uso de bem público; a concessão urbanística;¹³⁰ a concessão florestal.¹³¹⁻¹³²

¹²⁹ “É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas” (art. 7º do Decreto-Lei 271/1967).

¹³⁰ A título de exemplo, a Lei 14.917, de 7 de maio de 2009, do Município de São Paulo, caracteriza a concessão urbanística como “o contrato administrativo por meio do qual o poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, delega a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de obras urbanísticas de interesse público, por conta e risco da empresa concessionária, de modo que o investimento desta seja remunerado e amortizado mediante a exploração dos imóveis resultantes destinados a usos privados nos termos do contrato de concessão, com base em prévio projeto urbanístico específico e em cumprimento de objetivos, diretrizes e prioridades da lei do plano diretor estratégico” (art. 2º).

¹³¹ A Lei 11.284, de 2 de março de 2006, prevê a concessão florestal como “a delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa

Dentre os arranjos societários público-privados, poderá ser proposta, *e.g.*, a autorização de constituição de sociedade de economia mista, tendo o Poder Público o objetivo de executar determinada atividade, em parceria estratégica com a iniciativa privada, ou a constituição de empresa, em que o agente da iniciativa privada seja quotista ou acionista majoritário, mas na qual a Administração Pública possua participação.¹³³

Recebido o pedido de autorização, o órgão competente deverá pronunciar-se, motivadamente, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias podendo (art. 3º do PL 7.067): (i) indeferir o requerimento, caso o objeto não seja considerado prioridade da Administração Pública ou por falta de interesse público; (ii) deferi-lo sem ressalvas, de forma que o agente autorizado passará a desenvolvê-lo; (iii) deferi-lo, porém com o estabelecimento de parâmetros e solicitações complementares.

unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (art. 3º, VII).

¹³² Floriano Azevedo Marques Neto esclarece que existem – e podem existir – regimes de concessão diversos que não apenas a concessão de serviço típica da Lei de Concessões, remunerada basicamente pela tarifa cobrada aos usuários (*v.g.*, a concessão de direito real de uso, a concessão de uso de bem público, a concessão de uso de espaço aéreo, a concessão de serviços de radiodifusão) (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2014, p. 10). No mesmo sentido, cf., JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas configurações da concessão de serviço público. Revista de Direito Público da Economia*, 1/96, Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar, 2003; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 182-183.

Ainda segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, o costume de se tratar uma das espécies de concessão – aquela que tem por objeto a transferência, ao particular, da prestação de um serviço público – como se ela abarcasse todas as modalidades do instituto, é um caso de sinédoque. “Na teoria da linguagem, sinédoque é um tipo de metonímia que permite expressar uma ideia a partir da relação lógica entre o significante e o significado. Especificamente, é a figura de linguagem fundada numa relação cognoscível que permite ao emissor da mensagem se expressar usando uma referência menor, mas facilmente compreensível pelo receptor na amplitude alvitada pela mensagem. Uma das mais comuns das sinédoques é tomar a parte como se fosse o todo. Sem pretender aqui maiores digressões semióticas, temos que com o instituto da concessão ocorre fenômeno parecido. Não como recurso de linguagem, mas como vezo decorrente da importância mais saliente de uma espécie de concessão em relação às outras” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. 2013. Tese (Concurso para provimento de cargo de professor titular do Departamento de Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 222-223).

¹³³ “Entre as ações do movimento de Reforma do Estado que tomou impulso no Brasil a partir da metade dos anos 1990 destaca-se a cada vez mais frequente associação empresarial do Poder Público com particulares. Essa associação em geral ocorre pela participação estatal, minoritária mas relevante, em empresa cuja maioria do capital votante fica nas mãos dos particulares. O controle é exercido em conjunto, mas com predominância do acionista privado. As empresas fruto dessa associação não são empresas estatais, pois o conceito de empresa estatal está vinculado à existência de maioria do Estado no capital votante, nos termos do art. 5º, II e III, do Decreto-Lei 200/1967, alterado pelo Decreto-Lei 900/1969. Desse modo, elas não fazem parte da Administração Pública indireta. Mas essas empresas são parte muito relevante da estratégia de atuação do Estado na economia. São empresas semiestatais” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, 102-103).

A respeito da participação do Estado no capital de empresas, despida dos atributos inerentes ao controle societário, cf., PINTO JR., Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 191-200; DROMI, Roberto. *Empresas públicas: de estatais a privadas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 20-21.

Em caso de deferimento do pedido de autorização, o órgão ou entidade competente deverá veicular, na imprensa oficial e por meio eletrônico, o aviso de “edital de manifestação de interesse privado”. Também deverá comunicar o deferimento do requerimento e convocará outras pessoas jurídicas e físicas para, se quiserem, no prazo de 30 (trinta) dias, requererem a autorização para a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações para o mesmo objeto (art. 3º, § 1º, do PL 7.067).

Caso outras pessoas a requeiram, a Administração Pública decidirá, motivadamente, qual das propostas será escolhida, em razão da economicidade¹³⁴ e com base no interesse público, plenamente justificado (art. 3º, § 2º, do PL 7.067).

Nos termos do edital de manifestação de interesse privado, a Administração Pública, ao invés de solicitar a apresentação de estudos completos, que pautarão a futura contratação, poderá recomendar que a atuação do interessado restrinja-se a estudos preliminares sobre a viabilidade do projeto, hipótese em que a aprovação da solicitação dos demais estudos, investigações, levantamentos e projetos dependerá das conclusões obtidas a partir dos estudos preliminares apresentados (art. 3º, § 4º, do PL 7.067).

Além do direito de petição, pelos agentes privados, de requer a autorização para o desenvolvimento dos estudos, o PL 7.067 prevê a faculdade de a Administração Pública tomar a iniciativa de convocar a iniciativa privada para apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações para determinado objeto. Nesse caso, publicará aviso de “edital de manifestação de interesse privado”, a ser veiculado na imprensa oficial, em meio digital e em, pelo menos, 1 (um) jornal de circulação nacional (art. 15 do PL 7.067).

¹³⁴ Nos termos do art. 70/CF, “[a] fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

A economicidade pode ser entendida como “a verificação da capacidade da contratação em resolver problemas e necessidades reais do contratante, da capacidade dos benefícios futuros decorrentes da contratação compensarem os seus custos e a demonstração de ser a alternativa escolhida a que traz o melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. Essa análise é bastante conhecida como análise custo/benefício” (informações disponíveis em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/ticonrole/legislacao/repositorio_contratacao_ti/001.002.050.108.197.html>. Acesso em: 04. jun. 2014).

Tal noção está traduzida no Decreto 2.271, de 07 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Em seus termos, a contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho, aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterà, no mínimo (art. 2º): (i) justificativa da necessidade dos serviços; (ii) relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada; (iii) demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

Na hipótese de a Administração Pública, de ofício, publicar edital para a requisição dos estudos, ter-se-á uma diferença sensível em relação aos casos de requerimento de autorização pela iniciativa privada.

Isso porque, o edital poderá prever, além das modalidades de concessão, de arranjos societários e de formas de associação público-privada, que o procedimento se destina ao recebimento de estudos de projetos licitados sob a forma de obra pública (art. 15, § 2º, do PL 7.067). Esse dispositivo do projeto de lei, caso seja aprovado, trará grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, até o presente momento, apenas se admite que os autores de projetos utilizados para concessões e permissões participem das licitações.

Com a sua aprovação, será possível que os autores de estudos destinados a outros tipos de contratação possam participar de licitação – como daqueles referentes a obras públicas, concessão uso de bem público, concessão urbanística etc., uma vez que, para estes casos, impera a vedação imposta pelo art. 9º da Lei de Licitações.

5.3.1 A QUALIFICAÇÃO DOS INTERESSADOS

As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada que pretendam apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar requerimento de autorização no qual constem as seguintes informações (art. 2º do PL 7.067): (i) qualificação completa do interessado; (ii) demonstração de sua experiência na realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares aos solicitados; (iii) justificação do objeto do requerimento; (iv) detalhamento das atividades que pretendem realizar, considerando o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações definidos na solicitação, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos.

Ainda, deverão ser apresentados os documentos relativos à habilitação jurídica e de regularidade fiscal e trabalhista do requerente, nos termos dos arts. 28 e 29 da Lei de Licitações.

A autorização para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações observará os seguintes condicionamentos (art. 5º): (i) será conferida sempre sem exclusividade; (ii) não gerará direito de preferência de outorga; (iii) não obrigará o poder público a realizar a licitação ou contratação; (iv) não criará, por si só qualquer, direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração; (v) será pessoal e intransferível; (vi) poderá ser precedida de prestação garantia de performance pelo interessado, nas modalidades

de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, em valor a ser determinado pela Administração.

5.3.2 A SELEÇÃO DOS PROJETOS

Os projetos, estudos, levantamentos ou investigações, conforme o caso, deverão compreender o seguinte conteúdo mínimo, para serem submetidos à aprovação do órgão competente (art. 5º, § 1º, do PL 7.067): (i) justificativa da opção pela modalidade de contratação a ser adotada; (ii) viabilidade econômica do empreendimento e, quando for o caso, viabilidade financeira para o privado, demonstrando a capacidade de geração de receitas; (iii) quadro de usos e fontes do projeto ou do empreendimento; (iv) indicação de valores estimados de tarifas e contraprestações públicas, quando for o caso; (v) demonstração de que os projetos, estudos, levantamentos ou investigações, conforme o caso, e o empreendimento são estratégicos ou necessários para a sociedade ou para Administração Pública; (vi) manifesto interesse do setor privado na hipótese de concessão, em quaisquer de suas modalidades, parceria público-privada, arranjo societário público-privado ou outra modelagem proposta para o empreendimento que envolva a iniciativa privada; (vii) estudo preliminar do impacto ambiental e social do empreendimento; (viii) projeto ou anteprojeto detalhado e planilha quantitativa e orçamentária da obra, se houver, e dos demais investimentos; (ix) minutas de edital, contrato e demais dados e requisitos legais indispensáveis à abertura do procedimento licitatório.

A seleção dos projetos será realizada por Comissão Julgadora formalmente constituída pelo órgão ou entidade competente e devidamente publicada no Diário Oficial (art. 9º do PL 7.067). A avaliação será realizada justificadamente, observando-se, dentre outros, os seguintes critérios específicos (art. 10): (i) consistência das informações que subsidiaram sua realização; (ii) adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor; (iii) compatibilidade com as normas técnicas emitidas pelas entidades e pelos órgãos públicos com competência a respeito da matéria; (iv) indicadores positivos e satisfatórios das viabilidades econômica e financeira do projeto ou do empreendimento; (v) capacidade da Administração Pública em aportar eventuais contrapartidas, garantias, patrimônios e recursos fiscais em estrita obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal; (vi) razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares; (vii)

compatibilidade com a legislação aplicável ao setor; (viii) impactos sociais e ambientais; (ix) impacto do empreendimento no desenvolvimento socioeconômico da região e sua contribuição para a integração nacional, se aplicável; (x) demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, se existentes.

Será selecionado um projeto, estudo, levantamento ou investigação em cada categoria, com a possibilidade de rejeição parcial de seu conteúdo, caso em que os valores de ressarcimento serão apurados apenas com relação às informações efetivamente utilizadas na eventual licitação (art. 11 do PL 7.067).

Caso a Comissão Julgadora entenda que nenhum dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações apresentados atende satisfatoriamente ao escopo indicado na autorização, não selecionará qualquer deles para utilização em futura licitação, hipótese em que todos os documentos apresentados deverão ser encaminhados ao acervo da Administração Pública, se não forem retirados em 30 (trinta) dias a contar da data de publicação da decisão (art. 11, § 1º, do PL 7.067). O órgão competente comunicará formalmente a cada pessoa autorizada o resultado do procedimento de seleção (art. 12 do PL 7.067).

5.3.3 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

Concluída a seleção dos projetos, os que forem selecionados terão os valores apresentados para eventual ressarcimento analisados pela Comissão Julgadora (art. 5º, § 2º; art. 13 do PL 7.067). O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não poderá ultrapassar 3,0% (três por cento) do valor total estimado das despesas, das inversões ou dos investimentos necessários à consecução do respectivo empreendimento (art. 5º, § 2º, do PL 7.067).

Se a Comissão Julgadora concluir pela incompatibilidade dos valores apresentados pelo seu autor com os usuais para projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares, deverá arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento (art. 13, § 1º, do PL 7.067).

O valor arbitrado poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais serão destruídos se não forem retirados em 30 (trinta) dias a contar da data da rejeição (art. 13, § 2º, do PL 7.067). Nessa hipótese, faculta-se à comissão escolher outros projetos, estudos, levantamentos ou investigações dentre aqueles apresentados para seleção.

O valor constará no edital da licitação a ser realizada e serão ressarcidos exclusivamente pelo seu vencedor (art. 14 do PL 7.067). Em nenhuma hipótese será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projeto, estudo, levantamento ou investigação (art. 14, § 1º, do PL 7.067).

Para a garantia do ressarcimento, o edital para contratação do projeto ou empreendimento objeto dos estudos conterá, obrigatoriamente, item que o condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos estudos utilizados na licitação (art. 14, § 2º, do PL 7.067).

Os autores ou responsáveis economicamente pelos estudos poderão participar, direta ou indiretamente, da eventual licitação, ainda que a Administração tenha optado pela contratação de obra pública (art. 16 do PL 7.067). Considera-se economicamente responsável a pessoa, física ou jurídica, que tenha contribuído financeiramente, por qualquer meio e montante, para o custeio da sua elaboração (art. 16, parágrafo único, do PL 7.067).

5.4 O PROJETO DE LEI 2.892/2011 E AS ALTERAÇÕES AO ART. 21 DA LEI DE CONCESSÕES

Além do referido PL 7.061, foi apresentado na Câmara dos Deputados, em 07 de dezembro de 2011, o Projeto de Lei 2.892/2011.¹³⁵ Dentre outras alterações, pretende modificar o art. 21 da Lei de Concessões, de forma a deixar ainda mais clara a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabelecerem normas para regular o recebimento de estudos sobre concessões comuns, administrativas e patrocinadas.

Conforme o Projeto de Lei 2.892/2011, o art. 21 da Lei de Concessões seria alterado, passando a estabelecer que “[f]icam 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 Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP, com vistas à estruturação de projetos de concessão comum e/ou de concessões administrativas ou patrocinadas, conforme definidas na Lei 11.079/04”.

Sua redação seria aproximada à prevista no art. 2º da Lei Federal 11.922, o qual já prevê que “[f]icam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo,

¹³⁵ De autoria dos deputados Arnaldo Jardim (PPS/SP), Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG), Antonio Imbassahy (PSDB/BA), Bernardo Santana de Vasconcellos (PR/MG), Edinho Bez (PMDB/SC), Marcos Montes (PSD/MG), Eduardo Gomes (PSDB/TO), Eduardo Sciarra (PSD/PR), Sandro Alex (PPS/PR), William Dib (PSDB/SP), Luiz Fernando Faria (PP/MG), César Halum (PSD/TO), Rubens Bueno (PPS/PR), Rui Palmeira (PSDB/AL), Manoel Junior (PMDB/PB), Luiz Argôlo (PP/BA), Luiz Fernando Machado (PSDB/SP).

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-privada”.

Se a inclusão de diretrizes gerais para o procedimento de manifestação de interesse em lei visa a difundir o modelo entre Estados e Municípios, bem como criar certo nível de padronização das manifestações de interesse, a alteração não traria qualquer alteração relativamente à disciplina federal específica. Isso porque a redação proposta possui o mesmo teor da já veiculada pela lei federal.

Ainda, no Projeto de Lei 2.892/2011, a manifestação de interesse da iniciativa privada – MIP é caracterizada como “a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, que possam servir para a modelagem de projetos de concessão comum, concessão administrativa ou concessão patrocinada”.

Tal caracterização se aproxima daquela extraída dos atos normativos vigentes no Direito Brasileiro a respeito do tema, como sendo *o procedimento, instaurado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública, a pedido de interessado, pessoa física ou jurídica, que possibilita a ele, e a outros eventuais interessados, a apresentação de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão, passíveis de outorga nos termos da Lei de Concessões e da Lei de PPPs.*

O projeto de lei também determina que as normas federais, estaduais ou municipais que regulamentarem a MIP deverão determinar que no procedimento constem, ao menos, os seguintes itens: (i) descrição do objeto, sua relevância e os benefícios econômicos e sociais esperados; (ii) estimativa do custo dos investimentos necessários e do prazo de implantação do projeto acompanhado de cronograma de execução; (iii) características gerais do modelo de negócio, incluindo a modalidade de concessão considerada mais apropriada, previsão das receitas e dos custos operacionais envolvidos; (iv) a projeção, tanto em valores absolutos como em proporção, de eventual contraprestação pecuniária demandada do Poder Concedente.

Em termos de disciplina legal a respeito do PMI, tais aspectos conteriam certa inovação, pois não estão, atualmente, previstos na Lei de Concessões, na Lei de PPPs, na Lei 9.074 ou na Lei 11.922. Por outro lado, os atos normativos editados pelos diversos entes federados preveem a disciplina relativa ao procedimento.

De forma geral, determinam a necessidade de caracterização do empreendimento objeto de estudo, dos requisitos relativos à sua viabilidade e dos benefícios dele decorrentes.

Mais uma vez, os aspectos do projeto de lei não trazem pontos que já não decorram dos atos normativos pátrios a respeito do PMI. Além disso, a solicitação de projetos pela Administração Pública deverá conter os pontos ali estabelecidos, para que possa caracterizar a concessão a ser estruturada, os aspectos a serem considerados pelos interessados para a preparação dos projetos e demais estudos e para que tenham a compreensão das questões que serão levadas em consideração para a sua avaliação.

Nos termos do Projeto de Lei 2.892/2011, o Ministério ou Secretaria responsável pelo setor envolvido na concessão disponibilizará as MIPs encaminhadas à sua pasta em seu sítio na internet, de forma a dar ampla publicidade sobre os requerimentos de autorização para a realização dos estudos, e deverá, no prazo de 3 (três) meses de sua apresentação, declarar se há interesse da Administração Pública no projeto.

Caso haja interesse desenvolvimento da MIP e os estudos sejam utilizados pelo Poder Público para a realização da licitação, a concessionária que vier a ser contratada deverá ressarcir os dispêndios incorridos pelo proponente, os quais serão especificados no edital. Além disso, os proponentes das MIPs poderão participar das licitações delas originadas, em iguais condições aos demais participantes.

As proposições a respeito do procedimento de manifestação de interesse procura evidenciar a sua importância como ferramenta para incentivar estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos que possam se vincular a determinadas concessões, ainda que não identificadas, a princípio, pela própria Administração Pública.

Os projetos de lei procuram apresentar modelos mais flexíveis de manifestação de interesse, quando comparados com a disciplina prevista no Decreto 5.977. As ideias que os permeiam parecem ser as de difundir a possibilidade de utilização do PMI (ainda que já prevista no Direito Brasileiro), garantir que os interessados possam levar ao Poder Público ideias e subsídios sobre as possíveis outorgas (mesmo que ainda não consideradas no planejamento estatal) e garantir um mínimo de padronização para os procedimentos a serem instaurados.

CAPÍTULO 6 O RECEBIMENTO DE PROJETOS EM SETORES ESPECÍFICOS DE INFRAESTRUTURA

6 O RECEBIMENTO DOS PROJETOS EM ÁREA FEDERAL

Em âmbito federal, além das previsões contidas na Lei de Concessões, na Lei 9.074 e na Lei 11.922, bem como no Decreto 5.977, atos normativos setoriais também já foram editados para possibilitar a apresentação de estudos, pela iniciativa privada, relativos ao desenvolvimento de projetos em setores específicos.

O presente capítulo será dedicado à exposição das disposições veiculadas no setor elétrico, no setor aeroportuário e no setor portuário que ensejam a apresentação de projetos e demais trabalhos técnicos nas referidas áreas.

6.1 A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS NO SETOR ELÉTRICO

A Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (a “Lei 9.427”), prevê a possibilidade de realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos. Ela deve ser informada à Agência Nacional de Energia Elétrica (a “ANEEL”) para fins de registro e não gera direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público (art. 28).¹³⁶

Em linha com o art. 21 da Lei de Concessões, a Lei 9.427 prevê que, no caso de os estudos ou projetos serem aprovados pelo Poder Concedente, para inclusão no programa de licitações de concessões, será assegurado ao interessado o ressarcimento dos respectivos custos incorridos, pelo vencedor da licitação, nas condições estabelecidas no edital (art. 28, § 3º).

Posteriormente, a ANEEL editou resoluções específicas a respeito da possibilidade de realização de estudos que embasem futuras outorgas.

6.1.1 AS RESOLUÇÕES ANEEL 393/1998 E 398/2001

¹³⁶ À ANEEL compete expedir as autorizações para a realização de estudos, anteprojetos e projetos, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 da Lei 9.427, e do art. 1º da Lei 6.712, de 5 de novembro de 1979 (art. 4º, XXXIV, do Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997).

A Resolução ANEEL 393, de 4 de dezembro de 1998, estabeleceu os procedimentos gerais para registro e aprovação dos estudos de inventário hidrelétrico de bacias hidrográficas. Em seus termos, a Agência publicará, anualmente, o “Relatório do Potencial Hidrelétrico Brasileiro - Inventários Propostos para o Biênio”, em consonância com o Planejamento Indicativo do Setor Elétrico, apresentando a programação dos inventários a serem, preferencialmente, executados no período.

Apesar do estabelecimento prioritário realizado pela ANEEL, outras bacias não contempladas no relatório poderão ter estudos realizados, por conta e risco dos empreendedores (art. 2º, parágrafo único, da Resolução ANEEL 393).

Os trabalhos de inventário hidrelétrico serão realizados diretamente pela ANEEL, ou por terceiros, após o necessário registro (art. 3º da Resolução ANEEL 393). Caso os aproveitamentos identificados sejam contemplados no programa de outorgas da agência, será assegurado ao autor dos estudos o ressarcimento dos custos incorridos e reconhecidos pela ANEEL, nas condições estabelecidas no edital (art. 3º, § 1º, da Resolução ANEEL 393).¹³⁷

A Resolução ANEEL 398, de 21 de setembro de 2001, também contém requisitos gerais para apresentação de estudos e critérios específicos para análise e comparação de Estudos de Inventários Hidrelétricos, visando a seleção no caso de apresentação de estudos concorrentes. Ela foi editada tendo-se em conta que, na Resolução ANEEL 393, haviam sido previstos os métodos gerais para registro e aprovação de estudos de inventários hidrelétricos. Fazia-se cogente, porém, a fixação de critérios específicos e isonômicos de comparação entre múltiplos estudos de inventário, para a escolha do aproveitamento ótimo do recurso hídrico.

A Resolução 398 prevê a necessidade de se constituição de comissão, com objetivo de comparar e selecionar os estudos vencedores (art. 4º) e de se determinar os critérios de avaliação dos estudos de inventário hidrelétrico.

Eles serão analisados em função dos níveis qualitativos e quantitativos dos seguintes tópicos: (i) levantamentos cartográficos e avaliação da técnica utilizada para levantamento do perfil do rio, incluindo (a) perfil longitudinal da calha do rio, (b) mapeamento cartográfico – plantas e curvas de nível; (ii) investigações e estudos geológicos/geotécnicos, com (a) investigações de campo e (b) estudos de escritório; (iii) estudos sedimentológicos; (iv)

¹³⁷ Adicionalmente, é assegurado ao autor dos estudos de inventário e de revisões de inventário o direito de preferência a, no máximo, 40% (quarenta por cento) do potencial inventariado, ou, no mínimo, um aproveitamento identificado, desde que enquadrado(s) como Pequenas Centras Hidrelétricas – PCHs. (art. 3º, § 3º, da Resolução ANEEL 393). Alternativamente ao direito de preferência, é assegurado ao autor dos estudos de inventário e de revisões de inventário o direito de preferência a 1 (um) eixo de potência maior do que 1.000 kW e igual ou inferior a 50.000 kW, sem características de PCH, porventura identificado no potencial inventariado (art. 3º, § 4º, da Resolução ANEEL 393).

estudos hidrometeorológicos, considerando a consistência de (a) séries de vazões mensais, (b) curva de permanência de vazões mensais, (c) área de drenagem, em km², (d) risco associado à capacidade do vertedouro; (v) estudos ambientais, avaliando a área de influência e os impactos ambientais a serem provocados pelos aproveitamentos hidrelétricos, relativos a (a) meio socioeconômico e (b) meios físico e biótico; (vi) estudos de uso múltiplo dos recursos hídricos, com vistas a consubstanciar a declaração de reserva de disponibilidade hídrica; (vii) estudos de dimensionamento, incluindo (a) apresentação gráfica da concepção dos arranjos, (b) consistência da curva cota – área – volume, (c) alternativas de divisão de queda, (d) energia média gerada na alternativa selecionada, em MWh/ano, (e) potência instalada na alternativa selecionada, em MW e (f) estimativa de custos dos aproveitamentos.

Em caso de existência de estudos de inventário concorrentes, a ANEEL, por meio de comissão organizada para este fim, avaliará cada tópico, para classificar as proposições, atribuindo nota específica a cada tópico e observados os seguintes critérios (art. 6º da Resolução ANEEL 398):

(i) Será atribuída a nota 1 (um) à alternativa de estudo menos qualificada tecnicamente, acrescentando-se uma unidade na nota de cada estudo subsequente mais bem qualificado, até que todos sejam pontuados;

(ii) Quando os estudos distintos tiverem a mesma avaliação para um tópico específico, a pontuação a ser atribuída será a média aritmética das notas das posições que estes estudos ocupariam, caso não houvesse empate;

(iii) Para o caso de não existir determinado tópico ou houver inconsistência do mesmo, será atribuída a nota 0 (zero);

(iv) Os estudos concorrentes serão classificados conforme os valores obtidos pela totalização do produto da pontuação de cada tópico, sendo selecionado o que obtiver a maior pontuação.

Há, assim, o prévio estabelecimento de todos os requisitos e da forma de avaliação dos estudos de inventários hidrelétricos.

6.1.2 A RESOLUÇÃO ANEEL 395/1998

A Resolução ANEEL 395, de 04 de dezembro de 1998, por sua vez, prevê metodologias gerais para registro e aprovação de estudos de viabilidade e projeto básico de empreendimentos de geração hidrelétrica, assim como para a outorga de autorização para exploração de centrais hidrelétricas de até 30 MW.

Os interessados em obter concessão para exploração de aproveitamentos hidrelétricos com potência superior a 30.000 kW ou de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, previstos ou não no planejamento indicativo do setor elétrico, deverão apresentar os estudos de viabilidade ou o projeto básico à ANEEL, solicitando a sua inclusão em seu programa de licitação (art. 3º da Resolução ANEEL 395).

Após análise do requerimento, a ANEEL expedirá comunicado ao interessado, informando sobre o resultado do pleito, podendo solicitar as informações adicionais que julgar pertinentes (art. 3º, § 1º, da Resolução ANEEL 395). Caso o pleito seja considerado válido, após a aprovação do estudo de viabilidade ou do projeto básico, a ANEEL iniciará o procedimento de licitação para outorga de concessão (art. 3º, § 2º, da Resolução ANEEL 395).

Ademais, para efeito do que dispõe o art. 28 da Lei 9.427, o registro de realização de estudos e projetos será iniciado com a autuação do requerimento, específico para cada potencial hidráulico, sendo seu comprovante o número do processo da ANEEL (art. 4º da Resolução ANEEL 395). Os registros podem assumir a condição de ativo ou inativo¹³⁸ e a ANEEL divulgará, periodicamente, a relação dos registros ativos, assim como dos estudos de viabilidade e projetos básicos apresentados ou aprovados (art. 6º da Resolução ANEEL 395).

Examinado e aceito o primeiro requerimento para inclusão no programa de licitação, a ANEEL informará aos demais interessados que possuam registro ativo para o mesmo aproveitamento, assinalando-lhes prazo de 120 (cento e vinte) dias para apresentação dos estudos e projetos (art. 13 da Resolução ANEEL 395).¹³⁹ Prevê-se, de maneira isonômica, que agentes distintos apresentam estudos para o mesmo empreendimento.

Os estudos de viabilidade e projetos básicos serão objeto de avaliação quanto aos seguintes aspectos (art. 12 da Resolução ANEEL 395):

(i) desenvolvimento dos estudos ou projetos fundamentados em estudos básicos consistentes e adequados à etapa e ao porte do empreendimento;

(ii) atendimento à boa técnica em nível de projetos e soluções para o empreendimento, especialmente quanto às condições de atualidade, eficiência e segurança, e apresentação de custos com precisão adequada às diversas etapas de desenvolvimento dos

¹³⁸ Os registros ativos são aqueles considerados válidos pela ANEEL, com acompanhamento contínuo do andamento dos estudos, enquanto os inativos são os considerados insubsistentes pela ANEEL.

¹³⁹ Será anulado o registro de estudos de viabilidade ou de projeto básico quando houver fundados indícios que o seu titular, direta ou indiretamente, visa apenas alcançar resultado que iniba ou desestime a iniciativa de outros interessados no mesmo potencial hidráulico, ou objetive a formação de reserva de potenciais para seu uso futuro (art. 11 da Resolução ANEEL 395).

estudos, de modo a garantir uma correta definição do dimensionamento ótimo, de acordo com as normas técnicas e procedimentos instituídos pela ANEEL;

(iii) articulação com os órgãos ambientais e de gestão de recursos hídricos, nos níveis Federal e Estadual, bem como junto a outras instituições com interesse direto no empreendimento, quando for o caso, visando a definição do aproveitamento ótimo e preservando o uso múltiplo das águas;

(iv) obtenção do licenciamento ambiental pertinente.

Tal como ocorre na Resolução ANEEL 398, são previstos critérios de julgamento dos estudos apresentados. Muito antes, *e.g.*, da edição do Decreto 5.977, atos normativos veiculados pela Agência já previam a possibilidade de apresentação de estudos técnicos pelos interessados e a forma de análise e seleção da documentação.

6.2 A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS NO SETOR AEROPORTUÁRIO

No setor aeroportuário, também foi veiculado ato normativo específico regulamentando apresentação de estudos técnicos para a outorga de concessões.

A ANAC editou a Resolução 192, de 28 de junho de 2011 (a “Resolução ANAC 192”), que estabelece os procedimentos para solicitação, autorização e aprovação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de concessões para exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada, previamente definidas como prioritárias pelo Governo Federal.

Referida resolução foi editada com base na competência da Agência para conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte, bem como no art. 21 da Lei de Concessões e no Decreto 5.977.

A utilização do decreto como base para a elaboração da Resolução ANAC 192 se deu em razão da recomendação da Secretaria de Fiscalização de Desestatização do TCU ao Ministério dos Transportes exarada no Processo 022369/2009-0 e consubstanciada no Acórdão TCU 112/2012, supracitado. Há, assim, precedente da utilização das diretrizes estabelecidas no Decreto 5.977 para a edição de ato normativo setorial específico.

A Resolução ANAC 192 segue, em linhas gerais, as disposições do decreto (inclusive sobre a necessidade de que os projetos a serem estudados já tenham sido definidos como prioritários pelo Governo Federal). De outro lado, e diferentemente do Decreto 5.977, a resolução não se aplica apenas para as PPPs que possam ser desenvolvidas no setor, mas também para projetos de concessão comum, estruturados com base na Lei 8.987.

Com base na resolução, já foram elaborados estudos que originaram importantes concessões realizadas no setor aeroportuário.

6.2.1 AS CONCESSÕES DOS AEROPORTOS DE GUARULHOS, VIRACOPOS E BRASÍLIA

Após a veiculação da Resolução ANAC 192, foi publicado, em 22 de julho de 2011, o Edital de Chamamento Público 001/2011, tendo como objetivo o recebimento de estudos que pudessem subsidiar a modelagem de concessões para exploração, pela iniciativa privada, dos Aeroportos Governador André Franco Montoro, localizado no Município de Guarulhos (SBGR), Presidente Juscelino Kubitschek, localizado em Brasília (SBBR) e de Viracopos, localizado no Município de Campinas (SBKP).¹⁴⁰

Os interessados em obter as autorizações para a realização dos estudos deveriam observar as disposições da Resolução ANAC 192 e, dentre outras, as seguintes condições:

(i) prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contados da publicação do edital de chamamento, para requerer a autorização para realização dos estudos;

(ii) prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias corridos para a conclusão e apresentação dos estudos de mercado, estudos preliminares de engenharia e afins, estudos ambientais preliminares e avaliação econômico-financeira;

(iii) apresentação, ao final dos estudos, de demonstrativo de todas as despesas realizadas para as quais seja requerido o ressarcimento, bem como de relação de todos os profissionais utilizados.

Os estudos de viabilidade teriam a função de subsidiar a estruturação da concessão para expansão, manutenção e exploração dos aeroportos supramencionados, deveriam estar organizados nos seguintes produtos: (i) estudo de mercado;¹⁴¹ (ii) estudos preliminares de

¹⁴⁰ Os aeroportos foram incluídos no Programa Nacional de Desestatização – PND, para os fins da Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997, por meio do Decreto 7.531, de 21 de julho de 2011.

¹⁴¹ Os estudos de mercado deveriam englobar: (i) a avaliação de demanda e competição, considerando a delimitação das regiões de influência de cada projeto, levantamento de dados secundários e primários, projeção de demanda, competição intramodal e intermodal, (ii) as avaliações de receitas, com a estimativa de cada projeto, incluindo, dentre outras possibilidades, as resultantes das tarifas aeroportuárias, da tarifa de uso das comunicações e dos auxílios rádio e visuais em área terminal de tráfego aéreo, das atividades comerciais no aeroporto (restaurantes, estacionamentos, lojas etc.) e da exploração de atividades ligadas à aviação civil (balcões de *check in*, lojas das companhias aéreas, hangares, outras facilidades), (iii) análises de cenários, constituída de uma análise de *benchmarking* em relação a aeroportos relevantes em países em desenvolvimento e desenvolvidos, considerando, em particular, o gerenciamento do excesso de capacidade e a necessidade de investimentos, tipos de serviços e lucratividade.

engenharia e afins;¹⁴² (iii) estudos ambientais preliminares;¹⁴³ (iv) avaliação econômico-financeira.¹⁴⁴

A avaliação dos estudos apresentados seria realizada por comissão de avaliação indicada pela Diretoria da ANAC. Dever-se-ia considerar, para a seleção dos estudos a serem utilizados na futura concessão, os critérios de: (i) consistência das informações que subsidiaram sua realização; (ii) adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor; (iii) compatibilidade com as normas técnicas emitidas pela ANAC; (iv) razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando estudos similares e preços usuais no mercado;¹⁴⁵ (v) compatibilidade com a legislação aplicável ao setor; (vi) demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, se existentes.

¹⁴² Os estudos preliminares de engenharia e afins seriam compostos por inventário das condições existentes, desenvolvimento do sítio aeroportuário, e estimativa de custos de investimento (CAPEX) e operação (OPEX).

¹⁴³ Os estudos ambientais preliminares deveriam considerar os resultados dos estudos de engenharia, contemplando eventuais análises já procedidas por órgão ambiental competente. Os pontos essenciais dos estudos de meio ambiente deveriam abranger: (i) avaliação dos impactos e riscos ambientais associados ao projeto e possíveis expansões do aeroporto; (ii) identificação e precificação dos passivos existentes; (iii) avaliação da adequação dos estudos preliminares de engenharia e afins às normas e melhores práticas aplicáveis ao meio ambiente, segundo a legislação vigente, inclusive no que se refere ao zoneamento do ruído e do uso do solo; (iv) avaliação das medidas mitigadoras, das soluções e das estratégias a serem adotadas para a viabilização do projeto do ponto de vista socioambiental, quando aplicável; (v) obtenção das diretrizes e previsão de cronograma para o licenciamento ambiental do empreendimento pela futura concessionária, quando aplicável. Por fim, deveria ser verificada a consistência entre o anteprojeto do aeroporto e o Plano Diretor do sítio aeroportuário elaborado pela INFRAERO e aprovado pela ANAC, com a proposição de alterações cabíveis, especialmente no que se refere às questões ambientais.

¹⁴⁴ A avaliação econômico-financeira deveria conter a modelagem econômico-financeira pelo método de fluxo de caixa descontado, visando a avaliar a atratividade do projeto para o setor privado. Para tanto, a modelagem econômico-financeira deveria contemplar, ainda, os outros elementos pertinentes usualmente adotados no mercado, como a estimação do custo do capital próprio, do capital de terceiros e do custo médio ponderado de capital (WACC), o cálculo de parâmetros de viabilidade de projetos tradicionais (Taxa Interna de Retorno – TIR, Taxa Interna de Retorno Modificada – TIRM, Valor Presente Líquido – VPL, *payback*, *payback* descontado, entre outros) e o estabelecimento de premissas de financiamento, tributárias, macroeconômicas etc.

¹⁴⁵ Nos termos do Edital de Chamamento Público de Estudos 001/2011, o valor nominal máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de estudos foi limitado em: (i) R\$ 15.461.538,00 (quinze milhões, quatrocentos e sessenta e um mil e quinhentos e trinta e oito reais), para Guarulhos (SBGR); (ii) R\$ 6.161.538,00 (seis milhões, cento e sessenta e um mil e quinhentos e trinta e oito reais) para Brasília (SBBR); (iii) R\$ 16.153.846,00 (dezesseis milhões, cento e cinquenta e três mil e oitocentos e quarenta e seis reais) para Campinas (SBKP).

O Edital do Leilão ANAC 2/2011, para a concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos fixou os valores de ressarcimento em R\$ 7.031.910,77 (sete milhões, trinta e um mil, novecentos e dez reais e setenta e sete centavos), para o Aeroporto de Guarulhos, (ii) R\$ 2.536.053,46 (dois milhões, quinhentos e trinta e seis mil, cinquenta e três reais e quarenta e seis centavos) para o Aeroporto de Brasília e (iii) R\$ 7.697.166,54 (sete milhões, seiscentos e noventa e sete mil, cento e sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), para o Aeroporto de Campinas.

Por meio da Portaria ANAC 1.537/SRE, de 12 de agosto de 2011, as seguintes empresas foram autorizadas a desenvolver os estudos: (i) ATP Engenharia Ltda.; (ii) Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A.; (iii) Constran S.A. Construções e Comércio; (iv) Construtora Queiroz Galvão S.A.; (v) EBP; (vi) Edo Rocha – Arquitetura de Espaços Corporativos; (vii) Enejota Cavaliere Engenharia Ltda.; (viii) Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A. – Invepar; (ix) Planos Engenharia S/S Ltda.

O resultado da seleção foi publicado no Diário Oficial da União de 10 de outubro de 2011 e os estudos apresentados pela EBP foram selecionados para subsidiar a modelagem das concessões.

6.2.2 AS CONCESSÕES DOS AEROPORTOS DO GALEÃO E DE CONFINS

A Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (a “SAC”) editou, na data de 29 de janeiro de 2013, a sua Portaria 9 (a “Portaria SAC 9”), autorizando a EBP a desenvolver estudos técnicos preparatórios à concessão do aeroporto internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim e do aeroporto internacional Tancredo Neves.¹⁴⁶ O requerimento de autorização havia sido solicitado pela EBP em 18 de janeiro de 2013.

Tal como no Edital de Chamamento Público 001/2011, previu-se na Portaria SAC 9 a necessidade de elaboração de estudos de mercado, de engenharia, ambientais e avaliação econômico-financeira. A autorização foi concedida sem caráter de exclusividade à EBP, de forma que outros interessados poderiam solicitá-la para também desenvolver os estudos.

Diferentemente do disposto no art. 31 da Lei 9.074, no Decreto 5.977 e na Resolução ANAC 192, a Portaria SAC impossibilitou a participação das empresas autorizadas, direta ou indiretamente, no processo licitatório dos aeroportos (art. 3º, V). A solicitação de autorização deveria estar acompanhada de declaração de ciência de que a autorização para a realização dos estudos inviabilizaria a participação no certame (art. 4º, VI).

Houve, portanto, o afastamento das empresas que poderiam ter interesse em explorar a concessão o que se traduz, reflexamente, no menor número de subsídios e informações fornecidas ao Poder Público a respeito do negócio a ser concretizado.

Por meio da Portaria SAC 31, de 27 de fevereiro de 2013, a empresa IQS Engenharia Ltda. também foi autorizada a desenvolver os estudos. Com a publicação da Portaria SAC 71,

¹⁴⁶ O Conselho Nacional de Desestatização havia proposto à Presidência da República, por meio da Resolução 2, de 16 de janeiro de 2013, a edição de decreto autorizando a inclusão no Programa Nacional de Desestatização – PND dos referidos aeroportos. Em 1º de fevereiro de 2013, foi publicado o Decreto 7.896, dispondo sobre a inclusão dos aeroportos no Plano Nacional de Desestatização.

de 8 de maio de 2013, os estudos técnicos preparatórios apresentados pela EBP foram selecionados para embasar as concessões.

Em seus termos, os valores de ressarcimento à EBP foram fixados em R\$ 9.524.272,74 (nove milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, duzentos e setenta e dois reais e setenta e quatro centavos), para o Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro e em R\$ 9.612.570,72 (nove milhões, seiscentos e doze mil, quinhentos e setenta reais e setenta e dois centavos) para o Aeroporto Internacional Tancredo Neves. Tais montantes foram ratificados no item 6.2.5 do Edital do Leilão ANAC 01/2013, tendo por objeto a concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos.

6.3 A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS NO SETOR PORTUÁRIO

Por fim, a legislação portuária também admite a apresentação de estudos pela iniciativa privada para a estruturação de outorgas.

A Lei dos Portos dispõe que a exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público (art. 1º, § 1º). O Decreto 8.033, que a regulamenta, prevê que a licitação para a concessão e para o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária será feita com base em estudos prévios de viabilidade técnica, econômica e ambiental do objeto a ser outorga (art. 6º).

O Poder Concedente poderá autorizar a elaboração, por qualquer interessado, dos referidos estudos e, caso sejam utilizados para a licitação, deverá assegurar o ressarcimento dos dispêndios correspondentes (art. 6º, § 3º, do Decreto 8.033).¹⁴⁷

¹⁴⁷ Anteriormente à edição da Lei dos Portos e do Decreto 8.033, a Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (a antiga Lei dos Portos), já previa que o interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado poderia requerer à Administração do Porto a abertura da respectiva licitação (art. 5º). Indeferido o requerimento, caberia recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, ao Conselho de Autoridade Portuária (art. 5º, § 1º). Mantido o indeferimento, caberia recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, ao Ministério competente (art. 5º, § 2º). Por fim, caso o requerimento ou recurso não fossem decididos nos prazos de 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias, respectivamente, ficaria facultado ao interessado, a qualquer tempo, considerá-lo indeferido, para fins de apresentação dos recursos (art. 5º, § 3º). Igualmente, o Decreto 6.620, de 29 de outubro de 2008, garantia a qualquer interessado na outorga de porto organizado marítimo, mediante concessão, o direito de requerer à ANTAQ a abertura do respectivo procedimento licitatório (art. 15). O requerimento deveria estar acompanhado de estudos que demonstrassem a adequação técnica, operacional e econômica da proposta ao plano geral de outorgas, bem como seu impacto concorrencial, na forma do art. 21 da Lei 8.987 (art. 15, § 1º). Caso o objeto do requerimento não estivesse contemplado no plano geral de outorgas, caberia à SEP pronunciar-se, emitindo relatório técnico circunstanciado sobre a oportunidade e conveniência do pleito (art. 15, § 2º).

Além da previsão de ressarcimento, o edital poderá impor ao vencedor da licitação a obrigação de indenizar o antigo titular de porto organizado ou de terminal portuário pela parcela não amortizada dos investimentos realizados em bens afetos ao arrendamento ou à concessão, desde que tenham sido aprovados pelo Poder Concedente (art. 8º, parágrafo único, do Decreto 8.033).

Por meio da Resolução ANTAQ 3.220, de 8 de janeiro de 2014, foi aprovada a norma que estabelece os procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados.

Nos termos da resolução, o arrendamento de áreas e instalações portuárias será sempre precedido da elaboração de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA visando à avaliação do empreendimento e servirá de base para a licitação (art. 3º).

A Resolução ANTAQ 3.220 fixa os critérios que deverão ser observados na realização de estudos de EVTEA para a licitação de instalações portuárias. Dessa forma, aponta diretrizes que poderiam ser seguidas em âmbito de PMIs para a outorga de infraestrutura portuárias públicas.¹⁴⁸

O Poder Concedente poderá autorizar a elaboração do EVTEA por qualquer interessado e, caso esse seja utilizado para a licitação, deverá assegurar o ressarcimento dos dispêndios correspondentes (art. 3º, § 3º).

¹⁴⁸ Nos termos da Resolução ANTAQ 3.220, o EVTEA compreenderá: (i) análise econômico-financeira do empreendimento, com base nas receitas e nos dispêndios relativos à exploração dos serviços a serem realizados, com objetivo de atestar a viabilidade do empreendimento; (ii) o valor do arrendamento e, quando for o caso, o valor máximo das tarifas de serviço a serem praticadas; (iii) análise da viabilidade técnica, compreendendo o projeto de infra e superestruturas, localização, fluxo operacional e a sua articulação com os demais modais de transporte; (iv) análise preliminar da viabilidade ambiental, que deverá considerar o resultado dos estudos de engenharia, eventuais análises já procedidas por órgão ambiental competente e a licença de operação do porto, quando couber; (v) descrição da estrutura operacional proposta para o projeto, contendo as modalidades de transporte envolvidas, a infraestrutura para a transferência da carga desses modais para o porto ou vice-versa, e os sistemas para carregamento e descarregamento das embarcações, incluindo as condições de armazenagem da carga e/ou movimentação de passageiros; (vi) desenhos esquemáticos representando a estrutura operacional e memorial descritivo das áreas e instalações a serem arrendadas, acompanhados das respectivas representações em planta de localização e de situação, incluindo as benfeitorias e equipamentos; (vii) projeção do fluxo de carga e/ou de passageiros representativo das expectativas da demanda que se pretende atender, cujas bases devem estar fundamentadas em análises de mercado e informações de fontes reconhecidas e idôneas; (viii) investimentos necessários para a movimentação e armazenagem dos fluxos de carga e/ou de passageiros previstos para o projeto; (ix) custos estimados na movimentação da carga e/ou de passageiros para cada uma das diversas etapas da operação portuária; (x) estimativa de preços e tarifas utilizada no projeto, bem como os parâmetros adotados.

CAPÍTULO 7 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE EM ESTADOS E MUNICÍPIOS

7 A LEGISLAÇÃO ESTADUAL E MUNICIPAL

O presente capítulo se debruçará na exposição de atos normativos, editados em âmbito estadual e municipal, a respeito do PMI.

Dado a sua especificidade a respeito do tema, serão analisados o Decreto 12.653, de 28 de fevereiro de 2011, do Estado da Bahia (o “Decreto Estadual 12.653”), como exemplo de ato normativo editado por Estado, e os Decretos 13.821, de 23 de dezembro de 2009, 14.052, de 05 de agosto de 2010, e 14.657, de 21 de novembro de 2011, todos do Município de Belo Horizonte (respectivamente, o “Decreto Municipal 13.821”, o “Decreto Municipal 14.052” e o “Decreto Municipal 14.657”), a exemplificar atos normativos municipais.

De qualquer forma, apesar de ter sido conferido especial enfoque aos atos normativos mencionados, no Anexo ao presente trabalho é apresentada a sistematização dos atos normativos, editados em âmbito estadual, distrital e municipal, a propósito do PMI (além dos principais aspectos do Decreto 5.977, do PL 7.067 e do Projeto de Lei 2.892/2011). Os pontos objeto de análise são ali descritos sob 4 (quatro) perspectivas:

(i) abrangência das modalidades de outorga passíveis de estudo pelos particulares (com a significação de “restrita”, quando o ato disciplinar apenas as PPPs, em suas modalidades de concessão patrocinada e administrativa, e “ampla” quando abranger, adicionalmente, concessões comuns e permissões);¹⁴⁹

(ii) forma de início, sendo que a descrição “de ofício” traduz as hipóteses em que o objeto de estudo deva ser previamente definido como prioritário pela Administração Pública, e “de ofício ou mediante requerimento”, quando a iniciativa privada puder solicitar ao Poder

¹⁴⁹ Alguns atos normativos já editados poderiam ser enquadrados em noção amplíssima para o recebimento de estudos. Isso porque, além de disciplinar a estruturação de estudos e projetos de concessão comum, administrativa ou patrocinada e de permissão, também admitem a apresentação de trabalhos técnicos relativos a operações urbanas consorciadas ou a quaisquer outros modelos contratuais para a Administração Pública direta e indireta (art. 1º). São eles o Decreto 23.936/2013, do Município de Salvador, bem como os Decretos 3.949/2014 e 3.950/2014, do Município de Alagoinhas, ambos localizados no Estado da Bahia. A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), considera a operação urbana consorciada como “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (art. 32, § 1º). Além deles, o PL 7.067, caso convertido em lei com a sua atual redação, também admitirá a estruturação de arranjos societários público-privados, de outras modalidades de associação público-privada e de obras públicas, além das concessões, em quaisquer de suas modalidades, e de PPPs.

Público a realização de estudos sobre determinado objeto, ainda que não caracterizado como prioritário;

(iii) publicidade, descrevendo os principais aspectos para conferir maior transparência à estruturação de projetos em âmbito de PMIs;

(iv) ressarcimento, com a exposição dos pontos que garantam o direito ao reembolso ao autor dos estudos selecionados;

(v) reconhecimento de direitos subjetivos, com o detalhamento dos dispositivos que pautem pleitos dos interessados, especialmente sobre as decisões a respeito da seleção da documentação.

Antes de se adentrar nos aspectos dos atos normativos, vale pontuar que trabalhos atuais destacam a utilização do PMI, em âmbito estadual e municipal, para a modelagem de concessões.

Em recente pesquisa, apontou-se que, entre os anos de 2007 e 2012, o procedimento havia sido empregado para a realização de estudos sobre 73 (setenta e três) projetos. A maior parte dos deles (no total de 52 (cinquenta e dois), representando 71,23% da amostra) foi publicada nos anos de 2011 e 2012.¹⁵⁰

Em atualização da pesquisa, constatou-se que, do total de 26 (vinte e seis) PMIs que haviam sido publicados no ano de 2011, 8 (oito) (30,7% da amostragem) chegaram à fase de licitação. Foram eles:¹⁵¹

(i) PPP, na modalidade de concessão patrocinada, para implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, manutenção e expansão do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas;

(ii) PPP, na modalidade de concessão administrativa, destinada à construção, manutenção, operação e gestão de 6 (seis) unidades fixas, nos Municípios de Fortaleza, Juazeiro do Norte e Sobral, e de 8 (oito) unidades móveis do Programa “Vapt Vupt”, – Programa de implantação de Centrais de Atendimento ao Cidadão do Governo do Estado do Ceará;

(iii) PPP, na modalidade de concessão administrativa, para a construção, instalação, operação e manutenção geral da central de cogeração a gás natural, para o Centro de Eventos

¹⁵⁰ PEREIRA, Bruno Ramos; VILLELA, Mariana; SALGADO, Valéria. *Procedimento de manifestação de interesse nos estados: relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PPP*, p. 10-11. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/GiovanniSandes/relatrio-ppp-brasil-pm-is-nos-estado>>. Acesso em: 17. jun. 2014.

¹⁵¹ PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de manifestação de interesse nos estados: atualização do relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*, p. 5.

do Estado do Ceará, incluindo obras civis complementares e adequação de materiais e equipamentos;

(iv) PPP, na modalidade de concessão administrativa para a gestão de rede de serviços de atendimento ao cidadão no Estado do Espírito Santo, denominada “Faça Fácil”, abrangendo a implantação, gestão, operação e manutenção de 3 (três) unidades fixas do Faça Fácil localizadas nos Municípios de Serra, Cachoeiro de Itapemirim e Colatina; a operação, gestão e manutenção da unidade fixa localizada no Município de Cariacica; e implantação, operação e manutenção de 2 (duas) unidades móveis do Faça Fácil.;

(v) PPP, na modalidade de concessão administrativa, para gestão, operação e manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura existente da Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense – IFAB, de titularidade da Fundação para o Remédio Popular “Chopin Tavares de Lima” – FURP, vinculada à Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo, e serviços de assessoria à FURP na obtenção de Registros de Medicamentos perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;

(vi) PPP, na modalidade de concessão patrocinada, para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô de São Paulo, contemplando implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação, manutenção e expansão;

(vii) PPP, na modalidade de concessão administrativa, destinada à implantação, manutenção, operação e gestão de unidades de atendimento ao cidadão, denominadas “Tudo Aqui”, localizadas nos Municípios de Curitiba, Cascavel, Foz do Iguaçu, Guarapuava, Londrina, Maringá e Ponta Grossa, no Estado do Paraná;

(viii) PPP, na modalidade de concessão administrativa, para implantação, desenvolvimento, manutenção, administração e operação da infraestrutura do Centro de Gestão Integrado do Distrito Federal.

Mario Queiroz Guimarães Neto e Adrian Machado Batista destacam experiência bem sucedida da aplicação do procedimento de manifestação de interesse para na estruturação de projetos de concessão de 16 rodoviários no Estado de Minas Gerais. Os autores destacam a publicação, no dia 23 de janeiro de 2008, do PMI 001/2008, cujo objetivo foi o convidar a iniciativa privada a contribuir para a estruturação de projetos de concessão, nas modalidades comum ou patrocinada, de 16 (dezesesseis) lotes rodoviários previamente definidos pelo Estado de Minas Gerais.¹⁵²⁻¹⁵³

¹⁵² GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada*. Disponível em:

O Estado havia contratado empresa especializada para fazer os estudos e modelagens dos 16 lotes rodoviários. No âmbito do PMI, grupo de 63 (sessenta e três) empresas privadas do ramo rodoviário associou-se em consórcio para fazer os estudos. O objetivo era o de, após a finalização dos estudos pelo consórcio, tomar a decisão que fosse mais vantajosa para o Estado, mas que também garantisse retorno e atratividade do negócio para as pessoas jurídicas interessadas em explorar economicamente os trechos rodoviários.

Em setembro de 2009, o consórcio entregou seus estudos e modelagens para o Estado de Minas Gerais. Foram contemplados 7.400 quilômetros de rodovias, tendo-se concluído pela viabilidade da concessão de 5.766,5 quilômetros, distribuídos em 17 (dezessete) lotes. Ademais, constatou-se que a concessão de, aproximadamente, 1.600 quilômetros de rodovias não seria viável do ponto de vista econômico-financeiro.¹⁵⁴

7.1 O DECRETO 12.653/2011, DO ESTADO DA BAHIA

O Decreto Estadual 12.653 regulamenta o PMI em projetos de PPPs, de concessões comuns e permissões, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual da Bahia. Foi editado tendo em vista o disposto no art. 21 da Lei de Concessões, no art. 31 da Lei 9.074, no art. 3º da Lei de PPPs e art. 3º, III, da Lei Estadual de PPPs (Lei 9.920, de 27 de dezembro de 2004), o qual determina que a inclusão de projeto no Programa Estadual de PPPs dependerá da existência de estudo técnico demonstrando sua viabilidade.

No Estado da Bahia, o procedimento poderá ser iniciado tanto de ofício, por meio de chamamento público aos eventuais interessados, quanto por meio do recebimento de pedido de autorização para a proposição de modelagens. O PMI será começado mediante solicitação das entidades ou órgãos interessados, ao qual serão juntados (art. 4º): (i) demonstração do interesse público na realização da obra ou serviço a ser licitado; (ii) estudos preliminares, que

<http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014, p. 9.

¹⁵³ Para a sistematização da experiência relativa à utilização do procedimento de manifestação de interesse no Estado de Santa Catarina, cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *A regulamentação e a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse no Estado de Santa Catarina: comentários a respeito do Decreto Estadual nº 962/2012*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/264755-a-regulamentacao-e-a-utilizacao-do-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-no-estado-de-santa-catarina-comentarios-a-respeito-do-decreto-estadual-no-9622012>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

¹⁵⁴ GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada*, p. 18. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

permitam a apreciação técnica concernente a custos, benefícios, prazos e viabilidade; (iii) previsão de impacto orçamentário do PMI e dos contratos de consultoria necessários à análise e eventual estruturação final do seu objeto; (iv) minuta de instrumento convocatório, incluindo roteiro detalhado dos documentos a serem produzidos pelos interessados e critérios objetivos de pontuação para a seleção dos estudos.¹⁵⁵

Para garantia de publicidade, o documento de PMI será veiculado no Diário Oficial do Estado, com a indicação de seu objeto, dos prazos para apresentação de manifestação de interesse, para apresentação dos estudos e projetos e para realização do procedimento, dos critérios objetivos de pontuação dos estudos e da página da rede mundial de computadores na qual estarão disponíveis as demais normas, consolidadas no instrumento de solicitação (art. 9º).

7.1.1 A SELEÇÃO DOS PROJETOS

Poderão participar do PMI pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, individualmente ou em grupo, nacionais ou estrangeiras (art. 10). Tal como estabelecido na Lei 9.074, não se impedirá a participação, direta ou indireta, dos autores ou patrocinadores dos estudos na eventual licitação dele derivada (art. 11).

Os interessados em participar do PMI deverão apresentar manifestação de interesse, cabendo à entidade ou órgão solicitante, após exame da documentação entregue, expedir Termo de Autorização, a ser publicado no Diário Oficial do Estado, indicando os interessados autorizados a iniciar as atividades (art. 13).

A avaliação e seleção dos estudos serão realizadas segundo os seguintes critérios (art. 19): (i) consistência de dados e informações utilizadas; (ii) adoção de melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes; (iii) compatibilidade com a legislação em vigor; (iv) análise comparativa de custo e benefício dos projetos propostos com soluções alternativas; (v) análise comparativa de impactos ambientais e paisagísticos provocados pelos empreendimentos em relação a soluções alternativas; (vi) razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando estudos e projetos similares.

¹⁵⁵ Os estudos poderão ser utilizados, total ou parcialmente, na elaboração de editais, contratos e demais documentos referentes à concessão (art. 8º).

Os critérios específicos de pontuação serão previstos no instrumento do PMI (art. 20) e a avaliação da documentação apresentada deverá ser devidamente fundamentada pela Administração Pública.

7.1.2 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

Os eventuais interessados em apresentar os estudos à Administração do Estado da Bahia arcarão com os custos financeiros para o desenvolvimento dos trabalhos e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse.

Não farão jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, *salvo disposição expressa em contrário* (art. 16). Assim, embora a regra geral seja a de inexistência de direitos subjetivos ou de garantia de remuneração aos participantes do PMI, o instrumento de chamamento público poderá prever eventuais, *e.g.*, indenizações em favor dos autorizados e formas de remuneração que não decorressem exclusivamente do reembolso procedido pelo vencedor da licitação (art. 16, § 1º).

Em linha com o art. 21 da Lei de Concessões, é admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores ao futuro concessionário do projeto derivado do PMI, observados os termos e condições do previstos no instrumento de convocação (art. 16, § 2º).

Concluída a seleção integral ou parcial de estudos ou outros tipos de investigação, na hipótese de previsão de ressarcimento, os valores indicados pelos participantes autorizados para os subsídios que tiverem sido selecionados serão analisados pelo órgão ou entidade solicitante, para fins de reembolso (art. 21).

7.1.3 O RECONHECIMENTO DE DIREITOS AOS INTERESSADOS

O Decreto 12.653 admite o reconhecimento de direitos subjetivos aos autorizados a apresentar estudos no âmbito do PMI. Há a possibilidade de que o documento de chamamento público contenha, *e.g.*, hipóteses nas quais seriam devidas remunerações, indenizações ou reconhecidos outros direitos subjetivos aos autorizados.

Adicionalmente, a avaliação e seleção, integral ou parcial, dos trabalhos técnicos, bem como os respectivos valores de ressarcimento, poderão ser objeto de recurso na esfera administrativa quanto ao seu mérito, por meio de petição dirigida ao titular do órgão ou entidade solicitante (art. 22).

Isso faz com que o dever de análise cuidadosa e de adequada fundamentação em relação aos estudos recebidos seja ampliado, já que as pessoas autorizadas a apresentar a documentação poderão recorrer das considerações que tenham sido realizadas. Ainda, a previsão é bastante diversa das disposições do Decreto 5.977, cujo art. 11, perdendo de vista o art. 5º, XXXIV e XXXV/CF, prevê, de forma inapropriada, que a avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito de PMIs iniciados com base nele não se sujeitariam a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito.

Os pedidos de reconsideração porventura interpostos deverão ser protocolados junto ao órgão ou entidade solicitante no prazo de até 5 (cinco) dias úteis posteriores à publicação do resultado da seleção e serão examinados pelo titular no prazo de até cinco dias úteis posteriores ao seu protocolo (art. 22, parágrafo único).

7.2 OS DECRETOS 13.821/2009, 14.052/2010 E 14.657/2011, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

Os atos normativos editados no Município de Belo Horizonte são tomados como exemplo da tentativa de se estabelecer distinções do que sejam os *procedimentos de manifestação de interesse* (PMIs) e as *manifestações de interesse da iniciativa privada* (MIPs). A grande peculiaridade é que a distinção se dá sob a égide outro ato normativo específico, que já seria apto a reger o procedimento para o recebimento de estudos relativos a concessões em âmbito municipal.

Na data de 23 de dezembro de 2009, foi publicado o Decreto Municipal 13.821, regulamentando as disposições da Lei de Concessões, da Lei 9.074 e da Lei de PPPs para dispor sobre a apresentação de projetos de PPPs e outras formas de exploração de serviços e bens públicos por particulares.

As pessoas físicas ou jurídicas interessadas em apresentar projetos básicos e executivos para tais empreendimentos deveriam atender às disposições do decreto (em conformidade com seu art. 1º).

Nos termos do Decreto Municipal 13.821, o Poder Executivo deveria identificar as potencialidades econômicas do Município e sua rede de bens, serviços e empreendimentos passíveis de exploração por particulares, podendo publicar edital de credenciamento, individualizando os projetos para os quais se disporia a receber a colaboração de particulares (arts. 2º e 3º).

Os interessados deveriam apresentar, na forma e prazo estipulados no edital de credenciamento, o requerimento de autorização, indicando o projeto para o qual se credenciarão, acompanhado da demonstração de sua qualificação técnica (art. 5º). Na hipótese de existir mais de 1 (um) para o mesmo empreendimento, a Administração autorizaria ambos, obrigando-se a, posteriormente, selecionar, mediante critérios prévios e objetivos, aquele que melhor atenderia aos interesses da localidade e às necessidades de seus cidadãos (art. 7º).

O Decreto Municipal 13.821 já havia previsto a lógica do PMI. Tal aspecto, contudo, foi repetido pelo Decreto Municipal 14.052. Nele, o PMI inicia-se com a publicação, no Diário Oficial do Município, do aviso para recebimento dos estudos, contendo o resumo do objeto que se pretende desenvolver, o prazo para apresentação das manifestações e a página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis o texto integral do procedimento e as demais normas aplicáveis (art. 6º). A manifestação dos interessados deverá ser apresentada conforme os termos e condições fixados no instrumento de solicitação (art. 7º).

Em sentido semelhante, o Decreto Municipal 14.657 estabeleceu que, a critério do Prefeito Municipal, poderá ser apreciada MIP para o desenvolvimento ou aprofundamento de estudos relativos a projetos, que tenham sido objeto de proposta preliminar já autorizada ou com escopo similar ao de projeto em exame pela Administração Direta e Indireta do Poder Executivo local (art. 1º, § 2º).

A autorização da MIP será concedida sem caráter de exclusividade e o seu deferimento se dará com a publicação, na imprensa oficial, da autorização de serviço, cujo extrato conterá resumo do objeto e prazo para apresentação dos estudos (art. 5º, V). A autorização não impede qualquer outra pessoa de apresentar proposta de estudos técnicos, de viabilidade e de realização de atividades de apoio especializado para o mesmo projeto (art. 6º).

7.2.1 A SELEÇÃO DOS PROJETOS

Embora os Decretos 14.052 e 14.657 tenham sido publicados posteriormente, as disposições para a qualificação técnica dos interessados e para a seleção dos projetos apresentados são veiculadas, genericamente, pelo Decreto 13.821. Este prevê que o edital de credenciamento para o recebimento de estudos e demais documentos pela Administração Pública local estabelecerá requisitos mínimos de qualificação técnica (art. 4º), os quais

deverão ser pertinentes à participação dos interessados em projetos para empreendimentos semelhantes, referentes à modelagem, vulto e complexidade (art. 4º, parágrafo único).

Para a seleção de projetos, o Poder Executivo constituirá comissão, formada por representantes do Poder Público e da sociedade civil (detentores de notória especialização na área pertinente ao empreendimento), que ficará responsável pela elaboração dos critérios prévios e objetivos a serem observados no julgamento (art. 8º).

Não há, nos atos normativos, o estabelecimento dos critérios que serão levados em consideração para a avaliação da documentação apresentada: eles serão definidos nos documentos de credenciamento para a apresentação dos estudos e nos atos de autorização, especificamente em relação às MIPs em que haja mais de um interessado autorizatário.

7.2.2 O DIREITO AO RESSARCIMENTO E A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

O Decreto 13.821 prevê que a elaboração dos projetos não gerará ônus financeiro ao Município de Belo Horizonte, mas outorga ao selecionado o direito de perceber o ressarcimento devido pelo vencedor da licitação, nos termos do art. 21 da Lei de Concessões (art. 10). Ademais, nas justificativas para a elaboração do decreto, há as considerações a respeito do art. 31 da Lei 9.074, permitindo-se que aqueles que tenham apresentado os estudos no âmbito do PMI e da MIP possam participar da licitação para a exploração econômica do empreendimento.

Tais aspectos são ratificados pelos Decretos 14.052 e 14.657, ao permitir que os participantes dos PMIs e os proponentes das MIPs não estarão impedidos de se apresentar como licitantes nas licitações promovidas pelos órgãos ou entidades competentes (art. 3º, § 5º, do Decreto 14.052; art. 2º, § 5º, do Decreto 14.657).

Adicionalmente, caso os estudos realizados em decorrência dos PMIs e das MIPs sejam acolhidos, conforme decisão do Poder Executivo Municipal, o ressarcimento das despesas incorridas pelo autorizatário ficará a cargo do vencedor do processo licitatório e será feito de acordo com os valores indicados do instrumento de manifestação de interesse ou no pedido de autorização (art. 11, § 2º, do Decreto 14.052; art. 9º do Decreto 14.657).

7.2.3 O RECONHECIMENTO DE DIREITOS AOS INTERESSADOS

Diferentemente dos Decretos 13.821 e 14.657, os quais são silentes a respeito do tema, o Decreto 14.052 prevê que os participantes do PMI serão responsáveis pelos custos

financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário (art. 11).

A disposição é semelhante à contida no Decreto Estadual 12.653 e possibilita que os instrumentos de credenciamento e de chamamento para a apresentação de estudos, bem como – por analogia – os atos de autorização referentes às MIPs, estabeleçam direitos subjetivos aos interessados (tais como o direito de recurso contra decisões realizados ao longo do procedimento, sobre a avaliação e seleção dos estudos e contra atos do Poder Público que representam a violação a deveres de boa-fé administrativa).

CAPÍTULO 8 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E A EXTENSÃO DA COMPETIÇÃO

8 A COMPETIÇÃO PARA A APRESENTAÇÃO DE ESTUDOS

O presente capítulo será dedicado à exposição de aspectos que indicam que, como decorrência do PMI, a competição em relação a concessões ocorrerá não apenas na fase licitatória, mas já na etapa preparatória, de elaboração dos trabalhos técnicos para embasar as outorgas.

Exemplos práticos demonstram que os interessados concorrerão na apresentação de suas propostas, para que seus pontos de vista possam ser levados em consideração na estruturação da concessão e para que possam ser ressarcidos dos dispêndios relativos à realização dos estudos. O ponto é destacado por Danilo Tavares da Silva, ao assinalar que:

[...] a distinção entre a fase interna e a fase externa da licitação pode ser um pouco acentuada em se tratando de uma licitação de PPP, pois a disputa dos particulares pelo contrato pode iniciar já mesmo no oferecimento de dados fundamentais ao processo decisório da Administração Pública. Não só a Lei nº 11.079/04, como diversos outros diplomas estaduais, preveem o instituto da apresentação de projetos de PPPs. A finalidade principal de tal mecanismo é oportunizar a coleta e o aproveitamento de projetos de empreendimentos passíveis de ser implantados por meio desta modalidade contratual – o que pode representar, para o Poder Público, um ganho de tempo e de custos, pois a realização de estudos de projetos complexos como aqueles para os quais a Lei de PPPs foi pensada costumam ser sabidamente dispendiosos.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

Tal aspecto demonstra a ampliação da fase preparatória da licitação das concessões, com a possibilidade de oferecimento de proposições pelos interessados, em oposição à ideia de que seria puramente interna ao corpo da Administração Pública.¹⁵⁸

¹⁵⁶ SILVA, Danilo Tavares da. Licitação na Lei nº 11.079/04. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.) *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 74-75.

¹⁵⁷ Conforme demonstrado no presente trabalho, o recebimento de estudos pelos interessados não se circunscreve apenas às parcerias público-privadas, nos termos da Lei 11.079, mas é extensível a projetos licitados com base na Lei 8.987 e em diplomas normativos setoriais específicos. Adicionalmente, a experiência nacional não se concentra apenas na União e em Estados, mas também é experimentada por Municípios e Distrito Federal.

¹⁵⁸ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 345. A noção de que as decisões relativas à fase preparatória das licitações ocorrem, tão-somente, por meio dos braços da própria Administração Pública, também parece estar presente nas ideias a respeito do tema de Pedro Guillermo Altamira. Para o autor, “[p]reparado el pliego de condiciones, que es un procedimiento interno de la Administración y previo a la licitación, le sigue la publicidad de la licitación que ofrece la oportunidad de participar en el procedimiento licitatorio a todos los posibles acudatarios o contratistas, permitiendo a la Administración elegir entre sus ofertas la que presente mejores condiciones (ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1971, p. 522).

Abre-se a possibilidade de Poder Público se munir dos estudos e opiniões dos interessados na futura concessão, que competirão entre si para que seus trabalhos técnicos sejam selecionados.

Como exemplo prático dessa assertiva, podem ser destacados casos concretos sobre a solicitação de estudos para o planejamento de concessões pela Administração Pública. Neles, há interessados em realizar os trabalhos técnicos que poderão embasar a licitação, instaurando-se a competição já na fase de estruturação da outorga.

Essas experiências demonstram que há disputa, certame para a seleção dos estudos, ainda que instaurada em fase pré-licitatória, antecedendo a de licitação da concessão propriamente dita.

Para a evidenciação de tais aspectos, são destacadas as seguintes experiências federais, estaduais e municipais a respeito do tema:

(i) o Chamamento Público 01/2014, do Ministério dos Transportes, tendo como objetivo o recebimento de estudos para a concessão da BR-101/RJ, trecho Acesso à Ponte Presidente Costa e Silva (Niterói) - Entr. RJ-071 Linha Vermelha;

(ii) a Manifestação de Interesse 01/2013, do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre, para a apresentação de estudos de viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica, bem como de projetos para a composição do edital de contratação de parceria público-privada do Metrô de Porto Alegre;

(iii) a Lei Estadual do Paraná 17.046, que institui o Conselho Gestor, vinculado à Secretaria do Estado do Planejamento e Coordenação geral, com a finalidade de gerir o Programa de Parcerias Público-Privadas (Paraná Parcerias);

(iv) o Chamamento Público 01/2013 – SES, da Prefeitura de São Paulo, tendo por objetivo receber estudos técnicos e modelagem de projetos de parceria público-privada para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção a infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo.

8.1 O CHAMAMENTO PÚBLICO 01/2014, DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES

Foi realizada pelo Ministério dos Transportes, em 29 de janeiro de 2014, a publicação do Edital de Chamamento Público 01/2014, para a elaboração dos estudos para a

A existência do PMI demonstra, de outro lado, que as decisões sobre todos os aspectos da futura outorga podem não ser feitas exclusivamente pela Administração, internamente, mas contar com a colaboração direta dos eventuais interessados.

concessão da BR-101/RJ, trecho Acesso à Ponte Presidente Costa e Silva (Niterói) - Entr. RJ-071 Linha Vermelha.

Conforme o documento, a elaboração dos trabalhos técnicos deveria contemplar os seguintes estudos:

(i) demanda, com a caracterização da demanda atual por tipo de veículo e sua projeção futura na ponte, nas vias de acesso e nas vias adjacentes; pesquisa origem e destino; pesquisa de preferência declarada;

(ii) engenharia, por meio do apontamento da situação atual da obra de arte especial e dos acessos (aspectos funcionais e estruturais); obras requeridas e custos associados; programas de manutenção e conservação requeridos e custos associados; programas de inspeção e monitoração requeridos e custos associados;

(iii) operação, com a definição equipamentos, dispositivos e sistemas requeridos para operação da via e para a sinalização marítima e custos associados;

(iv) estudos de alternativas técnicas e operacionais para melhoria da fluidez do tráfego na ponte, nas vias de acesso e vias adjacentes;

(v) meio ambiente, com os respectivos estudos e relatórios ambientais;

(vi) modelagem econômico-financeira, por meio da integração dos estudos de forma a estruturar os diferentes aspectos requeridos para a concessão;

(vii) apoio na elaboração de minutas de documentos, com a elaboração do material necessário para a realização do procedimento licitatório.

Os interessados que pretendessem realizar a elaboração dos estudos deveriam protocolar, perante o Ministério dos Transportes, em até 10 (dez) dias contados da publicação do chamamento, requerimento da autorização prevista no art. 21 da Lei de Concessões. Seria conferido o prazo de 120 (cento e vinte) dias corridos, contados da publicação da autorização, para apresentá-los à ANTT.

Ademais, eventuais autorizações seriam outorgadas sem caráter de exclusividade, não gerariam direito de preferência para a outorga da concessão, não obrigariam o Poder Público a realizar a licitação, não criariam, por si só, qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração, seriam pessoais e intransferíveis e não garantiriam que os estudos realizados serão selecionados e utilizados.

Foi aberto procedimento público, no qual os interessados poderiam requerer o direito de elaborar os estudos. Não foi concedida autorização específica a qualquer empresa, por meio do Edital de Chamamento Público 01/2014. Todas elas deveriam manifestar o seu interesse perante o Ministério dos Transportes.

Posteriormente, o Ministério dos Transportes publicou a Portaria 52, de 26 de fevereiro de 2014, autorizando as seguintes empresas a elaborar os estudos para a concessão: (i) Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S/A; (ii) CCR S/A; (iii) Construtora Cowan S/A; (iv) Construtora Queiroz Galvão S/A – CQG; (v) Ecorodovias Infraestrutura e Logística S/A; (vi) EGP – Empresa Global de Projetos Ltda.; (vii) EBP; (viii) Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A Invepar; (ix) Odebrecht Transport S/A; (x) Planos Engenharia S/S Ltda.; (xi) Proficenter Construções Ltda.; (xii) Saitec Brasil – Serviços de Consultoria e Auditoria Ltda.¹⁵⁹

A grande maioria das empresas interessadas compete entre si na construção de obras e na exploração econômica de empreendimentos passíveis de licitação pelo Poder Público. Isso faz com que haja a disputa entre elas, já na fase de apresentação de estudos, para que suas contribuições, fornecidas ao longo do procedimento instaurado pelo Edital de Chamamento Público 01/2014, sejam acolhidas pela Administração Pública Federal.

Outras empresas, como a EBP, embora não tenham interesse na exploração do objeto a ser concedido, possuem como finalidade estatutária o desenvolvimento de estudos com esse escopo. Assim, a seleção da documentação por ela elaborada é essencial para que possa cumprir o seu objetivo social e para que seja remunerada pelos desembolsos incorridos para a preparação de todos os projetos.

A ANTT acompanhará o andamento dos trabalhos, conforme agenda de reuniões definida pela Agência, de comparecimento obrigatório pelos autorizados (art. 6º, § 6º, da Portaria 52). Isso faz com que haja a interação entre a Administração Pública Federal e as empresas autorizadas, de forma que o Ministério dos Transportes e a ANTT possam colher todas as informações necessárias para a escolha dos aspectos que pautarão a concessão.

Procedimentos semelhantes têm sido usados também em outros setores de transportes terrestres pelo Ministério dos Transportes.

Com intuito semelhante ao do Chamamento Público 01/2014, foram publicados, no Diário Oficial da União de 10 de junho de 2014, os editais de chamamento público de estudos 06/2014 a 11/2014, os quais têm como objetivo a complementação dos estudos de viabilidade técnica, com intuito de subsidiar a implantação da infraestrutura ferroviária nas seguintes estradas de ferro: (i) EF - 151, no trecho entre Açailândia (MA) e Barcarena (PA); (ii) EF -

¹⁵⁹ Os aspectos contidos na Portaria MT 52/2014, especialmente para o recebimento e avaliação dos estudos, estão baseados no Decreto 5.977, notadamente em vista da posição do TCU exarado por meio do Acórdão 112/2012-Plenário, no qual se recomendou ao MT que utilizasse o referido decreto, por analogia, sempre que outorgasse autorização para realização por particulares dos estudos técnicos de que trata o art. 21 da Lei de Concessões.

354, no trecho entre Anápolis (GO) e Corinto (MG); (iii) EF - 116, no trecho entre Belo Horizonte (MG) e Guanambi (BA); (iv) trecho entre Estrela D'Oeste (SP) e Dourados (MS); (v) EF - 354 entre Sapezal (MT) e Porto Velho (RO); (vi) EF - 170 entre Sinop (MT) e Miritituba, distrito de Itaituba (PA).

Poderão participar dos Chamamentos Públicos pessoas físicas ou jurídicas que pretendam apresentar os estudos de viabilidade técnica. Para tanto, deverão apresentar, dentre outras, informações sobre: (i) o detalhamento das atividades que pretendem realizar, considerando o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos; (ii) estimativa de custo específico para elaboração do estudo objeto da solicitação.

Os interessados em participar deverão protocolar, perante o Ministério dos Transportes, em até 20 (vinte) dias úteis contados da publicação dos chamamentos, requerimento da autorização prevista no art. 21 da Lei de Concessões.

Os autorizatários terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos, contados da publicação da autorização, para apresentar os estudos à ANTT. A sua avaliação será realizada por comissão indicada pelo Ministério dos Transportes, que deverá considerar, para a seleção do estudo a ser utilizado na futura outorga, os seguintes critérios: (i) consistência das informações que subsidiaram sua realização; (ii) adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor técnica aplicável ao setor; (iii) compatibilidade com as normas técnicas emitidas pelo Ministérios dos Transportes, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, e demais agentes do setor, bem como à legislação pertinente; (iv) razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando estudos similares e preços usuais de mercado.

A apresentação dos estudos por qualquer dos autorizados não resulta em qualquer espécie de impedimento de participar, direta ou indiretamente, isoladamente ou em consórcio, de procedimentos licitatórios relativos às obras e serviços para implantação das infraestruturas ferroviárias objeto dos chamamentos, na forma do art. 31 da Lei 9.074.

Espera-se que, tal como no Chamamento Público 01/2014, haja o interesse de empresas que concorrem entre si na prestação de serviços de transportes para influenciar a decisão administrativa para a outorga da concessão.

8.2 A MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE 01/2013, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

O Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre, por intermédio do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas do Município de Porto Alegre – CGPPP/POA, tornaram público, na data de 15 de outubro de 2013, o Edital para Solicitação de Manifestação de Interesse 001/2013, para apresentação de estudos de viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica, bem como projetos que contivessem o nível de detalhamento suficiente para a composição do edital de contratação de parceria público-privada do Metrô de Porto Alegre.

O Edital para Solicitação de Manifestação de Interesse 001/2013 foi publicado com a finalidade de:

(i) receber projetos e estudos técnicos sobre a viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica do projeto do Metrô de Porto Alegre, visando a sua consolidação e de forma a permitir o oferecimento de sugestões trazidas pelos interessados, com base na aplicação de sua experiência e das inovações tecnológicas à disposição do mercado;

(ii) colher subsídios para agregar, apurar e consolidar ideias, métodos e sistemas acerca do projeto, atendendo aos parâmetros fixados pela Administração Pública em suas diretrizes gerais;

(iii) reduzir os custos finais de elaboração da modelagem final do projeto, mediante a colaboração espontânea dos diversos setores econômicos envolvidos, resultando em importante intercâmbio de ideias;

(iv) resultar em projeto que garanta a conformidade com o modelo mais apropriado para a Administração Pública, bem como no desenvolvimento de serviço público adequado à população, permitindo a viabilidade econômico-financeira do empreendimento.

Poderiam participar do procedimento quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, individualmente ou em grupo, desde que apresentassem a sua manifestação de interesse acompanhada de, dentre outros documentos: (i) projeto funcional preliminar, com descrição de traçado, estações, complexo de manutenção e método construtivo das estações, poços de ventilação e saída de emergência (PVSE), bem como a sua relevância e estimativa preliminar dos benefícios econômicos e sociais dele advindos; (ii) possíveis modelos de negócio relativos à parceria público-privada, que seriam analisados ao longo do trabalho de elaboração dos estudos técnicos, de forma a considerar as linhas básicas

do projeto; (iii) plano de trabalho; (iv) outros elementos que permitissem avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos no projeto.

Os interessados poderiam apresentar mais de uma proposta de projeto funcional preliminar para o desenvolvimento dos estudos técnicos e não ficariam impedidos de participar de futuro procedimento de licitação.

Os proponentes deveriam apresentar todos os documentos relativos à concessão do Metrô de Porto Alegre, incluindo: (i) estudos topográficos, geológicos/geotécnicos, arqueológicos, ambientais e cadastro de redes de utilidades; (ii) estudos de transporte e de demanda; (i) projeto de engenharia e material rodante; (i) modelo tarifário e estimativas de receitas; (i) estimativas de custos e despesas; (i) análise de viabilidade econômico-financeira; (i) modelo de remuneração da SPE; (i) análise dos aspectos legais e matriz de risco; (i) modelo de edital de licitação e contrato de concessão.

Em sessão pública realizada em 22 de abril de 2014, foram apresentados estudos pelas empresas: Investimentos Participações em Infraestrutura S/A (INVEPAR) e Odebrecht Transporte Participações S.A. (OTP), em conjunto; ATP Engenharia Ltda., Headwayx Engenharia Ltda. e AGR Projetos e Estruturação Ltda., também em conjunto; CR Almeida S/A Engenharia de Obras; Triunfo Participações e Investimentos S/A; Construtora Queiroz Galvão S/A.

Todas essas empresas competem no mercado no qual atuam e, possivelmente, serão proponentes na licitação da concessão do Metrô de Porto Alegre. A concorrência entre elas ocorreu, no Edital para Solicitação de Manifestação de Interesse 001/2013, já na etapa preparatória do projeto.

O resultado da seleção será proferido após a documentação recebida ser submetida a deliberação por Comissão Técnica, mediante publicação na imprensa oficial do Estado do Rio Grande do Sul, do Município de Porto Alegre, em jornal de grande circulação e em meio eletrônico.

Na avaliação, serão considerados os seguintes aspectos: (i) consistência das informações que subsidiaram sua realização e grau de aprofundamento dos estudos; (ii) adoção de melhores tecnologias consolidadas no mercado, segundo normas e procedimentos pertinentes; (iii) compatibilidade com a legislação em vigor; (iv) benefícios e interesse público esperados.

Os projetos e estudos técnicos apresentados também poderão ser utilizados pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo Município de Porto Alegre para apresentação ao público em geral, de forma a dar ainda maior transparência ao procedimento e a receber eventuais

sugestões adicionais a respeito da outorga a ser realizada. Amplia-se, assim, a interação entre a Administração Pública e os interessados em geral, tanto os que apresentaram a documento no âmbito do PMI quanto os que poderão ser manifestar em fase de audiência pública.

8.3 O EXEMPLO DA LEI PARANAENSE DE PPPs

A Lei 17.046, de 11 de janeiro de 2012, que dispõe sobre normas para licitação e contratação de PPPs no Estado do Paraná traduz exemplo de como as ações tomadas no âmbito do PMI podem ser consideradas como extensão da licitação e como corolário de tentativa de se influenciar na decisão administrativa.

Referida lei institui o Conselho Gestor, vinculado à Secretaria do Estado do Planejamento e Coordenação geral, com a finalidade de gerir o Programa Estadual de PPPs. Dentre as atribuições do Conselho, está a de apreciar manifestações de interesse em participar das concessões, observados os procedimentos gerais para o registro, a seleção e a aprovação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações (art. 6º, II).¹⁶⁰

Caso os trabalhos técnicos sejam adotados pelo Estado do Paraná para a outorga da concessão, o ressarcimento dos custos poderá ser previsto no edital de licitação como responsabilidade parcial ou integral do vencedor do certame, conforme o art. 21 da Lei de Concessões (art. 11).

A grande novidade, contudo, vem prevista no parágrafo único do art. 11 da Lei 17.046, do Estado do Paraná: o empreendedor solicitante deverá disponibilizar ao Poder Público todas as informações e dados referentes aos estudos, projetos, levantamentos ou investigações, sob pena de desclassificação da licitação.

Tendo em vista que o lançamento do PMI não instaura procedimento licitatório propriamente dito, o dispositivo da faz referência ao certame para a concessão, que pode ser realizado com base nos estudos apresentados.

A ampla disponibilização dos documentos pelo empreendedor solicitante visa a garantir que a Administração Pública possua informações pertinentes para a estruturação da outorga, de forma a mitigar eventuais privilégios no curso da licitação. Assim, tenta-se garantir a isonomia entre todos os licitantes, tenham eles apresentado ou não os estudos no PMI, e tenham ou não os seus estudos sido selecionados para a estruturação da outorga.

¹⁶⁰ O procedimento foi delineado pelo Decreto Estadual 5.273, de 16 de julho de 2012, que dispôs sobre o PMI em projetos de PPPs, em suas modalidades patrocinada e administrativa, e nas concessões de serviço público.

Busca-se eliminar conflitos de interesse que possam surgir entre a apresentação de estudos no PMI e a efetiva participação na licitação. As informações produzidas ao longo do procedimento deverão ser amplamente divulgadas. Caso se constate, posteriormente, o sigilo de pontos relevantes, a licitação e o contrato originados nos trabalhos técnicos apresentados no PMI poderão ser considerados maculados, sem prejuízo da responsabilização daqueles que não realizaram a sua adequação divulgação.

A publicação das informações, em suma, tem por objetivo eliminar condições que poderiam frustrar os objetivos do certame em projetos derivados de PMIs, tolhendo a competitividade e privilegiando determinados agentes empreendedores.¹⁶¹

A grande dificuldade, de outro lado, será a de garantir a plena disponibilização das informações, o que demandará análise criteriosa da documentação apresentada e a fiscalização das atividades dos agentes empreendedores no curso do PMI.

8.4 O CHAMAMENTO PÚBLICO 01/2013, DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

O Município de São Paulo, por meio de Secretaria Municipal de Serviços, publicou, na data de 9 de outubro de 2013, o Chamamento Público 01/2013 – SES, tendo por objetivo receber estudos técnicos e modelagem de projetos de parceria público-privada para modernização, otimização, expansão, operação e manutenção a infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo.

A autorização para a realização dos estudos de viabilidade foi solicitada pela empresa GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas Ltda. Quaisquer interessados poderiam solicitar autorização para o desenvolvimento do mesmo escopo no prazo de 20 (vinte) dias contados da publicação do chamamento. Trinta e quatro empresas, isoladas ou em grupo, interessadas em desenvolvê-los, foram autorizadas a fazê-lo pelo Poder Público Municipal. Tal fato evidencia o interesse da iniciativa privada em induzir, participar e discutir aspectos de concessões em sede de PMIs, fazendo com que, de alguma forma, a competição entre elas desenrole-se já na fase interna da licitação.¹⁶²

Nos termos do Chamamento Público 01/2013, os requisitos para o cadastro de interessados em realizar os estudos para a concessão dos serviços de iluminação pública no

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 186.

¹⁶² Disponível em <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/pmi-de-ilumina%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-do-munic%C3%ADpio-de-s%C3%A3o-paulo-conta-com-mais-de-30-empresas-cadastrada>>. Acesso em: 25 de novembro de 2013.

Município de São Paulo muito se assemelharam à documentação exigida para a habilitação de licitantes previstas no art. 27 da Lei de Licitações. Isso porque:

(i) Os interessados deveriam apresentar dados cadastrais, contendo a sua qualificação completa e, na hipótese de pessoa jurídica, o nome e a qualificação dos responsáveis perante a Administração Pública Municipal com dados para contato, devendo, em todos os casos, responsabilizar-se pela veracidade das declarações que fizer. Ainda, deveriam ser apresentados o contrato ou estatuto social, com a última alteração, bem como o Cartão de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ ou no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, ambos do Ministério da Fazenda.

A Lei de Licitações, por sua vez, prevê que a documentação de habilitação jurídica consistirá em cédula de identidade; registro comercial, no caso de empresa individual; ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício (art. 28, I a IV).

(ii) No Chamamento Público 01/2013, houve a necessidade de apresentação da documentação de inscrição municipal no Cadastro de Contribuintes Mobiliários – CCM e inscrição estadual referente à Declaração Cadastral – DECA, se fosse o caso. Ainda, para a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, deveriam ser apresentadas a Certidão Negativa de Débito conjunta de tributos federais e Dívida Ativa da União, a Certidão Negativa de Débito perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e a Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e declaração de que não possui, em seu quadro de pessoal, empregado(s) menor(es) de 18 (dezoito) anos de idade em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, e menor(es) de 16 (dezesesseis) anos de idade em qualquer atividade, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 (catorze) anos, nos termos do inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal, se aplicável.

De seu lado, na Lei de Licitações, a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista consistirá em, dentre outros requisitos, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; prova de regularidade relativa à Seguridade

Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (art. 29, I a IV).

(iii) No Chamamento Público 01/2013, houve a necessidade de que os interessados em realizar os estudos comprovassem, por meio hábil, de sua qualificação e capacidade técnica para o desenvolvimento das atividades estabelecidos no referido instrumento.

Há, nesse caso, a aproximação com a questão da qualificação técnica, prevista na Lei de Licitações. Nos termos desta, deverá ser comprovada a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, II).

(iv) Por fim, no Chamamento Público 01/2013 deveria haver a indicação de cronograma e de condições técnicas de realização dos estudos, com a descrição de metodologia de trabalho que assegurasse, às expensas dos interessados, ampla publicidade dos estudos de pré-viabilidade ao cabo de cada etapa de sua execução.

Nesse ponto, pode-se traçar paralelo com as exigências de apresentação de metodologia de execução, a qual poderá ser exigida nas licitações para obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica. A avaliação da metodologia antecederá a análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos (art. 30, § 8º, da Lei de Licitações).

A análise dos estudos apresentados deveria considerar a consistência das informações que subsidiaram sua realização e a compatibilidade com técnicas previstas em normas e procedimentos científicos pertinentes, bem como sua adequação à legislação aplicável e aos benefícios de interesse público esperado.

O aproveitamento dos estudos poderia ser total ou parcial, o que teria reflexo no valor do ressarcimento: este poderia ser integral, no caso de aproveitamento de um único trabalho em sua totalidade, ou proporcional, no caso de aproveitamento de partes dos estudos.

A avaliação da modelagem final ficou a cargo de comissão constituída para esse fim, com a participação e apoio de representantes da São Paulo Negócios, Secretaria de Negócios Jurídicos e Procuradoria Geral do Município.

Conforme ata da Comissão Especial de Avaliação, publicada em 18 de março 2014, foram recebidos estudos apresentados por 11 (onze) agentes empreendedores. Em 23 de maio de 2014, a comissão informou que realizaria reuniões presenciais com cada um dos agentes interessados, para receber novos subsídios e esclarecimentos em relação à documentação apresentada.

Na data de 11 de junho de 2014, foram divulgadas novas informações. Em primeiro lugar, foi conferida a possibilidade de que os agentes empreendedores tivessem acesso aos documentos apresentados pelos demais, fazendo com que haja maior transparência no procedimento: as pessoas jurídicas autorizadas a realizar os estudos poderiam analisar os aspectos levados em consideração pelos demais interessados e realizar sugestões de alterações em seus próprios, bem como análises críticas aos demais trabalhos apresentados ao Poder Público.

Nesse caso, a Administração contratante será a beneficiada, já que poderia ser obtida a visão de todos os envolvidos sobre os trabalhos apresentados e a ponderação sobre os diversos aspectos de cada um deles.

Adicionalmente, foram agendadas novas reuniões presenciais, com a participação dos agentes empreendedores e do Poder Público Municipal, tendo por objetivo aprofundar pontos específicos da concessão a ser estruturada e garantir a visão mais abrangente e detalhada a respeito da futura outorga.

Houve, portanto, a instauração de disputa para a seleção dos estudos. Requisitos de habilitação, de qualificação e técnicos foram observados, em consonância com edital publicado para pautar a seleção da documentação.

Ademais, foram previstos mecanismos de interação, para abastecer o Poder Público de informações a respeito dos trabalhos apresentados. Tais pontos evidenciam o intercâmbio de elementos promovido entre a Administração e os participantes do PMI e garantem a tomada de decisão mais bem informada, atingindo o objetivo de que possa se colher subsídios para a prestação adequadas dos serviços, em bases viáveis para a iniciativa privada.

CAPÍTULO 9 A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E A EXTENSÃO DA COMPETIÇÃO

9 A CONTRIBUIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA PARA A CONFIRMAÇÃO DA EXTENSÃO DA COMPETIÇÃO À FASE DE PLANEJAMENTO DE OUTORGAS

A legislação estrangeira para a apresentação de proposições, por agentes privados, sobre licitações, torna mais evidente que o PMI pode ser encarado como extensão da competição pela exploração econômica do empreendimento. No presente capítulo, serão analisados os aspectos de atos normativos alienígenas que confirmam essa hipótese.

Enquanto no Brasil o benefício imediato das empresas autorizadas a apresentar os trabalhos técnicos, no âmbito dos PMIs, é a possibilidade de serem ressarcidas pelos custos incorridos e de contribuir, em alguma medida, para que determinado projeto de seu interesse comercial seja viabilizado, no direito estrangeiro garante-se vantagens no curso do procedimento licitatório.

Augustín Gordillo faz importante contextualização a respeito de problemas ocorridos na fase de elaboração do edital e do contrato e da importância da participação de eventuais proponentes na fase de seu planejamento. Para ele, a preparação unilateral do edital, sem a possibilidade de intervenção isonômica dos futuros proponentes, ocasionaria frequentes desconhecimentos, pela Administração Pública, da realidade comercial. Tal fato teria como consequência o encarecimento das propostas.¹⁶³

Uma forma de solucionar esse inconveniente seria introduzir a competição desde a fase preparatória da licitação. Em privatizações realizadas pelo Ministério de Economia, Obras e Serviços Públicos, por exemplo, teria sido aplicado o sistema denominado de *Data Room*, que consistiria em a Administração Pública preparar os documentos do certame e convidar publicamente a estudá-los, propondo modificações e sugestões. Desse modo, todos os interessados teriam a oportunidade – em condições de igualdade e competitividade – de propor a melhor forma de realizar a licitação.

Isso permitiria à Administração estudar todos os pontos levantados e aperfeiçoar os aspectos da outorga. No mecanismo com participação dos interessados, a competição se

¹⁶³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. T.: La defensa del usuario e del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003, p. XXII-21.

iniciaria antes da apresentação das ofertas, o que seria eficiente para se testar, também, o nível de interesse e de comprometimento dos futuros proponentes.¹⁶⁴

Por outro lado, nas licitações preparadas apenas pela Administração, o nível de desconhecimento jurídico transferido ao edital e ao contrato poderia ser realmente surpreendente, fato que seria custoso à própria sociedade, que arcaria com os custos da *ignorantia iuris*.¹⁶⁵

Para Augustín Gordillo, quando se pergunta, então, o que poderia ser feito para atrair a iniciativa privada para investir em obras e serviços públicos, a resposta seria permitir a ela aportar suas ideias a respeito do objeto, por meio da instituição de mecanismos que resguardassem a sua iniciativa, tutelassem a privacidade de informações apresentadas e conferissem algum nível de vantagem competitiva frente a outros possíveis interessados.¹⁶⁶⁻¹⁶⁷

Tais vantagens competitivas, no direito alienígena, são auferidas no curso do procedimento licitatório, colocando as empresas que tiveram os seus trabalhos técnicos utilizados pela Administração Pública em posição de vantagem relativa a outros potenciais competidores. A disputa pelo objeto a ser contratado, deixa, como consequência, de existir apenas na fase licitatória: é estendida para a fase preparatória da outorga.

Podem ser destacados 4 (quatro) sistemas de benefícios à apresentação de estudos em sede de procedimentos de manifestação de interesse na experiência estrangeira: (i) *Bonus*

¹⁶⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. T.: La defensa del usuario e del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003, p. XXII-22-23.

¹⁶⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. T.: La defensa del usuario e del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003, p. p. XXII-24.

¹⁶⁶ GORDILLO, Agustín. *Después de la reforma del Estado*. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. II – 10-11.

¹⁶⁷ Tais aspectos também são destacados por Juan Carlos Morón Urbina. Para ele, por meio da possibilidade de apresentação de estudos e demais documentos, seria reconhecida aos integrantes da comunidade a faculdade de identificar prioridades e propor ideias suficientemente embasadas a respeito de infraestruturas ou serviços públicos, os quais, sendo do interesse empresarial do proponente, também comportariam viabilidade pública, entendida como projetos socialmente rentáveis, sustentáveis e em conformidade com as políticas públicas e diretrizes do Estado. Haveria o reconhecimento, à sociedade civil, da faculdade de solicitar a concessão de determinada obra ou a exploração de serviço público definido, sempre e quando a obra ou serviço fossem declarados de interesse público pela autoridade responsável. A partir dessa faculdade, permitir-se-ia recorrer aos particulares para identificar as prioridades e, em geral, captar ideias inovadoras relacionadas à exploração de projeto de investimento (obra pública ou serviço público).

Seria conferida, ademais, a oportunidade de o setor privado propor iniciativas técnicas e projetos que não houvessem sido detectados pela própria Administração Pública. Desse modo, a lentidão de ação administrativa e a sua obsolescência técnica na elaboração de projetos poderiam ser superadas pelo dinamismo da ação privada, a qual, impulsionada pelo benefício do lucro, poderia convergir na identificação de projetos públicos. Não se poderia perder de vista, de outro lado, que a aprovação para a realização dos estudos não se constituiria como autorização para a realização de negócio privados em assuntos de incumbência pública, mas se como instrumento de apoio aos distintos níveis de governo na formulação de projetos públicos com investimento privado (URBINA, Juan Carlos Morón. *La generación por iniciativa privada de proyectos públicos de inversión: la nueva colaboración público-privada y el interés público*. Disponível em <<http://blog.pucp.edu.pe/item/28250/la-generacion-por-iniciativa-privada-de-proyectos-publicos-de-inversion-la-nueva-colaboracion-publico-privada-y-el-interes-publico>>. Acesso em: 12. jun. 2014).

System; (ii) *Swiss Challenge*; (iii) *Best and Final Offer*; (iv) *Reimbursement System*.¹⁶⁸ O *Reimbursement System* diz respeito à possibilidade de ressarcimento dos custos incorridos pelos agentes que tenham os seus estudos selecionados. Os demais sistemas garantem privilégios na licitação, como se verá a seguir.

9.1 BONUS SYSTEM

Por meio do *Bonus System*, é atribuída vantagem ao interessado cujos trabalhos técnicos foram selecionados pela Administração Pública lançar a licitação. É utilizado em países como Chile, Indonésia e Paraguai.

O Decreto Chileno 956, de 20 de março de 1999, estabelece normas relativas a licitações, concessões e à execução, reparação e conservação de obras públicas. Em seus termos, poderão ser desenvolvidos projetos de “iniciativa privada”, que conferem a possibilidade de agentes privados postularem, perante o Ministério de Obras Públicas, a concessão de determinadas atividades, desde que não estejam sendo estudadas pelo referido ministério (art. 4º do Decreto Chileno 956/1999).

A apresentação do pedido de iniciativa privada deverá conter, dentre outras informações (art. 5º do Decreto Chileno 956/1999): (i) nome e modalidade do projeto; (ii) caracterização de seu objeto, com a descrição das obras e serviços que se pretende desenvolver; (iii) localização geográfica e sua área de influência; (iv) documentos de propriedade da área na qual o projeto será implantado e apontamentos sobre a necessidade de desapropriações; (v) estimativa de demanda, acompanhada de expectativa de crescimento anual; (vi) investimentos e custos de operação; (vii) análises econômicas, financeiras, sociais e ambientais; (ix) principais riscos.

O postulante cuja proposição for aceita poderá participar da futura licitação, acompanhado de ofício comprovando a aceitação de suas proposições. Com isso, definir-se-á o percentual de prêmio conferido, que poderá variar de vantagens econômicas de 3% (três por cento) a 8% (oito por cento) em sua proposta (art. 10º do Decreto Chileno 956/1999). A

¹⁶⁸ Cf., neste sentido, TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (unsolicited proposals). In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. V. II. Lisboa: Editora Coimbra, 2010, p. 536-539; HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: how some countries introduce competition and transparency*. Working Paper n. 1, 2007, p. 5-11. Disponível em: <<https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/WP1-Unsolicited%20Infra%20Proposals%20-%20JHodges%20GDellacha.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

pontuação conferida em função da aceitação dos será incrementada à quantidade final de pontos atribuídos na licitação.

Adicionalmente, o Ministério de Obras Públicas poderá oferecer ao postulante o reembolso, total ou parcial, dos custos dos estudos realizados para a modelagem da concessão (art. 8º do Decreto Chileno 956/1999).

Característica semelhante é compartilhada na Indonésia, por meio do *Regulation of the President of the Republic* 65, de 2005,¹⁶⁹ relativa à cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada para a provisão de infraestrutura.

O documento admite que interessados submetam projeto de cooperação com a Administração Pública, desde que seu objeto não esteja incluído no plano diretor setorial, seja tecnicamente integrado a ele, possua viabilidade econômica e não necessite de desembolsos públicos (art. 10 da *Regulation of the President of the Republic* 65, da Indonésia). Para tanto, deverão ser elaborados estudos de viabilidade, plano de cooperação com a Administração e de financiamento do projeto (art. 11 da *Regulation of the President of the Republic* 65, da Indonésia).

O Poder Público analisará a documentação e, caso conclua pela pertinência da contratação, realizará procedimento licitatório (art. 12 da *Regulation of the President of the Republic* 65, da Indonésia). Ao agente que houver dado início ao projeto de cooperação e cujos estudos foram aprovados será atribuída vantagem, por meio de (art. 13 da *Regulation of the President of the Republic* 65, da Indonésia): (i) valor adicional de, no máximo, 10% (dez por cento), à nota atribuída no certame; (ii) direito de cobrir (*right to match*) a melhor proposta.

Por fim, a Lei do Paraguai 5.102, de 28 de outubro de 2013, regulamentada pelo Decreto 1.350, de 12 de março de 2014, relativa à promoção de investimento em infraestrutura pública, expansão e melhoria de bens e serviços a cargo do Estado, admite a apresentação de estudos de concessões pela iniciativa privada, conferindo bonificação de 3% (três por cento) a 10% (dez por cento) ao agente cujos estudos houverem sido selecionados (art. 50, item “b”, da Lei; art. 140 do Decreto Paraguaio 1.350/2014).

9.2 SWISS CHALLENGE SYSTEM

¹⁶⁹ Conforme emendada pela *Regulation of the President of the Republic* 13, de 2010, e pela *Regulation of the President of the Republic* 56, de 2011.

No *Swiss Challenge System*, garante-se o direito de preferência na licitação, por meio do desafio à melhor proposta apresentada no procedimento licitatório. É instituído em países como a Índia e nas Filipinas.

Na Índia, o mecanismo foi previsto no Estado de Andhra Pradesh, por meio do *Andhra Pradesh Infrastructure Development Enabling Act*, de 2001 (*Act 36 of 2001*). Em conformidade com o documento, o *Swiss Challenge* indica o procedimento pelo qual determinado agente privado submete proposta de concepção de projeto ainda identificado ou iniciado pelo Poder Público. O requerente deverá apresentar o projeto indicando as suas características técnicas, comerciais, financeiras e gerenciais, sua viabilidade técnica e econômico-financeira e as diretrizes do contrato.

Ato contínuo, a Administração convidará outros agentes a apresentarem contrapropostas de projetos. Caso o Poder Público considere-as mais atrativas, ao requerente original será dada a oportunidade de cobri-las e, se o projeto não for a ele outorgado, será reembolsado dos valores despendidos para preparação da documentação.

O mesmo procedimento já havia sido instituído nas Filipinas, por meio do *Republic Act 6.597*, de 9 de julho de 1990, conforme emendado pelo *Republic Act 7.718*, de 26 de julho de 1993, o qual autoriza o financiamento, a construção, a operação e a manutenção de projetos de infraestrutura público pela iniciativa privada.

Agentes privados poderão submeter propostas de projetos que ainda não houverem sido identificados por órgãos e entidades da Administração Pública, desde que envolvam concepção inédita ou nova tecnologia e não requeiram subsídios, garantias ou outros recursos governamentais para a sua viabilidade (seção 10.1 do *Republic Act 6.597/1990*, das Filipinas).

Sequencialmente, serão convidados outros interessados a apresentar projetos semelhantes, por meio de publicação de notícia a respeito do recebimento dos estudos. Caso novas propostas não sejam feitas em prazo de 60 (sessenta) dias úteis, o objeto do projeto inicial poderá ser outorgado ao seu proponente.

Caso outros interessados apresentem seus projetos, o Poder Público cotejará as propostas de preços. O requerente original terá o direito de cobrir as propostas dos demais interessados, dentro de período de 30 (trinta) dias úteis.

No Peru, o mecanismo foi previsto no Decreto Legislativo 1.012, de 12 de maio de 2008, que aprova o marco para as associações público-privadas no país. O ato normativo estabelece que os estudos para a estruturação de projetos públicos poderão ser elaborados por agentes da iniciativa privada, mediante requerimento (art. 9.4 do Decreto Peruano 1.012).

Em caso de aceitação do requerimento, será conferido a outros interessados o prazo de 90 (noventa) dias para apresentarem suas manifestações de interesse no projeto (art. 16º do Decreto Peruano 1.012).

Recebida a documentação, a Administração Pública poderá submeter o projeto a licitação. Se o proponente que teve a sua documentação selecionada decida participar do certame, terá o direito de igualar a sua oferta à proponente que tiver apresentado a melhor proposta. Caso o faça, será aberto período de 15 (quinze) dias para que os 2 (dois) primeiros colocados ofereçam novas propostas (art. 16º, “a”, do Decreto Peruano 1.012).

9.3 BEST AND FINAL OFFER

Por meio do *Best and Final Offer*, confere-se ao autor dos estudos o direito de acesso imediato à fase final da licitação. É utilizado em países como África do Sul e Argentina.

Na África do Sul, a *South African National Roads Agency Limited* – SANRAL publicou a sua *Policy of The South African National Roads Agency in respect of Unsolicited Proposals*, de maio de 1999, para tratar de concepções de projetos de rodovias identificados pela iniciativa privada.

As propostas deverão conter, dentre outras características (seção 3.2 da *SANRAL Policy/1999*): (i) descrição do empreendimento, acompanhada de plano diretor do projeto; (ii) apresentação de demanda de tráfego e de sua projeção; (iii) características de pavimentação, segurança e capacidade do sistema rodoviário; (iv) custos estimados e viabilidade econômico-financeira do projeto; (v) estratégia de cobrança de pedágio; (vi) critérios de performance na prestação dos serviços.

Realizada a concepção do empreendimento, ele poderá licitado e, caso a proposta apresentada pelo agente que desenvolveu o empreendimento não esteja entre as duas melhores, será convidado pela SANRAL a realizar nova oferta, que será avaliada em conjunto com as propostas mais vantajosas apresentadas.

Selecionada a melhor proposta, a SANRAL negociará melhores condições com a proponente que a houver ofertado, para chegar aos valores e características finais da contratação (seção 3.2 da *SANRAL Policy/1999*).

Na Argentina, o procedimento foi previsto no Decreto 966/2005, destinado a estimular a participação de agentes privados em projetos de obras públicas, concessão de obras públicas e de serviços públicos. Em seus termos, a iniciativa privada poderá apresentar estudos contendo (art. 2º do Decreto Argentino 966/2005): (i) a identificação do projeto e de

sua modalidade; (ii) as bases de sua viabilidade técnica e econômica; (iii) o montante estimado de investimentos; (iv) as fontes de recursos para a sua concepção da outorga.

Caso se decida pelo interesse público do projeto, o *Ministério de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios* realizará licitação (art. 6º do Decreto Argentino 966/2005). Se existirem propostas equivalentes, será conferida margem de preferência de até 5% (cinco por cento) ao autor dos estudos (art. 8º do Decreto Argentino 966/2005).

Adicionalmente, se a diferença entre as propostas for superior a 5% (cinco por cento), mas inferior a 20% (vinte por cento), o autor dos estudos poderá cobrir a apresentado pelo primeiro colocado na licitação (art. 9º do Decreto Argentino 966/2005). Ainda, será a ele garantido o direito ao reembolso do valor de até 1% (um por cento) dos estudos aprovados (art. 10º do Decreto Argentino 966/2005).

9.4 O DIÁLOGO CONCORRENCIAL E A CONSULTA AO MERCADO NO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

No Direito Comunitário Europeu, também foram adotados mecanismos para a interação entre o Poder Público e os agentes privados, de forma a se buscar melhores resultados nas contratações, o que se dá, essencialmente, por meio do *diálogo concorrencial* e da *consulta ao mercado*.

Nos termos da Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, o diálogo concorrencial é previsto como modalidade licitatória, por meio da qual agentes privados poderão apresentar pedido de participação em resposta a anúncio de licitação, apresentando informações solicitadas pelo Poder Público, para seleção qualitativa da contratação que se pretende realizar (art. 30º, item 1).

Essa modalidade de licitação poderá ser utilizado nas hipóteses em que: (i) as necessidades do órgão ou da entidade licitante não puderem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis; (ii) os produtos ou serviços se incluam em concepções inovadoras; (iii) o objeto do contrato não puder ser adjudicado sem negociações prévias, devido a circunstâncias específicas de sua natureza, complexidade, modelagem jurídica, financeira ou devido aos riscos a elas associadas; (iv) as especificações técnicas não puderem ser definidas com precisão suficiente pela Administração Pública (artigo 26º da Diretiva 2014/24/EU).¹⁷⁰

¹⁷⁰ “O diálogo concorrencial tem as suas origens históricas precisamente na necessidade de arquitetar um procedimento adjudicatório adaptado às vicissitudes próprias na instituição de PPPs. Nestes contratos, muito

O prazo mínimo de recepção dos pedidos de participação é de 30 (trinta) dias e somente poderão participar do diálogo concorrencial os agentes convidados pela autoridade competente, após a avaliação de informações prestadas à Administração Pública. O número de candidatos poderá ser limitado a, pelo menos, 3 (três) participantes e, em qualquer caso, deve ser suficiente para garantir a concorrência efetiva no curso da licitação (art. 65º da Diretiva 2014/24/EU).

A Administração dará conhecimento público às suas necessidades e, sequencialmente, iniciará diálogo com os participantes para identificar e definir os meios que poderão satisfazer os seus interesses. Nesta etapa, a Administração poderá debater amplamente, com todos os participantes selecionados, os aspetos da licitação (art. 30º, itens 2 e 3, da Diretiva 2014/24/EU).

Embora haja atuação bastante próxima entre o órgão ou entidade licitante e os agentes privados, o Poder Público lhes garantirá a igualdade de tratamento. Não facultará, *e.g.*, de forma discriminatória, acesso a informações que possam conferir vantagens a determinados agentes em detrimento de outros.

A autoridade prossegue o diálogo até estar em condições de identificar a solução (ou soluções) suscetíveis de satisfazer as suas necessidades (art. 30º, item 5, da Diretiva 2014/24/EU).

Depois de declarar encerrado o diálogo, solicitará aos participantes que apresentem as suas propostas finais, com base nas soluções apresentadas e especificadas ao longo do procedimento (art. 30º, item 6, da Diretiva 2014/24/EU).

A pedido do Poder Público, as propostas poderão ser esclarecidas e otimizadas. Todavia, as alterações não poderão modificar os seus elementos fundamentais, incluindo as necessidades e os requisitos estabelecidos no anúncio de licitação

complexos do ponto de vista da respectiva estrutura jurídica e financeira, a Administração confronta-se repetidamente com sérias dificuldades na fase de estudo, preparação e montagem da própria Parceria, nomeadamente, ao nível da avaliação do grau de transferência de risco do projeto que os privados estão dispostos a assumir e em que condições, bem como da definição das melhores opções ao nível do próprio modelo jurídico-financeiro da PPP. [...] A vantagem do diálogo concorrencial na constituição da uma PPP, projeta-se diretamente na fase da respectiva preparação, isto é, na fase de estudo e estruturação da Parceria que integra aquele que designamos por (sub) procedimento prévio de decisão de lançamento da Parceria. É nesta fase, em que em procura definir a solução (máxime jurídico-financeira) do projeto contratual a submeter à concorrência, que se justificaria a previsão de uma fase de diálogo com os potenciais concorrentes, quer para evitar o risco de abertura de procedimentos pouco atrativos para o mercado e potencialmente desertos, quer para permitir à Administração um conhecimento integrado das opções que o mercado disponibiliza para acudir à sua necessidade” (TEIXEIRA, Angelina. *Diálogo concorrencial – monólogo ou mito? No âmbito dos contratos públicos*. In: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/angelinateixeira_dialogoconcorrencial.pdf>. Acesso: 04. jun. 2014, p. 21-22).

A previsão do diálogo concorrencial como modalidade de licitação foi realizada para que a Administração Pública dispusesse de maior flexibilidade para adotar procedimento de contratação que preveja a negociação. Os Estados-Membros utilizarão o diálogo concorrencial em situações em que a licitação, sem negociação, não geraria resultados satisfatórios sob a ótica da necessidade pública.

Nas justificações contidas na Diretiva 2014/24/EU, informa-se que o recurso ao diálogo concorrencial se revela útil “nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas” (item 42). Isso se dá, essencialmente, em projetos inovadores, de infraestruturas de transportes integradas em larga escala, de grandes redes informáticas e de projetos que demandam financiamentos complexos e estruturados.¹⁷¹

O procedimento deverá ser devidamente acompanhado de salvaguardas adequadas, para garantir igualdade de tratamento a os participantes e transparência em sua condução. Em especial, a Administração Pública indicará, de antemão, os requisitos mínimos que caracterizarão a licitação e que não deverão ser alterados durante as negociações (item 45 da Diretiva 2014/24/EU). Assim, serão definidos os objetos das licitações e os seus principais contornos, de forma que as soluções debatidas e propostas ao longo do diálogo concorrencial orbitarão em torno deles.

As negociações objetivarão, unicamente, melhorar as propostas apresentadas, conformando-as aos objetivos da Administração Pública. A fim de garantir a transparência e o controle do processo, todas as fases deverão ser devidamente documentadas, bem como todas as propostas deverão ser apresentadas por escrito.

O diálogo concorrencial apresenta-se, portanto, como modalidade de licitação que permite a interação entre a Administração Pública e os proponentes. Os detalhes são debatidos com os participantes, que fornecerão as suas contribuições para que o Poder Público possa realizar a melhor contratação possível, em vista de seus próprios imperativos.

¹⁷¹ “No caso dos contratos de empreitada de obras, estas situações surgem quando se trata de edifícios que não são normalizados ou sempre que a obra compreenda a concepção ou soluções inovadoras. Os serviços ou fornecimentos que exijam esforços de concepção ou adaptação podem beneficiar do recurso a [...] diálogo concorrencial. Os esforços de adaptação ou concepção são especialmente necessários no caso das aquisições complexas, tais como produtos sofisticados, serviços intelectuais, por exemplo alguns serviços de consultoria, serviços de arquitetura ou engenharia, ou grandes projetos de tecnologias de informação e de comunicação (TIC). Nestes casos, podem ser necessárias negociações para garantir que o produto ou o serviço em causa corresponda às necessidades da autoridade adjudicante. No caso de serviços ou de produtos imediatamente disponíveis que possam ser fornecidos por muitos operadores diferentes no mercado, não deverá ser utilizado [...] o diálogo concorrencial” (item 43 da Diretiva 2014/24/EU).

Essa modalidade de licitação institui hipótese de interação, entre a Administração Pública e os particulares, mais incisiva do que o PMI no direito brasileiro. Isso porque, se ambos os institutos prestam-se a colher contribuições dos eventuais interessados sobre possíveis contratações a serem realizadas, o PMI o faz em fase pré-licitatória.

No diálogo concorrencial, as interações se dão no curso do procedimento licitatório, de forma que o proponente que melhor conseguir indicar a satisfação das necessidades públicas estará apto a sagrar-se vencedor.

O principal aspecto do diálogo concorrencial é a garantia de interação entre a Administração licitante e os proponentes, sob bases prospectivas, claras e isonômicas, para negociar os aspectos de contratos complexos, cujos contornos não poderão ser definidos de forma autônoma pela própria Administração.¹⁷²

As normas a respeito de licitações, no Brasil, não admitem esse tipo de interação. A Administração Pública deverá, diretamente ou por meio da contratação ou autorização de consultores, detalhar todos os aspectos da outorga. A medida que mais se aproxima do diálogo concorrencial é justamente o PMI, pois permite o oferecimento de contribuições em fase pré-licitatória, que poderão ser utilizadas no planejamento das concessões.

Contudo, o PMI aproxima-se, em maior medida, da *consulta preliminar ao mercado*, prevista no art. 40º da Diretiva 2014/24/EU. Por meio dela, as autoridades públicas poderão realizar consultas ao mercado, a fim de preparar o procedimento licitatório e de informar aos agentes de mercado seus planos de contratação e respectivos requisitos.

Para tanto, a Administração poderá, por exemplo, solicitar ou aceitar pareceres de peritos, autoridades independentes ou outros participantes, sob a condição de que a apresentação da documentação não ocasione distorções na concorrência ou resultem em violação dos princípios de isonomia e de transparência.

Na consulta preliminar ao mercado, quando o proponente apresentar trabalhos técnicos, a Administração Pública tomará as medidas para evitar distorções de competitividade na licitação. Entre elas, incluem-se a comunicação, aos demais proponentes, das informações trocadas (art. 41º da Diretiva 2014/24/EU).

O proponente somente deverá ser excluído da futura licitação se não existirem outras formas de garantir o cumprimento do dever de igualdade. Antes de qualquer exclusão, será

¹⁷² “[...] as decisões administrativas não são tomadas sob um enfoque particularizado, para produzir efeitos sobretudo entre as partes; uma das características das decisões administrativas encontra-se na avaliação mais ampla dos interesses em confronto e no sentido de efeitos no todo, mesmo naquelas que, aparentemente, repercutem em âmbito restrito” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153).

conferida a oportunidade de se demonstrar que a participação na consulta preliminar ao mercado não é suscetível de distorcer a concorrência.

Em sentido semelhante, o PMI tem como objetivo permitir à Administração Pública colher subsídios sobre a estruturação de concessões. A documentação recebida poderá ser utilizada no planejamento da outorga. A igualdade deverá ser garantida, por meio da possibilidade de engajamento de qualquer interessado no procedimento e na futura licitação.

No PMI, eventuais distorções sobre a concorrência poderão ser mitigadas por meio da transparência em sua condução (com a publicação da documentação recebida), de adequada motivação e de realização de outras medidas para a participação dos interessados (como o lançamento de audiências e consultas públicas).

A instituição de mecanismos como o procedimento de manifestação de interesse, no direito brasileiro e estrangeiro, e de procedimentos de licitação e de contribuições abertos à participação dos interessados, como o diálogo concorrencial e a consulta preliminar ao mercado, no direito europeu, evidenciam a maior interação entre o Poder Público e a iniciativa privada na concepção de soluções relativas a empreendimentos levados a cabo pelo próprio Estado.

Aceita-se a ideia de que a Administração Pública pode se beneficiar das sugestões advindas de agentes estranhos ao seu corpo burocrático. Surgem como novos métodos para sua atuação. A respeito do tema, Marcos Augusto Perez coloca que:

[...] é certo que a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na ‘cultura do diálogo’ e na oitiva das divergências sociais seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública, nesta ótica, é o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). As relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, pois a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. A Administração, logo, em muitos casos, deve-se postar em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais de coerção, injunção e constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passa a utilizar principalmente a orientação, a persuasão, a ajuda.¹⁷³

O PMI é utilizado como mecanismo de colaboração, de ajuda da iniciativa privada para a identificação de projetos públicos. A Administração Pública deverá instaurar procedimento aberto e transparente, de forma a se beneficiar, na maior medida, das sugestões e proposições que lhe sejam apresentadas.

¹⁷³ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

As decisões a respeito de todos os aspectos da outorga da concessão permanecerão sob a égide do Poder Público. Para delinear concretamente o interesse público a ser satisfeito, os aspectos a respeito do adequado planejamento relativo às concessões, poderá se valer do apoio de agentes privados. Haverá, portanto, atuação concertada para a definição das escolhas públicas a serem realizadas.

CAPÍTULO 10 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO CONCERTADO

10 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONCERTADA

O Direito Administrativo moderno tende, sob variadas perspectivas, ao aumento da colaboração entre o Poder Público e os administrados. Há o abandono de ações meramente autoritárias e o incremento da participação dos interessados na formação da escolha pública. o presente capítulo será dedicado à explicitação de como o PMI pode representar hipótese de atuação consensual da Administração.

Dentre os aspectos que caracterizam o abandono de uma vertente meramente autoritária, instituindo mecanismos de cooperação, podem ser destacados os contratos de gestão, celebrados com organizações sociais e previstos na Lei 9.637/1998; os termos de parceria, pactuados com as organizações da sociedade civil de interesse público e previstos na Lei 9.790/1999; as sociedades das quais o Estado faça parte.¹⁷⁴

Fernando Dias Menezes de Almeida ressalta que os mecanismos de consenso na Administração Pública não se limitam aos casos de contratos administrativos ou de celebração de instrumentos congêneres. Poderiam ser destacados, ao menos, 4 (quatro) outros vetores de evolução existente nessa matéria:¹⁷⁵

(i) a utilização de novas fórmulas convencionais pela Administração Pública, para o estabelecimento de situações subjetivas com particulares, ou com outros entes estatais;

(ii) a substituição de mecanismos fundamentados em hierarquia – no sentido jurídico ou no sentido político – por acordos, nas relações internas da Administração Pública, ou seja, envolvendo os órgãos públicos de uma pessoa administrativa ou de entidades a ela vinculadas;

(iii) o estímulo à participação dos governados, enquanto destinatários das decisões a serem tomadas pela Administração Pública, no processo decisório;

(iv) o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios.

Os mecanismos existentes nas normas de Direito Administrativo, como os processos de audiência e de consulta pública, bem como a adoção de contratos e outras formas bilaterais

¹⁷⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 240-241.

¹⁷⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 346.

para a realização das finalidades, demonstram a procura, pela Administração Pública, de formas concertadas para a realização de suas próprias decisões.¹⁷⁶

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assenta que a preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa uma benéfica renovação. Contribui para aprimorar a governabilidade (o que implicaria a maior eficiência das decisões), propiciar mais freios contra eventuais abusos (sobretudo porque a atuação da Administração está pautada pela legalidade), garantir a atenção aos diversos interesses a serem considerados concretamente (a garantir maior justiça nas decisões), proporcionar decisões mais sábias e prudentes (aumentando a sua legitimidade), evitar desvios morais (em respeito à licitude), desenvolver a responsabilidade nas pessoas (como dever de civismo) e tornar os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (em benefício da ordem pública).¹⁷⁷

Como resultado direto da participação, haveria o abandono de viés meramente autoritário, em prol de viés concertado, em função da participação mais efetiva dos destinatários dos próprios atos administrativos ao longo do procedimento de sua elaboração. Daí “resulta tanto uma maior possibilidade de realmente contribuírem com sua vontade para a formação dos atos, como uma maior possibilidade de os controlarem”.¹⁷⁸

Nesse cenário, surge nova concepção de atuação do Poder Público: a atuação concertada. A Administração Pública deixa de agir por meio de ações meramente verticais e passa a adotar posturas horizontais, levando em consideração os pontos de vista dos interessados nas decisões governamentais, a sua importância para a eficácia das ações. Contrasta com a tradicional Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade.¹⁷⁹ A respeito do tema, Caio Tácito coloca que:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.

¹⁷⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade consensual ao direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011, p. 5. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>>. Acesso em: 20. jun. 2014.

¹⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 19. jun. 2014.

¹⁷⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 348.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30. abr. 2014.

O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas.¹⁸⁰

A Administração Pública concertada pode ser entendida como meio organizativo e funcional de sua atuação, caracterizada por uma lógica consensual, negocial. É empregada, principalmente, para o desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas.¹⁸¹

Com essa atuação também se alinha o direito de participação nas decisões a serem realizadas pela Administração Pública, o acesso dos cidadãos às deliberações do Poder Público. Assegura-se, ainda, o direito aos indivíduos de controlar diretamente os atos administrativos.

A respeito das formas de atuação da Administração Pública e a sua tendência à consensualidade, Dinorá Adelaide Musetti Grotti coloca que:

O momento consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço público não-estatal, acarretando com isso uma proliferação dos chamados entes intermediários. Há um refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa.¹⁸²

O direito de participação popular na Administração Pública desponta como instrumento capaz de conferir legitimidade às funções por ela desempenhadas. Isso porque, por meio dos instrumentos jurídicos que o concretizam, permite a democratização das decisões (com a instituição do orçamento participativo, a realização de procedimentos de consulta pública, o debate aberto e transparente em audiências públicas), assim como controle, a ser exercido por qualquer um do povo, sobre atividades públicas.¹⁸³

Juliana Bonacorsi de Palma coloca que há, no Direito Administrativo brasileiro, basicamente 2 (dois) critérios para caracterizar a consensualidade: como acordo de vontades e

¹⁸⁰ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, jul./set., 1997, p. 2.

¹⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fevereiro, 2005, p. 19. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

¹⁸² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 648.

¹⁸³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 160.

como qualquer forma de participação na Administração Pública ou exercício de função pública. Para a autora:

Tomada em sentido amplo, a consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades com a Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral. Esta conceituação de consensualidade determina a definição de atuação administrativa consensual como a ação da Administração Pública por meio de acordo em sentido amplo, seja na esfera administrativa ou judicial, seja entre a Administração Pública e administrado ou exclusivamente no âmbito do Poder Público. Em sentido amplíssimo, a atuação consensual também é verificada nos casos em que a Administração abre o seu procedimento para que o administrado participe, como nas hipóteses de instrumentos participativos a exemplo de audiências e consultas públicas.¹⁸⁴

Nessa acepção, o PMI estaria enquadrado na noção amplíssima de atuação consensual. Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode levar ao conhecimento do Poder Público a necessidade de realizar determinada concessão e propor sugestões para a sua viabilidade. Ainda, poderão tomar parte em procedimentos que sejam lançados de ofício pelo Poder Público, admitindo a participação de todos os interessados.

Há o adequado estímulo à participação de pessoas, físicas e jurídicas, nas decisões a serem tomadas pela Administração Pública para a elaboração dos principais aspectos de concessões no âmbito da Lei 8.987 e da Lei 11.079.

10.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONCERTADA E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O PMI pode ser encarado como hipótese de atuação concertada da Administração, em colaboração com particulares. O mecanismo faz com que haja a possibilidade de participação dos particulares na etapa preparatória da concessão e o seu apoio à Administração Pública nas decisões que fará.¹⁸⁵

Apresenta-se como abertura da consensualidade para a definição de aspectos de relevante interesse público, com o emprego de formas alternativas consensuais de

¹⁸⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*. Estudo dos acordos substitutivos no processo sancionador. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2010, p. 127-128.

¹⁸⁵ VÉLEZ, Juan Carlos Expósito; RODRÍGUEZ, Jorge Enrique Santos. La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 3, segundo semestre/2009, p. 93.

coordenação de ações.¹⁸⁶ Dentre as razões incluídas para a adoção da coordenação das decisões na Administração Pública, por meio do PMI, incluem-se:

- (i) o potencial criativo dos eventuais interessados, os quais poderão propor técnicas, soluções e métodos que não tenham sido identificados pelo Poder Público;
- (ii) a cooperação que podem fornecer para a formulação dos documentos necessários à execução do projeto;
- (iii) a redução de custos para o Estado, tendo em vista que poderá receber estudos que indiquem a viabilidade da concessão ou a impossibilidade de sua realização, sem que tenha que desembolsar recursos orçamentários para tanto.¹⁸⁷

A identificação de necessidades públicas passa a ser atribuída também a pessoas físicas e jurídicas, que poderão oferecer a sua colaboração já na fase interna da licitação. A identificação da forma mais adequada de se superar déficits de prestação de serviços é compartilhada com todos os membros da sociedade,¹⁸⁸ embora, em qualquer caso, a palavra final sobre o tema seja do Poder Público.

A essencialidade da participação de indivíduos e empresas em escolhas a serem realizadas pela Administração é destacada por Caio Tácito. Para o autor:

A moderna tendência do direito público marca [...] a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público.¹⁸⁹

O lançamento do PMI franqueia aos indivíduos a possibilidade de intervir e interferir na formação dos aspectos que comporão a futura concepção. Assim, a Administração Pública poderá sopesar as alternativas colocadas à sua disposição, para selecionar a que reúna as melhores condições de dar efetividade aos interesses do Poder Público. Vai-se de uma atuação isolada, circunscrita ao corpo burocrático, a uma atuação que pode se mostrar plural, com o envolvimento direto de todos aqueles que pretendam fazer proposições concernentes ao projeto.

¹⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.

¹⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42-43.

¹⁸⁸ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

¹⁸⁹ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, jul./set., 1997, p. 6.

A concepção da concessão passa a ser “*permeável aos interesses dos administrados* potencialmente colhidos pelos seus efeitos”, o que “não significa que a edição do ato seja capturada, tornada caudatária destes interesses”, mas, sim, “que todos os diversos ângulos de mirada, todas as contraposições e os conflitos deverão ser conhecidos e considerados”.¹⁹⁰

Em sede de contratações de concessões, o PMI pode instituir a colaboração, de forma a haver aproximação entre os anseios da sociedade na realização de concessões e a necessidade de que elas sejam adequadamente outorgadas pelo Poder Público, este levando em consideração as diversas variáveis que se possam apresentar concretamente.

Tal fato pode implicar em “possibilidade de interlocução não episódica, daí decorrendo o exercício de um conjunto de controles, de reações e de escolhas e a sujeição a controles e reações de outrem”.¹⁹¹ O planejamento das concessões deixa de ser feito internamente no corpo administrativo, às escuras.¹⁹²

Pode ser atendida, assim, a finalidade de se atingir o melhor conteúdo das decisões administrativas. Além de contribuir para a determinação do interesse público – materializado nas escolhas tomadas pela Administração Pública, com base na lei – essa finalidade, “sob o ângulo do administrado e dos cidadãos em geral, representa igualmente uma garantia, em virtude do embasamento correto da decisão administrativa, ante os elementos de instrução reunidos no processo”.¹⁹³

A decisão resultante do PMI, embora imputada à autoridade pública que autorizou o início do procedimento, decorre da realização de vários atos, de um conjunto de informações para os quais podem colaborar os diversos interessados.

As informações colhidas propiciam base objetiva para a Administração Pública tomar a sua decisão. Esta deve ser divulgada amplamente a todos os interessados, com a adequada fundamentação das razões pelas quais se optou, *e.g.*, por determinado modelo, em prejuízo de outro que também poderia ser utilizado. A decisão a respeito dos elementos que comporão a licitação poderá ser mais suscetível de aceitação e de cumprimento.

¹⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 110.

¹⁹¹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42-43.

¹⁹² “Cumpra jamais esquecer: o processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Dele não se pode abrir mão, minimamente que seja. Até porque, se bem é certo que a função administrativa não se perfaz somente pela via do processo administrativo, inequívoco que essa é a via majoritária” (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 26).

¹⁹³ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

Sob essa perspectiva, pode ser entendido como instrumento de atuação concertada da Administração Pública. As suas decisões deixam de ser tomadas isoladamente e passam a admitir amplamente a participação de interessados aptos a tanto, ajudando a delinear diversos aspectos de concessões que poderão ser realizadas.

10.2 A COMPLEXIDADE DOS OBJETOS PASSÍVEIS DE OUTORGA MEDIANTE CONCESSÃO E A COLABORAÇÃO DOS INTERESSADOS

A necessidade de realização de investimentos em infraestrutura, especialmente por meio de outorgas a serem realizadas com base na Lei de Concessões e na Lei de PPPs, demanda mecanismos claros de incentivar parceiros privados a investirem nesses projetos, com instrumentos jurídicos adequados a garantir segurança nas avenças e a promover a razoável repartição de responsabilidades entre as partes.¹⁹⁴

Para a utilização do instituto da concessão, deve haver sintonia entre o interesse do usuário (que fruirá diretamente da prestação dos serviços), da Administração Pública (responsável pela definição de todos os aspectos da licitação, da execução do contrato e por sua fiscalização), e do empresário (que investirá recursos e se remunerará pela prestação dos serviços concedidos).

Não basta, assim, a mera vontade pública (ou política) de se conceder determinada atividade: faz-se necessário que ele seja atrativa à iniciativa privada, o que envolve uma rigorosa análise da viabilidade técnica e econômica do empreendimento e dos riscos nele envolvidos.¹⁹⁵

Os estudos a respeito das concessões são demasiado complexos e ensejam a análise sobre as suas diversas características, as obrigações a serem assumidas e os riscos que poderão ser materializados ao longo da vida contratual. A respeito da complexidade dos objetos passíveis de outorga mediante concessão e da necessidade de seu planejamento, Marçal Justen Filho coloca que:

Até há algumas décadas, as obras e serviços objeto de concessão envolviam atividades relativamente simples, com perfil estável e inalterável ao longo do tempo. Por isso, o próprio planejamento da outorga da concessão era

¹⁹⁴ NÓBREGA, Marcos. Riscos de projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, agosto/setembro/outubro, 2010, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 30. abr. 2014.

¹⁹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 151-152.

relativamente simples. Podia-se determinar, com relativa segurança e precisão, a forma de execução da concessão, especialmente no tocante a requisitos técnico-científicos. Esse panorama alterou-se com o progresso tecnológico. Outorgam-se concessões tendo por objeto setores extremamente complexos, em que há perspectivas de modificações e evoluções constantes e insuscetíveis de antecipação. É muito frequente a impossibilidade de definir, de modo exaustivo, a extensão dos deveres do concessionário e a forma de execução de tarefas abrangidas na concessão.¹⁹⁶

Em vista disso, será necessário o seu adequado planejamento da concessão, o qual, se não tem o condão de eliminar todas as eventuais intempéries, pode auxiliar na sua previsão e mitigação,¹⁹⁷ sendo fundamental para reduzir as chances de que as licitações sejam desertas ou fracassadas e a prestação dos serviços, inadequada.

Nesse sentido, Augusto Neves Dal Pozzo destaca a importância do PMI para a definição da viabilidade dos projetos e para o seu planejamento, nos seguintes termos:

A experiência mostra que a maioria dos projetos de infraestrutura que se revelaram infrutíferas tiveram como causa principal a falta de planejamento adequado. A insuficiente reflexão acerca dos aspectos jurídicos, econômicos e operacionais que norteiam os referidos projetos propiciou um indesejável afastamento do interesse público protegido, gerando gargalos no setor, os quais atormentam a vida cotidiana dos particulares. É preciso enfatizar a fase de planejamento e modelagem, pois não resta dúvida de que o seu aperfeiçoamento propicia a obtenção dos resultados pretendidos e a diminuição drástica dos problemas ocorridos durante a execução contratual.¹⁹⁸

O PMI é permeado pela ideia de colaboração entre as partes para que a melhor solução possa ser adotada, concretizando o interesse público, com todas as opções sendo feitas à luz do caso concreto, do projeto que se pretende estruturar e das peculiaridades que lhes sejam inerentes.

Deixa-se de lado a noção de atuação unilateral da Administração Pública na definição dos aspectos que serão considerados para a outorga da concessão, de forma que possam ser levadas em consideração as proposições e opiniões da comunidade e da iniciativa privada em relação a determinado objeto. Para Marçal Justen Filho:

O Estado necessita da colaboração dos particulares – não apenas para prestação dos serviços públicos, mas também para definir as melhores condições para tal. Isso significa ser vedado excluir a participação de

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviço público. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar. *Direito do estado* (novos rumos). Direito Administrativo. São Paulo: Max Limonad, 2001, T. 2, p. 134.

¹⁹⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 140.

¹⁹⁸ 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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 63.

representantes da comunidade e da própria iniciativa privada na configuração da concessão e do certame licitatório que a antecederá. Ao invés de elaborar o ato convocatório em sigilo, muito mais adequado é obter informações e colocar em discussão pública as diferentes alternativas e opções. Produzir uma licitação não significa editar atos ‘contra’ a comunidade ou a livre iniciativa. Por isso, impõe-se a audiência de todas as instâncias da sociedade civil, inclusive aquelas relacionadas aos potenciais usuários e à livre iniciativa.¹⁹⁹

A participação dos interessados caracteriza-se como cooperação prestada de fora do corpo da Administração Pública, tanto orgânica como funcionalmente, mas que supõe colaboração de maneira voluntária em atividades que o Poder Público poderá promover.²⁰⁰ Há o estabelecimento de proposições formais pela iniciativa privada à Administração Pública, de forma que os pontos apresentados poderão ser analisados, eventualmente debatidos e levados em consideração para a tomada de decisão pública.

O estabelecimento dessa formalidade mostra-se benéfico, pois permite que as atuações possam ser feitas de forma transparente. O Poder Público poderá delinear os aspectos em relação aos quais espera receber contribuições. A iniciativa privada, de seu lado, poderá atendê-las de forma impessoal e pública, garantindo-se a todos os eventuais interessados o direito de apresentar seus pontos de vista sob os aspectos de determinado projeto.

Presta-se, portanto, a garantir a responsividade administrativa²⁰¹ a demandas levadas ao Poder Público pelos cidadãos em geral. Ainda, faz com que seja possível a participação destes nos procedimentos de escolha pública, de forma consensual e legítima.

10.3 O FORTALECIMENTO DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 204-205.

²⁰⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ; Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. T. II, p. 92. Para o detalhamento a respeito das formas de participação orgânica, funcional e cooperativas entre a Administração Pública e os administrados, cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ; Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. T. II, p. 86-93.

²⁰¹ Floriano de Azevedo Marques Neto destaca a necessidade de uma prática administrativa responsiva por meio da eficiência administrativa, de modo que ela, além de não desperdiçar recursos públicos (evitando desvios ou desperdícios), logra atender às necessidades coletivas que correspondam à finalidade do agir administrativo) (Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord). *Nova organização administração*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 207).

Philippe Nonet e Philip Selznick colocam como característica de uma instituição responsiva o fato de manter a exata compreensão sobre o que é essencial para a sua própria integridade, levando em consideração as novas e diversas forças do ambiente que a circunda. Para isso, integridade e abertura à consideração dos diversos aspectos para a tomada de decisão se sustentam, mesmo no caso em que entram em conflito. Ela reconhece as pressões sociais como fonte de conhecimento e oportunidade para autocorreção (*Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Harper and Row, 1978, p. 76-77).

O PMI pode ser encarado como um mecanismo de fortalecimento da Administração Pública. Se bem utilizado, pode ser o fundamento tanto de outorgas mais bem planejadas quanto o substituto de práticas pouco republicanas na tentativa de influenciar decisões administrativas.

Ao se estabelecer procedimento claro de como os estudos serão apresentados, a forma de avaliação dos tópicos e a publicidade do processo, não se atribui *ao mercado* a escolha pública: ao revés, subordina-o aos interesses devidamente motivados da Administração Pública.²⁰² Nesse sentido, Vasco Pereira da Silva coloca que:

A participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante fator de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública.²⁰³

Na estruturação das concessões, há necessidade de expertise e fundamentação técnica da decisão escolha pública realizada, consubstanciada como mais a conveniente pela Administração. As contribuições dos administrados, agregadas por meio da possibilidade de sua efetiva participação durante a fase interna, poderão proporcionar melhores decisões, em

²⁰² Paralelo pode ser traçado entre a figura do procedimento de manifestação de interesse e a da regulação ou da imposição de obrigações de interesse público aos serviços de mercado, tal como previsto no art. 86 do Tratado de Roma no Direito Comunitário Europeu. Nestas duas hipóteses, o Estado se retira da execução direta de determinadas atividades econômicas (consideradas em sentido amplo), passando a exercer o controle e a fiscalização sobre elas. A diminuição de sua atuação direta não significa, reflexamente, a diminuição de ingerência sobre a sua execução.

Em algum sentido, o mesmo se passa em relação ao procedimento de manifestação de interesse. O planejamento da concessão não é realizado diretamente, mas sob regras prospectivas e claras, submetidas a obrigações de isonomia, imparcialidade e motivação, para a escolha das alternativas que sejam mais adequadas à satisfação de necessidades coletivas ou da própria Administração Pública.

Ademais, prevê-se um procedimento formal para o recebimento de contribuições da iniciativa privada. Desde que realizado em perspectivas republicanas – como deve efetivamente ser –, o procedimento de manifestação de interesse pode ser meio hábil a que tentativas de influências indiretas e menos republicanas, por assim dizer, deixem de existir.

A respeito da não diminuição da força do Estado em meio a ondas de *privatizações*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto coloca que “[u]m outro ponto que também pode se observar é que a chamada onda universal de privatização não implica diretamente no câmbio de um regime público para um regime privado de prestações, como se poderia supor, porém, ao revés, paralelamente com o reconhecimento das vantagens da privatização da execução, a comunidade de juristas parece estar cada vez mais convencida de que o Estado realmente deve ser forte e atuante, como ocorre com essas renascidas funções de regulação – tanto as que recaem sobre as tradicionais atividades de serviços públicos como sobre as que passaram a incidir sobre as novas atividades consideradas de suficiente interesse geral para que se as sujeitem ao regime público” (Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fevereiro, 2005, p. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2014).

²⁰³ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 401.

função dos subsídios que farão e como decorrência da sua adequada ponderação pela Administração.

O que é preciso para isto é prover os meios necessários à boa aplicação do instituto, permitindo-lhe não somente escolher aquele mais adequado, como também lhe conferindo a possibilidade de identificar eventuais distorções nos estudos que conduziriam a qualquer benefício indevido. Neste sentido, a regulamentação a respeito do tema desempenha papel crucial, juntamente com a consolidação de sua aplicação prática e das experiências que serão dela colhida.

O PMI não é um mecanismo de burla aos princípios da Administração Pública. Pelo contrário: caso bem conduzido, pode atuar em prol da maior transparência na fase preparatória da licitação, ao tornar públicas as condições em que foram elaboradas as premissas da concessão.

Além disso, por meio dele, o Poder Público passa a contar com valoroso auxílio na tarefa de definição dos elementos da concessão, normalmente complexa e custosa, o que contribui para o atraso ou para a não contratação de um número grande de concessões que seriam muito úteis ao aprimoramento do serviço e da atividade pública.

A atividade de planejamento das concessões deixa de ser *ensimesmada*, circunscrita a atividades internas da Administração Pública.²⁰⁴ Abre-se a possibilidade para que os

²⁰⁴ A noção de atividade administrativa ensimesmada, autista, tem inspiração, aqui, nas ideias de Floriano de Azevedo Marques Neto a respeito do chamado ato administrativo autista, o qual, para o autor, representa “um brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos. Esta exacerbação da autonomia do ato administrativo, que pressupõe que todos os elementos para sua existência, validade e eficácia são encontráveis internamente ao sistema jurídico administrativo, gera uma absoluta indiferença em relação ao meio. Aquilo que num primeiro momento procura imunizar o ato das interferências da política, da economia, da cultura e, para tanto, coloca o administrado na condição de mero espectador e destinatário do ato” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 96-97).

A prática do Direito Administrativo autista é assim ilustrada pelo autor: “Todos que lidam com a Administração Pública sabem que não é incomum o agente público se esquivar de receber, ouvir ou mesmo considerar o direito de petição do administrado no curso da edição de um ato administrativo sob o argumento de que a interação com o interessado poderia contaminar a consecução do interesse público, não obstante o dever de processualidade consagrado na Constituição. Certo é que há nesta postura, assaz comum, um tanto de autoproteção do administrador público (em virtude do mito difundido pelas instâncias de controle de que interagir com o administrado é o passe rápido para²⁰⁴ a improbidade) e outro tanto de teoria da inércia (pois esta interação tira o agente público da zona de conforto, já que o contraditório é sempre trabalhoso). Todavia, mais do que decorrência do instinto de autoproteção e do direito à maximização do ócio, esta postura reflete uma concepção forte no direito administrativo de que haveria uma apartação clara entre o interesse público (que cabe a autoridade competente consagrar mediante a edição de um ato administrativo) e o interesse do particular (que seria movido, supõe-se, apenas por individualismo e cupidez). Tal situação, infelizmente comum, nada mais é do que uma manifestação sintomática do autismo a que fazemos alusão” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 106-107).

interessados apresentem suas manifestações, seus pontos de vista sobre a concessão a ser realizada (seja por meio da apresentação dos estudos solicitados, seja por meio de participação em eventuais audiências e consultas públicas a respeito da matéria, seja com a solicitação ao Poder Público da documentação apresentada e das justificativas para a escolha pública a respeito do modelo utilizado para a licitação).

O reconhecimento de que a troca preliminar de informações com empresas privadas, de forma formal, transparente e procedimentalizada, passa a ser instrumento importante para a consumação de soluções relativas a importantes decisões a serem realizadas pelo Poder Público. Mune-lhe de maior substrato, com o qual terá maiores condições de avaliar a moldura na qual se circunscreve a escolha a ser feita. Podem, assim, ser aperfeiçoadas, fortalecidas as deliberações a respeito da outorga de concessões. A respeito do tema, Fernando Guimarães Vernalha coloca que:

Promovida a um status de fase própria de um procedimento mais abrangente de contratação, e por isso enquadrada em parâmetros aptos a assegurar a igualdade entre interessados (chamamento público), a interlocução público-privada para fins de informação, criação, desenvolvimento ou modificação de projetos de interesse estatal deixou de ser vista como um risco em potencial à promiscuidade e à corrupção. Ao contrário disso, é precisamente por este canal que os projetos podem surgir aperfeiçoados e concebidos também por aquele que titulariza a tecnologia para tal: o empresário privado. Para tanto, será necessário que as Administrações estejam capacitadas e preparadas para as respectivas avaliações, minimizando a assimetria de informações que muitas vezes se verifica neste domínio entre os setores público e privado.

Sob este contexto, é perceptível que a transmutação do direito da contratação administrativa experimentada nos últimos anos se revela uma disciplina cada vez menos formalista e burocrática; e mais transparente e eficiente.²⁰⁵

Os particulares deixam de ser considerados intrusos nas atividades administrativas de elaboração de projetos e demais estudos relativos às concessões, especialmente nos processos de tomada de decisões para que as licitações possam ser adequadamente lançadas.²⁰⁶ A abertura da Administração Pública à influência dos indivíduos e grupos que formam o tecido social, por força da reivindicação de maior controle e transparência nas decisões e pela

Vitor Rhein Schirato, com base nas ideias de Floriano de Azevedo Marques Neto sobre *o fim do ato administrativo autista*, propugna pela transformação da atuação unilateral Da Administração Pública “capaz de modificar a esfera de direitos dos cidadãos em resultado de um *processo decisório concertado*” (SCHIRATO, Vitor Rhein. Presunção de legitimidade dos atos administrativos e processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, Revista dos Tribunais, 2013, p. 32).

²⁰⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 416.

²⁰⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 26 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/451/r141-06.pdf?sequence=4>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2014.

necessidade de dotar a realização das políticas públicas ou dos desígnios e interesses públicos de forma geral de efetividade pode fazer com que as decisões sejam todas de maior efetividade.²⁰⁷

O processo que culmina na realização de determinada concessão implica a efetivação do interesse público, o qual poderá ser mais bem delineado pela própria Administração com a contribuição de todos aqueles que o circundam, que possuam sugestões relevantes para a sua concretização. “O exame completo e minucioso de todos os aspectos que o envolvem permitirá que a finalidade que se busca seja plenamente alcançada, já que vários são os caminhos que podem ser trilhados nesse desiderato”.²⁰⁸ Ademais, a participação de caráter cidadã “evidencia um grau mais elevado de desenvolvimento político de um país, em que os participantes têm voz ativa na condução da função administrativa, de forma a legitimar as decisões estatais a partir de suas manifestações”.²⁰⁹

O PMI deve ser claro, estável, equilibrado, com regras que inspirem a confiança dos interessados. O procedimento permite a flexibilização da atuação da Administração Pública, levando em consideração as diversas circunstâncias existentes no momento de sua decisão.²¹⁰ Deve ser transparente, aberto à contribuição do público, com a disponibilização das informações adequadas para as análises a serem realizadas pelos interessados e para o controle de quem quer que seja, com a decisão final suficientemente motivada.²¹¹

A consolidação de sua utilização poderá veicular práticas em que as decisões da Administração Pública sejam mais bem informadas, com o conhecimento de todas as condicionantes que lhes circundam. Ainda, poderá fazer com que práticas não republicanas de tentativa de influência no Poder Público sejam diminuídas. O procedimento de manifestação de interesse estará amparado em lei e em atos administrativos. Deverá ser dotado de flexibilidades para a realização de contribuições e interações. Ao mesmo tempo, deverá ser

²⁰⁷ PEREZ, Marcos Augusto. A audiência pública no direito administrativo brasileiro. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (coord.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 101.

²⁰⁸ 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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 61.

²⁰⁹ 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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 62.

²¹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico* (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Comares: Granada, 2004, p. 645.

²¹¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principio de derecho público económico* (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Comares: Granada, 2004, p. 648.

permeado pela ampla transparência e publicidade, fazendo com que sejam oferecidas as mais variadas contribuições para as escolhas públicas.

CAPÍTULO 11 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO TRANSPARENTE, MOTIVADO E CONTROLADO

11 O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apontados os principais aspectos do procedimento de manifestação de interesse como hipótese de atuação concertada da Administração Pública, cabe especificar as principais cautelas na sua realização, o que será feito no presente capítulo.

A análise de qualquer instituto deve ter em vista sua delimitação constitucional. Seu tratamento será incompleto se não estabelecidos todos os pontos constitucionais que o permeiam e que definem o caráter de sua aplicação e interpretação em cada caso que se apresenta.

A Constituição estabelece, expressamente, o dever de licitar para os entes da Administração Pública Direta e Indireta. Seu art. 37, XXI, prevê que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. O art. 175, por sua vez, determina que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.²¹² Tais normas, a serem observadas nas contratações administrativas, estão permeadas por princípios constitucionais.

Em virtude de o PMI ser caracterizado como mecanismo de autorização pública para a realização de trabalhos técnicos em favor da Administração deverá observância aos princípios que pautem a realização de procedimentos seletivos semelhantes. Ademais, a sua

²¹² “[...] se a ‘personalidade’, vale dizer, a condição e caracterização pessoal do contratado particular da entidade pública, é determinante para a concessão (como é, de resto, igualmente para a permissão para a prestação do serviço público), é certo que a sua escolha subordina-se, restritamente, ao princípio da “impessoalidade” ou do ‘impersonalismo’. Se o contrato é entregue a uma pessoa determinada, essa determinação não pode considerar a personalidade, as condições especiais e subjetivadas do interessado, nem se permite o subjetivismo do agente público competente para promover a contratação. As condições pessoais importam para a entidade contratante porque sem elas não há segurança para essa, que pode delegar a prestação de um serviço público a quem não disponha de condições pessoais e meios materiais para o desempenho assumido, em prejuízo grave à coletividade. A eleição do contratado, contudo, deve dar-se de maneira impessoal, porque prevalece, na Democracia e, mais ainda, na República Democrática, a igualdade de todos e a imparcialidade do Poder do Estado em face dos cidadãos e de todas as pessoas, inclusive jurídicas. Todas têm direito de se interessar por vir a colaborar com a Administração pública, e, nessa condição, será escolhida a que demonstrar idoneidade e melhores condições de vir a ter o melhor desempenho na obrigação assumida” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 121-122).

realização também está coartada pelos princípios a que a Administração Pública deve obediência, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Independentemente da noção que se dê a eles, seja como: (i) aquelas normas com teor mais aberto do que as regras, ou correspondentes às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração, ou *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico, apresentando-se como instrumentos para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo;²¹³ (iv) dimensões de peso que captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios de um discurso jurídico;²¹⁴ (v) comandos de otimização;²¹⁵; fato é que seleções a serem realizadas pela Administração Pública estão permeadas por uma série deles.

No bojo de PMI, os interessados concorrem que tenham o seu trabalho selecionado, para que possam influenciar a tomada de decisão e para que possam ter os seus custos reembolsados.

Há a instauração de disputa, que deve ser pautada pelos princípios a que a Administração Pública está submetida. Eles deverão ser observados de forma holística, para que o procedimento tenha aderência aos condicionamentos que pautam a atuação do Poder Público.

11.1 O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O PMI está amparado no princípio da legalidade. A sua utilização tem como pressuposto o direito de petição de qualquer interessado, com base no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, e, em âmbito de processo administrativo federal, no art. 5º da Lei 9.784.

Ainda, salvaguarda-se no art. 21 da Lei de Concessões e no art. 31 da Lei 9.074, bem como na Lei 11.922, ao permitir aos poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o estabelecimento de 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-privada.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

²¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, P. 90.

A atuação da Administração Pública, além de dever estar alicerçada em lei, é submetida ao dever de igualdade. Qualquer ato emanado pelo Poder Público deverá estar em consonância com tal princípio, sob pena de ser reputado inválido.²¹⁶ Por este princípio, a Administração Pública não poderá pretender realizar distinções se a discriminação desigualar o que é igual, criando-se, pela desequiparação fundada em razões pessoais, situações de prejuízo de uns e privilégios de outros. A igualdade jurídica, para a Administração, deverá, se for o caso, sanear as diferenças que a desigualdade oferece.²¹⁷

Todas as diferenças pessoais serão desconsideradas e vedadas, “quando não sejam objetivamente verificadas como pertinentes a uma situação descrita no próprio sistema jurídico-normativo e nele tomado, validamente, como referencial de distinção”.²¹⁸

No PMI, o princípio da isonomia também é atendido ao se garantir, a todo e qualquer interessado, o legítimo direito de requerer a autorização para a apresentação de trabalhos técnicos e de participar de procedimentos lançados pelo Poder Público com esse objetivo.²¹⁹

Deverá haver a imparcialidade do Poder Público na solicitação de apresentação de estudos. Qualquer diferenciação (por exemplo, a necessidade de demonstração de experiência em projetos semelhantes) será admitida apenas na medida em que possa satisfazer os interesses da própria Administração. As escolhas deverão ser embasadas em critérios previamente divulgados e em atos devidamente motivados pelo órgão ou entidade competente.

Em resumo: deve ser garantido acesso aos interessados, em igualdade de oportunidades, pautado pela imparcialidade no julgamento realizado, segundo critérios objetivamente demonstrados na motivação do ato final de seleção.²²⁰

²¹⁶ Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “[m]uito importante é enfatizar que a impessoalidade administrativa tem conteúdo positivo e negativo. No primeiro caso, por ele se assegura que a neutralidade e a objetividade têm que prevalecer em todos os comportamentos da Administração Pública. Neste sentido, a impessoalidade assegura um conteúdo preceptivo positivo, indicando-se o que se deve conter em determinado ato da Administração Pública. Mas este princípio guarda também conteúdo negativo, quando constitui indicativo de limites definidos à atuação administrativa. Por ele, não se podem praticar atos que tenham motivo ou finalidade despojados daquelas características. Neste caso, aliás, é de alta significação o princípio da impessoalidade administrativa, para assegurar não apenas que pessoas não recebem tratamento particularizado em razão de suas condições específicas (privilegiadoras ou prejudiciais), mas ainda para vedar a adoção de comportamento administrativo motivado pelo partidarismo”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 148).

²¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37-42.

²¹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 152.

²¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o Procedimento de Manifestação de Interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 67-79, abr./jun. 2013.

²²⁰ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de

Tais pontos são reflexos do princípio da impessoalidade, a impor à Administração o dever de tratar a todos os seus administrados sem quaisquer favorecimentos ou discriminações desarrazoadas. Não poderá haver favoritismos ou perseguições: o Poder Público deve exercer as suas competências de maneira imparcial. Eventuais pessoalidades somente poderão ser exercidas quando se apresentem como razões e proporcionais à luz da Lei e do Direito e à finalidade da atuação administrativa.²²¹

A autorização de que trata o art. 21 da Lei de Concessões precede de decisão da Administração Pública, cabendo a ela, para posterior execução, um dos projetos entregues. O regramento estabelecido a respeito do tema caminha nesse sentido.

A expedição da autorização e seleção não ocorrerá ao arbítrio público ou sob o mero interesse da iniciativa privada. Será permeada pelo interesse público na estruturação do projeto e na realização da outorga.

Ainda que a seleção não resulte em procedimento competitivo, deve tratar-se de processo isonômico, realizado para assegurar a possibilidade de participação de interessados. O tratamento isonômico corresponderá ao direito dos interessados de não serem preteridos sem justificativas, quando outro interessado houver sido autorizado a realizar os estudos. Há que se lembrar de que, em essência, o PMI destina-se a permitir à Administração Pública colher maiores informações a respeito de sua própria tomada de decisão. A autorização transparente e isonômica aos interessados auxiliará na consecução desse objetivo.

Nesse contexto, a Administração deve atuar em estrita conformidade com princípios éticos, estendendo os mesmos recursos (por exemplo, o direito de realização dos estudos, o acesso a informações, a possibilidade de visita *in loco*, etc.) e condições a todos os administrados interessados e em condições semelhantes.

cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

²²¹ Para Celso Bastos, o princípio da impessoalidade é a tradução de que “a lei tem de ser aplicada de molde a não levar em conta critérios nela não inseridos. Toda vez que o administrador pratica algum entorse na legislação para abranger uma situação por ela não colhida ou para deixar de abarcar uma outra naturalmente inclusa no modelo legal, a Administração está-se desviando da trilha da legalidade” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 326).

Para Luiz Alberto David Araujo, “significa que os critérios pessoais não podem ser tomados em conta para efeito de concessão de privilégios ou para discriminações. Cuida-se, em suma, de desdobramento do próprio princípio da igualdade, assegurando que o ato administrativo persiga interesse público e não pessoal” (ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 323). Ainda, “[a]o lado do sentido acima especificado, o princípio da impessoalidade possui outro significado, qual seja, o de que a Administração Pública não deve conter a marca pessoal do administrador. Em outras palavras, ela não pode ficar vinculada pela atuação do agente público. Quando uma atividade administrativa é efetivada, a Administração que a desempenha o faz a título impessoal” (ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 325).

Essa conclusão é decorrência do próprio princípio republicano, a permear de forma cogente a atuação da Administração Pública e a vedar o tratamento favorecido a alguns, não estendido a outros sem justificativa razoável ou deles ocultado. A noção de república alicerça-se sobre os princípios da isonomia e da igualdade, veiculados em ambiente de transparência, certeza, segurança.²²² Não admite privilégios, favorecimentos ou atuações imorais.²²³

O princípio da moralidade administrativa impõe ao agente público que atua ao longo do PMI o dever de realizar todos os seus atos com honestidade, nos exatos termos impostos pela lei, sem qualquer aproveitamento pessoal dos poderes decorrentes do exercício de sua função ou de favorecimentos a quem quer que seja.

Insculpido no texto constitucional, a violação ao princípio da moralidade ensejará a invalidação²²⁴ da atuação que lhe desconforme.²²⁵

O princípio da moralidade é atendido, pois todos os interessados podem requerer o direito de apresentar estudos e projetos e de participar em procedimentos públicos lançados. A violação ao princípio da moralidade se dará nas hipóteses em que as escolhas forem feitas de forma ocultas, inconfessáveis, com determinado interessado favorecido na seleção dos estudos ou com o formato adotado.²²⁶

²²² PORTA, Marcos. A noção jurídica da república. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 32, jul. 2000, p. 144.

²²³ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 159.

²²⁴ “[...] a invalidação consiste no ato jurídico estatal, unilateral e concreto que visa à retirada dos atos administrativos inválidos (unilaterais ou bilaterais) e/ou seus efeitos. A invalidação é, pois, uma sanção jurídica” (FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141).

²²⁵ Márcio Cammarosano coloca que “[...] o princípio da moralidade não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais. Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato. A só ofensa a preceito que não consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica invalidade do ato, mas não imoralidade administrativa” (*O princípio constitucional da moralidade e o exercício de função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 114).

Na mesma linha, José Afonso da Silva entende que a ideia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica, de forma que a moralidade administrativa se apresenta como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Para o autor “[p]ode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente legal*, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 648).

²²⁶ GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o Procedimento de Manifestação de Interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 67-79, abr./jun. 2013.

O PMI deve, igualmente, obediência ao princípio da publicidade, resguardando a mais ampla transparência. O administrador deverá portar-se absolutamente às claras, possibilitando aos administrados o conhecimento a respeito do início do procedimento, do chamamento para o requerimento de autorizações para a elaboração dos estudos em favor da Administração Pública e a respeito dos atos realizados, especialmente a respeito do julgamento e seleção dos estudos. Há o dever administrativo de manter plena divulgação de seus atos, sem qualquer ocultamento dos assuntos que interessem a todos e a cada um.

O regramento dos chamamentos públicos, seja por meio de atos normativos, seja por meio do da publicação de editais específicos, impõe-se ante a intolerável situação em que o Poder Público comunica suas intenções reservadamente a determinadas empresas, favorecendo-as em detrimento de potenciais interessados. A transparência que deve imperar nas relações do Estado com os particulares, traduzida no amplo conhecimento ofertado à sociedade.

Por fim, o PMI pode ser encarado como concretização do princípio da eficiência. Este se relaciona diretamente com as normas de boa administração: a Administração Pública deve concretizar atividade administrativa com o maior número possível de efeitos positivos aos administrados. Deve sopesar suas decisões em relações de custo-benefício, de forma a otimizar a aplicação de recursos escassos.²²⁷

Isso porque, por meio dele, busca-se colher informações a respeito tanto da viabilidade de uma determinada concessão quanto dos aspectos que podem ser levados em consideração para a sua efetiva realização.

Com o lançamento do procedimento, a Administração Pública, com base nos estudos que lhe forem apresentados e por meio de suas próprias considerações, poderá chegar à conclusão de que o projeto é inviável. Poupa-se, portanto, recursos com licitação que pudesse ser lançada para o desenvolvimento dos estudos técnicos a respeito da outorga. Ademais,

²²⁷ Para José Afonso da Silva, “o princípio da eficiência (...) orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 651).

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “[é] um conceito econômico, que introduz, no ordenamento jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298).

podem ser colhidas uma série de contribuições, que auxiliarão o Poder Público na realização da melhor outorga, aquela que efetivamente concretize o interesse público.²²⁸

A medida representada pelo art. 21 da Lei de Concessões e veiculada em diversos atos normativos específicos deve ser interpretada sistemática e harmonicamente com as demais regras e com os princípios subjacentes ao ordenamento jurídico, o qual não permite que se afaste a isonomia entre os interessados ou o desatendimento a outros condicionamentos a respeito do tema. Os meios empregados pelo Poder Público para concretizar o interesse público, inclusive por meio da efetiva outorga de concessões, não podem destoar dos adequados padrões que regem a sua atuação.

A possibilidade de realização de comportamentos inadequados em sede de PMI – que, diga-se de passagem, pode existir em qualquer meio de atuação da Administração Pública, e não apenas no procedimento em comento – não se mostra como razão suficiente para a sua não utilização.²²⁹ Tal fato representaria o sacrifício do enfermo, sem buscar as causas da moléstia e os remédios adequados para o seu tratamento. O respeito aos princípios constitucionais deve ser realizado pelo Poder Público em todo e qualquer caso.

11.2 O RISCO DE CAPTURA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

As análises a serem realizadas para o cotejo entre os eventuais estudos apresentados pela iniciativa privada e para a seleção daquele(s) que atenda(m) ao interesse público na maior medida apenas reforçam a necessidade e o dever de o Estado reforçar a sua capacidade de organização e gestão.

Há, em cada procedimento de manifestação de interesse instaurado, a necessidade de análise crítica tanto sobre o pedido de autorização formulado para o início dos estudos quanto para a avaliação da documentação que é apresentada. Consequentemente, a Administração

²²⁸ “[...] afastar a participação da sociedade implicaria a violação do princípio da eficiência, já que a decisão administrativa a ser tomada não seria a melhor possível considerando-se os elementos fáticos e técnicos à disposição do administrador para fundamentá-la. Parece-nos que essa participação acaba sendo imprescindível, podendo-se falar, inclusive, de uma eventual nulidade no processo administrativo de delegação dos serviços que não a contemple, com exceção dos casos em que haja justificativa plausível para seu afastamento. Assim, a consequência jurídica relevante que se depreende dessa construção é que se pode dizer que há um dever da Administração em promover o Procedimento de Manifestação de Interesse, o qual só poderá ser afastado em circunstâncias específicas, quando haja motivos plausíveis para sua não realização” (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 (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 62).

²²⁹ Exemplificativamente, a respeito das diversas fraudes que podem ser realizadas durante licitações, cf. VAZ, Sérgio. *Lei das licitações, princípios e situações de fraude e corrupção nas licitações* (Lei nº 8.666, de 21/06/93). Presidente Prudente: Data Juris, 1993, p. 71-94.

Pública deve possuir corpo técnico adequado, capaz de realizar a verificação das propostas realizadas pela iniciativa privada, sob pena de sua captura pelos potenciais parceiros privados.

A necessidade de capacitação técnica é fundamental, no procedimento de manifestação de interesse, em decorrência da proximidade estabelecida entre a Administração Pública e os interessados que poderão participar da licitação para a exploração econômica do projeto desenvolvido. Os agentes do Poder Público envolvidos no PMI deverão ter os conhecimentos adequados para analisar criticamente todas as informações recebidas. Para auxiliá-los, poderão ser contratados consultores ou alocados outros agentes da Administração Pública que possam contribuir com a sua expertise para a avaliação crítica da documentação recebida e das demais informações fornecidas.²³⁰

Ainda, deverá ter-se o cuidado para que, em função das interações mantidas com a iniciativa privada, não passem a atuar em favor de determinados interessados, em detrimento de outros. A transparência e a racionalidade no procedimento podem ser remédios para imunizar a Administração do risco de captura.²³¹

É possível que o interessado condicione em seu favor a tomada de decisões pela Administração Pública, especialmente pela potencial assimetria informacional que pode existir no processo. Para diminuir esse risco, é crucial que os editais de chamamento contemplem os tipos de estudos técnicos pretendidos e a sua forma de avaliação. Ademais, as informações sobre eles devem ser tornadas públicas de forma adequada, para que todos os interessados tenham acesso aos mesmos condicionamentos e aspectos relativos à elaboração dos estudos e que deverão ser analisados pelo Poder Público.²³²

Para a diminuição do risco de captura, é essencial que a Administração Pública reúna conhecimentos e especialidades a respeito do setor objeto do procedimento de manifestação de interesse. Quanto mais dominar as informações a respeito da concessão a ser outorgada, mais eficiente poderá se mostrar o procedimento. Isso porque menor será a assimetria de informação em relação ao interessado. As informações coletadas poderão ser mais bem utilizadas para a estruturação da concessão. Menores serão as chances de o interessado se

²³⁰ A IN 52 do TCU prevê que, no exercício do controle das parcerias público-privadas e a fim de subsidiar os trabalhos a serem realizados, a unidade responsável poderá propor a requisição de serviços técnicos especializados, sem ônus, a órgãos ou entidades Federais, bem como a contratação de serviços técnicos especializados. (art. 15, I e II).

²³¹ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²³² BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. O procedimento de manifestação de interesse como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, p. 23-32, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89096>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

utilizar, em favor próprio, do fato de conhecer profundamente o setor em relação ao qual o PMI se desenvolve. Além disso, a expertise técnica e a especialidade permitem que as medidas tomadas pela Administração Pública já levem em conta as especificidades a respeito da futura concessão.²³³

O Poder Público deverá possuir os meios adequados para que haja a recepção controlada dos resultados oriundos do procedimento. Deverá dispor, na prática, de fazer mais do que meramente ratificar as propostas que lhe sejam apresentadas; poder analisá-las criticamente, cotejá-las entre si e com os resultados esperados, à luz dos requisitos constantes do PMI e em consonância com a concretização do interesse público, que à Administração Pública cabe.²³⁴

É cogente que se institua uma fiscalização rigorosa e justa para impedir o direcionamento do resultado do procedimento de manifestação de interesse e, conseqüentemente, da futura licitação que se possa lançar. De toda forma, mesmo a efetiva fiscalização e o conhecimento técnico a respeito do objeto do PMI não afastam totalmente – como em qualquer outro tipo de atuação administrativa – a possibilidade de que sejam praticadas condutas reprováveis, tanto pelos interessados como pela própria Administração.²³⁵ O fundamental é que essas condutas sejam reduzidas ao máximo e devidamente fiscalizadas e punidas.

Outra dificuldade inerente ao PMI está relacionada ao fato de que os interessados poderão apresentar propostas e informações diferentes entre si. Em geral, não haverá um estudo ideal, mas ideias contidas em vários deles que, correlacionadas, poderão formar a melhor proposta para a consecução das finalidades públicas perseguidas. Nesse caso, deverá haver a adequada isonomia e transparência na avaliação das propostas, em conformidade com o instrumento de chamamento e de forma fundamentada. Poderão ser escolhidas parcelas de 2 (dois) ou mais estudos, com o ressarcimento adequado ao aproveitamento de cada qual deles.²³⁶

Em suma: o Poder Público que optar pela utilização do PMI deve se certificar de que dispõe da expertise necessária ao menos para assimilar todas as informações fornecidas pelos

²³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 62.

²³⁴ GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo* (uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo). Coimbra: Almedina, 2003, p. 71-72.

²³⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos relativos à elaboração de projetos nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 303.

²³⁶ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 188.

autores dos estudos e de avaliá-las de forma transparente, isonômica e motivada, em estrita conformidade com os critérios e requisitos previamente divulgados.

11.3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS DECISÕES

A motivação dos atos e das decisões administrativas pode ser caracterizada por sua intencionalidade, apresentando-se como um discurso destinado a justificar racionalmente o ato motivado. Nas palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra, por meio da motivação:

o agente público procura argumentar no sentido de convencer seja o particular interessado, seja a coletividade, de que aquele determinado ato administrativo tem sua razão de ser, tanto no plano da legalidade como no da oportunidade e conveniência.²³⁷

Em outras palavras: a enunciação dos motivos a respeito da emanção do ato e da decisão administrativa recebe o nome de motivação, com a exposição dos motivos pertinentes à sua edição.²³⁸

No procedimento de manifestação de interesse, há a necessidade de motivação em relação à escolha de determinados estudos e a rejeição de outros. Os interessados têm o direito dos interessados de conhecer os motivos que ensejaram a decisão a respeito da seleção de determinados estudos, em detrimento de outros que poderiam ser utilizados para estruturar a futura concessão.

O estabelecimento de critérios de avaliação de estudos, previstos nos diversos atos normativos a respeito do tema e especificados nos instrumentos de chamamento público, tem o objetivo de pautar a conduta da Administração Pública na análise da documentação que lhe for apresentada.

A avaliação deverá ser pautada pela possibilidade de os estudos serem utilizados para a consecução do interesse público subjacente à outorga, de forma a haver a necessidade de explicitação da escolha administrativa a respeito daqueles que sejam considerados mais adequados a atingir tal objetivo.

Há a necessidade de se apresentar, expressamente, as razões de fato e de direito que levaram à decisão administrativa no PMI. A motivação constitui verdadeiro requisito de

²³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 107.

²³⁸ “A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, *caput*) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5º)” MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156).

legitimidade e de validade do ato que pauta a escolha de determinados estudos em detrimento de outros. Qualquer decisão não precedida de motivação consistente, a indicar as razões pelas quais os trabalhos técnicos de determinado interessado foram selecionados ou rejeitados, padecerá de vício de ilegitimidade – sendo invalidável, portanto.²³⁹ Nesse sentido, José Anacleto Abduch Santos coloca que:

A decisão administrativa na fase interna da licitação será produzida em um contexto que conjuga conceitos jurídicos indeterminados com caráter polissêmico (de ordem jurídica ou não), disposições normativas expressas e uma pluralidade de opções fático-administrativas. A escolha da opção administrativa que melhor atenda o interesse público, dentre as diversas alternativas possíveis em face do ordenamento jurídico, exige ponderação valorativa que considere, além das disposições legais expressas, o conteúdo jurídico expressado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. [...] A decisão administrativa, neste compasso, deve ser exarada de acordo com a ideia de bom senso, inteligência, prudência, previdência, bom juízo e cautela.²⁴⁰

A validade da opção administrativa realizada ao cabo do PMI estará condicionada à motivação, à demonstração de que desdobrou em consonância com os atos normativos e com o edital de chamamento que o embasaram e com aspectos indispensáveis à finalidade que se pretende atingir com a realização da concessão.

11.3.1 O SUBJETIVISMO INDESEJADO

A obrigatoriedade de motivação suficiente nas decisões exaradas no procedimento de manifestação de interesse, a respeito da escolha e da rejeição dos estudos apresentados, impõe-se, sobretudo, em função da inexistência de critérios totalmente objetivos para se considerar qual deles seria o mais adequado para a consecução do interesse público subjacente à futura concessão.

As documentações entregues à Administração Pública e as contribuições feitas poderão ser, todas elas e em alguma medida, aptas a utilização para a estruturação da outorga, o que demandará o esforço de análise e da motivação a permear a escolha.

²³⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatória. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 fev. 2014, p. 12.

²⁴⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatória. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 fev. 2014, p. 10-11.

Mesmo os atos normativos a respeito do procedimento de manifestação de interesse e os instrumentos de chamamento publicados para o recebimento de projetos não trazem critérios objetivos para a decisão administrativa. O Decreto 5.977, *e.g.*, prevê que a avaliação e a seleção dos estudos serão realizadas com base em critérios subjetivos, os quais incluem: (i) consistência das informações que subsidiaram sua realização; (ii) adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor; (iii) impacto do empreendimento no desenvolvimento socioeconômico da região e sua contribuição para a integração nacional, se aplicável; (iv) demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, se existentes.

Do mesmo modo, no Chamamento Público 01/2013, concernente ao recebimento de proposições para a modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo, estabeleceu-se que a avaliação dos estudos apresentados consideraria a consistência das informações que subsidiaram sua realização e a compatibilidade com técnicas previstas em normas e procedimentos científicos pertinentes, bem como sua adequação à legislação aplicável e aos benefícios de interesse público esperado.

Não há, objetivamente, critérios para pautar a decisão a respeito da consistência das informações de estudos abrangentes. Poderá haver discordâncias sobre quais técnicas serão as mais adequadas para o desenvolvimento da futura concessão. Determinado empreendimento pode trazer impactos de desenvolvimento em uma localidade, sob algumas perspectivas, que podem se mostrar diferentes das apontadas em projetos semelhantes. Os benefícios de interesse público esperado poderão ser diferentes, à luz tanto dos projetos apresentados quanto do entendimento das pessoas que realizarão a sua avaliação.

Haverá, concretamente, casos em que a Administração Pública terá condições de avaliar, objetivamente, a razoabilidade ou das informações prestadas. Haverá zonas de certa positiva e negativa a respeito das avaliações. Mas as grandes dificuldades estarão em zonas cinzentas, nas quais não se poderá definir, com clareza, quais dos estudos serão os mais aptos para pautar a futura concessão. “Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar [...] que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto”.²⁴¹

²⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 22. “Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível

Nesses casos, haverá um grau de subjetivismo, de discricionariedade administrativa nas avaliações que serão realizadas. O subjetivismo, contudo, não poderá ser indesejado; a discricionariedade não pode se traduzir em arbitrariedade.

Para que isso não se verifique, deverá haver a adequada motivação em todas as escolhas realizadas ao longo do procedimento de manifestação de interesse, notadamente em relação à avaliação dos estudos considerados e a sua pertinência para os objetivos perseguidos pela Administração Pública. Sem a razoável motivação, as decisões poderão ser refutadas, os atos poderão ser fulminados em sede administrativa ou judicial.

A noção de *poder discricionário*, apontada como verdadeira *quaestio diabólica*²⁴² em meio ao Estado de Direito, permeia os atos a emanados pela Administração Pública e as atividades a serem por ela exercidas. Com o procedimento de manifestação de interesse não é diferente. Se, por um lado, o procedimento está coartado pela Lei e pelo Direito, por outro, a Administração deverá tomar decisões que não estão totalmente apontadas para um único e exclusivo sentido.

A discricionariedade pode ser conceituada como a margem de liberdade para a atuação da Administração Pública que surge quando a sua atividade, a ser adotada no caso

contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis” (Idem, p. 23).

A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello é a mesma de Hans Joaquim Koch, citado por Mariano Bacigalupo. É de se ler os escritos do autor: “De entre los seguidores de la teoría que concibe la discrecionalidad como habilitación a la Administración para completar o integrar en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto de una norma jurídico-administrativa, ha sido Hans Joaquim Koch quien más decididamente ha concluido que la aplicación de los conceptos normativos indeterminados en su zona de incertidumbre supone también el ejercicio de (verdadera) discrecionalidad. En su opinión, ello es así porque tal aplicación exige asimismo completar un requisito o elemento *imperfecto* del supuesto de hecho normativo.

Koch llega a esta conclusión tras analizar el proceso de aplicación de dichos conceptos desde una óptica jurídico-metodológica. Según él, estos conceptos sólo ofrecen a su aplicador un criterio de aplicación (o inaplicación) en sus respectivas zonas de certeza positiva y negativa. Por el contrario, desde un punto de vista lógico-semántico los conceptos indeterminados no ofrecerían a su aplicador criterio de aplicación (o inaplicación) alguno en su zona de incertidumbre o de vaguedad, la de los *candidatos neutrales* del concepto (según reza la terminología *analítica* utilizada por Koch), por lo que sería el aplicador de la norma quien en este ámbito del concepto habría de establecer por sí mismo el criterio de su aplicación o inaplicación a fin de poder adoptar sobre su base una decisión aplicativa del mismo, bien positiva, bien negativa. Así, pues, la aplicación de un concepto normativo indeterminado en su zona de incertidumbre supondría la *necesaria adopción por el órgano actuante de un criterio* de aplicación del concepto (que no está contenido en la propia norma y que, por ello, no se trata sólo de *deducir* de la misma), igual que la aplicación de una norma que habilita discrecionalidad en la adopción o determinación de su consecuencia jurídica supone, como se dijo, la *necesaria adopción por la Administración de los criterios* finalmente determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica o otra. En ambos casos, sostiene que completan (en sede aplicativa) el supuesto de hecho inacabado de la norma habilitante o bien un requisito imperfecto (por indeterminado en su zona de incertidumbre) del mismo” (BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 188-189).

²⁴² ZORN, *Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, publicado no *Verwaltungsarchiv*, II (1894), p. 82. Apud QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Estudos de Direito Público, v. I – Dissertações. Coimbra, 1989, p. 87.

concreto, não está completamente definida no substrato normativo que a embasa.²⁴³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode ser conceituada como:

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.²⁴⁴

Do referido trecho, há a intelecção de que a discricionariedade pode ser conferida à Administração em 2 (dois) sentidos: tanto (i) quando a lei, expressamente, deixa margem de liberdade, no mandamento da norma, para que a Administração possa adotar mais de uma solução adequada no caso concreto, quanto (ii) nos casos em que a lei se utiliza de conceitos *imprecisos, indeterminados*, para pautar a atuação administrativa. Tais aspectos poderão estar contidos nos atos normativos referentes ao procedimento de manifestação de interesse e nos editais de chamamentos publicados, a ensejar a razoável motivação da Administração Pública sobre as escolhas realizadas, em contraponto à discricionariedade que as permeará.

Como a escolha será discricionária, a ausência de motivação, ou a sua realização inadequada na seleção dos estudos apresentados pelos interessados, poderá macular a decisão.

11.4 O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

As decisões administrativas, no âmbito do procedimento de manifestação de interesse, em essência, não são distintas das que ocorrem em qualquer outro processo de tomada de decisão e escolha pública. Deve haver a efetiva observância dos aspectos constitucionais e legais a respeito do tema, sob pena de desvirtuamento, desvio e vício na decisão. De todo modo, tal característica não se circunscreve apenas ao procedimento de

²⁴³ Em relação à diferença entre os atos vinculados e os discricionários, cf. a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 9). Para o autor, há atuação vinculada e, portanto, poder vinculado, “quando a norma a ser cumprida já predetermina de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento”. De outro lado, há “atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um ‘poder’ discricionário”.

No mesmo sentido, cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. V. 1: Introdução. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 484-485.

²⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48.

manifestação de interesse. Licitações públicas dirigidas devem ser investigadas; atos administrativos editados com desvio de poder ou de finalidade devem ser rechaçados.

Assim, da mesma maneira que ocorre com diversos outros institutos, a ocorrência de desvirtuamentos, abusos ou favoritismos no procedimento de escolha dos estudos a serem apresentados à Administração Pública não devem ser tolerados. A decisão administrativa deve ocorrer dentro dos limites constitucionais e legais que embasam a sua prolação. Qualquer desatendimento a tal característica deve se sujeitar a apuração pelos órgãos de controle e à eventual sanção aos responsáveis, como não pode deixar de acontecer em qualquer Estado que se diga Democrático e de Direito.

Além de toda a avaliação a ser realizada pela Administração que instaure o procedimento de manifestação de interesse (os órgãos e entidades que os lancem, bem como, por exemplo, as respectivas unidades de parcerias público-privadas, seus conselhos gestores, comissões ad hoc instituídas para a realização das avaliações), para que haja o adequado controle dos resultados que dele decorrerá, bem como de todos os outros possíveis envolvidos (Procuradorias, Controladorias, dentre outros), os estudos poderão ser analisados pelos Tribunais de Contas, com base em sua competência para a fiscalização de processos de desestatização.

O TCU publicou 2 (duas) instruções normativas a respeito da fiscalização da realização de concessões e PPPs: a Instrução Normativa 27, de 2 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, e a Instrução Normativa 52, de 4 de julho de 2007, que dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de parcerias público-privadas.

Nos termos da IN 27, ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo, dentre outras hipóteses, a concessão de serviço público, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública e permissão de serviço público (art. 1º, § 1º, III, IV e V).

A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada em 4 (quatro) estágios (art. 7º da IN 27). O 1º (primeiro) estágio compõe (art. 7º, I, da IN 27):²⁴⁵

²⁴⁵ O 2º (segundo) estágio compõe a análise de: (i) edital de pré-qualificação; (ii) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação; (iii) relatório de julgamento da pré-qualificação; (iv) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação; (v) edital de licitação; (vi) minuta de contrato; (vii) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas.

(i) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

(ii) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

(iii) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

Essas informações coadunam-se com as que são levantadas e elaboradas ao longo do procedimento de manifestação de interesse e poderão ser analisadas pela Corte Federal de Contas. A IN 27 determina que o dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhe, mediante cópia, a referida documentação ao TCU com antecedência mínima de 30 (trinta dias) anteriores à data prevista para a publicação do edital de licitação (art. 8º, I).

A IN 52, por sua vez, prevê que o acompanhamento dos processos de licitação e contratação de PPPs será concomitante e realizado em 5 (cinco) estágios. No 1º (primeiro) estágio, há a análise de todos os documentos que embasam a futura concessão, incluindo-se, dentre outros:

(i) pronunciamento prévio e fundamentado do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre o mérito do projeto;

(ii) autorização competente para abertura de procedimento licitatório devidamente fundamentada em estudo técnico, em que fique caracterizada a conveniência e a oportunidade da contratação mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada.

(iii) estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento, que contenham as seguintes informações, entre outras que o gestor do processo julgue necessárias, já consolidados os resultados decorrentes de eventuais consultas e audiências públicas realizadas sobre tais estudos: (a) objeto, local e prazo da concessão; (b) orçamento detalhado, com data de referência, das obras previstas pelo poder concedente, que permita a plena

O 3º (terceiro) estágio se circunscreve a: (i) atas de abertura e de encerramento da habilitação; (ii) relatório de julgamento da habilitação; (iii) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas; (iv) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas; (v) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos; (vi) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas. Finalmente, o 4º (quarto) estágio abrange: (i) ato de outorga; (ii) contrato de concessão ou de permissão.

caracterização do projeto a ser licitado; (c) discriminação de todos os custos e despesas estimados para a prestação dos serviços; (d) projeção das receitas operacionais da concessionária, contendo estudo específico e fundamentado da estimativa da demanda; (e) eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados; (f) documentos e planilhas eletrônicas desenvolvidos para avaliação econômico-financeira do empreendimento, inclusive em meio magnético, com fórmulas discriminadas, sem a exigência de senhas de acesso ou qualquer forma de bloqueio aos cálculos, e, quando for o caso, descrição do inter-relacionamento das planilhas apresentadas;

(iv) relação de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados ao objeto a ser licitado, quando houver, com a discriminação dos custos correspondentes.²⁴⁶

Os estudos elaborados no procedimento de manifestação de interesse e selecionados pela Administração Pública deverão, assim, ser analisados pelo TCU, que ratificará a sua pertinência para a realização da licitação e contratação da parceria público-privada.

²⁴⁶ O 2º (segundo) estágio engloba a análise de: (i) comprovante de convocação de consulta pública para discussão da minuta de edital e de contrato; (ii) relatório com manifestação do órgão gestor acerca das questões suscitadas durante a consulta pública sobre a minuta de edital e contrato; (iii) aprovação do edital da licitação pelo Conselho Gestor de PPPs; (iv) edital de licitação e anexos; (v) caso ocorra audiência pública sobre a minuta de edital e contrato, relatório com manifestação do órgão gestor acerca das questões suscitadas durante o evento; (vi) comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como eventuais retificações do edital; (vii) impugnações apresentadas contra o edital e análises correspondentes realizadas pela comissão de licitação.

O 3º (terceiro) estágio destina-se à verificação de: (i) questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados aos licitantes sobre a fase de habilitação; (ii) atas de abertura e de encerramento da fase de habilitação; (iii) relatório de julgamento da fase de habilitação, em que sejam abordados os aspectos relativos a: (a) habilitação jurídica; (b) regularidade fiscal; (c) qualificação técnica; (d) qualificação econômico-financeira; (iv) declaração dos licitantes quanto ao conhecimento de todas as informações necessárias para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; (v) decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de habilitação.

No 4º (quarto) estágio, observa-se: (i) na fase de julgamento das propostas técnicas, quando houver: (a) questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados aos licitantes sobre a fase de julgamento das propostas técnicas; (b) atas de abertura e de encerramento da fase de julgamento das propostas técnicas; (c) relatório de julgamento das propostas técnicas contendo, entre outras informações, decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de julgamento das propostas técnicas; (ii) na fase de julgamento das propostas econômico-financeiras: (a) questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados aos licitantes sobre a fase de julgamento das propostas econômico-financeiras; (b) atas de abertura e encerramento da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras; (c) relatório de julgamento das propostas econômico-financeiras, em que sejam avaliados, entre outros dispositivos, a consistência dos fluxos de caixa relativos ao projeto objeto da licitação, a razoabilidade e exequibilidade das propostas apresentadas, com destaque para a correspondente adequação das mesmas à boa técnica de finanças e à conjuntura econômica do país e as decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras.

Por fim, o 5º (quinto) estágio destina-se à análise de: (i) ato de adjudicação do objeto da licitação; (ii) ato de constituição da SPE; (iii) contrato de concessão assinado; (iv) proposta econômico-financeira apresentada pelo licitante vencedor e correspondentes anexos, inclusive em meio magnético.

Atos normativos semelhantes têm sido editados por outros entes da federação para a análise dos aspectos à estruturação de concessões, realização de licitações e assinatura dos respectivos contratos.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo publicou a Resolução 04/2005, referente aos mecanismos de fiscalização do pleno cumprimento das normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas. Em seus termos, as unidades gestoras dos órgãos do Poder Executivo Estadual e dos Municípios do Estado de São Paulo, autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e consórcios governamentais por associações públicas ou de direito privado remeterão ao Tribunal, dentre outros, os documentos de autorização da autoridade competente para a realização da PPP, acompanhada de estudo técnico que demonstre por meio de premissas e metodologias de cálculos a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada (art. 1º, I, “a”).

A Instrução Normativa 06/2011, do Tribunal de Contas de Minas, dispõe sobre os procedimentos relativos à contratação de empreendimentos de parcerias público-privadas a serem fiscalizados nas Administrações Públicas Estadual e Municipais. A documentação da etapa de planejamento da PPP incluirá os estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento, compreendendo parâmetros técnicos, econômico-financeiros e jurídicos, que demonstrem a vantagem da opção pela PPP (art. 4º, II). Caso os estudos de viabilidade econômico-financeira sejam oriundos de procedimento para participação de interessados,²⁴⁷ a escolha do projeto ou combinação entre propostas deverá ser justificada em relatório fundamentado, devidamente aprovado pela autoridade competente (art. 4º, § 3º).

No mesmo sentido são as disposições da Resolução Normativa 10/2012, do Tribunal de Contas do Estado de Goiás: caso os estudos de viabilidade econômico-financeira sejam oriundos de PMI,²⁴⁸ a escolha do projeto ou combinação entre propostas deverá ser justificada em relatório fundamentado, devidamente aprovado pela autoridade competente (art. 4º, § 3º).

²⁴⁷ Nos termos da Instrução Normativa 06/2011, do Tribunal de Contas de Minas, o procedimento para participação de interessados é caracterizado como o “procedimento devidamente regulamentado pelo Poder Concedente para participação de pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, individualmente ou em grupo, interessada na apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, com aplicação potencial em modelagens de parcerias público-privadas já definidas como prioritárias no âmbito da Administração Pública estadual ou municipal” (art. 2º, VII).

²⁴⁸ “Procedimento devidamente regulamentado pelo Poder Concedente para participação de pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, individualmente ou em grupo, interessada na apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, com aplicação potencial em modelagens de parcerias público-privadas já definidas como prioritárias no âmbito da Administração Pública Estadual” (art. 2º, VII, Resolução Normativa 10/2012, do Tribunal de Contas do Estado de Goiás).

Há, assim, atos normativos específicos sobre a fiscalização dos estudos elaborados para embasar a outorga de concessão, mesmo nos casos em que sejam oriundos de procedimentos de manifestação de interesse. A fiscalização realizada pelos Tribunais de Contas poderá revelar a existência de irregularidades na documentação apresentada no curso do PMI.²⁴⁹

²⁴⁹ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 338-339.

CAPÍTULO 12 SÍNTESE, CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percorridos todos os tópicos do presente trabalho, o presente capítulo dedica-se à exposição dos principais aspectos decorrentes da pesquisa.

12.1 SÍNTESE

O desenvolvimento adequado da estruturação das concessões é fundamental para que as outorgas sejam capazes de concretizar as finalidades públicas que as permeiam. O presente trabalho propôs uma mudança de enfoque, por meio da qual se dá relevância maior relevância à fase preparatória das licitações, na qual a Administração Pública procede ao seu planejamento.

Há diversas formas de se planejar uma concessão e colocadas à disposição do Poder Público. Embora sejam complementares entre si e possuam a sua relevância específica, deu-se enfoque a uma delas: a realizada por meio de pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada, em regime de colaboração com a Administração Pública e por meio de autorizações por ela outorgadas.

Na Lei de Concessões, essas autorizações tem como fundamento o seu art. 21, por meio do qual “[o]s 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 à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”.

Apesar da existência dessa previsão legal genérica, pode-se afirmar que a autorização para que as pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada desenvolvam trabalhos técnicos que possam embasar as concessões é traduzida na expressão *procedimento de manifestação de interesse*. Por meio das pesquisas realizadas sobre essa figura no ordenamento jurídico pátrio, pôde-se constatar que se apresenta como *nomen iuris* para o recebimento de estudos, projetos, investigações, pela Administração Pública, de pessoas físicas e jurídicas interessadas em apresentá-los com o objetivo de instruir um procedimento licitatório voltado à outorga de uma concessão, em sentido lato, ou de uma permissão de serviço público.

De maneira geral, e da inteligência da legislação vigente, a noção de PMI pode ser traduzida como *o procedimento, instaurado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública, que tem por objetivo orientar a participação de interessados na elaboração de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão, passíveis de outorga, nos termos da legislação específica, em consonância com a Lei de Concessões e/ou com a Lei de PPPs.*

Outros atos normativos utilizam-se da expressão manifestação de interesse da iniciativa privada (a “MIP”), dos quais se extrai a sua caracterização como *o procedimento, instaurado por órgão ou entidade integrante da Administração Pública, a pedido de interessado, pessoa física ou jurídica, que possibilita a ele, e a outros eventuais interessados, a apresentação de estudos, levantamentos, investigações, dados, projetos e demais informações técnicas que possam embasar a realização de licitações concernentes a projetos de concessão, passíveis de outorga, nos termos da legislação específica, em consonância com a Lei de Concessões e/ou com a Lei de PPPs.*

O procedimento de manifestação de interesse foi estabelecido em atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais, tendo-se difundido em diversos entes da federação no país. Ainda, é previsto em atos normativos específicos de setores de infraestrutura e já possui ampla aplicação prática.

A experiência demonstra, ademais, que o procedimento de manifestação de interesse pode ser enquadrado como uma extensão da competição para a exploração econômica de projetos de concessão. Embora o grande objetivo do instituto seja o de permitir a Administração Pública colher subsídios para a tomada de decisão informada a respeito das outorgas a serem realizadas, empresas têm competido para que seus estudos sejam selecionados e, assim, possam contribuir para projetos que tenham interesse em desenvolver.

Por meio da interação formal entre o Poder Público e a iniciativa privada, instituída por meio do procedimento de manifestação de interesse, garante-se a atuação mais flexível e mais horizontal na fase preparatória das concessões.

De outro lado, o procedimento de manifestação de interesse não pode ser meio de favorecimentos ou de decisões desarrazoadas. Deverá ser realizado às claras, com todas as decisões devidamente motivadas e com a realização dos devidos controles.

12.2 CONCLUSÃO

O procedimento de manifestação de interesse já possui ampla difusão no ordenamento jurídico brasileiro. Presta-se a garantir que os interessados possam contribuir com a Administração Pública desde a etapa preparatória de licitações de concessões e permissões. Institui, assim, interação formal, amparada em lei, entre o Poder Público e entes privados, para a concepção de relevantes projetos públicos.

A sua importância é ressaltada quanto se tem em vista a complexidade da vida contemporânea, a constante e célere evolução tecnológica e, sobretudo, os diversos anseios que permeiam a sociedade – os quais não são, muitas vezes, apreendidos e solucionados instantaneamente pelo Estado. Abre-se espaço para que pessoas físicas e jurídicas da iniciativa privada possam contribuir, formalmente, para a proposição de soluções, a serem discutidas, delineadas e internalizadas pelo próprio Poder Público – o qual sempre terá a última palavra a respeito da outorga das concessões.

Os interessados em participar do PMI não são contratados pela Administração Pública. Atuam em regime de colaboração com ela com base em autorizações emitidas de forma transparente, as quais devem ser tornadas públicas e estendidas a outros interessados que possam contribuir para os objetivos perseguidos publicamente. A sua utilização faz com que, de alguma forma, o processo de outorga de concessões deixe de ser enclausurado ao corpo burocrático da Administração, em benefício de uma atuação mais flexível, aberta publicamente a todos os interessados.

Em bojo de PMI, os estudos são realizados, em grande parte, para a verificação da viabilidade a respeito da execução de determinada outorga. O procedimento é instaurado não apenas para justificar a conveniência da outorga de concessão, mas, anteriormente, pautar decisões mais bem informadas pelo Poder Público. Este ponderará qual será, efetivamente, a mais acertada, por meio tanto da comparação com outras soluções que poderiam ser concretamente adotadas.

Iniciado o procedimento para o recebimento dos estudos, a Administração Pública poderá delimitar o escopo dos projetos, levantamentos ou investigações a serem desenvolvidos pelos interessados.

De outro lado, poderá fazer menos: restringir-se a indicar tão-somente o problema que se busca resolver com a concessão, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução. A sugestão poderá ser, inclusive, pela inviabilidade de realização da outorga, tolhendo a decisão ou o interesse de se licitar aquele objeto, mas poupando a Administração Pública de efeitos indesejados que poderiam (*e.g.*, a abertura de

procedimento licitatório que restaria deserto ou fracassado ou a inadequada execução do contrato).

Não se olvida, portanto, que o PMI se presta a garantir a maior interação entre a Administração Pública e os interessados já na fase preparatória da licitação das concessões.

O sistema jurídico brasileiro passa a admitir, assim, relacionamento formal e transparente entre a Administração e os administrados a respeito de escolhas públicas que permeiam as concessões. As decisões administrativas devem ser tomadas às claras, com a abertura ao diálogo, à proposição de alternativas e soluções sobre as escolhas públicas a serem levadas a cabo, em detrimento de outras maneiras de atuação (públicas e privadas) menos republicanas e completamente escusas.

As atividades dos diversos interessados, no PMI, devem ser levadas em consideração pelo Poder Público. Este não poderá impedi-las ou ignorá-las. Deverá se manifestar, de forma motivada, sobre todos os posicionamentos e colocações dos administrados ao longo do procedimento. Os interessados poderão apresentar seus argumentos, ser ouvidos (caso o PMI seja acompanhado, e.g., de etapas de audiência e consulta pública), oferecer informações que subsidiem a escolha pública. Podem contribuir, portanto, para a determinação dos fatos e de todos os aspectos que deverão ser levados em conta na concepção da concessão.

Sob essa perspectiva, pode ser encarado como forma de cooperação dos administrados na atuação administrativa, na organização pública. Exercendo uma atividade estritamente privada – elaboração de estudos sobre determinado projeto – podem realizar tarefa que seja importante para fins públicos – estruturar concessões em que a Administração Pública tenha o interesse de levar a cabo.

O procedimento de manifestação de interesse apresenta-se como o desenvolvimento da participação privada nos procedimentos de escolha de decisões administrativas. Serve à diminuição da oposição entre <Administração x Administrado>, de forma que possam, em atuação simbiótica, chegar a soluções que atendam ao interesse público e à aderência a necessidades sentidas coletivamente, passíveis de manifestação por todos os interessados que se engajem no procedimento.

Caso dotada de transparência, pautada por procedimentos adequados e acompanhada da obediência aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, a interação com o setor privado, em sede de PMI, torna-se legítima e pode ser intensificada. Seus resultados, contudo, deverão ser submetidos a amplo controle e a decisão final a respeito da outorga será sempre conferida ao Estado.

Efetuada de forma regular, assegurando isonomia entre todos os potenciais interessados, o PMI pode representar salutar extensão dos mecanismos de participação dos particulares na definição das escolhas públicas, que vão desde o exercício do direito de petição e passam pelos procedimentos de audiências e consultas públicas.

12.3 PROPOSIÇÕES

O procedimento de manifestação de interesse deve representar ponto de equilíbrio de interesses na estruturação de concessões. O exercício da função administrativa deve seguir regras pré-determinadas que disciplinem o seu desenvolvimento e prevejam a interação entre os particulares envolvidos com a decisão administrativa e a Administração Pública de maneira transparente e procedimentalizada.

As formas de cumprimento do dever de publicidade, para o desenrolar do procedimento e para a seleção de trabalhos técnicos podem ser previstas em atos normativos (e já o são, em sede de procedimento de manifestação de interesse no direito brasileiro) e nos instrumentos de autorização para o desenvolvimento de estudos em favor do Poder Público.

A finalidade do instituto deve ser adequadamente compreendida: (i) proteger os direitos dos cidadãos, na medida em que lhes permite participar formal e legitimamente do processo decisório da outorga de concessões, influenciar a Administração Pública por meio de contribuições públicas, abertas a todos os interessados, passíveis de diálogo, construção, reconstrução e refutação, bem como (ii) permitir ao Estado a realização de decisões mais bem informadas a respeito das concessões, com a ponderação das sugestões que lhe forem apresentadas.

Isso faz com que o procedimento de manifestação de interesse deva ser o mais transparente e aberto possível, de forma a permitir o amplo engajamento dos interessados e ser acompanhado de outras medidas que lhe dotem de maior eficácia. Exemplificativamente, pode ser acompanhado de ampla disponibilização de informações, sujeitas a análises críticas; de audiências e consultas públicas, para que todos os interessados possam se engajar; de reuniões previamente agendadas com os interessados, para o debate e o refinamento das informações solicitadas pela Administração Pública.

O processo de manifestação de interesse, nesse trilhar, será um espaço institucionalizado, no qual agentes públicos e particulares discutirão o conteúdo da decisão a ser tomada, propiciando que ela contemple os diversos interesses que lhe são subjacentes. A atuação Administração Pública, nesse campo, deve se dar de forma processualizada e

concertada. Há obrigação de se permitir a ampla participação dos interessados no processo decisório, franqueando-lhe o direito de expor seu ponto de vista e contestar outros pontos de vista e a própria ação da Administração Pública.

Caso tais aspectos sejam levados a cabo, ter-se-á situação na qual a fase preparatória das concessões não poderá mais ser considerada como decisão unilateral. Haverá que ser considerada como o resultado de procedimento no qual interagem o Estado e os interessados na decisão, com vistas a possibilitar adequado conhecimento dos fatos e uma correta ponderação de interesses pela Administração Pública.

O procedimento presta-se justamente a garantir que as deliberações a respeito do interesse público que permeia as concessões sejam feitas de forma transparente, com considerações públicas a respeito dos modos de atingi-lo com maior eficiência. Podem ser encontrados modos diversos de atendimento ao interesse envolvido, que não aqueles que hajam, em princípio, sido considerados unilateralmente aplicados pelo Poder Público.

O desejável é que as decisões realizadas, ao cabo do PMI, possam ser aceitas como legítimas por todas as partes, as quais terão o conhecimento de que o Poder Público foi aberto ao recebimento de contribuições de todos os interessados e levou em consideração todos os aspectos necessários à realização da escolha pública.

Portanto, o PMI se mostra, a um só tempo, como mecanismo concertado, pois admite a participação da sociedade na formulação de estudos, projetos e sugestões em geral a respeito de outorgas a serem realizadas, e controlado, com a necessidade de transparência e motivação de todas as decisões que sejam realizadas.

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The market for 'lemons': quality uncertainty and market mechanism. *The quarterly journal of economics*, v. 84, issue 3, (Aug., 1970), p. 488-500.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio (coord.) *O BNDES em um Brasil em transição*. Rio de Janeiro: BNDES, 2010.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, T. I.
- ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1971.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum: 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico* (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Comares: Granada, 2004.
- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. V. 1: Introdução. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e Contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Unimep, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. O procedimento de manifestação de interesse como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, p. 23-32, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89096>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; SÁ E FARIA, Viviana Cardoso de. *Project Finance: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 241-280, dez. 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício de função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COSSALTER, Phillipe. A private finance initiative. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.6, p.127-180, abr./jun. 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo (estrutura)*. Coimbra: Almedina, 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. 26 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/451/r141-06.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

DROMI, Roberto. *Empresas públicas: de estatales a privadas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ; Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. T. II.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (coord.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Dissertação (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o Procedimento de Manifestação de Interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 67-79, abr./jun. 2013.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo (uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo)*. Coimbra: Almedina, 2003.

GORDILLO, Agustín. *Después de la reforma del Estado*. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. T.: La defensa del usuario e del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada*. Disponível em <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: how some countries introduce competition and transparency*. Working Paper n. 1, 2007. Disponível em: <<https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/WP1-Unsolicited%20Infra%20Proposals%20-%20JHodges%20GDellacha.pdf>>. Acesso em 09 mar. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, 1/96, Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. 2013. Tese (Concurso para provimento de cargo de professor titular do Departamento de Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 jun. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MODESTO, Paulo (coord). *Nova organização administração*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar. *Direito do estado* (novos rumos). Direito Administrativo. São Paulo: Max Limonad, 2001, T. 2.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. A Lei Geral de Licitação – LGL – e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 19. jun. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NÓBREGA, Marcos. Riscos de projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 30. abr. 2014.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Harper and Row, 1978.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico* (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30. Abr. 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Estudos de Direito Público, v. I – Dissertações. Coimbra, 1989.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*. Estudo dos acordos substitutivos no processo sancionador. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2010.

PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de manifestação de interesse nos estados: atualização do relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*.

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? Disponível em <<http://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 11. fev. 2014.

PEREIRA, Bruno Ramos; VILLELA, Mariana; SALGADO, Valéria. *Procedimento de manifestação de interesse nos estados: relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PPP*. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/GiovanniSandes/relatrio-ppp-brasil-pm-is-nos-estado>>. Acesso em: 17. jun. 2014.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO JR., Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTA, Marcos. A noção jurídica da república. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 32, p. 144, jul. 2000.

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

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAADI, Mário. O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse: fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, jan./jun. 2014, v.5, p. 133-153.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, José Anacleto Adbuch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *A regulamentação e a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse no Estado de Santa Catarina: comentários a respeito do Decreto Estadual nº 962/2012*. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/264755-a-regulamentacao-e-a-utilizacao-do-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-no-estado-de-santa-catarina-comentarios-a-respeito-do-decreto-estadual-no-9622012>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

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) - Universidade Federal de Santa. Florianópolis, SC, 2013.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Presunção de legitimidade dos atos administrativos e processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, Revista dos Tribunais, 2013, p. 27-45.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade consensual ao direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011, Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>>. Acesso em: 20. jun. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). *As leis de processo de processo administrativo* (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98). São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, jul./set., 1997, p. 1-6.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Angelina. *Diálogo concorrencial – monólogo ou mito? No âmbito dos contratos públicos*. In:

<http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/angelinateixeira_dialogoconcorrencial.pdf>.

Acesso: 04. jun. 2014.

TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (unsolicited proposals). In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. V. II. Lisboa: Editora Coimbra, 2010.

URBINA, Juan Carlos Morón. *La generación por iniciativa privada de proyectos públicos de inversión: la nueva colaboración público-privada y el interés público*. Disponível em <<http://blog.pucp.edu.pe/item/28250/la-generacion-por-iniciativa-privada-de-proyectos-publicos-de-inversion-la-nueva-colaboracion-publico-privada-y-el-interes-publico>>. Acesso em: 12. jun. 2014.

VAZ, Sérgio. *Lei das licitações, princípios e situações de fraude e corrupção nas licitações* (Lei nº 8.666, de 21/06/93). Presidente Prudente: Data Juris, 1993.

VÉLEZ, Juan Carlos Expósito; RODRÍGUEZ, Jorge Enrique Santos. La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n. 3, segundo semestre/2009.

VENÂNCIO, Denílson Marcondes. *O planejamento como fator determinante da boa administração pública*. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2010.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequencia de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito da parceria e a lei de concessões*: (análise das Leis ns. 8.987/95 e 9,074/95 e a legislação subsequente). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZOCKUN, Maurício. *A Constituição e o PMI nas concessões*: os confins do artigo 21 da Lei 8.987. Disponível em:
<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/58071/a+constituicao+e+o+pmi+nas+concessoes+os+confins+do+artigo+21+da+lei+8.987.shtml>>. Acesso em: 20. jun. 2014.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANEXOS SÍNTESE DA PESQUISA A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANEXO 1 ASPECTOS DE ATOS NORMATIVOS FEDERAIS ESPECÍFICOS A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Decreto Federal 5.977/2006	Restrita: Modelagens de parcerias público-privadas, nos termos da Lei 11.079/2004 (art. 1º). De toda forma, o art. 21 da Lei 8.987/1995 continua a admitir a apresentação de estudos de modelagens para as concessões comuns. Nesse caso, poderá haver a aplicação subsidiária do Decreto 5.977/2006 (cf. Acórdão 112/2012 – TCU – Plenário (TC 022.369/2009-0, Rel. Min. Raimundo Carreiro).	De ofício: As PPPs objeto de estudos deverão ter sido definidas como prioritárias no âmbito da Administração Pública Federal (art. 1º). O Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP poderá solicitar projetos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de parceria público-privada já definida como prioritária (art. 2º).	A solicitação de estudos deverá ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial da União e, quando se entender conveniente, na internet e em jornais de ampla circulação (art. 2º, IV).	O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva PPP (art. 2º, § 2º). Será selecionado um projeto, estudo, levantamento ou investigação em cada categoria, com a possibilidade de rejeição parcial de seu conteúdo, caso em que os valores de ressarcimento serão apurados apenas com relação às informações efetivamente utilizadas em eventual licitação (art. 11, § 1º). Concluída a seleção dos projetos, estudos,	Não há o reconhecimento: Autorizações revogadas ou anuladas não geram direito de ressarcimento dos valores envolvidos na elaboração de projetos, estudos, levantamentos ou investigações (art. 7º). A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito da comissão não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito (art. 11).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
				levantamentos ou investigações, os que tiverem sido selecionados terão os valores apresentados para eventual ressarcimento analisados pela comissão (art. 13). Caso a comissão conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com os usuais para projetos, estudos, ou levantamentos similares, deverá arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento (art. 13, § 1º).	
Projeto de Lei 7.067/2010	Amplíssima: Apresentação de estudos visando ao futuro aproveitamento mediante contrato de concessão, em quaisquer de suas modalidades, de parceria público-privada, de arranjo societário público-privado ou de outra modalidade de associação público-privada, e, também, sob a forma de obra pública (art. 1º; art. 15, § 2º).	De ofício ou mediante requerimento: As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada que pretendam apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar, no órgão superior da Administração Pública em cuja competência esteja o objeto da apresentação, requerimento de autorização (art. 2º). É facultado à Administração Pública, mediante publicação de aviso de “Edital de	Havendo deferimento, o órgão competente deverá veicular no Diário Oficial e no respectivo sítio da internet aviso de “Edital de Manifestação de Interesse Privado” (MIP) comunicando o deferimento do requerimento e convocando as pessoas jurídicas e naturais para, se quiserem, no prazo de quarenta e cinco dias, requererem a autorização para a apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações para o mesmo	A pessoa que tiver o seu projeto, estudo, levantamento ou investigação aprovado e o projeto licitado pela Administração Pública terá assegurado o direito intransferível ao ressarcimento dos valores atualizados dos custos comprovadamente incorridos (art. 5º, § 2º). Caso a Comissão Julgadora conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com os usuais para projetos, estudos, ou levantamentos	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		Manifestação de Interesse Privado” a ser veiculado no Diário Oficial, no sítio do órgão competente e em pelo menos um jornal de circulação nacional, tomar a iniciativa de convocar a iniciativa privada para apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações para determinado objeto julgado fundamentadamente, em processo administrativo regular, prioritário para a sociedade ou para a Administração (art. 15).	objeto (art. 3º, § 1º). O órgão ou entidade competente poderá formular solicitações e definir parâmetros complementares para a elaboração dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações relativos ao objeto. A definição poderá ser objeto de publicidade, mediante publicação no Diário Oficial e, quando se entender conveniente, na internet e em jornais de ampla circulação (art. 4º, § 1º, IV).	investigações similares, deverá arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento (art. 13, § 1º). O valor arbitrado poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais serão destruídos se não forem retirados em trinta dias a contar da data da rejeição (art. 13, § 2º). Nesta hipótese, faculta-se a escolha de outros projetos, estudos, levantamentos ou investigações dentre aqueles apresentados para seleção (art. 13, § 3º). O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não poderá ultrapassar 3,00% (três por cento) do valor total estimado das despesas, das inversões ou dos investimentos necessários à consecução do respectivo empreendimento (art. 4º, § 2º).	
Projeto de Lei 2.892/2011	Ampla: Ficam os Poderes Executivos da União, dos	De ofício ou mediante requerimento.	O Ministério ou Secretaria responsável pelo setor	Havendo interesse na MIP, o concessionário que vier a ser	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
	Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP, com vistas à estruturação de projetos de concessão comum e/ou de concessões administrativas ou patrocinadas.		envolvido disponibilizará as MIPs encaminhadas à sua pasta em seu sítio na internet e deverá, no prazo de 3 (três) meses de sua apresentação, declarar se há interesse da Administração Pública no projeto.	contratado no projeto desenvolvido deverá ressarcir os dispêndios incorridos pelo proponente, os quais serão especificados no edital.	

ANEXO 2 ASPECTOS DE ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E DISTRITAL A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Resarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Atos Normativos Estaduais e Distrital					
Decreto 4.067/2008 – Alagoas	Restrita: Estruturação de projetos de parcerias público – privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: O PMI é iniciado com a publicação, no Diário Oficial, do aviso respectivo, que conterá a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, o endereço e as demais normas e condições definidas e consolidadas no instrumento de solicitação (art. 4º).	Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição em contrário prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse – PMI (art. 3º, § 3º).	É admitida a transferência do ônus do pagamento ao futuro concessionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 11, § 2º).	Possibilidade de reconhecimento do instrumento do PMI: Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolso por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, <i>salvo disposição expressa em contrário</i> (art. 11).
		Não há a restrição de projetos para os quais os interessados possam ser solicitar autorizações para a realização dos estudos. Realizado o pedido de autorização, a Administração Pública analisará o seu interesse pelo lançamento do PMI e a consequente convocação dos eventuais interessados.	O órgão ou entidade solicitante poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 7º).		
Decreto 12.653/2011 – Bahia	Ampla: Estruturação de projetos de parcerias público-privadas - PPPs, sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa, de concessão comum e de permissão (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: O PMI será iniciado mediante solicitação do órgão ou entidade interessado (art. 4º).	Os direitos autorais sobre os estudos, salvo disposição em contrário prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos incondicionalmente pelo interessado.	É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores ao futuro concessionário ou permissionário de projeto derivado do PMI (art. 16, § 2º).	Possibilidade de reconhecimento do instrumento do PMI: Os interessados autorizados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		deverá ser encaminhada à apreciação de Grupo de Deliberação - GD, nomeado por Decreto, que será composto pelo Titular do órgão ou entidade solicitante e, em caráter permanente, pelos Titulares da Secretaria do Planejamento, a qual caberá a coordenação do GD, da Casa Civil, da Secretaria da Fazenda, e da Procuradoria Geral do Estado (art. 5º). Caberá à entidade ou órgão solicitante, após exame da documentação entregue, expedir Termo de Autorização, a ser publicado no Diário Oficial do Estado, indicando os interessados que estarão autorizados a iniciar as atividades definidas pelo PMI (art. 13). Contudo, não há a restrição de projetos para os quais os interessados possam ser solicitar autorizações para a realização dos estudos. Realizado o pedido de autorização, a Administração Pública analisará o seu interesse pelo lançamento do	interessado participante ao Estado da Bahia (art. 8º, § 3º). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessão pública destinada a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 15).	Concluída a seleção integral ou parcial de estudos ou outros tipos de investigação, na hipótese de previsão de ressarcimento, os valores indicados pelos participantes autorizados para os subsídios que tiverem sido selecionados serão analisados pelo órgão ou entidade solicitante, que contará para este fim, quando for o caso, com o apoio de Grupo de Trabalho Executivo – GTE (art. 21)	de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário (art. 16). <u>Reconhecimento do Direito a Recurso:</u> A avaliação e seleção, integral ou parcial, de estudos ou outros tipos de investigação, bem como os respectivos valores de eventuais ressarcimentos, poderão ser objeto de recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito, por meio de petição dirigida ao Titular do órgão ou entidade solicitante (art. 22). Os pedidos de reconsideração por ventura interpostos deverão ser protocolados junto ao órgão ou entidade solicitante no prazo de até 05 (cinco) dias úteis posteriores à publicação do resultado da seleção e serão examinados pelo Titular no prazo de até 05 (cinco) dias úteis posteriores ao seu protocolo (art. 22, parágrafo único).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Decreto 30.328/2010 – Ceará	Restrita: Estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa (art. 1º).	PMI e a consequente convocação dos eventuais interessados. De ofício ou mediante requerimento: O PMI inicia-se com a publicação, no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do aviso respectivo, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, o endereço e, se for o caso, a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições definidas, consolidadas no instrumento de solicitação (art. 4º). Não há a restrição de projetos para os quais os interessados possam ser solicitar autorizações para a realização dos estudos. Realizado o pedido de autorização, a Administração Pública analisará o seu interesse pelo lançamento do PMI e a consequente convocação dos eventuais interessados.	Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 7º).	É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores ao futuro ou concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 11, § 2º).	Possibilidade de reconhecimento no instrumento do PMI: Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário (art. 11).
Decreto 28.196/2007 – Distrito Federal	Restrita: Modelagens de parcerias público-privadas – PPPs.	De ofício ou mediante requerimento: A Companhia de Planejamento do Distrito Federal – CODEPLAN dará suporte operacional e	A resolução do CGP para a solicitação de projetos deverá ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial	O valor para eventual ressarcimento não poderá ultrapassar 2,5 (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos	Não há o reconhecimento: A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito da Comissão, referendadas pelo

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		administrativo ao Conselho de Gestão de Parcerias – CGP, no que tange o registro de intenções de desenvolvimento de PPPs e a autorização para estudos de viabilidade (art. 2º, I e II). As pessoas jurídicas que pretendam apresentar projetos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar, na CODEPLAN, requerimento específico de autorização (art. 3º). O Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP, por resolução específica, poderá solicitar projetos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de parcerias público-privadas, consideradas prioritárias pelo Governo do Distrito Federal (art. 5º).	do Distrito Federal e, quando se entender conveniente, na Internet e em jornais de ampla circulação (art. 5º, IV).	necessários à implementação da respectiva PPP (art. 6º). Os custos do projeto eleito pela Administração deverão ser pagos pelo vencedor da licitação (art. 8º, parágrafo único).	CGP, não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito (art. 16).
Decreto 2.889/2011 – Espírito Santo	Ampla: Estruturação de projetos de PPPs, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e de	De ofício ou mediante requerimento: O PMI se inicia com a publicação, no Diário Oficial do Estado, do aviso respectivo, com a	Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em	É admitida a transferência do ônus do pagamento de reembolso ao particular responsável pela elaboração dos estudos ao futuro	Possibilidade de reconhecimento no instrumento do PMI: Art. Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
	permissão (art. 1º).	indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, bem como o endereço e a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições definidas, consolidadas no instrumento de solicitação (art. 4º). Não há a restrição de projetos para os quais os interessados possam ser solicitar autorizações para a realização dos estudos. Realizado o pedido de autorização, a Administração Pública analisará o seu interesse pelo lançamento do PMI e a consequente convocação dos eventuais interessados.	contrário prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 7º).	concessionário ou permissonário do projeto objeto do PMI (art. 10, § 2º).	financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, salvo disposição expressa em contrário, no instrumento de solicitação (art. 10).
Decreto 7.635/2011 – Goiás	Ampla: Estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, bem como de concessão comum e de permissão (art. 1º). Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a instituir PMI, que tenha por objetivo orientar a participação de particulares na	De ofício ou mediante requerimento: O PMI, seja qual for sua forma de provocação, iniciar-se-á com a publicação do correspondente aviso no órgão oficial do Estado, com a indicação do objeto, prazo de duração do procedimento, endereço e, se for o caso, da respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as	Os direitos autorais sobre informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos apresentados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no respectivo instrumento, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou pela entidade processante (art. 3º, § 3º).	É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores ao futuro concessionário ou permissonário do projeto de que trata o PMI (art. 13, § 2º).	Possibilidade de reconhecimento do PMI: Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse e não farão jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenização ou reembolso por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou pela entidade processante, salvo disposição

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
	estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, bem como de concessão comum, de permissão e de contratação de obras e serviços de engenharia, no âmbito da administração pública direta e indireta do Poder Executivo, nos termos que dispuser o respectivo regulamento (art. 7º, § 1º, da Lei Estadual 14.910, de 11 de agosto de 2004).	demais normas e condições definidas e consolidadas no instrumento de solicitação ou nos elementos integrantes do pedido de instauração de PMI apresentado pelo interessado (art. 4º). Para análise do pedido de instauração de PMI, o órgão ou a entidade processante instituirá Comissão Especial de Avaliação, à qual caberá apurar a necessidade e viabilidade da obtenção de estudos e levantamentos técnicos preliminares para a estruturação do projeto de parceria público-privada objeto do PMI (art. 5º). O órgão ou a entidade processante terá o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para manifestar interesse público na eventual realização do PMI proposto (art. 6º).	O órgão ou a entidade processante poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do objeto do PMI instaurado (art. 9º).		expressa em contrário (art. 13).
Lei 4.303/2012 – Mato Grosso do Sul	Restrita: O CGPPP aprovará, anualmente, o Plano Estadual de Parceria Público-Privada e demais instruções, que exporão os objetivos e definirão as ações do Governo no âmbito do Programa e	De ofício ou mediante requerimento: O órgão ou a entidade da Administração Estadual interessada em celebrar contrato de parceria público-privada, ou a empresa interessada em, às	Fica assegurado o acesso público aos dados e às informações que fundamentem o estudo técnico de que trata esta Lei, ressalvados aqueles que afrontem a segurança da	Ato normativo silente.	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
	apresentar, justificadamente, os projetos de parceria público-privada a serem licitados e contratados pela Administração Estadual no período (art. 7º).	suas despesas, apresentar estudos, investigações e demais levantamentos, encaminhará o projeto à apreciação do CGPPP (art. 7º, § 1º).	sociedade ou do Estado (art. 9º, parágrafo único).		
Decreto 44.565/2007 – Minas Gerais	<u>Ampla:</u> Estruturação de projetos de PPPs, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão (art. 1º).	<u>De ofício ou mediante requerimento:</u> O PMI inicia-se com a publicação, no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do aviso respectivo, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, o endereço e, se for o caso, a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições definidas, consolidadas no instrumento de solicitação (art. 4º). Não há a restrição de projetos para os quais os interessados possam ser solicitar autorizações para a realização dos estudos. Realizado o pedido de autorização, a Administração Pública analisará o seu interesse pelo lançamento do PMI e a consequente convocação dos eventuais interessados.	Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizado incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 7º).	É admitida a transferência do ônus do pagamento ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 11, § 2º).	<u>Possibilidade de reconhecimento no instrumento do PMI:</u> Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário (art.11).
Decreto 6.823/2012	<u>Ampla:</u> Estruturação de projetos de parcerias público-	<u>De ofício ou mediante requerimento:</u> Considera-se	No caso de deliberação do CGPPP favorável à	Concluída a seleção dos projetos, estudos,	<u>Reconhecimento do Direito a Recurso:</u> Não caberá recurso

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
– Paraná	privadas, sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa, de concessão comum e de permissão (art. 1º).	PMI espontâneo aquele iniciado por órgão ou entidade da Administração Pública a partir da identificação de uma necessidade que poderá ser atendida por meio de PPP e PMI provocado aquele iniciado a partir de provocação de particular interessado, iniciado mediante protocolo de requerimento de autorização endereçado ao Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas. (art. 2º, parágrafo único). Os interessados em participar do Programa Paraná Parcerias, quer do setor público, quer do setor privado, poderão manifestar interesse ao Conselho Gestor em apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem modelagem de PPPs, solicitando a sua inclusão no Programa Paraná Parcerias (art. 9º da Lei 17.046/2012). Cabe ao Conselho Gestor, vinculado à Secretaria de Estado do Planejamento e	instauração do PMI iniciado por órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta caberá à UTPPP assistida pelo Grupo Técnico Setorial - GTS a formulação da Resolução de chamamento (art. 5º). A Resolução de Chamamento fixará os critérios para seleção da empresa ou empresas a serem autorizadas a realizar os estudos e deverá ser publicada no Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação (art. 5º, § 1º). No caso de PMI provocado por particular interessado, o órgão ou entidade da Administração Pública direta e indireta do Poder executivo poderá optar, a seu critério, por dispensar a Resolução de Chamamento e autorizar diretamente pessoa jurídica ou física a realizar e apresentar os estudos necessários ao desenvolvimento de projetos de parcerias público-privadas nas modalidades	levantamentos ou investigações, os que tiverem sido selecionados terão os valores apresentados para eventual ressarcimento analisados pelo CGPPP após manifestação da UTPPPP (art. 20). Caso o CGPPP, após manifestação da UTPPPP, conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com os usuais para projetos, estudos, levantamentos similares, ou investigações, deverá arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento (art. 20, § 2º). O valor arbitrado poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais serão destruídos ou inutilizados se não forem retirados em 30 (trinta) dias a contar da data da rejeição (art. 20, § 3º). Nessa hipótese, faculta-se ao CGPPP escolher outros projetos, estudos ou	administrativo das decisões de mérito proferidas no âmbito do PMI, somente sendo admitidas impugnações de questões de estrita legalidade (art. 23). Das decisões da UTPPPP caberá recurso ao CGPPP (art. 23, § 1º). Das decisões do CGPPP caberá recurso ao Governador do Estado (art. 23, § 2º). O prazo para apresentação de recursos será de 10 (dez) dias úteis, contados da data da ciência da decisão que se pretende impugnar (art. 23, § 3º).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		Coordenação Geral, com a finalidade de gerir o Programa Paraná Parcerias, apreciar manifestações de interesse em participar de PPPs (art. 6º da Lei 17.046/2012).	patrocinada e administrativa, a abranger, conforme o caso, a realização de análises de viabilidade técnica e jurídica, de levantamentos, de investigações e a produção de projetos, de pareceres e de minutas de edital e de contrato (art. 8º). A autorização conferida nesse caso não impedirá que outros interessados apresentem pedido de realização de estudos para o correspondente projeto (art. 8º, §1º). O empreendedor solicitante deverá disponibilizar ao Governo todas as informações e dados referentes aos estudos, projetos, levantamentos ou investigações, sob pena de desclassificação da licitação (art. 11º, parágrafo único, da Lei 17.046/2012).	investigações dentre aqueles apresentados para seleção (art. 20, § 4º). Os valores serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que efetivamente utilizados no eventual certame (art. 21).	
Resolução Normativa CGPE 001/2007 – Pernambuco	Restrita: Os interessados em participar de PPPs, quer do setor público estadual, quer do setor privado, poderão apresentar Estudos de	De ofício ou mediante requerimento: Os interessados em participar de PPPs poderão solicitar a sua inclusão no programa de	Ao receber a solicitação, a Unidade PPP dará publicidade da solicitação de autorização, indicando o nome do Empreendimento,	O Agente Empreendedor deverá apresentar planilha com os custos de cada etapa dos Estudos de Viabilidade ou Projeto Básico e seu peso	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
	Viabilidade ou Projeto Básico, na condição da existência de estudo de viabilidade prévia, solicitando a sua inclusão no programa de licitação de PPPs (art. 2º).	licitação (art. 2º). O registro de realização de estudos e projetos será iniciado com a manifestação do Agente Empreendedor, por meio de apresentação de requerimento, específico para cada empreendimento, solicitando a autorização do CGPE para a realização de Estudos de Viabilidade ou Projeto Básico (art. 3º). Após análise e aprovação quanto à oportunidade, à técnica e aos custos estimados em os custos de mercado, a Unidade PPP emitirá autorização ao Agente Empreendedor para a realização de Estudos de Viabilidade ou Projeto Básico (art. 4º). Após análise da solicitação, a Unidade PPP expedirá comunicado ao interessado, informando sobre o resultado do pleito, podendo solicitar informações adicionais que julgar necessárias (art. 2º, § 2º).	nome do Agente Empreendedor e o prazo solicitado para a execução dos Estudos de Viabilidade ou Projeto Básico (art. 2º, § 1º).	percentual no custo total, os quais serão auditados pela Unidade PPP, para o caso de ressarcimento, com base nos seus custos finais, indicando a equipe técnica a ser utilizada e a descrição das etapas de estudos (art. 7º, VI).	
Decreto 43.277/2011	Restrita: Propostas, estudos ou levantamentos de PPPs	De ofício ou mediante requerimento: A	Caso aprovada pelo CGP, a MIP apresentada	Caberá ao vencedor do certame ressarcir os custos	Não há o reconhecimento: A autorização para a realização dos

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
– Rio de Janeiro	(art. 1º).	Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP poderá ser apresentada espontaneamente por qualquer pessoa física ou jurídica ou decorrer de solicitação, por Edital Público de Manifestação de Interesse, de órgão do Governo do Estado que pretenda celebrar PPP (art. 2º).	espontaneamente por pessoa física ou jurídica privada será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP, cabendo à Secretaria Executiva dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado competente para o desenvolvimento do Projeto, publicar chamamento público para a apresentação, por eventuais interessados, de MIP sobre o mesmo objeto (art. 7º).	dos estudos utilizados pelo Poder Público na modelagem final aprovada (art. 16).	estudos técnicos, conferida em decorrência da aprovação da MIP, será pessoal e intransferível, podendo ser cancelada a qualquer tempo por razões de oportunidade e de conveniência, sem direito a qualquer espécie de indenização (art. 11).
Resolução CGPPP 002/2013 – Rio Grande do Sul	Restrita: Apresentação de anteprojeto e estudos de viabilidade referentes a projetos de PPPs (art. 1º).	De ofício: Poderá haver a apresentação de anteprojeto e estudos de viabilidade a serem utilizados em modelagens de PPPs, já definidas como prioritárias pela Administração Pública (art. 1º, parágrafo único, II).	O procedimento de MIP se inicia com a publicação, pelo CGPPP/RS, da solicitação de manifestação de interesse no Diário Oficial do Estado (art. 2º). Poderão ser realizadas sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 10). Os direitos autorais patrimoniais sobre as MIPs serão cedidos pelo	Na hipótese de ressarcimento, o pagamento será feito pelo licitante vencedor, observados os termos e condições da solicitação de manifestação de interesse (art. 11, § 3º).	Possibilidade de reconhecimento no instrumento do PMI: Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de suas MIPs, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenização ou reembolso por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pela Administração Pública Estadual, salvo disposição expressa em contrário, observada a legislação pertinente (art. 3º, § 2º).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Decreto 16.559/2012 – Rondônia	<u>Ampla:</u> Orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão (art. 1º).	<u>De ofício ou mediante requerimento:</u> O PMI inicia-se com a publicação, no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do aviso respectivo, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, o endereço e, se for o caso, a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições definidas, consolidadas no instrumento de solicitação (art. 4º). Não há a restrição de projetos para os quais os interessados possam ser solicitar autorizações para a realização dos estudos. Realizado o pedido de autorização, a Administração Pública analisará o seu interesse pelo lançamento do PMI e a consequente convocação dos eventuais interessados.	interessado participante, podendo estes ser utilizados incondicionalmente pela Administração Pública Estadual (art. 11, § 1º). Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 7º).	É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores ao futuro ou concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 11, § 2º).	<u>Possibilidade de reconhecimento do PMI:</u> Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário (art. 11).
Decreto 962/2012 – Santa Catarina	<u>Ampla:</u> Orientar a participação de particulares na estruturação de Projetos de	<u>De ofício ou mediante requerimento:</u> Recebida a proposta do procedimento, o	A proposta de solicitação do procedimento será submetida à análise CGPP e	O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos,	<u>Possibilidade de reconhecimento do PMI:</u> Os

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
	Parcerias Público-Privadas (PPPs), sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa, de concessão comum e de permissão (art. 1º).	CGPPP procederá à análise e avaliação do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes e decidirá sobre a conveniência e oportunidade de se autorizar o procedimento, sugerir alterações e indicar a estruturação e a modelagem do projeto apresentado ou determinar o seu arquivamento, mediante comunicação das conclusões ao titular do órgão ou da entidade solicitante para as providências (art. 3º). Considera-se Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) a apresentação espontânea de propostas, estudos, levantamentos, investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres e projetos, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, para utilização em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública direta e indireta do Poder Executivo estadual (art. 17).	deverá ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial do Estado (DOE), em jornal diário de grande circulação e na página na rede mundial de computadores (art. 2º, § 2º, VII). Por decisão do CGPPP, o PMI se inicia com a publicação, no órgão oficial do Estado, do aviso respectivo, pelo órgão ou pela entidade interessada, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, dos critérios objetivos para a análise, a autorização e a seleção dos estudos e, se for o caso, a respectiva página na rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições consolidadas no instrumento de solicitação (art. 4º). O órgão ou a entidade solicitante, a seu critério poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto	levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres não poderão ultrapassar 3,5% (três e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva PPP (art. 2º, § 3º). É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores ao futuro ou concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 12, § 2º).	particulares autorizados a participar do PMI serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou pela entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário (art. 12).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 10). Caso aprovada pelo CGPPP, a MIP apresentada espontaneamente será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP, cabendo ao Comitê dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado competente para o desenvolvimento do projeto, publicar o aviso respectivo para a apresentação, por eventuais interessados, de manifestação de interesses sobre o mesmo objeto, na forma do PMI constante deste Decreto (art. 22). Os direitos autorais sobre os projetos, estudos, levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres e demais documentos solicitados no PMI ou fornecidos pelos particulares, salvo		

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse ou apresentada espontaneamente pela iniciativa privada, serão cedidos pelos interessados participantes, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo CGPPP ou pelo órgão ou pela entidade solicitante (art. 25, § 3º).		
Decreto 48.867/2004 – São Paulo	Restrita: considera-se Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada - MIP, a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de PPP (art. 2º, § 1º).	De ofício ou mediante requerimento: Recebida a MIP, o Presidente dará ciência ao Conselho Gestor, que deliberará sobre seu encaminhamento, ou não, à Secretaria de Estado competente para proceder à análise e avaliação do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes (art. 2º, § 3º). O Conselho Gestor poderá, por provocação ou após consulta à Secretaria competente, fazer publicar declaração de interesse no recebimento de MIP acerca de proposta preliminar de projeto de PPP, observado,	Caso aprovada pelo Conselho Gestor, a MIP será recebida como proposta preliminar de projeto de PPP, cabendo à Secretaria Executiva dar ciência da deliberação ao proponente e solicitar as informações necessárias para, em conjunto com a Secretaria de Estado envolvida, publicar chamamento público para a apresentação, por eventuais interessados, de MIP sobre o mesmo objeto (art. 2º, § 6º).	Caberá ao vencedor do certame ressarcir os custos dos estudos utilizados pelo poder público na modelagem final aprovada (art. 2º, § 16).	Não há o reconhecimento: A autorização para a realização dos estudos técnicos, conferida em decorrência da aprovação da MIP, será pessoal e intransferível, podendo ser cancelada a qualquer tempo por razões de oportunidade e de conveniência, sem direito a qualquer espécie de indenização (art. 2º, § 9º).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Resolução CGPROPPSE 01/2008 – Sergipe	Restrita: Orientar a participação de parceiros privados na estruturação de projetos de parcerias público-privadas (art. 1º).	no que couber, o disposto nos §§ 1º a 17 deste artigo (art. 2º, § 18). De ofício ou mediante requerimento: O PMI, solicitado ou realizado, não implicará na abertura de processo licitatório, salvo resolução do Conselho Gestor da PROPPSE (art. 3º, § 1º).	O PMI inicia-se com a publicação no Diário Oficial do Estado de Sergipe, por intermédio da Coordenação Executiva do PROPPSE, do aviso respectivo, com a indicação do objeto, consolidada no instrumento de solicitação da manifestação de interesse do parceiro privado (art. 4º). A Coordenação Executiva do PROPPSE, fundamentada nos critérios de conveniência e oportunidade, mediante aprovação prévia do Conselho Gestor do PROPPSE, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 6º). Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em	O instrumento convocatório deve conter a exigência para a assinatura do contrato do prévio ressarcimento das despesas efetuadas pelos grupos privados devidamente autorizados mediante o processo de manifestação de interesse para a apresentação de projetos de parceria público-privado (art. 22, I, da Lei Estadual 6.299/2007).	Possibilidade de reconhecimento do PMI: Os parceiros privados interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo Erário, salvo disposição expressa em contrário (art. 10).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados, incondicionalmente, pelo órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, com o escopo de fundamentar estudos e realização de quaisquer outros projetos de interesse do Poder Executivo Estadual (art. 3º, § 3º).		

ANEXO 3 ASPECTOS DE ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS A RESPEITO DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos	
Atos Normativos Municipais						
Amazonas – Município de Manaus – Lei 1.333/2009 e Decreto 404/2009	Restrita: Apresentação de projetos de parcerias público-privadas (art. 6º do Decreto 404/2009).	De ofício ou mediante requerimento: As pessoas jurídicas de direito privado fica atribuída a garantia de propor à Administração Pública Municipal a realização de projetos de parcerias público-privadas (art. 10 do Decreto 404/2009).	Fica assegurado o acesso público aos dados e às informações que fundamentem o estudo técnico de parcerias público-privadas (art. 8º, § 1º, da Lei 1.333/2009).	Legislação silente.	Legislação silente.	
		A demonstração de interesse do parceiro privado será realizada pela apresentação de carta proposta da qual deverão constar o objetivo da parceria, tempo de duração, investimentos de capital e de custeio, receita própria e receita patrocinada (art. 10, § 1º, do Decreto 404/2009).	O proponente privado poderá requerer o sigilo sobre documentação ou dados contidos em sua proposta (art. 8º, § 3º, da Lei 1.333/2009).			O sigilo não se aplicará à documentação e dados que sejam imprescindíveis à ampla compreensão do projeto na fase de consulta pública (art. 8º, § 4º, da Lei 1.333/2009).
			Caberá ao Comitê Gestor do Programa PPP/Manaus decidir sobre pedido de sigilo do conteúdo das propostas de modo fundamentado (art. 9º da Lei 1.333/2009).			

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			Caso o Comitê Gestor do Programa PPP/Manaus entenda, preliminarmente, pela viabilidade do projeto, este será submetido à consulta pública, no prazo de 30 (trinta) dias, com os dados que permitam seu debate por todos os interessados (art. 10 da Lei 1.333/2009). . Finda a consulta pública, o Comitê Gestor do Programa PPP/Manaus deliberará, por voto da maioria absoluta de seus membros, sobre a aprovação do projeto (art. 11 da Lei 1.333/2009).		
Bahia – Município de Salvador – Decreto 23.936/2013	Amplíssima: Estruturação de estudos e projetos de concessão comum, administrativa ou patrocinada, de permissão, de operação urbana consorciada ou de quaisquer outros modelos contratuais para a Administração Pública direta e indireta do Município do Salvador (art. 1º).	De ofício: O PMI será iniciado mediante solicitação do órgão ou entidade interessado (art. 2º).	Os avisos de PMI serão publicados em imprensa oficial e na internet, podendo haver divulgação em outros meios de comunicação (art. 9º, § 1º). O Conselho Gestor de Concessões, segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, poderá realizar sessão pública destinada a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende	O licitante vencedor do projeto desenvolvido com base em PMI deverá ressarcir os dispêndios incorridos pelo proponente, os quais serão especificados no edital, sem qualquer responsabilidade do Município pelo pagamento (art. 8º, § 3º). O valor estimado para os estudos poderá ser pré-estabelecido pelo órgão ou entidade solicitante na ocasião de elaboração de PMI (art. 15).	Não caberá qualquer tipo de recurso ou reconsideração da decisão fundamentada relativa à consolidação de projetos ou estudos decorrentes de PMI, que será divulgada na imprensa oficial e comunicada aos interessados via correio eletrônico, podendo haver divulgação em outros meios de comunicação (art. 6º).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			obter as manifestações dos interessados (art. 11).	Os valores indicados nas propostas dos participantes autorizados serão analisados pelo órgão ou entidade solicitante (art. 15, § 1º). Caso se conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com aqueles usualmente praticados na elaboração de estudos ou projetos similares, o Conselho Gestor de Concessões deverá arbitrar com base em parâmetros de mercado, o montante nominal para o eventual ressarcimento de cada contribuição ou subsídio (art. 15, § 2º). Em caso de não concordância com o valor arbitrado pelo Conselho Gestor de Concessões, o interessado deve expressamente rejeitá-lo, circunstância em que não serão utilizadas as informações constantes na sua proposta (art. 15, § 3º).	
Bahia – Município de Alagoinhas –	<u>Amplíssima:</u> Estruturação de estudos e projetos de concessão, em qualquer de suas modalidades, de permissão, de operação	<u>Mediante requerimento:</u> A Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada - MIP tem por objetivo permitir a potenciais interessados a	Ato normativo silente.	Os dispêndios incorridos pelo proponente de MIP serão especificados em eventual edital de licitação e ressarcidos pelo licitante	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Decreto 3.949/2014	urbana consorciada ou de quaisquer outros modelos contratuais para a Administração Pública direta e indireta do Município de Alagoinhas – Bahia (art. 1º).	possibilidade de apresentar projetos, investigações ou levantamentos (art. 1º).		vencedor, sem qualquer responsabilidade do Município pelo pagamento (art. 6º). Concluído o estudo, ou outros tipos de investigação, decorrente de MIP, os valores indicados pelo participante autorizado serão analisados pelo órgão ou entidade competente (art. 9º). Caso se conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com aqueles usualmente praticados na elaboração de estudos ou projetos equivalentes, o Conselho Gestor de Concessões deverá arbitrar, com base em parâmetros de mercado, o montante nominal para o eventual ressarcimento (art. 9º, § 2º). Em caso de não concordância com o valor arbitrado pelo Conselho Gestor de Concessões, o interessado deve expressamente rejeitá-lo, circunstância em que não serão utilizadas as informações constantes na sua proposta § (art. 9º, 3º).	

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Bahia – Município de Alagoinhas – Decreto 3.950/2014	<u>Amplíssima:</u> Estruturação de estudos e projetos de concessão, em qualquer de suas modalidades, de permissão, de operação urbana consorciada ou de quaisquer outros modelos contratuais para a Administração Pública direta e indireta do Município de Alagoinhas – Bahia (art. 1º).	<u>De ofício:</u> O Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI tem por objetivo orientar a participação de interessados na estruturação de estudos e projetos (art. 1º). O PMI será iniciado mediante solicitação do órgão ou entidade interessado (art. 2º).	Os avisos de PMI serão publicados em imprensa oficial e na internet, podendo haver divulgação em outros meios de comunicação (art. 9º, § 1º). O Conselho Gestor de Concessões, segundo seu juízo de oportunidade e conveniência, poderá realizar sessão pública destinada a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter manifestações dos interessados (art. 11). Os direitos autorais sobre os estudos decorrentes de PMI, salvo disposição em contrário prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos incondicionalmente pelo autorizado ao Município de Alagoinhas (art. 8º, § 4º).	O licitante vencedor do projeto desenvolvido com base em PMI deverá ressarcir os dispêndios incorridos pelo autorizado, os quais serão especificados no edital, sem qualquer responsabilidade do Município pelo pagamento (art. 8º, § 3º). O valor estimado para os estudos será previsto pelo órgão ou entidade solicitante na ocasião de elaboração de PMI (art. 15). Caso se conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com aqueles usualmente praticados na elaboração de estudos ou projetos equivalentes, o Conselho Gestor de Concessões deverá arbitrar, com base em parâmetros de mercado, o montante nominal para o eventual ressarcimento de cada estudo aprovado (art. 15, § 2º). Em caso de não concordância com o valor arbitrado pelo Conselho Gestor de Concessões, o autorizado deve expressamente rejeitá-	<u>Não há o reconhecimento:</u> Não caberá qualquer tipo de recurso ou reconsideração da decisão fundamentada relativa à consolidação de projetos ou estudos decorrentes de PMI, que será divulgada na imprensa oficial e comunicada aos interessados via correio eletrônico, podendo haver divulgação em outros meios de comunicação (art. 6º).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Resarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Ceará – Município de Fortaleza – Decreto 13.158/2013	Restrita: Estruturação de projetos de parcerias público-privadas, sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: Considera-se PMI espontâneo aquele iniciado por órgão ou entidade da Administração Pública a partir da identificação de uma necessidade que poderá ser atendida por meio de PPP e PMI provocado aquele iniciado a partir de provocação de particular interessado iniciado mediante protocolo de requerimento de autorização endereçado ao Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (art. 2º, § 1º).	Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, pesquisas, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º). No caso do PMI provocado por particular interessado, o CGPPP, após ouvidos representantes do órgão ou entidade da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo, poderá optar, a seu critério, por dispensar a Resolução de Chamamento e autorizar diretamente pessoa jurídica ou física a realizar e apresentar os estudos necessários ao desenvolvimento de projetos	lo, circunstância em que não serão utilizadas as informações constantes nos seus estudos (art. 15, § 3º). É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores decorrentes da elaboração dos estudos ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 15, § 2º).	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			(art. 6º). A autorização conferida não impedirá que outros interessados apresentem pedido de realização de estudos para o correspondente projeto (art. 6º, § 1º). A autorização deverá ser publicada no Diário Oficial do Município de Fortaleza e conterá todas as informações pertinentes ao projeto (art. 6º, § 2º).		
Espírito Santo – Município de Vitória – Lei 8.538/2013	Restrito: O Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI tem como objetivo orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de Parcerias Público-Privadas no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Município de Vitória (art. 13).	De ofício ou mediante requerimento: O PMI será instituído no âmbito do CGP-Vitória, por iniciativa de órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta Municipal, ou por particular interessado (art. 14).	Ato normativo silente.	O PMI por iniciativa do particular será passível de reembolso das despesas, quando for integralmente aproveitado em edital de licitação, devendo o vencedor ressarcir os dispêndios correspondentes (art. 14, parágrafo único).	Ato normativo silente.
Goiás – Município de Goiânia – Decreto 3.598/2013	Ampla: Estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão de serviços públicos (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: O PMI inicia-se com a publicação, no Diário Oficial do Município, do aviso respectivo, ou com a apresentação pelo particular interessado de uma proposta de estudo de um projeto junto ao órgão competente (art. 4º).	O aviso deve conter a indicação do objeto do PMI, do prazo de duração do procedimento, bem como o endereço e a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições	Na hipótese de utilização dos estudos de viabilidade em eventual licitação, deverá ser previsto no respectivo edital, a obrigação, do futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI, de ressarcir o responsável	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		No caso de apresentação da proposta de estudo pelo particular, o órgão decidirá pela aceitação ou rejeição da proposição, e, aceitando-a, deve publicar no Diário Oficial do Município a autorização e seu respectivo aviso, permitindo que terceiros interessados no mesmo projeto possam, concomitantemente, e, nos mesmos prazos e condições, desenvolver os estudos necessários para o projeto (art. 4º, § 1º).	definidas, consolidadas no Chamamento Público (art. 5º). Chamamento Público conter, obrigatoriamente, ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial do Município, na rede mundial de computadores e, quando se entender conveniente, em jornais de ampla circulação (art. 6º, IV). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 9º). Os direitos autorais sobre os documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados, total	pelos estudos (art. 13, § 1º).	

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			ou parcialmente, e sem nenhuma restrição ou condição pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º).		
Mato Grosso – Município de Cuiabá – Decreto 5.435/2014	<u>Ampla:</u> Estruturação de Projetos de Parcerias Público-Privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão de serviços públicos (art. 1º).	<u>De ofício ou mediante requerimento:</u> Considera-se PMI o procedimento instituído pelo Município, mediante provocação de órgão ou entidade da Administração Pública Direta e Indireta municipal, por intermédio do qual poderão ser obtidos estudos de viabilidade, necessários à realização de projetos de parcerias público privadas - PPP, na forma de concessão patrocinada ou administrativa, de concessão comum e de permissão de serviços públicos (art. 2º). O PMI poderá ser iniciado por meio de apresentação pelo particular interessado de uma proposta de estudo de um projeto junto ao órgão ou entidade competente (art. 4º).	O PMI se inicia com a publicação no Diário Oficial do Município do respectivo aviso de chamamento público, com prazo de 15 (quinze) dias, podendo ser iniciado por órgão ou entidade da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo ou também por meio de apresentação pelo particular interessado de uma proposta de estudo de um projeto junto ao órgão competente (art. 4º). No caso de apresentação da proposta de estudo pelo particular, o Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá decidirá pela aceitação ou rejeição da proposição, e, existindo interesse público no estudo do problema apresentado, deverá publicar aviso de chamamento público a fim de que terceiros interessados no mesmo projeto possam, nos mesmos prazos e condições,	Os direitos autorais sobre os documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados, total ou parcialmente, e sem nenhuma restrição ou condição pelo Município, ressalvado o direito do particular ao reembolso dos estudos, a cargo do vencedor da licitação caso estes venham a ser aproveitados (art. 3º, § 2º). Na hipótese de utilização dos estudos de em eventual licitação deles decorrente, o edital preverá a obrigação do futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI de ressarcir quem realizou os estudos (art. 13, § 1º).	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			desenvolver os estudos necessários para o projeto (art. 4º, parágrafo único). O Comitê Gestor do Programa PPP/Cuiabá, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 9º).		
Minas Gerais – Município de Belo Horizonte – Decreto 14.052/2010	Amplo: Estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão (art. 1º).	De ofício.	O PMI inicia-se com a publicação, no Diário Oficial do Município - DOM, do aviso respectivo contendo o resumo do objeto, o prazo para apresentação das manifestações, o endereço para entrega das mesmas, o local em que os interessados poderão obter o texto integral do PMI e, sempre que possível, a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis o texto integral do PMI e as demais normas e condições definidas e consolidadas no instrumento de solicitação (art. 6º).	É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores decorrentes dos estudos ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI (art. 11, § 2º).	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá organizar sessões de esclarecimento no decurso do prazo aberto para o recebimento das manifestações, mediante divulgação pelo meio indicado no instrumento de solicitação de manifestação de interesse (art. 9).º Os direitos autorais sobre os estudos apresentados no PMI, salvo disposição em contrário prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 1º).		
Minas Gerais – Município de Belo Horizonte – Decreto 14.657/2011	Restrito: Estruturação de parcerias público-privadas (art. 1º).	Mediante requerimento: Considera-se Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP, a apresentação de propostas para o desenvolvimento de projetos, estudos ou levantamentos, elaborados por requerimento de pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados na	A autorização da MIP será concedida sem caráter de exclusividade e o seu deferimento se dará com a publicação, no Diário Oficial do Município - DOM, da autorização de serviço, cujo extrato conterá resumo do objeto e prazo para apresentação dos estudos (art. 5º, VI).	Aprovados e acolhidos os estudos realizados em decorrência da autorização da MIP e realizado o procedimento licitatório conforme decisão do Poder Executivo Municipal, o ressarcimento das despesas realizadas pelo detentor da autorização de serviço na realização dos estudos, ficará	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		estruturação de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Municipal (art. 1º, § 1º). A critério do Prefeito, poderá ser apreciada Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP para o desenvolvimento ou aprofundamento de estudos relativos a projetos, que tenham sido objeto de proposta preliminar já autorizada ou com escopo similar ao de projeto em exame pela Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Municipal (art. 1º, § 2º).	A autorização não impede que quaisquer outras empresas interessadas de apresentarem propostas de estudos técnicos, de viabilidade e de realização de atividades de apoio especializado para o mesmo projeto (art. 6º).	a cargo do vencedor do processo licitatório (art. 9º).	
Paraná – Município de Curitiba – Decreto 789/2013	Restrito: Estruturação de projetos de Parceria Público-Privadas (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: Considera-se PMI espontâneo aquele iniciado por órgão ou entidade da Administração Pública Municipal a partir da identificação de uma necessidade pública a ser suprida e PMI provocado aquele iniciado a partir da provocação de particular interessado, por meio de protocolo de requerimento de autorização à Comissão de	Em PMIs espontâneos, a solicitação de projetos se dará através de Chamamento Público, a ser divulgado no site oficial do Município, publicado no Diário Oficial Eletrônico - Atos do Município de Curitiba e em jornal de grande circulação (art. 6º). A critério da CGPP, será(ão) realizada(s) audiência(s) pública(s) acerca da viabilidade do	Quando expressamente previsto no PMI, o projeto selecionado pela CGPP para elaboração da modelagem final da parceria público-privada será objeto de ressarcimento, devendo o particular apresentar os valores, instruídos com a respectiva documentação e cálculos justificados (art. 14, § 1º). Caso a CGPP conclua pela	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Resarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		Gerência do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas - CGPP.	empreendimento, para que a sociedade apresente suas críticas e sugestões ao projeto (art. 8º, § 2º). Em PMIs provocados, caso a CGPP entenda preliminarmente pela viabilidade do projeto, este será recebido como proposta preliminar de projeto, o qual será submetido à audiência pública, com os dados necessários para que eventuais interessados possam se manifestar sobre mesmo objeto (art. 10, § 1º).	incompatibilidade dos valores apresentados, poderá baixar em diligência e/ou motivadamente arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento, com base nos valores usualmente praticados (art. 14, § 3º). O valor arbitrado pela CGPP poderá ser recusado por escrito, caso em que a Administração Municipal poderá consignar em pagamento o valor que entender devido e dar andamento ao procedimento, desde que justificado o interesse público (art. 14, § 4º). Nessa hipótese, a CGPP poderá escolher outros projetos dentre aqueles apresentados pela seleção (art. 14, § 5º). Os valores relativos ao projeto serão ressarcidos pelo vencedor do certame, desde que comprovada sua utilização total ou parcial na modelagem final aprovada pela Administração Municipal (art. 15). O edital para contratação do	

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
				parceiro público-privado deverá conter, obrigatoriamente, cláusula que condicione a assinatura do contrato de parceria público-privada ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos projetos utilizados na licitação (art. 15, parágrafo único).	
Paraná – Município de Maringá – Decreto 1.070/2013	Ampla: Estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão (art. 1º).	De ofício: Art. 4º O PMI inicia-se com a publicação, no Órgão Oficial do Município, do aviso respectivo, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, o endereço e, se for o caso, a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições definidas, consolidadas no instrumento de solicitação (art. 4º).	O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 8º). Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados incondicionalmente pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º).	É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores de ressarcimento ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI, observados os termos e condições do instrumento de solicitação de manifestação de interesses (art. 12, § 2º).	Possibilidade de reconhecimento: Quando expressamente previstas no PMI hipóteses de ressarcimento, reembolso, indenização ou remuneração, deverão ser observadas as normas da legislação pertinente (art. 12, § 1º).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
Pernambuco – Município de Recife – Decreto 27.559/2013	Restrita: Seleção de projetos, estudos, levantamentos ou investigações relativos a empreendimentos de Parceria Público-Privada (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: Os interessados em participar de parcerias público-privadas poderão apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações à unidade específica da Secretaria de Planejamento e Gestão, para subsidiar a modelagem de PPP (art. 2º).	A apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações será precedida de convocação pública específica, a qual deve ser dada a mais ampla divulgação, mediante publicação no Diário Oficial do Município e no portal da Prefeitura, na internet, podendo-se também proceder à publicação em jornais de grande circulação e à utilização de outros meios de divulgação (art. 2º, § 1º).	Os custos incorridos no desenvolvimento dos trabalhos são de responsabilidade exclusiva do agente empreendededor, não assumindo o Município do Recife qualquer obrigação de ressarcimento desses custos, mas apenas o compromisso de, no caso de aprovação e seleção, com sua posterior utilização na futura licitação de PPP, apresentar no edital a obrigação do licitante vencedor em ressarcir os referidos custos (art. 2º, § 9º). No caso em que a auditoria do Comitê Gestor do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas - CGPR evidenciar que a previsão de dispêndio para a realização dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações do agente empreendededor apresentar valores acima dos preços de mercado para serviços similares, o Comitê Gestor do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas - CGPR deverá comunicar ao Agente Empreendededor o fato e solicitar que o Agente	A decisão de aprovação ou reprovação dos estudos e projetos apresentados não se sujeita a recurso administrativo quanto ao seu mérito (art. 12, § 2º).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
				Empreendedor: (i) justifique tais preços, tendo em vista as especificidades porventura não consideradas pela auditoria do Comitê Gestor do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas - CGPR, ou; (ii) apresente novo orçamento considerando os preços aferidos pela auditoria do Comitê Gestor do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas - CGPR (art. 7º, § 1º). O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos, ou levantamentos ou investigações não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva parceria público-privada (art. 7º, § 2º).	
Rio de Janeiro – Município de Niterói – Decreto 11.028/2011	Restrito: Modelagens de parceria público-privadas (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: O PMI terá início a partir da publicação pela Administração Pública Municipal de aviso público, veiculado em Diário Oficial, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou	Os direitos de cessão de uso sobre os estudos, informações, levantamentos, projetos e demais documentos apresentados no PMI, serão cedidos pelo interessado quando da entrega final dos estudos de viabilidade objeto do PMI,	O autorizado a realizar os estudos poderá apresentar descrição pormenorizada dos custos finais de sua execução, de forma a permitir análise da Administração Pública com vistas ao eventual ressarcimento, a ser realizado pelo futuro concessionário	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
		investigações que subsidiem a modelagem de parceria público-privada definida pela Administração Pública Municipal ou da autorização concedida pela Administração ao pedido de solicitação realizada por terceiro interessado em apresentar estudos de viabilidade para o programa de Parcerias Público-Privadas, perante o seu Conselho Gestor – CGP (art. 2º).	podendo ser utilizados, por órgão ou entidade da Administração Pública Municipal, exclusivamente para realização do empreendimento objeto do PMI, na modalidade de contratação de PPP, sendo vedada sua utilização com o escopo de fundamentar estudos e realização de quaisquer outros projetos de seu interesse ou sob outras formas ou modalidades de contratação (art. 12).	(art. 10). A Administração Pública Municipal poderá glosar os gastos apresentados pelo autorizado, caso conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados, com base na correlação direta entre estes e os custos de mercado para empreendimentos similares (art. 10, § 1º). O valor arbitrado pela Administração Pública Municipal poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais poderão ser destruídos se não forem retirados em trinta dias a contar da data da rejeição (art. 10, § 2º). Nessa hipótese, facultase ao CGP, na hipótese de publicação de Aviso Público, escolher outros projetos, estudos, levantamentos ou investigações dentre aqueles apresentados para seleção (art. 10, § 3º). O valor para eventual	

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
				ressarcimento pelo conjunto de estudos não poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva PPP (art. 10, § 5º).	
São Paulo – Município de São Paulo – Decreto 51.397/2010	<u>Ampla:</u> Apresentação de projetos básicos, projetos executivos, estudos de viabilidade de empreendimentos, investigações e levantamentos e relacionados a projetos de parceria público-privada, concessão comum de obras e de serviços públicos e permissão de serviços públicos (art. 1º).	<u>De ofício ou mediante requerimento:</u> O pedido de autorização deverá ser encaminhado pelo agente empreendedor à unidade competente, mediante requerimento específico para cada empreendimento (art. 3º).	A unidade competente terá o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para a análise da existência de interesse público na eventual realização do empreendimento, a ser procedida pela Comissão Especial de Avaliação. Se a Comissão Especial de Avaliação concluir pela existência de interesse público, fará publicar comunicado no Diário Oficial da Cidade, contendo informações sobre o pedido de autorização recebido e fixando prazo para a apresentação de propostas sobre o mesmo assunto por eventuais interessados (art. 4º, § 1º, I; art. 6º).	Caberá a Comissão Especial de Avaliação da unidade competente a análise dos custos para ressarcimento e, caso verifique que a previsão de dispêndio para a realização dos estudos preliminares apresenta valores superiores aos de mercado para serviços similares, deverá comunicar o fato ao agente empreendedor e solicitar-lhe que: I – justifique tais valores, tendo em vista especificidades dos estudos preliminares não consideradas pela Comissão Especial de Avaliação para projetos inseridos no campo de competência da respectiva unidade, ou II – apresente novo orçamento, considerando os valores aferidos pela Comissão Especial de Avaliação da unidade competente (art. 3º, § 3º).	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
São Paulo – Município de Santo André – Decreto 16.097/2010	Restrita: Investigações que subsidiem a modelagem de parceria público-privada (art. 6º).	De ofício: O CGPP poderá expedir edital de pré-qualificação ou, por resolução específica, solicitar projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de parceria público-privada já definida como prioritária (art. 6º).	A resolução deverá ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no jornal em que são feitas as publicações oficiais do Município e, quando se entender conveniente, na internet e em jornais de ampla circulação (art. 6º, § 1º, IV). O resultado do procedimento de seleção será objeto de resolução específica por parte do CGPP, a ser publicada no jornal em que são feitas as publicações oficiais do Município e, quando se entender conveniente na internet e em jornais de grande circulação (art. 17).	Concluída a seleção dos estudos, os que tiverem sido selecionados terão os valores apresentados para eventual ressarcimento por parte do vencedor da licitação (art. 18). Caso se conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com os usuais para estudos similares, deverá ser arbitrado o montante nominal para eventual ressarcimento pelo vencedor da licitação, assegurado o direito de defesa (art. 18, § 1º). O valor arbitrado poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais poderão ser destruídos se não forem retirados em trinta dias a contar da data da rejeição (art. 18, § 2º). Nesta hipótese, facultar-se a escolha de outros estudos dentre aqueles apresentados para seleção (art. 18, § 3º). O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de estudos não	A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto ao mérito administrativo (art. 16).

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
				poderá ultrapassar 2,5% (dois e meio por cento) do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva parceria público-privada (art. 6º, § 2º).	
São Paulo – Município de São Bernardo do Campo – Decreto 18.489/2013	<u>Ampla:</u> Estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão de serviços públicos (art. 1º).	<u>De ofício ou mediante requerimento:</u> O PMI inicia-se com a publicação, no Diário Oficial do Município, do aviso respectivo, ou com a apresentação pelo particular interessado de uma proposta de estudo de projeto junto ao órgão ou entidade competente (art. 4º).	No caso de apresentação da proposta de estudo pelo particular, o órgão ou entidade decidirá pela aceitação ou rejeição da proposição, e, aceitando-a, deve publicar no Diário Oficial do Município a autorização e seu respectivo aviso, permitindo que terceiros interessados no mesmo projeto possam, concomitantemente, e, nos mesmos prazos e condições, desenvolver os estudos necessários para o projeto (art. 4º, § 1º). O Chamamento Público deverá obrigatoriamente, ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial do Município, na rede mundial de computadores e, quando se entender conveniente, em jornais de ampla circulação (art. 6º,	Na hipótese de utilização dos estudos apresentados no âmbito do PMI em eventual licitação dele decorrente, deverá ser previsto no respectivo edital, a obrigação, do futuro concessionário ou permissonário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI, de ressarcir o responsável pelos estudos (art. 13, § 1º).	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			IV). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 9º).		
			Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante, podendo ser utilizados, total ou parcialmente, e sem nenhuma restrição ou condição pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º).		
São Paulo – Município de Sorocaba – Decreto 20.707/2013	Ampla: Apresentação de estudos relacionados aos projetos de parcerias público-privadas, de concessão comum de obras e de serviços públicos, bem como de permissão de serviços	De ofício ou mediante requerimento: O Conselho Gestor do Programa Municipal de PPP, por meio de sua Secretaria-Executiva, poderá solicitar de ofício projetos, estudos,	O chamamento público no qual constar a solicitação deverá ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial do Município, na internet e, quando se entender	Após parecer do Conselho Gestor, será expedido Termo de Conclusão dos Trabalhos, bem como será autorizada a inclusão do dever de ressarcimento, por ocasião da elaboração do edital e	Os estudos técnicos elaborados pelo setor privado serão remetidos a Secretaria Executiva, que coordenará os trabalhos de consolidação da modelagem final no prazo de 60 (sessenta) dias, renováveis por

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
	públicos (art. 1º).	levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de projetos de parcerias público-privada, de concessão comum de obras e de serviços públicos e permissão de serviços públicos (art. 2º). A Manifestação da Iniciativa Privada deverá ser encaminhada pelo agente empreendedor ao Presidente do Conselho Gestor do Programa Municipal de PPP ou à unidade competente, com cópia para o Presidente do Conselho Gestor de PPP, mediante requerimento específico para cada empreendimento (art. 4º).	convenientes em jornais de ampla circulação (art. 2º, § 1º, IV). Emitida a autorização referente a Manifestação da Iniciativa Privada, caberá à Secretaria Executiva, publicar chamamento público para a apresentação, por eventuais interessados, de projetos, estudos, levantamentos ou investigações sobre o mesmo objeto (art. 8º).	contrato correspondentes, pelo vencedor da licitação, das despesas realizadas pelo agente empreendedor (art. 13).	igual período, a critério do Conselho Gestor (art. 12). O Conselho Gestor emitirá parecer, avaliando e justificando, do ponto de vista técnico, o grau de aproveitamento dos estudos apresentados e os respectivos percentuais de ressarcimento, considerando os critérios definidos no chamamento público (art. 12, § 2º). Das decisões do Conselho Gestor caberá pedido de reconsideração para o próprio Conselho, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo máximo de 15 (quinze) dias (art. 12, § 5º).
Tocantins – Município de Palmas – Decreto 703/2014	Ampla: Estruturação de projetos de PPP nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão de serviços públicos (art. 1º).	De ofício ou mediante requerimento: 4º O PMI inicia-se com a publicação, no Diário Oficial do Município, do aviso respectivo, ou com a apresentação pelo particular interessado de uma proposta de estudo de um projeto junto ao órgão competente (art. 4º).	No caso de apresentação da proposta de estudo pelo particular, o órgão decidirá pela aceitação ou rejeição da proposição, e, aceitando-a, deve publicar no Diário Oficial do Município a autorização e seu respectivo aviso, permitindo que terceiros interessados no mesmo projeto possam, concomitantemente, e, nos mesmos prazos e condições, desenvolver os estudos	Na hipótese de utilização dos estudos apresentados no âmbito do PMI em eventual licitação dele decorrente, deverá ser previsto no respectivo edital, a obrigação, do futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI, de ressarcir o responsável pelos estudos (art. 12, § 1º).	Ato normativo silente.

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			necessários para o projeto (art. 4º, § 1º). O Chamamento Público deverá, obrigatoriamente, ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial do Município, na rede mundial de computadores e, quando se entender conveniente, em jornais de ampla circulação (art. 5º, IV). O órgão ou entidade solicitante, a seu critério, poderá realizar sessões públicas destinadas a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter as manifestações dos interessados (art. 8º). Os direitos autorais sobre as informações, levantamentos, estudos, projetos e demais documentos solicitados no PMI, salvo disposição em contrário, prevista no instrumento de solicitação de manifestação de interesse, serão cedidos pelo interessado participante,		

Ato Normativo	Abrangência	Forma de Início	Publicidade	Ressarcimento	Reconhecimento de Direitos Subjetivos
			podendo ser utilizados, total ou parcialmente, e sem nenhuma restrição ou condição pelo órgão ou entidade solicitante (art. 3º, § 3º).		
