



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bruno Gazzaneo Belsito

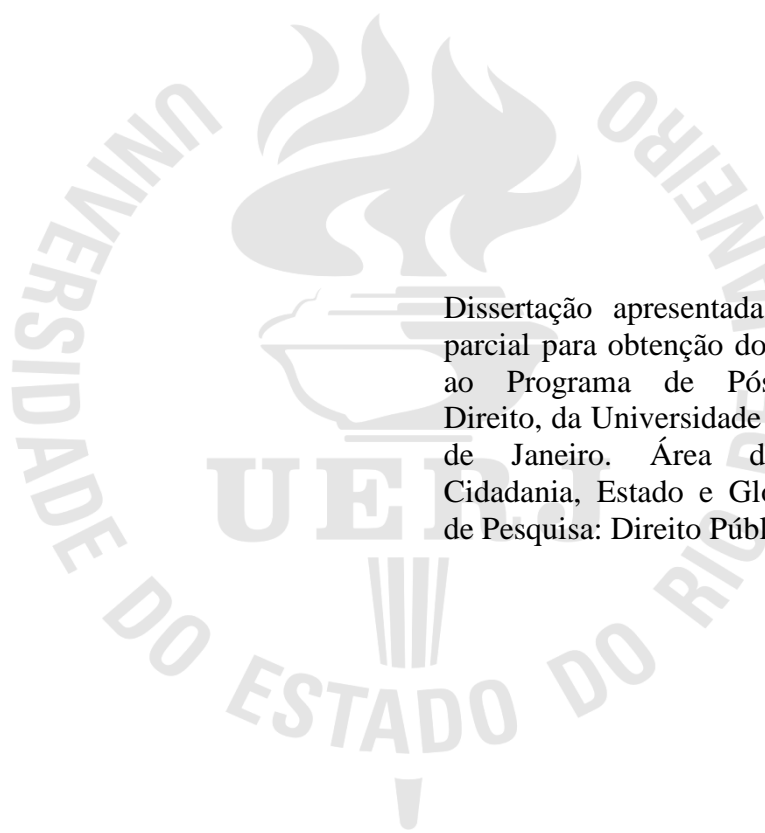
**O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de
contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do
instrumento no Direito brasileiro**

Rio de Janeiro

2015

Bruno Gazzaneo Belsito

O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientadora: Prof.^a. Dra. Patrícia Ferreira Baptista

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B452 Belsito, Bruno Gazzaneo.

O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão : exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro / Bruno Gazzaneo Belsito. – 2015.
316 f.

Orientadora: Prof^a. Dra. Patrícia Ferreira Baptista.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Direito administrativo - Teses. 3. Concessões administrativas - Teses. I. Baptista, Patrícia Ferreira. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.712

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bruno Gazzaneo Belsito

O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame Crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 13 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Patrícia Ferreira Baptista (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Vera Cristina Caspari Monteiro
Fundação Getúlio Vargas de São Paulo

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Para Cecília.

AGRADECIMENTOS

Escrever esta seção de agradecimentos é um momento de felicidade sem igual. Primeiro pelo ato em si de agradecer, de reconhecer a participação e importância daqueles cujo amor, presteza, paciência, orientação ou incentivo foram fundamentais para a realização deste mestrado. Além disso, os agradecimentos são, efetivamente, a última coisa que escrevo para a elaboração desta dissertação e representam, por assim dizer, um ponto final neste longo projeto que foi o mestrado em direito público na UERJ. E já não era sem tempo! Lá se vão praticamente três anos lendo textos, assistindo aulas, fazendo trabalhos de conclusão das disciplinas e escrevendo esta dissertação. Mas, olhando agora para trás, posso dizer que tudo valeu a pena!

Naturalmente, há incontáveis pessoas a serem lembradas. Mas para não transformar estes agradecimentos numa longa lista de nomes (possivelmente maior do que a dissertação), decidi citar apenas aqueles que estiveram diretamente envolvidos neste projeto.

Durante a minha vida acadêmica na UERJ (o que inclui além do mestrado a minha graduação) fui aluno de professores excelentes e cujas ideias fizeram, fazem e farão a cabeça de várias gerações de estudiosos do direito público. Dentre eles, sempre vou lembrar com admiração da Jane Reis, Patrícia Baptista, Alexandre Aragão, Rodrigo Brandão, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcellos e Gustavo Binenbojm. A faculdade de Direito, porém, não é feita apenas de juristas. Há vários funcionários que são importantes para o dia-a-dia da faculdade. Agradeço com um carinho especial à D. Sônia, da secretaria da pós-graduação, que é um exemplo de eficiência, comprometimento e gentileza.

A professora Patrícia Baptista, minha orientadora, esteve por perto durante o longo período de elaboração da presente dissertação, trazendo contribuições valiosas e me instigando sempre a fazer o meu melhor. Tenho grande admiração pela Patrícia por conta da sua correção, seriedade e dedicação - qualidades que transparecem na sua atuação acadêmica e profissional. Não tive a oportunidade de ser aluno dela na graduação, mas, felizmente, vim suprir essa lacuna agora, no mestrado! Obrigado!

Agradeço também aos professores Vera Monteiro e Alexandre Aragão, que aceitaram o convite de compor a banca de defesa desta dissertação.

Muitas das ideias que assimilei no trabalho (não por acaso as mais progressistas) foram originadas ou aperfeiçoadas a partir de conversas e reuniões de que participei com a

professora Vera Monteiro, a quem conheci recentemente e passei rapidamente a admirar pelo seu saber jurídico, capacidade de trabalho e clareza nas suas exposições. Se não bastassem tais atributos, trata-se também de uma pessoa muito gentil. Com o professor Aragão tive a oportunidade de aprender muito durante o mestrado, nos três grupos de pesquisa orientados por ele dos quais participei. Na etapa de qualificação desta dissertação, ele trouxe comentários e sugestões que foram essenciais para melhorar a qualidade da versão final do trabalho. Além disso, como todos sabem, ele é um jurista de marca maior, cujos livros e textos foram determinantes para a preparação deste trabalho.

Durante o mestrado tive como colegas pessoas excelentes. Além de profissionais e acadêmicos brilhantes, eles se revelaram amigos preciosos! Dentre eles, gostaria de registrar um agradecimento especial aos amigos Leonardo Coelho, Luis Felipe Sampaio, José Marcos Vieira, Joana Menezes, Ciro Grynberg, Pedro Duarte, Filipe Guedes, Rodrigo Zambão, Marcelo Valença, Pedro José Ribeiro e Gabriel Accioly. Posso apostar com tranquilidade que esta turma vai despontar nos próximos anos, publicando livros, artigos, dando aulas e lançando ideias inovadoras.

Agradeço também à Ana Calil, que teve importância decisiva na formatação e preparação desta dissertação (trabalho muito complexo para mim). Obrigado!

Gostaria de manifestar a minha gratidão também ao BNDES, instituição comprometida com o desenvolvimento do Brasil e da qual tive todo o apoio para a realização do mestrado. Este agradecimento se estende a todos os meus colegas da Área de Estruturação de Projetos/AEP, os quais são coautores de várias das ideias que incorporei nesta dissertação. Em especial, gostaria de tornar público o meu agradecimento: ao Henrique Amarante e Fernando Camacho, exemplos de gestores públicos com capacidade técnica, entusiasmo e visão progressista e por terem viabilizado o apoio institucional para que eu pudesse frequentar as aulas do mestrado; ao Guilherme Mendonça, Bruno Rodrigues, Rafael Randerson e Rafael Chambarelli, pelo tráfego de ideias e pela parceria construída entre nós. É um privilégio trabalhar com pessoas tão inteligentes comprometidas. Destaco, uma vez mais, a ajuda do Guilherme, meu gerente, que espontaneamente sempre apoiou e incentivou a minha dedicação ao mestrado, mesmo consciente de que isso gerava trabalho adicional para ele.

Durante os últimos anos, por conta do mestrado, o convívio com várias pessoas importantes da minha família foi prejudicado. Por isso, registro aqui o meu agradecimento a elas também por todo o carinho, amor e cuidado que sempre tiveram comigo: aos meus pais, Maria Maddalena Gazzaneo Belsito e Benito Lorival Belsito (*in memoriam*), que me mostraram a importância do estudo e da dedicação para a realização dos meus sonhos; a

minha tia Chiarina Gazzaneo Lopes sempre fez parte de todos os momentos importantes da minha vida; aos meus irmãos Ana Cristina e Carlos Antônio; aos sobrinhos Bernardo e Lucas e; aos meus sogros Luisa e Joca. Por fim, aos meus avós (*in memoriam*), exemplos de dedicação e amor à família.

O início do mestrado coincidiu exatamente com o começo da minha vida a dois com Cecília Zerbini. Foram incontáveis as viagens, passeios, cinemas e episódios de nossas séries favoritas que o mestrado nos roubou. A Cecília foi parceira em todos os momentos, incentivando-me quando eu estava cansado e tomando para si muitas obrigações e responsabilidades que eram originalmente minhas. Por conta disso e de muitas outras coisas que as palavras e o papel não comportam, dedico este trabalho a ela, com todo o meu amor e admiração.

RESUMO

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

A presente dissertação trata do Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI, que é um instrumento empregado na preparação de projetos de concessão e atualmente bastante difundido na teoria e prática do Direito Administrativo brasileiro.

O PMI foi desenvolvido com esteio na interpretação do art. 21, da Lei n.º 8.987/95 (lei geral de concessões) e em regulamentos editados pelos Poderes Executivos de diversos entes federativos brasileiros. A jurisprudência dos tribunais de contas e o trabalho da doutrina administrativista também têm contribuído significativamente para a sedimentação de ideias a respeito deste instituto.

O principal fator impulsionador do uso do PMI é a circunstância de que a Administração Pública, nas suas três esferas federativas, enfrenta limitações técnicas, operacionais e jurídicas para a preparação de suas concessões. Diante dessa realidade, o PMI torna possível que agentes privados (“autorizados”) apoiem, por sua conta e risco, o Estado na realização de estudos de viabilidade (técnicos, econômico-financeiros e jurídicos) e na execução de outras atividades compreendidas na fase interna dos certames concessórios. Tal mecanismo, que enseja uma relação jurídica de índole não contratual, tem sido reputado como flexível e apto para gerar um processo decisório público permeável à expertise do setor privado. Modelos semelhantes ao PMI também são adotados na experiência do direito comparado, sendo designados na literatura especializada como *unsolicited proposals*.

O presente trabalho desenvolve a ideia de que a regulação atual do PMI enseja riscos e objeções, as quais estão relacionadas à existência de conflitos de interesses, assimetrias informacionais e ineficiência na alocação de recursos públicos e privados aplicados no procedimento. No que tange aos seus resultados, os dados empíricos coletados convergem para a constatação de que os PMIs se caracterizam pela baixa efetividade na geração de contratos de concessão assinados e baixa competição nas licitações realizadas na esteira do procedimento.

A dissertação, porém, também se ocupa de propor novas interpretações e aperfeiçoamentos na regulação do instrumento, de modo a reformar a sua estrutura de incentivos e torná-lo mais facilmente manejável para o atingimento do interesse público.

Palavras-chave: Procedimento de Manifestação de Interesse. PMI. Contratos de Concessão. Estruturação de projetos. Regulação por contrato. Propostas não solicitadas. *Unsolicited Proposals*.

ABSTRACT

BELSITO, Bruno Gazzaneo. **Unsolicited Proposals in the structuring of concession contracts**: critical analysis and proposals for the improvement of the instrument under Brazilian law. 2015. 316 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This dissertation analyses the unsolicited proposals procedure (named in Brazil as "Procedimento de Manifestação de Interesse" - PMI), which is a legal tool applied for the preparation of concession contracts.

The PMI was developed on the basis of the interpretation of art. 21 of Law n.º 8.987/95 ("general concessions law") and regulations issued by executive branches of various Brazilian federal entities. Cases from accounting courts and books on administrative law doctrine have also contributed significantly to the development of this procedure.

To succeed in the preparation of projects and concession contracts, the Public Administration in Brazil has to overcome technical, institutional and legal difficulties. Given this reality, the PMI allows private agent support (at their own risk and expense) of the state entities in the developing of feasibility studies (technical, economic, financial and legal) and in the execution of other activities necessary for a successful bidding process. The PMI generates a non-contractual relationship between private and public actors. The mechanism is also viewed as being flexible and able to enrich the public decision-making process with the expertise and technical capability of the private sector. Procedures like the PMI are also adopted in other countries.

However, this paper presents the idea that the current regulation of PMI entails several risks and objections, which are related to the existence of conflicts of interest, informational asymmetries and inefficiency in the allocation of public and private funds during the procedure. With respect to the results of PMI, the empirical data presented and analyzed make it possible to conclude that the PMI is characterized by low effectiveness (in generating signed concession contracts) and also drives to low competition in the tender process conducted afterwards.

This dissertation also proposes new interpretations of the current legislation and improvements in the regulation of the procedure in order to reform its incentives structure and make it more easily manageable for the achievement of public interest.

Keywords: PMI. Unsolicited proposals. Concession contracts. Project structuring. Regulation by contract.

Charlie Munger, parceiro de Warren Buffet na Berkshire Hathaway, tem uma citação de que gosto muito: ‘Mostre-me os incentivos que eu lhe mostrarei o resultado’. Todo mundo que redige uma lei ou um contrato, pelo menos na área econômica, deveria pensar na citação de Munger antes de pegar a caneta. Infelizmente, não é isso que ocorre. No Brasil, a contratação de grandes obras públicas sofre com incentivos errados, na contratação de estudos, nos editais de licitação, na seleção e fiscalização de quem executa as obras etc. Toda a institucionalidade desse processo em grande medida ignora que os agentes econômicos reagem a incentivos, comportam-se oportunisticamente e exploram os espaços abertos para maximizarem seus ganhos.

(Amando Castelar Pinheiro, “A contratação de grandes projetos”, Jornal Valor Econômico, em 8.05.2015).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 O CICLO DE ESTRUTURAÇÃO DOS PROJETOS DE CONCESSÃO E OS DESAFIOS JURÍDICOS INCIDENTES	30
1.1 Contextualização e plano de trabalho para o capítulo	30
1.2 O ciclo dos projetos de concessão	31
1.2.1 <u>A fase de planejamento</u>	31
1.2.2 <u>A fase de estruturação</u>	35
1.2.3 <u>A fase de execução contratual</u>	36
1.3 A estruturação do projeto como fase preparatória do processo licitatório	37
1.3.1 <u>A descrição dos estudos integrados de viabilidade necessários para a formatação do projeto de concessão</u>	37
1.3.1.1 Os estudos técnicos	38
1.3.1.2 Os estudos econômico-financeiros	39
1.3.1.3 Os estudos jurídicos	41
1.3.2 A complexidade na elaboração dos estudos	42
1.3.3 Outras atividades relacionadas ao processo de licitação	43
1.3.4 A divulgação de informações durante o processo licitatório	47
1.4 Alternativas jurídicas do ente público para viabilizar uma concessão	51
1.4.1 <u>A modelagem do projeto sem o apoio de agentes externos</u>	52
1.4.2 <u>O apoio de terceiros na preparação do projeto</u>	55
1.4.2.1 A contratação de assessorias técnicas	55
1.4.2.2 A celebração de parcerias com outros entes públicos	61
1.4.2.3 A autorização para que entes privados atuem por sua conta e risco na modelagem de concessões	62
1.4.2.4 Informações e considerações adicionais sobre os modelos jurídicos disponíveis	64
1.4.3 <u>A formação de parcerias com <i>facilities</i></u>	67
1.5 Conclusão	69
2 O CONTRATO DE CONCESSÃO COMO ESTRATÉGIA E INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO PÚBLICA	70
2.1 Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo	70
2.2 Contribuições do <i>Direito & Economia</i> para a abordagem das contratações públicas e do direito das concessões	71
2.3 Os contratos públicos como instrumento de regulação	76

2.3.1 <u>Os diferentes formatos da atividade regulatória</u>	76
2.3.2 <u>A atividade regulatória exercida via contratos administrativos</u>	79
2.4 A atividade regulatória exercida por meio dos contratos de concessão	82
2.4.1 <u>Os contratos de concessão como estratégia regulatória</u>	82
2.4.2 <u>A adjudicação dos contratos de concessão no contexto da competição pelo mercado</u> ...	87
2.4.3 <u>A definição dos preços dos serviços</u>	91
2.4.4 <u>O desafio da incompletude contratual</u>	93
2.4.5 <u>Os mecanismos de incentivo à boa performance do concessionário positivados nas leis n.º 8.987/95 e n.º 11.079/2004</u>	96
2.5 A captura regulatória nos contratos de concessão	103
2.5.1 <u>A captura pós-celebração do contrato</u>	105
2.5.2 <u>A captura pré-celebração do contrato</u>	107
2.6 Conclusão	109
3 A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO NO USO DE INSTRUMENTOS DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA PARA A MODELAGEM DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: AS PROPOSTAS NÃO SOLICITADAS E O DIÁLOGO COMPETITIVO	111
3.1 Contexto e o plano de trabalho para o capítulo	111
3.2 As propostas não solicitadas na experiência internacional	113
3.2.1 <u>Características mais comuns das PNS segundo a experiência internacional</u>	113
3.2.1.1 <u>O paralelo entre as características mapeadas na experiência internacional e o modelo brasileiro</u>	117
3.2.2 <u>O Panorama de utilização das PNS no exterior</u>	118
3.2.3 <u>Países de referência</u>	121
3.2.4 <u>Países em desenvolvimento</u>	124
3.2.5 <u>Hipóteses em que o uso das PNS é defeso</u>	127
3.2.6 <u>Aspectos procedimentais das PNS</u>	128
3.2.6.1 <u>As fases do procedimento</u>	129
3.2.6.2 <u>Os modelos de adjudicação contratual: a negociação direta e o processo concorrencial</u>	133
3.2.6.3 <u>Vantagens formais conferidas ao proponente original</u>	135
3.2.6.4 <u>Panorama da utilização dos mecanismos de incentivo à participação privada por meio de PNS</u>	140
3.2.7 <u>Objecções às PNS na experiência internacional</u>	141
3.3 O Diálogo Competitivo	145

3.3.1 <u>A dinâmica dialogal e os diferentes instrumentos de contratação no direito comparado</u>	145
3.3.2 <u>Panorama de aplicação do diálogo competitivo e características de destaque</u>	150
3.3.3 <u>O início do procedimento</u>	151
3.3.4 <u>A conversação entre o setor público e os concorrentes</u>	152
3.3.5 <u>Aspectos positivos e pontos de atenção do modelo de DC</u>	154
3.4 Conclusão	157
4 O PMI E A COOPERAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA PARA A ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL: BASE LEGAL, REGULAMENTAR E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO MODELO.	161
4.1 Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo	161
4.2 Panorama dos atos normativos que regulam a cooperação público-privada para a formatação de projetos de concessão no Brasil	162
4.2.1 <u>A base legal incidente</u>	162
4.2.2 <u>O art. 21, da lei n.º 8.987/95, como eixo da colaboração privada na preparação de projetos</u>	164
4.2.3 <u>Os instrumentos jurídicos provenientes da regulamentação do art. 21, da lei n.º 8.987/95</u>	167
4.2.3.1 O Procedimento de Manifestação de Interesse.....	167
4.2.3.2 A Manifestação de Interesse Privado	170
4.2.4 <u>A falta de uniformidade no tratamento regulamentar do PMI</u>	173
4.2.4.1 A flexibilidade para a regulamentação do art. 21 da lei n.º 8.987/95 nos três níveis federativos	174
4.2.4.2 O histórico do PMI no plano federal sob a égide do decreto n.º 5.977/2006	176
4.3 O decreto federal n.º 8.428/2015 e a regulamentação do PMI no plano federal: procedimento e características principais	180
4.3.1 <u>Panorama do procedimento do PMI na esfera federal</u>	180
4.3.2 <u>Características de destaque do modelo</u>	187
4.3.2.1 A multiplicidade de autorizados atuando concorrentemente.....	187
4.3.2.2 A ausência de vantagens formais advindas do PMI	189
4.3.2.3 O ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos estudos	190
4.3.2.4 A possibilidade de participação dos autorizados na licitação posterior	194
4.4 Conclusão	195
5 A NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NO PMI 197	
5.1 Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo	197

5.2	Noções preliminares: contratos e autorizações	198
5.2.1	<u>Contratos administrativos: estabilidade e vinculação</u>	199
5.2.2	<u>As acepções tradicionais da figura jurídica “autorização”: finalidade e principais características</u>	200
5.3	Aplicações específicas das autorizações: art. 28, da lei n.º 9.427/96 e art. 21, da lei n.º 8.987/95	207
5.3.1	<u>O procedimento para a realização de estudos de aproveitamento de potenciais hidráulicos</u>	207
5.3.2	<u>O procedimento de manifestação de interesse/PMI: natureza e regime jurídico</u>	212
5.3.2.1	A autorização: natureza e funções	212
5.3.3	<u>O regime jurídico da colaboração público-privada no âmbito do PMI</u>	219
5.4	A natureza do dever de ressarcimento	226
5.5	Conclusão	229
6	DIAGNÓSTICO E SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTO DO MODELO DE PMI	231
6.1	Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo	231
6.2	Panorama do uso do PMI	232
6.3	Diagnóstico	233
6.3.1	<u>Conflito de interesse</u>	233
6.3.2	<u>Informação assimétrica</u>	235
6.3.3	<u>Eficiência</u>	239
6.3.4	<u>Efetividade</u>	246
6.3.5	<u>Concorrência</u>	250
6.4	Propostas para o aperfeiçoamento do PMI	255
6.4.1	<u>Proposta 1: Conduzir o PMI preferencialmente com autorizados independentes</u>	255
6.4.1.1	O tratamento do conflito de interesses na legislação	256
6.4.1.2	Formas de operacionalizar a mitigação ou eliminação do conflito de interesses	269
6.4.2	<u>Proposta 2: Definição de regras de ressarcimento mais claras</u>	272
6.4.3	<u>Proposta 3: Limitação do número de autorizados</u>	278
6.4.4	<u>Proposta 4: Maximização da transparência sobre PMIs</u>	284
6.4.5	<u>Proposta 5: Publicação apenas de PMIs alinhados com políticas públicas previamente definidas</u>	287
6.5	Propostas gerais	289
6.6	Conclusão	293
	CONCLUSÃO	295

REFERÊNCIAS	304
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

a) Apresentação do tema

A proposta da presente dissertação é abordar, sob as perspectivas analítica e propositiva, o Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI, que é um instrumento aplicado na fase de estruturação de projetos de infraestrutura. O PMI tem sido desenvolvido a partir da interpretação do art. 21, da Lei n.º 8.987/95 (lei geral de concessões) e de regulamentos editados pelos chefes dos poderes executivos de diversos entes federativos brasileiros. Esta introdução se propõe a apresentar uma visão geral do tema, evidenciando a sua relevância como objeto de investigação. Ao final, apresentar-se-á também o plano de trabalho geral para a elaboração desta dissertação, no qual são descritos os conteúdos contemplados em cada um dos capítulos, bem como a conexão existente entre eles.

- *Qual a correlação existente entre concessões, infraestrutura e PMIs?*

Existem temas e institutos do Direito Administrativo que devido a sua abrangência e relevâncias teórica e prática nunca saem de evidência, sendo permanentemente abordados em artigos acadêmicos, apresentações em congressos e encontros jurídicos. É frequente também serem citados e comentados em reportagens jornalísticas, ainda que os meios de comunicação nem sempre prezem pelo apuro técnico na apresentação das informações e tecnicidades jurídicas. É provável que hoje, no universo de discussões que fazem a cabeça dos administrativistas, o tema “concessões” esteja dentre os mais importantes¹. E isso não acontece por acaso.

O instituto “concessões” conserva a sua relevância e atualidade, sobretudo, devido ao seu caráter instrumental para a concretização de projetos e políticas públicas². Além disso, considerando que as concessões são uma espécie do gênero desestatização, tal tema sempre

¹ Odete Medauar, ao desenvolver uma breve (porém substancial) resenha sobre os diversos fatores que ao longo dos séculos XIX e XX contribuíram para que as dicotomias *público-privado* e *direito público-direito privado* se tornassem menos claras, destaca, em relação às concessões, que: “Em grande número de países do mundo ocidental, demandas de massa por melhor prestação de serviços públicos, paralelas a um quadro de escassez de recursos públicos, levou à revivescência das concessões e à busca de novos instrumentos jurídicos para que o setor privado pudesse executar os serviços públicos ou demais atividades públicas, implantando-se aí uma das técnicas de privatização”. As concessões, portanto, funcionam como uma estratégia em diversos países (inclusive de realidades econômicas diferentes) para que o Estado viabilize, com o apoio do setor privado, a prestação de serviços essenciais à população. MEDAUAR, Odete. *Público-privado*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias Público Privadas. Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004* (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 47.

² Na síntese de Vitor Rhein Schirato, “muito mais do que instrumentos de privatização ou desestatização, as concessões são instrumentos para o alcance de políticas públicas”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), op. cit., p. 90.

traz consigo discussões relativas ao papel, tamanho e forma de agir do Estado para a promoção do interesse público.

O contexto atual confirma essa percepção.

Recentemente, devido ao lançamento pelo governo federal de mais um amplo e vultoso plano de investimentos em infraestrutura, os holofotes novamente foram direcionados para as concessões. Porém, os debates não tratam apenas da estrutura jurídica dos contratos e dos limites e possibilidades traçados pelas leis de regência do instituto. Um tema que desperta cada vez mais o interesse da academia, de advogados públicos e privados e de especialistas nos diferentes setores de infraestrutura diz respeito às dificuldades encontradas na preparação dos contratos de concessão. Esse tema engloba também as discussões a respeito da capacidade técnica e operacional da Administração Pública para o deslinde daquela tarefa.

As concessões são instrumentalizadas em contratos administrativos de longo prazo com a finalidade de transferir uma atividade – cuja competência material cabe ao Estado – ao setor privado. Podem ter por objeto serviços públicos (concessões comuns e patrocinadas) ou atividades em que a beneficiária direta seja a própria Administração (concessões administrativas). As concessões, em regra, pressupõem a realização de vultosos investimentos em infraestrutura – a partir dos quais a prestação dos serviços delegados será viabilizada. Essa é, portanto, a conexão entre concessões e infraestrutura³.

Investimentos em infraestrutura logística (como aeroportos, rodovias, ferrovias e portos) são importantes para reduzir custos de produção e transporte, aumentando a competitividade do Brasil num contexto de inserção do país no comércio internacional e reduzindo os preços pagos pelos consumidores no mercado interno. Além disso, a realização desses empreendimentos movimenta a economia, cria empregos e fomenta toda uma cadeia de oportunidades de negócios (de fornecedores de bens e serviços) relacionada à execução e operação desses projetos de infraestrutura. Investimentos de nítido relevo social, como hospitais, escolas, saneamento básico e mobilidade urbana, além de incrementarem a disponibilidade e qualidade de serviços públicos, também ensejam externalidades positivas, como a redução da degradação ambiental, melhoria da saúde da população, redução de tempo nos deslocamentos nos espaços urbanos, entre outras vantagens social e economicamente mensuráveis⁴.

³ A noção de Infraestrutura é entendida de modo amplo neste estudo, abrangendo a infraestrutura *clássica* (gás, energia, transporte, água e esgoto etc.) e a *social* (educacional, esportiva, saúde etc.).

⁴ Tradicionalmente, existem diversas razões que estabelecem a interdependência entre a atuação do Estado e a disponibilização de infraestrutura, dentre as quais: (i) projetos de infraestrutura como rodovias, ferrovias, portos e aeroportos correspondem normalmente a monopólios naturais, um campo por excelência para atuação

Conforme será exposto, a realização de concessões pode ser o meio mais eficiente de executar de investimentos em infraestrutura em diversos contextos.⁵ Dentre as vantagens deste modelo está o fato de que cabe ao agente privado responsável pela execução dos empreendimentos (concessionário) o papel de levantar e aplicar capitais para a viabilização dos investimentos (o que é importante num contexto de restrição fiscal do Estado), além do fato de que os contratos de concessão podem ser formatados para assimilar diversos mecanismos de incentivo à boa performance na execução dos serviços delegados.

No entanto, um dos obstáculos hoje enfrentados no país está na etapa de preparação dos contratos de concessão. Este não é um problema isolado, específico de um ou poucos entes federativos. Por diversas razões, as Administrações Públicas das três esferas federativas enfrentam limitações e dificuldades variadas na preparação e na licitação propriamente dita de projetos de infraestrutura desenhados juridicamente como contratos de concessões⁶. É nesse contexto que se inserem o PMI e os debates relativos à sua utilização.

- Para que serve o PMI?

Em linhas gerais, o PMI enseja uma relação jurídica, de ordem não contratual⁷ e precária, entre a Administração e agentes privados interessados em colaborar na *fase preparatória* de projetos de concessão, ou seja, antes da publicação das versões definitivas dos documentos licitatórios (edital de licitação, minuta de contrato de concessão e respectivos

regulatória do Estado; (ii) A constituição prevê atividades/serviços de titularidade estatal, monopólios públicos e necessidade de autorização para a execução de grande gama de atividades por particulares; (iii) apenas o poder estatal pode estabelecer limitações administrativas e expropriações; (iv) interesse público em que a provisão de serviços de interesse da coletividade ocorra de modo equitativo (ex. implementar subsídios cruzados para garantir o acesso a serviços onde a sua exploração não seja *per se* economicamente viável); (v) preocupação com externalidades decorrentes dessas atividades, como a segurança dos usuários e a preservação do meio ambiente e; (vi) correlação entre a provisão de infraestrutura e o desenvolvimento econômico e social – esse, aliás, o mote que tem inspirado os esforços da Administração federal em prol de uma “agenda positiva” de investimentos em infraestrutura, de modo a debelar os efeitos da crise econômica atualmente enfrentada pelo país.

⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein, op. Cit., nota 2, p. 90.

⁶ A regulamentação federal atualmente vigente (o decreto federal n.º 8428/2015) e os regulamentos de alguns entes federativos admitem que o PMI possa ser aplicado para a preparação de empreendimentos que se encaixem em outros formatos contratuais, como permissões, arrendamentos de bens públicos e concessões de direito de uso. O enfoque das considerações e análises alinhavadas no desenvolvimento desta dissertação versarão sobre a aplicação do PMI para a preparação de projetos de concessão comum, nos termos da lei n.º 8.987/95 (lei geral de concessões) e PPP, nos termos da lei n.º 11.079/2004 (lei das parcerias público-privadas).

⁷ Conforme será examinado, apesar deste instrumento já ser fartamente utilizado, ainda existe certa confusão conceitual, especialmente nos jornais e meios de comunicação. Nesse sentido: “Um dia após apresentar a lista de obras que serão objeto de concessão ao setor privado, o governo deu a largada para a viabilização dos leilões. Ontem, o ‘Diário Oficial da União’ trouxe editais de chamamentos públicos **para a contratação dos estudos** que vão balizar as concessões de 11 lotes de rodovias e 11 aeroportos. O objetivo é contratar as empresas que farão a avaliação técnica e financeira dos projetos. O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), como é chamado esse tipo de estudo, inclui análises de mercado, de engenharia, ambientais e avaliação econômico-financeira.” (Grifos nossos). A íntegra da matéria jornalística pode ser acessada em: <http://www.valor.com.br/brasil/4089102/governo-lanca-editais-para-contratar-estudos>. Acesso em 11.06.2015, às 8h.

anexos).⁸ O PMI não é um instrumento manejável para a preparação de todo e qualquer tipo de projeto de infraestrutura, não comportando a preparação de contratos para a aquisição de obras e serviços de engenharia celebrados em conformidade com a lei n.º 8.666/93 e lei n.º 12.468/2011 (lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações/RDC).

A fase preparatória da licitação, que é a etapa coberta pelo PMI, coincide com aquilo que a doutrina jurídica administrativista usualmente nomeia de *fase interna* da licitação, marcada pela delimitação precisa do objeto a ser contratado e sua precificação. Nos projetos de concessão essa etapa preliminar é inerentemente complexa, pressupondo a elaboração de estudos técnicos, jurídicos e econômico-financeiros, os quais são imprescindíveis para modelagem de um contrato de longo prazo e de grande monta financeira⁹. Os estudos que antecedem a abertura da fase externa da licitação, quando considerados em conjunto, são usualmente designados de *estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental/EVTEA* (doravante, “*estudos de viabilidade*” ou “*estudos integrados de viabilidade*”).

- *O PMI é um instrumento relevante no contexto atual do Direito Administrativo?*

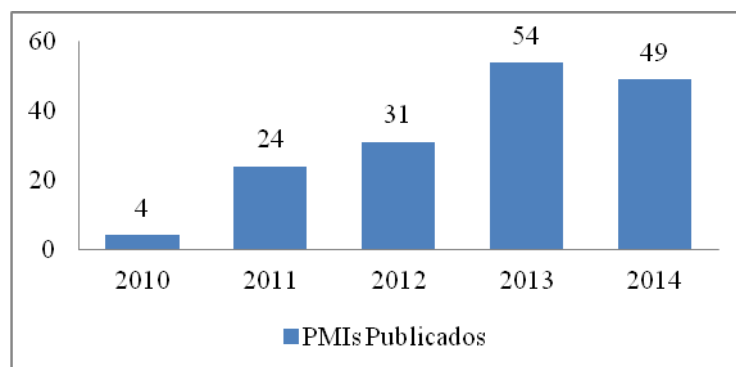
O uso crescente do PMI é uma tendência que atualmente se manifesta de modo bastante perceptível no cenário jurídico-institucional brasileiro. O gráfico abaixo corrobora

⁸ O PMI apresenta uma variação procedimental sutil, replicada em diversos entes públicos brasileiros, que diz respeito à possibilidade de o procedimento ser iniciado diretamente por particulares interessados, que propõe a realização de um projeto ao Estado, sem prévia manifestação pública a respeito do desejo de receber propostas. Essa variação é usualmente designada de Manifestação de Interesse do Setor Privado - MIP. Como as diferenças, a nosso ver, são pouco significativas, optou-se, para efeito de simplificação, por fazer remissão na presente introdução apenas ao termo “PMI”, que é a nomenclatura mais difundida na prática administrativa nacional e nas obras teóricas de referência. A exposição de informações relativas ao modelo de MIP será realizada de modo mais detalhado no capítulo IV.

⁹ As relações de parceria estabelecidas a partir dos contratos de concessão são de grande relevância para o Direito Administrativo na contemporaneidade, sendo uma ferramenta importante para o exercício de funções administrativas e garantir o atingimento de finalidades públicas incumbidas ao Estado. Floriano de Azevedo Marques Neto mapeia diversos papéis que podem ser assumidos pelos agentes privados na consecução de finalidades públicas, dentre eles os papéis de súdito, beneficiário de políticas públicas, clientes (no caso de exercício de atividades econômicas pelo Estado e seus delegatários) e parceiros. Em relação a este último papel, destaca o referido autor que: “Para além, de se constituir como uma das manifestações mais frequentes de relacionamento entre a Administração e os particulares – desconstruindo a noção de que no Direito Administrativo prevalecem as relações de sujeição, verticais –, as relações de parceria nos colocam diante da necessária constatação de que a atividade administrativa não só não prescinde da cooperação com os privados, mas que ela só consegue se manifestar plenamente se a eles recorrer, travando negócios jurídicos para bem cumprir suas finalidades”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*. In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 395.

essa percepção, evidenciando que de 2012 a 2014 foram publicados, nas três esferas federativas, pelo menos 162 PMIs relativos a projetos de PPP¹⁰.

Panorama das PMIs no Brasil – situação do mercado de PPPs



(fonte: Radar PPP¹¹)

A profusão quantitativa no uso do PMI, conforme se observa no gráfico acima, ocorre *pari passu* com o desenvolvimento de um extenso arcabouço *normativo e dogmático*.

Sob o viés normativo, diversos entes federativos brasileiros já editaram seus regulamentos de PMI, de modo a estabelecer uma disciplina para o uso do instrumento nas suas respectivas esferas administrativas. Além disso, alguns desses entes já estariam num segundo estágio, revisando e reformando os atos normativos publicados. Como os PMIs são usualmente disciplinados diretamente pelo poder executivo por meio de decretos (ou seja, uma regulação essencialmente infralegal), a (re)definição de escopo, alcance e contornos procedimentais do instrumento (observadas obviamente as fronteiras legais que não podem ser transpostas) tende a ser relativamente simples, principalmente se comparada à maior dificuldade para a revisão de diplomas legislativos.

Nesse sentido, um dado recente bastante relevante foi a publicação do decreto federal n.º 8.428/2015, que substituiu a regulamentação instituída pelo decreto n.º 5.977/2006. O novo diploma trouxe diversas inovações para o PMI no âmbito da União, positivando práticas e ideias que já vinham sendo executadas ou discutidas, provendo, assim, mais segurança para os gestores públicos e os agentes privados que colaboram com o Estado¹².

¹⁰ O gráfico, portanto, não abrange os procedimentos que tiveram por objeto projetos de concessão comum.

¹¹ RADAR PPP. *Panorama das PPPs no Brasil - Situação de mercado* (apresentação realizada no International Meeting Infrastructure and PPPs). Disponível em: <http://infraestruturappp.com.br/pdfs/1-2804-900-bruno.pdf>. Acesso em 22.05.2015, às 8h30.

¹² Recentemente foi publicado pelo Estado do Rio de Janeiro o Decreto n.º 45.294, de 24 de junho de 2015 ("Dispõe sobre a manifestação de interesse privado e o procedimento de manifestação de interesse na apresentação de estudos técnicos a serem utilizados pela administração pública estadual"), que instituiu o novo regulamento do PMI para o referido ente. Como era de se esperar, este regulamento reproduziu as inovações trazidas pelo decreto federal publicado em abril de 2015.

Além disso, a publicação do decreto n.º 8.428/2015 foi um passo articulado com a intenção do governo federal de lançar um novo e abrangente programa de investimentos em infraestrutura logística por meio de concessões (o Programa de Investimentos em Logística/PIL2015 divulgado em 09 de junho de 2015), contemplando projetos nos setores rodoviário, aeroportuário, ferroviário e portuário. Para a maior parte das concessões incluídas neste programa (aquelas para as quais o governo federal ainda não dispõe de estudos prontos), optou-se pelo uso do PMI como ferramenta jurídica para a realização da sua modelagem. Este contexto apenas reforça a percepção de que o PMI é visto pela Administração Pública brasileira, inclusive na seara federal, como um instrumento que tende a conservar uma posição relevante na estruturação de empreendimentos de interesse público¹³.

Sob a perspectiva dogmática, vários artigos e trabalhos acadêmicos foram publicados nos últimos anos, sendo praticamente certo que, com a publicação do novo decreto federal e da preferência da União pelo uso do instrumento (bastante clara com a divulgação do PIL/2015), uma nova leva de trabalhos acadêmicos está por vir¹⁴.

¹³ Não se sabe, entretanto, se os tribunais de contas e Ministério Público comungam dessa mesma visão. A bem da verdade, uma homogeneidade de pensamento seria mesmo improvável dada a pluralidade de entidades e atores abrangidos – basta dizer há diversos tribunais de contas além do TCU e que o Ministério Público se subdivide em vários órgãos, nas esferas federal e estadual. No âmbito federal, acórdãos recentes do TCU em que o tema PMI foi tratado não assentaram uma posição no sentido da invalidade do instrumento. Em relação ao MP, o que se pode observar são manifestações mais pontuais, que muitas vezes não se contrapõem ao instrumento em si, mas à forma como alguns procedimentos foram conduzidos no caso concreto.

¹⁴ Vera Monteiro conduziu trabalhoso e atualizado levantamento das obras acadêmicas até então publicadas no Brasil tratando de PMI (MONTEIRO, Vera. Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes, BNDES, 2015. Mimeografado). Reproduzimos a seguir o extenso rol de publicações mencionado pela referida autora: BELEM, 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: Fórum, ano 12, n. 135, mar. 2013; CARVALHO, André Castro. Estudo sobre as manifestações de interesse da iniciativa privada/MIPs e os procedimentos de manifestação de interesse/PMIs. In SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS e Guilherme Jardim (coord.), *Contratos públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 170-188; DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de Manifestação de Interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 150, p. 23-33, jun. 2014; GARCIA, Flávio. 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: Fórum, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013; *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 252, p. 143-152, fev. 2015; GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; e SAADI, Mário. O procedimento de manifestação de interesse. In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 153-176; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 246, p. 749-752, ago. 2014; GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; e BATISTA, Adrian Machado. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): Diálogos com a iniciativa privada. *Escola de Governo do Paraná*. Mar./2010. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/painéis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf>. Acesso em: 20/02/2015, às 8h30; MAIA VIEIRA, Livia Wanderley de Barros; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) – Os riscos e os desafios da

- *Quais são os fatores que contribuem para esse interesse crescente pelo PMI, manifestado pela Administração e doutrina jurídica?*

A maior parte dos textos acadêmicos já publicados sobre o tema e o discurso em geral dos gestores públicos incorporam uma visão marcadamente positiva e otimista em relação ao uso da ferramenta. Há pelo menos duas ordens de fatores que, a nosso ver, contribuem para essa visão. A primeira é que a teoria do Direito Administrativo valoriza em grande medida as ideias de *consensualidade* e aproximação dialogal entre o Estado e os administrados. A segunda está no fato de que o PMI é caracterizado como uma resposta para problemas crônicos enfrentados pela Administração Pública na preparação de projetos de infraestrutura complexos, sobretudo quando o formato jurídico adotado é o contrato de concessão.¹⁵

Em relação à primeira ordem de argumentos, afirma-se que os PMIs são proveitosos ao interesse público por consubstanciarem um canal de comunicação entre o Estado e a

contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, jul./dez. 2012; MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. MIP/PMI – A parceria na relação público-privada. In BARATA, Rodrigo Sarmiento; KOHLMANN, Gabriel Berton; LOHBAUER, Rosane Menezes; SANTOS, Rodrigo Machado M.; SENNES, Ricardo (coord.), *Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2014, p. 183-201; MONTEIRO, Vera. Contratação de serviço de consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: qual o melhor caminho? In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 143-152; PEREIRA, Bruno Ramos. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado? *PPP – Brasil. O Observatório das Parcerias Público-Privadas*. São Paulo, Nov./2011. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30; PEREIRA, Bruno Ramos. PMI e insegurança jurídica. *PPP – Brasil. O Observatório das Parcerias Público-Privadas*. São Paulo, 06 nov. 2013. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pmi-e-inseguran%C3%A7-jur%C3%ADdica>>. Acesso em: 21/02/2015, às 8h30; REIS, Tarcila; e JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 207-232; REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 177-206; SAADI LIMA, Mário Márcio. *O Procedimento de Manifestação de Interesse à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 2014. 195 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2014; 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 n.º 962/12. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 225, p. 1130-1138, nov. 2012; 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*. 2012. 500 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

¹⁵ As linhas gerais dessas duas ideias serão narradas com brevidade na sequência e abordadas de modo mais cuidadoso ao longo dos próximos capítulos. Porém, importa desde já deixar claro que não compartilhamos de todo o entusiasmo e otimismo acima mencionados. Destacamos essa informação de modo a evitar que se confunda a descrição dos motivos do entusiasmo ora realizada com a nossa visão a propósito dos méritos e deméritos do instrumento.

iniciativa privada. Por meio desse canal, seria estabelecido um fluxo recíproco e sinérgico de informações que permitiria alcançar, entre outros resultados:

- (i) a redução da conflituosidade entre Estado e particulares, possibilitando a composição de projetos reciprocamente atrativos, isto é, que equilibram, por um lado, objetivos e diretrizes públicas e, por outro, demandas e pontos de vista do setor privado;
- (ii) a transferência de riscos e ônus financeiros (incidentes na atividade de estruturação de projetos) para a iniciativa privada, mais precisamente para ao vencedor do certame concessório;
- (iii) a agregação ao processo de preparação da concessão da capacidade operacional e técnica do setor privado, possibilitando a superação de limitações do setor público e a incorporação ao projeto de aspectos de inovação técnica e econômica.

A partir do que se observa de grande parte dos textos e artigos acadêmicos que já trataram do tema, o termo PMI normalmente é associado a expressões e vocábulos como *consensualidade*, *abertura dialogal*, *diálogo público-privado*, *diálogo negocial*, *governança*, *concertação*, *acordo integrativo*, *parceria* e tantas outras fórmulas semânticas que, criadas a reboque das ideias de consensualidade e legitimidade, denotam uma visão positiva dos respectivos autores em prol da ferramenta¹⁶⁻¹⁷.

¹⁶ Existem diversas passagens de diferentes textos acadêmicos que corroboram essa percepção. Tomou-se a liberdade de transcrever aqui algumas delas. Segundo Flávio Amaral Garcia: “Trata-se, a rigor, de um procedimento que instrumentaliza a visão pós-moderna do Direito Administrativo, conferindo maior racionalidade às escolhas públicas, tudo em atendimento aos princípios da consensualidade e da legitimidade”. 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, abr./jun. 2013, p.74. O mesmo autor reitera essa posição em outra publicação: “O acréscimo de legitimidade, transparência e democratização da escolha pública regulatória contratual é evidente, porquanto objeto de relações dialógicas que amadurecem e qualificam a racionalidade do processo decisório e das opções eleitas conformadoras do interesse público. Reduz-se, em alguma medida, a relação assimétrica típica das imposições unilaterais e imperativas do Direito Administrativo de matriz francesa, com a compreensão contemporânea de que o interesse público não é mais homogêneo, tampouco unitário”. GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014, p. 66. Visão semelhante a disposta por Flávio Amaral pode ser percebida, entre outros artigos, em: VETRITTI FILHO, Fábio Vicente. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e planejamento urbanístico: algumas considerações*. Revista dos Tribunais São Paulo: RTSP, v. 2, n. 5-6, mar.-abr./ maio-jun. 2014, p. 27-45; PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado? PPP – Brasil. O Observatório das Parcerias Público-Privadas*. São Paulo, Nov./2011. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30; REISDORFER, Guilherme F. Dias. *Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas*

Essa visão estaria assentada numa mudança de cultura no relacionamento entre governo e particulares, a qual possibilitaria a participação privada durante a fase interna da licitação dos projetos de infraestrutura modelados como concessões¹⁸. O PMI seria, no âmbito dessas construções acadêmicas, mais um exemplo da superação da tradicional relação *adversarial* entre Administração e administrados.

Com razão, a dogmática contemporânea do Direito Administrativo demonstra uma grande afinidade com aquelas ideias - consensualidade e legitimidade. O senso comum é que o manejo do poder extroverso da Administração se torna mais legítimo e controlável na medida em que o Estado se torna permeável ao diálogo e à aproximação com os administrados¹⁹, incluindo-se aqui os agentes econômicos privados.

Por isso, tomando-se como premissas (i) que o diálogo entre os setores público e privado é bom e (ii) que o PMI é um instrumento que promove o diálogo, o resultado mais intuitivo não poderia ser diferente do que a visão de que o PMI é um instrumento positivo e que prestigia o interesse público.

No entanto, o uso dos PMIs não tem sido alavancado apenas devido à percepção de que tornar o processo decisório público permeável à expertise privada é algo inerentemente bom. É possível especular que a principal fonte do entusiasmo em favor deste procedimento provém de fatores essencialmente pragmáticos, relacionados à realidade institucional e jurídica concernente à estruturação de projetos de infraestrutura complexos no Brasil²⁰. Nesse

(PNS). In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 177-206.

¹⁷ Consenso e legitimidade são valores extremamente valorizados no cenário atual da dogmática administrativista, os quais se contrapõem a uma visão clássica da relação Estado-cidadão, a qual foi tradicionalmente assentada nas ideias de “coerção” e “imposição da força”. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 36.

¹⁸ Cf. DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach, op. cit., p. 119.

¹⁹ Patrícia Baptista, em obra de referência sobre o tema, desenvolve as principais ideias relativas à atuação da Administração Pública na busca do consenso com os administrados e dos benefícios que podem ser alcançados a partir de uma abertura dialogal. Referida autora destaca que existem campos em que essa atuação se mostra ainda mais pertinente, como nas atividades de planejamento e nas decisões marcadas pela discricionariedade do administrador. Nesse sentido, o excerto transcrito a seguir explicita, a nosso ver, o tipo de consenso que muitos teóricos e gestores públicos acreditam ser possível alcançar com os PMIs: “Consenso quer dizer acordo, concordância de opiniões, harmonização. Por Administração consensual, assim, entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o Direito Administrativo clássico. **A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de laboração comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima de concerto**” (grifos nossos). BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 272.

²⁰ Em linha com o que será tratado no capítulo III, essa realidade não é comungada apenas pelo Brasil, mas também por outros países que se valem de mecanismos similares ao PMI (que atendem pela designação genérica

sentido, o PMI é enxergado como uma forma de driblar as limitações técnicas, operacionais e jurídicas que normalmente caracterizam a atuação estatal e que se colocam de modo bastante marcante na preparação dos projetos de concessão.

A Administração Pública em muitos entes federativos não dispõe de profissionais e estruturas administrativas técnica e operacionalmente capacitadas para o deslinde das atividades compreendidas na formatação de projetos de concessão. Em linhas gerais, essas ações dizem respeito à elaboração dos estudos de viabilidade durante a fase interna dos processos licitatórios – estudos esses que têm particularidades que variam de acordo com o setor no qual se insere a concessão. Por serem tecnicamente complexos e onerosos, nem todos os entes públicos, por meio de seus quadros próprios de pessoal, conseguem realizá-los²¹. Da mesma forma, a contratação de consultores técnicos, que seria um expediente para superar essas limitações, se revela, em muitos casos, financeira e operacionalmente inviável.

Em decorrência das dificuldades acima relatadas, uma solução adotada cada vez com mais frequência pelos entes públicos tem sido a de transferir à iniciativa privada (por sua conta e risco), por meio do PMI, a execução das tarefas de estruturação dos projetos de concessão²² - atividades que a princípio cabem ao Estado.

- Existem, então, apenas aspectos positivos e vantagens associados ao PMI?

Apresentadas as razões que subsidiam o otimismo esposado por grande parte da doutrina jurídica e por profissionais que atuam na preparação de projetos (gestores públicos e

de “propostas não solicitadas”) para a superação de limitações incidentes na preparação de seus projetos de infraestrutura.

²¹ O detalhamento dos estudos e ações compreendidos na atividade de preparação (modelagem ou estruturação) de projetos constará do capítulo I desta dissertação, que apresenta um panorama das complexidades técnicas envolvidas e das limitações da Administração e dos instrumentos jurídicos atualmente disponíveis. Em linhas gerais, além das limitações estruturais da Administração, a contratação de prestadores de serviços de consultoria via lei n.º 8.666/93 (que seria um instrumento possível para suprir no caso concreto as carências técnicas estatais) também tem as suas próprias limitações. Além do formalismo, morosidade e custo que são ínsitos às contratações públicas, existem limitações jurídicas (decorrentes da lei e da interpretação de órgãos de fiscalização e controle) que prejudicam a seleção dos profissionais e empresas tecnicamente mais capacitados para assessorarem os entes públicos. Além disso, as objeções lastreadas na capacidade técnica do setor público também se projetam (ainda que de modo menos intenso) no âmbito da contratação de terceiros, afinal, o ente público precisará formatar um termo de referência, acompanhar e garantir a adequação do serviço contratado, entre outras atividades que também pressupõem capacitação técnica invulgar.

²² Um fator adicional, ao qual optamos por não dar destaque no corpo do texto em virtude do seu caráter mais especulativo, seria a de uma possível “advocacia auto-interessada” do modelo de PMI realizada por muitos profissionais jurídicos e não jurídicos. Do ponto de vista prático, o PMI expandiria o mercado para os prestadores de serviços técnicos, que poderiam ser contratados para assessorarem: (i) os autores dos estudos de viabilidade produzidos durante o PMI; (ii) os licitantes do certame concessório (pós-PMI); (iii) a Administração Pública, na análise e avaliação dos produtos entregues pelos participantes do PMI. Tal hipótese parece mais factível se considerarmos a enxurrada de procedimentos espontaneamente provocados pelo setor privado nos últimos anos. Essa percepção foi mencionada por diferentes profissionais da área jurídica com quem conversei no desenvolvimento desta dissertação.

profissionais privados que prestam serviços de assessoria técnica), entende-se que um juízo de valor mais preciso sobre o PMI não pode vir a reboque apenas de teorizações jurídicas abstratas baseadas na conveniência da interação Estado-particular e do anseio de superar dificuldades técnicas e operacionais da Administração para desempenhar as suas funções. Nesse caso, é preciso tomar cuidado com visões acadêmicas professadas acriticamente, sem respaldo na realidade prática.

A análise dos PMI precisa considerar também conceitos originados da ciência econômica, como *conflito de interesses*, *informação assimétrica*, *eficiência alocativa* e *captura regulatória*. No desenvolvimento da presente dissertação, essas ideias serão conciliadas com as discussões de índole jurídica, de modo a possibilitar que não apenas os méritos, mas também os riscos e objeções inerentes ao PMI sejam revelados, corretamente dimensionados e, se possível, mitigados.

Abordagens eminentemente jurídicas são aptas para viabilizar percepções (positivas ou negativas) a propósito de um determinado tema a partir de juízos de juridicidade, o que pressupõe uma análise da conformidade do objeto investigado com a ordem jurídica – a qual se constitui a partir de valores, princípios e regras. O porém é que essa visão circunscrita aos aspectos jurídicos não condiz com o caráter dinâmico do Direito na contemporaneidade e parece condizer menos ainda com o Direito Administrativo regulatório.²³

Nesse sentido, serão articuladas ao longo desta dissertação, especialmente no capítulo VI, diversas objeções ao PMI e que se originam da análise da estrutura de incentivos econômicos incorporada ao modelo. O que se pode desde já adiantar é que o principal desafio parece estar na necessidade de equilibrar os interesses dos atores públicos e privados. De fato, os interesses do setor privado parecem ir ao encontro dos anseios da Administração na medida em que ambas as partes desejam que o projeto de infraestrutura seja modelado e licitado. No entanto, essa convergência de interesses tem um limite natural, dado que o cenário ideal para cada um dos atores envolvidos não é o mesmo²⁴⁻²⁵.

²³ Neste contexto, mesmo o Direito positivado já cuidou de prever alguns vasos comunicantes para o sistema econômico, possibilitando, por exemplo, que argumentos jurídicos possam se reportar a considerações sobre eficiência econômica (vide o princípio da eficiência no *caput* do art. 37, da Constituição).

²⁴ Nesse sentido, existe uma passagem da lavra de Pedro Costa Gonçalves que retrata com bastante clareza o desafio de equilibrar os interesses públicos e privados nas relações jurídicas de índole cooperativa, o que, na nossa visão, se encaixa de modo bastante evidente no tipo de relação construída nos contratos de concessão e nos PMIs: “Em vista da realização deste objetivo, importa, aquando da adoção de soluções de regulação ou de colaboração público-privada, ter consciência de que não se afigura razoável nem sensato esperar-se uma atuação desinteressada dos particulares – ou uma espécie de atuação privada naturalmente vocacionada para a realização do interesse público. **Sem se pôr em causa a possibilidade e a ocorrência efetiva deste fenômeno, o normal é que os particulares se orientem por critérios de interesse privado e egoísta. Como escrevemos numa outra oportunidade, só a Administração Pública, e não os particulares, se encontra institucionalmente adstrita à**

A partir de algumas generalizações, é possível dizer que o interesse público extravasa a simples realização de um projeto de concessão e a disponibilização do serviço nele compreendido²⁶. Não se pode desconsiderar que o interesse público abrange fatores além da concretização do projeto, como a *economicidade* na contratação, a promoção de valores jurídicos como transparência e moralidade e, também, a isonomia concorrencial na adjudicação do objeto concessionado. Conforme será explorado no capítulo II, a competição efetiva no certame licitatório é um fator fundamental para que os objetivos buscados pela regulação operada via contratos de concessão possam ser alcançados.

Por sua vez, os interesses privados subjacentes à atuação dos particulares que participam do PMI não se identificam plenamente com aqueles da Administração. Os interesses privados se corporificam em objetivos sequenciais, quais sejam os de prospectar uma oportunidade negocial junto ao Estado, vencer o certame licitatório subsequente e, por fim, maximizar o retorno financeiro com a operação do empreendimento²⁷.

É intuitivo concluir que os interesses específicos dos atores públicos e privados, conforme acima descritos, entram em conflito em algum momento - ainda que o objetivo geral das partes (qual seja a realização do projeto) seja compartilhado. O retorno financeiro da concessão decorre da cobrança de tarifas dos usuários e/ou do pagamento de uma contraprestação de origem pública. A maximização do retorno do concessionário importa, na outra ponta dessa relação econômica, numa maior onerosidade do Estado e/ou dos usuários do serviço.

No PMI, a modelagem do contrato e a realização dos estudos de viabilidade da concessão ficam a cargo do provável futuro concessionário, que, além do manifesto conflito de interesses narrado, detém uma posição informacional privilegiada. Parece demais esperar que este agente não se comporte oportunisticamente, deixando de se aproveitar dos espaços em aberto deixados pelo setor público. Invariavelmente, o que o procedimento tende a gerar é

prosecução do interesse público. Ter isto presente revela-se muito útil para se perceber que a (acima referida) mobilização de particulares para a realização de finalidades públicas não significa, nem reclama que aqueles abandonem o objetivo de realização de seus legítimos interesses.” (grifei) GOLÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, P. 74.

²⁵ Parece-nos equivocada a linha de argumentação de alguns textos acadêmicos que entendem que o PMI enseja a possibilidade de se contar com uma “consultoria técnica especializada sem custos”. Consultores técnicos contratados pela Administração estão efetivamente a serviço do Estado, seguindo diretrizes e observando a ascendência jurídica sobre eles exercida pelo setor público. O PMI, por diversas razões, não assimila essa racionalidade.

²⁶ Está-se a falar de um serviço público (concessões comuns ou patrocinadas) ou de um serviço prestado diretamente à Administração (concessões administrativas).

²⁷ É importante destacar que os regulamentos atuais de PMI admitem que o autor dos estudos de viabilidade possa participar da licitação posterior, cujo objeto é o contrato de concessão.

o agente econômico regulado atuando decisivamente na preparação do instrumento que servirá de base para a sua futura regulação.

b) Questões fundamentais

Tendo sido apresentadas a atualidade e a pertinência do tema ora proposto, pode-se formular, de modo objetivo, as perguntas cujas respostas serão buscadas em cada um dos capítulos subsequentes:

- (i) quais são os desafios e complexidades técnicas compreendidos na estruturação de projetos de concessão no Brasil e de que forma esse tema se relaciona com o PMI?*
- (ii) de que modo o risco de captura regulatória na fase de preparação dos contratos de concessão pode prejudicar o interesse público?*
- (iii) o que a experiência do direito comparado tem a dizer a respeito de modelos de interação que utilizem a mesma lógica colaborativa do PMI?*
- (iv) quais são as principais características materiais e procedimentais do PMI no direito positivo brasileiro?*
- (v) qual é a natureza da relação público-privada estabelecida no PMI?*
- (vi) quais são os riscos e as objeções relativas ao PMI e como é possível mitigá-los?*

Os capítulos seguintes se ocuparão de prover respostas aos questionamentos acima formulados.

c) Plano geral de trabalho da dissertação

Além da presente introdução e da conclusão, a dissertação está encadeada em mais seis capítulos. Os capítulos I e II constituirão a primeira parte do trabalho, estabelecendo um referencial teórico importante para a melhor compreensão do modelo de PMI, o qual será descrito e analisado nos capítulos III, IV, V e VI.

O capítulo I tratará do ciclo de estruturação de projetos de concessão. Serão descritos *(i)* o conteúdo e a complexidade técnica dos estudos integrados de viabilidade que antecedem a licitação de empreendimentos modelados sob o formato de uma concessão ou PPP e *(ii)* os diferentes instrumentos que podem ser aplicados na preparação do projeto. O capítulo apresentará um panorama de todas as complexidades envolvidas neste processo, destacando a

conexão entre elas e as limitações técnicas e institucionais enfrentadas pelos entes públicos nacionais.

O capítulo II tratará da conexão entre contratos de concessão e regulação pública. O contrato de concessão será abordado como o eixo da relação jurídica e econômica a ser estabelecida entre o concessionário e o Estado. Conforme será examinado, o risco de captura do regulador na estratégia de regulação por contratos de concessão pode se materializar não apenas no curso da execução da concessão, mas no próprio contexto de elaboração do instrumento contratual. Daí a conexão com o estudo do PMI.

Ao somar os aportes teóricos dos capítulos I e II, restará claro que o risco de captura na regulação operada via contratos de concessão é elevado, especialmente num contexto de limitações técnicas e operacionais da Administração e das ferramentas jurídicas à sua disposição.

O capítulo III analisará a experiência do direito comparado. Será traçado um panorama da experiência internacional com as *unsolicited proposals*, que guardam forte identidade com o PMI (e suas variações procedimentais). Adicionalmente, contemplar-se-á neste capítulo uma breve análise do modelo de diálogo competitivo, tal qual praticado na União Europeia. A análise da experiência internacional na utilização desses dois instrumentos será proveitosa para a abordagem crítica dos modelos jurídicos e práticas institucionalizadas no Direito Administrativo brasileiro.

O capítulo IV tratará, sob a perspectiva do direito positivo brasileiro, dos contornos procedimentais e materiais do PMI. Será conferido um enfoque especial para o recém-editado decreto federal n.º 8.428/2015, que traz o regramento da ferramenta no âmbito federal. Sempre que pertinentes, apresentar-se-ão informações sobre propostas legislativas em tramitação e a visão manifestada em precedentes do Tribunal de Contas da União/TCU.

O capítulo V será dedicado a discutir a natureza e regime jurídicos da relação público-privada instituída pelo PMI e da figura “autorização”, sobre a qual se estabelece a participação dos particulares interessados em colaborar com a Administração. Tal investigação se mostrará relevante para definir quais são os limites a serem observados em eventuais alterações da base regulamentar do instituto.

Por fim, no capítulo VI serão apresentadas as objeções ao modelo de PMI, as quais tratarão de aspectos como efetividade, eficiência e competição. O capítulo cuidará ainda de propor melhorias e práticas que poderão ser incorporadas ao instrumento, reformando a sua estrutura de incentivos e tornando-o mais facilmente manejável para o atingimento do interesse público. Para tanto, será necessário construir uma ponte entre as duas vertentes da

regulação – a jurídica e a econômica – de modo que resultado final seja racional sob ambos os enfoques. Esta ideia, aliás, foi assimilada no excerto irretocável que serve de epígrafe para a presente dissertação.

1 O CICLO DE ESTRUTURAÇÃO DOS PROJETOS DE CONCESSÃO E OS DESAFIOS JURÍDICOS INCIDENTES

1.1 Contextualização e plano de trabalho para o capítulo

No presente capítulo se discorre sobre o ciclo de implementação de projetos de concessão, conferindo-se destaque às tarefas compreendidas na fase de elaboração dos *estudos de viabilidade*²⁸ (ou apenas “estudos”) e documentos de licitação – usualmente designada de *estruturação* ou *modelagem*. O capítulo apresenta também um breve panorama das alternativas jurídicas que estão à disposição do ente público para a execução das atividades compreendidas na fase de estruturação do projeto.

Por meio desta descrição, pretende-se evidenciar as complexidades e dificuldades técnicas que devem ser superadas pelos entes públicos até que as concessões sejam licitadas, bem como as vantagens e limitações dos instrumentos jurídicos que podem ser aplicados nessa atividade. Conforme será abordado, além das atividades atinentes à modelagem da concessão, existem diversas decisões estratégicas que devem ser tomadas pelo ente público e que repercutirão no certame licitatório.

O esforço descritivo ora empreendido busca facilitar a compreensão de que, em maior ou menor escala, existem riscos a que se sujeita a Administração Pública na sua tarefa de transformar uma diretriz política em uma ação concreta – no caso, a delegação de uma determinada atividade por meio de um contrato público de concessão, nos termos das leis n.º 8.987/95 e n.º 11.079/2004. Esses riscos estão presentes independentemente do ferramental escolhido durante a fase de estruturação, mas eles são catalisados num contexto de insuficiência técnica e operacional do ente público.

Em regra, a maior parte das discussões jurídicas existentes sobre licitações se concentra temporalmente na fase externa do processo, ou seja, pós-publicação das versões finais de edital e minuta de contrato administrativo. De fato, há pouco esforço descritivo e reflexivo da doutrina jurídica a respeito dos percalços e cautelas que devem ser observados pelos entes públicos na preparação (ou seja, na fase interna) das contratações públicas²⁹. Essa

²⁸ Faremos, doravante, referência a “estudos” como conjunto de documentos, relatórios, projeções e outros materiais produzidos durante a modelagem dos projetos de concessão e que se referem ao exame da sua viabilidade técnica, financeira e jurídica.

²⁹ Ainda que sem arrimo num levantamento empírico, a nossa percepção é que a maior parte dos livros que tratam de concessões e PPPs e foram publicados no Brasil é de livros jurídicos. Até recentemente, essas obras se ocupavam basicamente de discutir temas essencialmente relacionados à dogmática jurídica, como a constitucionalidade do modelo de PPP e de aspectos específicos da lei, como a de seu inovador sistema de

lacuna se torna ainda mais relevante no contexto dos contratos de concessão, que são contratos de longo prazo, tecnicamente complexos e caracterizados por investimentos de grande vulto e longa maturação³⁰.

O presente capítulo está segmentado da seguinte maneira: o tópico 2 apresenta uma descrição sucinta sobre o ciclo dos projetos de infraestrutura viabilizados a partir do modelo de concessão, o que abrange as etapas de planejamento, estruturação e execução; o tópico 3 enfoca a fase de estruturação das concessões, descrevendo os três blocos que compõem os estudos de viabilidade que precisam ser preparados previamente às licitações; o tópico 4 apresenta um breve panorama das diferentes ferramentas de que pode se servir o ente público durante a modelagem da concessão e das limitações sobre elas incidentes; por fim, o tópico 5 arremata o capítulo com conclusões parciais alcançadas, evidenciando ainda a conexão com o capítulo seguinte.

1.2 O ciclo dos projetos de concessão

Tendo em vista a natureza e o conteúdo das atividades desenvolvidas, o ciclo de implementação de um projeto de infraestrutura modelado como concessão pode ser cindido em pelo menos três grandes blocos: (i) a identificação do projeto e a sua eleição como uma iniciativa prioritária; (ii) a formatação do projeto nos seus aspectos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos (etapa de modelagem) e a sua licitação e; (iii) a execução propriamente dita do projeto, que no caso das concessões, se dá nos termos do contrato assinado³¹. O enfoque que será conferido no presente capítulo está na estruturação de projetos, cujas principais atividades serão descritas no tópico subsequente.

1.2.1 A fase de planejamento

garantias públicas. O ponto é que, salvo exceções honrosas, por muito tempo as obras de referência sobre o tema no Direito Administrativo brasileiro se furtaram de fazer a conexão entre as linguagens econômico-financeira e jurídica. Apenas mais recentemente os textos e livros publicados passaram a flertar com a linguagem econômica e a tratar de problemas de ordem essencialmente prática, atentando assim para aspectos não exclusivamente jurídicos (embora ainda assim correlatos ao universo jurídico). É nesse contexto que se passou a discutir as dificuldades compreendidas na fase de preparação desses projetos.

³⁰ Os investimentos não são apenas de elevada monta. O retorno financeiro nesses projetos frequentemente apenas vem após um longo período de operação, quando o projeto atinge a sua maturidade financeira. É possível que a concessão seja operada por longos períodos como um empreendimento deficitário, o que naturalmente aumenta a percepção de risco dos investidores.

³¹ Ainda que a enunciação destes blocos possa ser genericamente aplicada para projetos estatais formatados sob outros modelos jurídicos, cabe lembrar que estamos, no presente capítulo, a tratar especificamente dos projetos de concessão desenhados conforme os ditames das leis n.º 8.987/95 e n.º 11.079/2004.

É possível afirmar que a atividade de planejamento³² pressupõe o equilíbrio entre duas dimensões concomitantemente existentes: uma política e outra técnica.³³

Sob a perspectiva política, o planejamento consiste na identificação de políticas públicas cuja concretização deva ser priorizada. Num cenário idealizado, o Estado deve envidar esforços para mapear um conjunto de iniciativas e segmentá-las como ações de curto, médio e longo prazos³⁴. Tendo em vista a escassez de recursos e a impossibilidade material de viabilizar tudo o que é necessário, precisam ser privilegiados os projetos que maximizem o bem estar da sociedade e representem uma alocação eficiente de recursos.³⁵

Sob a perspectiva técnica, o que se enfatiza são os conhecimentos especializados detidos por profissionais de diferentes áreas – inclusive o conhecimento jurídico. É importante atentar que existe um extenso rol de instrumentos e expedientes jurídicos à disposição da Administração e que podem ser aplicados para concretizar uma política pública previamente definida como prioritária. Consequentemente, a atividade de planejamento também implica numa decisão a respeito de qual formato utilizar, o que será definido com base em critérios técnicos (entre eles o de eficiência) e também extrajurídicos (a adoção de determinado modelo jurídico pode ser politicamente não palatável).

³² Uma abordagem mais detida da atividade de planejamento, inclusive com a apresentação de um panorama constitucional do dever de planejar, pode ser acessada em: DAL POZZO, Augusto Neves. *Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRA, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 53-56.

³³ Também estabelecendo uma abordagem que trata das dimensões política e técnica na atividade estatal de planejamento, ver: GOMES, Denis Dela Vedova. *Estruturação de Projetos de Parcerias Público Privadas*. In: SENNES, Ricardo [et al.] (Coord.). *Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, p. 162; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.28.

³⁴ Frequentemente, o governo à frente da gestão de um ente federativo é formado por uma multiplicidade de grupos de interesse, que ocupam (por meio de seus representantes) as pastas-chave dentro da Administração Pública, como fazenda, planejamento, saúde, educação e obras. A depender da posição estratégica ocupada, esses representantes podem contribuir ou prejudicar fortemente a concretização da ação pública pretendida. É importante ter em mente que os secretários/ministros (e demais agentes alçados a posições-chave no governo), ainda que pertencentes a uma mesma agremiação partidária ou coligação, têm agenda própria e, por isso, concorrem pela priorização dos projetos e ações públicas que digam respeito a suas pastas e promovam interesses particulares (inclusive os interesses dos grupos que representam). Além disso, deve-se atentar ainda para o fato de que o orçamento é limitado e que nem todos os projetos necessários podem materialmente ser levados a cabo pela gestão do ente público. Dito isto, pode-se concluir que a maior ou menor perspectiva de sucesso de um projeto está relacionada à prioridade a ele conferida dentro do governo. Apesar dessa prioridade normalmente ser vocalizada pelo chefe do poder executivo, é desejável que essa percepção de importância seja compartilhada pelos “veto players” alocados nas secretarias, ministérios e órgãos mais importantes de cada governo.

³⁵ A respeito do tema, vale conferir o Manual editado pela Unidade de PPP do Estado do Rio de Janeiro. Referido documento descreve o encadeamento de ações necessárias ao pré-enquadramento de proposta preliminar de parceria formulada pelos órgãos estaduais, o que confere um panorama interessante do perfil das informações que devem ser consideradas no juízo sobre a priorização de um projeto. Unidade de Parcerias Público-Privadas; Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. *Manual de parcerias público-privadas – PPPs*. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/167695/DLFE-32801.pdf/manual_PPP.pdf>, p. 18-22, acesso em 19.01.2015, às 10h42.

A resposta jurídica para um determinado projeto, por vezes, é a adoção do formato de uma concessão, seja ela comum ou PPP. A definição do modelo jurídico mais adequado, dentre os diferentes instrumentos disponíveis no extenso ferramental do Direito Administrativo (ou mesmo a concepção de modelos híbridos, que mesclam características de diferentes instrumentos), deve ser aquele que é o mais adequado para concretizar as políticas públicas previamente definidas³⁶.

A tarefa de planejar não compreende apenas a ordenação cronológica de cada iniciativa de acordo com a importância que lhe foi atribuída e da verificação do modelo jurídico mais recomendado. A ação pública não pode ser um mero aglutinado de projetos prioritários, porém desarticulados e desconectados³⁷. Porém, um dado que não pode ser desconsiderado é a insuficiência dos instrumentos de planejamento público usualmente adotados no Brasil.

Do ponto de vista legal, as ações públicas planejadas devem constar de leis orçamentárias, quais sejam o Plano Plurianual/PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias/LDO e Lei Orçamentária Anual/LOA. Entretanto, parece que a preocupação de fazer constar as ações públicas nessas leis é essencialmente para efeito de programação orçamentária – o que as tornam instrumentos imperfeitos para dar cabo do planejamento público. De modo resumido, o horizonte de vigência dessas leis é pequeno (um ano para a LDO e LOA e quatro anos para o PPA), especialmente se tivermos em vista que o planejamento e concretização de projetos de infraestrutura deve ser de longo prazo, em virtude do volume de recursos envolvidos e do longo tempo aplicado na realização dos investimentos. Consequentemente, o potencial organizativo que essas leis exercem sobre a gestão pública tende a ser pouco significativo³⁸. Além disso, as leis orçamentárias são, na prática, reiteradamente alteradas ao longo de sua

³⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As parcerias público-privadas (...)*, op. Cit., nota 2, p. 81.

³⁷ Especificamente em sede de PPPs, diversos entes federativos que se valem do modelo cuidaram da constituição de comitês/conselhos gestores de parcerias, compostos por representantes das secretarias/ministérios mais representativos para o planejamento estatal (normalmente Planejamento, Fazenda e Casa Civil). A maior parte das atribuições dos referidos conselhos está na definição de prioridades e na verificação, em concreto, da conveniência e oportunidade de realização de estudos e, posteriormente, na contratação de PPPs. No plano federal, o CGP foi previsto pelo art. 14, da lei n.º 11.079/2004 e foi formalmente instituído pelo Decreto n.º 5.385/2005. Ainda que o CGP seja voltado exclusivamente para as PPPs (não é competente para dispor nem mesmo sobre concessões comuns), a composição plural do referido comitê tornaria factível que o planejamento e ações relacionadas aos projetos de PPP pudessem ser integrados com ações estatais concretizadas por meio de outros formatos jurídicos. Recomenda-se ainda o exame das competências atribuídas aos CGP federal, inscritas no art. 3º do Decreto n.º 5.385/2005. Referido dispositivo confere uma boa dimensão das atribuições que idealmente devem fazer parte da atividade de planejamento estatal.

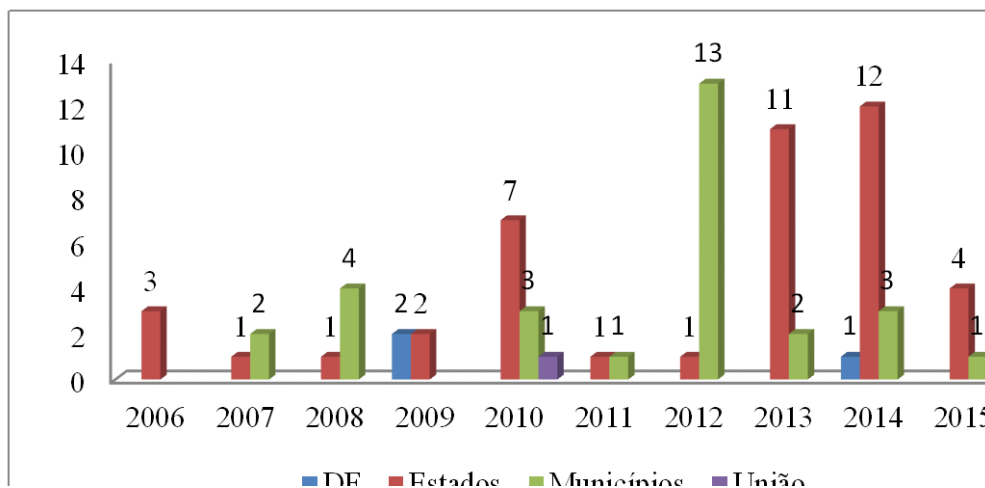
³⁸ Por vezes, verifica-se que a inclusão de um projeto nessas leis é visto como uma formalidade, uma condição prévia à realização de um projeto ou ação pública (a previsão orçamentária é condição, por exemplo, para a deflagração de processos licitatórios). A dinâmica não é a de que se deve cumprir algo que está previsto nas leis, mas sim que para se realizar alguma ação pública, ela deve estar previamente inscrita em tais diplomas.

curta vigência, desfrutando o Poder Executivo de bastante flexibilidade para contingenciar ou remanejar os recursos e ações previstos.

Além das leis orçamentárias, existem diversos planos de investimentos setoriais (como o Plano Nacional de Logística e Transporte/PNLT, o Programa de Investimentos em Logística/PIL e o Programa de Aceleração do Crescimento/PAC), mas que não fixam prioridades claras e cronogramas a serem seguidos, não são suficientemente articulados entre si e, mais importante, não desfrutam de vinculatividade jurídica, ou seja, não são aptos a forçarem o poder público a se programar para realizar os projetos nele constantes.

Encerrando as considerações sobre a fase de planejamento, cabe chamar a atenção para a circunstância de que existe uma aparente correlação entre o ciclo eleitoral e a contratação de projetos. Na prática, muitas iniciativas parecem escolhidas pelos decisores públicos em razão de fatores como a perspectiva de rápida implementação e, não por acaso, a possibilidade de geração de capital político para a eleição subsequente.

O gráfico abaixo³⁹ mostra o número de contratos de PPP celebrados, evidenciando as informações anuais e por esfera federativa contratante, de 2006 até maio de 2015. Essas informações não consideram os contratos de concessão comum.



Panorama dos contratos de PPP celebrados no Brasil – situação de mercado

O que se percebe das informações articuladas no gráfico é uma clara tendência de enfatizar a celebração de contratos no período de mobilização eleitoral (no ano anterior ou no próprio ano da eleição). No âmbito estadual, os anos de 2010, 2013 e 2014 foram marcados pela celebração de diversos contratos de PPP. Especificamente em relação aos anos de 2013 e

³⁹ Informações obtidas de: RADAR PPP. Panorama das PPPs no Brasil - Situação de mercado (apresentação realizada no International meeting Infrastructure and PPPs). Disponível em: <<http://infraestruturaeppps.com.br/pdfs/1-2804-900-bruno.pdf>> Acesso em 22.05.2015, às 10h48.

2014, além do fator eleitoral, outro fator que provavelmente contribuiu para a maior quantidade de contratos a realização dos eventos esportivos da FIFA (Copa das Confederações e Copa do Mundo). No âmbito municipal, o ano de 2012 também foi caracterizado por uma maior quantidade de contratos de PPP celebrados, a que tudo indica em razão das eleições ocorridas naquele ano. A lógica ora retratada também pode ser aplicada aos contratos de concessão comum, os quais não foram incluídos nas considerações acima por conta da não localização de dados quantitativos que pudessem subsidiar tal análise.

É natural que, com a crescente disseminação e bons resultados do modelo de concessão, um número cada vez maior de projetos venha a ser firmado a cada ano. De toda a forma, o que o histórico retratado no gráfico busca evidenciar é uma tendência bastante perceptível de correlacionar a celebração de contratos com os ciclos eleitorais. Num cenário consistente de longo prazo, o gráfico tenderia a ser mais uniforme, isto é, sem apresentar esse acúmulo de contratações em períodos específicos⁴⁰.

1.2.2 A fase de estruturação

A fase de estruturação corresponde ao momento em que o Estado envia esforços no sentido de concretizar um projeto previamente definido como prioritário. No caso dos projetos de concessão, nesta etapa ocorre a condução de estudos de viabilidade técnica, que consistem em análises variadas e no mapeamento e desenvolvimento de informações que serão aplicadas para a preparação dos documentos de licitação. Além disso, também são geradas informações relevantes para a programação orçamentária do ente público e conduzidas outras ações necessárias ao sucesso da licitação, a exemplo do desenvolvimento de estruturas de garantias que venham a cobrir as obrigações pecuniárias da Administração Pública em projetos de PPP (em caso de inadimplemento) e intervenções na propriedade privada, como desapropriações

⁴⁰ Do ponto de vista prático, a celebração do contrato no ano da eleição não representa projetos e serviços prontamente disponibilizados à população. A assinatura do contrato, no mais das vezes, é seguida por um período de execução de investimentos, como a edificação de estruturas que sejam pré-condição para a prestação dos serviços. Entretanto, a celebração do contrato em si já tem o potencial de sinalizar para a população que existem ações públicas em curso, podendo gerar dividendos eleitorais importantes. Frequentemente, a mesma lógica é reproduzida antes mesmo da publicação do edital de concessão, no início da estruturação dos projetos pela Administração, quando notícias a respeito dessa ação são veiculadas nos meios de comunicação. Vitor Rhein Schirato, comentando texto da lavra de Marçal Justen Filho, faz uma correlação entre este tipo de oportunismo político e a ideia de “Direito Administrativo do Espetáculo”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade?* In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.144.

ou a formalização de limitações administrativas. Essa etapa se superpõe, em grande parte, ao que a doutrina designa de *fase interna da licitação*⁴¹⁻⁴².

Durante a etapa de modelagem do projeto é possível que haja algum tipo de interlocução entre o ente público e o setor privado. Na medida do que buscaremos detalhar, essa interação pode ser reciprocamente benéfica, desde que conduzida com a governança e cautela adequadas, de modo a evitar ineficiências no processo e cooptação do ente concedente.

Após o desenvolvimento dos estudos de viabilidade e a preparação de edital, minuta de contrato de concessão e respectivos anexos, inicia-se a fase externa do processo de licitação, que formalmente é inaugurada com a publicação do edital de concessão. Se o processo transcorrer de forma bem sucedida, essa etapa será finalizada com a celebração do contrato de concessão.

1.2.3 A fase de execução contratual

Celebrado o contrato de concessão, inicia-se a fase de execução propriamente dita da concessão.

Esta etapa final é a mais longa e nela o Estado assume a atribuição de regular e monitorar o concessionário. O contrato de concessão corresponde ao eixo central da relação jurídica mantida entre os parceiros público e privado. A propósito deste tema, remetemos o leitor ao disposto no capítulo II, que trata da abordagem do contrato de concessão como uma das possíveis estratégias regulatórias de que pode se servir a Administração.

⁴¹ Segundo Marçal Justen Filho: “a negligência no desenvolvimento desta etapa interna refletir-se-á numa licitação mal concebida, a qual propiciará litígios e impasses”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 203. Uma abordagem mais atual, problematizando características específicas da licitação de projetos de PPP, pode ser visualizada em: LOUREIRO, Caio de Souza. Apontamentos sobre a licitação para contratação e parcerias público-privadas. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.3, mar./ago. 2013, p. 09-46.

⁴² Na realidade, a legislação não alude expressamente à existência de uma fase interna, sendo essa uma designação doutrinária. Entre outras obras de destaque que abordam o tema licitações e que usaram essa designação, vale a referência à SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 31-2. O PLS 559/2013, que veicula proposta de inovação legislativa que “institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, trata em seu art. 21 da definição de tarefas e elementos que devem estar compreendidos na designada “fase preparatória” da licitação, entre eles, a realização de “estudos técnicos preliminares e plano de trabalho” para o caso de contratação de serviços técnicos. O termo “fase preparatória”, mencionado pela nova legislação, parece mais acertado do que “fase interna”. Conforme será desenvolvido mais adiante, mesmo antes da publicação da versão final de edital e contrato, há a divulgação de aspectos essenciais do projeto ao público interessado, inclusive por meio de consulta e audiência pública, de modo que não seria, a nosso ver, absolutamente preciso designar essa fase como sendo eminentemente interna. Além disso, em projetos de infraestrutura de grande vulto, normalmente há, desde o início da concepção do projeto, grande conhecimento, expectativa e mobilização dos agentes de mercado.

Em linhas gerais, o acompanhamento da concessão pelo ente público compreende tarefas como a checagem dos investimentos definidos como obrigatórios pelo ente público, a realização dos reajustes nos valores de tarifas e contraprestações públicas, e a fiscalização dos padrões de desempenho, disponibilidade e qualidade dos serviços delegados. Ainda que seja uma tarefa excepcional, devido à incompletude natural desses contratos (que são de longo prazo), é bastante provável que o ente público se veja, em algum momento, às voltas com a condução de algum processo de reequilíbrio econômico-financeiro.

1.3 A estruturação do projeto como fase preparatória do processo licitatório

Na intenção de facilitar a exposição de ideias, pode-se dizer que há pelo menos dois conjuntos de atividades compreendidas na preparação de um empreendimento a ser licitado como uma concessão.

O primeiro diz respeito à elaboração de análises, levantamos e projeções que estão compreendidos na ideia de *estudos de viabilidade*. Tais informações servem de insumo para a modelagem final do projeto, que será consubstanciada na edição de um edital, minuta de contrato de concessão e respectivos anexos técnicos.

O segundo grupo de atividades diz respeito a outras tarefas que precisam ser executadas pelo ente público (por vezes com o suporte de quem o assessora tecnicamente, durante o processo de licitação), como a submissão das minutas de documentos de licitação à consulta pública e outras diligências previstas formalmente na legislação de regência e que condicionam a licitação do projeto.

1.3.1 A descrição dos estudos integrados de viabilidade necessários para a formatação do projeto de concessão

O objetivo que orientou a formulação deste tópico é o de evidenciar a complexidade técnica existente na fase preparatória de um projeto que adote o formato jurídico de concessão⁴³. Em incontáveis passagens dos tópicos e capítulos subsequentes se fará alusão às

⁴³ Vale mencionar que o trabalho executado durante a fase interna das licitações de projetos de concessão se aproxima daquilo que foi desenvolvido pela União, durante a década de 1990, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização – PND. A alienação das participações acionárias das empresas estatais pressupunha a avaliação elaborada dos ativos públicos e, na ocasião, se incumbiu o BNDES da tarefa de gerir os processos de desestatização. A referida instituição atuava na coordenação das atividades de consultores técnicos, que eram contratados para executar os serviços de avaliação econômico-financeira das empresas incluídas no PND. O art. 18, da Lei n.º 9.194/97, afirmava competir ao BNDES, na qualidade de gestor do Fundo Nacional de

limitações técnicas e operacionais do setor público para desempenhar as atividades descritas a seguir. Nesse sentido, a proposta é deixar claro que tais alusões não são um mero exercício de retórica, mas se remetem a dificuldades efetivamente enfrentadas pela Administração Pública.

Simplificadamente, é possível dizer que há pelo menos três grandes blocos de informações compreendidos na fase de formatação de uma concessão, a saber⁴⁴: (i) estudos técnicos; (ii) estudos econômico-financeiros e; (iii) estudos jurídicos.

1.3.1.1 Os estudos técnicos

Em relação aos estudos técnicos, um primeiro comentário diz respeito à nomenclatura adotada. Se compararmos com os dois outros blocos a que aludimos (econômico-financeiro e jurídico), a designação “estudos técnicos” não remete intuitivamente a nenhum campo específico de conhecimento, de modo a deixar clara a natureza das atividades ali inseridas.

Via de regra, pode ser incluído no bloco de estudos técnicos um conjunto amplo de trabalhos, como os estudos de demanda⁴⁵, os estudos ambientais, os projetos de engenharia⁴⁶, os programas de investimentos mínimos a serem executados pelo concessionário e a definição dos indicadores de desempenho da concessão. Em outras palavras, referido bloco tende a compreender uma miríade de análises, levantamentos e projeções atinentes a diversos

Desestatização, “promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações”. O descritivo dos procedimentos de avaliação constam do art. 30, do decreto n.º 2.594/98. Em linhas gerais, tais estudos deveriam contemplar “a análise detalhada das condições de mercado, da situação econômico-financeira e das perspectivas de rentabilidade da sociedade”. Como referência para a abordagem jurídica desse tema, inclusive dos procedimentos abrangidos durante as desestatizações, ver: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

⁴⁴ A exposição do conteúdo dos estudos necessários à realização de uma concessão já foi abordada anteriormente em: RIBEIRO, Maurício Portugal; Prado, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: SBDP, 2007, p. 52-54. Optamos por reproduzir essa sistematização, que inclusive já foi mencionada em diversos outros trabalhos.

⁴⁵ Conforme anotam Lucas Navarro e Maurício Ribeiro, os estudos de demanda compreendem “o levantamento do número de usuários atuais (quando não se tratar de um projeto *greenfield*), dos usuários potenciais, sua capacidade e disposição de pagamento pelo serviço, comparação do serviço com outras alternativas equivalentes, para aferição da sua competitividade, projeção do crescimento da demanda e dos índices de utilização indevida (fuga ao pagamento da tarifa) do serviço”. *Ibidem*, p.53.

A noção de “projeto *greenfield*”, em linhas gerais, se remete a um projeto que pressupõe a disponibilização de uma infraestrutura inteiramente nova. Por exemplo, a construção de uma estrada nova, de uma linha férrea nova, de um aeroporto novo e não apenas a reforma ou substituição de uma estrutura pré-existente. Do ponto de vista das análises de demanda (tema do trecho acima transcrito), projetos *greenfield* tendem a ser substancialmente mais complexos e intensivos em riscos porque não existem dados históricos relativos ao número de usuários. Quando a estrutura já existe e sobre ela incidirão, por exemplo, reformas ou revitalizações, diz-se que o projeto é *brownfield*.

⁴⁶ Nesse sentido, o capítulo I trata da tipologia e do grau de detalhamento dos estudos de engenharia exigidos pela legislação para a licitação de projetos de concessão. De modo sucinto, esses estudos correspondem a *elementos de projeto básico* (no caso de concessões comuns) e, *anteprojeto*, nos projetos de PPP.

aspectos necessários à preparação do projeto. Estes estudos servirão para “alimentar” a elaboração do modelo econômico-financeiro e dos documentos jurídicos.

Portanto, os estudos técnicos abrangem informações que são relativas a diversos campos de conhecimento (como engenharia, economia e análises relativas a impactos ambientais). Além disso, existe também um componente setorial que particulariza o conteúdo destes estudos. Por exemplo: a projeção de demanda de um aeroporto tem particularidades muito significativas que a diferenciam da estimação de demanda de uma rodovia ou de um hospital. Esse tipo de projeção é importante por diversas razões, entre elas para permitir a estimativa de receitas provenientes dos usuários e para definir o porte das infraestruturas que precisarão ser construídas para comportar essa demanda. É justamente esse nível de especialização de cada projeto que dificulta a adoção de modelos padronizados de análises e estudos.

Há contextos em que estudos ambientais muito detalhados são necessários em decorrência da extensão e impacto que o projeto pode ocasionar, como soa patente no caso de uma concessão de uma ferrovia ou de uma rodovia, especialmente em projetos classificados como *greenfield*. Outras vezes, estes estudos ambientais são superficiais ou mesmo desnecessários, como na realização de uma PPP para a delegação de um hospital já existente e operacional na rede pública de saúde.

O mesmo se pode falar em relação aos estudos de engenharia: há casos em que os projetos podem ser meramente referenciais e elaborados com um nível de detalhamento baixo; em outros, o mais adequado será aprofundar o detalhamento, provendo ao mercado estudos de engenharia mais robustos e que mitiguem riscos construtivos – o que repercutirá positivamente na percepção de segurança dos licitantes (e na sua proposta econômica).

Portanto, é importante ter em mente que o conteúdo dos estudos técnicos, no que tange à tipologia dos levantamentos executados e ao seu nível de detalhamento, varia casuisticamente de acordo com o perfil do projeto a ser executado. Não há uma fórmula fechada, o que aumenta sobremaneira o desafio do ente público na condução destes estudos.

1.3.1.2 Os estudos econômico-financeiros

O segundo bloco abrange os estudos de natureza econômico-financeira. Trata-se da sistematização dos elementos compreendidos nos demais blocos de estudos (e sua consequente tradução para a linguagem financeira) numa ferramenta designada de modelo econômico-financeiro, que tecnicamente corresponde a uma *projeção do fluxo de caixa* da concessão.

Em linhas gerais, este modelo econômico-financeiro sistematiza informações-chave do projeto em fluxos de receitas (pagamento de tarifas, contraprestações públicas e receitas extraordinárias, recursos provenientes de financiamentos e dos acionistas) e de despesas (investimentos e custos operacionais, incluindo-se os custos tributários, amortização dos financiamentos e pagamentos de juros)⁴⁷ da concessionária. Os diversos riscos assumidos pelo contratante privado também podem ser traduzidos como custos e acoplados ao fluxo de despesas do concessionário.⁴⁸ Esse modelo econômico-financeiro simula os resultados financeiros que seriam obtidos pela concessionária para cada ano da concessão.

Elaborado o modelo acima, a autoridade contratante terá em mãos o instrumento necessário para identificar os custos mais significativos do projeto, a atratividade financeira (taxa de retorno da concessão e do capital investido pelos acionistas da concessionária) do negócio, o valor da variável de licitação (por exemplo, o valor de outorga, da tarifa ou o valor da contraprestação pública no caso de PPPs), entre outras informações que são cruciais para pautar as decisões o ente concedente.⁴⁹

Por exemplo, no caso de uma PPP cuja orçamentação seja demasiadamente onerosa e não possa ser comportada no orçamento público disponível, pode ser necessário cortar escopo do projeto, isto é, diminuir a quantidade de investimentos e/ou serviços incluídos no objeto do contrato a ser celebrado. Além disso, naturalmente, na medida da disponibilidade de recursos do ente concedente, medidas auxiliares podem ser tomadas, como o aporte público de recursos *pari passu* a conclusão de etapas dos investimentos.⁵⁰ Se o modelo econômico-financeiro revelar que o desenho preliminar do projeto é financeiramente pouco atrativo ao mercado (taxa de retorno baixa), o valor da contraprestação pode ser majorado ou novos

⁴⁷ Uma abordagem didática desses elementos sob o viés jurídico pode ser acessa em DAL POZZO, Augusto Neves; PARLATORE, Antônio Carlos. *Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 3, n.5, jan./jun. 2014, p. 193-206.

⁴⁸ Muitos desses riscos estão associados ao caráter de longo prazo dos contratos de concessão, que os caracterizam como instrumentos inerentemente incompletos, na esteira do que será tratado no capítulo II desta dissertação. Essa complexidade resvala na importância de desenvolver uma estrutura contratual que incorpore os mecanismos de solução de controvérsias e de adaptação do contrato que naturalmente serão manejados nessa relação.

⁴⁹ Do ponto de vista prático, o modelo também é uma ferramenta importante para viabilizar a financiabilidade do concessionário e do projeto, já que a contratação de financiamentos (sobretudo nas instituições públicas de fomento que realizam operações financeiras de longo prazo e com custos de capital inferiores aos os praticados por instituições financeiras privadas) é essencial para este tipo de empreendimento. Para tanto, uma das cautelas necessárias é que o fluxo de receitas do concessionário seja suficiente para garantir o pagamento da dívida.

⁵⁰ A figura do aporte de recursos foi introduzida pela lei n.º 12.766/2014 e está prevista no art. 5º, §2º e seguintes da lei n.º 11.079/2004.

riscos podem ser alocados ao parceiro público, de modo a tornar o projeto mais atrativo aos potenciais licitantes⁵¹.

Portanto, o mais relevante aqui é entender que há um conjunto de premissas e variáveis que podem ser trabalhadas (leia-se, testadas, alteradas, simuladas) para adequar o projeto às diretrizes, desejos e limitações de capital da Administração – o que evidencia o caráter altamente estratégico dessas informações.

1.3.1.3 Os estudos jurídicos

Os estudos jurídicos vão muito além do que a simples elaboração de um edital, minuta de contrato de concessão e da conversão dos aspectos técnicos do projeto em anexos da minuta de contrato, como aqueles que contêm os indicadores de desempenho e cálculo da remuneração do concessionário.

Os trabalhos jurídicos compreendidos na preparação do projeto abrangem a assessoria para diversos aspectos legais que têm impacto direto na concessão, a exemplo dos fatores tributários, desapropriações e de questões regulatórias que precisam estar previamente equalizadas.

Frequentemente, existem pendências de licenciamento e de regularização de bens públicos envolvidos na concessão que inviabilizam a delegação dos serviços e transferência de bens vinculados à concessão para o setor privado (os riscos e responsabilidades associados a resolução dessas pendências são muitas vezes regulados nos contratos de concessão). Outras vezes, há necessidade de alterações em decretos do poder executivo ou alterações legislativas sem as quais o projeto não pode ir adiante. Afora os deveres que são ínsitos a todas as modalidades de licitação, o art. 10, da lei de PPP, estipula ainda providências específicas (algumas relacionadas à ideia de cautela fiscal) que são prévias à abertura do processo licitatório de uma PPP, como o estudo sobre a conveniência e oportunidade de utilização deste modelo e o estudo sobre impactos fiscais – documentos e relatórios que invariavelmente terão algum rebatimento jurídico na sua preparação. A atuação jurídica também é essencial na

⁵¹ Nesse contexto, vale a remissão ao trabalho de Vitor Rhein Schirato, em que o referido autor explica de modo bastante claro que a opção pelo modelo de concessão a ser implementado (comum, patrocinada e administrativa) deve ser entendido como uma função do tipo de política pública que se quer viabilizar. Por exemplo, existem contextos em que a cobrança de tarifas, que seria apta para tornar um projeto financeiramente viável, é no todo ou em parte indesejada. Nesse sentido: “Sendo assim, a análise do emprego das concessões comum, patrocinada e administrativa muito menos é uma variável relacionada à remuneração do particular e muito mais é a realização de alguma política pública relevante atinente à prestação dos serviços públicos. Essas espécies do gênero concessão são preciosos instrumentos para a garantia de maiores eficácia e eficiência na oferta de serviços públicos à população”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Concessões de Serviços Públicos (...)*, op. Cit., nota 39, p.154.

conversão para a linguagem contratual da matriz de riscos da concessão, que informará futuros processos de reequilíbrio contratual.

Enfim, há uma multiplicidade de temas – que extravasam em muito a preparação do edital e contrato de concessão – que para serem bem endereçados terão como pressuposto análises e trabalhos de cunho jurídico.

1.3.2 A complexidade na elaboração dos estudos

A apresentação das informações constantes do tópico 3.1 teve por objetivo revelar o quanto é complexa e multidisciplinar a elaboração de um projeto de concessão⁵²⁻⁵³.

Diante disso, duas conclusões preliminares podem ser alcançadas.

O primeiro dado que se percebe é que os estudos de viabilidade, em suas diferentes tipologias, não consistem em informações desagregadas, compartimentadas em blocos estanques, sendo flagrante a existência de dependências e sinergias na sua elaboração. Estudos de engenharia e jurídicos (questões tributárias, por exemplo) são considerados para efeito de elaboração do modelo financeiro. Riscos construtivos mapeados nos estudos de engenharia podem impactar nas obras e edificações necessárias para viabilizar a concessão e por isso precisam ser considerados na matriz de riscos do projeto. Enfim, fora a expertise técnica na elaboração de cada bloco, os estudos de viabilidade pressupõem um elemento adicional: a existência de coordenação, de visão do todo, possibilitando a integração e coerência entre as suas partes. Por essa razão, uma nomenclatura ainda mais representativa da realidade compreendida na elaboração dessas análises é a de “estudos integrados de viabilidade”⁵⁴.

A segunda consideração é que o grau de abrangência e conexão dos estudos de viabilidade torna difícil para os entes públicos, integrantes da Administração nas três esferas

⁵² Optou-se no presente trabalho propositadamente por não fazer referência ao aspecto temporal, ou seja, à medida de tempo necessário para a viabilização dessa fase de estruturação, nem aos custos financeiros nela envolvidos. Como cada projeto possui particularidades muito substanciais, parece inviável estabelecer parâmetros para essas duas variáveis. Além disso, esses elementos oscilam significativamente, a depender do modelo de estruturação que venha a ser adotado pelo ente público, em linha com o que será examinado no tópico 4 deste capítulo.

⁵³ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 117.

⁵⁴ No mesmo sentido: MONTEIRO, Vera. Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes, BNDES, 2015. Mimeografado. p.18. A mesma nomenclatura foi empregada por Vera Monteiro e Carlos Ari Sundfeld na proposta de alteração do Decreto Federal n.º 8.428/2015, que está compreendida no âmbito do estudo pelo *International Finance Corporation/IFC* e que versa sobre o aperfeiçoamento de modelos de estruturação de projetos no Brasil. Os diversos artigos e trabalhos acadêmicos compreendidos neste estudo ainda não foram publicados.

federativas, disporem da estrutura e dos profissionais tecnicamente habilitados para desenvolver aqueles trabalhos.

Em regra, mesmo no contexto em que o ente concedente disponha de excelentes advogados, engenheiros, contadores, economistas e outros profissionais pertinentes ao deslinde das tarefas acima referenciadas, cada projeto de concessão pressupõe um nível de conhecimento setorial de tal ordem que torna difícil, na prática, a sua preparação apenas com as equipes que integram a estrutura administrativa do referido ente. Como será debatido no tópico 4, o efeito concreto disso é a necessidade de serem arrematados outros agentes e instituições para o processo de preparação de concessões – os quais podem ter natureza pública (se integrantes de outros entes administrativos) ou privada.

1.3.3 Outras atividades relacionadas ao processo de licitação

O segundo grupo de atividades diz respeito a diligências que não se confundem com a elaboração das análises, levantamentos e sondagens que designamos no tópico anterior como estudos de viabilidade, mas que são igualmente necessárias para o sucesso da licitação.

Na prática, algumas dessas ações redundam na preparação de materiais que são acostados aos autos do processo licitatório, porque tomam a forma, por exemplo, de pareceres e notas técnicas. Nesse sentido, o objetivo do presente subtópico é o de dar um panorama sobre as ações dessa natureza mais significativas.

Grosso modo, são aplicáveis aos processos concessórios os mesmos deveres jurídicos a que se sujeitam os gestores públicos quando das licitações tradicionais para a aquisição de bens e serviços. É importante destacar que a lei geral de licitações e contratos traz dois conjuntos de normas, quais sejam: as de procedimento e a disciplina dos contratos administrativos. No que não conflitem com as disposições específicas das leis que regem as concessões e PPPs (ex. inversão de fases, licitação a partir de estudos referenciais), devem ser aplicados às concessões os procedimentos previstos na lei geral de licitações⁵⁵.

Entretanto, a legislação que trata das concessões, especialmente aquelas formatadas sob a roupagem de PPPs, estabelece alguns deveres específicos e que devem ser observados

⁵⁵ Tratando especificamente da aplicabilidade da lei de licitação às PPP, Lucas Navarro Padro destaca que: “(...) embora existam alterações relevantes em relação ao marco geral de licitações consubstanciado na lei n. 8666/93, conforme acima destacado, não se pode perder de vista a importância desta Lei no âmbito de uma licitação de PPP. Aliás, pensamos que, naquilo em que não conflitem com as disposições das Leis de PPP, 8987/95 ou 9074/95, as regras gerais de licitação trazidas pela Lei n.º 8666/93 são perfeitamente aplicáveis também às PPPs”. PRADO, Lucas Navarro. *Condições prévias para a licitação de uma PPP*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p 50.

pelos gestores públicos que conduzem o processo. Particularmente, o art. 10, da lei de PPP, define providências que “condicionam a abertura do processo licitatório”⁵⁶.

Em linhas gerais, a maior parte das condições inscritas no art. 10 da lei n.º 11.079/2004 trata de aspectos relacionados à ideia de cautela fiscal.

Por meio destes dispositivos, buscou o legislador coibir o forte incentivo para que os agentes políticos a frente dos poderes executivos das três esferas federativas se valham do modelo de PPP de forma descomprometida com a prudência fiscal. Esse tipo de comportamento poderia ser incentivado por uma tendência de usar reiteradamente o modelo de PPP para a obtenção de dividendos políticos e eleitorais, além da possibilidade de diferir para os governos subsequentes o ônus financeiro gerado por estes projetos. Conforme anota Marcos Nóbrega, “o grau de discricionariedade deve ser olhado com cautela porque os investimentos e gastos do governo vão se estender por décadas e atingir gerações. Diria até que a discricionariedade resta restringida e condicionada ao atendimento de estritos parâmetros técnicos”⁵⁷.

Nessa esteira, a anuência da autoridade competente prevista no art. 10º, I, da aludida lei (uma das condições para a deflagração da fase externa do processo), deve estar fundamentada em dois grupos de análises.

No primeiro, devem ser procedidas análises no sentido de comprovar a adequação do projeto aos limites orçamentários e de endividamento. Essa adequação deve ser verificada em termos de disponibilidade de fluxo (ou seja, que o fluxo de recursos necessários ao pagamento da contraprestação pública possa ser encaixado no planejamento orçamentário) e, quando for o caso, de observância dos limites de endividamento do ente público⁵⁸⁻⁵⁹.

⁵⁶ Entendemos que cabe aqui um reparo à redação usada pela lei. Em verdade, quis o legislador aludir a abertura da “fase externa” da licitação. Isso porque a reunião do conjunto de documentos mencionados no dispositivo não seria possível no início do processo de licitação, quando nem mesmo existem dados financeiros e jurídicos que permitam a confecção dos documentos mencionados.

⁵⁷ NÓBREGA, Marcos. *Parcerias Público-Privadas: licitação, LRF e restrições fiscais*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 2, n.2, set. 2012/fev. 2013, p 8.

⁵⁸ Cabe à Secretaria do Tesouro Nacional/STN, nos termos do art. 25, da lei n.º 11.079/2004, definir as condições em que os contratos de PPP serão caracterizados como endividamento público. Em regra, esses contratos são classificados como despesas de caráter continuado, ou seja, não são operações de crédito e não constituem endividamento público para fins de observância dos limites fixados nas resoluções editadas pelo Senado Federal (conforme a competência atribuída pelos art. 32, § 1º, III, da Lei Complementar n.º 101/2000 e art. 52, IX, da Constituição). Em linhas gerais, essas resoluções fixam um limite percentual da Receita Corrente Líquida/RCL dos entes federativos que pode ser comprometida (anualmente e no acumulado) com o pagamento de dívidas. A STN, no âmbito da atribuição estabelecida pelo art. 25 da lei de PPP, editou a Portaria n.º 614. Em síntese, essa portaria trabalha com a ideia de assunção de “parcela relevante” de riscos de disponibilidade, demanda e construção. De modo simplificado, a assunção de parcela relevante dos referidos riscos, na forma da resolução, caracteriza a PPP como operação de crédito – obrigando o ente público a contabilizá-la no endividamento público. É importante destacar que esta atribuição normativa da STN, por força do art. 25, vincula todos os entes federativos – e não apenas a União (“Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação

Também podem ser incluídos neste conjunto amplo de deveres associados à preocupação fiscal a obrigação de cuidar para que o projeto esteja inserido no Plano Plurianual e o dever de observância dos limites de comprometimento da Receita Corrente Líquida/RCL com projetos de PPP, nos termos dos art. 22 e art. 28, ambos da lei n.º 11.079/2004⁶⁰.

O segundo grupo de análises que fundamentam a manifestação da autoridade concedente se refere à comprovação da economicidade da contratação da PPP. Diz o art. 10, I, da lei n.º 11.079/2004, que deve ser demonstrada a “conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada”. Não cabe aprofundar o tema, mas pode-se destacar que a demonstração da economicidade dos contratos de PPP também é um elemento alardeado nas legislações e boas práticas de estruturação de projetos existentes no direito comparado⁶¹.

Outro conjunto de diligências importantes anteriores à publicação das versões definitivas de edital e contrato, está associado aos deveres de conferir publicidade e promover

pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada”).

⁵⁹ Para o aprofundamento de quando o contrato de PPP deve ser contabilizado como dívida ou despesa de caráter continuado e as respectivas implicações, ver: NÓBREGA, Marcos. *Parcerias Público-Privadas: licitação, LRF e restrições fiscais*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE, Belo Horizonte, ano 2, n.2, set. 2012/fev. 2013, p.10.

⁶⁰ Cf. BELSITO, Bruno Gazzaneo; VIANA, Felipe Benedito. *O limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida em contratos de parceria-público-privada*. In. Revista do BNDES n. 39. Rio de Janeiro: BNDES, 2012, p. 123-160.

⁶¹ Em outros países, sobretudo na experiência do Reino Unido, essas análises de custo-benefício são designadas de “Value for Money/VfM”. Em linhas gerais, a ideia é comprovar a vantagem da adoção do modelo de modelo de PPP diante de outras opções de ação pública. Ainda que esse exercício seja, na prática, bastante complexo, a ideia que o informa é relativamente simples: realizar uma comparação – financeira e qualitativa – entre diferentes cenários e modelos jurídicos para a execução do projeto: por meio da PPP ou por meio da execução direta (ou outro formato contratual possível). Um dos instrumentos normalmente preparados para essa análise é designado de “public sector comparator/PSC”.

A previsão constante do art. 10º, I, “a”, é útil no sentido de sinalizar para a Administração Pública brasileira o dever de fundamentar tecnicamente a sua opção pela delegação dos serviços via PPP, inclusive por meio de um exercício comparativo entre diferentes formatos jurídicos possíveis de ação estatal. Esse dever de expor razões justificatórias é ainda mais importante se consideramos que, de fato, o modelo de concessões pode ensejar custos que não eram suportados pelo setor público, como o pagamento de tributos, margem de retorno do concessionário na prestação do serviço e custos de financiamento (no Brasil, os custos de financiamento de longo prazo em instituições financeiras estatais são em regra mais elevados para o setor privado do que para o setor público).

Num cenário ideal, o estudo de VfM deve contemplar uma dimensão *qualitativa*, relacionada com os ganhos de qualidade e eficiência na execução da atividade delegada, e outra *quantitativa*, tratando da comparação entre o montante de recursos orçamentários alocado pelo ente estatal em diferentes alternativas de ação pública. Sob a perspectiva prática, esse instrumento enfrenta no Brasil significativos desafios. Além das dificuldades intuitivas no desenvolvimento da dimensão quantitativa (sobretudo a falta de dados sobre os custos públicos que permitam a comparação), outra crítica articulável se refere ao momento de elaboração dos estudos, que se dá antes da abertura da fase externa da licitação. Na realidade, é infactível que, após o longo e oneroso processo de estruturação, o ente público se permita concluir pela não economicidade da delegação do serviço via PPP, encerrando um processo de estruturação que pode ter consumido anos e grande volume de recursos.

a interação com a sociedade civil de modo a incrementar a “*accountability*” e a legitimidade do projeto de concessão.

Esses objetivos são concretizados por meio do procedimento de consulta pública, previsto no art. 10º, VI, da lei de PPP, e que corresponde ao período marcado pela divulgação dos elementos essenciais do objeto, condições e finalidades perseguidos com a concessão e, ato contínuo, pelo recebimento de sugestões e contribuições provenientes dos potenciais licitantes e da sociedade. O instrumento consulta pública não é exclusivo da lei n.º 11.079/2004, mas sim uma ferramenta já difundida no modo de ação estatal, especialmente pelas agências reguladoras que frequentemente submetem propostas e minutas de resoluções e outros atos regulatórios ao crivo do público interessado.

Idealmente, a consulta pública não deve ser entendida como uma etapa pró-forma. Por meio desse procedimento são gerados deveres ao ente público no sentido de se manifestar expressamente sobre os questionamentos apresentados e, sempre que possível, acerca do não acatamento de sugestões e recomendações que tenham sido levadas ao processo. É bastante frequente que sejam veiculadas demandas públicas adicionais e pontos de inconformismo relacionados ao projeto, devendo os aspectos entendidos como meritórios ser incorporados às minutas e estudos em desenvolvimento, e as contribuições descabidas, serem motivadamente rechaçadas.

Há uma passagem da lavra de Marçal Justen Filho, a propósito do instrumento consulta pública, bastante ilustrativa da finalidade buscada com a realização de tal procedimento⁶²:

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 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.

Esse caráter colaborativo da passagem acima transcrita não diz respeito apenas à consulta pública, mas entendemos ser extensível aos demais mecanismos dialogais positivados em nosso sistema jurídico.

A praxe na preparação de concessões também tem abarcado a realização de audiências públicas⁶³, na forma do art. 39, da lei n.º 8.666/93, aplicáveis às iniciativas que

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral (...)* op. Cit., nota 40, p. 204-205.

excedam o valor de R\$ 150 milhões e *road shows*, embora estes sejam procedimentos não positivados na legislação⁶⁴.

Após a publicação do edital e dos seus anexos, cabe ao ente público novamente responder aos questionamentos articulados em face dos documentos da licitação. A comissão a frente do processo deve lidar com impugnações administrativas e, eventualmente, ações judiciais manejadas no intento de paralisar a tramitação do certame. Enfim, há toda uma sorte de tarefas e diligências com elevado nível de complexidade – a exemplo da atuação da comissão de licitação (assessorada pelas equipes responsáveis pela preparação do projeto) durante o julgamento das propostas e análise dos documentos de habilitação – e que são essenciais para a conclusão bem sucedida da fase de licitação.

1.3.4 A divulgação de informações durante o processo licitatório

Uma vez desenvolvidos os estudos referentes aos blocos técnico, econômico-financeiro e jurídico, surge a necessidade de o ente concedente decidir a respeito de alguns pontos relacionados à estratégia de condução da licitação, entre elas quais informações serão divulgadas ao público e o grau de vinculação que lhes será atribuído.

É importante destacar que a “estratégia” adotada pelas autoridades públicas para a licitação deve ser instrumental para a promoção da competição durante o certame licitatório. Na medida do que exporemos com mais profundidade no capítulo II, para que a modalidade de regulação via contrato de concessão atinja os fins a que se propõe, ela carece de processos licitatórios verdadeiramente competitivos. Com o intuito de se maximizar a concorrência é que se colocam as discussões a propósito do conteúdo e grau de vinculação das informações divulgadas⁶⁵.

Sob a perspectiva do direito positivo (art. 5º, da lei n.º 8.987/95⁶⁶ e art. 10º, I, “a”, da lei n.º 11.079/2004⁶⁷) é possível sustentar que não há o dever de publicação integral dos

⁶³ A dinâmica nas audiências é diferente porque elas consistem num evento presencial, em que há exposição oral dos detalhes do projeto, sendo franqueado aos presentes manifestarem-se sobre os aspectos tratados.

⁶⁴ Conforme anota Gustavo Schiefler, o *road show* “é uma atividade voluntária, não prevista em lei, em que a Administração Pública assume postura proativa para apresentar o seu projeto preliminar de parceria público-privada e reúne-se com potenciais licitantes”. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 129; Discorrendo sobre a mesma figura, v. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50.

⁶⁵ A propósito do tema, ver: RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP (...)*, op. Cit., nota 53, p. 48-50.

⁶⁶ “Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.”

⁶⁷ “Art. 10º. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

estudos de viabilidade que embasam os documentos licitatórios. Esses dispositivos preveem apenas do dever de disponibilização ao público das informações que subsidiaram a decisão da Administração Pública pela delegação do serviço⁶⁸. Ou seja, não existe, segundo a interpretação que parece ser a mais correta, um dever legal de o ente público divulgar a integralidade dos estudos de viabilidade elaborados.

Nesse sentido, o entendimento que parece ser o mais adequado é que as definições a respeito do conteúdo e do grau de vinculação do que será divulgado ao público em geral e aos potenciais licitantes são decisões circunscritas à discricionariedade técnica da Administração Pública e que, por isso, devem ser baseadas nas circunstâncias em concreto observadas para cada projeto. As autoridades encarregadas de cada modelagem precisam levar em conta fatores como a formatação e tamanho do mercado-alvo da licitação (ou seja, quais e quantos são os potenciais licitantes) e os riscos mapeados durante a estruturação (por exemplo, a existência de riscos construtivos e de demanda não assimiláveis pelo mercado).

Ainda que se possa falar num dever geral de transparência na condução das atividades do Estado e dos processos administrativos⁶⁹, a posição aqui defendida decorre de uma premissa de ordem fática e já comentada, qual seja, o caráter altamente estratégico dos estudos integrados de viabilidade que são elaborados na fase preparatória dos processos licitatórios, cuja divulgação completa pode, em alguns contextos, ser desfavorável à própria Administração⁷⁰⁻⁷¹.

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada”.

⁶⁸ Cabe destacar que o Projeto de Lei n.º 75/2014, de autoria do Senador Wilder Moraes e de relatoria do Senador Luiz Henrique, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, propõe a alteração do art. 5º, da lei n.º 8.987/95, de modo que a sua redação passe a ser: “Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA), justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.” A proposta desse PL, portanto, é a de estabelecer obrigação no sentido de divulgação dos estudos conduzidos durante a fase interna do processo, restringindo a discricionariedade do ente público na definição do que divulgar.

⁶⁹ Nesse sentido, o art. 37, caput, da Constituição, prevê como um dos princípios basilares da Administração Pública o dever de publicidade.

⁷⁰ A mesma ideia foi encampada por Marcos Nóbrega ao tratar do orçamento sigiloso no âmbito do RDC: “Um dos pontos mais polêmicos do novo Regime Diferenciado de Contratação (RDC) é a possibilidade da divulgação postergada do orçamento da obra. O fetiche principiológico que aflige a doutrina do Direito Administrativo brasileiro ensejou forte polêmica e muitos consideraram *ab initio* que o princípio da transparência estaria sendo amesquinhado. Esse é o grande argumento contra o preço de reserva secreto. Mas seria esse preço secreto defensável sob algum aspecto? Poderia trazer algum aumento de eficiência?”. NÓBREGA, Marcos. *O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), Negotiauction e o Orçamento Sigiloso*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set/ 2013, p. 1. Ainda sobre o tema do orçamento sigiloso, *Ibidem*, p. 27-45.

⁷¹ Também sobre o orçamento sigiloso, conforme anotam Mauricio Portugal, Mário Engler e Lucas Prado: “Dessa perspectiva, o principal argumento em favor do sigilo temporário parece ser a de assegurar uma assimetria de informações entre o Poder Público e os licitantes, de maneira que os licitantes não possam se balizar no preço estimado pelo Poder Público, mas que este tenha um preço de referência para proceder à eventual negociação com o primeiro colocado na ordem de classificação da licitação (art. 26). Dada assimetria, a

As razões alinhavadas a seguir são genericamente aplicáveis aos três blocos componentes dos estudos integrados de viabilidade, sendo possível ressaltar pelo menos três argumentos a serem considerados pelo ente público na decisão a respeito do que publicar.

Primeiro, a divulgação dos estudos de viabilidade pode dar ensejo à alegação de que a Administração Pública está integralmente vinculada à exatidão das informações por ela disponibilizadas.

Esse fator é problemático porque parte significativa das informações (sobretudo as financeiras) produzidas no âmbito da formatação de projetos é ancorada em premissas – em regra razoáveis, mas que mesmo assim podem não se concretizar devido a eventos que extravasam a capacidade de previsão do ente público (e dos particulares que o apoiam na licitação)⁷².

Segundo, a partir da divulgação, há forte perspectiva de que os estudos de viabilidade (e as próprias premissas que o embasam) venham a ser ostensivamente questionados e atacados pelos licitantes, inclusive com a apresentação de estudos de elaboração própria que contradizem tecnicamente as informações divulgadas.

Naturalmente, a expectativa é que os agentes econômicos privados sempre reclamem da orçamentação dos projetos e da inserção no objeto contratual de obrigações de execução complexa ou arriscada⁷³. Os potenciais licitantes (que corretamente enxergam a concessão como uma oportunidade de negócio) apresentarão demandas que convergem para a redução de riscos e o incremento da rentabilidade do empreendimento. Por isso, ainda na fase de elaboração dos documentos de licitação, e na medida em que informações sobre a concessão começam a se tornar de conhecimento público, é comum que o setor privado inicie uma estratégia de barganha – em que são frequentes as alegações de que o certame será deserto se mantidas as condições desfavoráveis então divulgadas.

Por vezes, o próprio ente público é o responsável por ensejar esse comportamento porque frequentemente adota em suas análises premissas e vieses exageradamente otimistas –

ausência de um referencial de preços pode também dificultar a composição de cartéis em licitação”. E ainda: “Note-se que diversos organismos multilaterais, por exemplo, não estão mais publicando em seus editais os preços-teto, e há muitas restrições até mesmo à publicação de valores de referência. Nesse sentido, a regra de sigilo temporário alinha-se às melhores práticas de licitações”. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

⁷² Em alguns processos licitatórios, o ente público tem optado pela divulgação de informações sensíveis, como estudos financeiros e de demanda, normalmente afirmando o caráter meramente referencial (e não vinculativo) destes dados. A ideia é evitar futuros pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro que estejam fundeados na não concretização das estimativas divulgadas. Ainda que esta estratégia mitigue os riscos de reequilíbrio, não deixa o ente público completamente indene de riscos de ser futuramente questionado, inclusive na esfera judicial, em face da não concretização das informações e estimativas que divulgou.

⁷³ Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP (...)*, op. Cit., nota 63, p. 49.

o que tende a se chocar com a inclinação conservadora dos investidores privados que assumirão parte considerável dos riscos do negócio.

Diante disso, os agentes econômicos interessados em figurar no processo como licitantes tendem a pressionar para que a orçamentação do projeto seja revista e que variáveis como contraprestação pública, tarifas e alocação de riscos sejam fixadas em parâmetros que maximizem a perspectiva de retorno e reduzam a sua exposição a diversas variáveis de risco.

Por fim, uma terceira razão justificatória é a possibilidade de o ente público optar por uma estratégia licitatória de forma a incentivar os interessados no projeto a conduzirem os seus próprios estudos e levantamentos, o que tenderia a aprofundar o seu nível de conhecimento sobre o empreendimento e, até mesmo, a desencorajar a participação de licitantes aventureiros – aqueles com qualidade técnica, econômica e operacional aquém do necessário.

Esse dado se mostra relevante, especialmente se levarmos em conta que os requisitos de qualificação econômica e habilitação técnica admitidos pela legislação e pela jurisprudência dos órgãos de fiscalização e controle, pelas mais variadas razões, nem sempre são eficientes para coibir a participação de licitantes inaptos à execução do objeto contratual⁷⁴.

Além disso, encerrar um contrato após a vitória de um licitante aventureiro não é uma tarefa simples, tampouco despida de custos. Frise-se que, neste caso, normalmente se está a tratar de serviços públicos essenciais à população – os quais não poderão ser retomados pela Administração do dia para a noite.

É importante destacar que os pontos acima não implicam em afastamento integral do dever de transparência e muito menos a não controlabilidade dos atos da Administração, inclusive a análise de adequação dos estudos de viabilidade que subsidiam o processo concessório. Tudo o que é produzido durante a fase de estruturação deve ser remetido aos órgãos de fiscalização e controle competentes (sobretudo o tribunal de contas competente), os quais serão responsáveis por verificar a juridicidade e adequação dos aspectos econômico-financeiros dos projetos.⁷⁵⁻⁷⁶ O que se entende ser possível é que haja uma relativização,

⁷⁴ Ainda, caso se opte por restringir a divulgação dos estudos de viabilidade produzidos durante a estruturação do projeto, é crucial que seja conferido o devido prazo para que os agentes de mercado possam conduzir os seus próprios levantamentos e análises – o que é mais relevante no caso de novos entrantes que desejem participar da licitação e que precisam aprofundar o seu conhecimento sobre o setor no qual se insere o projeto. Prazos exíguos tendem a desacreditar a idoneidade do certame e influir negativamente na sua competitividade. *Ibidem.*, p. 46.

⁷⁵ Nesse contexto, ver Instrução normativa n.º 27, de 2 de Dezembro de 1998, que "dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização". O acompanhamento se processa *pari passu* com a estruturação da concessão, por meio da especificação de documentos que devem ser encaminhados aos

durante o certame, em relação à publicidade que deve ser conferida aos materiais que contenham informações sensíveis sobre o projeto.

Não obstante as objeções acima articuladas, pode ser que a Administração, devido a questões estratégicas, entenda por conveniente a divulgação integral ou parcial dos estudos por ela conduzidos. E mais, poderá ela dispor sobre o grau de vinculação desses estudos, ou seja: se ela assumirá ou não explicitamente o risco pela concretização dos dados divulgados.

Podem ocorrer situações em que se entenda que a divulgação dos estudos e a vinculação da Administração ao divulgado é a melhor opção, como forma de compartilhar riscos e garantir a atratividade da concessão. Enfim, não existe uma “receita de bolo”, uma fórmula fechada e imutável que previamente estabeleça a estratégia, o que deve ser divulgado e o grau de vinculação que deve ser atribuído aos estudos.⁷⁷

O importante a se destacar é que a opção pública pela não publicação de alguma informação referente às investigações e análises conduzidas durante a modelagem não é em si ilegal, conclusão que uma leitura mais fundamentalista do princípio da publicidade pode fazer crer.

1.4 Alternativas jurídicas do ente público para viabilizar uma concessão

Após a descrição das complexidades envolvidas na preparação e licitação de uma concessão, especialmente aquelas que se referem à estruturação dos diferentes blocos de estudos de viabilidade tratados no tópico 3 (o que compreende a sistematização e harmonização das informações neles contempladas), cabe agora apresentar um breve panorama das diferentes alternativas jurídicas à disposição da Administração para viabilizar os projetos de infraestrutura prioritizados. Esses mecanismos, na linha da expressão difundida

Tribunais de Contas nos diversos “estágios” de fiscalização. Instruções similares foram editadas por outros Tribunais de Contas.

⁷⁶ Na prática, a análise dos Tribunais de Contas tende mesmo a anular os cuidados mantidos pelo Poder Concedente durante a fase de estruturação no que se refere ao nível de publicidade das informações sensíveis do projeto. Premissas de ordem financeira, técnica e jurídica são ostensivamente discutidas, avaliadas e rebatidas pelos tribunais de contas durante o controle dos diferentes estágios dos processos de concessão/desestatização. Essas informações são indiretamente disponibilizadas aos licitantes, seja pela possibilidade de serem acessados os autos dos processos administrativos que tramitam nas cortes de contas, seja pela publicação de relatórios das equipes técnicas e acórdãos ao final de cada etapa de acompanhamento.

⁷⁷ Do ponto de vista privado, o cenário ideal é que haja a máxima divulgação de informações (se possível a integralidade de tudo o que foi produzido durante a fase de preparação do projeto), com a vinculação integral da Administração – ou seja, caso algum dado ou informação se revele incorreto ou não se concretize, o vencedor da licitação teria direito a reequilíbrio contratual. Trata-se de dinâmica próxima da adotada para os contratos de execução de obras públicas, nos termos do RDC e lei n.º 8.666/93. Dessa forma, mitigam-se ao máximo os riscos dos agentes privados.

por Diogo Coutinho, compõem a “caixa de ferramentas”⁷⁸ do gestor público na modelagem desses projetos.

Neste contexto, a Administração Pública pode utilizar três caminhos distintos, quais sejam⁷⁹:

- a) a “modelagem interna” do projeto, em que todas as providências relativas à elaboração dos estudos e condução do processo de licitação ficam por conta do ente público, ou seja, são feitas sem apoio de agentes externos;
- b) a modelagem conduzida pelo ente público, mas com o apoio técnico ou da (i) contratação de assessores técnicos e/ou (ii) da formação de parcerias com outros entes estatais e;
- c) a modelagem do projeto obtida por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI, em que se se autorizam agentes privados para que este forneçam, por sua inteira conta e risco, os estudos, levantamentos, pesquisas e análises compreendidos na modelagem da concessão.

Cada uma das opções acima enumeradas possui vantagens e enseja desafios peculiares, especialmente no que tange a sua governança. Os modelos acima mencionados serão abordados na sequência e se buscará fazer uma breve enunciação das respectivas vantagens e riscos.

1.4.1 A modelagem do projeto sem o apoio de agentes externos

O primeiro modelo enfoca a atuação do ente público lastreada na sua própria estrutura institucional e técnica.

Ou seja, o desenvolvimento dos estudos de viabilidade, que caracterizam a etapa de modelagem de uma concessão, será realizado por entes ou órgãos que fazem parte da estrutura

⁷⁸ COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. P.469.

⁷⁹ A identificação dessas alternativas, naturalmente com algumas particularidades, já foi tratada em: RADAR PPP. *Guia prático para a estruturação de programas e projetos de PPP*. Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/guia-pr%C3%A1tico-para-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-programas-e-projetos-de-ppp>. Acesso em 26.06.2015, às 12h09. p. 50; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 116-124. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1; CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Estruturação de Projetos no Brasil e PMIs*. BNDES. Mimeografado. 2015.

administrativa do ente concedente. Não há necessidade de que seja apenas uma unidade funcional (como uma secretaria ou autarquia) formalmente à frente do processo. Até mesmo em virtude da multiplicidade de temas compreendidos nesta etapa, é possível que haja a formação de grupos de trabalho específicos, contando com representantes de vários ministérios/secretarias e entidades que tenham a contribuir no processo.

Pode-se dizer que há dois modelos de entidades que são as mais capacitadas para o deslinde dessa tarefa: as agências reguladoras e as “unidades de PPP”.

É bastante frequente que as agências reguladoras conduzam a modelagem dos projetos e capitaneiem os diversos atos necessários para a delegação dos serviços, o que se deve, principalmente, a sua expertise técnica. No plano federal, inclusive, a prerrogativa de realizar as delegações de serviços consta expressamente das atribuições previstas em muitas das leis que instituíram as agências.

Além das agências reguladoras, tem se tornado frequente também que os projetos sejam desenvolvidos pelo que se convencionou denominar de “unidades de PPPs”⁸⁰. Vários entes federativos já constituíram unidades especializadas dentro de suas estruturas administrativas que modelam projetos de concessão – o que frequentemente abrange também as concessões comuns, e não apenas as PPPs, como a nomenclatura inicialmente sugeriria⁸¹.

Não há unicidade na forma jurídica aplicada na constituição dessas entidades. Por vezes elas se encontram na estrutura da Administração direta e figuram como órgãos atrelados a secretarias ou ministérios (normalmente da fazenda ou planejamento). Em outros casos, são constituídas a partir da descentralização administrativa, muito comumente por meio de empresas estatais constituídas para esta finalidade. Ainda que não se tenha notícia, seria possível também que a descentralização se consubstanciasse na criação de autarquias ou fundações autárquicas.

⁸⁰ Para aprofundar o tema, vale a remissão às seguintes fontes: *How to engage with the Private Sector in Public-private partnerships in Emerging Markets*. Disponível em: <https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/How-to-engage-with-private-sector-Clemencia-Farquharso-Yecome-Encinas.pdf>. (p. 85). Acesso em 24.06.2015, às 11h10; DAL POZZO, Augusto Neves. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para a sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p. 64; PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY (PPIAF) Note 4 – Developing a Public-Private Partnership Framework: Policies and PPP Units. The World Bank, May 2012, p.3. Disponível em <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-Four-Developing-a-PPP-Framework.pdf>; Acesso em 26/06/2015, às 12h06.

⁸¹ Diversos são os entes administrativos no Brasil que já incluíram unidades de PPP na sua estrutura administrativa. Dentre os Estados, podem ser mencionados: Bahia (<http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/>); Minas Gerais (<http://www.ppp.mg.gov.br/cidadao/atribuicoes>); e Rio de Janeiro (<http://www.rj.gov.br/web/seplag/exibeconteudo?article-id=168143>).

Independentemente da forma jurídica adotada, a vantagem deste modelo seria a reunião numa única estrutura administrativa de profissionais com expertise na preparação de concessões. Outro efeito prático estaria na possibilidade de gerar um aprendizado contínuo com o desenvolvimento de seguidos projetos, o que redundaria na retenção do conhecimento teórico e prático pelas equipes alocadas nesta unidade e na possibilidade de se desenvolverem, ao longo do tempo, melhores práticas na modelagem de concessões a partir dos casos de sucesso. Por isso, é recomendável que o ente público, no intuito de conferir perenidade à referida unidade, opte preferencialmente por atrelá-la a instituições já bem estabelecidas e que tenham perspectiva de continuidade, independentemente da linha política dos diferentes governos que se sucederem⁸².

Ainda que se esteja a tratar de dois tipos diversos de entidades – agências e unidades de PPP – não há vedação para que ambas atuem em conjunto e agreguem cumulativamente ao projeto sua expertise. É bom frisar que a agência, em regra, é uma entidade setorial, ou seja, se debruça sobre a regulação de um campo econômico específico. Por outro lado, a especialização da unidade de PPP está na contratação de suporte técnico (quando necessário) e na condução das atividades de modelagem. A sua expertise tende a se concentrar não na regulação técnica, mas no desenvolvimento de um negócio, que deverá conciliar fins públicos e atratividade financeira para o setor privado. Não há, propriamente, superposição completa de especializações funcionais.

De fato, ainda que o projeto venha a ser desenvolvido por uma unidade especializada na modelagem de projetos, ao final do processo caberá à agência a fiscalização do futuro concessionário e do acompanhamento da execução do contrato. Diante disso, nada mais conveniente do que o envolvimento *ex ante* da agência na preparação do futuro contrato que lhe caberá fiscalizar.

Entretanto, sob a perspectiva prática, é importante chamar a atenção para o fato de que grande parte dos entes públicos nacionais não está operacional e tecnicamente estruturada para o desenvolvimento de estudos de viabilidade de elevada complexidade por sua inteira conta.

Essa dificuldade é menos grave na esfera federal, em que as agências reguladoras são entidades já estruturadas e dotadas de funcionários de carreira com expertise e conhecimento

⁸² Outro dado que igualmente não se pode desconsiderar é que essas instituições já estabilizadas e perenes na estrutura estatal tendem a garantir aos seus colaboradores padrões remuneratórios e de atratividade de carreira mais elevados. Esse dado é essencial, de modo a evitar que os profissionais que adquiram expertise técnica e vivência na preparação de contratos e condução de licitações sejam posteriormente dispersados no setor privado, o que intensificaria (em desfavor dos entes estatais) os problemas relacionados com informações assimétricas e incapacidades técnicas/institucionais do setor público.

nos setores regulados⁸³. É possível que essa percepção seja corroborada pelo movimento crescente nos últimos anos de criação pela União de empresas estatais encarregadas do planejamento setorial, sendo os exemplos mais eloquentes a Empresa de Planejamento e Logística/EPL e a Empresa de Pesquisa Energética/EPE.

Entretanto, no âmbito subnacional, está-se a falar de 26 estados, 1 Distrito Federal e 5.570 municípios, sendo forçoso reconhecer que eles possuem realidades bastante peculiares. Cada ente, nos termos da Constituição, tem competências próprias e pode realizar delegações dos serviços que lhes cabem⁸⁴. Naturalmente, os entes caracterizados por menor arrecadação e por estruturas administrativas mais enxutas não conseguem realizar por sua conta e adequadamente as tarefas que antecedem a delegação de um projeto. Por “adequadamente” estamos a falar de estudos de viabilidade formulados com o necessário nível de profundidade e que impliquem na preparação de um projeto balanceado em termos de riscos e ganhos entre o setor público e o contratante privado.

1.4.2 O apoio de terceiros na preparação do projeto

Diante da constatação de que realizar internamente toda a modelagem da concessão não é uma opção viável para a grande maioria das entidades públicas nacionais, uma solução possível estaria em que elas buscassem o apoio de profissionais e entidades externos, isto é, que não integram a estrutura administrativa.

E neste contexto, há pelo menos duas alternativas que podem ser colocadas em prática.

1.4.2.1 A contratação de assessorias técnicas

Uma das alternativas para a superação das limitações técnicas da Administração na preparação de concessões consiste na contratação de instituições privadas experimentadas e atuantes no setor no qual se insere o projeto que se deseja realizar e que prestariam assessoria técnica ao ente concedente (de modo geral, está-se a tratar de “serviços de consultoria”). Essas instituições seriam agregadas à modelagem da concessão de forma a suprir carências técnicas e operacionais do ente público⁸⁵.

⁸³ Posições críticas a respeito do funcionamento atual das agências reguladoras têm sido apresentadas em vários textos acadêmicos, dentre os quais pode-se mencionar: MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 87-118.

⁸⁴ Art. 175, CRFB/88.

⁸⁵ Por “técnica”, está-se a tratar do conhecimento e experiência não detidos pelo ente público, que normalmente se refere a determinado setor (por exemplo, o ente pode ter experiência na realização de projetos rodoviários, mas não aeroportuários, de saneamento ou iluminação pública) ou tipologia de projeto (por exemplo, o ente pode ter experiência na preparação de editais e contratos de obras públicas, mas não de PPPs). Por “operacional”,

Nesse sentido, uma alternativa seria a contratação de consultores para o desenvolvimento de estudos de engenharia, demanda, modelo financeiro e, até mesmo, para a execução de trabalhos jurídicos especializados, como a preparação de versões preliminares de editais, contratos de concessão e elaboração de relatórios/diligências que são necessários para a delegação de um serviço⁸⁶.

Esse submodelo possui alguns desafios que precisam estar no radar da Administração e seus gestores.

O primeiro é o fato de que o vínculo jurídico que permite a participação destes profissionais e empresas que irão complementar a capacidade operativa e técnica do ente público se dá por meio de contratações administrativas, disciplinadas pela lei nº 8.666/93. Não cabe aqui aprofundar essa discussão, mas é importante ter em mente que a realização de uma contratação administrativa enseja diversos custos de transação atinentes ao tempo e formalidades necessários ao deslinde do processo. Note-se que se está a tratar, aqui, de uma contratação que é anterior ao início da elaboração propriamente dita do projeto de concessão.

Além das dificuldades inerentes aos custos de transação e tempo consumidos na contratação de prestadores de serviço, existe uma percepção geral de que as licitações públicas não são efetivas para possibilitar a contratação dos consultores tecnicamente mais capacitados. Explica-se.

Nos processos tradicionais de licitação para a contratação de serviços técnicos especializados, a preocupação com o apuro técnico dos contratados pode ser endereçada por meio de dois expedientes:

- (i) a fixação de “barreiras à entrada no certame”, ou seja, o estabelecimento de requisitos de habilitação técnica que restrinjam a participação apenas aos concorrentes que comprovem a satisfação desses requisitos;

aludimos à disponibilidade de recursos (inclusive humanos) e capacidade de articulação para o desenvolvimento do projeto.

⁸⁶ Diversas procuradorias entendem que os trabalhos jurídicos de elaboração de editais e contratos são exclusivos dos advogados públicos e que, por isso, não poderiam ser transferidos ao setor privado em qualquer modelo. Em relação à contratação de consultores jurídicos privados, o que se está a tratar é da preparação de estudos e minutas que devem ser posteriormente submetidos à análise técnica e validados por procuradorias, no curso do processo de preparação do projeto. O trabalho jurídico contratado seria, ao final, o de provisão de insumos para o trabalho final dos procuradores. Não haveria a supressão de atribuições ou do papel reservado pela lei e pela Constituição aos advogados públicos, mas sim a possibilidade de que o trabalho destes profissionais versasse predominantemente sobre aspectos estratégicos e teóricos, de índole jurídica, relativos à concessão.

(ii) a utilização de licitação do tipo técnica e preço⁸⁷, que considera uma ponderação entre os elementos econômico (preço) e técnico das propostas apresentadas pelos licitantes.

Porém, a prática administrativa tem revelado que os dois expedientes acima não são plenamente efetivos para garantir a seleção e contratação dos melhores prestadores de serviços técnicos especializados, para a modelagem de projetos complexos.

Em apertada síntese, cabe dizer que a legislação⁸⁸ - e, principalmente, as interpretações dos órgãos de fiscalização controle incidentes sobre o direito legislado - são bastante restritivas no que tange à previsão, nos editais de licitação, de critérios que permitam efetivamente restringir à competição aos prestadores de serviço mais capacitados.

A jurisprudência dos órgãos de controle em sede de licitações normalmente é baseada em pelo menos quatro vetores interpretativos principais: (i) a objetividade dos critérios; (ii) a promoção da competição e; (iii) a taxatividade das restrições competitivas previstas na lei; (iv) a relevância do fator “preço” como critério nas contratações. Em regra, a atenção a esses vetores de interpretação e aplicação da lei de licitações e contratos desencoraja a previsão, em editais de licitação, de requisitos de habilitação verdadeiramente restritivos e do estabelecimento de maior peso (na ponderação) para os critérios de técnica⁸⁹.

⁸⁷ Em relação ao tipo “melhor técnica”, disciplinado pelo art. 46, p.1º, da lei de licitações, entendemos que se trata de um formato pouco efetivo para ensejar a prevalência de elementos de técnica na seleção do licitante. Em última análise, o fator decisivo para a contratação será a aceitação do “menor preço” praticado dentre os licitantes que tenham satisfeito os critérios mínimos de técnica. Em outras palavras, esse modelo preconiza que os licitantes mais bem classificados sob os critérios técnicos aceitem realizar o objeto a partir do menor preço obtido no certame.

⁸⁸ Em linha com esse entendimento, recomenda-se o exame do texto de autoria de Vera Monteiro, em que a referida autora veicula proposta de alteração da lei nº. 8.666/93 para facilitar a contratação de consultores técnicos, por meio da adaptação do procedimento de convite. MONTEIRO, Vera. *Contratação de Serviço de Consultoria*. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA, Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho (Org.). *Parcerias Público-Privadas*. Experiências, Desafios e Propostas. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

⁸⁹ A posição do TCU manifesta em vários julgados é a de que a atribuição de maior peso para elementos técnicos na ponderação entre preço e técnica enseja o dever de fundamentação do gestor público no sentido de justificar essa opção. Há, portanto, a necessidade de expender razões que embasem a posição do gestor pelo peso adicional atribuído às qualificações técnicas de licitantes e propostas. Portanto, ao adotar esse procedimento, cabe ao gestor literalmente torcer para que os órgãos de controle se convençam sobre os argumentos apresentados. Nesse sentido, ver: Acórdãos 3217/2014, 1782/2007, 1100/2007, 828/2007 e 2017/2009. Para efeito de comparação, o PLS 559/2013 (que veicula proposta de lei que substituirá a lei nº. 8.666/93) prevê que na ponderação para a contratação de serviços técnicos, o percentual a ser atribuído ao critério técnica (na ponderação entre critérios técnicos e de preço para a definição da melhor proposta), seja de no mínimo 70%. Também para efeito de estabelecer uma comparação, as normas do Banco Mundial para a contratação de consultores estabelecem como padrão que 80% da pontuação seja atribuída ao elemento técnico. World Bank. *Guidelines: Selection and Employment of Consultants*. The World Bank: Washington, DC: 2011.p. 22. Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/Consultant_GLs_English_Final_Jan2011_Revised_July1_2014.pdf. Acesso em 24.05.2015, às 12h27.

Pelas mesmas razões, o mecanismo de contratação direta por inexigibilidade de licitação⁹⁰ (art. 25, da lei n.º 8.666/93) tende a gerar nos gestores públicos e procuradorias muita resistência em relação ao seu uso⁹¹. A contratação por inexigibilidade pressupõe que o gestor público declare o cumprimento de diversos condicionantes legais, como a singularidade do objeto, a notória especialização do contratado e a compatibilidade dos preços cobrados com os valores de mercado. Esses condicionantes (de origem legislativa) são cumulados com requisitos adicionais provenientes da interpretação sedimentada na jurisprudência dos tribunais de contas⁹².

Frequentemente, a jurisprudência restritiva das cortes de contas é fruto de casos de manifesta ilegalidade, corrupção ou de flagrantes abusos. Mesmo que essas situações sejam excepcionais, os entendimentos consubstanciados nesses acórdãos irradiam seus efeitos para as contratações públicas subsequentes, criando novas regras a serem seguidas pelos gestores prudentes – justificadamente “assombrados” diante da possibilidade de cominação de multas e imputação de responsabilidade subsidiária por eventuais prejuízos que possam (na leitura dos órgãos de fiscalização) terem sido gerados para o Erário⁹³. Conforme bem salientam Tarcila Reis e Eduardo Jordão, “se torna mais confortável para os gestores públicos exercer o poder

⁹⁰ Optou-se aqui por propositadamente não tratar em detalhes da contratação por dispensa de licitação, prevista no art. 24, da lei de licitações. Em linhas gerais, esse modelo é apenas possível no caso dos diversos incisos do art. 24. Ainda que sejam muitas as hipóteses, elas não guardam, no geral, pertinência com a tipologia de serviços de assessoria técnica tratados neste tópico. Vislumbra-se, contudo, que duas das hipóteses de dispensa poderiam interessar ao presente estudo: o inciso XIII (“contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”) e o inciso XV (“aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público”). Tais hipóteses, entretanto, não podem ser usadas de modo irrestrito, de forma que o uso da dispensa parece ser de mais difícil manejo do que o da inexigibilidade.

⁹¹ Da mesma forma, estes procedimentos são analisados em sua legalidade e conveniência de uma forma mais atenta pelos órgãos de controle, o que incrementa a percepção de insegurança por parte daqueles que o utilizam de que haja algum desacordo em relação ao entendimento da corte de contas. Ou seja, já se sabe de antemão que os casos de contratação direta tendem a passar por um “pente fino”, o que tenderia a não ocorrer no caso de uma licitação convencional.

⁹² Cabe notar que a caracterização dos condicionantes previstos na lei para as contratações por inexigibilidade enfrenta algumas dificuldades peculiares em relação ao tipo de objeto (estruturação de projetos) que se pretende contratar. A modelagem de um projeto de concessão é *per se* singular? Como demonstrar a compatibilidade de preços entre serviços executados pelo mesmo prestador que se deseja contratar diretamente, dadas as peculiaridades existentes entre cada tipo de modelagem? Com base nas informações desenvolvidas nos itens anteriores, percebe-se que a estruturação de um projeto varia bastante em relação a outro, ainda que estejam inseridos num mesmo setor econômico. Cada projeto possui características únicas que reverberam na dimensão do trabalho e complexidade envolvidas na sua modelagem. Enfim, é possível articular razões para endereçar com propriedade essas questões e tentar conferir um mínimo de conforto para o ente público contratante e seus gestores. Em qualquer contexto, entretanto, essa tarefa não vai ser simplória e ainda vai depender da necessidade de que os agentes encarregados das funções de fiscalização e controle compartilhem do mesmo entendimento.

⁹³ A ideia dos juristas “assombrados pelos controladores” foi abordada por Carlos Ari Sundfeld, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 43.

com amparo nas regras, por meio de “check list”. No mínimo, a responsabilidade do seu insucesso poderá ser despersonalizada, atribuindo-o á má qualidade da lei”⁹⁴.

Diante do que se narrou acima, percebe-se a construção de uma realidade institucional e jurídica bastante desvantajosa para possibilitar a contratação, pela Administração Pública, dos melhores profissionais e empresas disponíveis no mercado – que tendem a ser os profissionais mais caros. Contudo, obter esse diferencial qualitativo não é uma excentricidade. Destaque-se que se está a tratar da contratação de assessores técnicos para auxiliar a Administração na modelagem de projetos de concessão – cujos contratos são complexos, de longo prazo, vultosos e envolvem funções de regulação. Além disso, os dispêndios relativos ao planejamento e estruturação da concessão tendem a ser bastante marginais quando comparados com o valor em si do contrato e dos investimentos a partir dele gerados^{95_96}.

⁹⁴ REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p. 210.

⁹⁵ A busca por flexibilidade na contratação de serviços a serem executados por profissionais técnicos especializados não é nem restrita aos projetos de concessão e também não é uma discussão recente. A nosso ver, um exemplo paradigmático dessa ideia (e da posição restritiva dos órgãos de controle geralmente sobre ela incidente) está no procedimento de Consulta, originalmente previsto no art. 54, da lei n.º 9.478/97 e posteriormente replicado para outras agências reguladoras por força do art. 37, da lei n.º 9.986/2000. Em breve síntese, a Lei n.º 9.472/1997, no seu art. 54, estabeleceu os procedimentos de Pregão e Consulta e conferiu delegação legal para que a ANATEL regulamentasse os procedimentos, o que de fato ocorreu com a edição de regulamento próprio pela agência. Em relação ao Pregão, a discussão sobre a sua validade jurídica ficou prejudicada pela edição posterior da lei n.º 10.520/2002, que universalizou esta modalidade para toda a Administração Pública. Em linhas gerais, a Consulta facilitava a contratação de serviços técnicos especializados (que não versassem sobre serviços de engenharia). O procedimento era mais flexível e fixava a necessidade de ponderação entre elementos técnicos e econômicos das propostas apresentadas por prestadores consultados pela agência. Não eram estabelecidos valores-teto para a utilização da Consulta, que também poderia ficar restrita aos prestadores previamente selecionados pela autoridade pública. O STF se manifestou sobre o tema por meio de decisão liminar no bojo da ADI 1668-DF (que questionava a constitucionalidade dos poderes atribuídos à Anatel), mas não suspendeu a eficácia do art. 54 e dos dispositivos que tratavam da Consulta. Entretanto, o TCU, no Acórdão n.º 3151 /2011-Plenário (noticiado no informativo TCU n.º 88), interpretando a decisão do STF, reforçou a sua posição no sentido de ilegalidade da modalidade Consulta – que aparentemente não tem sido mais utilizada pela ANATEL ou outras agências desde então. Asseverou o TCU que para contratação de objetos não caracterizados como comuns, “deve incidir a regulação da Lei nº 8.666/93, que é norma geral de licitações e contratos, ‘não havendo mais como prosperar, depois da decisão liminar do STF na ADIn nº 1668-DF, a interpretação literal do art. 54, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.472/97, segundo a qual a lei de regência para a aquisição de bens e serviços (exceto de engenharia) pela Anatel é a LGT””. Acórdão n.º 3151 /2011-Plenário, TC-015.071/2009-2, rel. Min. José Jorge, 30.11.2011.

⁹⁶ No mesmo sentido, cabe comentar que o Banco Mundial edita cartilhas e guias de contratação que devem ser observados pelos países que contratam financiamento e outras formas de apoio financeiro com a referida instituição. Neste contexto, o Banco Mundial separa a contratação dos serviços de consultoria dos demais objetos de contratação, prevendo, entre outros elementos, a possibilidade de composição prévia de *shortlist* de empresas a serem sondadas pelo ente contratante e, conforme mencionado anteriormente neste capítulo, a previsão de maior peso para os critérios técnicos nas propostas apresentadas pelos interessados no certame (na ponderação entre técnica e preço, 80% da nota se refere a critérios técnicos). Nesse sentido, ver: The World Bank. Guidelines: Selection and Employment of Consultants. Washington, 2011. Disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266~isCURL:Y,00.html>, acesso em 24.05.2015, às 12:27h. Ainda, comentando sobre a influência desse conjunto de regras no regime de licitações e contratações

Ainda, a modalidade de licitação “concurso”, prevista no art. 51, §5º da lei n.º 8.666/93, também possui particularidades que desencorajam a sua utilização⁹⁷, principalmente a impossibilidade de interação entre a Administração e os licitantes para garantir que o desenho final do projeto esteja aderente ao interesse do ente público, o que reverbera na utilidade do produto final do trabalho⁹⁸.

Por fim, um ponto adicional a se comentar é o fato de que, comumente, a especificação do objeto dos contratos de prestação de serviços de consultoria técnica especializada, que usualmente atende pela designação de “termo de referência”, também é de elaboração complexa. Para que os serviços sejam executados de forma esmerada é necessário que os termos de referência da contratação sejam bem refinados e que prevejam com detalhes as atividades e produtos a serem entregues⁹⁹. Em situações em que essa diligência é executada de modo deficiente, o processo de desenvolvimento dos estudos pode não se processar de uma forma rápida e linear, ensejando renegociações e retrabalho.

Por fim, um último desafio associado às contratações públicas é a circunstância de que o ente público precisará despender recursos na contratação de consultores – custos esses que variam consideravelmente a depender da tipologia, abrangência e detalhamento das análises – mas que em regra não são módicos¹⁰⁰. Conforme destacado, os custos de estruturação em regra são marginais em relação aos investimentos e valores contratuais envolvidos, mas, ainda assim, a depender do escopo e nível de detalhamento, podem se caracterizar como valores consideráveis.

públicas adotado no Brasil, ver VARGAS, Daniel; REIS, Tarcila. *National and International Pies Taste de Same: The Role of the World Bank in the Flexibilization of Public Contracts Law in Brazil*. Artigo ainda não publicado, gentilmente cedido pelo autores. Mimeografado.

⁹⁷ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 123.

⁹⁸ Sobre o tema, vale conferir: SAADI, Mário. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. 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, p. 72.

⁹⁹ Num cenário ideal, devem estar contidos nestes termos de referência os objetivos e escopo da contratação e o fornecimento de informações de fundo. Cf. THE WORLD BANK. *Guidelines: Selection and Employment of Consultants*. Washington, 2011. Disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266~isCURL:Y,00.html>, acesso em 24.05.2015, às 12:27h.

¹⁰⁰ Não é possível conferir uma estimativa dos custos de estruturação envolvidos porque eles variam sobremaneira, a depender das especificidades técnicas de cada projeto e da capacidade de o ente público realizar parte das tarefas envolvidas por sua própria conta.

1.4.2.2 A celebração de parcerias com outros entes públicos

O segundo submodelo se assenta nas mesmas razões de insuficiência técnica e institucional dos entes públicos. Entretanto, a complementação das habilidades técnicas e operacionais do poder concedente se dá por meio da formação de parcerias com outros entes públicos, que podem ser formalizadas por meio de instrumentos associativos (não contratuais) positivados no sistema jurídico, como convênios e acordos de cooperação¹⁰¹.

Por exemplo, uma unidade de PPP de um Estado federado pode prestar suporte às equipes de um determinado município.¹⁰² Outra possibilidade seria a cooperação entre agências reguladoras de diferentes entes federativos. Seria até mesmo possível aventar a assessoria de entidades internacionais (pessoas jurídicas de direito público externo), como instituições multilaterais que visam o desenvolvimento (p.ex., BIRD e BID) e que podem auxiliar técnica e operacionalmente as equipes de determinado ente público nacional.

Na realidade, é bastante desejável que essa cooperação entre entes públicos (principalmente de diferentes esferas federativas) se torne realidade, especialmente no que tange ao suporte que os estados devem franquear aos municípios¹⁰³. Em muitos casos, mesmo em sede de competências constitucionalmente atribuídas aos municípios, soluções mais econômicas e eficientes passam pelo incremento de escala e compartilhamento de custos e infraestruturas, o que pode ser alcançado com a associação entre vários entes federativos. Para tanto, a participação dos estados se mostra necessária – não apenas para disponibilizar recursos financeiros e técnicos, mas também para conduzir esse esforço de integração entre os municípios envolvidos. Atualmente, essa realidade tem se tornado perceptível em algumas iniciativas relacionadas à integração de municípios por meio da formação de regiões metropolitanas, de modo a conferir mais eficiência e escala na prestação de serviços públicos como a disposição de resíduos sólidos, saneamento básico, mobilidade urbana e iluminação pública¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

¹⁰¹ A parceria mencionada neste item não se formaliza por meio de um contrato de prestação de serviços, nos termos da lei de licitações e contratos (o que consubstanciaria a hipótese do tópico anterior). Em relação à associação de entes de natureza pública para o desenvolvimento de projetos, não fazemos uma avaliação da possibilidade jurídica de utilização do modelo de contratação, ainda que, em tese, seja possível aventá-lo.

¹⁰² Na prática, isso tende a ser mesmo uma necessidade porque a maior parte dos municípios, em virtude de suas limitações financeiras, não desenvolverá muitos projetos de concessão, de forma que seria antieconômico manter estruturas perenes (e dispendiosas) para a modelagem de projetos.

¹⁰³ Atualmente, essa realidade tem se tornado perceptível em algumas iniciativas relacionadas com competências municipais, como a disposição de resíduos sólidos e iluminação pública. No setor de disposição de resíduos sólidos, um exemplo é o projeto de PPP capitaneado pelo Estado de Minas Gerais e que envolveu 43 municípios de sua região metropolitana. Informações adicionais podem ser acessadas em <http://ppp.mg.gov.br/contrato-de-programa-residuos-solidos-urbanos/page/153?view=page>.

¹⁰⁴ No setor de disposição de resíduos sólidos, um exemplo bastante interessante é o projeto de PPP capitaneado pelo Estado de Minas Gerais e que envolveu 43 municípios de sua região metropolitana. Informações adicionais

Diante do exposto, a agregação de suporte técnico (seja por meio de consultorias, seja por meio de parcerias com outros entes estatais) tende a ser duplamente benéfica. Primeiro, se permite que a experiência e habilidades técnicas necessárias para a conclusão da modelagem sejam incorporadas ao processo. Segundo, criam-se condições para que o ente público estruturante se beneficie e aprenda com esses prestadores de serviço e colaboradores, possibilitando a internalização desses conhecimentos e, conseqüentemente, diminuindo a dependência em projetos subsequentes.

Não existem propriamente objeções e inconvenientes na celebração das parcerias entre entes públicos, porém, elas nem sempre são materialmente possíveis. Em regra, mesmo os entes públicos mais capacitados encontram-se às voltas com os seus próprios desafios e projetos a concretizar. Na linha do que se mencionou antes, o que é mais frequente é a cooperação entre entes que possuem objetivos em comum, como no caso das regiões metropolitanas em que estados e municípios enxergam na colaboração uma forma eficiente de se desincumbirem de problemas compartilhados.

1.4.2.3 A autorização para que entes privados atuem por sua conta e risco na modelagem de concessões

O terceiro modelo que consta do rol de opções da Administração é a autorização para que entes privados atuem, por sua conta e risco, durante a fase preparatória da licitação por meio do desenvolvimento de propostas que abarquem o desenvolvimento de levantamentos, análises e estudos de viabilidade. Trata-se do modelo designado de PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse.

A fundamentação legal deste modelo pode ser reconduzida a basicamente três dispositivos inseridos em leis ordinárias federais: o art. 21, da lei n.º 8.987/95, que é o dispositivo mais importante e que traz os (poucos) critérios normativos que pautam a (extensa) regulamentação que tem sido editada; o art. 3º, da lei n.º 11.079/2004, que expressamente faz remissão ao dispositivo da lei geral de concessões e; o art. 2º, da lei n.º 11.922/2009, que estabeleceu uma delegação legal para que estados e municípios regulamentem o art. 21 da lei de concessões. No âmbito das regulamentações incidentes, a

podem ser acessadas em <http://ppp.mg.gov.br/contrato-de-programa-residuos-solidos-urbanos/page/153?view=page>.

¹⁰⁵ No caso das regiões metropolitanas, a comunhão de esforços entre o estado e seus municípios é bastante clara. Porém, mesmo em outras situações, seria bastante plausível, a nosso ver, sustentar o interesse do Estado em auxiliar municípios que integram a sua base territorial na estruturação de um projeto – ainda que não se trate de um serviço relacionado à existência de uma região metropolitana. Lembre-se que os projetos estão a tratar de serviços no mais das vezes fundamentais para a população – cuja qualidade, economicidade e efetividade na provisão é um interesse de todos os entes públicos.

mais importante (e, portanto, matriz das discussões incidentes sobre o modelo) é o decreto federal n.º 8.428/2015¹⁰⁶. A análise mais detalhada do PMI segundo o direito positivado no Brasil será foco das análises empreendidas nos capítulos IV, V e VI desta dissertação.

O PMI tem sido difundido pela doutrina jurídica e pelos profissionais que atuam na preparação de projetos de infraestrutura como uma ferramenta cooperativa entre os entes públicos e privados, que possibilita a superação de algumas das limitações referentes às contratações administrativas de consultorias técnicas.

Em regra, o procedimento se inicia com a publicação de um edital de chamamento público, pelo qual a Administração noticia o seu interesse em receber propostas e estudos, em linha com os critérios e delineamentos constantes do ato convocatório. Ato contínuo, os interessados poderão solicitar autorizações ao ente público para realizarem os referidos estudos, as quais serão conferidas em caráter precário e não exclusivo. Conforme será discutido no capítulo V, o PMI não enseja a formação de vínculos de caráter contratual.

Após o decurso de prazo fixado para a realização dos estudos, os materiais encaminhados ao ente público serão por ele avaliados e adaptados. Ao final, o ente público diligenciará a conclusão do processo de preparação de edital, minuta de contrato e demais documentos da licitação.

Para efeito de síntese, a atratividade deste procedimento para os entes públicos está fortemente relacionada à flexibilidade que o caracteriza¹⁰⁷. Como o PMI não é um modelo de contratação, a Administração Pública tem tido a liberdade para regulamentar o procedimento de acordo com as suas necessidades.

Em outras palavras, a plasticidade do modelo de PMI se revela de múltiplas formas. A mais perceptível é a liberdade para definir o detalhamento do edital de chamamento público. Neste caso, simplificada, pode-se adotar: (i) uma técnica minimalista, em que o edital contempla apenas os objetivos gerais de política pública a serem atingidos e deixa por conta dos interessados ampla liberdade para a apresentação de diferentes formatos de projetos

¹⁰⁶ Conforme bem anota Augusto Neves Dal Pozzo acerca do acrônimo PMI, “nada obstante a clareza do objeto declinado pelo Decreto, é de se notar que em nenhum momento é mencionada uma nomenclatura técnica para tanto. Procedimento de Manifestação de Interesse, nessa perspectiva, é um 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 (...)*, op. Cit., nota 33, p.57. Cabe destacar que o referido texto foi escrito sob a égide do decreto federal anterior, o decreto n.º 5.977/2006. A regulamentação atual, constante do decreto n.º 8.428/2015 faz alusão expressa ao termo PMI, em seu preâmbulo e art. 1º.

¹⁰⁷ Cf. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1.

no que tange à tipologia dos serviços incluídos, custos e tempo de implementação; ou (ii) uma técnica maximalista, em que o chamamento confere aos futuros autorizados liberdade para proporem soluções, desde que observados os resultados e diretrizes mínimas previamente especificados.

No PMI, sobretudo naqueles que são efetivamente transparentes, a etapa interna da licitação ganha uma importância diferente daquela observada nos processos licitatórios tradicionais. Na prática, os interessados na concessão já enxergam essa etapa como uma fase pré-licitatória e deveras importante, tanto que uma das diversas objeções articuladas em face destes procedimentos é uma tendência de pouca competição pelos direitos exploratórios da concessão, durante a fase externa do certame.

Independentemente das discussões e objeções que grassam a propósito desse mecanismo, entende-se que um aspecto meritório do PMI foi o de dar um primeiro passo no sentido de conferir transparência e institucionalizar uma dinâmica de interação que já era habitualmente praticada – mas de forma escamoteada¹⁰⁸. Novamente, o detalhamento deste mecanismo e de suas várias controvérsias será foco das discussões e informações a serem desenvolvidas nos capítulos IV, V e VI.

1.4.2.4 Informações e considerações adicionais sobre os modelos jurídicos disponíveis

A exposição das características principais dos diferentes formatos acima mencionados é um esforço de simplificação. Na verdade, os três modelos devem ser vistos como “tipos ideais”, que até podem aparecer de “forma pura”, mas que, na prática, tendem a ser combinados¹⁰⁹, gerando modelos híbridos.

É possível, por exemplo, que a análise e adaptação final de materiais e propostas apresentados por empresas autorizadas, no âmbito de um PMI, sejam conduzidas pelo ente público com o apoio de consultorias especializadas¹¹⁰. O apoio desses terceiros, contratados via licitação, pode incrementar a capacidade técnica do ente para bem avaliar os materiais

¹⁰⁸ 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://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>. Acesso em 26/06/2015, às 12h41. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30, p. 5.

¹⁰⁹ 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 <https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30, p. 4.

¹¹⁰ Essa estratégia foi adotada pelo Estado da Bahia na modelagem do projeto de PPP da Arena Fonte Nova, que se originou de uma PMI. Os documentos do projeto, inclusive a análise do consultor independente, estão divulgados em http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_fontenova.htm.

entregues pelos autorizados e formatá-los de acordo com as necessidades e linhas de ação priorizadas pelo governo. Aliás, é possível que este apoio técnico de consultores nos PMIs se dê antes mesmo da abertura de todo o procedimento, por meio da colaboração com o ente público na preparação do edital de chamamento, na preparação de critérios e na análise dos pedidos de autorização protocolados. Além de consultores, essas atividades poderiam igualmente ser conduzidas por colaboradores de outros entes públicos parceiros¹¹¹⁻¹¹².

Da mesma forma, o trabalho de modelagem do projeto pode ser desenvolvido internamente (pelas equipes do ente concedente), tendo apenas uma parte residual realizada por consultores contratados (em decorrência de especificidades técnicas). Na mesma linha, o PMI também pode ser usado para a obtenção de apenas algum estudo específico, que será acrescentado a outros de autoria do próprio ente concedente ou de seus consultores. Essa decisão pode ser motivada, por exemplo, pelo desejo de enriquecer o projeto a partir da oitiva dos agentes de mercado sobre as soluções mais atrativas num contexto de multiplicidade de opções técnicas existentes.

Enfim, a mensagem que se busca transmitir é que estes instrumentos não são mutuamente excludentes e podem ser mesclados para atender ao interesse do ente concedente de acordo com as peculiares de cada concessão. A definição sobre o melhor arranjo se insere no âmbito da discricionariedade administrativa, mas idealmente, deve levar em conta fatores concretos como a complexidade do projeto, o nível de institucionalidade e de capacidade técnica do ente público para conduzi-lo, os riscos inerentes a cada modelo e a urgência na demanda pública a ser satisfeita pelo projeto¹¹³.

Ainda, o recebimento de informações, propostas e estudos produzidos por terceiros também enseja pontos de atenção, seja na contratação de consultorias, seja na interação com a iniciativa privada via PMI.

¹¹¹ No que tange à contratação de consultores técnicos para atuarem no suporte aos PMIs, é importante destacar que, em nossa visão, parece fazer pouco sentido que tal contratação tenha por objeto simplesmente revisar os trabalhos desenvolvidos no seio de um PMI específico. Ou seja, se a Administração já se deu ao trabalho de conduzir uma licitação e contratar, tanto melhor que o consultor contratado fizesse o trabalho todo, mitigando problemas de assimetria de informação e conflito de interesses. Entretanto, a contratação de consultoria para auxiliar no âmbito de PMIs tenderia a fazer mais sentido para um contrato mais abrangente, que abrangesse diversos procedimentos.

¹¹² Uma dificuldade que se pode aventar para este modelo é a de que, por vezes, a participação privada via PMI pode não ser efetiva para prover todos os insumos necessários para a viabilização da licitação. A qualidade dos trabalhos pode ser ruim ou as informações apresentadas insuficientes. Neste caso, o trabalho dos consultores (ou apoiadores originários de outros entes públicos) seria mais extenso do que o originalmente planejado pela Administração, não se limitando apenas a avaliar, analisar e formatar a versão final do projeto – mas também preencher as suas lacunas.

¹¹³ 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?*. 2011. Disponível em <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30, p.9.

A dificuldade mais patente é que a supervisão dos trabalhos de consultores técnicos ou a avaliação de propostas e estudos entregues no âmbito dos PMIs também têm por pressuposto a capacidade dos entes estatais encarregados dos projetos de avaliar criticamente os materiais apresentados¹¹⁴⁻¹¹⁵, ou seja, de estabelecer um filtro público sobre as propostas privadas.

Em ambas as alternativas permanecerão sob a responsabilidade da Administração Pública os deveres de analisar, avaliar e, principalmente no caso do PMI, converter os materiais e documentos recebidos num projeto sistemático¹¹⁶. Afirma-se, inclusive, ser “mais adequado que a Administração Pública mantenha em seus quadros especialistas na gestão dos processos de estruturação de projetos do que especialistas no conteúdo da estruturação propriamente dita”¹¹⁷. Em suma, qualquer que seja a alternativa adotada, o sucesso da concessão estará atrelado à “capacidade de o governo manter um grupo de especialistas capazes de traduzir os interesses do poder público”¹¹⁸.

Além disso, na medida do que será abordado em mais detalhes nos capítulos subsequentes, é necessário reconhecer que este desafio é ainda mais patente nos PMIs em razão de déficits informacionais e do provável desalinhamento de interesses entre as partes.

¹¹⁴ Sobre os riscos envolvidos nesses processos, cabe destacar a seguinte passagem constante do já mencionado material produzido pelo RADAR PPP: “Além disso, a realização de PMIs implica, mais que em qualquer outra situação, na necessidade de capacidade governamental de avaliação crítica dos estudos realizados pelo setor privado. Isto porque é comum que tais estudos sejam repletos de viés que pode gerar licitações pouco competitivas ou representar um modelo de negócios com uma alocação de riscos ruim para o setor público. A realização de PMIs como substituição da capacidade governamental de preparar e planejar projetos é portanto uma prática muito perigosa. O instrumento deve ser visto como uma complementação de capacidades internas e não como o seu substituto. RADAR PPP. Guia prático para a estruturação de programas e projetos de PPP. Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/guia-pr%C3%A1tico-para-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-programas-e-projetos-de-ppp>. Acesso em 26.06.2015, às 12h09, p. 62.

¹¹⁵ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.118.

¹¹⁶ “[...] mesmo que a Administração Pública promovesse a contratação de uma empresa para realizar os projetos ou até nos casos em que estes 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. (...), op. Cit., nota 33, p. 66.

¹¹⁷ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 118; PEREIRA, BRUMO RAMOS. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?* Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2011, p. 3. Disponível em <https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30.

¹¹⁸ RADAR PPP. Guia prático para a estruturação de programas e projetos de PPP. Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/guia-pr%C3%A1tico-para-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-programas-e-projetos-de-ppp>. Acesso em 26.06.2015, às 12h09, p. 56.

Neste ponto, cabe mencionar uma última ideia. Diferentemente do que será desenhado para o cenário do direito comparado, o Brasil ainda se ressentido de um modelo de contratação que promova o diálogo e interação entre o Estado e potenciais contratantes antes da celebração do contrato (ou seja, um diálogo público-privado no momento pré-contratual). No cenário internacional, alguns países já adoram o modelo de Diálogo Competitivo (cujas características gerais serão tratadas no capítulo III), no qual, as partes interagem previamente à assinatura do contrato de modo a especificar melhor o objeto contratual e condições da contratação. Esse modelo tem traços bastante positivos e que podem ser uma resposta efetiva para alguns dos problemas que hoje se busca solucionar por meio do PMI¹¹⁹.

1.4.3 A formação de parcerias com *facilities*

A experiência internacional revela diversos casos de sucesso envolvendo a constituição de parcerias entre entes de governo e unidades especializadas na preparação de projetos, as quais são usualmente designadas na língua inglesa de *facilities*¹²⁰. Apesar de essas entidades mesclarem algumas das características das “unidades de PPP” e das consultorias técnicas, conforme examinadas nos subtópicos anteriores, elas também possuem atributos bastante peculiares.

Primeiro, as *facilities* são unidades especializadas (i) na coordenação e acompanhamento da estruturação de projetos por meio da elaboração dos estudos de viabilidade e (ii) na gestão da governança entre diversos *stakeholders* públicos e privados. Segundo, essas entidades são especificamente voltadas para a prestação de serviços de assessoria aos entes públicos, incorporando, para tanto, regras voltadas para a transparência e mitigação de conflitos de interesse. O seu campo de atuação, assim, é mais restrito, estando voltado para apoiar o setor público no desenvolvimento de seus projetos.

A despeito da relevância e do interesse público das atividades desempenhadas por estas entidades, elas não são instituições de Estado. Normalmente, o formato mais comum é a preponderância do capital privado, de modo a não ensejar a incidência do regime jurídico próprio das entidades estatais.

¹¹⁹ Sobre a necessidade de estabelecer modelos de diálogo público-privado na fase pré-contratual, vale conferir: MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. Revista dos Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n.2, p. 61-74, set. 2012/dez.2013. No referido texto, o autor aborda com bastante propriedade os argumentos-chave que legitimam e justificam a negociação pré-contratual, embora se limite a tratar especificamente do aperfeiçoamento da proposta proclamada como vencedora no certame licitatório.

¹²⁰ Optou-se deliberadamente por não fazer a tradução da expressão.

A proposta das *facilities* é instrumentalizar a expertise e flexibilidades próprias do regime jurídico privado para o atingimento de fins almejados tanto pelo Estado como pelos particulares – tema que hoje está bastante em voga nas discussões sobre a participação acionária minoritária do Estado que enseja entidades “semiestatais (ou semiprivadas)”.

Existem diversos exemplos na experiência internacional¹²¹, sendo a mais destacada delas a antiga *Partnerships United Kingdom/PUK* (atualmente transformada em *Infrastructure United Kingdom/IUK*)¹²²⁻¹²³. Tratou-se de uma unidade de infraestrutura britânica criada para apoiar diferentes esferas governamentais do Reino Unido, composta majoritariamente com recursos privados¹²⁴. No Brasil, iniciativas que assimilem essa lógica ainda são muito incipientes. Tem-se notícia de que este modelo foi reproduzido pela Estruturadora Brasileira de Projetos/EBP)¹²⁵ e pelo *Private Sector Participation Development Program/PSP Facility*¹²⁶ (gerido no Brasil pelo *International Finance Corporation/IFC*, que é uma instituição que integra o grupo Banco Mundial).

No Direito brasileiro, a depender da estratégia adotada por cada instituição que venha a atuar nesse mercado, a sua associação com o Estado pode se formalizar tanto por contratações administrativas como por meio de autorizações, nos termos da legislação aplicável ao PMI. A legislação, especialmente a que trata de licitações e contratações administrativas, não dispõe de mecanismos específicos para facilitar a formalização de relações jurídicas com estas entidades, a despeito do alinhamento de interesses e potenciais vantagens decorrentes dessa associação.

¹²¹ Existem diversas entidades com essas características em outros países. Informações adicionais sobre este modelo (e diretrizes essenciais que devem ser por ele incorporados) podem ser acessadas na seguinte referência: AFRICA STRATEGIC INFRASTRUCUTURE INITIATIVE. A Principled Approach to Infrastructure Project Preparation facilities. World Economic Forum, 2015. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_African_Strategic_Infrastructure_Initiative_2015_IPPF_report.pdf. Acesso em 26/06/2015, às 12h33.

¹²² Informações adicionais acessíveis em <https://www.gov.uk/government/organisations/infrastructure-uk/about>

¹²³ A propósito do tema, sugere-se como referência: EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. EPEC. United Kingdom - England. PPP Units and Related Institutional Framework. Junho de 2012. Disponível em http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_uk_england_public_en.pdf. Acesso em 19/06/2015, às 14h.

¹²⁴ Segundo Javier Encinas, a PUK foi fundada no Reino Unido em 2000 como parte de um esforço iniciado dentro do governo britânico para aprofundar a utilização de PPPs no país. A PUK foi estruturada com 11 investidores privados (representativos de 51% do capital, sendo 34,4% integralizado por instituições financeiras), o Tesouro Britânico (46%) e o governo escocês (4%). Segundo o autor, contém especialistas em contratações públicas, gestão de projetos, Direito, Contabilidade Pública, nos mais variados setores de transporte, saúde, educação, habitação, defesa, disposição de resíduos sólidos, saneamento etc. ENCINAS, Javier. *Partnerships UK*. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/budgeting/42345044.pdf>. Acesso em 19/06/2015, às 14h12.

¹²⁵ A EBP é uma empresa privada que tem como sócios bancos privados e estatais. Informações adicionais podem ser acessadas em http://www.ebpbrasil.com/ebp2014/web/conteudo_pti.asp?idioma=0&conta=45&tipo=52318

¹²⁶ Composto a partir de recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento/BID, BNDES e IFC.

1.5 Conclusão

A proposta do presente capítulo foi retratar as complexidades envolvidas durante a preparação dos projetos. Num esforço de síntese, seria possível dizer que tal complexidade se revela pelo menos de duas formas.

A primeira é a complexidade técnica, que se evidencia na multiplicidade de tarefas e análises que caracterizam os diferentes blocos de estudos desenvolvidos durante a estruturação das concessões. Essa dificuldade também se corporifica na difícil governança e composição de interesses entre os diferentes atores públicos e privados envolvidos no processo.

A segunda faceta das dificuldades enfrentadas na preparação dos projetos se refere às limitações dos diferentes instrumentos jurídicos que podem ser usados, tais como a execução das atividades diretamente pelas equipes do ente público, contratações de assessorias técnicas e PMIs. Cada um desses modelos apresenta vantagens e limitações.

Não é difícil concluir que os atores que apoiam o ente concedente na estruturação do projeto exercem grande influência em decisões sobre elementos-chave da modelagem do projeto e dos documentos da licitação.

No capítulo seguinte, o enfoque será a ideia de contrato de concessão como estratégia regulatória, ou seja, de contrato de concessão como o eixo central da relação jurídica e negocial mantida entre o ente concedente e o concessionário. Com o somatório dos capítulos I e II, a proposta é descortinar as oportunidades de captura na regulação exercida via contratos de concessão e os efeitos deletérios que podem surgir caso essa cooptação se concretize. Essas informações constituem o instrumental necessário para uma análise mais robusta e efetiva acerca do modelo de PMI.

2 O CONTRATO DE CONCESSÃO COMO ESTRATÉGIA E INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO PÚBLICA

2.1 Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo

O presente capítulo abordará o contrato de concessão na condição de instrumento regulatório principal da relação jurídica e negocial a ser estabelecida entre o concessionário e o Estado, evidenciando, a partir desta descrição, os riscos decorrentes da potencial captura regulatória que pode ocorrer na etapa de modelagem do projeto.

Conforme será exposto, eventual captura no processo de preparação do contrato (o que compreende a execução dos estudos de viabilidade e preparação dos documentos licitatórios) tende a perpetuar vícios e gravames em regra bastante onerosos aos usuários e ao Estado¹²⁷. Nesse contexto, o risco de captura tende a ser incrementado quando o ente público interage com agentes de mercado diretamente interessados na licitação – sobretudo no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI – sendo esse, portanto, o nexos deste capítulo com o tema central da presente dissertação.

O capítulo foi segmentado conforme o plano de trabalho descrito na sequência.

O tópico 2 traz aportes teóricos relativos ao *Direito & Economia* (ou *Análise Econômica do Direito/AED*), buscando descrever a importância da abertura cognitiva recíproca entre os racionais jurídico e econômico, o que se mostra bastante pertinente para caracterizar o contexto de aproximação público-privada nas contratações públicas e, em especial, nos projetos de infraestrutura modelados sob o formato de concessões; o tópico 3 aborda a ideia de que funções regulatórias podem ser manejadas pelos contratos administrativos; o tópico 4 enfoca especificamente a estratégia de regulação pública operada via contratos de concessão, descrevendo sumariamente suas características e principais desafios; o tópico 5 trata da captura regulatória em sede de regulação operada via contratos de concessão, especialmente a que se processa durante a preparação do projeto a ser licitado. O tópico final arremata as principais informações do capítulo.

¹²⁷ A abordagem aqui empreendida assumirá uma função complementar àquela desenvolvida no capítulo anterior, que apresentou o detalhamento das tarefas executadas pela Administração Pública durante o ciclo de estruturação de projetos e do ferramental jurídico que pode ser manuseado. A ideia central lá explorada é que a fase preparatória da licitação (ou *fase interna*, conforme terminologia mais difundida) é custosa, complexa e enseja desafios peculiares. Além disso, as dificuldades relatadas tendem a ser incrementadas em razão de limitações institucionais e técnicas do setor público e pelo regime jurídico a que se submete. É nesse que contexto que os riscos de cooptação e captura na preparação dos projetos são majorados.

2.2 Contribuições do *Direito & Economia* para a abordagem das contratações públicas e do direito das concessões

De modo amplo, a relação entre Direito e Economia corresponde ao objeto de estudo da *Análise Econômica do Direito/AED* ou *Direito e Economia*¹²⁸. Essa abordagem preconiza a superação da visão ainda comum aos profissionais do Direito de, por um lado, uma incomunicabilidade entre os sistemas jurídico e econômico e, por outro, da existência de vetores próprios de interpretação e orientação do estudo de cada sistema, quais sejam a *justiça* (como elemento central do Direito) e a *eficiência* (como orientador da abordagem econômica)¹²⁹⁻¹³⁰. Nas palavras de Carlos Ari Sunfeld, essa relação cognitiva ambivalente entre Direito e Economia tende a resultar em “operações juridicamente consistentes, propiciando eficiência econômica e concorrência, mas também equilíbrio com outros valores institucionais”¹³¹.

Em linhas gerais, o ponto de contato entre a AED e os temas tratados no presente capítulo (e dissertação) é a ideia de que a função regulatória operada via contratos e a discussão sobre os instrumentos aplicáveis na preparação e implantação de projetos não podem ser examinados a partir de uma visão puramente jurídica. A correta compreensão destes temas tem por pressuposto uma visão mais abrangente, que necessariamente agrega como ferramenta de análise a atenção para aspectos econômicos da relação entre Estado e agentes de mercado.

¹²⁸ Ambos os termos são doutrinariamente utilizados para se referir a este campo de estudo. Não fazemos juízo aqui sobre o mais correto, mas há uma tendência nas obras de referência sobre o tema a se preferir o segundo.

¹²⁹ Nesse sentido, cabe o exame do excelente texto de Bruno Meyerhof Salama, que apresenta as linhas gerais e a evolução do estudo do *Direito e Economia* no cenário americano, sua recente e lenta assimilação pela academia brasileira e dos objetivos gerais e conceitos centrais da disciplina. Destaca o autor que o projeto acadêmico da disciplina Direito e Economia “deve ser essencialmente o de (a) aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate, (b) apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos, inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, mas tendo em conta que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos.” SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>, Acesso em 10/08/2014, às 7h, p. 16.

¹³⁰ Uma abordagem histórica do tema pode ser visualizada na obra de Ejan Mackaay. Nesse sentido: “The economic analysis of law, or law and economics, may be defined as ‘the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions’ (Rowley, 1989b, p. 125)” (em tradução livre: “A análise econômica do direito, ou direito e economia, pode ser definida como ‘a aplicação da teoria econômica e métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e impacto do direito e instituições legais”). MACKAAY, Ejan. *The History of Law and Economics v. I* (Bouckaert and de Gheest, eds.) 65 (2000). Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>, Acesso em 26/06/2015, às 15h.

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: Guerra, Sergio (ord.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 100.

O que hoje se sustenta, a partir das ideias relativas à AED, é que uma abordagem mais precisa do Direito deve considerar as repercussões econômicas e a estrutura de incentivos decorrentes das normas jurídicas¹³²⁻¹³³ – leis, regulamentos, contratos e decisões judiciais. A visão tradicional de separação absoluta (incomunicabilidade entre Direito e Economia) seria não apenas artificial, mas em certa medida prejudicial – sobretudo diante da constatação de que atos normativos e administrativos podem ser ineficientes para o atingimento dos fins pretendidos ou, ainda mais grave, podem ensejar repercussões econômicas imprevistas e indesejadas¹³⁴.

Diante do que se expôs, pode-se perceber a forte conexão que se coloca entre os contratos do qual o Estado é parte (e aqui o enfoque principal são os contratos de concessão) e a abordagem econômica do Direito. Não por acaso, a gestão pública hoje está cada vez mais relacionada à formalização de bons negócios, sobretudo na provisão de serviços públicos e outras atividades cuja competência material tenha sido reservada ao Estado. A disponibilização de infraestrutura, seja nos setores de logística (como estradas, ferrovias, portos, aeroportos) ou utilidades sociais (como mobilidade urbana, saúde e educação, saneamento, resíduos sólidos, iluminação pública), é essencial para o desenvolvimento econômico-social e, pelas mais variadas razões (exploradas na introdução desta dissertação), não pode ser dissociada da ação estatal.¹³⁵

Portanto, na estruturação de projetos de concessão, a AED pode contribuir pelo menos de duas formas.

¹³² As normas jurídicas (incluindo-se as normas inseridas num contrato administrativo) devem gerar uma estrutura de incentivos adequada para o atingimento de finalidades de interesse público. As decisões fundamentais tomadas pelos agentes econômicos - e que afetam a Economia e o desenvolvimento - são determinadas pela estrutura de incentivos inseridas nas normas jurídicas. Tais estruturas estão diretamente relacionadas com decisões-chave dos agentes econômicos, como as de investir, produzir, onde produzir, como, quando e a que custo, comprar ou não comprar, vender ou não vender. Nesse sentido, ver: BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. *A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n.23, p. 141-157, jul./ set. 2008.

¹³³ Na síntese de Carlos Ari Sundfeld, “o direito como um todo é, portanto, essencial às operações econômicas: determina o espaço em que elas podem ocorrer e condiciona sua montagem, a definição de seu conteúdo e sua efetiva execução”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: Guerra, Sergio (ord.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 97.

¹³⁴ Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, a abertura cognitiva do direito para a economia agregará aos profissionais do direito “(...) uma compreensão diferente do processo e do acordo judicial, uma compreensão que o ajudará a se tornar um ‘engenheiro de custos de transação’ mais eficiente”. COOTER, ROBERT. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. P. ix.

¹³⁵ Cf. PINTO, Marcos Barbosa. *A Função Econômica das PPP's*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, maio-jun-jul, 2005, p.8. Disponível em www.direitodoEstado.com.br. Acesso em 15/11/2014, às 15h40 e CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *A eficiência econômica das Parcerias Público-Privadas e do financiamento de projetos (Project finance) como mecanismo para o desenvolvimento de infraestrutura estatal*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n.3, jan/jun.2013, p. 4.

A primeira é que a tarefa de desenhar contratos públicos eficientes pressupõe necessariamente o trabalho de formatar uma estrutura de incentivos atrativa (rentabilidade dos projetos, divisão e mitigação de riscos, incentivos para a boa performance etc.) para o engajamento do setor privado. Esse é o mote dos contratos de concessão no Brasil, que são disciplinados por uma legislação que já incorpora uma série de instrumentos voltados para a geração de incentivos à boa performance do concessionário. Dessa forma, convém que estes contratos, devido à sua aptidão como instrumento de regulação (tema que desenvolveremos com mais cuidado nos tópicos seguintes), incorporem corretamente estes mecanismos de incentivo como forma de promover a eficiência na prestação dos serviços delegados¹³⁶.

Além disso, atrair a participação de agentes privados para estes projetos não é uma tarefa simples. Sob a perspectiva de uma decisão de investimento, o contrato de concessão envolve temas econômicos que podem ser percebidos como sensíveis na tomada de decisão de investimento a ser exercida pelos entes privados. Portanto, cabe ao Estado, durante a modelagem do projeto, diligenciar para que a regulação operada pelo contrato (e o nível de informação divulgada no bojo do procedimento licitatório, na esteira do que se apresentou no capítulo I) atenuem esses pontos de cautela, dentre os quais podem ser mencionados:

- a) a grande soma de investimentos envolvidos, normalmente necessários para a disponibilização da infraestrutura sobre a qual serão prestados os serviços concedidos¹³⁷. Além disso, esses investimentos antecedem o início da fase de operação do empreendimento e, conseqüentemente, o início da geração de receitas provenientes da execução de serviços¹³⁸;
- b) a responsabilidade dos agentes privados pelo levantamento de recursos financeiros necessários à viabilização do projeto, seja na contratação de

¹³⁶ Um panorama dos mecanismos de incentivo positivados na legislação brasileira que trata de normas gerais em matéria de concessões será descrito no tópico 4.5 deste capítulo.

¹³⁷ Em regra, o início da prestação efetiva dos serviços é precedida de investimentos realizados pelo concessionário. Entretanto, é possível a realização de concessões em que o volume de investimentos seja pequeno ou que tenha sido previamente executado pelo Estado, por meio de outros formatos jurídicos.

¹³⁸ No ciclo de execução de um projeto, essa é uma das fases mais intensivas em riscos, dado que, por questões variadas (ambientais, riscos geológicos, contingências enfrentadas pelos concessionários), a execução de investimentos pode não ser finalizada e os serviços podem não começar a ser prestados. A não conclusão do empreendimento e da respectiva geração de receitas não é um risco apenas aos sócios da concessionária, mas também aos financiadores do projeto, ainda que existam formas de mitigação destes riscos (como a contratação de seguros específicos).

financiamentos junto às instituições financeiras¹³⁹, seja no aporte de recursos próprios;

c) a necessidade de prazos muito longos para que os investimentos possam ser amortizados e o projeto possa trazer retorno aos investidores;

d) a natural incompletude que marca contratos de longo prazo, por exemplo, diante da inviabilidade de prever todas as situações de potencial conflito e da dificuldade de endereçar o impacto operacional e financeiro de inovações tecnológicas;

e) a inerente mutabilidade do interesse público e reorientação de diretrizes e vetores da ação estatal, sobretudo em razão da provável alternância de diferentes grupos políticos no comando do ente federativo concedente durante a vigência contratual (o que podemos genericamente designar de “risco político”)¹⁴⁰⁻¹⁴¹; e

f) o risco de crédito do Estado brasileiro, o que é ainda mais relevante nos contratos de concessão formatados sob o modelo de PPP. Sem entrar nos detalhes e mérito da alcunha de “mau pagador”, usualmente atribuída ao Estado brasileiro em sede de contratos públicos, o fato é que o mercado enxerga com desconfiança a celebração de contratos de longo prazo e de elevada monta com o setor público, inclusive em razão do sistema especial de pagamento de débitos fazendários previsto no art. 100, da Constituição¹⁴²⁻¹⁴³. O inadimplemento pode decorrer de fatores variados, como a não

¹³⁹ Como o mercado financiador ainda não consegue operar com taxas de juros atrativas, a partir de estruturas de financiamento garantidas exclusivamente com os recebíveis do projeto (usualmente designadas de “*project finance non recourse*”), normalmente são exigidas garantias fidejussórias (corporativas) ou reais das empresas sócias da concessionária. As garantias corporativas, se constituídas, devem ser contabilizadas nos balanços das empresas, afetando seus indicadores de endividamento e, consequentemente, limitando a possibilidade de alavancar novos recursos no mercado para outros projetos. Não cabe aqui aprofundar o tema, mas, por uma variedade de razões, inclusive de ordem tributária, a possibilidade de captar recursos de terceiros é essencial para garantir a atratividade dos projetos, em função da menor onerosidade desse capital em comparação aos recursos dos próprios acionistas.

¹⁴⁰ Como é cediço, mesmo quando a ingerência ocorre de modo isolado (num contrato específico) os seus efeitos se espraiam de modo sistêmico para os demais negócios do Estado - sendo consequentemente traduzidos em maior onerosidade em futuros contratos. A utilização de prerrogativas contratuais (como alterações e rescisões unilaterais) ou “viradas” regulatórias, ainda que legalmente admissíveis, implicam em instabilidade e desconfiança no ambiente negocial.

¹⁴¹ Na mesma toada, Marçal Justen Filho destaca a importância de que o contrato de concessão seja enxergado como um instrumento associativo. Sustenta o referido autor que o insucesso do concessionário “trará problemas infundáveis para o Estado”, especialmente os relacionados “à cessação da atividade empresarial, à intervenção inevitável por parte do poder concedente e à indenização do particular por seus direitos”. Completa ainda o autor, aduzindo novas razões para o engajamento do ente público no sucesso da concessão: “o êxito do concessionário traduzir-se-á na ampliação do número e qualidade de empregos, pagamento de tributos, aperfeiçoamento tecnológico e ampliação da atividade econômica em seu todo” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria (...)*, op. Cit., nota 40, p. 199.

¹⁴² O risco de inadimplemento pode estar associado, primeiramente, à reorientação de diretrizes políticas do ente público, como a refração ideológica ao modelo de concessão e opção pela execução direta de atividades do Estado. Neste caso de redefinição de prioridades e ações públicas, o instrumento menos traumático seria a encampação da concessão pelo ente público, com a prévia indenização do concessionário pelos investimentos executados e ainda não amortizados. Para o concessionário, essa é a situação “menos traumática”, mas ainda

previsão da despesa em leis orçamentárias, o contingenciamento devido a limitações financeiras e, até mesmo, a burocracia estatal para efetuar o pagamento, que podem impingir atrasos longos e reiterados.

Os fatores mencionados acima, que certamente podem ser somados a outros também relevantes, aumentam a percepção de risco daqueles interessados em negociar com o Estado. Por isso, a importância de usar o contrato como um instrumento de mitigação destes riscos.

Conforme já tratado no capítulo I, os riscos devem ser compreendidos como custos adicionais que se agregam ao modelo financeiro do projeto e resultam na maior onerosidade para o Estado e/ou usuários. Num cenário de incerteza, o investidor tende a dimensionar a probabilidade de concretização dos riscos e o seu efeito financeiro de forma conservadora¹⁴⁴. Quando as percepções de risco dos interessados no projeto forem demasiado elevadas e não comportáveis pelo preço de reserva¹⁴⁵ definido pelo ente concedente, a licitação será deserta.

Decisões de investimentos são tomadas em função de previsibilidade e expectativas futuras, daí a importância de ambientes institucionais estáveis, do desenvolvimento de uma cultura de respeito aos contratos e do amadurecimento de boas práticas contratuais para incorporar instrumentos de mitigação de riscos. São essas considerações que animam a ideia de que o contrato de concessão funciona como um instrumento regulatório, ideia que será aprofundada ainda neste capítulo. O contrato, por ser um instrumento por excelência de

assim (i) não cobre o custo de oportunidade de ter deixado de optar por outros projetos que não teriam sido rescindidos, (ii) não cobre os lucros cessantes da concessão e (iii) abre margem para que a indenização pela encampação se faça num valor inferior ao efetivamente devido. No entanto, a situação mais problemática é que a encampação pode não ser a solução adotada pelo Estado. O ente público pode, estrategicamente e ao arpejo do Direito, tentar fundamentar a extinção dessa relação jurídica numa execução deficiente do contrato, no sentido de tentar configurar uma hipótese de caducidade contratual. Ainda que os investimentos devam ser ressarcidos em caso de caducidade, a diferença mais relevante é que esse reembolso não se faz no início do processo. A indenização, salvo nas situações de constituição prévia de garantias (contratos de PPP), será obtida no âmbito do processo fazendário de pagamento de condenações pecuniárias – precatórios.

¹⁴³ Não é à toa que a lei de PPP previu a possibilidade de instituição em favor do ente privado de garantias pelo inadimplemento contratual, embora seja de conhecimento notório que os entes públicos brasileiros ainda patinam no desenvolvimento de estruturas de garantia líquidas, robustas e juridicamente seguras.

¹⁴⁴ A decisão de participar do processo de licitação cujo objeto é a adjudicação dos direitos exploratórios da concessão irá se basear numa equação de risco-retorno. No caso das concessões comuns (reguladas na lei n.º 8.987/95), os custos irão reverberar na redução do valor de outorga a ser pago pelo licitante vencedor ou no aumento dos valores de tarifas a serem cobrados dos usuários diretos dos serviços. Na hipótese de uma PPP (regulada pela lei n.º 11.079/2004), os riscos representarão o aumento do valor da contraprestação pública a ser demandada do Estado e/ou aumento de tarifas (no caso de uma PPP patrocinada em que a tarifa figure como uma variável de leilão).

¹⁴⁵ O Preço de reserva é o valor de referência informado nos editais de concessão (alcançado a partir dos estudos econômico-financeiros), como o valor mínimo de outorga, o valor máximo de tarifa e o valor máximo de contraprestação pública. Se esses limites não forem, na visão dos interessados, suficientes para compensar os custos (aqui compreendidos os riscos do projeto) e a margem de retorno esperada, a tendência é que a licitação seja deserta.

previsibilidade e segurança jurídica, confere estabilidade à relação jurídica e negocial entre os parceiros público e privado.

2.3 Os contratos públicos como instrumento de regulação

A atividade de regulação administrativa pode ser executada por meio de diferentes estratégias, entre elas, a celebração de contratos de direito público. De modo a corretamente abordar essa ideia, o presente tópico foi cindido em duas partes: na primeira é apresentado um breve panorama dos diferentes formatos que atualmente podem revestir a atividade de regulação; a segunda aprofunda a ideia de que os contratos administrativos podem ser apropriados, de diferentes formas, para fins regulatórios.

2.3.1 Os diferentes formatos da atividade regulatória

Entendida numa abordagem mais tradicional, a regulação diz respeito a um sistema de controle e/ou orientação de condutas e comportamentos, que se materializa de forma positiva (por meio de determinações) ou negativa (por exemplo, por meio de proibições, limitações e advertências). Segundo Odete Medauar, a regulação vai além da noção de intervenção, dado que “inclui mecanismos de consenso, acordo, ouvida de interessados, ao lado da fixação de normas, fiscalização do cumprimento destas e imposição de sanções por descumprimento”¹⁴⁶.

Vertentes mais recentes do estudo da regulação descrevem que essa atividade pode se manifestar de modo mais sutil. Neste contexto, outra terminologia bastante difundida é a de classificar a regulação em *hard* (“dura”), quando vinculante e ensejadora de sanções pelo seu descumprimento, e *soft* (“macia”), quando relativa à edição de diretrizes e normas de caráter orientador (o que é comum em muitos sistemas de comitês ou entidades supranacionais, em ambos os casos dotados de poderes interventivos limitados) ou até mesmo o uso da chamada “regulação comportamental”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *Público-privado*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach, Op. Cit., nota 2, p. 47.

¹⁴⁷ Em linhas gerais, a regulação comportamental se fundamenta na premissa de que o Estado poderia atuar de forma paternalista, desenvolvendo uma *arquitetura de escolhas* que incentive os indivíduos a adotarem comportamentos e decisões que na visão estatal são mais “proveitosos”. Argumenta-se que os indivíduos, em suas escolhas e comportamentos, manifestam inclinações e percepções distorcidas ou déficits informacionais. Essas “falhas comportamentais” normalmente os levam a realizar escolhas não racionais. Num ambiente marcadamente liberal como o norte-americano, essa vertente da regulação se submete a diversas críticas, sobretudo aquelas que têm matriz libertária e afirmam que uma regulação dessa natureza seria uma forma escamoteada (portanto, pouco controlável) de intervenção na autonomia individual. Aduzindo um contraponto, os entusiastas da regulação comportamental defendem que a proposta deste modelo não é a de eliminar por completo a autonomia decisória individual, mas sim encorajar comportamentos e decisões tidas como mais

No campo da regulação proveniente do Estado, as formas mais comuns de materialização dessa atividade correspondem à edição de normas¹⁴⁸ (atos materialmente normativos como leis, decretos, regulamentos administrativos) e o manejo de atividades de cunho fiscalizatório (operadas para dar executividade aos atos normativos regulatórios produzidos). Não obstante, no campo do direito público existem outros mecanismos adicionais aptos a ensejarem a “orientação”¹⁴⁹ característica da atividade regulatória, a exemplo da instrumentalização da propriedade pública¹⁵⁰ e dos contratos públicos – este último, tema que retornaremos adiante.

Entretanto, ao se tratar de regulação, não se está necessariamente a falar de Estado. O primeiro dado é que mesmo os agentes privados já estabelecem, num sentido amplo, a regulação de seus interesses e relações jurídicas. É o caso dos contratos privados, que correspondem a uma forma de “autorregulação”.

Além disso, outro fenômeno (também não exatamente recente) é que parte da regulação que interessa ao Estado tem sua fonte em entes privados ou público-privados¹⁵¹ (ou semiprivados), alguns de natureza transnacional. Frequentemente, algumas dessas entidades

racionalis, por meio do que Cass Sunstein denominou de “nudges”. Nesse sentido: JOLLS, Christine. *Behavioral Law and Economics*. (2006). Yale Law School, Public Law Working Paper No. 130; Yale Law & Economics Research Paper No. 342. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=959177>; SUNSTEIN, Cass R., *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism* (November 29, 2012). Yale Law Journal, Forthcoming. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2182619>. Acesso em 20/06/2015, às 16h; LA PORTA, Rafael and LOPEZ DE SILANES, Florencio and SHLEIFER, Andrei. *The Economic Consequences of Legal Origins* (2007). Journal of Economic Literature, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1028081>, acesso em 01/06/2015, às 16h25.

¹⁴⁸ Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, a regulação econômica operada pelo Estado pode ser definida como um “conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha de empresas, dos profissionais liberais e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado”. Prosseguem os referidos autores: “Regulação não é a mesma coisa que regulamentação – termos às vezes utilizados como se fossem sinônimos -, em face da confusão que surge por ambos serem relacionados ao vocabulário inglês *regulation*. Assim, queremos desde logo realçar que regulação e regulamentação possuem acepções diversas. Em especial, entendemos ser a regulação realizada em um plano mais elevado e geral de intervenção estatal, enquanto a regulamentação se refere ao detalhamento normativo dessa intervenção”. PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2005, p. 254.

¹⁴⁹ GOLÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.95.

¹⁵⁰ Neste sentido, um exemplo recente e bastante ilustrativo no Brasil foi a instrumentalização de bancos estatais para a redução do *spread* bancário, que continuava muito elevado mesmo após sucessivas reduções da taxa básica de juros (SELIC). Por determinação estatal, os bancos estatais iniciaram um movimento de redução de suas taxas, o que repercutiu na redução de juros e outros encargos financeiros cobrados pelas instituições privadas. Nesse sentido, ver: Valor Econômico. *Spread bancário sob os holofotes*. Disponível em: <http://www.valor.com.br/valor-investe/casa-das-caldeiras/2606272/spread-bancario-sob-holofotes#ixzz3Ib8TRihD>. Acesso em 25.05.2015, acesso em 26/06/2015, às 15h48.

¹⁵¹ MOREIRA, Egon Bockman. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p.5

adotam a forma de associações de agentes econômicos e também têm por objetivo institucional a edição de regras que importem em *autorregulação*¹⁵²⁻¹⁵³.

Tendo sido exposta a multiplicidade de formatos aplicáveis para a atividade de regulação, é importante pontuar que o campo de estudo mais pertinente aos objetivos esposados por este trabalho é o da regulação administrativa.

Quando se qualifica a regulação como administrativa se está a tratar da regulação de origem estatal, mais precisamente da proveniente das diferentes entidades que integram a Administração Pública. Trata-se do exercício de uma função administrativa¹⁵⁴, representada por um conjunto de intervenções estatais, sobretudo aquelas exercidas sobre agentes econômicos privados¹⁵⁵. Pode ser concretizada, por exemplo, por meio de regulamentos administrativos (abrangendo-se aqui os editados pela Administração direta ou suas agências), manifestações do consentimento de política (licenças e autorizações), proibições, sanções administrativas, fomento público, contratos administrativos¹⁵⁶ etc.

Portanto, em meio à multiplicidade de formatos pela qual pode ser instrumentalizada, a função administrativa de regulação pode se manifestar como heterorregulação ou autorregulação¹⁵⁷, podendo neste segundo serem incluídos os contratos administrativos¹⁵⁸, categoria de que se ocupa o tópico subsequente.

¹⁵² Giandomenico Majone destaca que: “Esse modo possui uma longa tradição entre os ofícios e as profissões, mas, em tempos mais recentes, ele se estendeu a outras áreas, como pensões profissionais, segurança industrial, padronização técnica e serviços financeiros. Uma organização autorregulatória (SRO, *selfregulatory organization*) pode comandar normalmente um nível maior de experiência e conhecimento técnico de práticas na área pertinente do que uma agência pública. Uma segunda vantagem é que as regras lançadas por um órgão privado são menos formalizadas do que as regras lançadas por regimes regulatórios públicos. Essa informalidade reduz o custo de regulamentação, facilita a rápida adaptação das regras a novos conhecimentos tecnológicos e a condições econômicas em transformação, e permite uma aplicação mais flexível”. MAJONE, Giandomenico. *As Transformações do Estado Regulador*. (Trad. Tatiana Mesquita), RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013, p.20.

¹⁵³ Aponta-se que a regulação privada pode ensejar, por um lado, ganhos qualitativos (decorrentes de vantagens informacionais), redução de formalidades e de custos regulatórios e, por outro, maximizar os riscos de captura regulatória (inclusive devido à menor propensão a sancionar entes infratores do que um regulador público). Segundo anota Giandomenico Majone, uma solução possível para os problemas apontados é a “regulação em dois níveis”, fundamentada no advento de uma agência pública que funcione como um “regulador dos reguladores” – modelo que já teria sido adotado na Inglaterra para o setor financeiro. MAJONE, Giandomenico. *As Transformações do Estado Regulador*. (Trad. Tatiana Mesquita). RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013, p.22.

¹⁵⁴ GOLÇALVES, Pedro. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.94.

¹⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: Guerra, Sergio (ord.) Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 99.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁵⁷ Nesse sentido: “(...) definimos regulação administrativa por contrato como o processo jurídico de formulação e/ou de implementação de normas regulatórias através de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de um mercado ou a autoridade reguladora (agência) deste mercado e uma ou várias empresas que nele exercem uma atividade econômica. Estamos, pois, diante de um fenômeno de contratualização da regulação pública e, portanto, perante a adoção de um modelo de autorregulação – sustentado em contrato – como alternativa (ou em complemento) a um modelo de heterorregulação – baseado

2.3.2 A atividade regulatória exercida via contratos administrativos

A correlação entre contrato e regulação pode ser abordada sob três óticas diversas, quais sejam: (i) a regulação *de contratos*; (ii) a *abordagem contratual* da regulação (ou regulação “*como contrato*”) e; (iii) a regulação *por contrato*, que nos remete ao tema que será tratado no corpo do texto com maior volume de informações.

Em breve apanhado, a regulação *de contratos* diz respeito ao sistema de regras que restringe a autonomia negocial das partes contratantes, e conseqüentemente, dos efeitos jurídicos que podem decorrer do contrato celebrado. Na linha de exposição do Direito & Economia, as limitações à liberdade contratual são ponderações procedidas pelo próprio legislador e tendem a balancear razões de eficiência econômica e imperativos de justiça - ou mesmo outros valores albergados pelo sistema jurídico. No caso dos contratos públicos, são exemplos destes valores a isonomia, a transparência e a probidade no uso de recursos públicos.

Ainda, alguns teóricos argumentam que o arcabouço regulatório pode ser enxergado como um contrato, no sentido de caracterizar um conjunto de regras pré-definido e que os agentes privados simplesmente aderem ao ingressar em determinado mercado ou praticarem alguma atividade objeto da regulação. Essa visão corresponde, portanto, a uma abordagem contratual do conjunto de regulamentos e outros atos administrativos de índole regulatória que constituiriam uma espécie de contrato implícito. Conseqüentemente, esta abordagem buscaria equiparar a mudança regulatória drástica a uma quebra de contrato, aumentando a reprovabilidade sobre essa conduta e possivelmente o nível de proteção do regulado.

Contudo, conforme mencionado, o tema mais caro aos objetivos ora buscados é o de abordar o contrato como instrumento regulatório, o que nos remete à ideia de “regulação por contrato”.

Um primeiro ponto a se destacar é que o contrato corresponde ao instrumento por excelência de autorregulação da relação jurídica estabelecida entre os contratantes. Em sede de contratos privados, observando-se sempre os limites impostos pela legislação de regência, é possível, por exemplo, definir as obrigações principais e acessórias, a distribuição dos riscos e os instrumentos de incentivo ao cumprimento contratual (a exemplo do dever de indenizar e

num sistema hierárquico de imposição de normas e atos unilaterais”. GOLÇALVES, Pedro. op. Cit., nota 152, p.100.

¹⁵⁸ Ibidem. p.97.

das multas contratuais). O contrato tem um viés facilitador, porque é a forma jurídica que permite a transferência e aplicação de bens e recursos para usos mais valiosos¹⁵⁹.

Por outro lado, nos contratos públicos, a ideia de autorregulação tem particularidades bastante significativas, normalmente decorrentes da reduzida autonomia negocial entre os contratantes, ou seja, da existência de uma disciplina amarrada por uma série de normas de ordem pública (não derogáveis pela vontade das partes)¹⁶⁰. Neste contexto, a autonomia negocial privada se manifesta basicamente em relação à opção de contratar com o Estado¹⁶¹, porém não na negociação propriamente dita das avenças contratuais. Conseqüentemente, a prevalência da vontade do Estado no processo de elaboração e formalização destes instrumentos jurídicos reforça justamente a possibilidade de que eles sejam funcionalizados para o atingimento de finalidades regulatórias.

Há pelo menos duas abordagens importantes que podem evidenciar o uso regulatório dos contratos públicos.

A primeira consiste na aplicação do poder de compra governamental para a promoção de objetivos extracontratuais, o que diria respeito a um “uso estratégico da contratação pública”¹⁶². Essa abordagem tem sido designada pela melhor doutrina de *função regulatória da licitação*¹⁶³.

¹⁵⁹ Nesse sentido, ver: SCHWARTZ, Alan. *Contract Theory and Theories of Contract Regulation* Faculty Scholarship Series. Paper 313, 2000, p. 102-104 Disponível em : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/313, acesso em 28/10/2014, às 10h; OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 26.

¹⁶⁰ A restrição de autonomia imposta ao contratante privado se torna mais visível quando cotejamos fatores como: a existência de procedimentos de seleção de contratados delineados em lei; o fato de, no Brasil, a minuta de contrato ser um anexo do edital, elaborada numa fase interna do processo em que normalmente há pouco ou nenhum contato com o universo de potenciais licitantes; a existência de princípios interpretativos peculiares, como interesse público, isonomia e publicidade; a existência de cláusulas especiais que aproveitam ao ente público e exorbitam a noção de paridade entre os contratantes, aplicáveis por força de lei e não derogáveis via contrato.

¹⁶¹ Estamos aqui tratando de uma abordagem formal, baseada na análise da disciplina jurídica dos contratos e dos processos de contratação. O exame da realidade prática, entretanto, poderia evidenciar que o desnivelamento de forças em prol do Estado não é tão acentuado quanto o que a legislação sugere. Por exemplo, o pouco apetite do mercado por determinado projeto pode levar o ente público contratante a alterar condições contratuais, de modo a torná-lo mais atrativo. Essa dinâmica de interação público-privada “quase negocial” em sede de contratações públicas foi abordada no capítulo I.

¹⁶² GONÇALVES, Pedro Costa. *A regulação do mercado de contratação pública*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.3, p. 201-208, mar./ago. 2013, p.201.

¹⁶³ Segundo Marcos Juruena, “(...) a discricionariedade na formatação do edital envolve o exercício de uma competência regulatória, pois interfere na estrutura do mercado, devendo ser técnica, já que os aspectos políticos são definidos em leis ou em tratados internacionais; cite-se como exemplo, a abertura de licitações internacionais ou nacionais (que podem ampliar a competição), a admissão ou não de consórcios de empresas (que podem levar a concentrações de mercado).” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 308. Sobre o mesmo tema, vale ainda conferir as seguintes obras: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86-89; GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Licitações públicas sustentáveis*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012, p.233.

Em breve apanhado, essa linha de entendimento atenta para a circunstância de que o Estado, sobretudo no cenário econômico brasileiro, exerce uma posição de destaque diante de sua condição de grande adquirente de bens e serviços, o que é ainda mais representativo nos setores de infraestrutura.

Em linhas gerais, com a abordagem regulatória das licitações e contratos públicos, sustenta-se que a Administração poderia deliberadamente canalizar o seu poder de compra para fomentar finalidades que extravasam a simples busca pelas melhores propostas (financeiras e/ou técnicas) para a contratação. Visto de outro modo, a melhor proposta não se jungiria ao aspecto financeiro (ou à ponderação de aspectos financeiros e técnicos, conforme o tipo de licitação), mas englobaria considerações de ordem (macro)econômica, como o objetivo de formatar o mercado. Haveria, neste contexto, uma primeira interseção entre as facetas do Estado como contratante e como regulador.

A função regulatória das licitações e dos contratos públicos seria uma forma de intervenção do Estado no desenho do mercado, levando ao atingimento de uma formatação entendida como mais aderente ao (multifacetado e volátil) interesse público. É possível mencionar alguns exemplos de situações em que essa função regulatória do poder de compra estatal já foi usada ou tem previsão legal¹⁶⁴: a promoção de produtos e práticas ambientalmente sustentáveis; o fomento à indústria nacional por meio de preferências à aquisição de bens e serviços de conteúdo local; a busca pela inserção de portadores de necessidades especiais ou grupos vulneráveis no mercado de trabalho; fomento às micro e pequenas empresas nacionais por meio de preferências estabelecidas em favor desses agentes econômicos¹⁶⁵⁻¹⁶⁶.

¹⁶⁴ É importante destacar que essa manifestação do poder de formatação do mercado não se manifesta apenas em sede de procedimento licitatório, portanto, numa fase anterior à celebração e execução do contrato público propriamente dito. A forma de manifestação mais comum dessa função regulatória em sede de licitação consiste no estabelecimento (no edital) de preferências a licitantes enquadráveis em categorias A, B ou C (ex. preferência para produtos nacionais, nos termos do art. 3º, §4º, da lei n.º 8.666/93 ou adoção de práticas ambientalmente sustentáveis). Entretanto, essa finalidade regulatória também pode ser instrumentalizada no contrato a ser celebrado. Por exemplo, alguns contratos de grande vulto, como contratos que tenham por objeto obras públicas ou a delegação de serviços públicos, prescrevem o dever de o concessionário empregar preferencialmente bens e serviços de origem nacional, dando ensejo, por vezes, a uma regulação bastante complexa das situações em que o dever de compra de bens e serviços nacionais se torna obrigatória. Um exemplo bem ilustrativo pode ser verificado nos contratos de concessão de trechos ferroviários colocados em consulta pública pela ANTT e que contam com uma regulação bastante complexa das situações e limites de preços em que a aquisição de trilhos de fabricantes nacionais é obrigatória.

¹⁶⁵ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Licitações públicas sustentáveis*. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012, p.236. Uma proposta pertinente trazida pelos referidos autores é a de que a instrumentalização das licitações e compras públicas para o atingimento de finalidades extracontratuais seja balizada pelo Princípio da Proporcionalidade (compreendendo aqui a observância das subetapas adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A ideia nos parece pertinente no sentido de estabelecer limitações e impor ônus argumentativo mais robusto ao gestor público - o que aumenta a perspectiva de controle do processo e, conseqüentemente, desencoraja o uso capturado

Uma segunda abordagem da relação existente entre regulação e contratos públicos se remete à figura dos contratos de concessão¹⁶⁷. Esse tema é especialmente caro aos objetivos desenvolvidos na presente dissertação e será o objeto de investigação do próximo tópico.

2.4 A atividade regulatória exercida por meio dos contratos de concessão

2.4.1 Os contratos de concessão como estratégia regulatória

Segundo a lição de Gomez-Ibáñez, em sede de serviços relacionados à disponibilização de infraestrutura, é possível classificar pelo menos quatro estratégias regulatórias distintas¹⁶⁸:

das licitações sob o pretexto de intervenção regulatória. Somos céticos, entretanto, que o estado da técnica atual de aplicação da proporcionalidade (especialmente no meio jurídico nacional) seja eficiente para viabilizar o juízo de mérito administrativo sobre quando e em que setores intervir. A nosso ver, a proporcionalidade ainda hoje é cooptada pela fluidez da retórica jurídica (assim como já observado para outras construções abstratas, como o interesse público) e dos argumentos econômicos para legitimar a discricionariedade do gestor público. Também comentando esse tema, mas estabelecendo uma abordagem à luz da subjetividade judicial no manejo da ponderação de valores, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios*. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, set/dez. 2014, p. 41-65.

¹⁶⁶ Ainda que não seja o foco do presente trabalho, é natural que a proposta de função regulatória da licitação e do contrato administrativo também esteja sujeita às mais variadas críticas. Além de todas as dificuldades práticas que a implementação dessas medidas tende a ensejar, o seu fundamento teórico principal é o de que o Estado estará a realizar a melhor contratação no contexto macroeconômico e não a melhor contratação nos autos do processo licitatório - o que seria objetivamente aferível com base no valor das propostas econômicas. O problema é que a Economia, não sendo uma ciência da natureza (como a física e matemática), está baseada em premissas e teses que não são unanimemente aceitas por todos e, frequentemente, de difícil comprovação.

¹⁶⁷ Essa ideia já havia sido mencionada em: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.308.

¹⁶⁸ Uma classificação bem próxima a essa já havia sido há muito adotada, entre os juristas brasileiros, por Bilac Pinto, que em 1941 aduziu que o controle e fiscalização dos “serviços de utilidade pública” (que de acordo com as características adotadas pelo referido autor podem ser reconduzidos ao que se convencionou denominar contemporaneamente de “serviços públicos”) poderiam ser de três ordens: a) “regulamentação puramente contratual”; b) “regulamentação efetiva por comissões” e c) “regulamentação direta pelo Poder Público” (efetivado por meio de propriedade pública ou economia mista). Após uma abrangente investigação, inclusive sobre os modelos praticados nos Estados Unidos, referido autor sustentou, à época, que caminho mais efetivo para a regulação (regulamentação) dos serviços de utilidade pública (serviços públicos) seria a regulação operada via comissões (agências reguladoras). Segundo apresentado pelo o autor, a regulamentação efetiva por meio de comissões seria uma resposta ao modelo de regulação puramente contratual, que era alvejado pela doutrina por conta de várias limitações. Em linhas gerais, essas críticas versavam sobre o fato de que os contratos eram desenhados de forma bastante limitada, não estabelecendo obrigações de universalização de serviços, de incorporação de inovações tecnológicas e de compartilhamento de ganhos obtidos com a efficientização da prestação dos serviços delegados. Ou seja, o contrato, naquele contexto, era visto como um instrumento imutável e, por isso, incapaz de fazer frente à cambiante realidade social, técnica e econômica. Segundo o autor, a regulação puramente contratual, “burocrática, formal e inócua, vem sendo praticada no nosso país desde, o Império e, no decurso desse longo período, se tem revelado – aqui, como em toda parte, completamente inadequada e imprópria aos seus fins”. PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2ª ed. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 34 e 36.

- (i) *contratos privados*, em que a regulação pública é propositadamente sucinta ou inexistente, cabendo aos usuários contratar diretamente com o provedor dos serviços¹⁶⁹⁻¹⁷⁰;
- (ii) *contratos de concessão*, em que a contratação se opera entre o Estado e os provedores de serviço, mas em proveito dos usuários;
- (iii) *regulação discricionária* (ou regulação por agência¹⁷¹), em que as autoridades reguladoras empregam sua expertise técnica para a fixação de padrões de preço e serviços, originalmente não disciplinados pelo “ato regulatório atributivo de direitos de participação no mercado”¹⁷²;
- (iv) *empresas estatais (ou propriedade pública)*, por meio das quais o Estado assume a responsabilidade direta pela provisão dos serviços.

A propósito da enunciação apresentada acima a respeito das diferentes estratégias regulatórias à disposição do Estado¹⁷³, é importante pontuar que na visão de Gomez-Ibáñez, o

¹⁶⁹ Nesse sentido: “(...) o contrato privado pode ser escolhido, em sede política, como estratégia regulatória, em detrimento da regulação pública. A orientação no sentido de uma desregulação de setores da economia, v.g., por se entender que já não existe assimetria de forças das partes contratuais que justifica a regulação, aumenta a importância do contrato, o qual pode emergir como mecanismo tendencialmente único de regulação das relações de mercado. Teríamos aqui um caso de mercado autorregulado, com uma regulação baseada em contratos privados.” GOLÇALVES, Pedro. op. Cit., nota 152, p.117.

¹⁷⁰ Conforme destaca Antony Ogus, o principal problema do direito privado são os custos de transação. Referido autor destaca que os indivíduos e agentes econômicos apenas buscam afirmar direitos quando os benefícios esperados superam os custos esperados, o que abrange não apenas as despesas legais, mas também tempo e esforço pessoal. Dessa forma, muitas reivindicações legítimas não são exercidas, motivo pelo qual essa estratégia de regulação seria mais adequada para os casos em que os custos envolvidos sejam baixos. OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 27.

¹⁷¹ A expressão “regulação discricionária” parece ser mais adequada para designar essa estratégia do que “regulação por agência”, embora ambos os termos sejam empregados pela literatura de referência. Na realidade, tanto o modelo de regulação por contrato como o de regulação discricionária se valem da figura de uma autoridade que desempenha atividades de regulação (que pode estar estruturada como uma agência independente, a exemplo das agências reguladoras no Brasil). A diferença entre os modelos está no rol e na intensidade de atribuições incumbidos a tal entidade, porém, ela se encontra presente em ambas as estratégias. Por isso, parece ser tecnicamente preferível falar de regulação discricionária. Agradeço ao Fernando Camacho por ter destacado este ponto.

¹⁷² Fizemos aqui alusão à expressão lavrada por Marcos Juruena Villela Souto e que engloba os atos unilaterais (licenças, permissões e autorizações), usualmente aplicados para atividades econômicas em sentido estrito, e os atos bilaterais (os contratos), aplicados para a delegação de serviços públicos. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 299.

¹⁷³ Segundo anotam Laffont e Tirole, os diferentes modelos de controle governamental apresentados acima podem ser diferenciados entre si, de modo mais preciso, em função da existência de controles *internos* e *externos* manejados pelo Estado sobre a empresa. Segundo os autores, o controle externo é o “controle de todas as variáveis que conectam a firma com agentes externos”, dentre os quais os consumidores (por exemplo, por meio da regulação de preços) e competidores (por exemplo, por meio da regulação de entrada e da formação de preço). O controle interno, diferentemente, é o controle manejado sobre os insumos da firma e seus processos de minimização de custos, o que abrange, dentre outros fatores, decisões sobre gestão (ex. estrutura de incentivos dos gestores) e investimentos (ex. volume, localização, tipologia). Nesse contexto, a empresa estatal é mais do que a firma em que a propriedade dos bens pertence ao Estado, cabendo a este desempenhar os controles interno e externo. Na firma regulada, a propriedade pertence ao setor privado, porém cabe ao governo o controle externo

principal vetor para a definição do modelo regulatório mais adequado está no exame dos custos de transação para que os consumidores e os provedores de infraestruturas alcancem, por sua própria conta, soluções mutuamente vantajosas¹⁷⁴⁻¹⁷⁵. Implicitamente, a ideia encampada nessa classificação é a da atuação estatal deve ser subsidiária, manejada apenas num contexto de impossibilidade de soluções genuinamente privadas eficientes. Assim, a intervenção estatal será tanto mais intensa quanto maiores forem os custos de transação existentes¹⁷⁶. O modelo mais interventivo (a propriedade estatal) seria conveniente num contexto de custos de transação muito elevados, ao passo que o modelo menos interventivo (propriedade privada não regulada) seria adequado para as situações em que os custos de transação são tendencialmente baixos¹⁷⁷.

Estabelecido o panorama de estratégias estatais possíveis relativas à regulação de infraestrutura, o enfoque conferido no presente capítulo está na abordagem do contrato de concessão.

(o controle interno é exercido pelos acionistas). Na firma privada não regulada, não existem controles interno e externo exercidos pelo Estado. Os autores destacam ainda que o exercício acima reflete apenas uma “taxonomia simplista”, dado que os tipos-ideais acima descritos se colocam na realidade concreta com significativas variações. Nesse sentido, eles destacam que seria até mesmo infactível afirmar a existência de firmas privadas não reguladas porque a maior parte das empresas está submetida ao direito da concorrência e são afetadas por tarifas, subsídios e outras decisões governamentais. Nesse contexto, “uma firma privada não regulada deve ser entendida como aquela não submetida a uma ‘regulação personalizada’, mas apenas a regras gerais”. LAFFONT, Jean-Jacques; Tirole, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. London, The MIT Press, 1999, p. 639.

¹⁷⁴ GOMEZ-IBANEZ, J. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p.11; Adotando a mesma enunciação de estratégias regulatórias, ver OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 5.

¹⁷⁵ Giandomenico Majone aborda a evolução histórica e desafios incidentes no uso da propriedade pública como estratégia de regulação. MAJONE, Giandomenico. *As Transformações do Estado Regulador*. (Trad. Tatiana Mesquita). RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262jan./abr. 2013, p. 12-13

¹⁷⁶ Vitor Schirato contextualiza a opção entre diferentes estratégias regulatórias para o contexto brasileiro: “A regra contemplada no art. 175 da CF deve ser vista, ao que nos parece, como uma norma programática que impõe uma finalidade a ser alcançada pelo Estado, cabendo à Administração Pública, com base no ferramental conferido pelo Direito, optar pela melhor solução no caso concreto”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade?*. In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.151.

¹⁷⁷ Além dos custos de transação, Laffont e Tirole, acrescentam a existência de “restrições” que precisam ser levadas em conta na construção do modelo regulatório, quais sejam: (i) as limitações informacionais, relacionadas num sentido amplo com as assimetrias informacionais, o que inclui teorizações baseadas nas ideias de Risco Moral (Moral Hazard) e *Seleção Adversa*; (ii) as limitações de ordem administrativa, o que abrange limitações legais a respeito do escopo da regulação, disponibilidade de instrumentos regulatórios, restrições temporais e riscos procedimentais a serem observados e; (iii) política, que se remetem, num sentido mais amplo, ao relacionamento institucional e disputa de poder entre agentes políticos e agências reguladoras. LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. Op. Cit., nota 171, p. 1-6.

Como é cediço, o contrato de concessão é um instrumento que estabelece uma relação de longo prazo entre o ente público e o concessionário¹⁷⁸. Nessa relação, o particular assume as responsabilidades pela execução de vultosos investimentos e pelos custos decorrentes da operação do empreendimento.

Cabe destacar que quando se alude no parágrafo anterior ao termo “relação”, não se está a tratar meramente de uma relação de cunho jurídico. O que se tem em mira aqui é uma relação “negocial” - termo que melhor traduz o substrato econômico do vínculo gerado com o contrato de concessão. Não se trata apenas de um artifício de retórica: o objetivo almejado pelas partes com a contratação não é apenas a formalização de um vínculo jurídico, mas sim a constituição de um liame em decorrência do qual seja possível auferir benefícios reciprocamente vantajosos, relativos à operação de um empreendimento público-privado.

O contrato de concessão não visa ao benefício de apenas uma parte: do ponto de vista do Estado e dos usuários do serviço, o contrato traz limites ao exercício do “poder de mercado” que os concessionários concentram em razão da sua atuação como prestadores de serviços em caráter monopolista; sob o viés do concessionário, o contrato é um instrumento mitigador de riscos e incertezas de uma relação de longo prazo – o que é especialmente relevante no político e volátil ambiente econômico e institucional brasileiro. Em outras palavras, o contrato de concessão opera como um instrumento redutor da discricionariedade da agência reguladora (entendida aqui como a autoridade pública que exerce poderes de regulação)¹⁷⁹.

Portanto, o contrato de concessão assume o papel de principal instrumento regulatório da relação estabelecida entre o Estado (na qualidade de poder concedente) e o ente privado (concessionário), trazendo a definição *ex ante* das principais regras relativas à delegação do serviço. Dentre os elementos que usualmente estão contidos neste instrumento, podem ser mencionados (sem a pretensão de exaustividade): a definição de investimentos iniciais necessários; o estabelecimento de gatilhos que deflagram a execução de novos

¹⁷⁸ Nos termos da legislação brasileira, não há prazos máximo e mínimo nos contratos de concessão comum, regidos pela lei n.º 8.987/95. Os contratos de PPP, diversamente, variam de cinco a trinta e cinco anos, nos termos do art. 5º, I, da lei n.º 11.079/04.

¹⁷⁹ Maurício Portugal Ribeiro contextualiza os riscos que podem advir da regulação discricionária com o processo atual de esvaziamento e submissão política das agências reguladoras ao governo. Segundo o autor, variáveis-chave das metodologias de cálculo dos preços dos serviços, em contratos de concessão recentemente celebrados, seriam arbitradas pelas respectivas agências, o que estaria gerando um cenário de incerteza. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos*. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em>. Acesso em 24/06/2015, às 16h12.

investimentos¹⁸⁰; indicadores de performance do concessionário; repartição de riscos contratuais; regras de reajuste de tarifas e contraprestações públicas; mecanismos de compartilhamento de ganhos de produtividade ou receitas extraordinárias obtidas na execução do contrato; procedimentos para reequilíbrio contratual; estrutura de governança entre as partes e solução de conflitos; obrigações do ente público relacionadas à transferência de bens originalmente afetados ao serviço, desapropriações e desocupação de bens imóveis; penalidades aplicáveis ao contratado no caso de descumprimento de obrigações contratuais.

Enfim, existe toda uma miríade de obrigações, responsabilidades e riscos compartilhados entre as partes e que são sedimentados e perenizados no tempo pelo contrato de concessão, que assume a feição de um verdadeiro “compromisso regulatório”. Contudo, cabe pontuar que mesmo num contexto de regulação por contrato, a atuação da agência também se faz necessária. Reservam-se para a agência as tarefas de acompanhar a execução do contrato, bem como atuar de modo integrativo no contexto de lacunas contratuais (a teoria da incompletude contratual será examinada no tópico 4.4)¹⁸¹.

Para que a adoção da regulação via contratos de concessão seja bem sucedida, não se pode desconsiderar que existem projetos cujo escopo melhor se adapta a este modelo. Neste caso, se está a falar da delegação de serviços e infraestruturas caracterizados por menor incerteza, em que a ossificação de regras contratuais opera em benefício das partes (sobretudo do investidor, receoso em relação à possibilidade de “viradas de mesa regulatórias”).¹⁸² É o caso de atividades que são historicamente caracterizadas por pouca volatilidade na demanda e no preço dos insumos, e que por isso convivem bem sem revisões periódicas de tarifas. Da mesma forma, este modelo tende a ser mais adequado para setores marcados por tecnologias

¹⁸⁰ É particularmente comum em alguns setores, o estabelecimento de gatilhos de investimento, sempre que o volume de usuários atingir (conforme a metodologia fixada no contrato) determinado nível. O pressuposto é que a partir de certa demanda, a qualidade do serviço começa a ser degradada em razão das limitações da infraestrutura existente. Por exemplo: no caso de uma concessão aeroportuária, pode haver a previsão de um gatilho para a construção de um novo terminal de passageiros, quando o volume regular de passageiros aumentar. No caso de rodovias, quando o tráfego de veículos atingir determinado volume, pode ser previsto o dever de duplicação. Os gatilhos limitam a flexibilidade dos concessionários na gestão de investimentos e serviços.

¹⁸¹ Neste particular, vale destacar que o modelo de contrato de concessão hoje adotado no direito público brasileiro (assim como em outros Estados) é um modelo que também pressupõe a existência de uma instituição pública performando funções regulatórias. Não se trata, portanto, de um modelo “puramente contratual”.

¹⁸² Essa abordagem também pode ser verificada na obra de Flávio Amaral Garcia, valendo a transcrição do seguinte excerto: “A contratualização da regulação pode ser uma estratégia garantidora de maior segurança jurídica para os investidores, mormente em países em desenvolvimento, pois estes são, em tese, propensos a fluxos de instabilidade política e econômica. Por sua vez, com a contratualização, incorporam-se direitos e obrigações para ambos os contraentes sob o manto do ato jurídico perfeito, o que pode tornar mais tormentosa as adequações que decorram da flexibilidade e mutabilidade inerentes a esses arranjos contratuais duradouros”. GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014, p.60.

maduras, ou seja, que não estão submetidos a constantes inovações tecnológicas, em geral de difícil precificação e que podem impactar de modo imprevisível e gravoso na estrutura de custos do operador (repise-se que o serviço público, nos termos da lei, deve ser prestado com *atualidade*). *A contrario sensu*, serviços e atividades relacionadas com Tecnologia da Informação e Comunicação/TIC, por estarem sujeitos a constantes inovações, são de difícil enquadramento neste formato de regulação¹⁸³.

Tomando por referência a noção de autorregulação anteriormente desenvolvida, o contrato de concessão não é uma via regulatória de mão única, pois representa o engessamento do poder de alteração da Administração Pública, incrementando a previsibilidade e a estabilidade da relação jurídica constituída¹⁸⁴.

Há alguns aspectos bastante característicos dos contratos de concessão e que merecem uma análise mais substancial. Para efeitos didáticos, optou-se por segmentar esses temas nos subtópicos seguintes.

2.4.2 A adjudicação dos contratos de concessão no contexto da competição pelo mercado

Outro dado que é importante ressaltar em relação à regulação operada por contratos de concessão é a noção de “competição pelo mercado” (expressão difundida na literatura especializada como *competition for the market*)¹⁸⁵.

¹⁸³ Nesse sentido, ver: STERN, Jon. *Relationship between Regulation and Contract in Infrastructure Industries*. Department of Economics Discussion Paper Series CCRP Working Paper no: 14. Disponível em: http://www.city.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0014/81032/stern_relationship_between_regulation_and_contract.pdf, acesso em 10/10/2014, às 9h

¹⁸² Naturalmente, o poder de engessamento não é absoluto porque um dos elementos centrais dos contratos administrativos é justamente a existência de Cláusulas Exorbitantes (art. 65, I, da lei n.º 8.666), que favorecem o Estado, dentre elas, a possibilidade de alteração unilateral do objeto contratual. Essas cláusulas decorrem, por um lado, da ideia de mutabilidade inerente do interesse público e, por outro, da supremacia que tradicionalmente se aponta como sendo um dado característico da vontade estatal. Entretanto, por força do art. 65, da lei de licitações, esse poder de mutabilidade não abrange as cláusulas econômicas dos contratos, que diante de uma situação de alteração do objeto, precisarão ser revistas de modo a preservar a equação econômica original. E nesse sentido, conforme mencionado anteriormente, o contrato de concessão se caracteriza por diversos mecanismos que aumentam a perspectiva de segurança do contratado a respeito dos efeitos econômicos que decorrerão de eventuais alterações no objeto contratual. Fazemos remissão ao quanto disposto no tópico 2 deste capítulo, onde problematizamos algumas questões referentes aos contratos de concessão sob a ótica do Direito e Economia.

¹⁸⁵ Essa ideia é bem desenvolvida por Anthony Ogus: “Briefly put, the argument is that competitive tendering can be used as a substitute for conventional market competition: to enjoy the monopoly right *ex post*, the supplier must engage in competition *ex ante* to secure that right. Such competition should, it is contended, force firms to supply their goods or services on terms which are consistent with allocative and productive efficiency” (em tradução livre: “Em poucas palavras, o argumento é que uma licitação competitiva pode ser usada como um substituto para a convencional concorrência no mercado: para aproveitar o direito de monopólio *ex post*, o fornecedor deve se engajar na concorrência *ex ante* para garantir esse direito. Esta competição deve, conforme alegado, forçar as empresas a fornecer os seus bens ou serviços em condições que sejam compatíveis com a eficiência alocativa e produtiva”). Continua o autor: “The terms of the successful bid, particularly those affecting price and quality, then become conditions of the franchise which, like any other contract, governs the ongoing behaviour of the supplier. Contract can thus replace conventional regulation as the instrument of legal control,

No sistema jurídico brasileiro, os contratos de concessão são necessariamente adjudicados após processo de licitação. Todos os interessados que satisfaçam os requisitos de habilitação técnica e qualificação econômica podem participar do certame. Neste momento, todos os elementos que integram a estrutura contratual serão analisados e precificados pelos licitantes na proposta econômica a ser apresentada durante o processo¹⁸⁶. Trata-se, portanto, do único momento em que há possibilidade de competição entre os diferentes agentes de mercado que operam no setor¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

Portanto, na técnica de regulação por meio de contrato de concessão, a competição durante o certame licitatório é um elemento-chave¹⁸⁹.

De fato, existem valores jurídicos associados à justiça procedimental e isonomia de oportunidades que orientam as contratações realizadas pelo Estado¹⁹⁰. Entretanto, sob um viés pragmático, a importância de um processo adjudicatório competitivo se deve principalmente ao fato de que o objeto da licitação é a execução de um projeto que poderá ser considerado, para todos os efeitos, como um verdadeiro monopólio¹⁹¹⁻¹⁹².

and unlike regulation which typically involves resort to, or a threat of, the criminal process, it relies on termination or non-renewal of the franchise as the principal sanction for inadequate performance” (em tradução livre: “Os termos da proposta bem sucedida, particularmente os que relativos ao preço e à qualidade, tornam-se, em seguida, condições da concessão que, como em qualquer outro contrato, governa o comportamento do fornecedor. O contrato pode, assim, substituir a regulação convencional como o instrumento de controle jurídico, e ao contrário do regulamento que normalmente envolve o recurso, ou a ameaça, de processo criminal, ele confia na rescisão ou não renovação da franquia como a principal sanção pelo desempenho inadequado”). OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004p. 319.

¹⁸⁶ A literatura que trata do tema se refere a este modelo como *price bidding franchising* e pode ser desdobrado em dois subtipos: (i) o *monopoly price bidding*, em que o concessionário paga a maior outorga; e o *consumer price bidding*, em que o critério para adjudicação do contrato é a menor tarifa cobrada dos usuários. *Ibidem*, p. 323 e p. 326.

¹⁸⁷ Entretanto, cabe pontuar que são frequentes os procedimentos licitatórios para concessões que não são competitivos, sendo caracterizados pela participação de licitantes únicos e que frequentemente adjudicam o contrato por valores similares ao preço de reserva (ou com variações pouco significativas). Há diversos fatores que podem ensejar o baixo apetite do mercado por um projeto, dentre os quais podem ser citados: estudos de viabilidade econômica que não consideram de modo adequado custos inerentes ao projeto (entre eles os riscos incidentes, como o risco de demanda); e circunstâncias relativas à formatação do mercado, como a existência de poucos agentes econômicos atuando naquele segmento ou mesmo a formação de conluíus entre potenciais licitantes.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 22. Anthony Ogus desenvolve neste trabalho a importância da competição para o atingimento de um contexto de *eficiência alocativa*, em que os recursos da sociedade são distribuídos para aqueles que os valoram em maior medida.

¹⁸⁹ Ainda que o processo de licitação dos projetos de concessão seja muito parecido com as contratações de bens e serviços via lei n.º 8.666/93 (que inclusive se aplicam subsidiariamente às licitações de concessões), inclusive os contratos de obras públicas, entendemos que a competição na licitação de uma concessão é ainda mais importante em razão da complexidade, valor do objeto e prazo dilatado. Se esse processo for mal conduzido implicará no envolvimento do ente público numa relação cativa com o ente privado prestador do serviço.

¹⁹⁰ OGUS, Anthony. *Op. Cit.*, nota 184, p. 328.

¹⁹¹ *Ibidem*. p. 320.

¹⁹² A conexão entre concessões e monopólios já havia sido didaticamente retratada entre nós na obra de Bilac Pinto, de 1947, em que o autor destaca que: “Certas indústrias privadas podem ter, de fato, até mesmo o monopólio genérico, enquanto que alguns serviços de utilidade pública podem não gozar senão do monopólio específico, ou do de itinerário ou do de zona. Com efeito, a simples referência a monopólio, sem as

Durante a vigência contratual não haverá competição entre o concessionário e outros agentes econômicos na prestação do serviço. Ainda que existam outras empresas atuando no mesmo setor econômico, o direito de prestar o serviço ao universo de usuários delimitado pelo contrato será exclusivo do concessionário.

Diante disso, salta aos olhos que todo o processo de concessão precisa ser bem desenhado porque não haverá outra oportunidade para o ente público se beneficiar da competição como instrumento de barganha para a redução do preço dos serviços a serem delegados¹⁹³. Além disso, é pertinente frisar que deve se tratar de uma competição real e não um simulacro de competição em que os interessados pré-ajustam por debaixo dos panos quem será o vencedor, de modo a dividir o mercado e maximizar ganhos¹⁹⁴⁻¹⁹⁵.

discriminações feitas, não é muito esclarecedora. Uma estrada de ferro, por exemplo, não tem nem pode ter o monopólio genérico do transporte; o de que ela goza é do monopólio específico de que, tais regiões por ela servidas, outra estrada de ferro não pode ser instalada. Esse monopólio específico, entretanto, não impede que a estrada de ferro sofra concorrência dos veículos terrestres, das aeronaves e dos transportes por via d'água, para cargas e passageiros. O monopólio de itinerário é o de que gozam as linhas de ônibus, nas grandes cidades. Esse monopólio assegura apenas a exclusividade do itinerário, no seu conjunto, mas não impossibilita a outorga de outras concessões para itinerários que, embora coincidentes em grande parte, se distingam pelo seu ponto de terminação ou por pequenas variantes. Daí a razão por que a mesma via pública pode ser servida por bondes e ônibus em procedências e destinos diferentes". PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2ª ed. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 202.

¹⁹³ Corroborando essa posição, vale transcrever excerto da lição de Maurício Portugal Ribeiro: "Além disso, a adoção do regime de preço do serviço tem por objetivo preservar os benefícios auferidos pelo Poder Público por consequência da competição pelo projeto. Isso é extremamente importante porque, como, em regra, os projetos de concessão são monopolistas nos seus respectivos mercados, o único momento em que há pressão competitiva real sobre os concessionários é no momento da participação da licitação, que é a competição pelo mercado. Por isso, é indispensável que as regras contratuais sobre reajustes de tarifa, e no caso das PPPs, da contraprestação pública, preservem os benefícios auferidos pelo Poder Público (principalmente os relacionados à proposta de preço), por conta da competição do projeto". RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 101.

¹⁹⁴ Ainda que existam técnicas de estruturação que minimizem esses riscos, o comportamento colusivo é um problema essencialmente ligado à formatação de certos setores econômicos, por vezes caracterizados por poucas empresas e que frequentemente concentram atividades em determinadas regiões, de modo a exercerem influência sobre administrações locais. Nesse sentido, Rafael Véras destaca que "(...) os licitantes acabam por realizar uma 'divisão dos mercados e contratações públicas', fazendo um revezamento de vencedores nas licitações, muitas vezes por regiões e entidades administrativas, de acordo com uma lógica de maior rentabilidade para o empresariado". Sobre o método de operação desse conluio, o mesmo autor destaca que: "além disso, os licitantes costumam apresentar as denominadas propostas 'pró-forma', caracterizadas quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregarem propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios, a fim de direcionar a licitação para um concorrente em especial". FREITAS, Rafael Véras de. *O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016)*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n.33, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72136>. Acesso em: 24/06/2014, às 17h, p.4

¹⁹⁵ Sobre o tema, vale conferir trabalho de autoria de André Janjácómo Rosilho, em que o autor expõe entendimento no sentido de que o próprio processo de elaboração da lei n.º 8.666/93 foi capturado pelo interesse de certos grupos econômicos, de forma que as características e exigências normalmente constantes dos processos de licitação os favorecessem. Dessa forma, defende o autor a tese de que ocorreu uma falha estrutural, "responsável direta ou indiretamente, pelos conflitos e dificuldades enfrentadas pelo sistema de contratações públicas no Brasil". ROSILHO, André Janjácómo. *As licitações segundo a lei n. 8.666: um jogo de dados viciados*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013, p.2

Processos de licitação verdadeiramente bem sucedidos são aqueles em que a competição entre os licitantes faz com que as propostas econômicas tangenciem os custos de investimento e operação necessários para a execução do contrato, o que corresponde a um cenário de mercado eficiente. Em outras palavras, a ausência de competição permite que o licitante interessado aumente arbitrariamente a sua margem de retorno, conseqüentemente majorando o preço cobrado do ente público.

Por certo, esse dado apenas vem a corroborar a importância da fase interna do processo de licitação, em que ocorre a estimativa correta dos elementos financeiros do projeto. Diante de um cenário de pouca ou improvável concorrência, é importante que as projeções financeiras referentes à concessão sejam consistentes, incluindo-se aqui os valores das variáveis de licitação (outorga, contraprestação, tarifas, etc.).

Outra medida importante é que o ente público atue no sentido de fomentar o interesse do maior número possível de “players” no projeto. Os dois mecanismos legais próprios para ensejar esse tipo de participação são as consultas e audiências públicas, referenciadas brevemente no capítulo I. Além disso, conforme a boa doutrina e prática administrativas (embora sem acolhimento expresso na legislação), outro expediente eficaz para fomentar o interesse de potenciais licitantes consiste na realização de atividades designadas de *market sounding* e *road shows*¹⁹⁶. Em linhas gerais, esses mecanismos podem ser descritos como reuniões com os potenciais interessados, voltadas para o esclarecimento de dúvidas, obtenção de pontos de vista e sugestões sobre o projeto e checagem da efetiva mobilização de grupos econômicos em torno do projeto. Esses encontros permitem o fluxo de informações que certamente não seria possível no ambiente de audiência e consulta públicas, expedientes positivados na legislação.

¹⁹⁶ Em relação a esse tema, vale a remissão à obra de Maurício Portugal Ribeiro, já mencionada, em que o referido autor comenta a importância desses instrumentos e aborda, ainda, a legalidade dessas figuras. Em linhas gerais, as sondagens e *road shows* são práticas interativas com os potenciais licitantes, que ocorrem durante o desenvolvimento dos estudos de viabilidade. Um momento bastante propício para a realização dessas interlocuções é na ocasião de publicação das versões preliminares dos documentos de licitação para a Consulta Pública, quando informações mais robustas sobre o projeto se tornam públicas. O diálogo deve ocorrer antes da publicação final dos documentos da licitação, justamente para que as contribuições apresentadas possam eventualmente ser incorporadas aos documentos da licitação. A ideia é a de conversar individualmente com agentes do mercado, de modo a esclarecer dúvidas sobre os projetos e obter subsídios para o seu aperfeiçoamento (subsídios que, por óbvio, deverão ser devidamente filtrados). Ainda que se confira ampla transparência para essas interlocuções, há desconforto de grande parte de gestores e procuradorias com esse tipo de prática, justamente em virtude da sua não previsão legal expressa e do receio de que ela possa caracterizar, aos olhos dos órgãos de controle, a existência de favorecimentos ilegítimos e condutas inidôneas. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p.50.

2.4.3 A definição dos preços dos serviços

Outro elemento importante para a análise do modelo de regulação por contrato de concessão se refere à dinâmica de fixação de preço das tarifas e contraprestações públicas cobradas pelo concessionário.

Nesse sentido, não é típica da regulação operada via contratos de concessão a chamada “Revisão Tarifária Periódica”/RTP – que é própria do modelo de “regulação discricionária”.

A regulação discricionária é um modelo centrado na atuação de uma agência governamental incumbida de funções regulatórias e que pode atuar de modo unilateral, alterando tarifas e o perfil de prestação dos serviços. A ideia principal é a de que essa técnica confere mais flexibilidade ao ente público no sentido de alterar ou criar regras que vinculem os agentes regulados. A regulação discricionária não assume como premissa necessária a ausência de um contrato de concessão, mas sim que ele não é o elemento central que baliza a atuação regulatória. Por vezes, é necessária a existência de um contrato de concessão até mesmo na qualidade de título jurídico que autoriza o particular a explorar determinada atividade. Normalmente, o poder atribuído à agência decorre da legislação, que prevê princípios e diretrizes que devem ser por ela observados. Essa estratégia regulatória seria tendencialmente mais adequada para cenários de maior incerteza, caracterizados por grande volatilidade de demanda, preços de insumos e mudanças tecnológicas frequentes e, adicionalmente, onde haja suficiente sensação de segurança diante do manejo da discricionariedade pelo regulador¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

Em linhas gerais, a RTP é operada por uma autoridade reguladora, que busca realinhar periodicamente os preços cobrados pelo concessionário aos custos de produção (insumos, salários, etc.) e também ao desempenho e indicadores médios obtidos pelas empresas que atuam no mesmo segmento econômico¹⁹⁹. O que se pretende, por meio da RTP,

¹⁹⁷ Nesse sentido, ver: GOMEZ-IBANEZ, J. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.p.12.

¹⁹⁸ O tema também é retratado com bastante precisão na obra de Flavio Amaral Garcia, que destaca: “Convém sublinhar que, nos setores regulados por Agências, é possível identificar um sistema duplo de regulação”, com a convivência entre compromissos, obrigações, comportamentos e condutas consensualmente firmados entre as partes e instrumentalizados por meio de contrato de concessão ou qualquer outro arranjo jurídico estruturante de um projeto de interesse público, com as demais funções que serão exercidas pelas entidades autônomas heteroreguladoras durante a execução do ajuste”. GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014. p.60

¹⁹⁹ Conforme Camacho e Rodrigues explicam, “os preços definidos na RTP devem acompanhar a dinâmica do setor, de modo que as metodologias que compõem a RTP devem ser discricionárias e flexíveis o bastante para refletir mudanças nos custos dos insumos, alterações na demanda, avanços tecnológicos e aperfeiçoamentos na qualidade do serviço”. CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Regulação*

é estimar os custos que seriam obtidos pelo regulado num mercado competitivo (*competition in the market*)²⁰⁰. Por isso, a competição no momento inicial de ingresso no mercado não é tão crucial como a regulação via contrato de concessão porque a competição se processa também durante a prestação dos serviços, por intermédio da atuação do regulador.

Entretanto, o reajuste de tarifas e contraprestações públicas em sede de regulação por contrato não decorre da RTP. Neste modelo, o “preço” (tarifas e contraprestações públicas) dos serviços concedidos é definido no momento da contratação e se mantém constante durante a vigência contratual.

Independentemente do cenário, na regulação via contrato de concessão, o preço-teto cobrado pela execução do serviço será definido previamente à assinatura do contrato e tenderá a se perpetuar no tempo. Esse preço será apenas reajustado periodicamente, nos termos da fórmula de reajuste contratual especificada no contrato de concessão²⁰¹⁻²⁰² e que visa a proteger o concessionário das variações inflacionárias²⁰³.

É importante frisar que o foco do reajuste não é o de agregar valor real ao preço, mas sim recuperar as variações inflacionárias incidentes no período compreendido entre os reajustes²⁰⁴.

econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 41, jun. 2014.

²⁰⁰ Não cabe aqui enveredar pelas diferentes técnicas de cálculo de reajustes de preços. Há diversos mecanismos de regulação discricionária, como o *price cap* e a *cost of service*. Evidencia-se aqui que a atuação da agência reguladora é mais sofisticada e trabalhosa e, conseqüentemente, são mais elevados os custos regulatórios incidentes neste modelo do que na regulação via contrato. Na regulação discricionária, as agências executam um processo continuado de monitoramento de custos e do desempenho dos principais agentes econômicos atuantes no setor, dados estes que são considerados na definição dos preços de tarifas. A autoridade reguladora simula uma competição que, no mundo real, é inexistente em virtude do monopólio que cada concessionário exerce sobre a sua base de usuários. O setor de distribuição de energia elétrica é um bom exemplo de aplicação deste modelo. Nele, a ANEEL realinha periodicamente o preço de tarifas a serem cobradas por cada concessionário, considerando fatores como o atingimento de metas regulatórias previamente definidas e os custos médios incorridos pelas diversas empresas reguladas. O efeito buscado é evitar que as concessionárias se acomodem e repassem o custo de eventual ineficiência operacional aos consumidores finais.

²⁰¹ Trata-se de uma cláusula obrigatória dos contratos de concessão, nos termos dos art. 18, VIII, da lei n.º 8.987/95 e art. 11, da lei n.º 11.079/2004.

²⁰² Frequentemente designado de Índice de Reajuste da Contraprestação/IRC, embora possa assumir outras designações. Normalmente, corresponde a um índice composto por vários indicadores setoriais já amplamente difundidos, como o INCC, IPCA, IGP-M e outros. O reflexo de cada indicador na fórmula do IRC é idealmente calculado diante da representatividade de itens específicos na estrutura de custos da concessão, como os custos com investimentos, mão de obra e outros insumos. Por exemplo: variações inflacionárias relativas a investimentos em construções tendem a ser mais bem capturadas pelo INCC; as variações nos custos de pessoal são mais bem refletidas pela referência aos dissídios das categorias profissionais.

²⁰³ Uma nota explicativa se mostra cabível: se está a falar da tarifa máxima ou da contraprestação máxima contratada, que são reajustadas periodicamente por um indicador previamente especificado. O valor efetivamente pago ao concessionário durante a execução do contrato vai depender da incidência dos indicadores de desempenho – tema que retornaremos por ocasião do subtópico seguinte.

²⁰⁴ Para efeito de simplificação, não iremos fazer referência aqui a outros fatores que podem incidir sobre o reajuste dos preços, como o fator de produtividade que possibilita o compartilhamento de ganhos de produtividade entre o concessionário e poder concedente.

Em resumo, na regulação operada via contrato de concessão, o preço final que pode ser cobrado dos usuários e/ou Administração não é realinhado periodicamente de acordo com os custos incorridos pela concessionária, motivo pelo qual também é comum designar esse tipo de regulação de *non cost-based*²⁰⁵.

2.4.4 O desafio da incompletude contratual

Os contratos de longo prazo são inerentemente instrumentos incompletos. É impossível prever na elaboração do contrato (e dos anexos que lhe guarnecem) soluções para todos os problemas e intercorrências que podem ocorrer durante a execução da concessão. Conforme anota Flávio Amaral, “existem diversas áleas que não podem ser razoavelmente previstas ou cogitadas quando da celebração do ajuste. São contingências futuras e imprevisíveis que impossibilitam qualquer antecipação ou prognose, mas que podem impactar diretamente na economia contratual”²⁰⁶. Aplicando a teoria dos contratos incompletos aos contratos de concessão, Vera Monteiro destaca a necessidade de “serem feitas adaptações e de se permitir algum grau de flexibilidade durante a sua vigência, para que possam se acomodar às mudanças ocorridas ao longo do tempo”²⁰⁷.

A incompletude não é necessariamente uma falha, isto é, uma omissão acidental na redação contratual fruto do esquecimento ou da má técnica.

Primeiro, a incompletude se manifesta também como uma decorrência da obsolescência contratual. Nos contratos de longo prazo, as realidades econômica, social e tecnológica são continuamente alteradas, principalmente quando estamos diante de horizontes temporais de vinte, trinta ou quarenta anos. Tentar antever tudo o que pode dar errado num contrato tão longo seria um exercício de futurologia, com baixa perspectiva de ser bem sucedido. Além disso, ainda que a previsão detalhada de todas as potenciais hipóteses de conflitos e intercorrências na execução do contrato se revelasse tecnicamente factível, ela teria como contraponto a geração de custos de transação (envolvidos na preparação do projeto) extremamente elevados. Essas ideias se remetem à *teoria dos contratos incompletos*.

De modo a endereçar o desafio decorrente da incompletude contratual, a técnica de redação de contratos evoluiu e incorporou mecanismos de resolução de conflitos e de

²⁰⁵ É importante fazer uma correlação entre essa informação e a importância de o contrato estabelecer de modo claro indicadores de desempenho (disponibilidade e qualidade dos serviços, por exemplo), bem como investimentos obrigatórios. Com a estabilidade do valor da tarifa, os incentivos que o concessionário naturalmente teria para a redução de custos de investimentos e operação (e maximização da margem de retorno) tenderiam a impactar negativamente na qualidade de serviço.

²⁰⁶ GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014. p.71

²⁰⁷ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.68.

automatização de procedimentos aplicáveis em situações de lacunas originárias, de obsolescência e de desacordo superveniente entre as partes²⁰⁸. Doutrinariamente, essa estratégia se remete à *teoria dos contratos relacionais*²⁰⁹⁻²¹⁰⁻²¹¹.

Em breve síntese, o contrato relacional prescreve princípios, critérios e procedimentos a serem aplicados na resolução de impasses entre os contratantes, não tratados explicitamente na concepção do instrumento regulatório. Exemplos elucidativos de mecanismos que incorporam essa lógica são os procedimentos de reequilíbrio contratual, a estrutura de governança para a resolução de conflitos relacionados ao dia-a-dia contratual (o que inclui o estabelecimento de comitês técnicos com representantes das partes), mecanismos de *dispute board* e cláusulas de arbitragem.

A necessidade de estruturar essas ferramentas parte da percepção de que o direito regulatório aplicável às concessões de serviços públicos (e infraestruturas em geral) precisa ser tão mutável quanto à própria realidade econômica sobre a qual ele incide, de modo a reforçar a segurança jurídica e estabilidade de todo o sistema. A realidade econômica a qual se refere é permeada por alterações em políticas públicas promovidas pelos governos, por inovações tecnológicas, pela dinâmica e reconfiguração dos mercados e por demandas supervenientes da sociedade as quais frequentemente impactam na abrangência e características dos serviços prestados aos usuários²¹². Todos esses fatores representam riscos para as partes. Por isso, em sede de regulação pública – e dos contratos de concessão em

²⁰⁸ Cf. STERN, Jon. *Relationship between Regulation and Contract in Infrastructure Industries*. Department of Economics Discussion Paper Series CCRP Working Paper no: 14/2009. Disponível em: http://www.city.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0014/81032/stern_relationship_between_regulation_and_contract.pdf, acesso em 10/10/2014, às 9h; COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford. Oxford University Press, 1999; STERN, J., 'Regulation and Contracts: Substitutes or Complements? Lessons from UK Historical Experience', *Journal of Policy Reform*, V. 6, Nº 4, December 2003.

²⁰⁹ Nesse sentido, Giandomenico Majone destaca que “uma resposta possível à incompletude contratual é o contrato relacional, no qual as partes não concordam sobre planos de ação detalhados, mas sobre princípios e procedimentos gerais, sobre os critérios a serem usados ao decidir o que fazer quando surgem contingências imprevistas, sobre quem possui quais poderes de agir e a gama de ações que podem ser realizadas, além dos mecanismos de resolução de disputa a serem usados caso ocorram divergências. Resumidamente, um contrato relacional estabelece um acordo geral que enquadra toda a relação (por isso, seu nome), reconhecendo que é impossível concentrar toda a ação de negociação relevante no estágio contratual *ex ante*”. MAJONE, Giandomenico. *As Transformações do Estado Regulador*. (Trad. Tatiana Mesquita). RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013, p. 34-35. No mesmo sentido, ver: OGUS, Anthony. *Costs and cautionary Tales. Economic Insights for the Law*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 49-50.

²¹⁰ No mesmo sentido, ver: OGUS, Anthony. *Costs and cautionary Tales. Economic Insights for the Law*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 49-50.

²¹¹ Sobre a aplicação do conceito de contrato relacional ao ambiente das PPPs, ver: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *A eficiência econômica das Parcerias Público-Privadas e do financiamento de projetos (Project finance) como mecanismo para o desenvolvimento de infraestrutura estatal*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n.3, jan./jun.2013, p. 4.

²¹² Nesse sentido, vide o exemplo bastante paradigmático das manifestações de junho/julho de 2013, desencadeadas pelo aumento do preço de passagens de ônibus em São Paulo e Rio de Janeiro, que rapidamente se tornaram um fenômeno nacional. Um dos efeitos diretos desses protestos foi o não reajuste de passagens, conforme disciplinados em contratos de concessão previamente firmados.

especial – os vetores segurança jurídica e imutabilidade nem sempre convergem para a mesma direção. Mostra-se necessário construir estratégias e ferramentas para lidar com as incertezas e reduzir a perspectiva de perda das partes²¹³.

Não se pode ignorar que essa discussão enseja a contraposição entre essas ideias. Mencionou-se, ao se apresentar a ideia de regulação via contrato de concessão, que essa estratégia de regulação visa justamente a dar estabilidade e segurança aos agentes econômicos, dada a possibilidade de engessar aspectos cruciais da regulação, limitando a discricionariedade das agências imbuídas da função de regular. Porém, o que se observa a partir do exposto neste tópico é que essa ideia também deve comportar ponderações. É justamente a flexibilidade de algumas regras e a previsão de mecanismos de superação de conflitos que possibilitam, tal qual uma válvula de escape, que se libere a pressão dentro do sistema do contrato, evitando um rompimento abrupto. Por mais contraditório que pareça, em relação a alguns aspectos da dinâmica contratual, “a segurança advém da certeza da mudança”²¹⁴.

A prévia pactuação em sede de contrato dos mecanismos a serem aplicados no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato parece ser um dos exemplos mais representativos da ideia de contrato relacional. Parte significativa dos contratos de concessão recentemente celebrados já prevê metodologias e fórmulas a serem aplicadas na hipótese em uma das partes maneja um pleito de reequilíbrio. Essa estratégia busca automatizar e objetivar os procedimentos de reequilíbrio, propositadamente reduzindo o espaço de deliberação entre as partes²¹⁵. O modo mais tradicional de recomposição dos contratos não é esse.

²¹³ Cf. NÓBREGA, Marcos. *Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-maio-2010-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em: 06/06/2015, às 15h.

²¹⁴ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan/mar. 2009. p.6.

²¹⁵ O prévio estabelecimento e objetivação de métodos a serem usados em caso de reequilíbrio econômico-financeiro, como proposta de tratamento das incompletudes contratuais, é uma ferramenta essencial na regulação operada via contratos de concessão. O tema envolve a análise de elementos financeiros que fogem ao domínio técnico da maior parte dos juristas, razão pela qual são poucas ou inexistentes as obras jurídicas que desbordam, ao tratar desse assunto, do recurso à interpretação de dispositivos legais ou mesmo princípios jurídicos vagos. Além disso, muito do que já foi publicado são versões de pareceres e estudos encomendados, que tendem a não refletir uma posição acadêmica isenta. Nesse contexto, entre os trabalhos que aproximam as abordagens jurídica e econômico-financeira, cabe destacar: RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78-124. E, já revelando uma alteração bastante significativa de entendimento pelo mesmo autor: RIBEIRO, Maurício Portugal. *O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPP (Mas os nossos juristas ainda não sabem)?* e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal*. Disponíveis em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro>. Acesso em 11.10.2014, às 16h25.

O reequilíbrio contratual sempre foi tratado como um procedimento eminentemente negocial entre as partes contratantes - situação potencialmente problemática para o Estado. O reequilíbrio coloca o ente público numa posição de desvantagem, diante das pressões decorrentes da impossibilidade de descontinuar o serviço público e das assimetrias de informação existentes²¹⁶. Na prática, as partes chegam a um consenso sobre o valor que ambas entendem aceitável e empreendem um esforço de justificação às avessas, fundamentando o valor a partir da adequação de premissas e metodologias, de modo a encontrarem o número previamente acertado.

2.4.5 Os mecanismos de incentivo à boa performance do concessionário positivados nas leis n.º 8.987/95 e n.º 11.079/2004

O objetivo buscado no presente tópico é apresentar um panorama dos diversos mecanismos de geração de incentivos à boa-performance do concessionário assimilados pela legislação aplicável às concessões comuns e PPPs.

Estabelecendo uma ponte com as ideias referentes ao estudo do *Direito & Economia*, nos contratos de concessão bem sucedidos, os incentivos são desenhados de modo a garantir o engajamento dos concessionários na prestação de serviços adequados aos usuários e à Administração. A estrutura contratual deve ser formatada de modo que os concessionários não se posicionem numa zona de conforto, mas que sejam instigados a buscar soluções tecnicamente inovadoras e ganhos de produtividade²¹⁷, podendo, para tanto, “organizar empresarialmente a atividade conforme melhor lhes convier”²¹⁸.

Já adiantando um tema que será debatido no tópico seguinte, eventual captura no planejamento e execução dos contratos pode ter por efeito direto a eliminação ou subversão

²¹⁶ Quem detém a posição informacional privilegiada é o concessionário, que conhece o dia-a-dia da sua operação, a estrutura de custos do negócio e enxerga as oportunidades de ganhos na renegociação contratual. O efeito prático disso é que os ganhos econômicos obtidos pelo poder concedente com o leilão competitivo tendem a ser anulados num contexto de renegociação contratual. Neste cenário não existe mais pressão competitiva. O Estado negocia com um monopolista. Os custos de saída para ambas as partes são elevados, mas o ente público assimila ainda os ônus de natureza política.

²¹⁷ Por isso, o núcleo das tarefas desempenhadas pelo ente público, neste modelo, está na previsão em sede de contrato dos resultados e obrigações que se quer obter. Os contratos de concessão são instrumentos que encampam de modo bastante pronunciado a ideia de *controle pelos resultados*.

²¹⁸ Destaca Vitor Rhein Schirato que “as concessões de serviços públicos são, portanto, obrigações de *fim*, jamais obrigações de *meio*. O que importa é que o particular preste a contento o serviço público concedido, *alcançando as finalidades impostas pelo Estado*, devendo ser-lhe garantido o direito de organizar empresarialmente a atividade como melhor lhe convier. Com isso, a concessão de serviço público reveste-se de grande flexibilidade, para ser moldada de acordo com as necessidades específicas do caso concreto e da atividade a ser delegada. SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade? In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.150.

dos mecanismos de incentivo à boa performance do concessionário, imputando efeitos desvantajosos ao Estado e usuários.

Cabe ainda destacar mais um ponto de atenção. Ao falarmos do modelo de concessão e suas vantagens (inclusive a incorporação de uma gramática de racionalidade econômica), explicitamente estaremos estabelecendo uma comparação em relação aos modelos de contratos tradicionais, celebrados nos termos da legislação de licitações e contratos administrativos. Neste caso, estamos principalmente a falar da contratação de obras públicas, que é o mecanismo mais tradicional e utilizado pelo poder público para a execução de investimentos²¹⁹.

Os principais mecanismos de incentivos decorrentes da legislação e da estrutura econômica dos contratos de concessão são apresentados de modo sucinto a seguir.

- *A conjugação num mesmo contrato da responsabilidade pela execução de investimentos e de operação do empreendimento.*

O contrato de concessão é um contrato complexo. A ideia de complexidade diz respeito à inclusão num único instrumento jurídico de uma multiplicidade de serviços e responsabilidades²²⁰. Dentre tais atividades, estão necessariamente incluídos os deveres de executar investimentos em uma infraestrutura²²¹ (ex. construir, reformar e equipar) e operá-la durante um prazo contratual bastante longo.

Os contratos de concessão pressupõem investimentos, que em regra são elevados e temporalmente concentrados no início da concessão. São essas inversões que possibilitarão que o concessionário se remunere, na fase operacional, pela prestação dos serviços aos usuários ou à Administração.

Um dos pressupostos deste modelo é o de que o concessionário, por estar vinculado a um contrato de longo prazo, envidará esforços no sentido de que os investimentos sob sua

²¹⁹ Os contratos de concessão tem por objeto a delegação de um serviço – público (nos termos da lei n.º 8.987/95 e art. 2º, §1º, da lei n.º 11.079/2004) ou administrativo (art. 2º, §2º, da lei n.º 11.079/2004). Não se trata, portanto, de contratos de execução de obras. Entretanto, os contratos de concessão são peças-chave na disponibilização de infraestruturas, como rodovias, ferrovias e aeroportos, porque uma característica essencial deste modelo é que os serviços delegados têm como pressuposto a execução de vultosos investimentos, sejam eles referentes a obras ou equipamentos. Esse é o mote para se estabelecer uma comparação entre os modelos, ainda que os respectivos objetos não sejam coincidentes. De modo simplificado, na lei n.º 8.666/93, o investimento público é um fim em si; no contrato de concessão, o investimento é um meio para a prestação de um serviço.

²²⁰ Por “complexidade” não nos remetemos aqui aos aspectos de sofisticação técnica e econômica, mas sim ao contexto de cumulação de serviços e responsabilidades no objeto contratual.

²²¹ No jargão técnico, normalmente se alude às expressões *greenfield*, para projetos em que a infraestrutura será integralmente construída do zero e *brownfield*, para projetos em que já existe uma estrutura, mas que será objeto de novas intervenções a fim de reformá-la ou expandi-la.

responsabilidade sejam executados da melhor forma possível. O concessionário é diretamente interessado na qualidade das obras, equipamentos e demais investimentos executados, afinal, será ele mesmo o operador dessa infraestrutura, durante seguidos anos. Eventuais ganhos na execução deficiente de obras, com o uso de materiais em quantidade e qualidade inferior ao necessário impactarão posteriormente na sua estrutura de custos, que será onerada pela necessidade de obras e equipamentos adicionais.

Portanto, o ato de maximizar a rentabilidade do negócio por meio da utilização de materiais e técnicas de baixa qualidade tende a se revelar uma estratégia pouco nos contratos de concessões. Além de incrementar os custos de manutenção e operação, é provável que esta estratégia irá prejudicar o atendimento aos indicadores de desempenho estabelecidos no referido contrato²²².

De fato, mesmo na PPP ou concessão comum, o concessionário tem interesse em reduzir custos, de modo a maximizar seu retorno²²³. O ponto é que esta decisão precisará ser racional e baseada em ganhos de eficiência. Nem todo tipo de economia vai ser proveitosa no longo prazo.

Nesse contexto, é importante também atentar para outra dimensão do termo “responsabilidade”.

In casu, os deveres assumidos pelo parceiro privado em relação à disponibilização de infraestrutura não abrangem apenas os atos materiais de aquisição de bens e execução de intervenções construtivas. Além da engenharia construtiva propriamente dita, o concessionário também será o responsável pelo que podemos designar de “engenharia financeira”²²⁴.

²²² Nos contratos administrativos tradicionais, que visam à aquisição de bens e serviços, a ideia central é o controle rígido dos meios, inclusive da orçamentação do projeto e dos quantitativos de materiais aplicados na execução do investimento/edificação. No que tange à execução de obras, por exemplo, o contratado está rigidamente vinculado ao estabelecido no projeto de engenharia previamente fornecido pela Administração (básico ou executivo) – não cabendo, portanto, se falar em flexibilidade. Qualquer desvio em relação ao que foi originalmente previsto e licitado (como a necessidade de alterações ou falhas decorrentes de projetos de engenharia mal elaborados) e que, conseqüentemente, majore a orçamentação original constante da proposta vencedora, enseja o pleito do ente privado de reequilíbrio contratual.

²²³ Vale a transcrição de excerto de texto escrito por Marcos Pinto Barbosa: “Essa estrutura contratual cria incentivos econômicos para que o particular reduza seus custos. Se o particular consegue realizar a obra a um custo mais baixo, seu lucro aumenta, já que o custo total do projeto diminui enquanto sua remuneração pela prestação dos serviços permanece a mesma. isto significa que o parceiro privado tentará, sempre que possível, reduzir os custos da obra para aumentar o seu lucro na PPP”. PINTO, Marcos Barbosa. *A Função Econômica das PPP's*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, maio-jun-jul, 2005, p. 6. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>, acesso em 15 de novembro de 2014, às 16h46.

²²⁴ Por “engenharia financeira” deve-se entender a responsabilidade atribuída ao concessionário de angariar os recursos financeiros necessários à viabilização do projeto. Há uma multiplicidade de instrumentos (e complexidades) para o deslinde dessa tarefa. De modo bastante sucinto, além do aporte de recursos próprios (originários dos acionistas e integralizados na concessionária), caberá à concessionária o levantamento de capital

Adicionalmente, é importante destacar que para o sucesso do modelo de concessão alguns cuidados precisam estar presentes. Talvez o mais importante seja atentar para que durante a modelagem do projeto, a matriz contratual de riscos aloque expressamente ao concessionário a responsabilidade pelo sobrecusto e atraso na implementação dos investimentos. Da mesma forma, é comum que os contratos estabeleçam restrições para que os acionistas da concessionária exerçam o seu direito de retirada, ou seja, o direito de venderem suas participações e abandonarem a concessão logo no início da vigência contratual²²⁵.

O objetivo final, portanto, é que os investidores enxerguem no contrato uma relação de longo prazo, rentável desde que mantida a boa performance na prestação dos serviços delegados.

- *Possibilidade de delegação dos serviços com base em estudos de engenharia referenciais (elementos de projeto básico ou anteprojeto)*

Um segundo incentivo econômico decorre da possibilidade²²⁶ de que a licitação seja realizada a partir de estudos de engenharia de caráter referencial, de modo a deixar a cargo do concessionário a responsabilidade por elucubrar as soluções técnicas, (especialmente as de índole construtiva) que entende serem as mais adequadas para viabilizar a prestação dos serviços.

Esse instrumento corresponde ao que usualmente se designa de “contratação integrada”, que já havia sido previsto no regulamento de compras da Petrobras (Decreto 2.745/98) e foi replicada (entre outros dispositivos) no art. 9º da lei n.º 12.462/2011 (Regime

no mercado financeiro para dar cabo dos investimentos necessários. Para tanto, precisará negociar contratos de financiamento de longo prazo com instituições privadas e públicas, sendo que (normalmente) um dos principais desafios nesta negociação diz respeito à constituição de garantias. Essas garantias podem assumir uma multiplicidade de formas (de natureza real ou pessoal), como garantias corporativas dos acionistas da concessionária, garantias contratadas junto a instituições financeiras ou seguradoras, *equity support agreement/ESA* (acordo de suplementação de aporte de recursos na concessionária pelos sócios, caso necessário), entre outros. Operações no mercado de capitais também podem ser conduzidas no intento de angariar os recursos necessários, como a emissão de valores mobiliários (p.ex. debêntures). Um panorama interessante sobre os desafios na estruturação financeira de projetos e obtenção de financiamentos, inclusive sobre as limitações dos mecanismos existentes, pode ser acessado em: FRISCHTAK, Cláudio; DAVIES, Katharina. *O investimento privado em infraestrutura e seu financiamento*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FRISCHTAK, Cláudio (org.). *Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.54-60.

²²⁵ Dessa forma, poderiam ser tentados a maximizar o seu retorno com a execução de obras e investimentos e, na sequência, alienar o controle acionário para outro grupo, que herdaria os problemas de investimentos mal feitos.

²²⁶ Em linha com o que já comentamos no capítulo I, o nível de detalhamento dos estudos, inclusive os de engenharia, é uma decisão da equipe de projeto, que atenta para as circunstâncias concretas do caso. Em projetos que apresentem muitos riscos de engenharia, pode ser recomendável que os estudos tenham um nível de detalhamento mais elevado, de modo a mitigar incertezas e melhorar a receptividade do projeto junto ao mercado.

Diferenciado de Contratações/RDC)²²⁷. As leis n.º 8.987/95 (art. 18, XV) e n.º 11.079/2004 (art. 10, §4º) trabalham respectivamente com os conceitos de “elementos de projeto básico” e “anteprojeto”^{228_229}.

Na contratação integrada, a responsabilidade pela execução dos projetos de engenharia *básico* e *executivo* é deslocada do ente público para o concessionário²³⁰. A licitação é conduzida a partir de estudos de engenharia menos detalhados, cujo propósito é (i) prover referências construtivas sobre as funcionalidades, objetivos desejados e requisitos mínimos definidos pelo ente público e (ii) possibilitar a precificação de investimentos.²³¹

A proposta da licitação baseada em estudos referenciais de engenharia é conferir ao parceiro privado, por meio da elaboração dos projetos de engenharia básico e executivo, a flexibilidade para que ele incorpore à concessão, por meio de sua engenhosidade e expertise técnica, soluções inovadoras que reverberem na redução de custos e incremento de qualidade dos serviços prestados aos usuários finais. Observe-se que a ideia do modelo é permitir que o concessionário obtenha ganhos de eficiência ao planejar a sua operação, os quais poderão ser por ele apropriados. O espaço de liberdade do concessionário tende a ser amplo desde que observadas as obrigações contratuais e indicadores de desempenho definidos no contrato de concessão²³².

²²⁷ Para uma abordagem detalhada e crítica a propósito do uso da contratação integrada para a contratação de obras, nos termos do RDC, ver RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.29-42.

²²⁸ Em sede de concessões comuns, não existe um consenso fechado acerca do conteúdo dos *elementos de projeto básico* – apenas que o seu grau de detalhamento é, por óbvio, menor do que o *projeto básico*. Na prática, o que a lei buscou foi possibilitar a licitação com estudos caracterizados por um detalhamento menos robusto. Já no âmbito das PPPs, a referência ao termo *anteprojeto* (usado também no RDC) foi incluída posteriormente, por força da lei n.º 12.766/2012. A própria lei se encarregou de trazer informações sobre o escopo e grau de detalhamento do anteprojeto. Além disso, existem diversas instruções de entidades de engenharia e de normatização técnica que detalham o conteúdo desses estudos. Para aprofundar o tema, ver: RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.29-42.

²²⁹ Nesse sentido, vale conferir a visão de André Rosilho acerca da dificuldade de licitar, no âmbito do RDC, com anteprojeto, sobretudo pela visão do Tribunal de Contas da União acerca do elevado grau de detalhamento dos anteprojetos – que acabam por aproximá-los dos projetos básicos. ROSILHO, André. Desafios na modelagem jurídica da contratação integrada. In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 70.

²³⁰ Diferente do que ocorre em sede de lei n.º. 8.666/93, em que o art. 7º, §2º estabelece que o projeto básico é obrigatório e anterior à licitação da obra. Nos termos da lei, o projeto básico de engenharia deve possuir um orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. O projeto executivo, por sua vez, é necessário apenas para a execução da obra e pode ser provido tanto pelo ente público como pelo contratado. O que varia entre o anteprojeto, projeto básico e executivo é o nível de detalhamento, que evolui numa escala crescente.

²³¹ Cf. art. 10, lei de PPP.

²³² Conforme tivemos a oportunidade de comentar anteriormente (capítulo I), a decisão sobre o nível de detalhamento dos estudos de viabilidade da concessão, o que inclui os projetos de engenharia, é feita casuisticamente – de acordo com as circunstâncias (especialmente os riscos) incidentes em cada concessão. Sob a perspectiva do setor privado, projetos de engenharia detalhados reduzem o risco construtivo, mas,

- *Remuneração variável baseada em indicadores de desempenho*

A legislação possibilita a inclusão nos contratos de concessão de indicadores de disponibilidade e qualidade dos serviços²³³.

Nos contratos de PPP, diante da existência de uma contraprestação pública paga pelo ente concedente, o não atingimento integral dos indicadores importa em deduções na contraprestação pública. Dessa forma, o pagamento público é definido a partir dos resultados que foram efetivamente alcançados pelo concessionário e que são medidos na forma do contrato, normalmente com o auxílio de um verificador independente²³⁴.

Esse mecanismo de deduções automáticas na contraprestação pública motivadas pelo não atingimento integral de indicadores de desempenho possui diversas vantagens em relação ao modelo tradicional de penalização do contratado – realizado por meio da aplicação de multas. De modo sucinto, basta dizer que as multas precisam ser cominadas e executadas em conformidade com o devido processo legal, podendo ser desafiadas tanto em sede administrativa como judicial. É comum, nos mais variados setores regulados, que os apenados recorram indefinidamente, postergando o cumprimento dessas obrigações, e por vezes, logrando sucesso na sua desconstituição (frequentemente devido a irregularidades formais)²³⁵.

Em relação ao modelo de *concessão comum*, as técnicas de preparação de contratos igualmente têm evoluído de modo a endereçar a preocupação com o atingimento de níveis operacionais elevados. Sob um primeiro olhar, a previsão de indicadores de desempenho ficaria prejudicada, dado que nesta espécie de concessão não existem pagamentos públicos que possam ser ofendidos por descontos motivados pelo não atingimento de indicadores contratuais. Contudo, diversos contratos já celebrados contam com mecanismos que buscam reproduzir a lógica de controle por resultados – principalmente por meio de fatores de

colateralmente, reduzem a flexibilidade de usar soluções novas. Sob a perspectiva do ente público, os riscos relativos à possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro são crescentes na proporção em que maior o detalhamento.

²³³ Na lei n.º 11.079/2004, a possibilidade de prever indicadores de desempenho está expressamente prevista no art. 5º, VII; na lei n.º 8.987/95, no art. 23, III;

²³⁴ Normalmente, os contratos de concessão preveem a figura de um terceiro, em regra uma empresa de consultoria ou auditoria, que ficará responsável pela checagem dos indicadores de desempenho e definição do valor da contraprestação. A forma de contratação do verificador varia de contrato para contrato, podendo ficar a cargo do ente público ou do parceiro privado. A proposta que embasa a contratação do verificador é não deixar sob a exclusiva responsabilidade de nenhuma das partes a definição do valor da contraprestação por conta do conflito de interesses naturalmente existente.

²³⁵ É importante destacar que os contratos de concessão continuam prevendo a possibilidade de cominação de multas. A boa técnica na elaboração desses contratos busca dissociar as multas de fatores que estejam cobertos pelos indicadores, de forma a não configurar a existência de *bis in idem*.

qualidade e produtividade – que são considerados para efeito de definição do percentual de reajuste anual do preço tarifário²³⁶.

Em suma, independentemente de se tratarem de concessões comuns ou PPPs, se os padrões de desempenho definidos em contrato não forem atingidos, a remuneração do concessionário (e por consequência, o seu retorno sobre o capital investido) será afetada.

- *Repartição objetiva de riscos*

O último mecanismo de geração de incentivos diz respeito à repartição objetiva de riscos entre as partes contratantes, operada segundo a lógica (reiteradamente reproduzida nos trabalhos sobre o tema) de que “os riscos devem ser alocados a quem melhor pode gerenciá-los”²³⁷. A propósito desta regra, Marcos Nóbrega explica que:

Na alocação de riscos sempre haverá trade offs e a resposta convencional a esse dilema é que eles deverão ser alocados para a parte que tem a melhor condição de gerenciá-los. A resposta parece correta, mas é simplista e vaga. Para ser preciso, cada risco deve ser alocado de acordo com o direito de tomar decisões de forma a maximizar o valor total do projeto (total project value) considerando a capacidade de cada parte para: a) influenciar o correspondente fator de risco; b) influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco – antecipando ou respondendo ao fator de risco e; c) Absorvendo o risco²³⁸.

A repartição objetiva de riscos está expressamente previsto na lei n.º 11.079/2004, no art. 5º, III. Em sede de contratos de concessão comum, a repartição de riscos pode ser normativamente reconduzida ao art. 10º da lei n.º 8.987/95, que fala que o equilíbrio econômico-financeiro está mantido quando “atendidas as condições do contrato”.

Na prática, essa repartição é consubstanciada numa *matriz contratual de riscos*. Na realidade, essa matriz é uma cláusula contratual, em que são expressamente enumerados os riscos que devem ser suportados por cada contratante, como aqueles referentes ao sobrecusto de investimentos, extrapolamento de cronogramas, não conclusão de desapropriações e licenciamentos, demanda superior ou inferior ao estimado, variações cambiais, alterações

²³⁶ Neste caso, a variação do preço da tarifa se dá em função do atendimento (ou não) de indicadores de desempenho definidos no próprio contrato de concessão – e não na comparação em relação a outros agentes privados que atuam no mesmo setor econômico - tal qual ocorre na regulação *discricionária*. Na regulação via contrato, no próprio instrumento contratual, já existe a definição de que o descumprimento de indicadores repercute na redução do reajuste anual a ser obtido.

²³⁷ Nesse sentido, fazemos remissão aos textos de Maurício Portugal Ribeiro e Marcos Nóbrega, em que esse postulado genérico de que os riscos devem ser compartilhados conforme a aptidão da parte contratante é detalhado e desdobrado em “critérios” de alocação de riscos. RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80-82; NÓBREGA, Marcos. *Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-maio-2010-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em: 06/06/2015, às 17h05.p.4.

²³⁸ NÓBREGA, Marcos. *Ibidem*. p.5.

regulatórias e tributárias operadas pelo Estado. Enfim, há toda uma sorte de assuntos e possíveis eventos que podem repercutir financeiramente na execução do contrato e que, por isso, precisam ser endereçados na matriz contratual de riscos.

Os riscos que são mapeados na fase de preparação do empreendimento podem ser diligenciados, absorvidos e redistribuídos a terceiros (por meio, por exemplo, da contratação de seguros) de forma diferente por cada parte. O valor do projeto tende a ser maximizado quando a atribuição dos riscos é operada de modo eficiente. Em outras palavras, não é todo e qualquer risco que deve ser transferido ao parceiro privado porque, frequentemente, pode ser menos oneroso para o Estado assumir um determinado risco do que transferi-lo ao concessionário²³⁹.

Conforme destacado anteriormente, ao se tratar da incompletude contratual, a matriz contratual de riscos informa as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro. Neste contexto, o reequilíbrio é um procedimento que aproveita a ambas as partes. Por isso, os pleitos de reequilíbrio provenientes do concessionário dizem respeito apenas aos danos decorrentes da concretização de riscos que tenham sido atribuídos ao poder concedente²⁴⁰.

2.5 A captura regulatória nos contratos de concessão

Após a descrição das principais nuances a respeito da regulação operada via contrato de concessão, se mostra importante, a título de arremate, articular considerações relacionadas aos riscos e consequências decorrentes da captura incidente neste modelo.

Num contexto de captura, as dimensões fundamentais da atividade regulatória (normatização, fiscalização e sancionamento) são manejadas pela autoridade pública de modo a privilegiar os interesses de determinados grupos²⁴¹. Note-se que a opção pelo termo

²³⁹ O risco, quando alocado ao concessionário, inexoravelmente vai representar um custo adicional a ser considerado no modelo financeiro do empreendimento. Em última instância, os custos associados aos riscos assumidos pelo parceiro privado serão transferidos aos usuários e/ou Poder Concedente, pois serão um componente do preço cobrado via tarifas ou contraprestação pública. Esposando essa linha de entendimento, Marcos Pinto menciona que: "Riscos são custos e certamente serão levados em consideração pelo particular na sua proposta de remuneração. Se o Estado transfere ao ente privado riscos que poderia absorver melhor do que o contratado, ele está na verdade pagando caro por um serviço de que não necessita. Por outro lado, ao transferir ao setor privado riscos que este pode gerenciar melhor, o Estado reduz seus custos e promove a eficiência econômica". PINTO, Marcos Barbosa. *A Função Econômica das PPP's*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em www.direitodoEstado.com.br. Acesso em 15 de novembro de 2014, p.8

²⁴⁰ Trata-se de inovação significativa em relação aos modelos tradicionais pelos quais os entes públicos viabilizam investimentos - sobretudo o modelo de contratação de obras e serviços da lei n.º 8.666/93. Nos contratos regidos pela lei geral de licitações, os riscos são desbalanceados, isto é, concentrados no ente público contratante.

²⁴¹ Richard Posner, em texto clássico, enumera algumas versões da teoria da captura (e respectivas fragilidades), tais como: (i) a acepção *marxista*, baseada na ideia de que a regulação, a exemplo do que ocorre com outras instituições, é o meio pelo qual os grandes capitalistas controlam a sociedade; (ii) a acepção da *ciência política*,

privilégio aqui não é retórica, mas denota um juízo de ilegitimidade na atuação do ente público incumbido da função de regular. A manifestação mais evidente que vem a mente quando falamos de captura é a figura de um conluio regulador-regulado, consciente e deliberadamente acordado, podendo abranger ou a instituição reguladora como um todo ou agentes públicos inseridos em seu quadro de pessoal.

Entretanto, a captura pode se manifestar de uma forma mais sutil – embora similarmente danosa – e que se processa por meio de ascendência/influência técnica ou gerencial que o regulado exerce sobre a atuação da entidade reguladora. Neste caso, não existe necessariamente um conluio, manifestado na forma de um acordo explícito entre os envolvidos. Por vezes, essa forma de captura ocorre sem que o regulador tenha consciência que está sendo operado²⁴².

Para abordar corretamente este tema, se mostra apropriado, primeiramente, delimitar o objeto de análise a partir de três cortes epistemológicos.

Primeiro, é importante destacar que o contexto aderente em maior medida aos objetivos do presente capítulo se refere à captura pró-mercado – mais especificamente àquela operada por agentes privados que atuam (ou pretendem atuar) como delegatários do Estado. As capturas pró-governo²⁴³ e pró-usuários²⁴⁴ (portanto, em desfavor dos concessionários) não serão doravante comentadas.

Segundo, a captura que ora enfocamos é aquela que se processa como consequência da ascendência técnica e assimetrias informacionais que favorecem o ente privado em detrimento das autoridades reguladoras e que, assim, potencializam a sua perspectiva de cooptação involuntária e inconsciente.

na qual se enfatiza a importância e engajamento de grupos de interesse no processo legislativo e na formulação de políticas públicas, inclusive nas que são desenhadas a partir da regulação; e (iii) a *teoria econômica da regulação*, fundamentada na premissa de que o poder coercitivo do Estado pode ser usado para conferir benefícios valiosos aos grupos de interesse, consistindo numa alternativa à formação de cartéis (nas situações em que este modelo de associação colusiva se mostrar impraticável). POSNER, Richard A., *Theories of Economic Regulation* (May 1974). NBER Working Paper No. w0041. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=259352>, acesso em 26/06/2015, às 17h15.

²⁴² OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 57.

²⁴³ No Brasil, a doutrina que aborda a regulação vem relatando um contínuo processo de enfraquecimento das agências reguladoras e de violação de sua autonomia decisória. Fazemos referência a essa informação de modo a destacar que a regulação não se opera apenas como o vetor *mercado-governo*, mas pode também haver captura capitaneada pelo governo em detrimento dos interesses dos entes regulados. Sobre o processo de enfraquecimento do modelo de agências, ver: MOREIRA, Egon Bockman. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez.2013; SCHIRATO, Vitor Rhein. *A deterioração do sistema regulatório brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez.2013.

²⁴⁴ O autor explica que certos grupos de “consumidores” também têm incentivos para tentar influenciar o regulador para conseguirem tratamento favorecido às expensas de outros grupos. Gomez-Ibanez, J. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003, p. 43.

Terceiro, ao se tratar da discricionariedade manejada pelas autoridades públicas, se está a falar daquela pautada em aspectos técnicos – e não de discricionariedade entendida como espaços de conveniência e oportunidade livremente preenchidos a partir de critérios políticos. De fato, é forçoso reconhecer que existem assuntos de Estado que devem ser pensados a partir de critérios genuinamente políticos – mas assumimos como premissa que o espaço de decisões regulatórias sob a responsabilidade das agências governamentais não é um deles.

Estabelecidos os limites da abordagem doravante empreendida, um dado inicial a ser destacado é que, tradicionalmente, se menciona que o risco de captura é tendencialmente maior quando a regulação pressupõe maior espaço de discricionariedade para as entidades reguladoras. Valendo-se da terminologia abordada nos tópicos anteriores, estaríamos a falar principalmente do modelo de *regulação discricionária* - em que preços tarifários e metas regulatórias são arbitrados pelas autoridades públicas (repise-se, normalmente com o objetivo de simular condições competitivas de mercado e incentivar o comportamento eficiente dos regulados).

Em sentido oposto, na regulação operada com supedâneo nos contratos de concessão, aponta-se que a probabilidade de captura regulatória tenderia a ser menos significativa devido à estabilidade de regras e menor autonomia decisória das agências.

O que deve ser ponderado na suposição acima analisada é que, mesmo no modelo de regulação por contratos de concessão, as manifestações de discricionariedade não são suprimidas. Na medida do que exporemos a seguir, a realidade é que o potencial de captura neste modelo também é bastante elevado.

No intuito de organizar a exposição do tema de modo mais didático, optou-se por fazer uma análise da perspectiva de captura na regulação por contratos a partir de um corte temporal, em que o divisor de águas é a celebração do contrato de concessão. Cabe aqui uma observação: propositadamente, optou-se por inverter a ordem cronológica natural e iniciar a análise pela captura potencialmente existente na execução contratual, de modo a reservar para o final o exame da perspectiva de captura pré-contratual – por conta da maior relevância desta segunda espécie para o tema tratado na presente dissertação.

2.5.1 A captura pós-celebração do contrato

Um contexto mais intuitivo de captura regulatória é o que ocorre na fiscalização da execução contratual pelo gestor público.

Ainda que a atividade de acompanhamento da concessão seja mecanizada pelo contrato, que estabelece rigidamente os deveres e riscos assumidos pelas partes, pode acontecer de o ente público não estar suficientemente aparelhado tecnicamente para o deslinde desta tarefa.

Diante disso, é possível que obrigações alocadas ao concessionário deixem de ser checadas e cumpridas, não necessariamente devido à má-fé ou conivência ou cooptação das autoridades públicas, mas simplesmente pelo despreparo material para fazê-lo. Em virtude deste desequilíbrio técnico e informacional, podem surgir múltiplas possibilidades para que o concessionário possa se evadir de responsabilidades a que se vinculou por força o contrato de concessão²⁴⁵.

Outra oportunidade para a manifestação da captura regulatória durante a execução do contrato ocorre nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro. Na medida do que já tivemos a oportunidade de apresentar, na regulação via contrato, o ente público se coloca numa posição tendencialmente desfavorável diante de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro²⁴⁶.

O reequilíbrio dos contratos normalmente pressupõe a estimativa de custos e levantamento de informações – atividades que não são normalmente desempenhadas pelo regulador neste modelo. Cabe notar que mesmo quando as autoridades públicas são bem equipadas para acompanhar o contrato de concessão, esse risco pode se fazer presente porque o processo de reequilíbrio extrapola (sob o viés técnico) daquilo que é usualmente necessário para acompanhar a execução normal do contrato de concessão. Dito de outra forma: em regra, o acompanhamento regular do contrato requer menos sofisticação técnica do que o necessário para reequilibrá-lo.

O efeito é que eventual pedido de reequilíbrio contratual tende a ensejar riscos de cooptação (involuntária e inconsciente) da agência reguladora em virtude dos trunfos técnicos e de informação que desequilibram esse processo em favor do concessionário.

²⁴⁵ Quando falamos de *regulador*, estamos aqui a falar de uma agência, que é o modelo idealizado de interlocutor público em sede de práticas regulatórias. Entretanto, no Brasil, há diversos entes públicos que se valem de contratos de concessão, mas que não possuem uma agência (formalmente constituída como tal) à frente da modelagem e acompanhamento desses contratos.

²⁴⁶ MAJONE, Giandomenico. *As Transformações do Estado Regulador*. (Trad. Tatiana Mesquita). RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013, p.34.

2.5.2 A captura pré-celebração do contrato

A captura decorrente de ascendência técnica e assimetrias informacionais também é possível no momento *pré-contratual*, durante a modelagem do projeto e dos documentos licitatórios.

A cooptação a que aqui aludimos se manifesta na concepção do contrato, durante a fase interna da licitação. Nesse momento original de desenho do projeto, interesses privados podem ilegitimamente atravessar o processo, conduzindo a dois efeitos.

O primeiro é a assimilação no desenho do contrato de opções técnicas e premissas econômico-financeiras enviesadas, que incrementam de forma não razoável a onerosidade do contrato com reflexos para o ente público e/ou usuários. Essa situação corresponde a um quadro clássico de ineficiência alocativa estudado na teoria dos monopólios, em que renda é transferida da sociedade (usuários e/ou diretamente o ente público) ao monopolista (no caso, o concessionário).

Além disso, a dominância durante o processo de preparação dos documentos licitatórios tende a gerar vantagens competitivas para o agente privado que capturou o processo e que tem interesse na licitação do projeto. Em teoria, esse agente se colocará numa posição de vantagem, devido ao acesso privilegiado a informações e, o que é ainda mais importante, à possibilidade de influir no desenho do projeto para adequá-lo a soluções técnicas que maximizem a sua chance de vitória no leilão²⁴⁷.

²⁴⁷ Sob a perspectiva teórica, é possível estabelecer uma aproximação entre a cooptação operada via ascendência técnica e gerencial e a captura abordada no âmbito da Teoria da Regulação Econômica, conforme sistematizada pelos economistas ligados à escola de Chicago (entre eles, George J. Stigler, apontado como precursor dessa vertente teórica). Em breve síntese, a ideia motriz dessa abordagem é a perspectiva de que grupos privados organizados atuam no sentido de influenciar os entes governamentais para a edição de regulação restritiva à concorrência - por exemplo, por meio de barreiras à entrada em setores econômicos e incremento de *custos de conformidade* dos agentes já atuantes neste mercado. Nas palavras de Eduardo Jordão, a regulação estatal seria abordada como um “bem adquirível no mercado político” pelos grupos que a “valorem mais intensamente”. O resultado dessa visão da regulação como um produto seria a obtenção de benefícios pelos grupos econômicos regulados frente aos consumidores. O veículo por excelência de geração dessa captura seria o lobby político. Ainda, a captura regulatória seria mais proveitosa, por exemplo, do que a formação de carteis, que são naturalmente instáveis. Na nossa visão, essa teorização poderia ser adaptada (sem muito esforço) à discussão sobre os riscos de captura no âmbito da formatação de projetos estatais complexos, principalmente quando por mecanismos que possibilitem o apoio da iniciativa privada. A diferença aqui é que a captura não se dá em proveito de uma indústria regulada, mas sim em prol de um agente privado específico que exerce a cooptação do processo. Essa aproximação se dá de modo ainda mais fácil se consideramos que o contrato de concessão é um instrumento de manifestação da função regulatória estatal (conforme anteriormente exposto) e que incide sobre uma relação negocial específica – qual seja, a delegação de um serviço cuja competência material cabe ao Estado. Nesse sentido, vale conferir a abordagem procedida por: JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.83-85 e; STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, v.2, n.1, p. 3-21, 1971.

Em síntese, a atividade de preparação do contrato, uma vez corrompida, tem como efeito direto o advento de uma falha de regulação²⁴⁸.

É importante pontuar que nem sempre a manifestação de agentes privados interessados na adjudicação da concessão é ilegítima. Conforme mencionado antes, a própria legislação que rege contratos públicos (incluindo-se as concessões) já prevê mecanismos de interação com o mercado e a sociedade, como as consultas, audiências públicas e a possibilidade de encaminhamento de questionamentos durante a licitação. Além disso, não nos parece inconveniente que eventuais interessados no projeto voluntariamente busquem o diálogo com o setor público, apresentando pontos de vista e seus entendimentos sobre o melhor formato de projeto a ser adotado pelo ente público.

Essa atuação não pode nem mesmo ser presumida como ilegítima e tampouco parece ilegal. Conforme analisaremos em outros capítulos da presente dissertação, o problema parece estar nas situações em que o Estado (i) não atua de forma transparente e isonômica na condução desta interação, de modo a propositadamente favorecer a algum grupo econômico e (ii) maneja as informações e materiais que lhe são providos com pouco cuidado e senso crítico, absorvendo de modo não refletido e ponderado recomendações que naturalmente assumem o viés de quem é diretamente interessado no projeto. Não por acaso, esses são os pontos que estão na pauta de debates em torno do Procedimento de Manifestação de Interesses/PMI, elemento central da investigação a ser empreendida nos capítulos IV, V e VI.

É difícil especular sobre o grau de importância da captura operada em cada momento: na concepção do contrato ou na sua execução.

O que se pode elucubrar, conforme apresentamos acima, é que a captura ocorrida durante a fase interna do processo tenderia a ser duplamente gravosa: por um lado, repercutiria no desenho do projeto e na função regulatória do contrato (escopo dos serviços concedidos, investimentos mínimos, sistema de indicadores, premissas financeiras, matriz de riscos, entre outros elementos cruciais) e, por outro, teria um efeito dissuasivo na competição durante o certame.

Além disso, é preciso atentar para outro fator importante: uma vez cooptado todo o processo, o efeito de engessamento proporcionado pelo contrato atua em desfavor do ente público. Será improvável remediar essa situação durante a execução do contrato, por meio, por exemplo, de um reequilíbrio pleiteado pelo ente público. Como é cediço, o recurso ao

²⁴⁸ STIGLITZ, Joseph. *Regulation and Failures. New perspectives on regulation*. D. Moss y J. Cisternino, eds., Cambridge, The Tobin Project, 2009. Disponível na internet em: http://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/New_Perspectives_Ch1_Stiglitz.pdf, acesso em 15/03/2015, às 8h.

reequilíbrio é disparado por situações supervenientes ao contrato (e que justamente por isso desequilibram a equação financeira originalmente estabelecida).

A solução de vícios prévios ao momento contratual não é bem amparada pelos mecanismos relacionais definidos no contrato, que são estabelecidos justamente no intuito de evitar desequilíbrios ainda maiores decorrentes da posição negocial mais favorável desfrutada por algum dos contratantes durante a recomposição contratual.

Por esta razão, a insatisfação do ente público com a concessão pode conduzir a ações drásticas e de natureza política, como a extinção antecipada do contrato ou mesmo à imposição unilateral de alterações no seu objeto (forçando assim uma rediscussão de aspectos econômicos). Por vezes, essas saídas ensejam diversos custos diretos e indiretos ao ente público, entre os quais prejuízos reputacionais relacionados ao advento de uma percepção no mercado de insegurança e de não cumprimento de contratos.

2.6 Conclusão

O presente capítulo buscou retratar a conexão existente entre contratos de concessão e regulação.

Sob a perspectiva estratégica, a regulação via contratos de concessão é adequada para projetos que podem ser adaptados a uma estrutura mais enxuta de custos regulatórios, ou seja, em que as autoridades reguladoras não precisam sistematizar e apurar informações de forma a empreender revisões tarifárias e obrigacionais periodicamente.

Sob o viés instrumental, os contratos de concessão concentram as principais regras que regerão a relação negocial entre o ente público e o concessionário. A principal vantagem deste modelo regulatório é o de conferir previsibilidade e estabilidade aos contornos desta relação, mitigando incertezas e riscos hoje inerentes ao ambiente institucional brasileiro. Modernamente, a técnica de redação contratual tem evoluído de modo a incorporar expedientes relacionais, isto é, que disciplinam a interação entre as partes e a automatização de regras destinadas à superação de divergências.

Porém, o contrato de concessão, na condição de expediente regulatório, também se submete ao risco de captura. Nesse sentido, o capítulo destacou o risco de cooptação decorrente da ascendência técnica e informacional que os agentes regulados podem exercer sobre a autoridade reguladora durante a etapa de modelagem do projeto. Conforme exposto, esta tarefa envolve diversas complexidades técnicas e, no geral, os entes públicos brasileiros possuem estruturas administrativas técnica e operacionalmente limitadas. A cumulação destes

fatores, naturalmente, potencializa o mencionado risco de cooptação no processo de preparação da concessão.

O presente capítulo teve por objetivo assumir um caráter organizativo de ideias (ou seja, descritivo) e essencialmente teórico. Ainda que não se esteja a veicular ideias propriamente novas ou propostas, entende-se que as informações debatidas ao longo do texto podem ser bem encaixadas nas discussões hoje mantidas a propósito da crescente utilização de mecanismos de interação entre o Estado e a iniciativa privada durante a etapa preparatória da licitação de projetos de infraestrutura formatados como concessões. O debate em torno de um desses mecanismos – o PMI – será o tema central das análises doravante empreendidas.

3 A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO NO USO DE INSTRUMENTOS DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA PARA A MODELAGEM DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: AS PROPOSTAS NÃO SOLICITADAS E O DIÁLOGO COMPETITIVO

3.1 Contexto e o plano de trabalho para o capítulo

Este capítulo apresentará um panorama da experiência internacional relativa à utilização de instrumentos de interação público-privados para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura. Nesse sentido, o capítulo se ocupa de descrever as características gerais de dois modelos distintos: (i) as propostas não solicitadas/PNS (“unsolicited proposals”, “unsolicited bids” ou “iniciativas privadas”) e (ii) o diálogo competitivo/DC.

Ambos os modelos têm em comum a aposta na aproximação entre agentes privados e o setor público para elevar o nível de eficiência e efetividade na seleção e contratação públicas, principalmente no que tange aos projetos tecnicamente complexos – para os quais um processo de preparação do contrato exclusivamente endógeno (ou seja, sem a oitiva do mercado) seria inadequado. Entretanto, os dois instrumentos possuem diferenças expressivas entre si.

As PNS, na experiência do direito comparado, são, em regra, expedientes não concorrenciais que antecedem a abertura propriamente dita (ou seja, a fase externa) de processos estatais voltados para a celebração de contratos públicos (processos licitatórios)²⁴⁹, normalmente contratos de PPP (no sentido amplo que se confere ao termo na experiência internacional). Nesse sentido, as PNS possuem uma identidade clara com os procedimentos de manifestação de interesse/PMI e manifestação de interesse privado/MIP, incorporados ao sistema jurídico brasileiro²⁵⁰. Devido a esta proximidade, a exposição de informações referentes ao uso das PNS ocupará a maior parte deste capítulo.

Em linha com o que será doravante apresentado, o uso das PNS tem se revelado globalmente crescente nos últimos anos, embora existam nuances significativas na sua

²⁴⁹ No desenvolver do capítulo, optou-se por usar expressões como licitação, procedimentos licitatórios, licitantes, certames, contratos públicos, contratos administrativos, Administração, poder público (que são termos de utilização corrente no vocabulário do Direito Administrativo brasileiro) para melhor descrever os procedimentos estatais de PNS e de contratação no direito estrangeiro – ainda que essas expressões não sejam comuns ou não tenham equivalentes nos ambientes jurídicos pesquisados.

²⁵⁰ As MIPs e PMIs são modelos de PNS incorporados ao nosso sistema jurídico. Tais instrumentos assumiram um protagonismo marcante na estruturação de projetos de concessão no Brasil, sendo atualmente utilizados pelos entes públicos das três esferas federativas. Como será discutido no presente capítulo e no próximo, existem peculiaridades que foram incorporadas a este instrumento e que são fruto, principalmente, das percepções vigentes no sistema jurídico brasileiro sobre os temas publicidade, isonomia e alcance da dominância legal para dispor sobre o conteúdo material dos processos de contratação e contratos públicos.

aplicação, as quais variam de acordo com a maturidade técnica e institucional de cada país. Diante disso, é intuitivo perceber que a análise da experiência estrangeira é um recurso bastante pertinente para a compreensão da realidade brasileira e dos riscos e desafios a serem enfrentados por nós com a utilização do PMI e da MIP²⁵¹.

O DC, por sua vez, é um processo público concorrencial, por meio do qual o Estado mantém interlocuções com os licitantes no intuito de: *(i)* ter clareza sobre o melhor escopo para a contratação (especialmente num contexto de multiplicidade de opções técnicas); *(ii)* ter clareza acerca dos riscos e obrigações contratuais que deverão constar no contrato; e *(iii)* ao final, selecionar a melhor proposta para a Administração, considerando aspectos técnicos e financeiros. Trata-se, portanto, de uma modalidade de procedimento público de seleção (uma modalidade de licitação, para fazer um paralelo com o sistema jurídico brasileiro).

A exposição e a análise das linhas gerais do DC são bastante pertinentes porque mostram como o componente dialogal conseguiu, em outros ambientes jurídicos, ser conciliado dentro das próprias licitações públicas – o que pode ser uma diretriz importante para eventual atualização dos nossos diplomas legais de licitações e contratos administrativos.

Já adiantando uma das conclusões que serão alcançadas ao longo do capítulo, especialmente no que concerne às PNS, pode-se perceber que o recurso à experiência internacional nem sempre é um argumento categórico para legitimar uma prática assimilada pelo nosso ordenamento jurídico. Por vezes, podem existir problemas que são fruto da má aclimação de práticas internacionais ao contexto brasileiro, mas que nem sempre são percebidos quando essa investigação sobre o direito comparado é negligenciada.

O presente capítulo foi estruturado com base em dois tópicos principais. O tópico 2 trata das PNS, expondo informações como as características gerais do modelo, o seu contexto de aplicação no direito comparado, a descrição das principais etapas do procedimento, das vantagens conferidas ao proponente original e das objeções levantadas (especialmente as atinentes à baixa efetividade e baixa geração de tensão competitiva para a adjudicação dos contratos formatados). O tópico 3 tem por enfoque as informações relacionadas ao DC,

²⁵¹ No desenvolvimento do presente capítulo, dois trabalhos publicados pelo Banco Mundial (respectivamente em 2007 e 2014) tiveram um papel importante na provisão de informações (sobretudo dados quantitativos referentes ao uso do modelo de PNS) para o levantamento de objeções e críticas às PNS. A exposição das informações provenientes dos referidos estudos é bastante útil no sentido de sinalizar tendências e possibilitar que o debate seja minimamente referenciado em dados empíricos. As discussões lastreadas em teorizações econômicas e jurídicas têm o seu papel, mas assumem, frequentemente, um caráter especulativo - principalmente porque os argumentos são indissociavelmente embebidos dos vieses e retórica de quem os formula. Contudo, os dados numéricos citados, ainda que bastante proveitosos para gerar percepções e hipóteses, refletem as realidades de apenas alguns Estados e do universo de projetos considerados nas amostras. Por isso, já se adianta que a nossa proposta não é apresentar afirmações categóricas e nem certezas absolutas, mas sim alinhar informações que embasem um primeiro esforço de elaborar hipóteses sobre os temas em análise.

abrangendo as suas características de destaque, as linhas gerais do procedimento e comentários sobre aspectos positivos e negativos associados a esta modalidade. O tópico 4 arremata o capítulo evidenciando as principais informações e conclusões que podem ser extraídas do capítulo – que serão posteriormente úteis para as reflexões sobre as vantagens, riscos e aprimoramentos do PMI, conforme assimilado pelo direito positivo brasileiro.

3.2 As propostas não solicitadas na experiência internacional

3.2.1 Características mais comuns das PNS segundo a experiência internacional

A proposta contemplada neste tópico é a de apresentar uma síntese das características mais comuns das PNS nos diferentes ambientes institucionais que se valem do modelo. Nesse sentido, é importante deixar claro que o que será articulado a seguir é um exercício de generalização e simplificação das informações. Naturalmente, os diferentes Estados que se valem das PNS apresentam nuances próprias na regulação e aplicação deste instrumento, que são fruto tanto da existência de culturas institucionais e jurídicas peculiares como de distintos estágios de maturidade técnica e institucional do setor público.

- *Espontaneidade*

Nas PNS, a gênese do projeto decorre de um impulso proveniente de um particular²⁵² - usualmente designado de “proponente original” ou “primeiro proponente” – que atua com a finalidade de prospectar uma oportunidade de negócio junto ao Estado. Não há prévia comunicação formal do ente público ao proponente ou ao mercado privado genericamente considerado (por meio de um aviso público ou um convite, por exemplo)²⁵³.

- *Responsabilidade privada pela modelagem do projeto*

Nas PNS, a responsabilidade gerencial, técnica e financeira pela estruturação do projeto é assumida pelo proponente original. A assunção desse papel pelo ente privado é a principal característica do instrumento.

²⁵² Cf. 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. Coimbra: Coimbra Ed. 2010. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 530.

²⁵³ Foge-se, assim, da regra de que os projetos públicos são identificados, planejados e coordenados por órgãos ou entidades da Administração Pública (mesmo que contem com a colaboração de consultores técnicos privados). *Ibidem*, p.526.

De modo a evitar confusões, cabe desde logo evidenciar uma diferenciação entre o modelo de PNS e as contratações públicas. De fato, existe um ponto em comum entre ambos os expedientes: a participação de agentes privados, que interagirão com o Estado para a modelagem de um projeto complexo. A diferença, contudo, está na forma como essa participação é desempenhada.

Quando a Administração contrata particulares prestadores de serviço (como consultores técnicos), estes atuam claramente sob a sua ascendência gerencial e jurídica. Esses particulares atuam segundo as diretrizes do Estado e em cumprimento a um contrato administrativo de prestação de serviços previamente formalizado, o qual estabelece com clareza as obrigações a serem observadas. As PNS têm uma dinâmica diferente, pela qual os agentes privados dispõem de uma autonomia maior, responsabilizando-se pela modelagem e pelo aporte dos recursos necessários.

- *A intenção de se tornar o operador subsequente do empreendimento*

O objetivo final do proponente original é o de se tornar o executor do empreendimento modelado. Esse dado transparece, inclusive, diante da constatação de que diversas legislações formalizaram vantagens que aproveitam ao autor dos estudos nos casos em que o encerramento da PNS é sucedido por algum processo público de seleção e adjudicação contratual.

- *A atuação exclusiva do proponente original*

Nas PNS, a regra é que a modelagem do projeto seja desenvolvida apenas pelo proponente original, sem o envolvimento de outros particulares. Não se verifica, assim, a preocupação por parte do Estado de fomentar a participação nesta etapa de preparação contratual de potenciais concorrentes, por exemplo, a partir da divulgação de editais públicos ou avisos públicos posteriores à manifestação do primeiro proponente²⁵⁴. Nesse sentido, os modelos executados em diferentes países e que se enquadram na tipologia PNS não são, como regra geral, procedimentos competitivos.

- *A edição de regulação específica, destinada a orientar as ações públicas e privadas e mitigar as objeções levantadas.*

²⁵⁴ Essa percepção fica clara, por exemplo, no art. 14 da lei colombiana de PPP (Ley n.º 1508/2012): “Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable”.

Pode-se constatar uma tendência global de edição de marcos normativos que, no intuito de incrementar a transparência e governança das PNS, regulam o seu cabimento e definem as principais ações a cargo do Estado e do proponente original²⁵⁵⁻²⁵⁶. Alguns países, a exemplo do Chile, Peru e Colômbia, positivaram o tratamento das propostas não solicitadas junto ao marco legal aplicável às concessões, dispendo sobre “projetos de iniciativa pública” e “projetos de iniciativa privada”.

A regulação confere previsibilidade e segurança ao fluxo das ações relacionadas à apresentação e tramitação das PNS, reduzindo os custos de transação incidentes no processo. Além disso, os governos se tornam mais bem equipados para lidar com as pressões do setor privado (por exemplo, pela admissão de uma PNS ou mesmo pela execução de um projeto prospectado) se um sistema transparente e normatizado estiver em funcionamento²⁵⁷. Portanto, a ideia subjacente é a de que a regulação coíbe o uso oportunista das PNS, consequentemente minorando as objeções incidentes sobre o instrumento. Contudo, não basta apenas a existência de uma regulação, mas também a efetividade em relação ao cumprimento das normas positivadas²⁵⁸.

²⁵⁵ Por exemplo, o Banco Mundial, em estudo desenvolvido em 2014, considera informações e tendências de uma amostra de 21 países da África, América Latina e Caribe e Ásia. Destes, 85% optaram por admitir as PNS; 73% possuem um marco legal aplicável ao tema, ainda que inespecífico; 64% formularam algum tipo de política pública envolvendo PNS. WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p. 8, 9 e 11.

²⁵⁶ Em relação a este tema, vale conferir: “All of these issues enforce the perception that USPs often do not serve the taxpayers’ interests. It underlines that there is a clear need for the introduction of a formal USP framework that explicitly imposes minimum requirements for USPs. Such a framework acts as a check against inappropriate proposals submitted by vested interests, and empowers officials to reject such proposals on the basis of a technocratic and rule-based approach. Preferably, the framework defines a centralized entry point for USPs, because decentralized models complicate the consistent enforcement of the framework, and make the system less transparent and more prone to corruption” (em tradução livre: “Todas estas questões reforçam a percepção de que as PNS frequentemente não servem aos interesses dos contribuintes. Isso salienta que há uma necessidade clara para a introdução de um marco regulatório formal que explicitamente imponha os requisitos mínimos para as PNS. Tal quadro funciona como um controle contra propostas inadequadas apresentadas por interesses escusos e capacita os agentes públicos para rejeitar essas propostas com base numa abordagem tecnocrática e baseada em regras. De preferência, o marco regulatório define um ponto de entrada centralizado para as PNS, porque os modelos descentralizados complicam a aplicação coerente do marco regulatório, tornando o sistema menos transparente e mais propenso à corrupção”). Esse dado é bastante interessante (e até mesmo pertinente à realidade brasileira) porque trata da necessidade de estabelecimento, via regulação, de uma “porta comum” para a submissão de propostas. A descentralização neste caso pode ter um efeito adverso, dificultando o controle e uniformidade de tratamento. WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p.21.

²⁵⁷ WORLD BANK. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, 2007, p. 11.

²⁵⁸ Uma questão que se coloca na pauta de debates diz respeito à observância da regulação editada, ou seja, se ela é, de fato, cumprida pelos entes públicos para a operacionalização das PNS. Referências teóricas sobre o tema sinalizam para uma baixa efetividade dos atos normativos existentes em muitos países. Ou seja, ainda que existam regras em vigor, há ambientes institucionais em que elas são simplesmente ignoradas. WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p. 27 e 30.

Outro dado interessante é que diversos países (e respectivos entes subnacionais) desenvolveram cartilhas, guias e outros materiais do gênero destinados a orientar a utilização mais eficiente e isonômica das PNS²⁵⁹, o que parece decorrer do desejo de gerar boas práticas administrativas para endereçar preocupações associadas à falta de transparência e potenciais favorecimentos aos proponentes originais.

- *Incerteza quanto à realização do projeto*

Nos modelos operados no exterior, não existe compromisso de que o projeto preparado fruto de uma PNS seja, ao final, efetivamente contratado. Portanto, ao se engajar neste tipo de iniciativa, o proponente original assume, conscientemente, o risco de que durante a realização dos seus trabalhos (ou mesmo após a finalização) possa o setor público desistir de realizar o empreendimento.

- *Não existe contrapartida financeira pública*

Nas PNS, além da responsabilidade gerencial e da assunção de riscos pelo proponente original, a regra é que não existem contrapartidas financeiras públicas. Havendo processo tipo licitatório para a adjudicação do empreendimento modelado e não sendo o proponente original o vencedor, a regra é que caberá ao contratado o dever de ressarcir os dispêndios referentes à modelagem do projeto²⁶⁰.

- *Natureza não contratual do vínculo público-privado*

Verifica-se uma dissociação clara entre as PNS e os arranjos contratuais que podem ser celebrados pelos entes estatais. O grau de exposição de risco usualmente assumido pelo setor privado nas PNS é bastante peculiar e, normalmente, não se coaduna com as características contratuais que são normalmente adotadas em diferentes sistemas jurídicos²⁶¹.

²⁵⁹ Um exemplo interessante é o guia elaborado pelo departamento do Tesouro do Estado australiano da Victoria. Nesse sentido: *Unsolicited proposal Guideline*. Department of Treasury and Finance - State of Victoria. February, 2014. Unsolicited proposal: Policy and Guidelines. Government of Tasmania. Department of Treasury and Finance. January 2015.

²⁶⁰ A regulação estabelecida pelo Chile (art. 2º, da lei de concessões de obras públicas) é uma exceção a esta regra: “Además, **el Ministerio podrá ofrecer al postulante, el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición**. Este reembolso podrá ser hecho diretamente por el Ministerio de Obras Públicas si el proyecto presentado no se licita, o si la licitación convocada no se perfecciona por falta de adjudicación o por cualquier otra causa en uno o dos llamados, o se licita por um sistema distinto del de concesión. En caso de licitarse por concesión, este reembolso será de cargo del adjudicatario de la concesión, en la forma, modo y plazo que se establezca en las Bases de la Licitación” (grifos nossos).

²⁶¹ No Peru, o art. 14 do decreto legislativo nº.1012 (atualizado em 2014) declarou as “iniciativas privadas” têm natureza de “peticiones de gracia”. Trata-se, em linhas gerais, de uma espécie de direito de petição manejado especificamente na esfera administrativa, havendo discricionariedade da Administração no acatamento ou não do

3.2.1.1 O paralelo entre as características mapeadas na experiência internacional e o modelo brasileiro

Tendo em vista as características gerais dispostas no tópico anterior, parece possível afirmar que os modelos brasileiros de PMI e MIP são versões “tropicalizadas” das PNS.

As características dos instrumentos incorporados ao direito brasileiro serão abordadas a partir do capítulo IV desta dissertação, porém, é possível desde já estabelecer uma comparação breve entre as três figuras acima mencionadas. Nesse sentido:

Características	PNS	PMI	MIP
Origem do interesse	Privada	Pública	Privada
Responsabilidade pela modelagem (gerencial e financeira)	Privada	Privada	Privada
Permite ser executor do empreendimento?	Sim	Sim	Sim
O procedimento é competitivo?	Não	Sim, como regra.	Sim, como regra.
Há regulação específica?	Sim	Sim	Sim
Há certeza quanto à execução do empreendimento?	Não	Não	Não
Há natureza contratual?	Não	Não	Não

Numa primeira leitura, a ideia de “espontaneidade” poderia ser identificada como a mais relevante para a descrição das PNS, dado que ela pode ser expressamente inferida da nomenclatura do instrumento – propostas *não solicitadas*.

pleito formulado. Nesse sentido, o art. 14 do referido decreto dispõe que: “14.4 Las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial. Las iniciativas privadas mantendrán su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en las respectivas bases y/o en la legislación aplicable; o hasta que se suscriba el contrato correspondiente en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados.” Para informações adicionais sobre o conceito e natureza das “peticiones de gracia”, ver: MORON URBINA, Juan Carlos; *La Generación Por Iniciativa Privada De Proyectos Públicos De Inversión: La nueva colaboración público-privada y el interés público; Derecho y Sociedad* N° 24, Lima. Disponível em <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/13/la-generacion-por-iniciativa-privada-de-proyectos-publicos-de-inversion-la-nueva-colaboracion-publico-privada-y-el-interes-publico/>, acesso em 25/05/2015, às 20h.

Entretanto, o principal elemento de identidade das PNS não está na origem da proposta, mas sim no fato de o projeto ser desenvolvido por conta e risco do setor privado – característica essa presente em ambos os modelos desenvolvidos no Brasil. No PMI e na MIP, a responsabilidade pelo desenvolvimento da modelagem fica com o setor privado, por sua conta e risco.

Por isso, não parece fazer sentido considerar o PMI como sendo um gênero diverso das PNS apenas porque a participação privada naquele é reativa (e não espontânea, como na PNS e no MIP)²⁶²⁻²⁶³. O traço de identidade entre ambos os modelos construídos no Brasil e as PNS não foi modificado.

Contudo, a aclimação das PNS para o sistema jurídico brasileiro também ensejou uma particularidade: nas regulamentações do PMI e da MIP, elaboradas pela maior parte dos entes públicos, não existe exclusividade na atuação de um interessado a frente do processo²⁶⁴. Ou seja, as PNS, entre nós, foram concebidas como procedimentos essencialmente concorrenciais.

3.2.2 O Panorama de utilização das PNS no exterior

A proposta deste tópico é a de apresentar informações quantitativas referentes à representatividade das PNS no desenvolvimento de projetos de infraestrutura no cenário internacional. A principal fonte de dados numéricos foi o estudo “*Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*”, publicado pelo Banco Mundial em

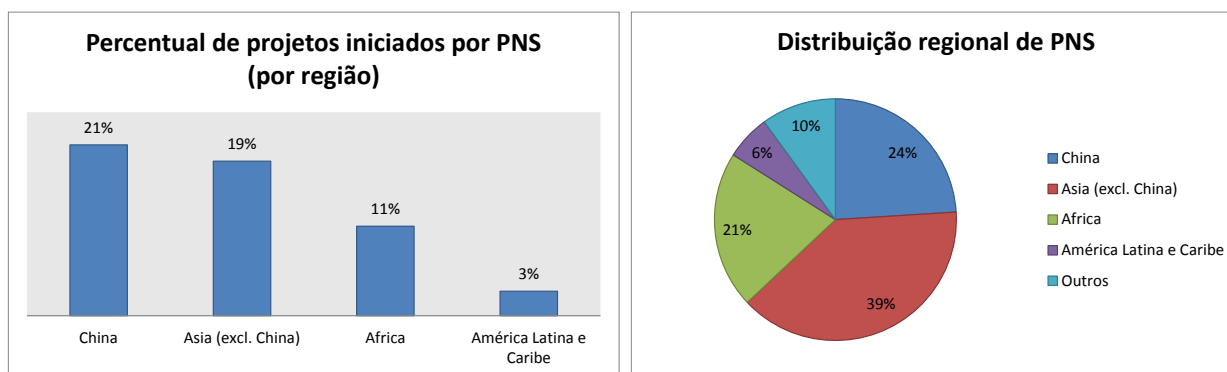
²⁶² Rafael Garofano e Livia Wanderley Adotam outro entendimento, que pode ser depreendido a partir da transcrição da seguinte passagem: “Para isso, a Administração tanto pode provocar um chamamento público para que os interessados possam apresentar propostas em condições previamente estabelecidas (*Procedimento de Manifestação de Interesse*), como pode facultar ao próprio particular que apresente sugestões de “como” deve ser prestado um serviço ou obra pública, na maior expressão de colaboração — as *Propostas Não Solicitadas*. Estas últimas correspondem precisamente a proposições iniciadas por parceiros privados que vislumbraram uma oportunidade de contrato e investimento condizentes com os interesses da Administração, mas que não havia sido por esta cogitada. 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. No mesmo sentido: CARVALHO, André Castro. *A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: um estudo sobre as manifestações de interesse da iniciativa privada/MIPs e os procedimentos de manifestação de interesse/PMIs*. In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). Malheiros Editores. São Paulo. 2015, p.172.

²⁶³ Na realidade, entende-se que as variações ente MIP e PMI são tão pouco significativas que não vale nem mesmo a pena taxá-los como dois modelos distintos. Essa abordagem é discutida em mais detalhes no capítulo IV.

²⁶⁴ Do ponto de vista prático, pode ocorrer de apenas um agente privado manifestar interesse no procedimento, mas a maior parte dos regulamentos já editados expressamente afasta a exclusividade intencional da Administração em ter apenas um único agente privado no PMI. As regulações editadas pelo Estado do Espírito Santo, município do Rio de Janeiro e, mais recentemente, pelo Estado de São Paulo, são exceções.

agosto de 2014²⁶⁵. O enfoque conferido pelo referido trabalho, no entanto, está nos países localizados na África, Ásia, América Latina e Caribe. Não foram considerados na amostra, portanto, países localizados na América do Norte e Europa.

Nesse sentido, o primeiro grupo de informações disposto abaixo se refere ao uso das PNS nos diferentes continentes onde se localizam os países considerados na amostra:



(Fonte: Banco Mundial, 2014)

O primeiro gráfico (“percentual de projetos iniciados por PNS”) apresenta um panorama da representatividade das PNS na preparação de projetos (o contraponto das PNS é o desenvolvimento dos projetos por meio de propostas solicitadas). Dessa forma, verifica-se, por exemplo, que 21% dos projetos de infraestrutura na China foram modelados por meio do formato de PNS ao passo que na América Latina, apenas 3%.

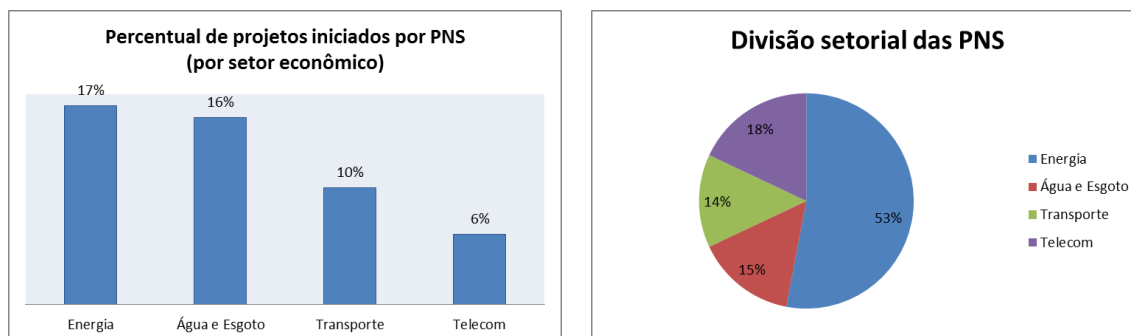
O segundo gráfico trata da distribuição regional das PNS, tendo em vista o número total de projetos contemplados na amostra considerada no referido trabalho do Banco Mundial. Verifica-se que, em termos numéricos, a maior parte das PNS está concentrada na Ásia, correspondendo a 63% do total de projetos. A representatividade da América Latina é pequena, representando apenas 6% das propostas não solicitadas consideradas na amostra analisada pelo referido estudo.

O que se pode perceber deste primeiro grupo de informações é que: (i) as PNS já são atualmente representativas, no universo de países considerados na amostra do estudo de referência, como instrumento utilizado para a preparação de projetos; (ii) a maior parte das

²⁶⁵ WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p.18.

iniciativas se concentra na Ásia, sendo que a utilização do instrumento na América Latina e Caribe ainda é aparentemente residual²⁶⁶.

Um segundo grupo de dados se refere à inserção das PNS por setor econômico:



(Fonte: Banco Mundial, 2014)

O primeiro gráfico (“percentual de projetos iniciados por PNS”) estabelece uma comparação entre o modelo de PNS e propostas solicitadas, por setor econômico. Por exemplo, considerando todos os projetos que formam a base de dados, as PNS nos setores de energia e saneamento correspondem a, respectivamente, 17% e 16% do total de projetos considerados na amostra.

O segundo gráfico informa a distribuição setorial do total de PNS consideradas no estudo. Pode-se perceber que a representatividade dos projetos de PNS é maior nos setores de Energia (53%) e menor no setor de transporte (14%).

A análise das fontes de informação referentes à experiência internacional mostra ser equivocado considerar que os diversos Estados que se valem das PNS adotaram um regramento uniforme para o instrumento. Diante dessa constatação e com a pretensão de viabilizar uma abordagem mais clara e didática sobre o tema, optou-se por segmentar as diferentes realidades institucionais (com base no conjunto de características que as identificam) em dois grupos: “países de referência” e “países em desenvolvimento”²⁶⁷.

Em ambos os grupos, as PNS são justificadas com base nos mesmos objetivos: agregar o *know-how*, expertise, capacidade técnica e tecnologia da iniciativa privada e

²⁶⁶ Esse caráter residual não parece ser a realidade do Brasil, em que a utilização dos PMIs tem sido bastante significativa (do ponto de vista quantitativo) para a estruturação de projetos.

²⁶⁷ Nesse sentido, adotamos a clivagem já empregada em: CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Experiência Internacional e Lições para o Brasil*. BNDES. Mimeografado, 2015.

possibilita o deslocamento de riscos e custos para o proponente original²⁶⁸. Independentemente da identidade entre os objetivos perseguidos, o uso que se faz das PNS também é atravessado pela realidade particular de cada Estado, sobretudo no que concerne: (i) às necessidades e capacidades técnicas do setor público para realizar, por sua conta, as atividades de planejamento e preparação de projetos complexos e; (ii) às diferentes percepções sobre transparência, eficiência e isonomia concorrencial nas contratações públicas.

Atendendo à segmentação proposta, os argumentos em prol da utilização das PNS estão dispostos a seguir²⁶⁹.

3.2.3 Países de referência

Os países de referência se caracterizam por possuírem uma carteira de projetos ampla, abrangendo setores econômicos variados e desenvolvidos em grande parte dos casos com o engajamento de agentes privados não estatais. Nestes Estados, o setor público tende a deter experiência, capacidade técnica e maturidade institucional para o exercício das atividades de regulação e estruturação de projetos de infraestrutura, bem como o planejamento sistêmico e de longo prazo das ações públicas (por exemplo, por meio de planos nacionais de infraestrutura). Encaixam-se neste perfil, entre outros, o Reino Unido, a Austrália e, em geral, os países integrantes do bloco europeu²⁷⁰.

Nos países de referência, as atividades relacionadas ao planejamento e preparação dos projetos de infraestrutura estão sob a responsabilidade direta do Estado. Em relação ao planejamento, as prioridades estratégicas de investimentos são definidas de modo sistêmico e incorporam horizontes de longo prazo²⁷¹. A estruturação dos projetos identificados como prioritários, por sua vez, é baseada nas propostas solicitadas²⁷² – em que a iniciativa e

²⁶⁸ TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Op. Cit., nota 252, p.534.

²⁶⁹ Os argumentos trabalhados a seguir foram pinçados e adaptados de algumas obras de referência sobre o tema, dentre elas: HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: how Some Countries Introduce Competition and Transparency*. PPIAF Working Paper No. 1 (2007),p.15; VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. *Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) 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,p.4.

²⁷⁰ CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Experiência Internacional e Lições para o Brasil*. BNDES. Mimeografado, 2015.

²⁷¹ CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Experiência Internacional e Lições para o Brasil*. BNDES. Mimeografado, 2015.

²⁷² Cf. Ibbs, C, Chih, Y & Miller, J 2007, *A case study of Virginia's Framework to Evaluate Unsolicited Public/Private Partnership Proposals: The Public-Private Transportation Act (PPTA)*, *World Conference on Transport Research Society 2007*, ed. Conference Program Committee, Conference Organising Committee, Berkley, California, p. 2

responsabilidade pela elaboração do projeto são exercidas pelo setor público. Ainda, esses projetos são preferencialmente adjudicados por meio de um processo aberto e competitivo²⁷³.

Conforme será analisado no tópico 3, alguns países desenvolveram procedimentos de contratação pública que possibilitam a interação entre o Estado e o setor privado, sendo o mais difundido o “diálogo competitivo” (ou “diálogo concorrencial”), que é aplicado principalmente no caso de projetos complexos. Esse diálogo público-privado se mantém durante a formatação das propostas pelos concorrentes, sendo, inclusive, um fator bastante importante para ajudar o ente estatal a definir com clareza o objeto que deseja contratar. Entretanto, mesmo neste caso, a iniciativa e a condução do processo ficam a cargo do setor público, ainda que a interação mantida com os agentes privados tenha aspectos de identidade com as PNS²⁷⁴.

Nestes ambientes, as PNS são aceitas como excepcionalidades e a sua admissibilidade no caso concreto depende da comprovação de condições bastante específicas.

É possível supor algumas causas para tentar explicar o porquê de as PNS terem uma importância e aplicação residuais no contexto dos países de referência.

A primeira, e mais intuitiva, reside nas objeções baseadas nas ideias de transparência, conflito de interesses e concorrência (mesmo que elas estejam associadas às PNS em qualquer contexto institucional).

Além disso, a regulação das contratações públicas em alguns países de referência já conta com instrumentos de seleção e contratação que incorporam o componente dialogal. Existe uma preocupação perceptível, por parte do Estado, de desenhar procedimentos e outras salvaguardas que mitiguem eventuais subprodutos decorrentes da interação público-privada, como a informação assimétrica e o conflito de interesses.

Ainda, uma causa adicional que se pode aventar estaria no papel de destaque que se confere ao planejamento de políticas e projetos de interesse público. Na medida em que as necessidades públicas são antevistas e planejadas com antecedência, a rapidez e a flexibilidade – que representam vantagens bastante alardeadas para as PNS – perdem muito da sua atratividade para o setor público. O foco não estaria tanto na velocidade de elaboração do projeto, mas na sua qualidade e economicidade. Essa percepção corrobora o fato de que a utilização das PNS nestes ambientes é permitida em caráter excepcional, normalmente para

²⁷³ CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. Op. Cit., nota 271.

²⁷⁴ Cabe destacar também que alguns países desenvolvidos possuem unidades específicas encarregadas da preparação desses projetos, dentre as quais podem ser mencionados os casos do Reino Unido (por meio *Infrastructure United Kingdom/IUK*) e, posteriormente, Austrália, Nova Zelândia e Canadá. CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. Op. Cit., nota 270.

projetos que não tenham sido previamente mapeados e incluídos pelo setor público no seu portfólio.

As PNS, mesmo quando admitidas, normalmente se referem a projetos baseados em soluções tecnológicas e conceituais inovadoras e por isso não considerados previamente pelo setor público. Em outras palavras, deve haver um diferencial na proposta formulada pelo primeiro proponente, o qual não teria sido pensado caso a iniciativa fosse originada no setor público, sendo esse o fator justificador da sua aceitação. Essas soluções podem ser fruto tanto da expertise internalizada pelo primeiro proponente, como da existência de ativos de propriedade intelectual que o individualizam frente a outros potenciais interessados na realização da modelagem²⁷⁵.

Neste sentido, nos casos em que o proponente detenha direitos sobre ativos que reverberem de forma determinante na qualidade e eficiência da execução do projeto, existem regulações públicas que dispõem não só sobre a aceitabilidade das PNS, mas também sobre a possibilidade de realizar uma negociação direta entre o proponente e o Estado, com vistas à adjudicação do contrato para a exploração do empreendimento.

²⁷⁵ Essa ideia fica bem clara a partir da seguinte passagem extraída de uma cartilha produzida pelo Estado de Victoria (Austrália), editada para orientar a utilização de PNS pela Administração daquele Estado: “An unsolicited proposal will only be pursued where: (...) it has a degree of uniqueness that means it could not reasonably be delivered by another private party or achieve the same value for money through a competitive process within acceptable timeframes. Unique characteristics include the private party having a unique idea or IP, being in a unique position or having ownership of strategic assets integral to delivering the proposal” (em tradução livre: “Uma proposta não solicitada apenas será realizada se: (...) tiver um grau de singularidade que signifique que ela não possa razoavelmente ser entregue por outra entidade privada ou alcançar o mesmo custo-benefício por meio de um processo competitivo em prazos aceitáveis. Características únicas incluem a parte privada tendo uma ideia original ou IP (propriedade intelectual), estando em uma posição única ou tendo a propriedade integral de ativos estratégicos para a entrega da proposta”). *Unsolicited proposal Guideline*. Department of Treasury and Finance - State of Victoria. February, 2014. Melbourne Victoria, p.. Disponível em: <http://dtf.simple.seamlesscms.com/Publications/Infrastructure-Delivery-publications/Unsolicited-proposal-guidelines/Unsolicited-Proposal-Guideline>, acesso em 15/06/2015, às 19h.

No mesmo sentido: “For an unsolicited proposal to be considered, it must demonstrate unique benefits, a clear ability to deliver the proposal and demonstrate how its idea is differentiated from other offerings in terms of benefiting the general public. Factors that should be considered include whether: the proposal can be readily delivered by competitors; the proponent owns something that would limit the Government from contracting with other parties; there are other attributes which may not necessarily stand alone as unique but, when combined, create a ‘unique’ proposal; and the proponent has a unique ability to deliver a strategic outcome or financial arrangement” (em tradução livre: “Para que uma proposta não solicitada seja considerada, ela deve demonstrar benefícios diferenciados, uma clara habilidade para entregar a proposta e demonstrar como a sua ideia é diferenciada de outras propostas em termos de beneficiar o público em geral. Fatores que devem ser considerados incluem se: a proposta pode ser facilmente fornecida por concorrentes; o proponente possui algo que limitaria o Governo de contratar com outras partes; existem outros atributos, que ainda que não sejam inerentemente diferenciados, mas, quando combinados, criam uma proposta ‘sem igual’; e o proponente tem uma capacidade diferenciada para entregar um resultado estratégico ou arranjo financeiro”). *Unsolicited proposal: Policy and Guidelines*. Government of Tasmania. Department of Treasury and Finance. January 2015. Disponível em https://www.google.com.br/search?q=Unsolicited+proposal%3A+Policy+and+Guidelines.+Government+of+Tasmania.+Department+of+Treasury+and+Finance.+January+2015.&oq=Unsolicited+proposal%3A+Policy+and+Guidelines.+Government+of+Tasmania.+Department+of+Treasury+and+Finance.+January+2015.&aqs=chrome..69i57.688j0j4&sourceid=chrome&es_sm=122&ie=UTF-8, acesso em 26/06/2015, às 18h. p.7

Em síntese conclusiva, o tratamento que é conferido às PNS nos países de referência (aqueles onde a maturidade institucional e técnica do setor público é avançada) é o de admiti-las apenas em caráter residual, privilegiando-se o desenvolvimento de projetos diretamente (ou sob o comando e coordenação) pela Administração Pública. Quando excepcionalmente admitidas, as PNS devem tratar de projetos inovadores e cuja viabilidade é tributária de ativos (por exemplo, propriedade intelectual sobre tecnologias) que são de propriedade exclusiva do proponente original - e que por isso o individualizam diante de outros agentes inseridos no mercado.

3.2.4 Países em desenvolvimento

As atividades de planejamento e estruturação de projetos nos países em desenvolvimento se processam de uma forma distinta da observada para os países de referência. Fundamentalmente, essas diferenças são fruto das peculiaridades institucionais existentes, sobretudo as que dizem respeito à capacidade técnica e financeira do setor público para desempenhar tais atividades.

Em alguns países, as PNS têm progressivamente assumido um papel de destaque como instrumento aplicado pelo setor público para a obtenção dos estudos de viabilidade que são necessários para a delegação de projetos ao setor privado. A lógica mencionada no tópico anterior (válida para os países de referência) de que as PNS pressupõem iniciativas inovadoras ou ainda não mapeadas pelo setor público tem sido, em muitos países enquadrados como em desenvolvimento, relegada para segunda ordem²⁷⁶⁻²⁷⁷.

Em linha com o conteúdo articulado no capítulo I, a preparação de projetos de concessão é marcada por complexidades técnicas, incidentes tanto de gestão dos estudos como na contratação de profissionais técnicos especializados para apoiarem a Administração Pública. Não é por acaso que em alguns países, como o Brasil, a participação privada, por

²⁷⁶ WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014. p. 34.

²⁷⁷ No estudo do Banco Mundial (2014), é afirmado que 69% dos países considerados na amostra não admitem PNS para projetos que tenham sido previamente priorizados pelo Estado. Como a amostra trata basicamente de países em desenvolvimento, é possível concluir que, segundo a referida fonte bibliográfica, mesmo nos países em desenvolvimento a regra ainda é a de que as PNS não podem ser usadas pelo governo para modelagem de projetos já identificados. Porém, *a contrario sensu*, uma parte expressiva da amostra (30% dos países analisados), dentre os quais se insere o Brasil, admite as PNS para a modelagem de projetos já classificados como projetos de governo, ou seja, que tenham sido identificados e priorizados. Nesse sentido, o próprio estudo patrocinado pelo Banco Mundial dá notícia da especificidade da realidade brasileira (assim como a peruana), as quais diferem daquilo que foi apontado como sendo predominante. Não localizamos no estudo do Banco Mundial em tela informações que explicam como esse percentual foi calculado, ou seja, se ele reflete uma realidade puramente normativa (de proibição jurídica) ou prática (aferida, por exemplo, a partir de entrevistas com agentes públicos desses Estados). WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p.11.

meio de PNS, é motivada substancialmente pelo desejo governamental de contornar aquelas dificuldades, acelerando a execução de projetos de infraestrutura. Por isso, as PNS estariam se tornando uma ferramenta cada vez mais usada, nos países em desenvolvimento, para a superação de limitações enfrentadas pelo Estado para o desenvolvimento de projetos complexos²⁷⁸, como é o caso dos projetos de concessão²⁷⁹.

Dessa forma, são frequentes os argumentos no sentido de que as PNS importam em vantagens no que concerne à economicidade e celeridade na preparação de projetos²⁸⁰. Argumenta-se que o custo e o tempo consumido nos processos públicos concorrenciais

²⁷⁸ VIEIRA, Lívia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. *Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n.2jul/dez 2012. p.187.

²⁷⁹ Em linha com essa ideia: “Governments that lack the capacity to develop and implement projects through the solicited approach are tempted to use USPs because of the perception that they are a way to overcome this capacity constraint. Additionally, these governments also believe that USPs are more expeditious and an easier form of project development and implementation of critical infrastructure facilities. However, it must be noted that the implementation of projects that were initiated as USPs face even more challenges than project implementation through a solicited process. These range from inadequate expertise to creating a level playing field and structuring a transparent and competitive process. Moreover, in the case of USPs, there is often widespread allegation of corruption, fraud and poor quality of the infrastructure or services involved” (em tradução livre “Os governos que não têm capacidade para desenvolver e implementar projetos através de uma abordagem solicitada são tentados a usar as PNS por causa da percepção de que elas são uma forma de superar aquela limitação. Além disso, esses governos também acreditam que as PNS são mais rápidas e mais fáceis para o desenvolvimento de projetos e implementação de infraestruturas críticas. No entanto, deve notar-se que a implementação de projetos que foram iniciados como PNS enfrenta ainda mais desafios do que a implementação de projetos através de uma proposta solicitada. Estes variam de expertise inadequada para a criação de condições de concorrência equitativas e a estruturação de um processo transparente e competitivo. Além disso, no caso de PNS, muitas vezes há a alegação generalizada de corrupção, fraude e má qualidade da infraestrutura ou serviços envolvidos”). WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014,p.6.

²⁸⁰ A propósito da aplicação do modelo no Brasil, especialmente com a finalidade de acelerar a preparação de projetos de infraestrutura: “Additionally, country-specific circumstances such as the immediate need for the exploitation of new-found natural resources or upcoming domestic or global events require governments to make difficult choices. For instance, in advance of Brazil’s hosting of major sporting events, the country’s enormous infrastructure requirement has enhanced the relative importance of USPs. Naturally, public-sector officials facing such resource and time constraints may believe that USPs are a shortcut for implementing PPPs and a “quick win” of sorts, and have subsequently encouraged their governments to formalize processes for dealing with USPs. However, the long-term sustainability of such frameworks could be susceptible to changes and may affect investor confidence” (em tradução livre: “Além disso, as circunstâncias específicas de cada país, tais como a necessidade imediata para a exploração de recursos naturais recém-descobertos ou eventos nacionais ou globais requerem que os governos façam escolhas difíceis. Por exemplo, com a realização no Brasil de grandes eventos desportivos, a enorme necessidade de infraestrutura do país reforçou a importância relativa das PNS. Naturalmente, os funcionários do setor público que enfrentam tais limitações de recursos e tempo podem acreditar que as PNS sejam um atalho para a implementação de PPPs e um tipo de “vitória rápida” e, posteriormente, incentivaram seus governos a formalizar processos para lidar com PNS. No entanto, a sustentabilidade a longo prazo de tais estruturas legais pode ser suscetível a mudanças e talvez afetar a confiança dos investidores”). WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014,p.16.

voltados para a seleção e contratação de consultores privados tendem a ser mais elevados do que a realização de uma PNS^{281_282}.

As objeções relativas à falta de transparência e isonomia concorrencial e o tema do conflito de interesses se colocam de modo ainda mais acentuado para os países em desenvolvimento. É intuitivo que as restrições técnicas, operativas e financeiras não estão circunscritas apenas à elaboração dos projetos, mas também incidem na análise, avaliação e adaptação dos materiais e estudos entregues em sede de PNS²⁸³. Afora essas objeções,

²⁸¹ Tratando dessa ideia: However, hiring advisors is unpopular within some governments due to the additional costs and procurement procedures. Procuring an advisor can easily add a significant number of months to the time needed for developing the actual project. In addition, hiring external experts in some countries is complex and cumbersome. This has led officials to allow and encourage USPs as an external source of project development capacity and expertise” (em tradução livre: “No entanto, a contratação de assessores é impopular dentro de alguns governos, devido aos custos adicionais e procedimentos de contratação. A contratação de um assessor pode facilmente adicionar um número significativo de meses para o tempo necessário para o desenvolvimento do projeto. Além disso, a contratação de peritos externos em alguns países é complexa e incômoda. Isso levou as autoridades a permitir e incentivar PNS como uma fonte externa de capacidade e expertise para o desenvolvimento do projeto”). E ainda, comentando especificamente o modelo brasileiro: “Post-PMI, the project is subjected to a competitive tendering process to select the eventual project developer. Thus, even in the absence of a specific framework on USPs, public-sector entities in Brazil have innovated to institutionalize the use of USPs through the PMI, not only to address the public sector’s capacity issues, but also to overcome constraints on hiring private-sector advisors” (em tradução livre: “Pós-PMI, o projeto é submetido a um processo de licitação para selecionar o eventual desenvolvedor do projeto. Assim, mesmo na ausência de um quadro jurídico específico para as PNS, entidades do setor público no Brasil têm inovado para institucionalizar a utilização de PNS através do PMI, não só para resolver problemas de capacidade do setor público, mas também para superar as restrições em contratar consultores privados”). Cabe ainda um comentário em relação ao último trecho transcrito. Entende-se que essa informação, a respeito do uso de PNS no Brasil, é apenas parcialmente correta. De fato, não existe uma estrutura legal tratando de PMI (apenas poucos dispositivos), sendo que a regulação do instrumento é operada de modo descentralizado (por cada ente federativo) e por meio de atos infralegais. Entretanto, os procedimentos conduzidos pelos entes federativos que se valem deste modelo estão pautados por regulamentos específicos. WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014,p.28.

²⁸² “Given that project proponents are encouraged to develop (at their cost) and put forward project proposals, unsolicited bids are sometimes regarded as a source of funding for project development. However, the original proponent usually expects these costs to be reimbursed if the project is awarded to another party. While these costs may be funded out of the financing structure of the eventual project, the challenge is often to determine how to assess and control such costs and how to discourage frivolous projects, all of which require government capacity to manage. Moreover, the public sector still incurs costs related to analyzing the proposals and running the procurement process itself (see, for example, Hodges and Dellacha [2007])” (em tradução livre: “Dado que os proponentes do projeto são incentivados a desenvolver (por sua conta) e apresentar propostas de projetos, as propostas não solicitadas são consideradas, por vezes, como uma fonte de financiamento para o desenvolvimento do projeto. No entanto, o proponente original geralmente espera que estas despesas sejam reembolsadas se o projeto for adjudicado por outro concorrente. Embora estes custos possam ser financiados fora da estrutura de financiamento do eventual projeto, o desafio é frequentemente o de determinar como avaliar e controlar tais custos e como desestimular projetos frívolos, todos os quais requerem a capacidade do governo de gerenciar. Além disso, o setor público ainda incorre em custos relacionados com a análise das propostas e condução do processo de contratação (ver, por exemplo, Hodges e Dellacha [2007])”. Infrastructure Consortium for Africa (ICA); Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF); The World Bank. *Attracting Investors to African Public-Private Partnerships: A Project Preparation Guide, 2009, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2588/461310revised017808213773070Revised.pdf?sequence=1>*, acesso em 20/06/2015, às 19h, p. 42-43.

²⁸³ Nesse sentido, ver: CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. Op. Cit., nota 271; How to engage with the Private Sector in Public-private partnerships in Emerging Markets. Disponível em: <https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/How-to-engage-with-private-sector-Clemencia-Farquharso-Yecome-Encinas.pdf>, acesso em 16/06/2015, às 16h, p. 85

conforme se verificará em seção específica deste capítulo, as PNS, por diferentes motivos, também têm ensejado críticas relacionadas à sua efetividade.

Dentre os países que se encaixam na realidade descrita neste tópico, podem ser mencionados África do Sul, Brasil, Chile, Colômbia, Peru e Filipinas²⁸⁴. Diante das objeções formuladas, diversos Estados têm envidado esforços no sentido de aperfeiçoar a regulação incidente sobre as suas PNS, o que envolve tanto alterações no seu procedimento como o fortalecimento dos atributos técnicos do setor público para manejar um controle mais efetivo sobre tal instrumento.

3.2.5 Hipóteses em que o uso das PNS é defeso

A regulação em alguns países estabelece expressamente restrições para o recebimento de PNS. Isso normalmente ocorre quando as propostas incluem a necessidade de garantias públicas, subsídios ou mesmo a participação societária da autoridade pública na concessionária²⁸⁵⁻²⁸⁶. Sob essa lógica, as concessões que envolvem o pagamento de contraprestações públicas (a exemplo das espécies albergadas no Brasil pela lei federal n.º 11.079/2004) não poderiam ser objeto de PNS.

A lógica neste caso parece ser o de que o comprometimento de recursos públicos para a viabilização desses projetos seria legítimo apenas quando o grau de transparência na

²⁸⁴ Uma lista ampla de países que podem ser categorizados nesse grupo pode ser examinada em WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014,p.8.

²⁸⁵ É o caso, por exemplo, das Filipinas e da Colômbia. WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p.12.

²⁸⁶ Nesse sentido, vale a transcrição de parte do art. 14 da lei de PPP Colombiana (Ley n. 1508/2012): “No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley”. No caso, o limite estabelecido pela lei para desembolsos públicos é de 20% dos recursos necessários para a viabilização do projeto. Além disso, a lei em questão traz outra disposição bastante interessante e que dialoga com o potencial risco de aditivos contratuais decorrentes da captura regulatória em sede de propostas não solicitadas: “Artículo 18 - Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos públicos. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados”. O art. 20 da mesma lei tem disposição semelhante aplicada às prorrogações de contratos originados de propostas não solicitadas.

condução do processo de adjudicação dos direitos exploratórios do empreendimento fosse igualmente elevado²⁸⁷.

Ainda, também é frequente se apontar como entrave o recebimento de propostas referentes a um projeto cujo processo de seleção já tenha se iniciado ou que tenha pelo menos sido anunciado pelo governo. A lógica aqui não é apenas a de potencial burla ao processo competitivo de seleção da proposta mais vantajosa²⁸⁸. Em essência, as PNS são associadas com projetos inovadores, ainda não pensados pelo setor público.²⁸⁹ Dessa forma, se a oportunidade de negócio já foi identificada pela autoridade pública, essa função das PNS seria anulada²⁹⁰.

3.2.6 Aspectos procedimentais das PNS

Diferentemente do exposto no tópico anterior, que se ocupou da descrição dos aspectos materiais das PNS, o enfoque da presente seção está concentrado na regulação incidente sobre aspectos procedimentais do modelo. Novamente, é importante destacar que as informações que serão apresentadas abaixo foram pinçadas da regulação empreendida por diversos países. Ou seja, os dados abaixo se referem a um conjunto de aspectos procedimentais que são os mais frequentes internacionalmente. Entretanto, é importante deixar claro que não se afirma aqui haver uma uniformidade, ou seja, um procedimento que seja rigorosamente o mesmo em todos os cenários pesquisados.

²⁸⁷ Nesse sentido: “In the interest of ensuring proper accountability for public expenditures, some domestic laws provide that no unsolicited proposal may be considered if the execution of the project would require significant financial commitments from the contracting authority or other public authority such as guarantees, subsidies or equity participation. The reason for such a limitation is that the procedures for handling unsolicited proposals are typically less elaborate than ordinary selection procedures and may not ensure the same level of transparency and competition that would otherwise be achieved” (em tradução livre: “No interesse de assegurar a *accountability* adequada para as despesas públicas, algumas leis nacionais preveem que nenhuma proposta não solicitada pode ser considerada se a execução do projeto exigir compromissos financeiros significativos da entidade contratante ou outra autoridade pública, tais como garantias, subsídios ou participação acionária. A razão para essa limitação é que os procedimentos para lidar com propostas não solicitadas são tipicamente menos elaborados do que os procedimentos de seleção comuns e podem não assegurar o mesmo nível de transparência e de concorrência que seriam alcançados”). UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. United Nations: New York, 2001. Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>, acesso em 25/02/2015, às 10h. p.94.

²⁸⁸ IOSSA, Elisabetta. *Competition Issues in Public-Private partnerships*. Working Party N.2 on Competition and Regulation. Organisation for Economic Co-operation and Development. June, 2014. p.9.

²⁸⁹ UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. United Nations: New York, 2001. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>, acesso em 25/06/2015, às 10h. p.94.

²⁹⁰ Conforme comentado no tópico anterior, ainda a opção dominante seja a de não admitir PNS para projetos já identificados pelo setor público, muitos Estados, sobretudo aqueles encaixados no perfil de países em desenvolvimento, admitem o uso das PNS para o desenvolvimento de projetos já identificados e caracterizados como prioritários.

Dessa forma, os temas ora tratados foram agrupados da seguinte forma: o subtópico 2.6.1 apresenta um breve panorama das etapas relativas à apresentação, análise e aprovação das PNS; o subtópico 2.6.2 estabelece a relação entre as PNS e a adjudicação dos contratos públicos (tratando da possibilidade de negociação direta, conforme praticado em alguns ordenamentos); por fim, o subtópico 2.6.3 apresenta as vantagens formais, previstas no direito comparado, que podem ser estabelecidas em favor dos autores dos estudos (num cenário de adjudicação precedida de processo concorrencial).

3.2.6.1 As fases do procedimento

A literatura sobre PNS descreve a interação entre o Estado e os particulares a partir de procedimentos que podem ser sumarizados nas quatro fases descritas abaixo²⁹¹. O faseamento trata apenas das atividades compreendidas na estruturação dos projetos, não abarcando aquelas que são próprias da adjudicação contratual.

Estabelecendo uma aproximação com o direito brasileiro, os quatro passos que abordaremos na sequência podem ser inseridos naquilo que no Brasil se convencionou designar de “fase interna da licitação”, que compreende a especificação do objeto contratual e a preparação dos estudos técnicos, financeiros e a elaboração de documentos da licitação. Nesse sentido, fazemos remissão ao disposto no capítulo I desta dissertação, em que estes blocos e atividades foram minudenciados.

- 1ª Fase: Elaboração de uma descrição preliminar do projeto.

O nível de detalhamento dessa descrição preliminar varia substancialmente, a depender do modelo institucionalizado por cada país²⁹². Entretanto, é comum que sejam entregues às autoridades públicas, além de documentos comprobatórios das experiências pretéritas do proponente, a descrição das características do empreendimento proposto, sobretudo dos potenciais benefícios (diretos e indiretos), custos (investimentos e custeio da operação) decorrentes de sua concretização e a necessidade de contrapartidas públicas e tarifas dos usuários dos serviços (onde, naturalmente, o sistema jurídico admite contrapartidas públicas).

O objetivo geral dessa fase inicial consiste em sondar o interesse do ente público pelo empreendimento e, caso esse interesse se comprove, identificar na sequência as

²⁹¹ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: how Some Countries Introduce Competition and Transparency*. PPIAF Working Paper No. 1 (2007), p.15.

²⁹² Ibidem.

principais diretrizes e conteúdo que devem ser considerados na preparação dos estudos de viabilidade. No Peru, por exemplo, se adota a prática de reservar um período específico do ano para o recebimento dessas propostas, que são então analisadas pelas autoridades públicas competentes.

Conforme destacam Lino Torgal e Marisa Martins, parece não haver muita controvérsia jurídica acerca da juridicidade de apresentação das propostas preliminares porque elas não implicam no dever de o ente público instaurar procedimentos pré-contratuais referentes ao projeto prospectado²⁹³.

- 2ª Fase: Análise da proposta preliminar apresentada.

A ideia que instrui essa segunda fase é a de avaliar o alinhamento e a adequação da proposta submetida pelo proponente original às políticas e diretrizes estatais estabelecidas para o setor, bem como a sua compatibilidade com o orçamento público. Nos países de referência também tende a ser avaliado com mais cuidado se a proposta traz algo de inovador.

A decisão pública de proceder à execução do projeto está, portanto, condicionada a um juízo positivo sobre o mérito e à viabilidade da proposta²⁹⁴. A ação administrativa desencadeada se limitará à avaliação da proposta apresentada, que será submetida a um juízo de mérito administrativo a ser exercido pelas autoridades públicas²⁹⁵.

É provável que dentro desse período de revisão sejam demandadas informações e esclarecimentos adicionais²⁹⁶, de modo a subsidiar a avaliação operada pelo ente público acerca (i) da pertinência técnica e financeira de viabilizar o empreendimento e (ii) da

²⁹³ “Na verdade, a mencionada faculdade deve reconduzir-se, conforme referido, à mera possibilidade de impulsionar ou estimular a abertura de procedimentos adjudicatórios tendentes à implementação de projetos públicos, dependendo pois a efectiva abertura de tais procedimentos – bem como a respectiva conformação – da ponderação e decisão próprias da entidade administrativa competente. Não está, portanto, repete-se uma vez mais, em causa a possibilidade de instauração, propriamente dita, de procedimentos pré-contratuais de iniciativa particular, mas, antes, de regular a colaboração dos particulares nos prolegômenos da decisão pública de contratar”. TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Op. Cit., nota 252, p.534.

²⁹⁴ TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Op. Cit., nota 252, p.559.

²⁹⁵ Nesse sentido: “However, solicited and unsolicited proposals are different fundamentally. First, unlike a solicited proposal, an unsolicited proposal is usually submitted when the consensus about the proposed project has not been achieved. In this case, the public sector not only has to evaluate proposals themselves but also has to build consensus about the proposed projects” (em tradução livre: “No entanto, as propostas solicitadas e não solicitadas são fundamentalmente diferentes. Em primeiro lugar, ao contrário de uma proposta solicitada, uma proposta não solicitada é normalmente apresentada quando o consenso sobre o projeto proposto não foi alcançado. Neste caso, o setor público não só tem de avaliar ele mesmo as propostas, mas também tem que construir um consenso sobre os projetos propostos”). IBBS, C, CHIH, Y & MILLER, J 2007, *A case study of Virginia's Framework to Evaluate Unsolicited Public/Private Partnership Proposals: The Public-Private Transportation Act (PPTA)*, *World Conference on Transport Research Society 2007*, ed. Conference Program Committee, Conference Organising Committee, Berkley, California, p. 9

²⁹⁶ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: how Some Countries Introduce Competition and Transparency*. PPIAF Working Paper No. 1 (2007) , p.16.

conveniência de que os estudos que subsidiarão a modelagem final da concessão sejam providos por um ente privado²⁹⁷.

- 3ª Fase: elaboração dos estudos de viabilidade da concessão.

Havendo interesse de fato do ente público pela concessão, o proponente promove o detalhamento e aprofundamento da proposta inicial, que será então reapresentada para análise pelo poder público²⁹⁸⁻²⁹⁹.

Nesse momento, quanto maior for o detalhamento dos estudos, mais acurada será a avaliação a ser realizada pela Administração. A fim de evitar que o privado sonegue informações que seriam imprescindíveis para a análise da proposta, é recomendável que o Estado defina, de antemão, quais documentos devem necessariamente ser entregues.

Um ponto de atenção aqui é que os procedimentos para contratações estatais em outros países variam muito em relação ao modelo brasileiro, sobretudo porque existem ordenamentos jurídicos em que não há a obrigação de condicionar a celebração do contrato a um prévio e competitivo processo de seleção pública.

- 4ª fase: Revisão dos documentos apresentados

Assim como ocorre na segunda fase, é possível (e até desejável) haver interações com o ente privado de modo a possibilitar o maior aproveitamento dos estudos para a formatação dos documentos finais do projeto.

²⁹⁷ É recomendável que haja transparência na condução dessa avaliação. A proposta deve ser submetida a uma análise objetiva de adequação a políticas e programas, preferencialmente previamente conhecidos. A ideia é evitar o casuismo e o oportunismo na admissão de projetos, sobretudo se descartados das prioridades do Estado.

²⁹⁸ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Op. Cit., nota 297, p.16.

²⁹⁹ A lei de PPP da Colômbia (Ley n. 1508/2012) regulamenta a apresentação de projetos pelo setor privado (“Proyectos de Asociación público privada de iniciativa privada”), segmentando os estudos que devem ser providos pelo setor privado em duas fases: estudos de pré-factibilidade (“prefactibilidad”), ou, no jargão corrente no Brasil, “estudos de pré-viabilidade” e factibilidade (“factibilidad”) ou “estudos de viabilidade”. A ideia, portanto, é a mesma disposta acima, qual seja, a de que a avaliação desempenhada pelo setor público é cindida em pelo menos duas partes: uma primeira mais superficial, em que se analisam aspectos conceituais do projeto, e uma segunda mais detalhada, em que se verifica a viabilidade financeira e técnica da iniciativa prospectada. Nesse sentido, vale a transcrição de excerto do art. 14, da referida lei colombiana: “El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad. En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación deJ mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación. Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto. En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos”.

Naturalmente, é preciso submeter o desenho final do projeto ao escrutínio de outros órgãos de governo, como os ministérios/secretarias responsáveis pelo planejamento e Administração fazendária, entes reguladores e órgãos de controle interno e externos à Administração. A realização de um projeto, principalmente quando as quantias envolvidas são vultosas e o prazo contratual é longo, deve representar uma decisão de governo – e não a vontade isolada de um ente ou órgão público integrante da estrutura estatal.

Nessa fase, deve o ente público se manifestar sobre a aprovação ou rejeição do desenho final do projeto³⁰⁰ e lhe cabe ainda analisar e auditar ostensivamente os documentos e informações entregues pelo proponente original, de modo a verificar a correção de planilhas e cálculos e a adequação das premissas técnicas que orientaram a formulação dos materiais entregues.

A depender do grau de complexidade dos estudos técnicos e da qualificação da equipe da Administração envolvida na análise da PNS, pode haver a necessidade de se buscar auxílio em outros profissionais e instituições, externos aos quadros da Administração. Tendo a proposta se originado de um ente privado, diretamente interessado na adjudicação do contrato, deve ser reforçada a avaliação do ente público no sentido de verificar se as especificações técnicas previstas estão aderentes ao interesse público.

Caso o Estado decida por não levar o projeto adiante, o tratamento mais usual é a devolução dos materiais produzidos e a não cobertura de custos incorridos na execução dos estudos, que são realizados por conta e risco do interessado. A autoridade contratante deve zelar pelo sigilo da proposta e das informações nela aplicadas, que são de propriedade do proponente (frequentemente contém elementos albergados pelos direitos de propriedade intelectual) e que podem revelar dados sensíveis sobre o seu modelo de negócios.

Por mais que na prática essas informações possam se incorporar parcialmente ao conhecimento da autoridade pública, é prudente que se tome o cuidado de não permitir que tais materiais sejam divulgados e suas informações sejam incorporadas ao patrimônio técnico de empresas concorrentes. Isso é especialmente relevante no contexto dos países de referência, em que efetivamente as PNS podem ser motivadas pelo seu caráter de inovação e disponibilidade de tecnologia e “know how” que individualizam o proponente.

Terminada essa etapa interna de preparação do projeto, caso a legislação assim determine, o projeto estará maduro para ser levado à licitação.

³⁰⁰ HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Op. Cit., nota 297, p.16.

3.2.6.2 Os modelos de adjudicação contratual: a negociação direta e o processo concorrencial.

Tomando por referência o que se expôs nos tópicos anteriores, fica claro que o principal objetivo que orienta as ações do proponente original é o de se tornar o executor do projeto estruturado. Daí a sua decisão estratégica de formular uma proposta de modelagem e suportar os riscos e custos incidentes na sua elaboração.

Dentro dos limites do que é admitido pela legislação de cada país, o cenário ideal para o primeiro proponente é aquele em que, após a concepção do projeto, ocorra uma negociação direta com o ente público³⁰¹ - portanto, sem a realização de um processo competitivo pela adjudicação do contrato³⁰²⁻³⁰³. Há países, como é o caso do Peru, que admitem a negociação direta como um mecanismo residual, nas hipóteses em que não existem interessados em disputar a adjudicação do empreendimento³⁰⁴.

Essa negociação direta, nas hipóteses em que a legislação de cada Estado a admite, tende a ser fundamentada em argumentos relacionados com vantagens circunstanciais que aproveitam ao desenvolvedor do projeto, como a titularidade sobre direitos de propriedade intelectual (inclusive técnicas e tecnologias mais avançadas e que possibilitam maior economicidade para o ente público) e a existência de sinergia entre o projeto e outros ativos já

³⁰¹ De modo a reforçar essa percepção, vale transcrição da seguinte passagem contida em manual editado pela UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law): “By the very nature of competitive selection procedures, no bidder has an assurance of being awarded the project, unless it wins the competition. The cost of formulating proposals for large infrastructure projects may be a deterrent for companies concerned about their ability to match proposals submitted by competing bidders. In contrast, the private sector may see an incentive for the submission of unsolicited proposals in rules that allow a contracting authority to negotiate such proposals directly with their authors. The contracting authority, too, may have an interest in the possibility of engaging in direct negotiations in order to stimulate the private sector to formulate innovative proposals for infrastructure development” (em tradução livre: "Pela própria natureza dos procedimentos competitivos de seleção, nenhum concorrente tem uma garantia de ser o adjudicatário do contrato, a menos que ele seja o vencedor da competição. O custo da formulação de propostas para grandes projetos de infraestrutura pode ser um impedimento para as empresas preocupadas com sua capacidade de igualar as propostas apresentadas pelos licitantes concorrentes. Em contraste, o setor privado pode ver um incentivo para a apresentação de propostas não solicitadas a partir de regras que permitam a autoridade contratante a negociar tais propostas diretamente com seus autores. A autoridade contratante também pode ter interesse em se engajar em negociações diretas, de modo a estimular o setor privado a formular propostas inovadoras para o desenvolvimento de infraestrutura"). UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. United Nations: New York, 2001, p.91. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>, acesso em 26/06/2015, às 10h.

³⁰² No Brasil, essa ideia se aproxima das contratações por inexigibilidade, previstas no art. 25, II, da lei 8.666/93. Entretanto, entre nós, esse modelo de contratação direta não pode ser aplicado para os projetos de concessão, que devem, por força de lei (art. 2º, II, lei 8.987/95), ser precedidos de processo licitatório na modalidade “concorrência”.

³⁰³ Esse modelo, inclusive, é o desenvolvido pelo Estado de Vitória (Austrália), em que após duas fases preliminares de apresentação da proposta e aprovação do seu seguimento pelo ente público, abre-se um novo estágio, de negociação direta entre o setor público e privado. Nesse sentido, ver: *Unsolicited proposal Guideline*. Department of Treasury and Finance - State of Victoria. February, 2014. Melbourne Victoria, p.11.

³⁰⁴ Nesse sentido, ver art. 16, do Decreto Legislativo n.º 1.012/2008.

operados pelo proponente original³⁰⁵. Não por acaso, há identidade entre essas justificativas e os argumentos habitualmente evocados em prol da aceitação das PNS.

Nesse contexto, os procedimentos de contratação pública que enfatizam a competição não seriam mecanismos adequados para permitir que a autoridade pública se beneficie daquele Estado mais avançado da técnica monopolizado por algum agente de mercado³⁰⁶. Esse argumento, portanto, seria aplicado em dois estágios diferentes: o primeiro para justificar a admissão das PNS (em detrimento de um modelo endógeno de elaboração de projetos); o segundo, para justificar técnica e juridicamente a negociação e adjudicação direta do contrato (em desfavor da adoção de algum modelo concorrencial). A replicação desse argumento parece, em última instância, replicar as objeções às PNS³⁰⁷.

Entretanto, a possibilidade de negociação direta entre o Estado e o proponente original dos estudos usualmente é um instrumento excepcional e cercado de dificuldades práticas na sua implementação. Nem sempre tais processos adjudicatórios são permitidos pelos diferentes ordenamentos jurídicos e, mesmo quando aceitos, é frequente que sejam exigidos requisitos severos para que ela ocorra.

Além disso, considerações sobre eventual falta de transparência e imparcialidade podem sujeitar o ente público a severas críticas e, até mesmo, colocar em xeque a

³⁰⁵ No mesmo sentido, afirma a UNCITRAL que: “However, a somewhat different situation may arise if the uniqueness of the proposal or its innovative aspects are such that it would not be possible to implement the project without using a process, design, methodology or engineering concept for which the proponent or its partners possess exclusive rights, either worldwide or regionally. The existence of intellectual property rights in relation to a method or technology may indeed reduce or eliminate the scope for meaningful competition. This is why the procurement laws of most countries authorize procuring entities to engage in single-source procurement if the goods, construction or services are available only from a particular supplier or contractor or if the particular supplier or contractor has exclusive rights over the goods, construction or services and no reasonable alternative or substitute exists” (em tradução livre: “No entanto, uma situação um pouco diferente pode surgir se a singularidade da proposta ou os seus aspectos inovadores são tais que não seja possível implementar o projeto sem o uso de um processo, design, metodologia ou conceito de engenharia em relação ao qual o proponente ou seus parceiros possuem direitos exclusivos, seja mundial ou regionalmente. A existência de direitos de propriedade intelectual em relação a um método ou tecnologia pode de fato reduzir ou eliminar as possibilidades de concorrência significativa. É por isso que as leis de contratação da maioria dos países autorizam as entidades contratantes a se envolver em negociações com uma única fonte, se os bens, construção ou serviços só forem disponibilizados por um determinado fornecedor privado ou contratante ou se o fornecedor ou o contratante possuírem direitos exclusivos sobre bens, construção ou serviços e não existir alternativa ou substituto razoável”). UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. United Nations: New York, 2001, p. 93. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>, acesso em 26/06/2015, às 10h.

³⁰⁶ Consequentemente, a dificuldade passa a ser a de atestar, com objetividade e clareza, que a técnica ou tecnologia detida pelo proponente dos Estudos é comparativamente mais vantajosa para o ente contratante do que aquelas detidas por outros agentes do setor.

³⁰⁷ IBBS, C, CHIH, Y & MILLER, J 2007, *A case study of Virginia's Framework to Evaluate Unsolicited Public/Private Partnership Proposals: The Public-Private Transportation Act (PPTA)*, *World Conference on Transport Research Society 2007*, ed. Conference Program Committee, Conference Organising Committee, Berkley, California, p2

continuidade do projeto, que poderia ser anulado ou ter sua execução sustada³⁰⁸. No cenário europeu, o direito da contratação pública é atravessado por princípios e cuidados que são peculiares da realidade comunitária³⁰⁹. Neste cenário, há uma preocupação considerável com o não estabelecimento de restrições que possam ser interpretadas como discriminações à participação de grupos ou empresas originários de outros Estados componentes do bloco.

Ainda que a contratação direta não seja recomendável ou juridicamente possível, as PNS ensejam o advento de vantagens fáticas que aproveitam ao proponente original. Tais vantagens estão relacionadas (i) ao maior conhecimento sobre aspectos do empreendimento (vantagens informacionais) e (ii) à possibilidade de influir para que o desenho do projeto seja o mais adequado possível ao perfil do proponente original. Por meio destes expedientes, o ente privado pode maximizar tanto a sua chance de vitória em eventual processo competitivo, como a perspectiva de retorno financeiro durante a operação do empreendimento³¹⁰.

Não obstante as vantagens práticas ora mencionadas, diversos ordenamentos cuidaram de formalizar vantagens adicionais ao proponente original – o que será o objeto de análise do subitem seguinte.

3.2.6.3 Vantagens formais conferidas ao proponente original

Mesmo considerando a existência de vantagens informacionais e decorrentes da ascendência técnica em favor dos proponentes originais, os ordenamentos de diversos países cuidaram, na maior parte dos casos, de estabelecer também benefícios formais aos autores dos

³⁰⁸ Nesse sentido: “At the same time, however, the award of projects pursuant to unsolicited proposals and without competition from other bidders may expose the Government to serious criticism, in particular in cases involving exclusive concessions. In addition, prospective lenders, including multilateral and bilateral financial institutions, may have difficulty in lending or providing guarantees for projects that have not been the subject of competitive selection proceedings. They may fear the possibility of challenge and cancellation by future Governments (for example, because the project award may be deemed subsequently to have been the result of favouritism or because the procedure did not provide objective parameters for comparing prices, technical elements and the overall effectiveness of the project) or legal or political challenge by other interested parties, such as customers dissatisfied with increased prices or competing companies alleging unjust exclusion from a competitive selection procedure” (em tradução livre: “Ao mesmo tempo, no entanto, a adjudicação de projetos na sequência de propostas não solicitadas e sem a concorrência de outros licitantes pode expor o governo a críticas graves, em particular nos casos de concessões exclusivas. Além disso, os credores potenciais, incluindo as instituições financeiras multilaterais e bilaterais, podem ter dificuldade em emprestar ou dar garantias para projetos que não tenham sido objeto de um processo de seleção competitivo. Eles podem temer a possibilidade de impugnação e cancelamento por governos futuros (por exemplo, porque o projeto pode ser considerado o resultado de favorecimento ou porque o procedimento não forneceu parâmetros objetivos para comparar os preços, elementos técnicos e a eficácia global do projeto) ou um desafio jurídico ou político por outras partes interessadas, tais como clientes insatisfeitos com o aumento dos preços ou empresas concorrentes, alegando injusta exclusão de um procedimento de seleção concorrencial”). UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. United Nations: New York, 2001, p. 91. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>, acesso em 25/02/2015, às 10h.

³⁰⁹ TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Op. Cit., nota 252, p.548.

³¹⁰ Essas vantagens não serão aprofundadas porque possuem conexão com as objeções que incidem sobre o modelo brasileiro de PMIs e, por isso, serão desdobradas em capítulos próprios da presente dissertação.

estudos de viabilidade – principalmente num contexto em que existe um procedimento competitivo posterior à preparação do projeto.

A justificativa para o estabelecimento dessas vantagens, que são conferidas às claras, é incentivar o engajamento de atores privados durante a fase que antecede à adjudicação do contrato. A proposta, assim, é a de “premiar” o interessado que empreende recursos e esforços na preparação dos estudos que viabilizam a empreendimento.

A dificuldade, no entanto, está em encontrar precisamente o ponto de equilíbrio entre dois objetivos potencialmente conflitantes: por um lado, o de incentivar a participação privada por meio da PNS; por outro, o de garantir a competição no processo concorrencial pela adjudicação da concessão.

Em linhas gerais, os modelos mapeados pela literatura especializada, que correspondem a vantagens na fase de formação contratual, podem ser enunciados conforme a seguir.

- “*Bonus System*” (“sistema de bonificação”)

Atribui ao proponente original do estudo a contabilização de um “bônus” na proposta financeira e técnica. Tal bônus normalmente assume a forma de um “valor teórico adicional” e vale apenas para efeito de classificação no processo seletivo.

Trata-se de uma forma de discriminação positiva, em que são “somados pontos” à proposta apresentada pelo originador do projeto. É adotado, por exemplo, no Chile³¹¹, na Coreia do Sul e na Colômbia³¹².

Um contraponto à utilização deste modelo decorre do fato de que a sua adoção implica na possibilidade de que a melhor proposta apresentada à Administração não venha a ser, ao final do certame, a proposta contratada. Num cenário competitivo, é teoricamente possível que o bônus seja o diferencial para a seleção do contratado.

³¹¹ Nesse sentido, o art. 2º, da lei de concessões de obras públicas (de acordo com a sistematização conferida pelo decreto n.º 900/1996), estabelece que: “El postulante que ha dado origen a la licitación tendrá derecho a un premio en la evaluación de la oferta que formule con ocasión de la licitación de la concesión, cuya consideración será especificada en el Reglamento y en las Bases”.

³¹² Nesse sentido, vale a transcrição do art. 17, da lei colombiana: “Iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento”.

Portanto, o desafio aqui é identificar a justa medida entre os dois vetores (potencialmente antagônicos) que incidem neste processo: a contratação da melhor proposta e o incentivo à participação privada³¹³.

- “*Swiss challenge system*” (“sistema de desafio suíço”)

Possibilita ao proponente original o direito de igualar (portanto, “desafiar”) a proposta mais vantajosa formulada por outro concorrente, durante o procedimento de adjudicação do contrato de concessão. Trata-se, em essência, de um direito de preferência³¹⁴.

O aspecto positivo deste modelo é o de permitir a contratação da melhor proposta para o ente público (que conforme discutido, não necessariamente ocorre no modelo de bonificação).

Entretanto, assim como no sistema de bonificação, terceiros podem ser desencorajados a apresentar lances que rivalizem com o oferecido pelo primeiro proponente. Isso porque os interessados saberão, de antemão, que as suas contrapropostas, ainda que venham a ser técnica e economicamente as mais bem classificadas, podem ser igualadas quando do exercício do direito de preferência pelo proponente original³¹⁵.

Da mesma forma, outro problema que tende a ocorrer é o desestímulo à apresentação de propostas arrojadas, logo de início pelo proponente original. É intuitivo que ele racionalmente assumirá uma postura comedida, colocando-se na expectativa de que não existam outros interessados no certame posterior³¹⁶.

³¹³ Manifestando-se contrariamente ao referido modelo de bônus, ver: TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Op. Cit., nota 252, p. 551.

³¹⁴ Ibidem. p. 537.

³¹⁵ Ibidem. p. 553.

³¹⁶ O diferencial de tempo e informações que beneficiam o autor dos estudos de viabilidade é mencionado por Sandeep Verma. O autor comenta esse problema especificamente para o mecanismo de *swiss challenge*. Entretanto, entende-se que essas objeções são universalizáveis para o modelo de *propostas não solicitadas*, em linha com o que defendemos ao longo deste capítulo. Referido autor menciona que: “Competitors in a ‘Swiss Challenge’ environment generally perceive their chances of winning the contract as extremely slim, given the limited time for them to prepare competing proposals and the close relationships developed between the government officials involved and the original proponent during the negotiation period” (em tradução livre: “Concorrentes no ambiente de ‘Swiss Challenge’ geralmente percebem suas chances de serem os ganhadores do contrato como extremamente diminutas, dado o tempo limitado para preparar propostas concorrentes e as estreitas relações desenvolvidas entre os funcionários do governo envolvidos e o proponente original, durante o período de negociação”). VERMA, Sandeep. *Competitive Award of Unsolicited Infrastructure Proposals: A Recent Supreme Court Verdict Unveils Fresh Opportunities for Procurement Reform in India*. Occasional Paper No. 17. H.C.M. Rajasthan State Institute of Public Administration Jaipur: 2009, Rajasthan, p. 7. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1464685> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1464685>, acesso em 02/02/2015, às 7h.

Esse modelo foi adotado, entre outros lugares, na Itália, Índia, Suíça, Filipinas, Taiwan, Portugal e Peru³¹⁷.

- “*Best and final offer system*” ou “*automatic short-listing*”³¹⁸ (“sistema da melhor proposta final” ou “listagem curta automática”)

Confere ao elaborador dos estudos um direito automático de acesso à fase final do procedimento adjudicatório, normalmente sem vantagens na pontuação. Portanto, a competição se faz em igualdade de condições entre o proponente original e os demais concorrentes admitidos nessa fase.

Dessa forma, parece que este formato desequilibra menos o processo adjudicatório em favor do proponente original, se comparado aos anteriores. Tal modelo é adotado na Argentina, Colômbia³¹⁹, Costa Rica e África do Sul.

- “*Reimbursement System*” (“*sistema de reembolso*”)

O modelo de ressarcimento preconiza que o proponente original tem o direito de ser reembolsado pelas despesas incorridas na sua atuação durante a modelagem, caso não venha a ser o vencedor do certame.

Na realidade, o entendimento que parece ser o mais coerente é o de que esse instrumento não é uma vantagem formal incidente no processo de formação contratual, embora também possa ser entendido como um mecanismo de incentivo à participação privada no desenvolvimento da modelagem. A ideia é sinalizar para o mercado que a elaboração dos estudos de viabilidade não importará invariavelmente num custo afundado.

Na maior parte das fontes pesquisadas não fica absolutamente claro o que pode ser ressarcido: se apenas os custos efetivos do proponente original (ex. pessoal próprio, contratações de terceiros, despesas com viagens e materiais) ou, além destes, alguma margem

³¹⁷ Nesse sentido, vale conferir o art. 16, do decreto legislativo n. 1012, do Peru: “En el caso que el proponente participe en la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque y cumpla con presentar en el plazo estipulado por las bases correspondientes la documentación requerida, tendrá derecho a igualar la oferta que hubiere quedado en primer lugar. De ejercer este derecho, se procederá a un desempate definitivo entre el proponente y el postor que hubiere quedado en primer lugar presentando cada uno una mejor oferta en función del factor de competencia. Este desempate deberá realizarse dentro de los 15 días calendario de abiertas las ofertas económicas”.

³¹⁸ WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014. p.15.

³¹⁹ Esse modelo também é adotado na Colômbia, em conjunto com o sistema de bonificação. Nesse sentido, dispõe o art. 20 da lei de PPP colombiana: “Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley”.

referente ao retorno financeiro razoável para essa atividade. Nesse sentido, um exemplo interessante está na regulação editada pela Espanha, em que, além do ressarcimento dos custos comprovados, existe a previsão de um adicional de 5% sobre eles incidentes^{320_321}. Outro elemento que normalmente entra na conta do ressarcimento são os direitos de propriedade intelectual do projeto. Esses direitos não versam apenas sobre inovações tecnológicas. Abrangem, por exemplo, os direitos sobre a concepção do projeto³²² (albergados sob o ordenamento brasileiro como direitos autorais).

Além disso, outra fórmula bastante usual é a alocação da responsabilidade pelo ressarcimento desses valores ao adjudicatário do contrato, o que, em muitos casos, enseja o entendimento equivocado de que o procedimento de PNS não gera custos para a Administração³²³.

³²⁰ TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Op. Cit., nota 252, p. 538.

³²¹ A respeito da dificuldade de determinação do valor do ressarcimento, vale novamente a referência ao estudo produzido sob a responsabilidade do Banco Mundial: “The compensation approach brings with it the issue of determining the level of compensation. In principle the fee should reflect the value of the proposal to the government, which in practice is very hard to assess. Often, the costs of the initial project development are used as a starting point for compensation. These costs are difficult to assess in an objective manner too. In particular, a proponent’s internal costs (the costs of staff and equipment) cannot be easily verified. It was therefore suggested by experts that the amount of compensation be determined upfront according to a prescribed formula, which can be easily implemented and does not require extensive verification on the basis of inputs provided by the original proponent. The amount of compensation is also important while setting up the minimum requirements for the submission of USPs. Reimbursement without prescribed standards or professional evaluation may offer perverse incentives for opportunistic and frivolous proposals from proponents who do not have a genuine interest in developing and implementing a project, although this can be mitigated by setting quality standards for minimum requirements” (em tradução livre: “A compensação traz a dificuldade de determinar o nível de compensação. Em princípio, a compensação deve refletir o valor da proposta para o governo, que na prática é muito difícil de mensurar. Frequentemente, os custos do desenvolvimento inicial do projeto são usados como ponto de partida para a compensação. Estes custos também são difíceis de avaliar de forma objetiva. Em particular, os custos internos do proponente (os custos de pessoal e equipamento) não podem ser facilmente verificados. Por conseguinte, já foi sugerido por especialistas que o montante da compensação seja determinado antecipadamente de acordo com uma fórmula prescrita, que possa ser facilmente implementada e não requeira extensiva verificação dos insumos fornecidos pelo proponente inicial. O montante da compensação é também importante ao definirem-se os requisitos mínimos para a apresentação de PNS. Reembolso sem parâmetros prescritos ou avaliação profissional pode oferecer incentivos perversos à apresentação de propostas oportunistas e frívolas de proponentes que não têm um interesse genuíno no desenvolvimento e na implementação de um projeto, embora isto possa ser atenuado pelo estabelecimento de normas de qualidade para os requisitos mínimos”). WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p.26.

³²² WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p.15.

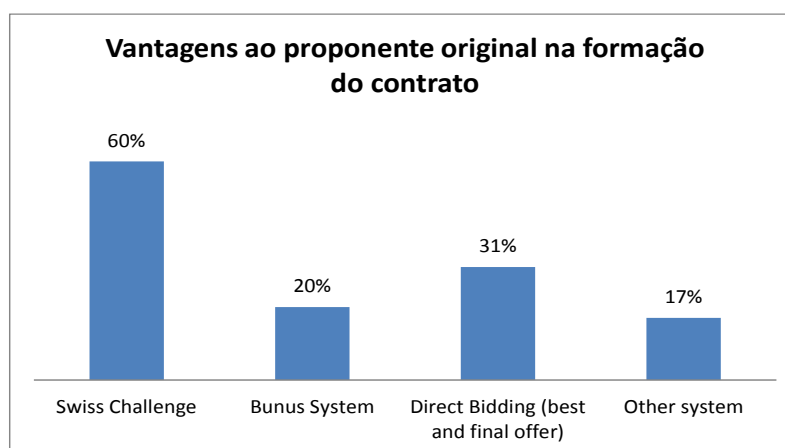
³²³ No guia desenvolvido pelo Estado de Vitória (Austrália) para o uso das PNS a figura do ressarcimento pode ser devida pelo próprio ente público. Conforme exposto antes, a regra é que a adjudicação de contratos seja negociada diretamente entre a Administração e o proponente original. No caso da contratação não ser ultimada, é possível que o Estado reembolse os custos despendidos pelo proponente original no desenvolvimento da sua proposta, especialmente quando a Administração se apropria de informações e conhecimentos necessários para levar o projeto adiante, por sua exclusiva responsabilidade. *Unsolicited proposal Guideline*. Department of Treasury and Finance - State of Victoria. February, 2014. Melbourne Victoria, p.11.

Ainda sobre o modelo de ressarcimento, cabe comentar que ele pode ser cumulado a alguma das vantagens anteriormente mencionadas e incidentes durante o processo adjudicatório – dando ensejo, portanto, a modelos mistos ou combinados³²⁴.

O estudo do Banco Mundial de 2014 menciona que cerca de 40% dos países analisados em sua amostra prevê o mecanismo de reembolso³²⁵. Além da Espanha, cujo exemplo já foi mencionado, esse formato é adotado também, na Itália, Chile, Argentina e África do Sul.

3.2.6.4 Panorama da utilização dos mecanismos de incentivo à participação privada por meio de PNS

O gráfico abaixo, formatado a partir de informações obtidas do estudo do Banco Mundial de 2014, dá um panorama da aceitabilidade dos diferentes mecanismos de incentivo à participação privada por meio de PNS nos países que admitem este modelo.



(Fonte: Banco Mundial)

Os modelos apresentados acima mostram que existe na legislação estrangeira a preocupação de gerar incentivos para que a iniciativa privada tome a dianteira na elaboração de estudos, prospectando oportunidades de negócio junto ao setor público³²⁶. A partir dos

³²⁴ TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Op. Cit., p. 252, p. 537.

³²⁵ WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014. p.25.

³²⁶ Para uma abordagem sobre as vantagens oferecidas aos proponentes originais e eventuais assimetrias de tempo, preço e informação em face de outros concorrentes, ver: VERMA, Sandeep. *Competitive Award of Unsolicited Infrastructure Proposals: A Recent Supreme Court Verdict Unveils Fresh Opportunities for Procurement Reform in India (August 31, 2009)*. H.C.M. Rajasthan State Institute of Public Administration Jaipur, Rajasthan, Occasional Paper No. 17, p. 8. Disponível em SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1464685> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1464685>, acesso em 02/02/2015, às 7h.

porcentuais indicados, depreende-se ser comum que os ordenamentos estrangeiros alberguem mais de uma vantagem.

O desafio, em linha com o exposto, é o de encontrar o ponto ideal entre os incentivos oferecidos ao proponente original e aos desafiantes que atendem ao processo adjudicatório.

Entretanto, empreendendo aqui uma abordagem crítica, um dado que precisa ser destacado é que a previsão de vantagens formais (sobretudo aquelas que se qualificam como vantagens no procedimento adjudicatório) tende, na nossa percepção, a desequilibrar a competição na maior parte dos casos. Talvez esses mecanismos façam mais sentido nos países de referência, em que a capacidade técnica e operativa dos entes públicos é eficiente para mitigar a assimetria informacional que aproveita ao desenvolvedor dos estudos de viabilidade. Contudo, em contextos diferentes, o somatório de ambas as classes de vantagens - formais e factuais - simplesmente pode transformar o processo de adjudicação contratual numa etapa meramente protocolar.

3.2.7 Objecções às PNS na experiência internacional

A proposta deste tópico é a de abordar as objeções levantas ao modelo de PNS pela literatura estrangeira, reforçando-as a partir de dados quantitativos extraídos das pesquisas e relatórios originados pelo Banco Mundial. Conforme será percebido mais adiante, existe uma identidade forte entre as ideias aqui levantadas e aquelas observadas para o cenário brasileiro e que serão tratadas de modo detalhado no capítulo VI.

Na experiência internacional, as críticas incidentes sobre o modelo de PNS se remetem às ideias de transparência, competição e economicidade da concessão³²⁷. Essas objeções podem ser tangibilizadas quando analisados os dados empíricos sobre PNS realizadas em diversos países, os quais compõem um quadro de (i) baixa efetividade na geração de contratos assinados e (ii) baixa competição nos processos públicos de seleção.

Sustenta-se que os resultados acima mencionados decorrem do fato de que o proponente original da PNS se beneficia de vantagens competitivas em face dos demais interessados na adjudicação do contrato – vantagens essas relacionadas aos fatores tempo³²⁸ e assimetria informacional. Por diversas razões, aquele que é responsável pela modelagem do

³²⁷ Cf. *How to engage with the Private Sector in Public-private partnerships in Emerging Markets*. Disponível em: <https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/How-to-engage-with-private-sector-Clemencia-Farquharso-Yecome-Encinas.pdf>. Acesso em 24.06.2015, às 11h10, p. 85.

³²⁸ Da mesma forma, não se pode perder de vista que, no contexto dos países em desenvolvimento, as PNS são normalmente usadas de modo a conferir celeridade à viabilização das concessões, de forma que os entes públicos nem sempre manifestam a boa vontade de franquear o tempo necessário para a formatação de contrapropostas competitivas.

projeto assume uma posição privilegiada frente aos potenciais concorrentes, afetando, assim, a competição entre eles.

A importância da competição na adjudicação dos contratos de concessão foi desenvolvida por ocasião do capítulo II. Em breve síntese, a existência de um cenário competitivo é essencial porque força os interessados a apresentarem propostas mais agressivas, reduzindo o excedente que será para eles revertido durante a execução do contrato (ou seja, reduzindo a margem de retorno do concessionário)³²⁹. Quem se beneficia com isso é o Estado, que maximiza a relação custo-benefício dos recursos empregados no projeto (ou, o que na literatura estrangeira costuma se designar “*value for money*”/VfM). Em outras palavras, não basta que os projetos façam sentido apenas sob a perspectiva social, mas também devem fazer pela perspectiva econômica³³⁰.

2.7.1 Efetividade

A noção de efetividade considerada para o desenvolvimento deste subtópico diz respeito à aptidão das PNS para gerarem projetos executados. Trabalha-se, a seguir, com dois conjuntos de dados extraídos dos trabalhos de referência publicados pelo Banco Mundial, em 2007 e 2014. A análise do banco de dados contemplados em ambas as publicações aponta para a baixa efetividade das PNS.

Na amostra contemplada na publicação de 2007³³¹, apenas 20% do total de iniciativas propostas pelo setor privado se tornaram contratos adjudicados. No caso da Coreia do Sul, considerando-se o quociente entre projetos licitados e propostas apresentadas, a efetividade do modelo foi de 46%³³².

³²⁹ HODGES, John. Unsolicited Proposals. The Issues for Private Infrastructure Projects. Public Policy for the Private Sector. Março, 2003, p. 2 Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/11305/263990PAPER0VP0no10257.pdf?sequence=1>, acesso em 21/03/2015, às 14h.

³³⁰ WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014, p. 6

³³¹ WORLD BANK. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, 2007, p.11.

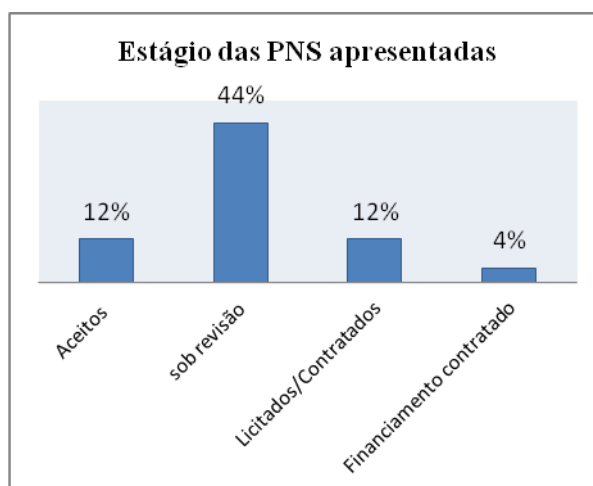
³³² Informações sobre o caso coreano podem ser acessadas em: OCDE. *PPP Governance In Indonesia: Policy, process and structure (draft for discussion)*. 5th Annual Meeting of Senior Public Private Partnerships Officials, 2012, p. 48. Em linhas gerais, a Coreia do Sul utiliza assiduamente o modelo de PNS, tendo estabelecido procedimentos e estruturas administrativas focadas na análise e avaliação das propostas formuladas, sobretudo no que concerne à vantagem do projeto para o Estado (estudos que na literatura estrangeira se convencionou designar de *Value for Money*).

		A	B	C	D	E		
País	Período de análise	Apresentadas (A)	Aceitas (B)	Sob revisão	Rejeitadas	Licitadas ou concluídas (C)	taxa de sucesso (C/A)	Taxa de sucesso (C/B)
Chile	1995 - 03/2006	200	26	38	140	12	6%	46%
Coreia do Sul	07/1999 - 04/2006	141	101	7	33	65	46%	64%
África do Sul	1999-2006	4	0	3	1	0	0%	*
Taiwan	03/2002 - 05/2006	193	29	22	142	29	15%	100%
Total		538	156	70	316	106	20%	68%

(Fonte: Banco Mundial, 2007)³³³

No entanto, caso este sucesso seja medido apenas em relação aos projetos aceitos pelo ente público (após a obtenção do primeiro juízo positivo acerca da continuidade da proposta), a efetividade do instrumento alcança 68%. Essa abordagem revela que a admissibilidade das PNS é o verdadeiro “pente fino”, na medida em que a maioria das propostas não é admitida. Não obstante, para efeito de construção de um juízo geral acerca da efetividade do modelo, o entendimento que parece o mais preciso é o de medir o percentual de sucesso tomando por referência a totalidade dos projetos apresentados.

Um segundo grupo de dados sobre as PNS foi trabalhado por um estudo mais recente, publicado pelo Banco Mundial em 2014, e que considerou na amostra PNS desenvolvidas nos cinco anos anteriores³³⁴.



(Dados: Banco Mundial, 2014)

³³³ Atualizamos a versão original da tabela com os dados referentes à experiência Chilena, constantes da página 22 da referida obra. Calculamos também o percentual de sucesso para cada país, constantes das duas últimas colunas (que não constavam do original). WORLD BANK. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, 2007, p.22.

³³⁴ As informações se referem aos projetos realizados pelos países contemplados pelo Estudo nos 5 anos anteriores a publicação do referido trabalho.

Tomando por referência a amostra de PNS considerada nesse segundo estudo, a efetividade do modelo também pode ser reputada como muito baixa: apenas 12% das propostas tiveram o seu processo de licitação e adjudicação realizado. Porém, apenas 4% da amostra teve sucesso na conclusão das operações financeiras necessárias à sua viabilização – o que se designa de “*financial closure*” (ou “fechamento financeiro”, em tradução livre). É importante destacar que as informações extraídas deste segundo estudo não permitem concluir, de forma categórica, que o percentual de sucesso das PNS piorou de 2007 para 2014, porque as amostras consideradas nos dois materiais foram compostas por projetos e países diferentes. O que é possível verificar, a partir dessas informações, é a tendência de uma tendência de que o modelo de PNS é caracterizado por uma baixa efetividade.

2.7.2 Competição

A efetividade não é a única objeção que pode ser trabalhada a partir dos dados quantitativos disponíveis.

A amostra considerada no estudo realizado com o apoio do Banco Mundial em 2007 revela que 90% das licitações processadas na Coreia do Sul foram vencidas pelos proponentes originais. Nas Filipinas, esse percentual foi de 92%. Em Taiwan, foram contratados mais de 29 projetos e houve mais de um licitante em apenas um dos processos. Em relação à experiência chilena, menciona-se que 12 projetos foram originados de PNS (de 1993 a 2007), sendo que destes, apenas um licitante diferente do proponente inicial adjudicou o contrato³³⁵.

É importante atentar para o fato de que alguns países que se valem das PNS também admitem, excepcionalmente, a negociação direta entre o proponente original e o ente público - o que naturalmente refutaria a competição pela adjudicação contratual.

As informações expostas acima convergem para a conclusão de que os processos seletivos para a adjudicação desses contratos têm sido pouco competitivos e normalmente caracterizados pela preponderância do proponente original. Repise-se que esta realidade é problemática quando se está diante de um modelo de regulação por contrato de concessão, que preconiza a existência de competição pelo acesso ao mercado. Portanto, é provável que parte significativa dos projetos realizados e considerados nas amostras acima referidas tenham gerado benefícios ao setor público aquém daqueles que poderiam ter sido obtidos num cenário de competição efetiva.

³³⁵ Apesar disso, o referido trabalho menciona que em 10 casos (dos 12 que integram a amostra) houve mais do que um licitante WORLD BANK. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How Some Countries Introduce Competition and Transparency*.2007, p.24.

3.3 O Diálogo Competitivo

3.3.1 A dinâmica dialogal e os diferentes instrumentos de contratação no direito comparado

O Diálogo Competitivo/DC é um dos possíveis formatos utilizados na experiência do direito comparado para a contratação de bens e serviços, preferencialmente os complexos, incluindo-se aqui contratos similares àqueles que no sistema jurídico brasileiro designamos de concessões e parcerias público-privadas³³⁶.

A racionalidade incorporada ao DC é a de promover a interação, durante o próprio processo de seleção, entre o Estado e os licitantes com vistas ao melhor detalhamento do escopo e das obrigações que constarão no contrato. Tal instrumento foi incorporado com sucesso aos ordenamentos jurídicos de diversos países, dentre eles os Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia. Conforme será mais detidamente abordado neste tópico, o DC foi tratado em diretivas publicadas por órgãos da União Europeia, os quais estabeleceram regras a serem observadas na regulação deste procedimento pelos Estados membros do bloco.

Mesmo existindo especificidades na legislação de cada país, é possível, a partir da descrição das linhas gerais do DC, extrair importantes conclusões acerca do funcionamento dos aspectos positivos e negativos envolvidos na utilização deste instrumento. Essas informações são bastante pertinentes para efeito da discussão acerca do aperfeiçoamento dos modelos de contratação e de propostas não solicitadas praticados no Brasil. O DC se insere no contexto de maior interlocução entre o ente público contratante e os agentes de mercado interessados na contratação, o que será o enfoque das análises apresentadas na sequência.

Com este intuito, utilizaremos como referencial principal para as informações e considerações que serão articuladas na sequência, as linhas gerais dos modelos de contratações conforme regrados no âmbito da União Europeia, cujas características estão atualmente sistematizadas na Diretiva 2014/24/UE, publicada em 26 de fevereiro de 2014,

³³⁶ Art. 3 (4), da Diretiva 2014/24/U.E: “Assim, no caso de contratos mistos que contenham elementos de contratos públicos de **fornecimentos, obras e serviços e de concessões**, o contrato misto é adjudicado em conformidade com a presente diretiva, na condição de o valor estimado da parte do contrato que constitui um contrato abrangido pela presente diretiva, calculada em conformidade com o disposto no artigo 5º, ser igual ou superior ao limiar pertinente estabelecido no artigo 4º” (grifo nosso). É importante destacar a possibilidade de que outras diretivas específicas ou atos regulatórios editados pelos órgãos da U.E, a exemplo da Diretiva 2014/25/EU, prescrevam procedimentos específicos para a delegação de concessões à iniciativa privada - inclusive tendo em vista eventuais especificidades incidentes em alguns setores econômicos. Nesse sentido, ver o considerando 27, da diretiva acima mencionada. Outro dado que é digno de nota é que a Diretiva 2014/24/EU, que é a diretiva mais recente que trata das contratações públicas, não reproduz o art. 17 da Diretiva anterior (2004/18/EC), que expressamente vedava a sua aplicação dos modelos de contratação por ela disciplinados aos contratos de PPP. Essa restrição foi comentada em ARROWSMITH, Sue. *EC Regime on Public Procurement*. In.: Thai, Khi V. (Editor); *International Handbook of Public Procurement*. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2009, p. 261.

editada conjuntamente pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia³³⁷. O referido diploma, que veicula diretrizes e objetivos para a criação e adaptação de regras de contratações públicas³³⁸ pelos países que integram o bloco europeu³³⁹, expressamente revogou a Diretiva 2004/18/EC, de 31 de março de 2004. O principal mote da nova diretiva (e que inspirou a reforma da base normativa então vigente) foi a adaptação dos procedimentos já existentes (e a criação de novos) para a promoção da capacidade de inovação em sede de contratações estatais³⁴⁰⁻³⁴¹.

Ainda, especificamente para a celebração de contratos de concessão, aplicam-se as disposições da Diretiva 2014/25/EU do Parlamento e do Conselho Europeu, “relativa aos

³³⁷ A Diretiva original que tratava de contratações públicas e que sistematizou de modo mais significativo o modelo de DC foi a Diretiva nº. 2004/18/CE, de 31 de março de 2004. Uma diretiva corresponde a um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar. Todavia, cabe a cada Estado-membro decidir os meios para atingir esse objetivo. Os Estados que integram a U.E devem ajustar seus procedimentos de modo que eles internalizem os objetivos veiculados por essas diretivas. Uma enunciação mais clara do que são diretivas e sua diferenciação em face de atos normativos de tipologias diversas editados pelos órgãos da U.E (como os regulamentos e decisões, que têm caráter vinculativo) pode ser visualizada em http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm.

³³⁸ Um primeiro objetivo (e mais evidente) que inspira a edição de uma diretiva que verse sobre contratações estatais é o de difundir práticas e modelos entendidos como mais eficientes. Vale destacar, entretanto, que outra ideia que norteia a edição de uma diretiva específica neste tema parece ser a de traçar parâmetros e procedimentos que garantam a livre circulação de bens e serviços dentro do bloco – evitando-se o eventual favorecimento ilegítimo que algum Estado poderia conferir às suas empresas nacionais. Essa medida pode ser encaixada num contexto mais amplo de preocupação dos órgãos da U.E, sobretudo seu Conselho e a Corte de Justiça, de coibir práticas nacionais que representem riscos ao mercado comum europeu, e, portanto, ao processo de integração. A relação entre integração e livre circulação/concorrência pode ser verificada em SAUTER, Wolf; SCHEPEL, Harm. *State and Market in European Union Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Ainda, tratando da mesma temática, aplicada ao subtema das contratações estatais, ver também ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. *EC regulation of public procurement*. In: ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*. New directives and new directions. Cambridge: Cambridge University Press 2009.

³³⁹ Optou-se por limitar a abrangência da pesquisa aos contornos do DC no âmbito da União Europeia, conforme fornecido pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. A análise da referida Diretiva permite que sejam contemplados os contornos gerais do modelo, mas sem as minúcias do tratamento legislativo e práticas administrativas conferidas por cada Estado membro. Entendeu-se que essa análise, calcada num diploma normativo mais geral provido pelos órgãos da U.E, é suficiente para atender aos propósitos encampados por este capítulo. A relação dos normativos que internalizaram as prescrições da Diretiva 2004/18/EC (anteriormente vigente) em cada Estado nacional (e que possibilitam o entendimento da regulação específica editada por cada Estado-membro), pode ser visualizada em European PPP Expertise Centre - EPEC. *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe*. A review of public sector practices across the EU, p. 19 e ss. Disponível para download em: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf>, acesso em 26/06/2015, às 18h51. Segundo informações obtidas nesta fonte, o processo de adaptação para os novos preceitos da Diretiva 2014/24/EU está em curso.

³⁴⁰ Nesse sentido, ver: FACT SHEET No 9: Innovation, p. 1, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/fact-sheets/fact-sheet-09-innovation_en.pdf e FACT SHEET No. 3: Simplifying The Rules For Contracting Authorities. Houve uma preocupação da Comissão Europeia de preparar materiais diversos que sinalizassem as principais alterações e respectivas motivações aplicadas na diretiva que trata de contratações estatais. Esses produtos podem ser facilmente acessados em http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_en.htm.

³⁴¹ Segundo o art. 90 da Diretiva 2014/24/EU, “os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016”.

contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais”. Referida Diretiva prevê expressamente a possibilidade de utilização dos procedimentos constantes da Diretiva 2014/24/EU (aplicável aos contratos públicos em geral) para a seleção de “operadores econômicos” e adjudicação dos contratos de concessão.

Antes de tratar do DC, cabe apresentar um breve panorama sobre os diferentes modelos de processos públicos concorrenciais de que podem se servir os entes públicos no âmbito da União Europeia³⁴². Essa análise comparativa deixa claro que existe uma preocupação no bloco de estabelecer instrumentos de seleção mais customizados, específicos para endereçar as necessidades e desafios envolvidos na contratação de diferentes tipologias de bens e serviços pelos entes públicos.

Grosso modo, há seis formatos distintos de procedimentos tipificados pela Diretiva 2014/24/EU: (i) o concurso aberto; (ii) o concurso restrito, (iii) o procedimento competitivo com negociação; (iv) o diálogo competitivo; (v) as parcerias para a inovação e o (vi) o procedimento negociado sem prévia publicação de aviso³⁴³.

A seguir, serão apresentadas considerações breves sobre os seis modelos listados acima. Adverte-se que o objetivo não é exaurir o tema, mas sim ilustrar a constatação (quase que intuitiva) de que o nível de complexidade (e outras particularidades) dos bens e serviços que a Administração deseja contratar pode ensejar, no âmbito da U.E, a utilização de mecanismos de contratação diferenciados.

Além disso, contemplar as características desses modelos parece ser um exercício proveitoso para gerar percepções interessantes acerca das modalidades brasileiras de licitação, conforme disciplinadas pela lei n.º 8.666/93. Em linhas gerais, nas diferentes modalidades adotadas na lei geral de licitações, o nível de completude e formalidade do procedimento é diretamente proporcional ao valor (preço) da contratação (ou seja, mais cara a contratação, mais rigoroso o modelo). Porém, não foram previstas modalidades procedimentalmente mais adaptadas para a contratação bens e serviços tecnicamente complexos³⁴⁴.

³⁴² Os modelos e suas características gerais estão minudenciados no Título II, Capítulo I, da Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento e Conselho da União Europeia.

³⁴³ Optou-se por utilizar aqui a nomenclatura provida na versão em português (de Portugal) da diretiva Diretiva 2014/24/EU. As transcrições de trechos extraídos da referida diretiva também são provenientes da versão portuguesa.

³⁴⁴ Embora a lei de licitações aluda vagamente no parágrafo primeiro do art. 13 à preferência de utilização do concurso para a contratação de serviços complexos (“Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração”), o que não é praticado na realidade, por conta de limitações inerentes a esta modalidade.

Nesse sentido, é importante atentar que há pelo menos dois elementos visualizáveis nos instrumentos a seguir e que não estão adequadamente refletidos no nosso sistema de contratações: o primeiro é componente dialogal³⁴⁵; o segundo é o fato de que a seleção atenta não apenas para características pessoais do licitante, mas também para a visão, entendimento e qualidade da proposta que este concorrente apresenta para a provisão dos serviços ou bens que se deseja adquirir.

Nesse sentido, as modalidades previstas na diretiva de 2014 são:

(i) Concurso aberto (“open procedure”): qualquer interessado pode participar do procedimento iniciado pela Administração e submeter sua proposta, nos termos dos critérios definidos no ato convocatório. As especificações são definidas pelo ente público e não devem ser alteradas durante a licitação. São possíveis apenas os esclarecimentos de dúvidas e respostas aos questionamentos veiculados durante o processo de seleção³⁴⁶. A característica essencial, dessa forma, é a sua ampla abertura à participação de interessados na contratação;

(ii) Concurso restrito (“restrict procedure”): este procedimento é bastante semelhante ao anterior, com a diferença de que é possível para a autoridade contratante a prévia composição de uma “lista seleta” (*short list*, no jargão já difundido no direito comparado), bem como a inclusão posterior nesta lista de interessados que manifestem interesse de participar do procedimento e que satisfaçam critérios de pré-qualificação estabelecidos pela entidade pública. O procedimento deve ser tocado com não menos do que cinco concorrentes, conforme adversado pelo art. 65(2), da Diretiva de 2014. Traçando um paralelo com a previsão de requisitos de habilitação técnica e econômica pela legislação de licitações e contratos do Brasil, o foco das medidas restritivas incorporadas ao modelo em destaque é o de restringir a competição apenas aos interessados que possuam características técnicas e econômicas mínimas para a execução adequada do objeto contratual;

(iii) Procedimento concorrencial com negociação (“*Competitive procedure with negotiation*”): Esse procedimento foi introduzido formalmente pela Diretiva

³⁴⁵ Nesse sentido, o art. 26, da lei n.º 12.462 (RDC), de 4 de agosto de 2011, sinaliza para a possibilidade de um diálogo entre o ente públicos e os licitantes: “Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a Administração Pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado. Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado”. Não foram pesquisadas informações sobre a aplicação prática desse dispositivo, nem dos entendimentos manifestados pelos órgãos de fiscalização e controle a propósito do dispositivo.

³⁴⁶ Cf. Diretiva 2014/24/EU, art. 27.

2014/24/EU e incorpora a sistemática negocial inaugurada pela Diretiva 2004/18/EC com o Diálogo Competitivo. A participação no procedimento é aberta, porém não é ampla. Todos os interessados podem solicitar a sua admissão, mas esta fica sujeita ao escrutínio da autoridade pública, exercido com base em dados qualitativos do requerente. Em síntese, o procedimento em destaque se inicia com a divulgação de elementos como o objeto da contratação, as especificações mínimas e os critérios de seleção – que são elementos não passíveis de alteração no curso do procedimento³⁴⁷. Naturalmente, as rodadas de negociação e a disponibilização de informações pelo ente público devem ser feitas a partir de critérios isonômicos e deve haver sigilo no tratamento de informações disponibilizadas pelos licitantes (ainda que esta determinação também seja aplicável para os modelos descritos na sequência).

(iv) Diálogo Concorrencial (ou “Competitivo”, ou “*competitive dialogue*”): Este modelo segue dinâmica muito próxima daquela especificada para o procedimento competitivo com negociação, examinado no item anterior. Um elemento marcante no DC é que o critério para a seleção da melhor proposta é o da *melhor relação preço-qualidade*, nos termos do art. 67(2) da Diretriz 2014/24/EU. Informações adicionais sobre o modelo serão detalhadas mais adiante, em tópico específico;

(v) Parcerias para a Inovação (“*Innovation partnership*”): Os documentos inaugurais do procedimento identificam as características e especificações de produtos, serviços e trabalhos técnicos inovadores, que devem ser customizados para as necessidades da Administração, dado que ainda não se encontram disponíveis para aquisição no mercado. O foco da parceria, portanto, corresponde ao (a) desenvolvimento de um produto, serviço ou trabalho técnico inovador e (b) seu fornecimento (desde que atendidos os níveis de desempenho e preços contratados). Da mesma forma que o modelo anterior, o critério de seleção é o da *melhor relação preço-qualidade*. O elemento distintivo diz respeito ao objeto contratado, que deve realmente ser marcado pela inovação (inclusive porque desenvolvido especificamente para atender as necessidades da entidade contratante). Este modelo não havia sido incorporado pela Diretiva 2004/18/EC³⁴⁸.

(vi) Procedimento negociado sem prévia publicação (“*negotiated procedure without prior publication*”): trata-se de um procedimento utilizado de forma bastante excepcional. As negociações entre Estado e particulares são permitidas durante o

³⁴⁷ Diretiva 2014/24/EU, Considerando n. 44.

³⁴⁸ Diretiva 2014/24/EU, Considerando n. 49.

processo e configuram a essência deste modelo. São realizados sucessivos estágios de conversas, de forma que o número de licitantes é gradualmente reduzido, até que reste apenas um. Não há um momento definido *a priori* para o encerramento das negociações, que persistem até que seja alcançado o acordo entre as partes. A possibilidade de negociação persiste até que o contrato seja efetivamente celebrado³⁴⁹.

As informações que serão articuladas nos tópicos seguintes dizem respeito ao modelo de Diálogo Competitivo. Contudo, não se trata aqui de um enfoque estabelecido arbitrariamente. Ainda que outros modelos também encampem a proposta de interação entre Estado e particulares, como é o caso daqueles destacados nos subitens (iii), (v) e (vi) acima, o DC possui uma relevância mais pronunciada porque foi o primeiro modelo em que houve a preocupação de incorporar, num fluxo procedimental e transparente, a interação entre contratantes em potencial e a Administração, sendo também um instrumento bastante difundido na experiência internacional.

3.3.2 Panorama de aplicação do diálogo competitivo e características de destaque

Tomando por base as informações disponibilizadas no tópico anterior, fica bastante evidente que o diálogo ensejado pelo DC preconiza a existência de uma via informacional de mão dupla, que possibilita um refinamento, em diversas rodadas, tanto das características do objeto e obrigações contratuais como das propostas apresentadas pelos concorrentes.

Tenta-se conciliar no DC, na maior medida possível, alguns vetores da ação pública que são importantes, como flexibilidade, transparência, segurança jurídica³⁵⁰, isonomia entre concorrentes e competição no processo.

A flexibilidade, referida acima, decorre principalmente da existência de sucessivos estágios de negociação entre os entes público e privado, que permitem a discussão sobre os parâmetros da contratação e formas alternativas de se atingir os resultados buscados com o contrato³⁵¹. A previsão de um momento específico e pré-definido em que a interação se

³⁴⁹ Diretiva 2014/24/EU, Considerando n. 50.

³⁵⁰ O procedimento *negociado* possui limitações atinentes à falta de objetividade nos critérios de preferência entre as propostas e a definição de um momento para encerramento da negociação. Conforme exposto, a possibilidade de discussão entre as partes sobre objeto, preço e condições do contrato se conserva até o momento final de celebração do ajuste. Não há nem mesmo um marco temporal limite para que essa interlocução se encerre. Portanto, sob a perspectiva do ente privado, há perceptível dificuldade de estimar os custos de transação envolvidos nesse modelo.

³⁵¹ Para orientar a utilização do Diálogo Competitivo, o Tesouro do Reino Unido e o Escritório de Comércio Governamental elaboraram conjuntamente um guia, onde as atividades previstas dentro do DC são separadas em

encerra e o estabelecimento de critérios mais objetivos para a avaliação das diferentes propostas a serem apresentadas colaboram para a percepção de segurança e previsibilidade necessárias para viabilizar este modelo. Em outras palavras, sabem os contratantes, de antemão, que não estarão envolvidos em processos eternizáveis, custosos e com critérios pouco claros para a seleção do vencedor.

3.3.3 O início do procedimento

A Administração inicia o procedimento apresentando uma concepção preliminar do escopo a ser contratado (incluindo-se os resultados que devem ser obtidos), as qualificações requeridas para participação no certame e os critérios que serão utilizados para avaliação das propostas finais³⁵². É com base nas premissas apresentadas pelo setor público – e nas propostas a partir de então formuladas pelos concorrentes admitidos no procedimento – que o diálogo vai se desenvolver.

No DC, a abertura do procedimento conta com documentos referenciais, que possuem um nível de detalhamento menor do que o usualmente praticado nos procedimentos aberto e restrito, o que tende a ocorrer em razão de dois fatores: primeiro, a dificuldade técnica de o Estado proceder com o detalhamento dos estudos, dado que se está a falar de contratações complexas, cujos contornos e detalhes podem ser mais bem especificados a partir da aproximação entre contratante e contratados em potencial (essa, aliás, a razão fundamental que enseja a escolha do DC para cada projeto)³⁵³ e; segundo, a estratégia da própria

sete etapas encadeadas, que podem ser agrupadas em três fases: fase 1 – Pré-diálogo (Planejamento e preparação inicial; publicação do aviso de seleção pública convidando as empresas a apresentarem suas qualificações; seleção das empresas e planejamento para etapa de diálogo; fase 2 – Diálogo (diálogo propriamente dito entre o ente público e os participantes selecionados) e fase 3 – Pós-Diálogo (Entrega da proposta final; Esclarecimentos sobre a proposta; Seleção do vencedor e assinatura do contrato). HM TREASURY; OFFICE OF GOVERNMENT COMMERCE. Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT joint Guidance on using the procedure. Disponível em:

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110405225302/http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_HMT_2008_Guidance_on_Competitive_Dialogue.pdf, acesso em 26/06/2015, às 18h57.

³⁵² A exemplo dos modelos de contratação pública praticados no Brasil, o procedimento formalmente se inicia com a publicação de um *contract notice*, um aviso da seleção pública, que ocorre no *Official Journal of the European Union/OJEU*. Essa publicação, entretanto, é mais sofisticada do que aquela que se processa nos diários oficiais brasileiros. Primeiro porque o OJEU provê um sumário do aviso de licitação nas línguas oficiais da U.E. Segundo, o instrumento possibilita pesquisa na base de informações eletrônicas do OJEU. Nos termos da Diretiva 2014/24/EU, qualquer interessado pode pleitear a participação no Diálogo Competitivo, embora o ente público tenha a prerrogativa de limitar, por meio de uma pré-qualificação, os competidores cujos perfis técnico-econômicos sejam os mais aderentes ao que se entende como adequado (Art. 30, da Diretiva 2014/28/EU, do Conselho e Parlamento da União Europeia).

³⁵³ Nesse sentido: "Competitive dialogue is a new procedure, introduced in 2004 to provide more flexibility in awarding contracts, especially for major infrastructure projects, such as contracts for building and operating prisons and hospitals. Open and restricted procedures are often unsuitable for various reasons, including the limited scope for dialog with suppliers. The main rules on the new procedure are found in Article 29 and Article 1(11). It is available, in brief, for procurements in which the entity is unable to define the technical, financial, or

autoridade contratante de transferir aos interessados o papel de prover as diferentes opções, elaboradas a partir da sua criatividade, expertise e soluções técnicas já detidas.

Dada à necessidade de conduzir negociações detalhadas e longas com cada licitante e a existência de um limite de recursos que podem ser aplicados pela Administração, é possível que seja restringido o número máximo de concorrentes que podem participar do processo - desde que observado o número mínimo de três, nos termos do art. 65(2) da diretiva de 2014 (esse número mínimo também se aplica para as parcerias para a inovação, sendo inferior ao mínimo admitido para os concursos restritos)³⁵⁴.

Ainda, cabe destacar que o DC tem um caráter residual e subsidiário em relação aos concursos aberto ou restrito³⁵⁵. Justamente porque representa a aplicação de tempo e outros recursos públicos e privados consideráveis, além de margem de subjetividade que é inerente à avaliação das propostas formuladas (repise-se que no DC os critérios de avaliação precisam envolver juízos de custo-benefício das propostas), tal procedimento não deve ser utilizado para a contratação de qualquer bem ou serviço.

3.3.4 A conversação entre o setor público e os concorrentes

Realizada a seleção prévia dos participantes, a Administração conduzirá sucessivas etapas de conversação, com o propósito de ter mais clareza em relação a qual opção (dentre as disponíveis) é a tecnicamente mais adequada. Por meio destes estágios sucessivos de interlocução, os concorrentes são incentivados a completar e refinar as propostas iniciais.

legal aspects of the project. For example, it might be used when an entity cannot draw up a specification for a bespoke information technology system, because it does not know what sorts of functions are feasible or how easily it can be integrated with other systems” (em tradução livre: “Diálogo competitivo é um novo procedimento, introduzido em 2004 para fornecer mais flexibilidade na adjudicação de contratos, especialmente para grandes projetos de infraestrutura, como os contratos para a construção e operação de prisões e hospitais. Procedimentos abertos e limitados são frequentemente inadequados por várias razões, incluindo o limitado espaço para diálogo com os fornecedores. As principais regras relativas ao novo procedimento são encontrados no artigo 29 e do artigo 1 (11). Ele está disponível, em resumo, para celebração de contratos em que a entidade seja incapaz de definir os aspectos técnicos, financeiros, legais ou do projeto. Por exemplo, ele pode ser usado quando uma entidade não pode elaborar um caderno de especificações para um sistema sob medida de tecnologia da informação, porque ela não sabe que tipo de funções são viáveis ou a facilidade delas serem integradas com outros sistemas”. ARROWSMITH, Sue. *EC Regime on Public Procurement*. In.: Thai, Khi V. (Editor); *International Handbook of Public Procurement*. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2009, p. 261.

³⁵⁴ Essa informação, portanto, sinaliza uma diretriz interessante para o cenário brasileiro de propostas não solicitadas e contratações públicas. A concorrência é importante, mas ela precisa ser conjugada com outros fatores, como a eficiência na disposição de recursos e em considerações pragmáticas de que a interação ampla com muitos concorrentes é no mais das vezes infactível.

³⁵⁵ Nesse sentido, ver “considerando n. 31”, constante da Diretiva 2004/18/EC, que apresenta a motivação para a introdução do modelo de DC.

Encerrada a fase de diálogo, caberá a autoridade contratante selecionar a melhor proposta, o que será feito com base nos critérios indicados originalmente na abertura do processo.

Os critérios para a identificação da melhor proposta devem se basear na ideia de economicidade, conforme se depreende do art. 30 (1), da diretiva 2014/28/EU. No mesmo sentido, o art. 67, que traz regras gerais aplicáveis aos modelos de contratação, destaca que os contratos devem ser adjudicados com base na ideia de “proposta economicamente mais vantajosa”.

A proposta economicamente mais vantajosa não deve ser necessariamente a proposta de menor preço³⁵⁶. O art. 67 destaca que os critérios a serem manejados podem abranger outros racionais, como a relação “custo-eficácia” e “relação qualidade-preço”, que envolvem a avaliação de fatores qualitativos, ambientais e aspectos sociais³⁵⁷ - ainda que o uso exclusivamente do critério *menor preço* não tenha sido defeso. Apesar da grande abrangência de elementos que podem ser considerados para a composição dos critérios de julgamento, o art. 67 determina que as autoridades contratantes especifiquem previamente os critérios e respectivos pesos (na ponderação). Portanto, a premissa geral é que se deve realizar a contratação mais vantajosa – que pode ou não ser a contratação cujo preço ou custo seja a menor.

O processo interativo não ocorre por prazo indeterminado. Ao contrário do *procedimento negociado* (em que as conversas com o privado podem continuar indefinidamente até que reste apenas um licitante), no DC se estabelece um marco temporal para o encerramento da fase de diálogo e entrega das propostas finais.

³⁵⁶ Sobre o critério de proposta economicamente mais vantajosa: “On the other hand, the meaning of the most economically advantageous offer includes a series of factors chosen by the contracting authority, including price, delivery or completion date, running costs, cost-effectiveness, profitability, technical merit, product or work quality, aesthetic and functional characteristics, after-sales service and technical assistance, commitments with regard to spare parts and components and maintenance costs and security of supplies. The above list is not exhaustive and the factors listed therein serve as a guideline for contracting authorities in the weighted evaluation process of the contract award” (em tradução livre: “Por outro lado, o significado de proposta economicamente mais vantajosa inclui uma série de fatores escolhidos pela entidade contratante, incluindo o preço, a data de entrega, custos, relação custo-eficácia, rentabilidade, mérito técnico, qualidade do produto ou trabalho, características estéticas e funcionais, assistência técnica do serviço, os compromissos em matéria de peças sobressalentes e componentes e custos de manutenção e segurança do abastecimento de pós-venda. A lista acima não é exaustiva e os fatores nela enumerados servem de orientação para as entidades contratantes no processo de avaliação ponderada de adjudicação do contrato”). BOVIS, Christopher. *Public Procurement in the European Union*. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p.80-81.

³⁵⁷ Podem estar abrangidos vários critérios, tais como: (i) Qualidade, o que inclui aspectos técnicos, estéticos, características funcionais, acessibilidade, características sociais e ambientais, aspectos de inovação, condições mais favoráveis de contratação; (ii) aspectos relacionados com o pessoal e profissionais que compõem o corpo técnico do interessado; (iii) fatores como pós-venda, assistência técnica, condições de entrega, entre outros.

Ao final do processo, um concorrente será declarado vencedor do certame e, a partir desse momento, permite-se a continuidade do diálogo, mas limitado à elucidação de dúvidas e obscuridades, não podendo haver alteração substantiva dos elementos inseridos na proposta.

De modo semelhante ao que ocorre com todos os modelos de contratações públicas, o DC possui aspectos positivos e enseja pontos de atenção³⁵⁸, os quais devem ser levados em consideração pelo ente público quando cogitar de sua utilização para selecionar um contratante. Debater esses diferentes aspectos, de modo sucinto, será o escopo do próximo tópico.

3.3.5 Aspectos positivos e pontos de atenção do modelo de DC

O fluxo bilateral de informações gerado pelo DC não é benéfico apenas para o setor público. Os agentes privados admitidos no procedimento e interessados na adjudicação do contrato também podem se beneficiar dessa interação.

Sob a perspectiva do Estado, as informações provenientes da iniciativa privada são especialmente relevantes quando dizem respeito a aspectos técnicos (principalmente inovações) que serão proveitosos para o melhor entendimento e delimitação do objeto a ser contratado. Portanto, a principal vantagem para o Estado é a perspectiva de contratar melhor – o que representa adquirir bens e serviços mais adequados, inovadores e, possivelmente, por uma relação custo-benefício mais vantajosa³⁵⁹.

A literatura estrangeira que trata do tema menciona que as sucessivas etapas de negociação tendem a gerar um ambiente competitivo mais acirrado entre os contendores – situação essa que é benéfica para o setor público, dado que a tensão competitiva produzida incentiva os particulares a fazerem lances mais agressivos, reduzindo os custos públicos atinentes à contratação³⁶⁰.

Além disso, esse fluxo de informações, se operado de forma adequada, pode ser empregado para equacionar diversos temas relativos à estruturação de um projeto, como a

³⁵⁸ A expressão “aspectos positivos e negativos” não deixa de compreender, de certa forma, uma dimensão comparativa que seria até melhor traduzida por “vantagens e desvantagens”. Entretanto, conforme anteriormente destacado, o foco deste capítulo não é o de promover uma abordagem profunda do modelo de DC e sua comparação com outros modelos de contratação, inclusive os praticados no Brasil. A ideia é a de apresentar os aspectos mais gerais do instrumento, tratando de seus riscos e possibilidades, que serviriam ao final como pontos de análise e reflexão para eventual incorporação nos modelos nacionais de contratações.

³⁵⁹ Preço mais vantajoso não significa necessariamente o menor preço, mas sim aquele que representa uma melhor alocação entre recursos empregados e benefícios viabilizados, o que genericamente se convencionou traduzir por *economicidade*.

³⁶⁰ EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE – EPEC. *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe*. A review of public sector practices across the EU, p.11 Disponível para download em: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf>, acesso em 26/06/2015, às 19h.

melhor compreensão de quais são os riscos envolvidos e sua distribuição entre os contratantes (ex. responsabilidade pela condução de processos de desapropriação, responsabilidade por passivos ambientais, risco de demanda em projetos inovadores e sem dados históricos referenciais etc.), a delimitação de premissas e elementos que precisam ser considerados no orçamento do projeto, a solução de dubiedades ou interpretações equivocadas de cláusulas contratuais³⁶¹.

Conversando com o mercado, a Administração pode se tornar mais consciente a respeito de riscos e obrigações que não são palatáveis pelo setor privado ou mesmo precificados por este a um custo muito elevado (o que incentivaria a sua assunção pelo Estado). Isso é importante em projetos vultosos e com elevado grau de complexidade e riscos, cuja viabilidade pode estar, não por acaso, no equacionamento de visões distorcidas do Estado e/ou de potenciais contratados.

Ainda sob a perspectiva pública, o DC pode possibilitar a redução de riscos relacionados à seleção de executores contratuais sem aptidão e da contratação de bens e serviços que não sejam verdadeiramente funcionais, ou seja, cuja utilidade prática e benefícios gerados estejam aquém do inicialmente pretendido pela Administração. Quando ocorre o encerramento do diálogo, o governo já tem o conhecimento de que as propostas finais dos competidores serão baseadas no que foi discutido durante toda a fase do diálogo e que, portanto, suas expectativas tendem a ser concretizadas na execução do contrato. Esse risco não deve ser desprezado, dadas as complicações e custos relacionados à rescisão de um contrato e condução de um novo certame.

Do ponto de vista do ente privado, a interlocução com o Estado contratante também tem seus benefícios.

Além da oportunidade de apresentar as opções técnicas e inovações que entendem mais adequadas (possivelmente alinhadas com as tecnologias e a estratégia empresarial destes concorrentes), a maior proximidade com o ente estatal possibilita que o licitante melhor apreenda as expectativas públicas com a contratação. Consequentemente, os entes privados alcançam uma visão mais clara das necessidades do Estado que devem ser atendidas, ensejando a elaboração de propostas mais bem formatadas e a redução de custos de transação na execução do contrato³⁶².

³⁶¹ Portanto, versa o diálogo tanto sobre elementos essencialmente econômicos (preços, custos e receitas) como sobre aspectos jurídicos (riscos, garantias, obrigações contratuais), ainda que estes últimos tragam de forma ínsita uma dimensão econômica.

³⁶² É mencionado, inclusive, a redução do que designa de “*price creep*”, relacionado com a verificação de que a proposta apresentada era inexecutável financeiramente. EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE – EPEC.

Como natural, o modelo de DC não traz apenas aspectos positivos. As cartilhas e referenciais teóricos que dele tratam enfatizam algumas dificuldades e riscos que não podem ser desconsiderados.

Uma dificuldade prática enfrentada pelo modelo é o fato de que os setores público e privado possuem interesses não similares, tratando-se, em essência, da mesma objeção central levantada por ocasião do estudo das propostas não solicitadas.

O agente privado que participa do DC possui o incentivo econômico para maximizar a rentabilidade do projeto e gerar valor para seus acionistas. O seu objetivo primário não é o interesse público, o bem estar social ou a disponibilização de serviços de primeira qualidade para a sociedade. Diversamente, o poder público busca atender as suas próprias necessidades (e também as da sociedade) mediante soluções mais eficientes e de menor custo. Os interesses convergem na medida em que ambas as partes desejam a realização do projeto, mas não são interesses plenamente alinhados³⁶³. Naturalmente, caso a Administração-contratante não esteja bem estruturada tecnicamente, com capacidade de entender os diversos aspectos do projeto e identificar os possíveis pontos de conflito, estará em uma posição desfavorável nessa conversação.

Os sucessivos estágios de diálogo ensejam ainda duas desvantagens adicionais: a primeira, é a necessidade de uma maior alocação de recursos públicos no projeto, especialmente *homens-hora* de agentes administrativos³⁶⁴; a segunda, é a demora do procedimento.

Portanto, ainda que o diálogo competitivo traga importantes vantagens em termos de qualidade de projeto, isso vem acompanhado de um significativo aumento dos custos de transação³⁶⁵. Dessa forma, além de fazer um juízo acerca da adequabilidade do objeto a ser

Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe. A review of public sector practices across the EU, p.5 Disponível para download em: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf>, acesso em 26/06/2015, às 19h.

³⁶³ Trata-se, portanto, da objeção que já foi levantada no capítulo II, ocasião em que foram discutidos os riscos associados à captura na fase de preparação do contrato de concessão

³⁶⁴ HM TREASURY. *Competitive Dialog in 2008*. OGC/HMT joint guidance on using the procedure, p. 4

³⁶⁵ Nesse sentido: “Competitive dialogue is perceived as a complex procedure, with a negative impact on procurement cost and time. The process is perceived as resource-intensive and lengthy (half of the respondents report that procurement under competitive dialogue normally lasts between 1 and 2 years). Most contracting authorities admit that their staff are not well prepared to conduct such complex proceedings and has to rely excessively on external advisors” (em tradução livre: “O Diálogo Concorrencial é percebido como um processo complexo, com um impacto negativo sobre o custo e o tempo de contratação. O processo é percebido como longo e intensivo no consumo de recursos (metade dos entrevistados relatam que a contratação sob o diálogo concorrencial normalmente dura entre 1 e 2 anos). A maioria das entidades contratantes admitem que o seu pessoal não está bem preparado para realizar tais procedimentos complexos e tem de confiar excessivamente em consultores externos”). EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE – EPEC. *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe*. A review of public sector practices across the EU, p.5 Disponível para

contratado ao DC, cabe ao ente público contratante realizar um juízo, na prática, acerca das condições materiais de contratar por meio deste modelo³⁶⁶.

Um ponto de atenção que foi mapeado no cenário europeu, especialmente em relação aos formatos contratuais que se encaixam no rótulo de PPP, decorreu da dificuldade de garantir, no contexto da crise de 2008, que as condições econômicas relativas às propostas vencedoras nos DC fossem mantidas pelo adjudicatário, após a contratação de financiamentos necessários para alavancar o projeto. Ou seja, após a seleção do vencedor do certame, existe a etapa de “financial close”, marcada pela atuação do contratado junto ao mercado financiador (principalmente instituições financeiras), com o propósito de levantar capitais para a operacionalização do empreendimento contratado. O ponto é que a escassez de crédito e a piora das condições de financiamento provocadas pela crise repercutiam nos contratos. O DC, ainda que flexível em muitos aspectos, não admitia para este caso a possibilidade de rediscussão das condições contratadas³⁶⁷.

3.4 Conclusão

As informações alinhavadas ao longo do presente capítulo tiveram por objetivo descrever as características gerais dos modelos de propostas não solicitadas e diálogo competitivo conforme praticados no direito comparado. Dessa forma, cabe agora repisar, da forma mais objetiva possível, algumas informações-chave que irão subsidiar uma discussão mais elaborada acerca do modelo brasileiro de PNS – o que será o tema dos três capítulos seguintes.

Em relação ao modelo de propostas não solicitadas, pode-se observar o seguinte:

- As PNS, a despeito de sua importância crescente na práxis do desenvolvimento de projetos de infraestrutura, são um assunto relativamente pouco abordado sob a perspectiva acadêmica. Foram localizados poucos textos que tratassem especificamente do tema. As fontes usadas na pesquisa foram (i) cartilhas e manuais desenvolvidos por instituições de governo, que têm por finalidade orientar a Administração no gerenciamento das PNS; e (ii) a regulação editada por alguns países, principalmente leis e decretos;

download em: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf>, acesso em 26/06/2015, às 19h.

³⁶⁶ HM TREASURY. *Competitive Dialog in 2008*. OGC/HMT joint guidance on using the procedure, p. 4

³⁶⁷ EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE – EPEC. *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe*. A review of public sector practices across the EU. Disponível para download em: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf>, acesso em 26/06/2015, às 19h.

- A pertinência do estudo das PNS na experiência internacional está na existência de inegáveis traços de identidade com os modelos construídos no Brasil (PMI e MIP), especialmente no que toca à responsabilidade privada no desenvolvimento, assunção de riscos e financiamento dos estudos integrados de viabilidade que antecedem à abertura do procedimento licitatório para celebração dos contratos concessórios;
- As PNS têm um uso especialmente intenso no grupo de países classificados neste capítulo como em desenvolvimento, principalmente por conta de limitações técnicas da Administração para tomar a dianteira na preparação de projetos de infraestrutura complexos. Normalmente, esses países acumulam uma série de ingredientes que explicam a atratividade das PNS: além das limitações técnicas das instituições de Estado, verificam-se também deficiências no planejamento público de longo prazo e necessidades prementes de projetos estruturantes (isto é, projetos que sejam indutores de desenvolvimento econômico e social). Portanto, em grande parte dos casos, é o desejo de fazer frente a necessidades imediatas que leva os governos a se seduzirem com as promessas de celeridade, flexibilidade e inovação supostamente associadas às PNS;
- Os países de referência usam as PNS como um instrumento residual, normalmente relacionado a aspectos de inovação e propriedade sobre ativos singulares (como tecnologias) pelo proponente original. Nestes Estados, além da melhor capacitação de agentes e instituições públicas, confere-se mais destaque para o planejamento estatal de longo prazo – fatores esses que reduzem a pertinência das alegadas vantagens das PNS, principalmente da celeridade;
- As práticas adotadas em cada Estado variam bastante, mas um traço comum nos países de referência é a proibição de utilização de PNS para projetos já identificados pelo setor público e também para projetos que demandem o aporte de recursos públicos (p.ex. garantias públicas, participações financeiras, pagamento de contraprestações). O exame de cartilhas e guias editados pelo setor público de vários Estados permite constatar uma preocupação não apenas de regular, mas também de estabelecer boas práticas gerenciais para a utilização das PNS, principalmente para mitigar potenciais conflitos de interesse incidentes no uso do instrumento;
- Verificou-se que nas PNS, conforme adotadas tanto nos países de referência como naqueles em desenvolvimento, não há pluralidade de particulares atuando

concorrencialmente na elaboração dos estudos. As PNS são conduzidas por um proponente original que interage com o Estado individualmente;

- Em regra, as regulações editadas em países que se valem do modelo preveem, além do direito de ressarcimento, vantagens formais que beneficiam o autor dos estudos de modelagem se este opta por participar da licitação subsequente. Essas vantagens são: bonificações, acesso à fase final do certame e a possibilidade de igualar a proposta concorrente mais bem classificada;
- Alguns ordenamentos instituíram regras que mitigam o risco de ressarcimento do proponente original, prevendo a possibilidade de reembolsos mesmo que o contrato não seja ao final adjudicado, principalmente quando há a apropriação pela Administração de informações ou partes do trabalho elaborado por aquele proponente;
- Em sintonia com o que se discute no Brasil, as PNS também ensejam, na experiência do direito comparado, objeções relativas à transparência e à isonomia concorrencial. Nesse sentido, diversos estudos conduzidos sobre o tema, especialmente com o apoio do Banco Mundial, revelam uma tendência de baixa competição e de baixa efetividade na realização de projetos elaborados com base em PNS.

A análise do modelo de DC também permite pinçar algumas informações úteis para a discussão sobre o aperfeiçoamento dos instrumentos de PMI adotados no Brasil:

- As informações dispostas no texto sobre o DC foram extraídas das diretivas editadas pela União Europeia que tratam de contratações públicas. O propósito desses diplomas normativos é pautar a regulação específica a ser publicada pelos países integrantes do referido bloco.
- A ideia que se julga a mais relevante é que o DC, a exemplo de outros procedimentos que foram posteriormente positivados na legislação da U.E, assimila a lógica dialogal. Ou seja, existe uma interação, procedimentalizada e transparente, entre o Estado contratante e os particulares admitidos no processo de contratação. Essa interação tem aspectos bastante positivos, como: a geração de mais clareza quanto ao objeto (bem ou serviço) a ser contratado, principalmente num contexto de multiplicidade de opções técnicas disponíveis; o alinhamento de expectativas e a

eliminação de “ruídos” (falhas de comunicação no que tange aos objetivos e desejos a serem obtidos com a contratação) entre as partes e; a geração de maior tensão competitiva entre os concorrentes, provocada por sucessivos estágios de diálogo e a possibilidade de refinamento e revisão de propostas. A comunicação, portanto, tornou-se um elemento endógeno ao processo de contratação;

- O DC também enseja objeções, algumas delas bastante parecidas com as críticas que incidem sobre as PNS. A mais intuitiva é o risco de captura do ente público durante o procedimento, decorrente do potencial conflito de interesses entre as partes. Porém, também se deve destacar o consumo elevado de recursos públicos e privados durante o procedimento, dado que o diálogo em questão pode se estender por anos. A legislação da U.E, neste sentido, admite que esse problema possa ser mitigado com a limitação do número de participantes;
- Outro dado interessante é a possibilidade de que a seleção atente não apenas para características pessoais do concorrente (como sua experiência pretérita), mas efetivamente para a proposta de produto ou serviço que se deseja contratar. Neste caso, é particularmente interessante a possibilidade de conciliar, na avaliação das propostas, fatores financeiros e técnicos – podendo-se se conferir mais peso para o último.

Essas, portanto, são as linhas gerais dos modelos adotados na experiência internacional e que propiciam uma interação público-privada estabelecida em bases não contratuais e, em ambos os casos, voltada para a criação de condições que possibilitem a celebração de um contrato de concessão.

O capítulo seguinte irá analisar os modelos brasileiros de PNS, designados de procedimento de manifestação de interesse/PMI e manifestação de interesse privado/MIP. Serão abordados essencialmente aspectos relativos à regulação já editada nas esferas federal, estadual e municipal.

4 O PMI E A COOPERAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA PARA A ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL: BASE LEGAL, REGULAMENTAR E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO MODELO.

4.1 Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo

Em linha com o mencionado na introdução desta dissertação, as práticas administrativas e o arcabouço normativo cunhado por parte significativa dos entes públicos brasileiros têm convergido cada vez mais para a utilização de mecanismos que foram designados de Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI e Manifestação de Interesse Privado/MIP e que dão ensejo ao estabelecimento de uma colaboração público-privada de caráter não contratual.

Nesse sentido, o presente capítulo irá descrever os contornos e características gerais dos instrumentos colaborativos incorporados no nosso sistema jurídico com esteio no art. 21, da lei 8.987/95, e da sua regulamentação, os quais são funcionalmente voltados para a preparação de projetos de concessão. Essa descrição contempla: *(i)* o arcabouço normativo incidente; *(ii)* as linhas gerais do seu procedimento; e *(iii)* o aprofundamento de suas características-chave.

Em sede infralegal, o diploma mais importante (e ao qual será conferido protagonismo nas análises doravante empreendidas) é o recentemente promulgado decreto federal n.º 8.428, de 4 de abril de 2015, que instituiu o novo regulamento do PMI aplicável para a Administração federal. Tal ato normativo trouxe inovações significativas em relação ao regramento federal anterior, que ficava a cargo do decreto n.º 5.977/2006. Conforme será discutido, o novo regulamento, ainda que aplicável apenas aos entes administrativos da União, tende a assumir, na prática, um efeito irradiador para os demais entes federativos, que tendem a espelhar as suas prescrições normativas em conformidade às já editadas no âmbito federal. Não é por acaso que o estado do Rio de Janeiro publicou o decreto estadual n.º 45.294, de 24 de junho de 2015, que reproduz as inovações introduzidas em sede federal.

Ainda, sempre que pertinente, a análise do direito positivo será enriquecida com a apresentação de experiências já conduzidas na esfera federal, isto é, de procedimentos que foram realizados por entes e/ou órgãos da União. Neste particular, será importante tratar de algumas das dificuldades enfrentadas nestas modelagens e, principalmente, sistematizar as críticas e pontos aduzidos em casos concretos examinados pelos órgãos de controle. Como é cediço, os tribunais de contas (especialmente o Tribunal de Contas da União/TCU) são

agentes determinantes na interpretação e definição de limites do Direito Administrativo. Neste particular, a revisão do regulamento do PMI trazida pelo decreto federal n.º 8.428/2015 incorporou vários pontos de vista e recomendações originadas no TCU.

Outro recurso a ser usado para enriquecer a análise são as informações referentes aos projetos de lei atualmente em tramitação³⁶⁸ no Congresso Nacional e que guardam pertinência com o tema, principalmente aqueles que pretendem alterar o art. 21 da lei geral de concessões. Sempre que pertinente, buscou-se estabelecer um paralelo entre a legislação atual e as alterações que tramitam nas casas legislativas.

O plano de trabalho para este capítulo é o seguinte: no tópico 2 será mapeado o panorama normativo que rege o modelo de PMI, o que contempla a análise da legislação e a discussão sobre a flexibilidade existente na disciplina do PMI por meio de decretos do poder executivo; no tópico 3 são abordadas as principais características procedimentais e materiais do modelo. O tópico final retoma em caráter de conclusão as informações mais importantes dentre as apresentadas.

4.2 Panorama dos atos normativos que regulam a cooperação público-privada para a formação de projetos de concessão no Brasil

4.2.1 A base legal incidente

No Brasil, os dispositivos que constituem a base legal do diálogo público-privado na preparação³⁶⁹ de projetos de concessão estão previstos em leis ordinárias federais. São eles:

³⁶⁸ Os projetos de lei mapeados e analisados são os seguintes: (i) Projeto de Lei n.º 7.067/2010, de autoria do Dep. Cândido Vaccarezza (“Institui normas gerais para apresentação à Administração Pública de projetos, estudos, levantamentos e investigações elaborados por conta e risco do setor privado e dá outras providências”); (ii) Projeto de Lei do Senado n. 75/2014, de autoria do Senador Wilder Moraes (“Altera a Lei n.º 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, e dá outras providências, para disciplinar o emprego de edital de convocação para a modelagem de concessões e parcerias público privadas”); (iii) Projeto de Lei do Senado n.º 426/2013, de autoria do senador Álvaro Dias (Altera a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, para dispor sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)); (iv) Projeto de Lei do Senado n.º 203/2014, de autoria do senador Clésio Andrade (“Altera o art. 21, da Lei n.º 8.987/95, para estabelecer normas gerais para permitir a participação de interessados na 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, através da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP”). No desenvolvimento deste capítulo, sempre que pertinente, serão apresentadas informações referentes a estes projetos de lei, especialmente nos aspectos que forem dissonantes em relação ao vigente hoje.

³⁶⁹ Não foram proposadamente mencionados os dispositivos que tratam das consultas e audiências públicas, que já tivemos a oportunidade de mencionar no capítulo I. Apesar de se tratarem de efetivamente de instrumentos dialógicos, as consultas e audiências públicas possuem uma sistemática de funcionamento bastante diferente do tipo de interação que é propiciada pelos PMIs e MIPs, objeto de investigação deste capítulo. De modo amplo, as

- (i) O art. 21, da lei federal n.º 8.987/1995;
- (ii) O art. 31, da lei federal n.º 9.074/1995;
- (iii) O art. 3º, da lei federal n.º 11.079/2004;
- (iv) O art. 2º, da lei federal n.º 11.922/2009.

A base legal de referência acima exposta não é extensa³⁷⁰. A maior parte do conteúdo jurídico aplicável aos instrumentos dialogais usados na preparação de projetos de concessão tem origem em atos normativos infralegais, especialmente decretos editados pelos poderes executivos de diferentes entes federativos.

Dentre os artigos acima elencados, é inconteste que o art. 21, da Lei n.º 8.987/95 (“art. 21”), é o dispositivo que contém os elementos normativos mais relevantes, podendo-se dizer que ele consiste no “alicerce legal para a apresentação, pela iniciativa privada ao poder público, de estudos e demais trabalhos que possam subsidiar futuras outorgas”³⁷¹.

Apesar de o art. 21 estar formalmente inserido na lei geral de concessões, ele também se aplica expressamente para os projetos de PPP, por força do art. 3º, da lei federal n.º 11.079/2004³⁷². Ainda que não houvesse essa remissão legal expressa, seria plenamente defensável a incidência de um dispositivo da lei geral de concessões às PPPs, visto que concessões comuns, patrocinadas e administrativas podem ser tidas como integrantes de um mesmo subsistema normativo.

O art. 31, da lei n.º 9.074/95, estabelece uma regra especial aplicável aos projetos de concessão, expressamente permitindo que os autores dos projetos de engenharia, designados

audiências e consultas, na preparação de projetos, são instrumentos pontuais, em que informações sobre os projetos são levadas a conhecimento público, oportunizando-se a apresentação de comentários e sugestões. Esses instrumentos decorrem da lei e são requisitos para a licitação das concessões, devendo ser realizados independentemente da ferramenta de estruturação adotada.

³⁷⁰ Nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição, compete privativamente à União editar *normas gerais* de licitações e contratação, em todas as modalidades e aplicáveis a todos os entes públicos das três esferas. Entendemos que os dispositivos acima mencionados se inserem nesta competência. O art. 21, em especial, está inserido no capítulo V da lei n.º 8987/95, que expressamente trata da licitação no âmbito das concessões. No desenvolvimento deste tópico optou-se por restringir a transcrição e a análise aos dispositivos editados pela União, os quais foram editados no exercício daquela competência normativa geral. Dispositivos editados por estados, municípios e DF não serão aqui abordados.

³⁷¹ SAADI, Mário. *O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse: fundamentos legais, aplicação e desdobramentos*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 133-153, jan./jun. 2014, p. 140.

³⁷² “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 n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995. (...)§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas”.

básico e executivo, participem da licitação subsequente e que trata da delegação do serviço³⁷³, caracterizando, dessa forma, uma regra especial diversa daquela prevista no art. 9º, da lei n.º 8.666/93. Como será detalhado no capítulo VI, quando este tema será retomado, tem se conferido uma interpretação bastante abrangente (e a nosso ver criticável) ao art. 31, no sentido de permitir que os autores de *estudos de viabilidade* (técnicos, econômico-financeiros e jurídicos), que têm natureza diversa dos projetos básico e executivo, possam participar do certame que tem por objeto o contrato de concessão.

Por fim, o art. 2º, da lei n.º 11.922/2009, transfere expressamente aos estados, municípios e distrito federal a competência de regulamentar diretamente o art. 21, da lei n.º 8.987/95³⁷⁴. Na prática, o efeito deste dispositivo foi o de dar segurança jurídica para o exercício do poder regulamentar dos chefes dos poderes executivos de entes subnacionais para, expressamente, disporem sobre esses procedimentos - sem a necessidade de lei municipal, estadual ou distrital prévia³⁷⁵.

4.2.2 O art. 21, da lei n.º 8.987/95, como eixo da colaboração privada na preparação de projetos

O eixo das discussões que serão tratadas neste capítulo e nos dois seguintes está na análise do art. 21, da lei n.º 8.987/95, transcrito na sequência:

³⁷³ A redação legal do dispositivo é a seguinte: “Art. 31. 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”.

³⁷⁴ Dispõe o referido artigo que: “Art. 2º Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada”.

³⁷⁵ Juliana Bonacorsi de Palma sustenta que, por força do art. 2º, da lei n.º 11.922/2009, o uso do PMI deve ser precedido de regulamentação por ato normativo expedido pelos executivos dos entes subnacionais. Nesse sentido, destaca a autora que: “Em razão da matéria, a adoção do PMI se sujeita à reserva de norma, como assinalado no art. 2º, da Lei 11.922/2009, que funciona como efeito permissivo genérica (sic) à prática do PMI pelos entes federados mediante regulamentação específica. Em geral, a disciplina jurídica do PMI nos Estados se procede por meio de Decreto regulamentar expedido pelo chefe do Poder Executivo no exercício da competência normativa. **É imprescindível, portanto, a efetiva regulamentação do PMI para sua utilização na modelagem de projetos de PPP**” (grifamos). Essa tese, entretanto, nem tem sido seguida por todos os entes federativos. O município do Rio de Janeiro, até onde se pode apurar, não possui regulamento geral aplicável aos PMIs, regulando seus procedimentos nos próprios atos de chamamento público (na prática, os editais de chamamento adotam o mesmo conteúdo, de modo que informalmente existe uma padronização de regras relativas ao procedimento). Mesmo no âmbito da União, se formos precisos, a situação não foi diferente até há pouco tempo: o decreto federal n.º 5.977/2006 tratava apenas de PPPs, sendo que grande parte dos PMIs conduzidos até recentemente pela União versava sobre concessões comuns – sem, portanto, uma base regulamentar específica (embora tenha ocorrido a aplicação analógica do decreto existente, conforme será discutido mais adiante). Pensamos que a letra do art. 2º, da lei n.º 11.922/2009 é suficientemente aberto para permitir que a regulação mencionada no dispositivo possa advir de normas não constantes necessariamente em decretos, mas também nos editais de chamamento público. DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p. 123.

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, **devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.** [grifos nossos]

O elemento normativo mais importante do art. 21 é a ideia de que particulares, por meio de um ato formal (a autorização), podem interagir com o ente público no intento de desenvolverem estudos, investigações, levantamentos e projetos de engenharia que sejam necessários à licitação de um projeto de concessão³⁷⁶.

Como era de se esperar, as regulamentações e práticas da Administração Pública (que se sucederam à edição do art. 21) fizeram com que esta “autorização” se tornasse uma alternativa aos contratos de prestação de serviços técnicos celebrados nos termos da lei n.º 8.666/93. Nesse contexto, o instrumento mais utilizado no Brasil para dar exequibilidade ao art. 21 foi designado de Procedimento de Manifestação de Interesse (“PMI”), desenvolvido originalmente pela União por meio do decreto federal n.º 5.977/2006 (hoje revogado pelo decreto federal n.º 8.428/2015) e, posteriormente, replicado por diversos estados e municípios. Ainda, cabe destacar que há uma “variação” desse mecanismo designada de Manifestação de Interesse Privado (“MIP”), adotada por alguns entes federativos brasileiros.

Os instrumentos desenvolvidos na esteira do art. 21 da lei de concessões foram (e ainda são) objeto de um grande otimismo pela doutrina jurídica (conforme narrado na introdução desta dissertação), o qual se revela tanto na profusão de trabalhos acadêmicos sobre o tema, de regulamentações publicadas e, principalmente, no uso largo que se tem feito dos PMIs e MIPs. Nesse sentido, os argumentos centrais do discurso em favor das autorizações (e dos instrumentos delas derivados) são explicados nos parágrafos seguintes. Entretanto, cabe destacar que a posição manifestada nesta dissertação é de ceticismo em relação à parte destes argumentos. As objeções ao modelo de PMI serão alinhavadas no capítulo VI.

Tradicionalmente, defende-se que o art. 21, da lei n.º 8.987/95 teria permitido a construção de uma relação colaborativa entre os setores público e privado, que seria anterior e instrumental à realização da concessão. A proposta de autorizar que agentes privados atuem

³⁷⁶ Outra fórmula de enunciação desses materiais foi adotada no PLS 75/2014, que detalhou de forma mais clara a tipologia de contribuições que podem ser apresentadas pelo setor privado: “Art. 21. Poderão ser obtidos por meio de edital de convocação: I – estudos preliminares de viabilidade; II – estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA); III – projetos básicos ou executivos; e IV – outros trabalhos técnicos, científicos ou artísticos que possam subsidiar a modelagem de eventual concessão.

em suporte ao Estado, durante a fase de preparação do projeto, teria na ótica do setor público uma utilidade dupla.

Primeiro, permitir que a expertise privada enriqueça qualitativamente o processo de formatação do projeto de concessão. Isso ocorreria na medida em que soluções e técnicas nem mesmo vislumbradas pelo setor público poderiam ser canalizadas para o processo de preparação do projeto e de decisão pública - quiçá ensejando ganhos de desempenho e economicidade em favor do Estado e usuários³⁷⁷.

Segundo, contornar os formalismos e limitações da lei n.º 8.666/93, por meio de procedimentos mais céreles³⁷⁸ e relações jurídicas mais flexíveis³⁷⁹. Expôs-se, no capítulo I desta dissertação, que a lei de licitações (e as interpretações dos órgãos de controle que a ela aderem) não favorece o uso de filtros técnicos restritivos na contratação de prestadores de serviços que auxiliem o ente público na estruturação dos projetos. Além disso, o processo licitatório traz formalidades e custos de transação que precisam ser suportados pelo ente público e que, frequentemente, consomem bastante tempo até que o contrato possa ser celebrado.

Em síntese, existe um entendimento compartilhado, manifestado em diversos trabalhos acadêmicos sobre o tema, de que a expertise privada e o “espírito de parceria”³⁸⁰ podem ser

³⁷⁷ Esse argumento guarda identidade com aquele existente no âmbito das PNS no contexto dos países de referência, em linha com o tratado no capítulo III. Nossa posição, entretanto, é de ceticismo em relação a este argumento no contexto brasileiro, dado que poucos são efetivamente os projetos inovadores desenvolvidos na esteira dos PMIs. Além disso, conforme se discorrerá no capítulo VI, a prática tem se revelado bastante diversa da teoria. A própria limitação da Administração Pública para gerenciar estes processos, analisar e avaliar os materiais entregues (ainda mais num contexto de multiplicidade de participantes do PMI) parece não ensejar processos decisórios e projetos mais bem modelados.

³⁷⁸ A prática, entretanto, revela que a celeridade não tem sido o forte dos PMIs e MIPs, que costumam levar muito tempo para serem concluídos. Esse fator não se deve a características inerentes ao procedimento, podendo ser creditado à conta de, por exemplo: limitações técnicas da Administração no manuseio das informações apresentadas; dificuldades no estabelecimento de uma estrutura eficiente de governança entre Estado e agentes privados, sobretudo em procedimentos marcados pela pluralidade de participantes; e, não menos importante, fatores próprios da tomada de decisão pública, que nem sempre é ágil e nem isola considerações puramente baseadas em elementos de conveniência política. A propósito deste tema, vale conferir: REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p.211.

³⁷⁹ Nesse sentido, Tarcila Reis e Eduardo Jordão descrevem a *flexibilidade* como sendo uma das características essenciais dos modelos decorrentes do art. 21, da lei 8987/95 e, mais do que isso, como uma “condição necessária à estruturação de projetos”. São manifestações dessa flexibilidade, na exposição dos referidos autores, a definição do detalhamento (extensão do conteúdo) dos chamamentos (e termos de referência anexados), variações de procedimento, possibilidade de extensão de prazos para entrega de produtos, modificação do conteúdo do projeto objeto dos Estudos, mudança na sua orçamentação, entre outros fatores. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. *Parcerias Público-Privadas. Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004* (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.211.

³⁸⁰ Nesse sentido, “Num novo estágio do desenvolvimento das PPPs, o espírito de parceria que se estabelece entre o setor público e o privado tem início, de fato, em momento prévio ao procedimento licitatório e à contratação, com a participação decisiva do setor privado na definição dos projetos prioritários e na sua

uteis não apenas na execução dos serviços delegados, mas também na fase endógena da licitação³⁸¹. E nesse sentido, a autorização do art. 21, instrumentalizada por meio do PMI, seria um meio rápido e flexível de suprir das limitações técnicas dos entes públicos para a preparação dos projetos de que tanto precisa.

Considerações de ordem crítica aos elementos motivadores do uso do PMI, em linha com o acima exposto, serão trabalhadas por ocasião do capítulo VI. Por ora, coube apenas compor o “pano de fundo” que tem motivado o uso destes mecanismos.

4.2.3 Os instrumentos jurídicos provenientes da regulamentação do art. 21, da lei n.º 8.987/95

Conforme mencionado, a regulamentação do art. 21, da lei geral de concessões, seja em sede federal, estadual, municipal e distrital, deu ensejo ao desenvolvimento de instrumentos jurídicos que viabilizam a interação pública e privada para a preparação de projetos de concessão. A linha comum desses instrumentos está na figura da autorização - prevista inicialmente no art. 21, mas manejada nos regulamentos de modo a formalizar uma relação jurídica essencialmente precária (da qual não surgem direitos e deveres).

Basicamente, são dois os instrumentos gerados a partir dessas regulamentações: o Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI e a Manifestação de Interesse Privado/MIP³⁸². Ambos assimilam o viés cooperativo acima referido e se lastreiam na figura da autorização. O elemento diferenciador mais importante entre a MIP e o PMI está na origem do procedimento, que pode ser pública ou privada³⁸³.

4.2.3.1 O Procedimento de Manifestação de Interesse

No PMI, a participação privada é *reativa*.³⁸⁴ Cabe ao ente público divulgar, por meio de um edital de chamamento público, o seu interesse em receber insumos e materiais que possam ser aplicados na estruturação de um projeto de concessão. Portanto, a regra geral é que o PMI se caracteriza por dois elementos cumulativos (*i*) a identificação prévia de um

estruturação”. MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *MIP/PMI - A Parceria na Relação Público-Privada*. In.: Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento / Ricardo Sennes...[et al.]. São Paulo: Lex Editora, 2014, p.184.

³⁸¹ Comentando a regra do art. 21 da lei geral de concessões, Floriano de Azevedo Marques Neto destaca que o referido dispositivo “implica admissão tácita de que a Administração receba projetos e estudos de parcerias realizados por particulares interessados — o que integra o próprio núcleo da PPP”. MARQUES NETO. *As parcerias público-privadas no saneamento ambiental*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDE, p.13.

³⁸² Ou *Manifestação de Interesse do Particular*, como consta em alguns decretos e trabalhos de referência.

³⁸³ CARVALHO, André Castro. *A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura: um estudo sobre as MIPs e os PMIs no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 9-23, jul./set. 2014, p.10.

³⁸⁴ *Ibidem*, p.10.

projeto pelo ente público e (ii) a manifestação de interesse estatal em receber, de eventuais interessados privados, contribuições referentes à iniciativa anteriormente identificada³⁸⁵.

Uma questão que se coloca, diante do exposto, é a de saber de quais contribuições se está a falar.

Ao tratar das diferenças entre os instrumentos aplicados na interação público-privada na preparação de projetos, Cristina Mastrobuono destaca que uma perspectiva de análise importante diz respeito ao *conteúdo* levado ao ente público por obra do PMI³⁸⁶. Referida autora comenta que os procedimentos lastreados no art. 21 da lei geral de concessões podem ser desenhados de modo a ensejar contribuições que se encaixem em duas tipologias: a primeira trata da apresentação ou desenvolvimento de *estudos conceituais ou de ideias*, em que se evidencia o potencial de inovação e criatividade do setor privado; a segunda se refere ao aprofundamento de estudos técnicos sobre um projeto já definido como prioritário pela Administração, e que, de forma ampla, referenciamos na presente dissertação como *estudos de viabilidade*³⁸⁷.

Na primeira tipologia, o foco do PMI seria o de consultar o mercado a propósito de suas ideias, visões e aspectos conceituais relativos a uma proposta inicial elucubrada no âmbito público. Seria possível, por exemplo, que o Estado apresentasse, por meio do chamamento, a descrição de uma necessidade pública a ser satisfeita (um “problema”, portanto) e simplesmente provocasse o setor privado a contribuir, ainda que num nível conceitual, com propostas de soluções técnicas aptas a ensejar o melhor encaminhamento para a dificuldade relatada³⁸⁸.

³⁸⁵ Esse foi o modelo adotado originalmente pela União, no decreto federal n.º 5.977/2006, o qual previa, a um só tempo, a solicitação pública como forma de iniciar o procedimento e o dever de recusa pelo ente estatal de pedidos de autorização sem lastro em chamamentos prévios.

³⁸⁶ MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *MIP/PMI - A Parceria na Relação Público-Privada*. In.: Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento / Ricardo Sennes...[et al.]. São Paulo: Lex Editora, 2014, p.184.

³⁸⁷ Essa ideia também foi desenvolvida por Vera Monteiro e Carlos Ari Sundfeld em estudo ainda pendente de publicação e desenvolvido em cooperação entre o BNDES e o *International Finance Corporation/IFC* – o qual foi motivado pela ideia de propor sugestões de aperfeiçoamento aos modelos atualmente existentes no nosso sistema jurídico para a estruturação de projetos. Referidos autores fazem alusão a dois modelos de procedimentos, que assimilam exatamente a ideia acima: (i) a *consulta ao mercado*, que seria um procedimento mais conceitual, voltado para o colhimento de informações e subsídios úteis para pautar escolhas públicas fundamentais; (ii) a *modelagem completa em parceria*, em que o foco da colaboração privada seria a estruturação de um projeto específico, abrangendo a elaboração de todos os blocos de estudos que versam sobre aspectos essenciais da iniciativa (jurídicos, técnicos e financeiros).

³⁸⁸ No decreto n.º 8.428/2015, essa possibilidade consta expressamente dos art. 3º e 4º: “Art. 3º O PMI será aberto mediante chamamento público, a ser promovido pelo órgão ou pela entidade que detenha a competência prevista no art. 2º, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada. Parágrafo único. A proposta de abertura de PMI por pessoa física ou jurídica interessada será dirigida à autoridade referida no art. 2º e deverá conter a descrição do projeto, com o detalhamento das necessidades públicas a serem atendidas e do escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos necessários”; “Art. 4º O edital de chamamento

O poder público vislumbra, nesta primeira acepção do PMI, o recebimento de insumos provenientes da expertise privada e que permitam o melhor desenho de uma política pública. Neste caso, como o objetivo é enriquecer o conjunto de informações da Administração, tanto melhor que vários interessados participem do processo, apresentando suas contribuições (que serão posteriormente analisadas e filtradas pelos agentes públicos encarregados do procedimento). Pensa-se que outros instrumentos dialogais, a depender do caso e do nível de profundidade e detalhamento das contribuições buscadas pela Administração, poderiam ensejar resultados muito próximos aos buscados com essa primeira tipologia de PMI – a exemplo do mecanismo de *consulta pública*.

Naturalmente, essa primeira tipologia de PMI considera um cenário idealizado, em que o ente público é dotado, de fato, de capacidade técnica para realizar a filtragem dessas múltiplas contribuições, percebendo os casos em que a participação privada é motivada puramente pela intenção de induzir a adoção de uma determinada solução técnica que, não por acaso, é a que pode ser provida pelo proponente³⁸⁹⁻³⁹⁰.

Na segunda tipologia, o que se está a falar é da participação privada em suporte ao ente público no desenvolvimento de aspectos fundamentais da modelagem de um projeto específico, o que se aludiu em passagens anteriores desta dissertação como estudos integrados de viabilidade. O objetivo do ente público nesta segunda tipologia de PMI não é o de formar sua convicção sobre o caminho tecnicamente mais adequado a seguir, mas sim o de contar com o engajamento privado para a estruturação de um projeto concreto já definido como

público deverá, no mínimo: (...) § 2º A delimitação de escopo a que se refere o inciso I do caput poderá se restringir à indicação do problema a ser resolvido por meio do empreendimento a que se refere o art. 1º, deixando a pessoas físicas e jurídicas de direito privado a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução”.

³⁸⁹ Bastante representativo deste modelo foi o PMI de mobilidade urbana de Santa Catarina de 2012. Originalmente, uma construtora apresentou uma MIP tratando de um túnel que ligaria a ilha de Florianópolis ao continente. Essa manifestação, entretanto, ensejou, posteriormente, o lançamento de um PMI em que foram solicitadas propostas relativas ao sistema de transportes. A descrição de Tarcila Reis e Eduardo Jordão é bastante representativa da multiplicidade de contribuições que podem advir desses procedimentos: “O objeto do aviso foi descrito nos seguintes termos ‘Constitui objeto deste PMI o recebimento de subsídios da iniciativa privada para a definição de alternativas de requalificação e implantação de obras estruturantes visando à melhoria do sistema de transporte, de mobilidade urbana e de acesso à região insular de Florianópolis, a partir da BR 101’. Foram recebidas contribuições de 12 empresas, cujas soluções variavam desde pontes diversas, túneis, veículos leves sobre trilhos e veículos leves sobre pneus, barcas e *ferry boats*, até um túnel submerso sustentado por ilhas artificiais”. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p.211.

³⁹⁰ Um *standard* de aplicação para o uso possivelmente mais efetivo deste primeiro modelo é o de bem definir, em sede de chamamento público, o escopo da participação privada, conferindo diretrizes e parâmetros importantes a serem observados. O ponto de atenção aqui é que o quanto mais “solto” o procedimento, mais dissonantes, incomparáveis e pouco servíveis as contribuições.

prioritário. A parceria objetiva, portanto, à modelagem propriamente dita de uma concessão, com vistas a sua licitação.

Em linha com a ideia que será desenvolvida mais adiante, no capítulo VI, a interação do ente público com múltiplos particulares para a formatação de um projeto específico tende a ser, na prática, pouco efetiva e dispendiosa para ambos os lados³⁹¹.

Cristina Mastrobuono ressalta ainda que seriam possíveis procedimentos sucessivos, em que a interação público-privada tem por objeto dois escopos diferentes (embora correlacionados): num primeiro momento, a definição de características conceituais do melhor modelo a ser adotado e, posteriormente, os aprofundamentos e estudos de viabilidade que subsidiem de modo mais consistente a formatação de uma iniciativa concreta³⁹². Não seriam instrumentos excludentes, mas sim complementares.

4.2.3.2 A Manifestação de Interesse Privado

Diferentemente do modelo descrito no tópico anterior, a MIP decorre da espontaneidade de agentes privados. A iniciativa de realização da modelagem da concessão, portanto, não se origina no ambiente estatal - tal qual ocorre no PMI³⁹³⁻³⁹⁴.

Dessa forma, a MIP tem como traço distintivo principal o fato de que o pontapé inicial do procedimento é dado por um agente privado (proponente original), que atua no sentido de prospectar uma oportunidade junto ao setor público³⁹⁵. Por essa razão, não se faz qualquer

³⁹¹ O principal enfoque das considerações e informações articuladas ao longo deste capítulo está centrada, justamente, nos PMIs que dizem respeito à colaboração público-privada para a formatação de projetos de concessão.

³⁹² MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *MIP/PMI - A Parceria na Relação Público-Privada*. In.: Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento / Ricardo Sennes...[et al.]. São Paulo: Lex Editora, 2014, p.184.

³⁹³ No Estado de São Paulo, o MIP foi regulado originalmente pelo decreto n° 57.289, de 30 de agosto de 2011 (hoje revogado pelo decreto n° 61.371/2015). A possibilidade de provocação do ente público por agentes privados foi similarmente encampada, entre outros, pelos regulamentos editados pelos Estados de PE, SC e RS e, mais recentemente, pelo decreto federal n° 8428/2015, que substituiu o decreto n° 5.977/2006.

³⁹⁴ A maioria dos regulamentos que disciplinam as MIPs estabelece que a proposta formulada pelo proponente original deve ser levada aos conselhos (ou comitês) gestores de projetos, responsáveis por verificar se a iniciativa pode ser enquadrada nas prioridades públicas e no planejamento estatal (se existente). Estes comitês deliberam sobre a pertinência do projeto, exercendo, assim, uma espécie de filtro de adequação da proposta apresentada aos interesses e objetivos de longo prazo do ente público. Conforme já tivemos a oportunidade de comentar, esses filtros são determinantes para o próprio sucesso da concessão porque apenas os projetos de fato priorizados possuem maior expectativa de sobreviverem às vicissitudes de sua modelagem. Diferentemente, na regulação inaugurada pelo decreto federal n° 8.428/2015, a proposta privada deve ser levada, nos termos do art. 3°, diretamente ao órgão ou entidade da Administração Pública federal competente para proceder à licitação (embora seja razoável supor que referida entidade irá provocar a participação e opinativos dos demais entes e órgãos administrativos pertinentes).

³⁹⁵ Também recentemente, essa mesma linha de ação foi incorporada pela Lei n° 13.019, de 2014, que estabeleceu, em seu art. 18, o *Procedimento de Manifestação de Interesse Social*. Com supedâneo neste dispositivo, o setor privado de finalidades não lucrativas pode provocar a Administração com vistas à formação de parcerias. Diz o art. 18 da referida lei: “Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse

referência aqui ao escopo em potencial da MIP, porque ele não é diferente daquele passível de ser objeto do PMI. Em outras palavras, sob o viés finalístico, a distinção entre PMI e MIP não é relevante.

Em linha com o que foi apresentado no capítulo III, cujo enfoque foi a abordagem das experiências do direito comparado, a MIP se aproxima muito da dinâmica de funcionamento das *unsolicited proposals* (observadas naturalmente as diferenças de contexto já mencionadas entre o Brasil e os países que se valem daquele mecanismo)³⁹⁶.

Na MIP, os requisitos mínimos do pedido de autorização variam de acordo com o previsto nos regimentos editados por cada ente federativo (regulamentos ou chamadas públicas), mas a fórmula mais usual é a de lastrear essa demanda em dados preliminares que sinalizam (ainda que com precariedade) a relevância e viabilidade técnica e financeira do empreendimento então prospectado^{397_398}.

Ainda em relação ao MIP, outro elemento que igualmente varia de acordo com a regulamentação adotada por cada ente público é a forma pela qual são oportunizados os requerimentos de autorização por outros eventuais interessados.

Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria”. Ainda, o art. 19 dispõe sobre as informações que devem guarnecer a proposta: “Art. 19. A proposta a ser encaminhada à Administração Pública deverá atender aos seguintes requisitos: I - identificação do subscritor da proposta; II - indicação do interesse público envolvido; III - diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida”.

³⁹⁶ Já foram editados por alguns Estados e municípios regulamentos que tratam concomitantemente das duas possibilidades – a apresentação de propostas em decorrência de uma chamada pública prévia ou proativamente pelo ente privado. O trabalho publicado por Livia Vieira e Rafael Garofano se apoia nessa constatação para fazer uma aproximação entre MIP e PNS, sobretudo diante da espontaneidade que marca ambos as figuras. Na visão dos autores, o PMI pertenceria a outro gênero (portanto, diferente das PNS e MIP). Conforme já se mencionou em outras passagens dessa dissertação, assumimos como premissa que ambos os instrumentos (MIP e PMI) possuem a mesma natureza e o mesmo traço essencial de identidade, qual seja, o envolvimento privado na preparação do projeto de concessão. Nesse sentido, diferentemente do que se adotou no presente trabalho, os seguintes textos trabalham com uma diferenciação mais rígida entre os dois modelos: VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. *Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n.2, jul/dez 2012. p. 190-193; CARVALHO, André Castro. *A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura: um estudo sobre as MIPs e os PMIs no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014, p.10.

³⁹⁷ Esse esforço preliminar de juntar informações referentes à pertinência e benefícios potencialmente gerados a partir da estruturação do projeto é orientado apenas para subsidiar a decisão pública. Do ponto de vista prático, a fluidez dos critérios mínimos de conteúdo desses materiais preliminares (conforme previsto nos regulamentos) dificultaria sobremaneira o controle sobre o mérito da decisão administrativa que concede ou indefere a autorização.

³⁹⁸ Referência interessante a respeito do conteúdo mínimo que deve constar das MIPs foi trazida pelo novel decreto federal n.º 8.428/2015, em que o parágrafo único do art. 3º destaca que: “A proposta de abertura de PMI por pessoa física ou jurídica interessada será dirigida à autoridade referida no art. 2º e deverá conter a descrição do projeto, com o detalhamento das necessidades públicas a serem atendidas e do escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos necessários”.

De modo simplificado, há entes públicos que não se limitam a simplesmente publicar a autorização na imprensa oficial. As regulamentações editadas em algumas esferas federativas buscam maximizar a transparência por meio da realização de um chamamento público *ex post*, em que são divulgados dados sobre o projeto em tela, a autorização previamente concedida e critérios que pautarão o recebimento de novos pedidos de autorização e a elaboração dos estudos³⁹⁹. A fórmula adotada pelo decreto federal n.º 8.428/2015, no art. 3º, parágrafo único, foi a de permitir que o setor privado apresente uma “proposta de abertura de chamamento público”, redação da qual se depreende, portanto, o dever de o ente público realizar chamamento ulterior, dando conhecimento ao mercado do seu interesse em obter colaboração.

A despeito das informações apresentadas, a nossa percepção é que, mesmo sob o viés procedimental, não há propriamente uma diferenciação substancial entre PMI e MIP. Inclusive, alguns regulamentos editados preferiram se valer da dicotomia “PMI provocado” e “PMI espontâneo”, como forma de evidenciar a proximidade entre ambos os modelos⁴⁰⁰. O regulamento existente em sede federal, por sua vez, faz alusão apenas à PMI, destacando a possibilidade dele ser originado do setor público ou provocado por iniciativa particular.

Outro fator que também confirma a pouca relevância da dicotomia PMI/MIP é o fato de que, sob um viés pragmático, ainda que a regulamentação editada por algum ente federativo não estabeleça expressamente o permissivo para a espontaneidade dos agentes privados na apresentação de propostas, nada coíbe que essa “proatividade” se perfaça de

³⁹⁹ Nesse sentido, vale conferir o tratamento dado pelo Decreto n.º 43.277, de 07 de novembro de 2011, do Estado do Rio de Janeiro: “art. 7º. Caso Aprovada pelo CGP, a MIP apresentada 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”. Na mesma linha, o decreto n. 57.289, de 20 de agosto de 2011, do Estado de São Paulo, em seu art. 1º, §6º, assevera que: “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”. [grifos nossos em ambas as transcrições]

⁴⁰⁰ Nesse sentido, ver o Decreto n.º 43.277/2011, do Estado do Rio de Janeiro; o Decreto n.º 6.823/2012, do Estado do Paraná; o Decreto n.º 13.158/2013, do Município de Fortaleza. O art. 2º, do Decreto n.º 6.823, do Estado do Paraná, menciona que:

Art.2º Considera-se PMI o procedimento por intermédio do qual poderão ser obtidos estudos, tais como levantamentos, investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, informações técnicas ou pareceres, necessários à realização de projetos de parcerias público-privadas - PPPs, sob a forma de concessão patrocinada ou administrativa, de concessão comum e de permissão.

Parágrafo único. Para fins desse Decreto, 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. [grifos nossos]

modo “informal” e escamoteado, servindo de mola propulsora para o posterior lançamento de uma chamada pública que venha a legitimar a colaboração privada.

Na esteira do que será comentado em outros pontos do presente capítulo e do capítulo VI, os desafios dos instrumentos ora analisados tendem a estar relacionados à forma pela qual os assuntos de interesse público são conduzidos a partir do momento em que a cooperação se estabelece – e não exatamente na iniciativa para a realização do projeto. Se não houver a preocupação real dos entes estatais com a promoção dos valores de transparência e isonomia, abre-se a possibilidade de que os riscos e desvantagens da interação público-privada na estruturação de projetos sejam amplificados.

O quadro abaixo sintetiza de forma esquemática as principais características de ambos os modelos⁴⁰¹.

	INICIATIVA	EXECUÇÃO DOS ESTUDOS	REVISÃO DOS ESTUDOS	EXECUÇÃO DA CONCESSÃO
PMI	Administração Pública	Autorizado(s)	Administração Pública	Concessionário
MIP	Proponente original	Autorizado(s)	Administração Pública	Concessionário

Diante do exposto, dada a ausência de variações significativas entre PMI e MIP, retoma-se a simplificação que já vinha sendo adotada nos capítulos anteriores – a de fazer referência apenas ao termo PMI. O termo MIP será expressamente mencionado apenas quando estiver em discussão algum aspecto relativo à espontaneidade privada.

4.2.4 A falta de uniformidade no tratamento regulamentar do PMI

A discussão sobre a falta de uniformidade no tratamento regulamentar do PMI ganhou uma dinâmica bastante diferente após a edição do decreto federal n.º 8.428/2015. Tal diploma homogeneizou, para a esfera da União, o procedimento aplicável às concessões comuns e PPPs (diferentemente do que se verificava na regulamentação do decreto n.º 5.977/2006, que

⁴⁰¹ O formato do quadro consta de Camacho e Rodrigues (2015). Na referida obra, esse formato de quadro foi aplicado para evidenciar características-chave dos modelos testados na experiência internacional. Optou-se pela utilização da mesma lógica para evidenciar as nuances dos modelos brasileiros. CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Experiência Internacional e Lições para o Brasil*. BNDES. Mimeografado, 2015.

se aplicava apenas às PPPs). Contudo, a situação não é a mesma quando são cotejados os regulamentos editados por entes subnacionais, que apresentam algumas variações significativas.

4.2.4.1 A flexibilidade para a regulamentação do art. 21 da lei n.º 8.987/95 nos três níveis federativos

As regulamentações editadas para o uso do PMI nas três esferas federativas não são uniformes. Na medida do que foi tratado no tópico 2.1, o art. 2º, da lei ordinária federal n.º 11.922/2009, assume uma importância bastante significativa no sentido de afastar dúvidas sobre o poder regulamentar dos chefes dos executivos de estados, municípios e distrito federal diretamente sobre o art. 21 da lei geral de concessões⁴⁰². Entretanto, mesmo antes da vigência do referido dispositivo, alguns entes já haviam disciplinado seus PMIs por meio da edição de atos normativos infralegais⁴⁰³ – na maior parte dos casos decretos exarados pelos chefes dos respectivos executivos⁴⁰⁴.

Ainda que se tenha se verificado empiricamente uma tendência de reprodução de ideias e comandos (e até mesmo da redação) adotada pelo decreto federal n.º 5.977/2006 (que vigeu até a sua revogação em 4 de abril de 2015 pelo decreto federal n.º 8.428), diversos entes federativos regulamentaram o art. 21 ao seu gosto, estabelecendo direitos, obrigações e, principalmente, nuances procedimentais específicas.

Num esforço de síntese, é possível dizer que estas variações se referem: (i) ao tratamento minimalista/maximalista dos decretos, oscilando aqui o grau de detalhamento das regras aplicáveis ao procedimento; (ii) ao tratamento da espontaneidade privada como elemento deflagrador do procedimento e; (iii) ao escopo contemplável pelos PMIs (concessões, PPPs e outros arranjos contratuais assemelhados). Alguns entes como o município do Rio de Janeiro e Estado do Espírito Santo adotaram versões bastante peculiares do PMI, admitindo, por exemplo, a autorização para apenas um interessado privado.

Essa falta de uniformidade parece ter uma origem bastante clara.

⁴⁰² Esse dispositivo é praticamente ignorado nos trabalhos que versam sobre o tema, provavelmente diante da multiplicidade de matérias abrangidos pelo diploma legal no qual está inserido.

⁴⁰³ São exemplos de decretos editados antes da vigência da lei n.º 11.922/2009: o Decreto n.º 44.565/2007, do Estado de Minas Gerais; a Resolução n.º 001/2007, da Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado de Pernambuco; o Decreto n.º 24.876/2007, do Estado de Sergipe; o Decreto n.º 4.067/2008, do Estado de Alagoas; a Resolução n.º 01/2008, do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul.

⁴⁰⁴ Remetemos o leitor à sistematização procedida por Egon Bockmann a propósito dos diferentes instrumentos e técnicas empregadas para a regulação, inclusive a utilização de regulamentos. MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez.2013, p.5.

Conforme já mencionado, o art. 21 da lei de concessões é a norma mais importante sobre o tema, mas tem um conteúdo normativo pouco extenso, tratando basicamente da correlação entre as figuras “autorização” e “ressarcimento”. Esse tratamento legal enxuto teve por consequência uma normatização mais ampla do PMI em sede regulamentar, principalmente em relação (i) aos seus aspectos procedimentais e (ii) ao detalhamento de características que refutassem eventual alegação de natureza contratual.

Portanto, mesmo que atualmente já se considere aceitável, na prática, que os regulamentos instituídos por meio de decretos inovem no ordenamento jurídico (do contrário seriam mera repetição da lei),⁴⁰⁵ é interessante notar que os atos normativos infralegais editados trazem uma extensa regulamentação de uma base legal muito diminuta.

Os juristas mais atentos têm levantado várias dúvidas relativas ao uso do PMI, as quais são fruto, principalmente, de uma base legal pouco extensa e de uma base regulamentar não uniforme⁴⁰⁶. Por conta dessa estrutura normativa, alguns gestores e advogados públicos têm se apegado à lei n.º 8.666/93 como uma “tábua de salvação”, estendendo a sua principiologia e regras para o PMI. Essa prática, porém, parece ser bastante inadequada pois o PMI não é um contrato administrativo (conforme será exposto no capítulo seguinte).

É importante ressaltar também que tramitam no Congresso Nacional algumas iniciativas legislativas que buscam estabelecer um regramento legal mais robusto para a modelagem de projetos de concessão pelo setor privado. Por isso, é provável que a aprovação de alguma dessas inovações leve a uma maior homogeneidade nos regramentos infralegais a serem posteriormente publicados. Nesse sentido, podem ser mencionados: o PL n.º 7.067/2010, que tem por escopo a constituição de normas gerais em matéria de PMIs⁴⁰⁷ e; o PLS n.º 203/2014, que propõe a alteração do art. 21 da lei de concessões, nele incorporando parte do regramento atualmente adotado para as MIPs e reafirmando outras características já

⁴⁰⁵ As noções clássicas sobre a estrutura do ordenamento jurídico são refratárias a essa ideia, afirmando que os decretos não inovam de fato no ordenamento, cabendo aos diplomas legislativos instituírem inovações. Entretanto, essa visão não subsiste na prática, mesmo porque, se os decretos não pudessem introduzir nenhum regramento novo, seriam nada mais do que mera repetição dos comandos já constantes das leis que devem regulamentar. Essa percepção pode ser reforçada diante do contexto de engessamento dos órgãos legislativos e da sua falta de aptidão técnica para tratar de questões complexas. Essa discussão, entretanto, pode vir a ter alguma relevância num contexto em que questões mais substanciais ingressam na pauta de debates do PMI, como inovações com vistas a conferir mais eficiência e efetividade para tais procedimentos.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, vale a remissão ao texto escrito por Vera Monteiro, em que a autora busca compendiar dúvidas concretas relativas à aplicação do PMI. MONTEIRO, Vera. *Contratação de Serviço de Consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: Qual o melhor caminho?* In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p.146.

⁴⁰⁷ O art. 1º do referido PL dispõe que: “Esta Lei institui normas gerais para a apresentação à Administração Pública de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica do setor privado, por sua conta e risco, 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”.

previstas em sede regulamentar, como a ausência de privilégios na licitação posterior. Ambas as propostas legislativas reproduzem textualmente a mesma fórmula adotada pelo art. 2º da lei n.º 11.922/2009, isto é, reforçam a competência da chefia dos poderes executivos das três esferas para dispor sobre o tema.

4.2.4.2 O histórico do PMI no plano federal sob a égide do decreto n.º 5.977/2006

Em linhas gerais, o histórico de utilização do PMI no plano federal foi de não uniformidade procedimental, isto é, de não seguimento à risca do decreto n. 5.977/2006. Entretanto, essa situação, que marcou o uso do instrumento no passado, tende a desaparecer num cenário pós-edição do decreto federal n.º 8.428/2015.

O decreto federal n.º 5.977/2006, que vigeu até 04 de abril de 2015, tratava da apresentação de projetos pela iniciativa privada exclusivamente em relação às parcerias público-privadas, sendo omissivo, portanto, quanto ao estabelecimento de regras aplicáveis aos projetos de concessão comum - que, por diversas razões, veio a ser o formato jurídico mais utilizado para as concessões licitadas pela União. A consequência disso é que, mesmo no âmbito federal, as agências reguladoras, ministérios e secretarias se valiam do PMI com peculiaridades em relação à disciplina do decreto n.º 5.977/2006.

Normalmente, a disciplina desses procedimentos era instituída (em abstrato) via portarias do próprio ente administrativo e/ou (em concreto) pelos editais de chamamento público e atos de autorização emitidos⁴⁰⁸. Contudo, não havia um rompimento total em relação à disciplina do decreto n.º 5.977/2006 porque as diferenças concentravam-se, principalmente, no início do procedimento e na não participação do Conselho Gestor de PPPs/CGPPP (órgão que tem, pelos menos nos termos da legislação vigente, voz ativa nas discussões relativas aos projetos de PPP).

Tomando por referência os procedimentos já conduzidos no plano federal, compilou-se a seguir algumas das particularidades observadas no início dos PMIs que trataram das principais concessões federais no setor de logística.

- (i) Concessões rodoviárias federais da terceira etapa (fases dois⁴⁰⁹ e três⁴¹⁰): O PMI foi provocado por solicitação de um particular, não tendo ocorrido chamamento público

⁴⁰⁸ CINTRA, Marina; PIRES Ariovaldo. Algumas considerações sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse. São Paulo, 2006, p. 2. Disponível em <http://www.albino.com.br/publicacoes/artigos1/>. Acesso em 20.02.2015, às 10h42.

⁴⁰⁹ O ato de autorização (Despacho do Ministro dos Transportes, publicado em 11 de agosto de 2008) pode ser acessado em:

ex ante ou *ex post*. A autorização do proponente original foi publicada na imprensa oficial e expressamente se admitiu que outros interessados também a requeressem. Essa fórmula foi adotada para os trechos rodoviários integrantes das fases dois e três (a última se diferenciou por um detalhamento mais substancial no ato de autorização emitido⁴¹¹).

- (ii) Primeira rodada de concessões aeroportuárias (aeródromos de Guarulhos, Viracopos e Brasília): No modelo adotado pela Agência Nacional de Aviação Civil/ANAC, o procedimento se iniciou com a publicação de um edital de chamamento público⁴¹², franqueando aos interessados o requerimento de autorizações. Nesse sentido, constatase que o procedimento foi bastante parecido com a regra instituída pelo decreto n.º 5.977/2006.
- (iii) Segunda rodada de concessões aeroportuárias (aerportos do Galeão e Confins): O procedimento se iniciou com a autorização conferida a um proponente original⁴¹³, mas que ficou *condicionada* a apresentação, em até dez dias, de documentos que comprovassem a demonstração de experiência e capacidade técnica na realização de estudos similares, detalhamento de atividades e descrição da equipe técnica que seria alocada à modelagem⁴¹⁴. No ato de autorização condicionada, destacou-se o seu caráter não exclusivo, mencionando-se expressamente que outros interessados poderiam requerer autorização similar, em até dez dias, instruindo o seu pleito com os mesmos documentos então exigidos do proponente original (referentes, portanto, à sua experiência e capacidade técnica). Um dado adicional merece destaque: houve a vedação expressa à participação dos autorizados no processo licitatório subsequente.
- (iv) Arrendamentos e concessões portuárias: O procedimento se originou a partir de manifestação de um proponente, o que ensejou a publicação da Portaria n. 38, de 14 de

http://www.ebpbrasil.com/ebp2014/web/conteudo_pti.asp?idioma=0&tipo=52328&conta=45&id=197869, acesso em 20/02/2015, às 10h47.

⁴¹⁰ O ato de autorização (Portaria n. 186, de 3 de agosto de 2012) pode ser acessado em: http://www.ebpbrasil.com/ebp2014/web/conteudo_pti.asp?idioma=0&tipo=52328&conta=45&id=197866, acesso em 20/02/2015, às 10h49.

⁴¹¹ A descrição dos lotes constantes de cada uma das etapas das concessões rodoviárias pode ser visualizada em: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/23333/Conheca_as_Etapas_de_Concessoes_Rodoviaras.html

⁴¹² Edital de Chamamento Público N.º 001/2011 e Resolução n.º 192, de 28 de junho de 2011 (que regulamentou a chamada pública), disponíveis em http://www2.anac.gov.br/concessoes/Edital%20CPE%20001_2011.pdf, acesso em 20/02/2015, às 10h50.

⁴¹³ Trata-se da Portaria n. 9, de 29 de janeiro de 2013, emitida pela Secretaria de Aviação Civil/SAC, disponível em <http://www.aviacaocivil.gov.br/aceso-a-informacao/arquivos-pdf/portaria-no-9-de-29-01-2013-dou-autorizacao-preliminar-ebp-e-demais-interessados.pdf>, acesso em 20/02/2015, às 10h54.

⁴¹⁴ A autorização definitiva foi conferida por meio da Portaria n. 31, de 27 de fevereiro de 2013, disponível em <http://www.aviacaocivil.gov.br/aceso-a-informacao/arquivos-pdf/portaria-no-31-de-27-de-fevereiro-de-2013.pdf>, acesso em 20/02/2015, às 10h59.. Por meio deste ato, duas empresas foram formalmente autorizadas a desenvolverem os Estudos preparatórios à concessão.

março de 2013⁴¹⁵. A autorização foi conferida em caráter não exclusivo, tendo sido permitidos novos pedidos de autorização em até vinte dias contados da sua emissão.

- (v) Quarta etapa de concessões rodoviárias: Publicou-se um total de cinco chamamentos públicos – um para cada novo trecho rodoviário a ser concedido⁴¹⁶. O início desses PMIs apresentou um faseamento diferente: (a) publicação do chamamento público; (b) autorização preliminar dos interessados, mas condicionada a entrega de documentos após a edição de termo de referência/TR preparado pelos órgãos e entes públicos responsáveis pelas concessões (documento que cuidou do detalhamento das diretrizes e objetivos do PMI); (c) publicação do TR; (d) autorização definitiva;
- (vi) Concessões ferroviárias: A União lançou edital de chamamento público para o recebimento de estudos referentes a seis trechos ferroviários⁴¹⁷. Foram também publicados seis termos de referência, relativos a cada trecho ferroviário a ser analisado. Os interessados puderam, então, protocolar pedidos de autorização, as quais foram emitidas em caráter não exclusivo.

A exposição da forma como os PMIs na esfera federal foram iniciados revela que o procedimento instituído pelo decreto federal n.º 5.977/2006 não era seguido à risca.

Outra diferença verificada na prática, apesar de não ser visualizável na descrição acima, é que, comparando-se os diferentes chamamentos públicos lançados nos últimos anos, pode-se perceber que eles variaram significativamente no que concerne à sua extensão e detalhamento. Os primeiros chamamentos lançados no plano federal eram bem mais sucintos e tratavam, essencialmente, de sinalizar as diretrizes e definir os resultados buscados pela União com a concessão. Nos chamamentos mais recentes, especialmente as PMIs do setor rodoviário e ferroviário, o que se observa é um refinamento muito maior do que aquele observado nas primeiras experiências⁴¹⁸, havendo inclusive a disponibilização de termos de referência bastante detalhados.

Diferentemente da técnica adotada pelo decreto n.º 5.977/2006, o tratamento normativo mais coerente teria sido o de estabelecer um regramento único, aplicável simultaneamente às concessões comuns e especiais. Essa coerência foi trazida recentemente,

⁴¹⁵ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/52030686/dou-secao-1-15-03-2013-pg-6>, acesso em 20/02/2015, às 11h05.

⁴¹⁶ Informações sobre os referidos trechos rodoviários estão disponíveis em http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2662/Chamamento_Publico.html

⁴¹⁷ Informações disponíveis em: <http://pilferroviarias.antt.gov.br/>, acesso em 20/02/2015, às 11h06.

⁴¹⁸ Vários fatores podem explicar essa mudança de formato dos chamamentos. O mais intuitivo é a necessidade de homogeneizar o conteúdo e qualidade dos materiais que serão entregues para análise do ente público. Essa dinâmica também pode ser observada no âmbito subnacional, em que o grau de detalhamento dos editais de chamamento adotados por diferentes Estados e municípios varia significativamente.

por força do decreto n.º 8.428/2015, que passou a admitir o PMI para a modelagem de projetos enquadráveis nos seguintes formatos jurídicos (art. 1º): concessão ou permissão de serviços públicos; parceria público-privada; arrendamento de bens públicos e; concessão de direito real de uso.

Esse novo tratamento é bastante racional. Sob a perspectiva da ação estatal, não existe, *a priori*, uma separação estanque entre concessões comuns e PPPs. A definição da espécie de concessão não é uma decisão inicial, mas sim uma consequência do aprofundamento dos estudos de viabilidade e das decisões do ente público acerca do escopo do projeto. Por essa razão, é tecnicamente possível que aquilo que originalmente se acreditava ser uma PPP possa, ao final do processo, ser adjudicado como uma concessão comum – e vice versa⁴¹⁹.

Não por acaso, houve manifestação do TCU (Acórdão n.º 112/2012, TCU-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro), no âmbito da fiscalização dos estudos de viabilidade produzidos para a modelagem da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, em que o referido tribunal recomendou a aplicação, por analogia, do decreto n.º 5.977/2006 às concessões comuns até que fosse editado um novo regulamento que disciplinasse o procedimento para tal espécie de concessão.

Por terem percebido o caráter disfuncional da regulamentação do PMI apenas para as PPPs, alguns estados e municípios já tinham adotado fórmula normativa mais completa do que a do decreto n.º 5.977/2006, tendo concentrado num único instrumento a regulamentação dos procedimentos aplicáveis a todos os modelos de concessão positivados em nosso sistema jurídico.

Descrito o histórico de utilização do PMI em sede federal, o tópico seguinte terá por enfoque a análise dos aspectos procedimentais e materiais mais significativos do decreto federal n.º 8.428/2006.

⁴¹⁹ Há pelo menos duas razões que embasam essa constatação. A primeira é a imprecisão das informações relacionadas com os custos de investimentos e operação do projeto. Ainda que a Administração disponha de dados preliminares, apenas o desenvolvimento das ações inseridas na fase de modelagem do projeto (estudos técnicos e econômico-financeiros, conforme os respectivos conteúdos que exploramos no capítulo I) pode prover informações mais seguras, especialmente quando se está diante de projetos altamente complexos, inovadores e inseridos em setores que não alcançaram a maturidade técnica. A segunda é que a autossuficiência financeira do projeto – que é o fiel da balança para distinguir as PPPs e concessões comuns – é fruto de escolhas incidentes na modelagem do projeto. Decisões como a abrangência do escopo do projeto (serviços e investimentos incluídos no objeto contratual), a alocação de responsabilidades e riscos, a existência de aporte de recursos quando da entrega dos primeiros investimentos, as premissas econômicas usadas na modelagem (ex. taxa de retorno arbitrada para remunerar os investimentos dos acionistas da concessionária). Dessa forma, sob a perspectiva da ação estatal, não existe, *a priori*, uma separação estanque entre concessões comuns e PPPs.

4.3 O decreto federal n.º 8.428/2015 e a regulamentação do PMI no plano federal: procedimento e características principais

Conforme destacado, o decreto n.º 8.428/2015 instituiu a atual regulamentação do PMI aplicável na esfera federal. Esse decreto aperfeiçoou, em diversos aspectos, o regramento anteriormente vigente, que havia sido estabelecido pelo decreto federal n.º 5.977/2006.

Descrever os principais contornos procedimentais e características do decreto n.º 8.428/2015 não é uma escolha arbitrária. Ainda que tal decreto vincule apenas os órgãos e entes administrativos integrantes da União, é provável que ele venha a funcionar, para todos os efeitos, como parâmetro para diversos entes públicos subnacionais – que, frequentemente, reproduzem dispositivos e conceitos já pavimentados em sede federal. Essa percepção é reforçada diante da publicação pelo Estado do Rio de Janeiro do Decreto 45.294, de 24 de junho de 2015 ("Dispõe sobre a manifestação de interesse privado e o procedimento de manifestação de interesse na apresentação de estudos técnicos a serem utilizados pela administração pública estadual"), que instituiu o novo regulamento do PMI para o referido ente e, não por acaso, incorporou inovações estabelecidas pelo decreto federal aqui comentado.

Diante dessa circunstância, na abordagem que se segue, optamos por tratar do decreto federal n.º 8.428/2015 como um paradigma de análise e, sempre que pertinente, apontaremos incidentalmente as diferenças existentes no âmbito das regulamentações já introduzidas por estados e municípios. Para facilitar a exposição, o presente tópico foi cindido em duas partes: a primeira trata das linhas gerais do procedimento; a segunda aprofunda características essenciais para o entendimento mais acurado dos limites e possibilidades do PMI.

4.3.1 Panorama do procedimento do PMI na esfera federal

As principais ações contempladas no decreto federal n.º 8.428/2015 serão enunciadas na sequência. Cabe advertir que a proposta não é a de tratar de todos os elementos normativos do decreto, a partir de comentários pormenorizados sobre cada um de seus dispositivos. Diversamente, o objetivo ora buscado é o de descrever uma visão geral de funcionamento do PMI na esfera federal⁴²⁰.

⁴²⁰ O procedimento, erigido a partir da regulação do art. 21 da lei geral de concessões, tem como pedra de toque a figura da autorização, que formaliza a relação existente entre Estado e particulares. O detalhamento e as controvérsias jurídicas relativas à autorização estão incluídos no escopo do capítulo VI e não serão tratados nesta seção.

O texto busca evidenciar, também, as principais diferenças do decreto n.º 8.428/2015 em relação à disciplina anterior do PMI, que havia sido veiculada pelo decreto n.º 5.977/2006. Na realidade, não se pode afirmar que todas as alterações trazidas são de fato inovações. O principal mérito do decreto federal foi o de gerar zonas de certeza positiva em relação à admissibilidade de práticas que já haviam sido realizadas ou que esbarravam na leitura mais comedida de algumas procuradorias e órgãos de controle, muito em função do “DNA interpretativo” originado na lei de licitações.

Nesse contexto, cabe adiantar pelo menos duas alterações fundamentais, promovidas pelo novo decreto.

A primeira foi a ampliação dos formatos contratuais que podem ser modelados a partir da contribuição privada. Uma parte considerável das controvérsias envolvidas no uso do PMI, no plano federal, estava relacionada ao fato de que a base normativa existente se aplicava expressamente apenas aos contratos que adotassem o formato de PPP. Cabia ao gestor público aplicar, no que coubesse, o decreto n.º 5.977/2006 às concessões comuns, o que evidentemente gerava insegurança e algumas variações pontuais no formato procedimento. O novo decreto, em seu art. 1º, *caput*, traz um tratamento mais completo, semelhante ao que já havia sido adotado por alguns entes subnacionais, enunciando diferentes modelos de contratos público-privados que podem ser desenvolvidos a partir da colaboração público-privada.

Uma segunda alteração de destaque operada pelo decreto federal n.º 8.428/2015 foi a de estabelecer um canal formal de comunicação para que o setor privado proponha a realização de um PMI. A proposta de abertura do procedimento deverá conter a descrição e escopo do projeto, nos termos do art. 3º, parágrafo único. Essa previsão também se alinha ao que já vinha sendo praticado por alguns entes federativos, tal como comentado no tópico 2.3.2 deste capítulo⁴²¹.

a) Publicação do edital de chamamento público

⁴²¹ Na nossa visão, não havia propriamente uma restrição, no decreto n.º 5.977/2006, de que o setor privado pudesse espontaneamente instigar o ente público a realizar um PMI. O que o decreto vedava textualmente era a possibilidade de apresentação de requerimento de autorização sem PMI previamente lançado, o que entendemos não ter sido alterado pela nova regulamentação. O mérito do decreto n.º 8.428/2015 foi o de criar um canal de comunicação (agora formal e transparente), pelo qual a proposta de elaboração de um estudo pode ser levada à avaliação e deliberação dos órgãos e entes da Administração Pública competentes. Nesse sentido, dispunha expressamente o decreto anterior: “Art. 3º As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada que pretendam apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar, na Secretaria-Executiva do CGP, requerimento de autorização no qual constem as seguintes informações: (...) § 2º Serão recusados requerimentos de autorização que não tenham sido previamente solicitados pelo CGP ou que tenham sido apresentados em desconformidade com o escopo da solicitação.”

Nos termos do decreto n.º 8.428/2015, o início formal do procedimento decorre da publicação de um edital de chamamento público, cuja função é comunicar ao mercado o interesse em “receber projetos, levantamentos, investigações ou estudos” que possa ser utilizados para “subsidiar a Administração Pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso”⁴²². O objetivo fundamental do PMI, portanto, é a obtenção, pela Administração, de insumos a serem aplicados na tomada de decisão pública e/ou na preparação em concreto de um empreendimento, que agora pode abranger diferentes formatos contratuais – e não apenas o de PPP.

A competência para a abertura e condução do PMI, nos termos do art. 2º, do decreto n.º 8.428/2015, “será exercida pela autoridade máxima ou pelo órgão colegiado máximo do órgão ou entidade da Administração Pública federal competente para proceder à licitação do empreendimento ou para a elaboração dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos a que se refere o art. 1º”. Trata-se de uma inovação trazida pelo novo decreto de PMI, que descentralizou a responsabilidade pelo procedimento – que, diferentemente do que ocorria na regulação anterior, não fica mais a cargo do Conselho Gestor de PPPs/CGPPP⁴²³.

O art. 4º, do decreto, disciplina o conteúdo que deve ser divulgado por meio do edital de chamamento público. Além da delimitação do escopo dos estudos a serem realizados, que fica concentrado num termo de referência, deve-se indicar ainda, entre outras informações: os

⁴²² Esse instrumento recebe designações diversas e nuances procedimentais nos diferentes entes federativos. Conforme anota Cristina Mastrobuono, também tem sido utilizadas as designações “Instrumento de Solicitação” (Minas Gerais, Decreto n. 44.565/2007), “Instrumento Convocatório” (Bahia, decreto n. 12.653/2011), “Resolução de Chamamento” (Paraná, decreto n. 5.237/2012). MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *MIP/PMI - A Parceria na Relação Público-Privada*. In: *Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2014, p.194.

⁴²³ A primeira inovação se refere à alocação de responsabilidade pelo procedimento. Sob a égide do decreto n.º 5.977/2006, havia uma posição de primazia do Conselho Gestor de PPPs/CGPPP na definição dos projetos a serem modelados a partir do PMI e na operacionalização do chamamento público – responsabilidade essa que não foi mantida pelo decreto n.º 8.428/2015. O CGP é um órgão colegiado a quem incumbe a orientação geral do programa de PPPs federal. Referido conselho está previsto no art. 14, da lei n.º 11.079/2004 e foi regulamentado pelo decreto n. 5.385, de 4 de março de 2005. A lógica que havia sido assimilada pelo decreto federal n.º 5977/2006 foi a de concentrar numa única estrutura administrativa – o CGP e seus órgãos de assessoramento – a atribuição de deliberar sobre os projetos de PPP. É possível elucubrar que essa opção se deveu ao fato das PPPs, diferentemente das concessões comuns, implicarem em desembolso de recursos públicos. Essa preocupação com o tema da responsabilidade fiscal teria fundamentado a opção por centralizar a decisão sobre os projetos de PPP numa estrutura única, responsável por avaliar e deliberar sobre a execução de políticas públicas via o modelo de PPP. No CGP têm assento representantes de diferentes ministérios, o que contribui para qualificar suas decisões, possibilitando que elas estejam aderentes a uma visão sistêmica das ações de governo. Estrutura similar de governança foi reproduzida por diversos entes federativos, que também estabeleceram conselhos gestores próprios. Na medida do que já foi descrito neste capítulo, os projetos federais desenvolvidos com apoio do instrumento PMI versavam sobre concessões comuns, razão pela qual, até onde se tem notícia, a atuação do CGP não foi tão marcante.

prazos para a requisição da autorização e de entrega dos estudos; o valor máximo de eventual ressarcimento (calculado a partir das diretrizes enunciadas no §5º, do art. 4º); os critérios para a análise e aprovação do requerimento de autorização; os critérios que incidirão na avaliação e seleção de projetos e estudos apresentados e que possibilitarão que se determine qual(is) autorizado(s) será(ão) futuramente ressarcido(s) e qual(is) o(s) respectivo(s) montante(s). Destaque-se a possibilidade teórica de que partes de diferentes estudos sejam selecionadas, havendo ressarcimento parcial de seus autores.

Um dado bastante interessante da regulamentação instituída pelo decreto n.º 8.428/2015 foi a possibilidade de fixação de critérios para o deferimento (qualificação, análise e aprovação) do pedido de autorização. Essa previsão normativa deixa mais claro que o deferimento da autorização não é um direito subjetivo do requerente e que pode ser recusado pela autoridade competente, motivadamente, caso não se verifique a presença de algum dos requisitos estabelecidos no chamamento público.

A fase inicial do PMI, especialmente a elaboração do edital de chamamento público, é de extrema importância para o sucesso do empreendimento, assumindo dupla função.

Primeiro, trata da forma de arregimentação dos parceiros privados que irão atuar em cooperação com o ente público. A qualidade técnica e os efetivos interesses perseguidos por estes autorizados serão aspectos determinantes para o sucesso da modelagem, não apenas no que concerne à sua conclusão, mas também em relação ao alinhamento das características essenciais do empreendimento (financeiras, técnicas e jurídicas) ao interesse público.

Segundo, é no início do procedimento (mais precisamente no chamamento público) que se definem as diretrizes, conteúdo mínimo e resultados esperados da participação privada, elementos que são essenciais para a obtenção *(i)* de um procedimento mais “linear” e *(ii)* dos resultados finais pretendidos pelo setor público. Por procedimento linear deve-se entender aquele que ocorre sem sobressaltos, paralisações e no qual as partes entendem corretamente o seu papel e o escopo do projeto em desenvolvimento.

Uma característica que salta aos olhos quando se analisa o PMI – e que se corporifica de forma bastante clara no chamamento público – é a considerável margem de flexibilidade de que dispõe a Administração. O decreto n.º 8.428/2015 especifica um conteúdo mínimo referencial que deve ser previsto no edital, mas ainda assim franqueia considerável discricionariedade às autoridades públicas a frente do procedimento para decidir sobre a abrangência e detalhamento do que constará do chamamento público. São exemplos dessa flexibilidade as possibilidades de: *(i)* que o PMI verse sobre a atualização, complementação ou revisão de estudos já detidos pela Administração (art. 1º, §2º); *(ii)* reunir parcelas

tecnicamente fracionáveis num mesmo PMI (art. 4º, §1º); (iii) fazer constar no escopo do PMI apenas a enunciação de um problema a ser resolvido por meio do empreendimento, deixando a critério dos interessados a exposição de soluções técnicas factíveis.

b) A autorização para a realização dos estudos

Após a publicação do edital de chamamento, os particulares interessados em colaborar com a Administração devem apresentar o requerimento de autorização, o qual deve ser acompanhado das informações previstas no art. 5º, do decreto n.º 8.428/2015, dentre elas: a qualificação completa do requerente para fins de identificação; demonstração de experiência na realização de projetos similares; plano de trabalho para a realização dos estudos (detalhamento de atividades e cronograma); indicação de valor de ressarcimento pretendido e; declaração de transferência à Administração dos direitos de propriedade intelectual dos estudos a serem entregues.

O decreto n.º 8.428/2015 foi explícito acerca da possibilidade de que os interessados no PMI podem se associar e/ou contratar terceiros para o desenvolvimento dos estudos previstos no escopo do chamamento. Ainda que o decreto não tenha sido detalhista nesse ponto, parece razoável que a demonstração das capacidades e habilidades referenciadas no art. 5º também possam ser comprovadas por meio de terceiros arrematados contratualmente.

Cabe ao órgão ou ente público responsável pelo PMI manifestar-se acerca do cumprimento, pelos requerentes, dos requisitos definidos na chamada pública, deferindo ou não a autorização. O ente público pode sugerir refinamentos no escopo da proposta apresentada, elucidando dúvidas e deixando mais claros os contornos da colaboração privada.

O que se pode observar do histórico de PMIs já lançados nas três esferas federativas é que normalmente não se exerce um filtro efetivo no que toca à seleção dos seus participantes. Na maioria dos procedimentos, todos os pedidos de autorização são deferidos. Na prática, relegam-se eventuais filtros para o momento subsequente, quando ocorre a avaliação dos estudos de viabilidade e insumos entregues pelos autorizados⁴²⁴. Novamente, a nova regulamentação federal, recém-editada, parece dar um passo adiante, tornando menos

⁴²⁴ Possivelmente, esse fato é motivado pela ideia de não subestimar o potencial de contribuição daquele que demanda a autorização e deseja contribuir com a preparação do projeto (mesmo porque do ato de autorização não exsurtem prerrogativas significativas para o autorizado). Frequentemente, as decisões denegatórias de autorizações são fruto da não entrega de documentos ou do não cumprimento do prazo de requerimento (questões meramente formais, portanto). Além disso, do ponto de vista estratégico, faz mais sentido para o ente público não se indispor com os particulares, não exercendo filtros efetivos no ato de autorização, dado que a sua liberdade na avaliação do que for posteriormente apresentado será muito ampla e pouco controlável.

controversa, a nosso ver, a possibilidade de se controlar o universo de participantes do procedimento por meio da fixação de barreiras técnicas para o deferimento de autorizações.

Por fim, o art. 6º, do decreto n.º 8.428/2015, reafirma características essenciais do modelo de autorização, dentre elas o seu caráter pessoal e intransferível, a não exclusividade no seu deferimento, a ausência de qualquer preferência ao proponente no âmbito do processo de outorga da concessão e a não obrigatoriedade de o Estado licitar posteriormente o empreendimento. A abordagem mais cuidadosa da autorização e dos aspectos jurídicos a ela relacionados será objeto do capítulo seguinte.

c) Elaboração, acompanhamento e avaliação dos estudos

Quando comparado com a regulamentação anterior, o decreto n.º 8.428/2015 trouxe alterações normativas bastante significativas no que tange à interação público-privada durante o procedimento. A possibilidade dessa interlocução não era expressamente tratada no decreto anterior, o que sempre foi um ponto de desconforto para alguns gestores públicos, receosos de que eventual exercício de sintonia fina (necessário por conta da natureza dessas atividades) com os colaboradores privados pudesse ser entendido, pelos órgãos de fiscalização e controle, como ilegítimo, ilegal e sinalizador de favorecimento indevido.

A disciplina do decreto n.º 8.428/2015 cuidou de prever vários pontos em que a admissibilidade dessa interação fica clara. A mais significativa delas está na possibilidade de realização de reuniões, sempre que o ente público entender que tal medida possa ser proveitosa para o desenvolvimento a contento dos estudos (art. 8º)⁴²⁵.

Entretanto, existem outros dispositivos do decreto que assimilam esse mesmo componente dialogal, pelo qual os estudos e materiais já entregues ao ente público podem ser, posteriormente, submetidos a revisões, detalhamentos e complementações pelo autorizado. É o caso, por exemplo, dos comandos previstos no art. 4º, §6º e art. 15, §5º, pelo qual essa revisão pode, inclusive, decorrer de demandas e contribuições provenientes, respectivamente, de órgãos de controle e da consulta pública.

No que tange à seleção e avaliação dos estudos, nos termos do art. 4º, II, “f”, do decreto n.º 8.428/2015, o edital de chamamento deve divulgar os critérios que serão considerados pela Administração ao escutinar os estudos posteriormente submetidos a sua

⁴²⁵ Nesse sentido: “Art. 8º O Poder Público poderá realizar reuniões com a pessoa autorizada e quaisquer interessados na realização de chamamento público, sempre que entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados aos empreendimentos de que trata o art. 1º.”

apreciação⁴²⁶. A escolha e a operacionalização desses critérios deverão ser pautadas pelas diretrizes veiculadas pelo art. 10, do decreto, dentre as quais podem ser mencionadas a consistência e coerência das informações e a adoção das melhores técnicas existentes no setor econômico no qual se insere o empreendimento modelado via PMI.

Em linha com as ideias que vêm sendo debatidas em capítulos antecedentes desta dissertação, caberá ao ente público, na condução do procedimento, as tarefas de analisar e avaliar as contribuições provenientes do setor privado, atentando especialmente para a existência de desvios que possam colocar em xeque o interesse público, sobretudo por meio da orçamentação de investimentos e custos operacionais de modo não razoável e pelo desbalanceamento de riscos e deveres contratuais transferidos ao futuro concessionário⁴²⁷.

Essas tarefas, entretanto, não são comezinhas.

Também se colocam aqui as objeções e dificuldades relativas às limitações técnicas e operativas do setor público – muitas das quais motivaram a própria opção pelo PMI como instrumento de suporte na preparação de projetos. Nesse sentido, é possível e desejável que, em alguns casos, o ente público conte com a expertise de consultores técnicos ou outros entes públicos mais apetrechados para a checagem do conteúdo que lhe for apresentado.

Na regulamentação implementada pelo já revogado decreto n.º 5.977/2006, as decisões incidentes sobre a escolha e seleção dos estudos, nos termos do preceituado pelo art. 11 daquele regulamento, não se sujeitavam a recursos na esfera administrativa. Os trabalhos acadêmicos que já trataram desse tema advogaram a impossibilidade de que a Administração conduzisse suas escolhas de modo arbitrário, mostrando-se necessária a oposição das razões que ensejaram o não acolhimento da contribuição entregue⁴²⁸.

⁴²⁶ Nas experiências conduzidas sob o formato de PMI na esfera federal, referentes aos projetos de concessão comum, a análise e avaliação dos estudos entregues ficaram a cargo do ente público condutor do processo, que normalmente instituiu grupos de trabalho dedicados a estas funções. Essa atribuição não ficou aos cuidados do CGPPP, conforme apregoado pelo decreto n.º 5.977/2006.

⁴²⁷ Acerca da importância das atividades de análise dos estudos entregues no âmbito dos PMIs: "(...) 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". DAL POZZO, Augusto neves. (...), op. Cit., nota 33, p. 66.

⁴²⁸ Nesse sentido, vale a transcrição do seguinte excerto: "A decisão que avalia e seleciona os projetos não se sujeita a recursos na esfera administrativa quando ao seu mérito, a teor do disposto no art. 11 do Decreto Federal n.º 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 n.º 5.977/2006, além de conferir um subjetivismo indesejável em qualquer procedimento 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". GARCIA, Flávio Amaral. *A participação do mercado (...)*, op. Cit., nota 15, p. 6. Adotando posicionamento semelhante, ver PEREIRA. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo*

Contudo, referida restrição ao cabimento de recursos administrativos não foi reproduzida na regulamentação inaugurada pelo decreto n.º 8.428/2015, no qual se optou por silenciar a propósito da recorribilidade das decisões realizadas em sede de PMI. É possível que essa mudança no decreto tenha sido motivada por dúvidas jurídicas relacionadas à possibilidade de restringir, em sede de procedimentos administrativos, o cabimento de recursos – neste sentido, destaca-se que a lei de processo administrativo federal (lei n.º 9.784/99), em seu art. 56, admite o cabimento de recursos de decisões tomadas em processos administrativos, inclusive as decisões que versem sobre questões de mérito administrativo.

Por fim, fica a cargo do ente público a tarefa de definir o valor do ressarcimento ao autorizado (ou autorizados) cujo estudo tenha sido selecionado e efetivamente utilizado para a composição da versão final dos documentos de licitação. O que se define no ato de autorização de cada interessado é o valor-teto do ressarcimento (art. 5º, IV), fixado em atenção ao detalhamento do escopo e o plano de trabalho apresentados quando da solicitação de autorização. Esse valor somente será integralmente ressarcido caso haja a aceitação e a utilização integral dos materiais apresentados pela Administração Pública.

Caso se entenda que os valores ajustados inicialmente são incompatíveis com a qualidade ou o nível de detalhamento especificado na proposta originalmente formulada (e na respectiva autorização emitida), a autoridade pública poderá arbitrar outro montante para o ressarcimento (art. 15).

4.3.2 Características de destaque do modelo

Após a descrição das principais ações contempladas no PMI, os três subtópicos seguintes aprofundarão algumas características cruciais do modelo – que serão importantes para o desenvolvimento das críticas e sugestões abordadas no capítulo VI.

4.3.2.1 A multiplicidade de autorizados atuando concorrentemente

Nos termos do decreto federal n.º 8.428/2015 e da maior parte das regulamentações adotadas em vários entes subnacionais, admite-se que diversos autorizados possam participar concomitante e concorrentemente do PMI. Em sede federal, a exemplo do que ocorre nos decretos de vários estados e municípios, há previsão expressa no sentido de que a autorização será conferida em caráter não exclusivo (art. 6º, I).

O principal argumento em prol da admissão de múltiplos autorizados é a perspectiva de que o volume de informações levado ao conhecimento do ente público, ao final do procedimento, seja maior. Há duas premissas por trás dessa visão. A primeira é que o processo público de decisão é mais rico e mais completo na medida em que um volume maior de informações é para ele carregado. A segunda é que o ente público terá condições de analisar e avaliar tudo o que lhe é fornecido, e, num cenário idealizado, irá extrair o que há de melhor em cada proposta.

Contudo, mesmo sem base em estudos empíricos categóricos ou outras obras acadêmicas, entende-se ser possível levantar dúvidas acerca das duas premissas acima enunciadas.

Ainda que o controle baseado na adequação e qualidade dos materiais entregues, a princípio, se coadune melhor com a lógica de controle de resultados, entende-se que o estabelecimento de filtros prévios e efetivos (na análise dos pedidos de autorização) tende a ser muito importante.

Não por acaso essa parece ter sido a tônica do decreto n.º 8.428/2015, que diferentemente do regulamento anterior, admitiu a possibilidade de colocação de filtros efetivos para a emissão de autorizações, baseados em critérios técnicos, manejados com o propósito de aferir: (i) a experiência pretérita do requerente (e da equipe técnica alocada ao projeto) e; (ii) a adequação e factibilidade da proposta entregue pelo interessado. Essa proposta deve, idealmente, expressar o entendimento do interessado sobre aspectos conceituais e técnicos envolvidos na futura concessão e, ainda, descrever o plano de trabalho a ser seguido pelo requerente para o desenvolvimento dos estudos⁴²⁹.

Além do objetivo de selecionar aqueles que têm o maior potencial de contribuir com a Administração, o estabelecimento de barreiras à entrada no procedimento também serve a outro propósito bastante nobre: a maximização da eficiência alocativa de recursos públicos e privados no curso do procedimento. Sob o viés privado, apenas aquele autorizado cujos estudos forem selecionados será ressarcido, de modo que os demais autorizados terão desperdiçado tempo e dinheiro nessa empreitada, tendo elaborado propostas - por vezes, bastante onerosas - que serão, ao final, descartadas pelo Estado. Sob a perspectiva pública, a multiplicidade de autorizados, especialmente sem o perfil adequado, acarreta custos desnecessários (como tempo de servidores públicos e consultorias técnicas contratadas) durante o procedimento e, principalmente, na sua fase posterior, quando se dá a avaliação e

⁴²⁹ Por plano de trabalho entende-se um instrumento que descreva o faseamento das principais atividades envolvidas na elaboração dos estudos e os produtos que serão decorrentes dela.

adaptação dos materiais entregues ao ente público. Essa percepção tende a fazer ainda mais sentido no decreto n.º 8.428/2015, que conforme mencionado, caminhou no sentido de reduzir as controvérsias em relação ao diálogo entre Estado e particulares mantido nos PMIs.

Ou seja, existe uma tendência de que múltiplos autorizados gerem múltiplos estudos a serem analisados - e, tanto sob o viés público e privado, a verdade é que isso nem sempre é bom⁴³⁰. Relembre-se, com arrimo nas informações trazidas no capítulo I, que o trabalho do poder concedente não se encerra com o recebimento dos materiais. Após esse momento, haverá ainda uma trabalhosa e complexa fase interna de avaliação e auditagem do que foi entregue e de preparação das versões finais dos documentos licitatórios. Por isso, parece salutar o estabelecimento de filtros efetivos para a expedição de autorizações, de modo a limitar quantitativa e a qualitativamente o material a ser posteriormente avaliado e manuseado.

Conforme será desenvolvido por ocasião do capítulo VI, entende-se que essa diretriz pode ser bastante interessante no sentido de endereçar alguns dos problemas atualmente verificáveis no modelo⁴³¹, como o elevado nível de incerteza dos autorizados e a má alocação de recursos durante o PMI.

4.3.2.2 A ausência de vantagens formais advindas do PMI

Os agentes privados que participam do PMI, à luz do decreto federal (art. 6º, II) e das regulamentações editadas nas esferas subnacionais, não tem qualquer direito de preferência ou vantagem formal quando da licitação do empreendimento. Colocado de outra forma, quem

⁴³⁰ Em sentido diametralmente oposto, também comentando o modelo adotado pela cidade do Rio de Janeiro, André Castro defende que a grande oferta de projetos aumenta a perspectiva de que a Administração encontre algum que satisfaça o interesse público subjacente. Uma das vantagens do modelo de PMI, na visão deste autor (e de outros que se alinham com esse entendimento) é a de possibilitar que o ente público tenha diferentes visões sobre o projeto. Não se refuta essa abordagem por completo, dado que ela é sob a perspectiva puramente teórica defensável. Nossa percepção é que essa abordagem teórica precisa ser cotejada com a realidade, em que limitações institucionais, de recursos e de capacidade organizativa (governança pública) acabam por tonar essa multiplicidade de visões e materiais levados ao domínio do público algo que mais atrapalha do que serve ao interesse público. CARVALHO, André Castro. *A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura: um estudo sobre as MIPs e os PMIs no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014, p.21.

⁴³¹ Em sentido oposto, Bruno Ramos Pereira defende que: A decisão de selecionar apenas uma empresa não parece fazer sentido do ponto de vista dos fins do PMI. Se o poder público tiver apenas um interlocutor, não haverá espaço para provocar alguma tensão competitiva durante o PMI. Para o poder público que pretende se empoderar durante o PMI e desenvolver-se institucionalmente, gerir a tensão competitiva entre empresas cadastradas é uma opção que não pode ser desperdiçada. PEREIRA, Bruno. *PMI e insegurança jurídica*. PPP Brasil, 2013. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pmi-e-inseguran%C3%A7-jur%C3%ADica>. Acesso em 21/02/2015, às 8h30.

participa do PMI, inclusive aqueles cujos estudos tenham sido selecionados, competem, nos termos da legislação, em igualdade de condições com os demais licitantes⁴³²⁻⁴³³.

Além disso, também seria controvertido sustentar que uma regulamentação, instituída, por exemplo, via decreto do poder executivo, pudesse estabelecer uma regra de preferência incidente em processos licitatórios, dado que o tratamento desta matéria parece ser reservado à lei – possivelmente lei de normas gerais.

Em linha com o examinado no capítulo III, a opção assimilada no sistema normativo nacional difere dos modelos adotados em diversos outros países, onde os particulares que atuam em cooperação com o Estado, provendo estudos e realizando atividades atinentes à preparação do projeto, são recompensados, nos termos da legislação, com vantagens competitivas frente aos demais licitantes.

Por fim, deve-se atentar que o ressarcimento dos valores referentes à elaboração dos estudos não deve ser considerado como uma vantagem formal incidente no procedimento licitatório. Primeiro, porque esse ressarcimento, que é incerto, busca recompor dispêndios incorridos na preparação de estudos, numa fase anterior à exteriorização propriamente dita do processo licitatório. Segundo, porque o ressarcimento é realizado pelo adjudicatário do contrato apenas ao final de todo o processo licitatório, às vésperas da assinatura do contrato de concessão.

4.3.2.3 O ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos estudos

Conforme destacado, o dever de ressarcimento é uma cláusula obrigatória do edital de licitação, figurando, assim, como uma condição para a assinatura do contrato de concessão (art. 17, do decreto federal n.º 8.428/2015)⁴³⁴. O ressarcimento ao autor dos estudos é

⁴³² Durante a tramitação do PL n.º 7.067, de 2010, foram apresentadas emendas ao referido projeto e que tinham por objetivo a constituição de vantagem ao particular cujos estudos foram selecionados, qual seja, a possibilidade de igualar a melhor proposta obtida pela Administração no âmbito da licitação. Essas emendas não foram admitidas, tendo o relator do PL se manifestado no sentido de que as emendas afiguravam-se indesejáveis, na medida em que o direito de preferência dos autores desestimularia a participação de outros interessados no certame.

⁴³³ Também tratando dos valores que serão revertidos ao autor dos estudos, o PLS n.º 75/2014 adotou fórmula diversa, ao substituir a sistemática de ressarcimento pela de premiação. A ideia é aproximar o modelo do que já é previsto para os concursos, regulados no âmbito da Lei n.º 8.666/93, em que se fixa no início do processo uma premiação, a ser desembolsada em prol do vencedor. Segundo se destaca na justificativa do referido PLS, após a entrega dos estudos, não haveria mais a necessidade de aferir o real valor devido.

⁴³⁴ Grande parte dos decretos já editados coloca a previsão de ressarcimento (seja na chamada pública, seja no ato de autorização) como uma opção do ente condutor do PMI. Segundo alguns autores, há uma correlação entre o perfil de interessado que participa do procedimento e a previsão ou não de ressarcimento. Quando ele não está presente, tendem a pleitear autorização empresas de grande porte, em regra construtoras, que podem absorver com facilidade os custos afundados na estruturação – inclusive porque parte destes custos seria de uma forma ou de outra revertida para a preparação das propostas técnicas durante a fase de licitação da concessão. Por outro lado, a presença do ressarcimento contribuiria para a participação de consultorias técnicas, cujo foco não seria a

efetuado pelo adjudicatário – naturalmente, caso o próprio autor não seja o licitante vencedor. O valor, portanto, não é debitado diretamente das contas do ente público.

Em relação ao mecanismo de ressarcimento, dois comentários adicionais se mostram cabíveis.

O primeiro é o de que, contrariamente ao que por vezes se divulga⁴³⁵, o PMI é um procedimento oneroso ao Erário⁴³⁶. Ainda que não haja desembolso direto de recursos pelo ente público em favor do autor dos estudos selecionados, há de fato um ônus financeiro indiretamente custeado pelo Estado⁴³⁷.

O ônus financeiro do ressarcimento efetuado pelo concessionário (como condição de assinatura do contrato de concessão) será necessária e posteriormente revertido ao ente público, despesas essa que será certamente considerada pelo concessionário quando da orçamentação de sua proposta⁴³⁸. Em decorrência do dever de ressarcir esses valores, as contraprestações públicas e/ou valores tarifários a serem cobrados dos usuários serão

exploração do empreendimento, mas o ressarcimento em si. Nesse sentido, ver: ARAÚJO, Thiago. *Aprendendo a pedir*: contribuições da Análise Econômica do Direito no desenho de Procedimentos de Manifestação de Interesse prévios a PPPs mais eficientes. Revista de Direito Administrativo – RDA, Artigo aprovado para publicação. Mimeografado, 2015; Desenvolvendo uma visão crítica do ressarcimento e da necessidade de aperfeiçoamento do modelo, de modo a criar um mercado de consultorias independentes interessadas em atuar nos PMIs, ver: CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Estruturação de Projetos de Infraestrutura*: Experiência Internacional e Lições para o Brasil. BNDES. Mimeografado, 2015.

⁴³⁵ Em sentido diverso ao entendimento assumido neste capítulo, vale a transcrição da passagem da lavra de Flávio Amaral Garcia: “Os valores relativos a projetos, estudos, levantamentos ou investigações serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que efetivamente utilizados no certame, não sendo devida, em qualquer hipótese, qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público, na forma prevista no art. 14 do Decreto Federal nº 5.977/2006. Essa é uma grande vantagem para o Poder Público, **que recebe a contribuição da iniciativa privada e não é obrigado a arcar com o custo do projeto, já que deverá ser objeto de indenização pelo particular que se sagrou vencedor do certame**, o que é bastante razoável, eis que foi o principal beneficiado com a estruturação do projeto”. (grifos nossos). GARCIA, Flávio Amaral. *A participação* (...), op. Cit., nota 15, p. 6. Essa linha de entendimento, qual seja, a não onerosidade dos PMIs, pode ser observada também em: GUIMARÃES NETO Mário Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*: diálogos com a iniciativa privada. Brasília, 2010. III Congresso Consad de Gestão Pública. 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: 20/02/2015, às 8h30.

⁴³⁶ Nesse sentido, como exemplo dessa afirmação pouco ponderada, vale conferir a exposição de motivos do PLS n.º 75/2010: “Equipes de profissionais altamente qualificados têm sido contratadas por empresas privadas para a elaboração dos estudos e projetos necessários à realização de concessões e PPPs. A Administração recebe esses estudos gratuitamente e apenas tem que avaliar sua qualidade, aprovando-os ou não”.

⁴³⁷ Em linha com esse entendimento: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. *O Procedimento de Manifestação de Interesse*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. *Parcerias Público-Privadas*. Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004 (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.168.

⁴³⁸ Nessa linha, ver: OLIVEIRA, Anderson Márcio de; MEDEIROS, Rafael Randerson Corrêa de. *Proposta de regulamentação do art. 21 da lei 8.987/95*, BNDES, Mimeografado, 2015, p.3.

majorados ou o valor da outorga (em caso de concessão comum) será menor. Na melhor aceção daquela expressão reiteradamente repetida, “não há almoço grátis”⁴³⁹.

Na prática, essa variação da contraprestação e/ou tarifa (para mais) e outorga (para menos) será muito sutil se considerarmos o valor global dos contratos⁴⁴⁰. Entretanto, ainda que os custos decorrentes da estruturação sejam diferidos no tempo e diluídos na contraprestação, serão, ao final, suportados pelo ente público.

Além disso, também é equivocado caracterizar o PMI como “não oneroso” na medida em que há ações e diligências a cargo da Administração Pública durante o procedimento e que, de fato, importam na aplicação de recursos públicos, como a alocação de agentes públicos e terceiros contratados.

Por essas duas razões, a tese da não onerosidade (bastante repetida, por sinal) não parece ser acurada.

O segundo comentário que se dever ter em mira é que o ressarcimento de um autorizado é uma mera expectativa de direito porque está sujeito à concretização de uma série de condições, as quais podem ser cronologicamente encadeadas da seguinte forma:

- 1) A seleção dos estudos – em regra há uma pluralidade de autorizados que atuam ao mesmo tempo e em concorrência (repise-se que as autorizações são emitidas em caráter *não exclusivo*);
- 2) O aproveitamento integral do que foi entregue – uma situação possível é a utilização apenas parcial dos materiais apresentados, o que tem por consequência o reembolso não integral dos valores informados para ressarcimento;
- 3) A percepção pública de completude e qualidade dos estudos – em linha com o já discutido, o valor que consta das autorizações é um valor-teto, mas que pode ser depreciado caso a autoridade pública entenda pela existência de incompletudes e/ou insuficiências técnicas que deem azo a um abatimento do montante fixado no ato de autorização;

⁴³⁹ Segundo informação do site Wikipedia, “A expressão e seu acrônimo foram popularizados pelo escritor de ficção científica Robert A. Heinlein, em seu livro *The Moon is a Harsh Mistress*, de 1966. O economista liberal Milton Friedman também popularizou a frase ao usá-la, em 1975, como o título de um de seus livros”. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/N%C3%A3o_existe_almo%C3%A7o_gr%C3%A1tis. Acesso em 31.08.2014, às 11h16.

⁴⁴⁰ Nos projetos de concessão já modelados, os custos de estruturação são pouco significativos diante do volume de investimentos envolvidos. A referência do decreto federal, reproduzida nas regulamentações dos demais entes federativos, é de 2,5% do valor dos investimentos estimados. O que se verifica na realidade é que os valores efetivamente ressarcidos ficam bem abaixo desse percentual de referência, sobretudo quando se está diante de projetos *greenfield*, ou seja, projetos que representem a construção de estruturas inteiramente novas.

4) O sucesso da licitação (aqui caracterizado como a assinatura do contrato) - para isso, é necessário que o Estado tenha persistido no seu intento de levar o projeto à licitação, que o referido certame não tenha sido deserto e que o ente público e o adjudicatário permaneçam firmes na intenção de assinar o contrato.

Como se observa, na prática, há diversas oportunidades e questões que extravasam ao componente jurídico, contribuindo para que o ressarcimento privado na regulação atual seja uma mera expectativa, não sendo, por isso, factível caracterizá-lo como um direito efetivo.

Em complemento aos itens acima, um dado bastante comum é a perda de valor no tempo dos recursos aplicados na estruturação dos projetos. Habitualmente, os editais de chamamento público não contém disposição expressa sobre a atualização monetária do montante definido a título de ressarcimento. Como a regra é que a estruturação e licitação dos projetos sejam bastante demoradas, o autorizado, ainda que tenha tido seus estudos selecionados, tende a receber, ao final, um valor bastante depreciado em decorrência da variação inflacionária acumulada no período⁴⁴¹.

Diante da necessidade de cumulação de todas as condições acima, percebe-se que o ressarcimento dos valores aplicados aos estudos é, na ótica do agente privado que atende ao chamamento público, uma mera expectativa. Por isso, com arrimo nas noções tratadas no capítulo II e no que será complementado no capítulo VI, é bastante provável que, atualmente, o incentivo real daqueles que buscam participar do procedimento não esteja na figura do ressarcimento, mas sim nas vantagens informais decorrentes da sua condição de estruturador do projeto.

⁴⁴¹ Ainda, outros riscos que podem ser apontados e que convergem para o não ressarcimento dos recursos aplicados na realização dos Estudos, pelo autorizado, são (i) a apropriação indevida dos Estudos pelo Poder Público, com violação de direitos de propriedade intelectual; (ii) a possibilidade de que o Poder Público opte pela realização do projeto sob outro formato, como a contratação de uma obra pública, nos termos da lei 8.666/93. Nesta última hipótese, não só o ressarcimento seria questionável, mas a própria participação do autorizado na licitação subsequente seria juridicamente vedada por força do art. 9º, da lei de licitações. Apontando esses mesmos riscos, ver: BELEM, 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, mar. 2013, p.5; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. *O Procedimento de Manifestação de Interesse*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. *Parcerias Público Privadas*. Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004 (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.169; VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF. N.2. Belo Horizonte, jul.-dez. 2012, p.196.

4.3.2.4 A possibilidade de participação dos autorizados na licitação posterior

A possibilidade de participação dos autorizados, especialmente do autor dos estudos selecionados para subsidiar a feitura do edital e contrato, é um dos temas mais controversos em sede de PMI e será o enfoque de grande parte das considerações que serão articuladas no capítulo VI desta dissertação. Por ora, o escopo proposto para este subtópico é apenas o de apresentar as linhas gerais do direito positivo atualmente vigente, reservando as discussões jurídicas a propósito do tema para o capítulo VI.

A regra geral, adotada nas regulações editadas pela União, estados, municípios e DF, é que no PMI permite-se que os autorizados (inclusive o autor dos estudos selecionados e utilizados como insumo para os documentos finais da licitação) participem do processo licitatório posterior⁴⁴². Sob a égide do art. 15, do decreto n.º 5.977/2006, essa regra era bastante clara e foi reproduzida nos diversos regramentos editados pelos entes subnacionais. A abrangência deste direito de participação alcançava não apenas os autorizados, mas também outros particulares que tivessem com eles relações societárias ou mesmo comerciais (responsáveis econômicos pelos projetos).

Essa linha também foi seguida no novo decreto federal publicado em abril de 2015. No âmbito da regulamentação federal atual, a possibilidade de participação está expressamente mencionada no art. 18, do decreto n.º 8.428/2015.

De modo semelhante ao que já era previsto na regulação anterior⁴⁴³, não apenas os autores, mas também os *responsáveis econômicos* pelos estudos poderão participar, *direta ou indiretamente*, da licitação e da subsequente execução contratual. O próprio decreto cuidou de apresentar o conceito de responsável econômico (art. 18, §1º): “Considera-se economicamente responsável a pessoa física ou jurídica de direito privado que tenha contribuído financeiramente, por qualquer meio e montante, para custeio da elaboração de projetos, levantamentos ou investigações ou estudos a serem utilizados em licitação para a contratação do empreendimento a que se refere o art. 1º”. O art. 18, §2º ressalva, ainda, a possibilidade de participação na licitação das empresas integrantes do mesmo grupo econômico do autorizado.

Por sua vez, ainda que o decreto tenha sido silente neste ponto, o conceito de *participação indireta* já havia sido previamente trabalhado pelo art. 9º, III, §3º, da lei n.º 8.666/93: “Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência

⁴⁴² Destaque-se que não há necessidade de que seja apenas um selecionado. Diferentes partes dos estudos apresentados por mais de um autorizado podem ser selecionadas ao final do procedimento, hipótese em que o ressarcimento será compartilhado.

⁴⁴³ Art. 15. Os autores ou responsáveis economicamente pelos estudos, projetos, levantamentos e investigações apresentados conforme este Decreto poderão participar, direta ou indiretamente, da eventual licitação ou da execução de obras ou serviços.

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”.

Entretanto, o art. 18 do decreto n.º 8.428/2015 trouxe um ponto de inovação bastante interessante e que, de certo, vai fomentar muitos debates na doutrina jurídica e nos operadores do direito. A parte final do dispositivo permite que o edital de chamamento público do PMI disponha em contrário sobre a possibilidade de participação dos autorizados na licitação posterior. Entende-se que esta previsão é pertinente e juridicamente válida, não obstante a existência de possíveis argumentos jurídicos que se contraponham a ela, assentados no art. 31 da lei n.º 9.074/95 e na dificuldade jurídica de conceber regras restritivas de direitos (como o de participar de licitação) em sede de regulamento administrativo. Essas objeções e as respectivas respostas, entretanto, ficarão reservadas para o capítulo VI.

4.4 Conclusão

O presente capítulo teve um caráter descritivo e a sua meta principal foi apresentar as principais características do PMI à luz do direito positivo, evidenciando os aspectos contidos nas leis gerais e aqueles usualmente reproduzidos nos regulamentos editados por diversos entes federativos – principalmente o decreto federal n.º 8.428/2015.

Conforme destacado, as principais justificativas alardeadas pelos defensores deste modelo convergem para as propostas de maior flexibilidade e de um processo decisório público mais permeável à experiência e capacidade técnica do setor privado. Neste contexto, alega-se ainda que a interação mantida entre o Estado e os agentes de mercado, no âmbito dos PMIs, pode ser proveitosa para o atingimento de ambos os objetivos.

Ainda que não tenha sido o foco deste capítulo, nossa visão é que as vantagens acima mencionadas precisam ser filtradas a partir de um olhar atento, sobretudo se reconhecermos que o alinhamento completo de interesses entre os setores público e privado é algo, no mínimo, improvável – embora isso não permita concluir que a cooperação entre ambos não possa ser, se bem conduzida, reciprocamente proveitosa. Para tanto, deve haver transparência, imparcialidade e crivo técnico na atuação do Estado. A dificuldade que se coloca é justamente garantir que a ação pública se perfaça na prática atentando para todos esses predicados. Além disso, conforme será exposto no capítulo VI, algumas modificações na forma de operar o PMI poderiam ser bastante úteis no sentido de conferir mais eficiência ao instrumento, reduzindo gastos públicos e privados e também aumentando a sua efetividade.

De modo a fomentar o debate, as informações e comentários aduzidos ao longo do presente capítulo parecem convergir para o seguinte questionamento: se o ente privado não recebe, sob a perspectiva formal, vantagens significativas ao participar do PMI, por que empreender esforços e recursos na elaboração desses estudos?

É forçoso reconhecer a considerável exposição de risco a que se submete o ente privado quando interage com o Estado com vistas à formatação de um projeto porque, conforme já ressaltado anteriormente, tais estudos são complexos, onerosos e mesmo o seu ressarcimento está sujeito à observância de requisitos e providências que em muito extravasam a esfera de controle do particular que atende ao chamamento público. Essa problematização será o eixo da abordagem empreendida no capítulo VI do presente trabalho, que será cindida em duas partes. A primeira tratará das objeções incidentes sobre o modelo no cenário nacional, que além de aportes teóricos, irá contar com alguns dados empíricos – de natureza semelhante àqueles referenciados no capítulo III. A segunda parte trará propostas de encaminhamento para parte das objeções apuradas ao longo da dissertação e que poderiam ser refletidas na interpretação e reforma da regulação (legal e regulamentar) atualmente vigente dos PMIs.

Antes, a análise descritiva realizada no presente capítulo será complementada a partir da investigação a propósito da natureza jurídica da relação cooperativa estabelecida no âmbito do PMI, o que será o tema do capítulo V.

5 A NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NO PMI

5.1 Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo

A proposta deste capítulo é investigar a natureza e o regime jurídicos da colaboração público-privada viabilizada pelo PMI. Para tanto, será necessário centrar a atenção na figura “autorização” porque, conforme exposto no capítulo anterior, ela é o ato jurídico que formaliza a interação entre particulares e a Administração durante o procedimento.

Em geral, os trabalhos acadêmicos já publicados a respeito do tema apresentam o entendimento de que a intenção por trás da criação do PMI teria sido a de propositadamente estabelecer uma ferramenta jurídica alternativa ao regime contratual público, apta a viabilizar de forma mais flexível⁴⁴⁴ a colaboração privada necessária para a estruturação de projetos de concessão e sua licitação⁴⁴⁵.

Assumindo como correta a visão acima, o vocábulo “autorização”, contido no art. 21 da lei geral de concessões, não teria sido uma escolha ao acaso. Trata-se de termo jurídico técnico, que possui alcance e sentido específicos, sendo tradicionalmente empregado pela legislação com o propósito de constituir situações jurídicas marcadas pelo caráter de *precariedade* – ou seja, dotadas de menor rigidez e menor ênfase na produção de compromissos e expectativas em favor dos autorizados.

Em que pese o *nomen juris* adotado pela legislação, algumas controvérsias a respeito da real natureza da autorização – e, por consequência, da relação jurídica estabelecida no PMI – têm sido levantadas. Dessa forma, as informações que serão doravante alinhavadas se propõem a responder ao seguinte questionamento:

⁴⁴⁴ Essa ideia fica subjacente no seguinte trecho, constante de acórdão do Tribunal de Contas da União, no qual é destacada também a importância de observar princípios e valores aos quais está submetida a Administração: “A medida de flexibilização representada pelo art. 21 da Lei 8.987/1995, portanto, há de 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 cidadãos em busca de celeridade ou “eficiência” na execução de políticas públicas. Os meios empregados pelo Poder Concedente para concretizar sua agenda, assim, não podem destoar da eticidade necessária e associada ao fim perseguido”. AC-3362-48/13-P, Min Relator Ana Arraes, julgado em 04/12/2013.

⁴⁴⁵ Na nossa visão, essa intenção foi concretizada a partir da regulamentação realizada pelos diferentes entes federativos a partir dos decretos editados pelos respectivos chefes dos Poderes Executivos – e não diretamente no art. 21, da lei geral de concessões. Realizamos pesquisa nos documentos públicos disponíveis sobre os debates legislativos envolvidos na edição da lei n.º 8.987/95. Dos documentos públicos disponíveis no portal da Câmara dos Deputados não foi possível extrair informações que dessem a entender que o legislador tivesse o propósito de contornar limitações operacionais então existentes da legislação de licitações e contratações, por meio da criação de uma ferramenta alternativa. Aliás, parece razoável concluir que esse debate nem estaria maduro naquela ocasião, dado que a lei de licitações tinha sido editada apenas dois anos antes. Na nossa percepção, o que se fez por meio da regulamentação do art. 21 – a qual foi implementada vários anos após a publicação da Lei n.º 8.987/95 – foi aproveitar uma “brecha legal”, decorrente de um dispositivo de redação pouco clara, para a construção de um procedimento que pudesse endereçar, na medida do possível, necessidades públicas não satisfeitas pela lei de licitações. Conforme será examinado adiante, estratégia similar foi usada no setor elétrico, dado que o art. 28 da Lei n.º 9.478/97 e a regulamentação editada com supedâneo em tal dispositivo assimilaram racional bastante parecido ao do PMI.

- *Quais são a natureza e o regime jurídico da relação jurídica Estado-particulares estabelecida pelo PMI e como eles podem impactar na regulamentação do instrumento?*

Os tópicos seguintes se ocupam de compendiar e organizar os argumentos jurídicos envolvidos na resposta ao questionamento acima formulado. Por meio deste exercício, pretende-se realizar uma reflexão sobre as características essenciais do PMI e do conjunto de regras ao qual ele se submete. Essa investigação permitirá ter mais clareza sobre o limite aplicável à inventividade dos decretos do Poder Executivo (e da interpretação que sobre eles pode incidir), o que será um passo importante para a discussão de propostas que venham a aperfeiçoar o PMI⁴⁴⁶ - tema a ser abordado no capítulo VI⁴⁴⁷.

O plano de trabalho deste capítulo compreende as seguintes etapas: no tópico 2, são apresentadas as tipologias tradicionais da figura jurídica autorização e suas respectivas funções e características; no tópico 3, a análise contempla a figura da autorização tal qual utilizada no PMI; o tópico 4 discute o regime jurídico da relação entre Administração e particulares que se processa no PMI; o tópico 5 trata da figura do ressarcimento. O tópico de conclusão retoma as informações-chave para a consecução do capítulo VI, etapa final da presente dissertação.

5.2 Noções preliminares: contratos e autorizações

⁴⁴⁶ Na medida do que será destacado no capítulo seguinte, o uso que se tem feito dos PMIs enseja diversas críticas, estando a maior parte delas associada a sua baixa efetividade, eficiência na alocação de recursos públicos e privados e, também, a existência de vantagens informacionais significativas que beneficiam fortemente os particulares que proveem os estudos. As propostas para endereçar alguns desses problemas precisam atentar para certos limites - sendo que um deles é justamente a necessidade de não caracterizar os PMIs como contratos administrativos, o que poderia ensejar argumentos de que o modelo é inválido dada a impossibilidade de tratamento deste tema por atos infralegais.

⁴⁴⁷ Duas informações complementares acerca da metodologia doravante empregada são importantes. A primeira é que para o exame do PMI na perspectiva regulamentar, optou-se por utilizar o decreto n.º 8.428/2015. São múltiplas as razões que justificam essa escolha. Trata-se de um ato normativo federal, recém-editado e que certamente influenciará a revisão dos regulamentos já editados por estados e municípios. Esse decreto também traz diversas inovações e avanços em relação à regulação anterior, algumas motivadas, inclusive, por orientações dos órgãos de fiscalização e controle. Ainda que os decretos editados pelos diferentes entes federativos que se valem do modelo sejam diferentes, as características centrais atribuídas à autorização não são dissonantes. A segunda é que o paradigma contratual que será usado no desenvolvimento do capítulo para efeito de comparação com o modelo de PMI é a *contratação administrativa de prestação de serviços técnicos*, nos termos da lei n.º 8.666/93. Entende-se que este contrato é o que se aproxima em maior medida da finalidade buscada pelo PMI, qual seja, a de suprimir as limitações operacionais e técnicas da Administração para a formatação de um projeto de infraestrutura.

5.2.1 Contratos administrativos: estabilidade e vinculação

É possível estabelecer, à luz da regulação das licitações e contratos públicos fundada na lei n.º 8.666/93, características que são inerentes aos contratos administrativos⁴⁴⁸. A proposta aqui é a de estabelecer uma base conceitual que poderá contrapor, mais adiante, contratos administrativos e as autorizações exaradas no âmbito do PMI.

O contrato administrativo representa o estabelecimento de um comprometimento entre os contratantes, a partir do qual surgem direitos e expectativas recíprocos. Contrato, assim, é sinônimo de amarração jurídica, de vínculo jurídico. Cria, modifica e extingue direitos para os seus subscritores, pressupondo a existência de obrigações contrapostas⁴⁴⁹. Na esteira desta ideia, afirma-se que subjaz aos contratos uma equação econômico-financeira, que se afetada por um evento superveniente de repercussões econômicas, pode ensejar, nos termos do pactuado, um reequilíbrio das prestações assumidas por cada parte.

Não é por acaso que as noções acima foram reproduzidas pela lei, cabendo, nesse sentido, destacar o parágrafo segundo do art. 2º, da lei n.º 8.666/93, segundo o qual “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Portanto, consentimento mútuo, vínculo e reciprocidade são características essenciais para a qualificação do que é um contrato firmado pela Administração. Na medida do que se apresentará mais adiante, essa reciprocidade de direitos, obrigações e expectativas não se coloca para a relação estabelecida no PMI.

Ainda, é importante ressaltar outra característica que advém do caráter bilateral dos contratos administrativos: a *estabilidade* da relação jurídica constituída.

O que evidencia a estabilidade dos contratos públicos?

Primeiro, há uma série de ritos e formalidades que antecede a celebração contratual. O elemento mais notório é a licitação, disciplinada em detalhes pela lei. Contudo, mesmo nos casos em que esta é inexigível ou dispensável, existe um processo administrativo formal (e normalmente moroso) que deve ser conduzido de modo a justificar e conferir validade jurídica à contratação.

⁴⁴⁸ A análise empreendida neste tópico não abrange a teoria geral dos contratos, normalmente estudada no âmbito do Direito Civil, limitando-se ao exame dos contratos administrativos, que contam com uma disciplina legal e princípios específicos.

⁴⁴⁹ No caso específico dos contratos de prestação de serviços de assessoramento técnico por empresas de consultoria (que possibilitam o atingimento dos fins buscados com os PMIs, daí a comparação), estão contrapostos os deveres de prestar o assessoramento técnico em si (e consequente entrega dos produtos detalhados no contrato) e o de pagar, *pari passu* à execução do objeto contratual.

Além desse aspecto formativo inicial, a disciplina legal dos contratos administrativos também é estruturada de modo a prover estabilidade para o vínculo formado entre particulares e Administração. Os contratos apenas podem ser celebrados com prazo certo, acarretam sanções e responsabilizações à parte que o descumprir e, ainda, condicionam a sua dissolução ao cumprimento de procedimentos igualmente complexos.

Por fim, em nossa visão, mesmo as cláusulas exorbitantes (dentre elas a possibilidade de alteração unilateral do contrato) não infirmam o caráter estável dos contratos⁴⁵⁰. Se por um lado a Administração tem o poder de se valer dessas exorbitâncias, por outro, terá o dever de reequilibrar os contratos celebrados ou de indenizar o particular pelos prejuízos suportados no caso de rescisão. Em outras palavras, ainda que a Administração tenha o direito de demandar a alteração ou dissolução dos contratos, essa ação gera, no outro pólo da relação jurídica, expectativas e direitos para os particulares que contrataram com a Administração.

5.2.2 As acepções tradicionais da figura jurídica “autorização”: finalidade e principais características

A proposta deste tópico é a de apresentar os delineamentos gerais da figura jurídica *autorização*, bem como as diferentes tipologias já mapeadas pela doutrina jurídica para a utilização deste termo. Pretende-se deixar claro, também, em quais contextos há maior distanciamento ou proximidade entre as autorizações e os contratos administrativos. Como será demonstrado, em que pesem as nomenclaturas distintas, nem sempre a fronteira entre esses institutos fica bem demarcada. O objetivo final deste exercício descritivo é mapear informações que possam ser aplicadas, mais adiante, na discussão sobre a correta qualificação do regime e natureza da autorização prevista no art. 21 da lei geral de concessões e nos regulamentos editados.

Segundo os manuais mais tradicionais de Direito Administrativo⁴⁵¹, as autorizações são atos administrativos que manifestam o consentimento estatal com a realização de atos, o exercício de atividades ou a utilização de bens públicos por particulares – portanto, objetivos orientados para a satisfação de um interesse predominantemente privado.

⁴⁵⁰ Em sentido contrário, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.172. O autor aponta que as cláusulas exorbitantes importam em instabilidade do vínculo contratual. Optamos por adotar ideia oposta no corpo do texto porque buscamos fazer uma contraposição entre a estabilidade do contrato com a precariedade da autorização. Entretanto, num sentido mais amplo, concordamos com o eminente jurista que as cláusulas exorbitantes geram instabilidade no vínculo contratual e na relação negocial a ele subjacente.

⁴⁵¹ O professor Alexandre Santos de Aragão, ao discorrer sobre as autorizações, se refere a essa visão “tradicional” como “paradigmas clássicos da doutrina administrativista brasileira”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 437.

Essa ideia difere, sobremaneira, do interesse que motiva a Administração a iniciar um procedimento com vistas a ultimar um contrato administrativo, que é o instrumento pelo qual ela obtém bens ou serviços para satisfazer diretamente um interesse público primário ou secundário. Diante disso, fica patente que os interesses predominantes e finalidades ontológicas de contratos administrativos e autorizações, ao menos à luz da teoria tradicional, não se identificam.

Numa síntese apertada, é possível dizer que a autorização pressupõe a existência de três características basilares: *unilateralidade, precariedade e discricionariedade*⁴⁵².

A unilateralidade se deve à circunstância de que ainda que a autorização decorra da provocação de um interessado, o ato se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do poder público.⁴⁵³ Não representa, assim, um negócio jurídico (bilateral, portanto).⁴⁵⁴

Das características mencionadas, é provável que a *precariedade* seja a mais relevante. Ela se remete ao menor comprometimento do ente público em relação à constituição de direitos e expectativas em favor da contraparte privada e que, por isso, permite a revogação da autorização a qualquer momento.⁴⁵⁵ Conforme bem destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a autorização refere-se a constituição de um direito “instável”.⁴⁵⁶

⁴⁵² Na lição da doutrina administrativista clássica, a autorização assume a feição de um liame jurídico estabelecido a partir de um “ato jurídico de caráter discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada”. MELLO, Oswaldo. A. Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 560-561. No mesmo sentido, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 430

⁴⁵³ A exposição acerca do correto alcance desses conceitos pode ser bem visualizada na obra de Floriano de Azevedo Marques Neto sobre bens públicos. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009, p. 337.

⁴⁵⁴ Hely Lopes Meirelles usa uma designação específica, que abarca das autorizações, permissões e licenças, qual seja “atos administrativos negociais”. O autor não afirma textualmente que tais autorizações são negócios jurídicos. O que pode ser depreendido a partir de sua lição é que tais atos possuem um componente negocial que concilia interesses privados e estatais, ainda que não tenha propriamente um caráter contratual. Segundo o autor, são “aqueles expedidos a requerimento do particular interessado na realização de um negócio jurídico ou de uma atividade material dependente da aquiescência da Administração Pública”. E continua: “o ato negocial pode ser vinculado ou discricionário e definitivo ou precário: será vinculado quando a lei dispuser sobre a sua formação; será discricionário quando a sua expedição ficar ao alvedrio da autoridade competente; será definitivo quando embasar-se em um direito individual do requerente; será precário quando provier de uma liberalidade da Administração. Tomemos como exemplo os atos negociais de licença, autorização e permissão, por serem os mais frequentes na prática administrativa”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.74, n.592, p. 12-14, 02/1985. p.14

⁴⁵⁵ Corroborando esse entendimento: “quanto à permissão simples e à autorização, sempre discricionárias e precárias, a Administração é livre para deferi-las, indeferi-las ou extingui-las a qualquer tempo e independentemente da motivação”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.74, n.592, p. 12-14, 02/1985. p.14

⁴⁵⁶ A referida afirmação foi feita no contexto da autorização de uso de bem público, mas entendemos que pode ser generalizada para outras aplicações da autorização. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p.350.

O caráter de unilateralidade da autorização decorre do fato de que, a despeito de ser outorgada mediante provocação do interessado, ela se perfaz com a manifestação de vontade do poder público⁴⁵⁷. As autorizações são ainda discricionárias na medida em que tal consentimento pode ser dado ou negado, de acordo com considerações sobre a conveniência e oportunidade, exclusivamente a cargo do ente ou órgão administrativo competente para a sua expedição⁴⁵⁸. As autorizações diferenciam-se, neste aspecto, das *licenças*, que são atos administrativos vinculados.

Por conta da unilateralidade, precariedade e discricionariedade administrativa, as autorizações não ensejam maiores dificuldades jurídicas para a sua constituição e revogação.

A unilateralidade e precariedade, conforme acima descrito, convergem para uma segunda diferenciação em face do regime contratual público⁴⁵⁹.

Os contratos da Administração são caracterizados pela incidência de uma liturgia bastante peculiar no que tange à sua celebração, extinção e regulação de efeitos jurídicos e econômicos⁴⁶⁰. Os contratos administrativos são atos bilaterais, gerando direitos e obrigações para os contratantes e possuem um efeito estabilizador. A estabilidade desse vínculo jurídico é reforçada pelo fato de que da rescisão ou descumprimento dos contratos nascem novos direitos subjetivos, como o de obter reparação pelas consequências econômicas negativas decorrentes da ação de uma das partes mas que recaiam sobre a outra (por exemplo, nos casos de inadimplemento).

Analisando a doutrina jurídica que aborda o tema, optou-se por classificar as autorizações segundo as tipologias assinaladas a seguir⁴⁶¹: (i) manifestação de poder de polícia

⁴⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. Cit., nota 263, p.337.

⁴⁵⁸ O enfoque conferido ao texto acima foi o de apresentar os delineamentos do instituto jurídico autorização conforme correntemente apresentados pela doutrina. Modernamente, é plausível sustentar que a discricionariedade deve ser entendida à luz do que Gustavo Binbenbojm denomina de “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”. Ou seja, não é possível sustentar em favor da Administração a possibilidade de realizar escolhas puramente subjetivas. As escolhas administrativas carecem de legitimação, o que se dá por meio da “fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.39.

⁴⁵⁹ Deixou-se de fora, propositadamente, a discricionariedade. Entende-se que a Administração também tem discricionariedade para definir se vai ou não contratar, bem como se vai ou não rescindir o contrato. Naturalmente, os efeitos jurídicos decorrentes e as formalidades compreendidas nessas decisões são definidos pela lei.

⁴⁶⁰ CRETELLA JR., José. *Tratado de domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.20-21.

⁴⁶¹ Nesse sentido, ver: FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85; ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. *Regime Jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas?*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação de infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.178.

administrativa (na forma de consentimento de polícia); (ii) título habilitante para a prestação de serviços públicos e; (iii) título habilitante para o uso de bem público.

Na primeira espécie, a autorização manifesta o consentimento estatal “para o desempenho material de determinada atividade ou a prática de determinado ato sujeito a controle público”.⁴⁶² O particular, contudo, não está obrigado a executar o ato ou atividade para o qual foi autorizado⁴⁶³, não existindo, a princípio, limitação do universo de particulares que podem ser autorizados. Em sede constitucional, a principal referência normativa está no parágrafo único do art. 170.

A melhor doutrina destaca que também se enquadram como manifestação do poder de polícia administrativa as autorizações conferidas a *atividades econômicas reguladas*, referenciadas constitucionalmente no art. 21, incisos XI e XII. Essas atividades, apesar de integrarem determinados setores econômicos, não são serviços públicos – a exemplo da telefonia móvel e da autogeração de energia elétrica⁴⁶⁴.

A necessidade de autorização, por ser uma condição restritiva de direitos, deve ser entendida como uma medida excepcional, decorrente de expressa previsão legislativa (entendida aqui em caráter estrito, ou seja, lei *formal*). Por isso, a Administração Pública não tem o poder de sujeitar, sempre que assim desejar, a atuação do particular ao seu beneplácito, sendo a necessidade de autorização uma determinação expressamente decorrente de lei.

No caso das autorizações de polícia, a exigência de chancela estatal normalmente é justificada pela necessidade de garantir o cumprimento de requisitos e condições mínimas para que a atividade privada não entre em choque com algum interesse público relevante, eleito pelo legislador.

⁴⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.437.

⁴⁶³ Conforme terminologia empregada por Egon Bockmann Moreira, pode ser entendida como autorização “liberal” ou “liberatória”. Destaca o referido autor que: “Por isso que tal autorização liberal – e só ela, não as outras – pode ser compreendida como um ato administrativo discricionário (ou vinculado, a depender da previsão legal), unilateral, precário, que faculta ao particular o exercício de determinada atividade no domínio econômico privado. Como o nome já diz, este ato apenas autoriza a prática de atividade privada – mas não pode obrigar. Por óbvio, ninguém pode ser coagido a desenvolver atividades privadas que dependam da liberdade de empresa. Uma vez autorizada a atividade, é livre a iniciativa”. MOREIRA, Egon Bockmann. *A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). op. Cit., nota 471, p. 128.

⁴⁶⁴ Essa ideia fica clara a partir da seguinte passagem, de autoria de Marçal Justen Filho: “Defende-se a tese de que a Constituição determinou que certas atividades se configuram como serviço público se estiverem presentes certos pressupostos. Logo, sempre que ausentes ditos requisitos, não haverá serviço público. Ou seja, **se não houver oferta de utilidades destinadas à satisfação de necessidades direta e imediatamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana ou a finalidades políticas essenciais**, será vedado submeter as atividades referidas ao regime de serviço público. **Existirá apenas atividade econômica em sentido restrito, ainda que subordinada ao regime de autorização**”. (grifos nossos). JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria (...)* op. Cit., nota 40, p. 46.

Na segunda espécie de autorização, em que o ato figura como título habilitante para a prestação de serviços públicos, a dinâmica é bastante diferente. Referido ato administrativo consubstancia a chancela para o exercício de uma atividade reservada ao Estado, qual seja, a prestação de um determinado serviço público.

É bastante frequente que as autorizações inseridas nesta tipologia, principalmente em razão de características estabilizadoras (p.ex. prazo e indenização pela reversão de bens não amortizados) que lhes têm sido atribuídas por diversas leis setoriais, se aproximem em grande medida do regime contratual, estabelecendo direitos e expectativas que são característicos dos contratos de concessão⁴⁶⁵⁻⁴⁶⁶.

Em resumo, a aplicação das autorizações em alguns setores de infraestrutura, que demandam investimentos consideráveis, ensejou que características tradicionais das autorizações fossem mescladas com elementos muito mais afetos ao direito dos contratos públicos, dando ensejo a uma modalidade híbrida – a “autorização contratual”⁴⁶⁷.

Por isso, características tradicionais das autorizações seriam mitigadas nessa segunda tipologia⁴⁶⁸: não seriam discricionárias, dado que algumas leis setoriais ou atribuem

⁴⁶⁵ Alexandre Aragão e Carolina Fidalgo asseveram que as autorizações referenciadas no art. 21, XI e XII da Constituição, quando relativas a serviços públicos, representam materialmente não uma autorização, mas sim uma delegação (concessão, se houver bens reversíveis ou permissão, caso não haja). A natureza, portanto, seria contratual na visão dos autores. ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. *Regime Jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas?*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). op. Cit, nota 471, p.178.

⁴⁶⁶ A doutrina jurídica, entretanto, não é uníssona em relação à adequação do uso das autorizações dessa forma. A estranheza no uso de tal instrumento para este tipo de finalidade foi articulado de forma bastante clara por Elena Landau, segundo a qual, “as autorizações são conceitualmente adequadas para os casos de investimentos de pequeno montante, ao passo que os contratos, por conta de seu caráter estabilizador, são mais adequados para investimentos elevados”. LANDAU, Elena. *Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico*. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 246, p. 112-135, (data. Ex. jan/abril), 2007, p. 113.

⁴⁶⁷ Alexandre Santos de Aragão trata de forma bastante clara da distinção entre as autorizações que têm por objeto serviços públicos e aquelas que tratam de atividades econômicas reguladas. Nesse sentido: “Quando as leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa, pode haver duas circunstâncias: ou a atividade em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será então um ato de poder de polícia; ou, caso recaia realmente sobre serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual, possivelmente com cláusulas exorbitantes, em razão da titularidade estatal da atividade, estaremos materialmente diante, não de uma autorização, mas de uma delegação de serviço público (concessão caso haja bens reversíveis, ou, caso não os haja, permissão – cf. tópico anterior), com o que teremos uma autorização em sentido apenas nominal, uma ‘autorização’ contratual”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso (...)* op cit., nota 461, p. 438.

⁴⁶⁸ Na visão da doutrina jurídica tradicional, seria difícil conceber a aplicação da figura autorização (com suas características tradicionais - unilateralidade, discricionariedade e precariedade) para a delegação de serviços públicos. Nesse sentido, vale conferir a seguinte passagem, da lavra de Marçal Justen Filho: “**Ora, a expressão autorização é absolutamente incompatível com a existência de um serviço público. Como melhor se verá adiante, não se outorga autorização de serviço público** – fórmula verbal destituída de sentido lógico-jurídico, ressalvada uma hipótese de relevância secundária. Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. **Havendo serviço público, não é o caso de outorga de autorização**. Sendo outorgada autorização, não existirá serviço público”.(grifos nossos). Ocorre que as autorizações de serviços públicos que comentamos no corpo do texto não estão assentadas nas suas características tradicionais, mas sim em nuances que as

expressamente características de ato vinculado ou não dão margem à denegação discricionária da autorização pela autoridade pública⁴⁶⁹; não seriam precárias porque algumas dessas autorizações instituem prazo e direitos dos autorizados à indenização por investimentos ainda não amortizados em caso de rescisão antecipada^{470- 471}.

Essa “autorização-contrato” é um exemplo bastante singular de que, por vezes, algumas figuras jurídicas podem ter as suas características tradicionais adaptadas às necessidades concretas da Administração. No caso, a percepção que o tema gera é a de que se tentou compatibilizar algumas características pertinentes da autorização - como a agilidade na sua formalização e o atendimento ao interesse predominantemente privado - com a proposta de criar um regime jurídico mais estável, próprio dos contratos. É possível que esse seja mais um exemplo de uma tendência do Direito Administrativo contemporâneo de fuga do “regime contratual”, que não parece ser em si motivada pelo desejo de precariedade dos vínculos, mas sim pela proposta de contornar⁴⁷² as formalidades e disfuncionalidades relativas aos processos licitatórios.

Há, ainda, uma terceira tipologia referenciada pela doutrina jurídica, que é a autorização de uso privativo de bem público. Novamente, trata-se de ato administrativo unilateral, precário e discricionário, pelo qual o Estado autoriza o uso privativo de um bem

aproximam de verdadeiros contratos administrativos de concessão. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.

⁴⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos*: (...) op. Cit., nota 463, p. 338.

⁴⁷⁰ Citem-se, como exemplos, (i) as autorizações inseridas na regulação do setor portuário, previstas no art. 8º, p. 1º, da lei n.º 12.815/2013 e (ii) as autorizações previstas no setor elétrico. A respeito das autorizações do setor elétrico, vale a transcrição da seguinte passagem, de autoria de Elena Landau: “De fato, para suprir as deficiências da autorização como titulação para estas atividades, os atos autorizativos do regulador trazem prazos para a sua exploração e até mesmo a reversão de bens para a União, institutos típicos da concessão. Ou seja, em tais casos, ainda que a titulação tenha sido feita via autorização, estes empreendimentos se submeteriam ao regime jurídico próprio da concessão e assim, ainda que formalmente denominadas de autorização, materialmente deveriam ser consideradas concessões, no que diz respeito aos deveres do titular”.

LANDAU, Elena. *Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico*. Revista de Direito Administrativo -RDA, Rio de Janeiro, v. 246, p. 112-135, (jan/abril), 2007, p. 114.

⁴⁷¹ A propósito do tema, vale a reflexão de Sara Jane Leite de Farias: “Entretanto, o que restará evidente é que não se está exclusivamente no terreno das autorizações clássicas, tidas como atos discricionários; pois, referido instituto passou a ser adotado como um instrumento viabilizador da competição, sob a denominação de ‘autorização vinculada’. Torna-se mister esclarecer que não se trata de uma nova ‘modalidade’ de autorização ou ato autorizativo, mas de uma evolução do provimento decorrente do novo cenário propiciado pelo processo de desestatização, caracterizado pela prestação de alguns serviços públicos num regime de direito privado, o qual sobrevive ao lado do regime de direito público, por meio de concessão e permissão. Significa que a referida autorização, por opção legal, pode ser discricionária ou vinculada. Aquela, caracteriza-se pela precariedade, enquanto esta, pela estabilidade”. FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

⁴⁷² Neste caso, a previsão de chamamento público para a formalização de autorizações no setor portuário é um bom exemplo, dado que este procedimento é mais simples do que uma licitação tradicional.

que integra o patrimônio público conforme o interesse de um particular⁴⁷³. Naturalmente, o uso privado que será atribuído ao bem precisa ser compatível com o interesse público⁴⁷⁴⁻⁴⁷⁵. Em linha com o examinado na autorização de polícia administrativa, a doutrina jurídica reforça que, em atenção ao interesse predominantemente particular de exploração do bem, a autorização inaugura uma faculdade para o particular de usar o bem, mas não um dever jurídico⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷.

A partir das informações acima articuladas, pode-se alcançar algumas conclusões parciais, úteis para a melhor compreensão das seções seguintes.

É possível perceber que a autorização não é uma figura de sentido e regime jurídico únicos. O termo assume, inclusive, naturezas distintas a depender da espécie de atividades incluídas em seu objeto e do conteúdo que lhe é atribuído pela legislação. Repise-se a posição de parte expressiva da doutrina jurídica que sustenta que as autorizações que versam sobre serviços públicos têm, em verdade, *natureza contratual*⁴⁷⁸.

Em que pese essa diversidade de acepções, parece possível reconduzir as autorizações a alguns traços comuns, sendo que dois deles parecem especialmente pertinentes aos objetivos deste capítulo.

O primeiro é que os três tipos de autorização representam, em última análise, uma limitação (uma “barreira à entrada” legal) ao exercício de uma atividade privada (um serviço público, uma atividade econômica em sentido estrito ou o uso de um bem público), caracterizando, para todos os efeitos, uma manifestação da atividade de regulação pública. Conforme examinado, os diferentes atos e atividades que podem constituir o objeto das autorizações, independentemente de sua natureza e titularidade, ficam condicionados à formalização de um título prévio e habilitante, sem o qual o seu exercício é juridicamente defeso.

⁴⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. *Regime Jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas?*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). op. Cit., nota 471, p. 178.

⁴⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos* (...) op. Cit., nota 463, p. 336.

⁴⁷⁵ Na lição de José Cretella Jr., “a autorização serve apenas para retirar, em relação ao autorizado, uma vedação antes existente, não lhe conferindo direitos, mas apenas suprimindo proibição geral a um uso privativo”. CRETELLA JR., José. *Tratado de domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 104.

⁴⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos*: (...) op. Cit., nota 463, p. 337.

⁴⁷⁷ As autorizações de uso de bem público dispensam lei autorizativa e licitação para o seu deferimento - embora, na lição de Floriano de Azevedo Marques Neto e de outros autores, a licitação prévia se torna obrigatória quando as autorizações forem expedidas de forma qualificada (ou seja, com a fixação de prazo e outros direitos do administrado). *Ibidem*, p. 338.

⁴⁷⁸ Cabe destacar que nas autorizações-contrato, o regime jurídico aplicável decorre de lei formal – e não de regulamentos. Por isso, em que pesem essas autorizações não serem dotadas das características classicamente apontadas pela doutrina, não incidem sobre elas controvérsias jurídicas acerca da sua validade por não observância do art. 22, XXVII, da Constituição, que estabelece competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratação.

O segundo é que autorização e licitação nos termos da lei n.º 8.666/93 são ideias, por enquanto, não vinculadas. Ou seja, mesmo nos casos em que a autorização se aproxima sobremaneira de um contrato, não se exige formalmente um procedimento licitatório, na linha da lei geral de licitações e contratos. O que tem se observado é que alguns diplomas setoriais prescrevem o dever de realização de procedimentos competitivos prévios às autorizações⁴⁷⁹, mas que não são formalmente certames licitatórios. A ideia, ainda que implícita, é que a formalização desse tipo de vínculo pode vir a reboque de um procedimento mais simples e menos formal do que as licitações públicas, desde que atendidos os princípios da isonomia e a transparência.

5.3 Aplicações específicas das autorizações: art. 28, da lei n.º 9.427/96 e art. 21, da lei n.º 8.987/95

Examinadas as características gerais das autorizações, conforme os usos que são mais correntes na legislação e doutrina jurídica, o presente tópico se ocupará de examinar aplicações específicas dessa figura jurídica, previstas no art. 28, da lei n.º 9.427/96 e no art. 21, da lei n.º 8.987/95.

5.3.1 O procedimento para a realização de estudos de aproveitamento de potenciais hidráulicos

O art. 28 da lei da ANEEL trata da cooperação público-privada para a preparação de projetos de *aproveitamento de potenciais hidráulicos*.⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹ Conforme será exposto, essa cooperação é bastante parecida com aquela desenvolvida no âmbito do PMI, cuja mecânica de funcionamento foi descrita no capítulo anterior.⁴⁸²

⁴⁷⁹ Isso ocorre especialmente quando as condições materiais de exercício da atividade autorizada não se adaptam a multiplicidade de autorizados.

⁴⁸⁰ Esse dispositivo também é referenciado no art. 1º, §3º, I do decreto n.º 8.428/2015.

⁴⁸¹ A propósito do tema: “28. Dessa forma, cabe ao poder concedente autorizar, se entender conveniente, a realização de EVTE por interposta pessoa. Aliás, a elaboração de estudos por entidades públicas ou privadas, que depois foram submetidos à aprovação do ente regulador ou do Poder Concedente não é novidade no Brasil. Por exemplo, em 2002, a Aneel aprovou o Estudo de Inventário do Rio Madeira, elaborado por Furnas Centrais Elétricas e pela Construtora Norberto Odebrecht (CNO), que contemplou os aproveitamentos hidrelétricos Santo Antônio e Jirau. Em 2003, a Aneel aceitou os estudos de viabilidade técnica e econômica apresentados por essas empresas, os quais foram aprovados pela agência em 2005 e serviram de base para a licitação das concessões desses dois aproveitamentos.” (Excerto extraído do voto revisor do Min. Benjamin Zymler, no AC-1155-15/14-P, julgado em 07/05/2014).

⁴⁸² De modo a demonstrar a conexão entre os dois dispositivos mencionados, entende-se pertinente a transcrição dos “considerandos” da Portaria 40/ANEEL, de 26.02.1997: “Considerando o estabelecido no art. 21 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no parágrafo 3º do art. 28 da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que assegura ao interessado o reembolso dos gastos realizados com o desenvolvimento de estudos ou projetos, pelo vencedor da licitação de concessão de aproveitamento hidrelétrico, nas condições estabelecidas no edital”; “Considerando que o estabelecido dá maior segurança aos investidores, estimulando a realização de estudos ou

Ocorre que o conteúdo normativo consubstanciado no art. 28, da lei da ANEEL, foi bem mais claro e abrangente do que o constante do art. 21 da lei de concessões, contendo, assim, informações que podem ser úteis para a melhor compreensão da natureza e regime aos quais se submete a cooperação público-privada no PMI.⁴⁸³

Naturalmente, o enfoque do presente capítulo não é a exposição minuciosa das características e procedimentos decorrentes do art. 28, da lei n.º 9.427/96 e da sua extensa e detalhada regulamentação, mas apenas uma análise resumida e que evidencie os aspectos-chave do instrumento aplicável no âmbito do setor elétrico.

Nesse sentido, cabe a transcrição do referido dispositivo:

Art. 28. A realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos **deverá ser informada à ANEEL para fins de registro**, não gerando direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público.

§1º Os proprietários ou possuidores de terrenos marginais a potenciais de energia hidráulica e das rotas dos correspondentes sistemas de transmissão só estão obrigados a permitir a realização de levantamentos de campo quando o interessado dispuser de autorização específica da ANEEL.

§2º A autorização mencionada no parágrafo **anterior não confere exclusividade ao interessado, podendo a ANEEL estipular a prestação de caução em dinheiro para eventuais indenizações de danos causados à propriedade onde se localize o sítio objeto dos levantamentos.**

§3º No caso de serem esses estudos ou projetos 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. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

projetos com vistas a ampliar o elenco de aproveitamentos hidrelétricos em condições de terem suas concessões licitadas e em consequência permitir a ampliação da oferta de energia elétrica”; e “Considerando a necessidade de se estabelecer regras para apresentação dos gastos realizados, visando à facilitação dos processos de registro, análise e reconhecimento dos mesmos, resolve (...)”.

⁴⁸³ Deve-se destacar que há um conjunto de portarias, resoluções e outros atos normativos de natureza regulamentar que minudenciam aspectos do art. 28 da lei da ANEEL, tais como: (i) a Portaria 40, de 26.02.1997, que estabelece os procedimentos aplicáveis ao ressarcimento dos dispêndios incorridos na elaboração dos estudos e levantamentos selecionados; (ii) a Resolução 395, de 4.12.1998, que estabeleceu “os procedimentos gerais para registro e aprovação de estudos de viabilidade e projeto básico de empreendimentos de geração hidrelétrica, assim como da autorização para exploração de centrais hidrelétricas até 30 MW”; (iii) a Resolução 393, de 4.12.1998, que definiu “os procedimentos gerais para registro e aprovação dos estudos de inventário hidrelétrico de bacias hidrográficas”. (iv) a Resolução 398, de 21.9.2001, que fixou “os requisitos gerais para apresentação dos estudos e as condições e os critérios específicos para análise e comparação de Estudos de Inventários Hidrelétricos, visando a seleção no caso de estudos concorrentes”; (v) Resolução ANEEL nº 343, de 9 de dezembro de 2008, que estabelece procedimentos para registro, elaboração, aceite, análise, seleção e aprovação de projeto básico e para autorização de aproveitamento de potencial de energia hidráulica com características de Pequena Central Hidrelétrica – PCH; (vi) Resolução ANEEL nº 412, de 5 de outubro de 2010, que estabelece procedimentos para registro, elaboração, aceite, análise, seleção e aprovação de projeto básico e para autorização de aproveitamento de potencial de energia hidráulica de 1.000 até 50.000 kW, sem características de PCH.

§ 4º A liberdade prevista neste artigo não abrange os levantamentos de campo em sítios localizados em áreas indígenas, que somente poderão ser realizados com autorização específica do Poder Executivo, que estabelecerá as condições em cada caso. (grifos nossos)

O art. 28 traz conteúdo que não pode ser considerado exatamente uma novidade porque, mesmo sob a égide da legislação anterior do setor elétrico, o envolvimento entre os setores público e privado para a realização de estudos e projetos de engenharia com vistas à realização de concessões já era permitida e regulada, assimilando uma dinâmica de funcionamento bastante parecida com a que vige atualmente.⁴⁸⁴⁻⁴⁸⁵

O que pode ser percebido na redação do art. 28, *caput*, é que a autorização não figura como um consentimento da ANEEL para o desenvolvimento dos estudos e levantamentos de potenciais hidrelétricos em si.

O instrumento “autorização”, tal qual referenciado nos parágrafos do art. 28, corresponde ao título jurídico que permite a realização de investigações nos “terrenos marginais a potenciais de energia hidráulica e das rotas dos correspondentes sistemas de transmissão” (art. 28, § 1º).

Referida autorização, portanto, corresponde realmente a uma condição *sine qua non* - mas não para a realização de “estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos”, ou seja, para o trabalho intelectual de sistematização de informações. O objetivo dessas autorizações é o de possibilitar juridicamente a realização de investigações de campo, que tenham por pressuposto o

⁴⁸⁴ Previsão bastante semelhante àquela estabelecida pelo art. 28 da lei n.º 9.427/96 já constava da lei n.º 6.712/79, embora a possibilidade estivesse limitada aos estabelecimentos de transmissão de energia: “Art. 1º Para o estabelecimento de instalações de transmissão de energia elétrica, em tensão nominal igual ou superior a 230 KV, poderá ser concedida autorização de estudos às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, sendo-lhes reconhecido o direito às servidões necessárias à elaboração dos respectivos projetos. Art. 2º Os proprietários ou possuidores dos terrenos, onde devam ser efetuados os estudos referidos no artigo anterior, são obrigados a permitir, às autorizadas, a realização dos levantamentos topográficos e geológicos necessários à elaboração dos projetos, inclusive o estabelecimento de acampamentos provisórios para o pessoal técnico e operários, respondendo as concessionárias pelos danos que causarem”.

⁴⁸⁵ Conforme trataremos no capítulo VI, o setor elétrico foi marcado por uma realidade peculiar dada a presença da Eletrobras, a qual participava da elaboração desses estudos e posteriormente disputava (diretamente ou por meio da participação de consórcios com empresas privadas) os certames concessórios.

ingresso⁴⁸⁶ e a permanência nas propriedades em que estejam localizados os potenciais hidrelétricos estudados⁴⁸⁷.

Adicionalmente, o caráter de ato de consentimento dessas autorizações fica ainda mais patente se considerarmos que o art. 28 prevê hipóteses em que o deferimento do ato fica sujeito a requisitos ainda mais severos: (i) a possibilidade de exigência de caução em dinheiro para assegurar a cobertura de eventuais “danos causados à propriedade onde se localize o sítio objeto dos levantamentos” (art. 28,§2º) e; (ii) a necessidade de autorizações específicas do Poder Executivo, para que os levantamentos de campo ocorram em áreas indígenas (art. 28,§4º).

Ou seja, ainda que as atividades compreendidas na elaboração de estudos de viabilidade não sejam *per se* condicionáveis à autorização estatal, o mesmo não se pode dizer das medições e investigações *in loco*, por vezes executadas em propriedades privadas ou bens públicos de uso privativo – que, portanto, não estariam acessíveis aos particulares sem um ato formal de assentimento estatal.

Esse ato de concordância estatal é a autorização. Ela corresponde ao título jurídico que permite a intervenção temporária e pontual do autorizado na propriedade de um terceiro (qual seja, o titular dos terrenos marginais a potenciais hidráulicos) ou do Estado, em se tratando de um bem público cujo uso e acesso sejam restritos.

A relevância do art. 28 para os propósitos deste capítulo não se encerra no exame do termo “autorização”, que nele se fez uso.

O dispositivo legal em tela e os regulamentos posteriormente publicados pela ANEEL se valem de outra figura jurídica importante – o *registro*. Os regulamentos editados pela agência não tratam expressamente da natureza e regime jurídico do registro, apenas detalhando a sua função no contexto do desenvolvendo de estudos de inventário hidrelétrico⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Não se investigou para o desenvolvimento deste capítulo o funcionamento dessas análises de campo. É provável, entretanto, que elas representem uma turbção considerável do direito de propriedade dado que não devem ser incursões apenas pontuais e esporádicas. Tendo em vista a natureza do objeto estudado, supõe-se que os autorizados devem permanecer durante certo tempo e em diferentes períodos do ano na área analisada, com a proposta de levantar informações e realizar medições que irão subsidiar os estudos de viabilidade e os projetos de engenharia.

⁴⁸⁷ São, portanto, autorizações que permitem a constituição de um direito de *servidão* em face dos titulares dos imóveis localizados nas áreas estudadas. Os titulares desses bens precisarão permitir o ingresso dos autorizados. A autorização manifesta, na nossa visão, uma dupla função: primeiro, representa o consentimento da ANEEL (e de outras agências públicas, a depender do caso concreto) com a atividade de investigação de campo por parte dos colaboradores autorizados; segundo, estabelece uma limitação administrativa temporária sobre a propriedade particular ou o direito de uso de um bem público (também temporariamente).

⁴⁸⁸ Em linhas gerais, esse ato tem funções muito parecidas com a da autorização no âmbito do PMI. Transcreveu-se a seguir alguns dispositivos da resolução nº. 393/ANEEL que reforçam essa percepção: Art. 3º Os estudos de

Analisando o art. 28 e as resoluções que o detalham como um sistema, nosso entendimento é que o registro foi desenhado como um ato administrativo *vinculado*. Diferentemente do que iremos observar mais adiante (por ocasião do estudo da autorização no art. 21 da lei geral de concessões e no decreto n.º 8.428/2015), os atos normativos da ANEEL não sinalizam o caráter de precariedade do registro e, como consequência, da relação cooperativa por meio dele estabelecida. Nossa percepção também é embasada pelo exame da doutrina jurídica, a qual tradicionalmente caracteriza os atos administrativos que atendem pela nomenclatura *registro* como atos vinculados⁴⁸⁹.

À luz das resoluções editadas pela ANEEL, o registro assume pelo menos duas funções. Primeiro, ele confere publicidade para a atuação dos particulares na realização dos estudos de viabilidade e projetos de engenharia. Os registros podem permanecer *ativos* (quando há acompanhamento contínuo do andamento dos estudos) ou *inativos* (quando considerados insubsistentes pela ANEEL)⁴⁹⁰. Segundo, o registro é condição para eventual

inventário hidrelétrico serão realizados diretamente pela ANEEL, ou por terceiros, após o necessário registro, segundo os procedimentos estabelecidos nesta Resolução;

Art. 6º O registro de realização dos estudos de inventário hidrelétrico será iniciado com a atuação do requerimento, sendo o seu comprovante o número de processo da ANEEL; Art. 9º Para que o registro dos estudos de inventário hidrelétrico seja considerado ativo, o interessado deverá apresentar as seguintes informações: I - qualificação do interessado; II - denominação do curso d'água e o número da bacia e da sub-bacia hidrográfica; III - objetivo do estudo pretendido; IV - cópia de carta geográfica publicada por entidade oficial, com indicação do local do aproveitamento hidrelétrico; V - cronograma e condições técnicas de realização dos estudos; VI - existência de estudos anteriores e a sua utilização parcial ou total; VII - previsão de dispêndio com os estudos de inventário, o qual será auditado pela ANEEL, no caso de ressarcimento, com base nos seus custos finais; Art. 10. Após o registro, a ANEEL informará ao interessado os prazos para apresentação dos relatórios de andamento dos estudos de inventário, compatíveis com a complexidade da bacia hidrográfica, de modo que o registro permaneça na condição de ativo; Art. 12. A autorização para a realização de levantamentos de campo será emitida mediante solicitação do interessado e apresentação à ANEEL do recibo de depósito da caução.

⁴⁸⁹ Tratando do ato administrativo *registro*, embora numa acepção genérica (portanto não específica para o setor elétrico), Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que: “são atos vinculados que expressam, por meio de assentamentos públicos, o reconhecimento administrativo da satisfação de requisitos legalmente estabelecidos para a prática de atos da vida privada, por parte do administrado que os requer. O espectro de sua utilização é muito amplo, cabendo distinguirem-se as hipóteses em que o registro é da substância do ato (forma essencial) dos casos em que apenas serve para comprová-lo ou, ainda, dos casos em que atua como ato condição. Com a característica de atos vinculados, os registros apresentam múltipla utilização, como, por exemplo, para o exercício de trabalho, ofício e profissão, para a utilização ou manuseio de veículos, equipamentos ou substâncias, para a comercialização de certos produtos e muitas outras”. Cabe destacar que estamos nos valendo dessa referência doutrinária como um suporte, mas não como um argumento definitivo. Como é sabido, é bastante frequente que a legislação altere o regime e características de termos jurídicos trabalhados doutrinariamente, não havendo qualquer impedimento para que isso seja feito. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso (...)* op. Cit., nota 460, p.157.

⁴⁹⁰ Cf. Art. 7º da resolução 393/98. Trata-se de direito de preferência para os casos em que é possível a *autorização* para a exploração de potenciais elétricos (normalmente potenciais de geração de energia que atendem a determinado limite previsto nas resoluções) – e para os casos de *concessão*, na qual o direito de preferência (inclusive com base no art. 28) não é possível.

ressarcimento dos custos aplicados nas investigações, projetos e estudos realizados e para o exercício do direito de preferência dos autores dos estudos de inventário hidrelétrico.⁴⁹¹

A partir do exame da regulamentação da ANEEL, observou-se o seguinte: (i) que a autorização parece ter sido usada de modo a gerar, de fato, uma carga de consentimento para a realização de uma atividade (ou o uso de um determinado bem) que não poderia ser desempenhada sem tal manifestação – ou seja, tal qual uma autorização; (ii) que o registro é um ato vinculado, sendo importante para o gerenciamento do procedimento e para a constituição de expectativas em favor do particular cujo registro permanece ativo.

5.3.2 O procedimento de manifestação de interesse/PMI: natureza e regime jurídico

5.3.2.1 A autorização: natureza e funções

Qual é a natureza da autorização prevista no art. 21, da lei n.º 8.987/95? Considerando o brocardo jurídico de que “o legislador não usa palavras inúteis”, é possível reconduzi-la a alguma das tipologias descritas no tópico 2.2?⁴⁹²

Conforme anteriormente mencionado, a pertinência dessa investigação está no fato de que a autorização é o ato jurídico que não apenas formaliza, mas também qualifica a natureza e o regime aplicável à relação mantida entre os particulares e Administração Pública no PMI.

Diferentemente do que se verificou no modelo adotado pela ANEEL, o art. 21 da lei geral de concessões adota uma redação mais concisa e parece se valer do termo “autorização” de forma genérica. Vale transcrever novamente o citado artigo:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente **ou com a sua autorização**, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital. (grifos nossos)

Além do art. 21, a autorização também é mencionada e disciplinada nas regulamentações editadas por diversos entes federativos, entre elas o decreto federal n.º 8.428/2015. Nos termos do art. 1º, §4º, II deste decreto, a autorização funciona com o

⁴⁹¹ Cf. Art. 3º da resolução 393/98.

⁴⁹² É importante comentar que nos tópicos 3, 4 e 5 se optou por circunscrever essa investigação sobre a natureza jurídica da autorização (esteja ela contida no art. 21 ou nos regulamentos editados para este dispositivo) às fronteiras do Direito Administrativo. No âmbito dessa análise, fomos tentados a fugir para o direito privado e nos socorrer de figuras e aportes teóricos de origem civilista, especialmente os relativos à teoria geral dos contratos. Optou-se, porém, por limitar o universo de pesquisa e análise ao Direito Administrativo. Os ramos do direito público têm uma estrutura de pensamento estabelecida sobre princípios e ideias específicas em relação ao direito privado, pesando, principalmente, o caráter limitador que a lei exerce sobre a autonomia contratual da Administração. Nesse sentido, discutir se algum arranjo tem natureza de contrato administrativo é discutir aspectos relativos a um conjunto de características (e regime jurídico) mais enxuto do que os admitidos em sede de contratos privados. Por isso, o enfoque das análises, naqueles tópicos, não é a comparação entre PMI e contrato, mas sim, entre PMI e contrato administrativo (nos termos do disciplinado pela legislação).

expediente jurídico que formaliza a participação privada na realização de estudos, projetos, levantamentos e investigações - os quais têm por finalidade subsidiar a modelagem de concessões e de outros empreendimentos público-privados (conforme art. 1º, do referido decreto)⁴⁹³.

De acordo com as informações sistematizadas no tópico 2.2, ficou claro que existem três tipologias tradicionais de autorização, as quais variam em relação ao seu objeto e regime jurídico. Porém, as diferentes espécies examinadas têm em comum o fato de representarem um permissivo para a realização de um ato ou o exercício de uma atividade - uso de bem público, atividade econômica em sentido estrito, ou prestação de serviço público. Tendo em vista esse traço em comum, cabe indagar: existe restrição legal para que particulares conduzam, por sua conta e risco, levantamentos, pesquisas e estudos necessários para a preparação de projetos de potencial ou manifesto interesse público, a serem contratados como concessões de serviços públicos?

É preciso confessar que não se vasculhou a legislação infraconstitucional a fundo de modo a verificar a existência de alguma restrição a respeito da elaboração de estudos técnicos e pesquisas. Apurou-se, contudo, que em sede constitucional existem de fato restrições relativas à pesquisa de potenciais hidrelétricos, de hidrocarbonetos, de minérios em geral e de minérios nucleares e seus derivados. A pesquisa a respeito desses recursos não seria integralmente livre. Ainda que sem arrimo em obras de referência sobre o tema, pode-se especular que essas limitações provavelmente se devem à intenção de proteger interesses estratégicos do país ou resguardar a segurança e integridade da população e do meio ambiente.

Porém, assume-se aqui como premissa que não existe uma restrição legal genérica para que particulares desenvolvam, espontaneamente e por sua conta, estudos de viabilidade (ou de outra natureza) aptos a serem aproveitados pelo Estado para a licitação de projetos de infraestrutura⁴⁹⁴. Do contrário, até mesmo a viabilidade jurídica da realização de estudos, levantamentos e projeções financeiras por licitantes interessados em participar dos certames

⁴⁹³ A regulamentação do PMI atual permite o uso do instrumento para que a Administração obtenha subsídios aptos a viabilizar não apenas projetos de concessão comum e PPP, mas também projetos modelados sob outros formatos jurídicos (permissão, concessão de direito real de uso e arrendamento de bens públicos).

⁴⁹⁴ Também aderindo a essa ideia: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 282 e ZOCKUN, Maurício. *A Constituição e o PMI nas concessões: os confins do art. 21 da Lei 8.987*. São Paulo: Última Instância Editorial Ltda, 2012. 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 01.07.2015, às 08h46;

concessórios, com vistas à elaboração das suas propostas, seria questionável, o que a nosso ver não se afiguraria como uma conclusão razoável.⁴⁹⁵

Além disso, cabe registrar que no âmbito das discussões conduzidas por algumas procuradorias e trabalhos acadêmicos a propósito do art. 21 (e de sua regulamentação), já se evocou o argumento jurídico de que as autorizações de particulares para o desenvolvimento e apresentação de projetos ao setor público estariam também albergadas pelo *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição) – que corresponde ao direito de provocar e obter a manifestação do Estado acerca de determinado tema⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷.

Assumindo como correta a fundamentação acima, mesmo os regramentos legais e regulamentares aplicáveis ao PMI não seriam juridicamente imprescindíveis caso um particular pretendesse espontaneamente apresentar uma proposta de projeto (e os respectivos estudos que embasam a sua viabilidade) à Administração. Referido entendimento corroboraria a tese de que a autorização mencionada no art. 21 seria diferente daquelas tipologias já tratadas pela doutrina e legislação, explicadas no tópico 2.2, em virtude da inexistência de uma atividade cuja execução dependa de prévia chancela estatal.

⁴⁹⁵ Esse é um argumento de reforço para a tese acima defendida de que não deve haver restrição para a preparação de estudos de viabilidade. Deve-se reconhecer que não existe ontologicamente uma diferença entre os estudos e levantamentos produzidos pela Administração por ocasião da estruturação dos projetos e os estudos realizados pelos licitantes interessados no projeto. Normalmente os estudos produzidos por estes atores variam no que tange ao seu nível de detalhamento, mas existe, por assim dizer, uma natureza comum entre eles.

⁴⁹⁶ Dentre as obras publicadas, encontramos referência sobre essa linha de pensamento em: ZOCKUN, Maurício. *A Constituição e o PMI nas concessões: os confins do art. 21 da Lei 8.987*. São Paulo: Última Instância Editorial Ltda, 2012. 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 14.04.2015, às 17h; REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), op. Cit., nota 2, p. 177-206; p. 189; e DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. Cit., nota 1, p. 123.

⁴⁹⁷ Não refutamos de todo a tese de que o PMI guarda relação com o direito de petição, mas, em nossa visão, trata-se de um uso bastante atípico desse direito. A noção tradicional de direito de petição, segundo Uadi Lammêgo Bulos, pode ser enunciada como “o poder de dirigir à autoridade um pedido de providências, ou de intervenção, em prol de interesses individuais e coletivos, próprios ou de terceiros, de pessoa física ou jurídica, **que estejam sendo violados por ato ilegal ou abusivo de poder**”. (grifei) E ainda: “O direito de petição é expressão ampla que se apresenta por intermédio de queixas, reclamações, recursos não contenciosos, informações derivadas da liberdade de manifestação do pensamento, aspirações dirigidas a autoridades, rogos, pedidos, súplicas, representações diversas, pedidos de correção de abusos e erros, pretensões, sugestões”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 217. Ainda que esta tese, de que os PMIs estariam albergados pelo *direito de petição* possa parecer bastante heterodoxa, cabe repisar (com base na informação apresentada no capítulo III), que no Peru, o art. 14 do decreto legislativo nº.1012 (atualizado em 2014) declarou as “iniciativas privadas” têm natureza de “peticiones de gracia”. Tratando do tema com mais detalhes, no contexto peruano, ver: MORON URBINA, Juan Carlos; *La Generación Por Iniciativa Privada De Proyectos Públicos De Inversión: La nueva colaboración público-privada y el interés público; Derecho y Sociedad* Nº 24, Lima. Disponível em <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/13/la-generacion-por-iniciativa-privada-de-proyectos-publicos-de-inversion-la-nueva-colaboracion-publico-privada-y-el-interes-publico/>, acesso em 25/05/2015, às 20h.

No mais das vezes não é um tarefa fácil reconduzir uma figura jurídica nova a categorias previamente identificadas pela legislação e/ou doutrina jurídica – e a autorização prevista no PMI ilustra bem essa dificuldade.

Pesquisando e refletindo sobre o tema, fomos inicialmente tentados a afirmar que essa autorização se aproximaria bastante de uma categoria jurídica já trabalhada pela doutrina e legislação – o *credenciamento*⁴⁹⁸.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o credenciamento é uma das “modalidades de administração associada de interesses públicos de conteúdo econômico, em parceria por ato unilateral”. Discorrendo sobre tal figura, referido jurista destacou que:

Nesta modalidade de parceria, a Administração Pública delega **unilateral e precariamente**, por **atos administrativos**, a credenciados, **atividades de interesse público**, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que sejam remunerados por seus serviços, diretamente pelos administrados beneficiários ou por ela própria. (grifos nossos)

No credenciamento, as atividades executadas pelo credenciado não são a princípio vedadas, podendo ser prestadas ao público em geral. Ou seja, o particular, ainda que não tenha sido investido da condição de credenciado, pode prestá-las em regime de livre mercado (observados, naturalmente, outros condicionamentos legais eventualmente incidentes). Porém, essas atividades, em algumas circunstâncias, podem se tornar de interesse público, fazendo sentido, assim, que particulares sejam admitidos, sem prévio procedimento competitivo, para executá-las em nome e em benefício da Administração⁴⁹⁹.

Entretanto, em relação ao credenciamento, enxergamos dois problemas.

O primeiro é que, diferentemente do que defende Diogo de Figueiredo Moreira Neto (cujo entendimento ficou bastante claro na passagem acima transcrita), a maior parte da doutrina e jurisprudência dos órgãos de controle advoga que a relação jurídica estabelecida no

⁴⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso (...)* op. Cit., nota 460, p.276. Na sistematização adotada pelo referido autor, os credenciados fazem parte de um grupo mais amplo, designado pelo autor de “entes associados em parceria por ato administrativo”, no qual se incluem autorizados e permissionários de uso de bem público. Essa classificação chamou nossa atenção e em versão anterior deste capítulo a adotamos para caracterizar o ato administrativo emitido no PMI.

⁴⁹⁹ Dentre os exemplos para o uso da ferramenta podem ser citados o credenciamento de clínicas médicas pelo DETRAN e o credenciamento de profissionais de saúde para a prestação de serviços médicos aos servidores de determinado ente público. Em ambos os exemplos, trata-se de estabelecimentos de saúde que, a princípio, podem prestar suas atividades finalísticas sem o *credenciamento* (embora neste caso sejam necessárias outras autorizações e licenças por conta de questões sanitárias, por exemplo). No primeiro exemplo, o Estado (por meio de ente da sua administração indireta – o DETRAN) pode credenciar estabelecimentos de saúde para que realizem exames e avaliações médicas necessárias para a emissão e renovação de carteiras de habilitação para a condução de veículos automotores. No segundo caso, o objetivo é a formação de uma rede credenciada de profissionais de saúde que prestem serviços aos servidores.

âmbito do credenciamento é de natureza contratual⁵⁰⁰. Sustenta-se, inclusive, que se o credenciamento versasse sobre situações em que a competição fosse “desnecessária”, a hipótese seria de inexigibilidade de licitação, albergada pelo art. 25, II, da lei geral de licitações⁵⁰¹.

Por se tratar de um contrato, o credenciamento, a nosso ver, não conseguiria bem refletir o conteúdo e regime pensados para a autorização do art. 21, nos termos do que será exposto no tópico seguinte.

O segundo problema é que o credenciamento também não se adaptaria bem na dinâmica tradicional de funcionamento do PMI, em que o ressarcimento dos dispêndios incorridos se dá apenas em favor do autorizado cujos estudos são selecionados. Existe, para todos os efeitos, uma competição no PMI – que ainda que não se coloque para a obtenção da autorização, ocorrerá para a obtenção do ressarcimento. O credenciamento não se compatibiliza com essa ideia de competição.

Na nossa percepção, a opção de designar o ato administrativo de “autorização” foi provavelmente motivada pelo desejo (principalmente dos Poderes Executivos responsáveis em suas respectivas esferas por regulamentarem o PMI) de reforçar a aplicação de um regime jurídico que enfatizasse as ideias de discricionariedade e, principalmente, de precariedade – que são características inerentes da autorização (essa percepção também está presente no voto revisor do Min. Benjamin Zymler, que referenciaremos a seguir). Por isso, pensamos que o termo “autorização” acabou sendo apropriado na redação do art. 21 de uma forma diferente daquela normalmente empregada em outros textos normativos e pela doutrina administrativista. A preocupação central assimilada no referido dispositivo legal parece ter sido apenas a de sinalizar a presença de características pelas quais a autorização é conhecida (discricionariedade e precariedade)⁵⁰².

⁵⁰⁰ Nesse sentido, cite-se os seguintes trabalhos de referência: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Delimitação conceitual e finalidade do instituto do credenciamento. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte — RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, j a n . / j u n . 2 0 0 8 . Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62381>>. Acesso em: 1/07/2015, às 4h47; FERNANDES, J. U. Jacoby. Credenciamento: uma solução para vários problemas. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 87, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56959>>. Acesso em: 1/07/2015, às 16h51.

⁵⁰¹ Os textos sobre o tema, inclusive, concentram energia buscando explicar que se trata de uma hipótese de inexigibilidade *não* em virtude de uma competição *inviável*, mas sim de uma competição *desnecessária* – o que requer esforço interpretativo sobre a redação do art. 25, caput da lei geral de licitações.

⁵⁰² O Min. Benjamin Zymler, no seu voto revisor no AC-1155-15/14-P, julgado em 07/05/2014, afirma que se trata de uma autorização que manifesta o poder de *polícia estatal*, conforme discorremos a respeito no tópico 2.2. Pelas razões expostas acima, em especial pela ausência de uma previsão legal expressa restringindo a realização desses estudos, não concordamos com o entendimento exposto pelo ministro. Optamos por transcrever um excerto longo do referido voto, de modo a preservar o encadeamento de argumentos adotado pelo seu autor. Destaque-se, entretanto, que a despeito desta divergência específica no que tange a natureza da autorização, o

Porém, a despeito das controvérsias jurídicas acerca da natureza da autorização no PMI, parece ser possível ao menos identificar as suas funções. E neste particular, existe uma identidade com as funções observadas para o ato administrativo *registro*, conforme regrado pela ANEEL (ainda que lá se trate de ato vinculado).

Primeiro, a autorização regulada pelo decreto n. 8.428/2015 provê maior transparência para a participação privada na preparação de projetos de concessão. Diversos trabalhos acadêmicos sobre o tema reiteram que uma das vantagens mais significativas do art. 21 (e dos procedimentos dele derivados) foi o de deixar às claras algo que sempre existiu⁵⁰³. A

referido voto é extremamente técnico e assimila ideias e interpretações com as quais concordamos e as quais serão retomadas no último capítulo desta dissertação. Nesse sentido:

7. "Aduzo que, no seu conceito clássico, a autorização é vista como um ato administrativo discricionário, unilateral e precário, "pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 190).

8. Ressalto o caráter discricionário deste ato, uma vez que o Poder Público analisará a conveniência e a oportunidade dessa autorização. Assim sendo, não existe a obrigatoriedade de a autorização em tela ser precedida por um processo seletivo formal.

9. Por dever de ofício, cabe analisar o entendimento do Relator no sentido de que "a autorização para a elaboração de estudos de que trata o artigo 21 da Lei 8.987/1995 **não se confunde com autorizações para uso de bem público ou espaço público e nem com autorizações para prestação de serviço público**".

10. Em primeiro lugar, ressalto que se trata de uma autorização cuja base constitucional se encontra no artigo 170, parágrafo único, da Carta Política, o qual prevê que 'é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.'

11. Essa afirmação encontra respaldo no fato de se tratar do exercício de uma atividade econômica, consistente na realização de serviços técnicos, sob conta e risco do particular, a qual depende de lei porque existe um interesse público envolvido. Note-se que compete ao Estado promover o desenvolvimento da infraestrutura brasileira, com o fito de atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil relacionados no art. 3º da nossa Carta Política, em especial aquele relativo ao desenvolvimento nacional.

12. É sabido que as leis não contêm palavras inúteis. Considerando que a Constituição é a nossa Lei Maior, resta patente que a Carta Magna não teria feito expressa menção a um instituto (autorização) se o constituinte não quisesse que ele fosse utilizado como paradigma para casos similares ao vertente. Até porque, na hipótese sob comento, trata-se sem dúvida de uma atividade econômica, consistente na elaboração dos estudos e projetos encomendados pela Secretaria dos Portos.

13. Na realidade, verifica-se uma expansão do conceito de autorização, que passa a ser utilizada pela Administração Pública como um instrumento para a tutela do interesse geral que orienta a atividade econômica (Fernandes Garcia. *Definición de servicio público*. Ed. Aranzadi, 1984. pp. 101 e ss.). Nesse sentido, ela adquire um caráter negocial, mas continua dispensando licitação ou seleção (Gil Meilan. *Sobre la determinación conceptual de la autozación y la concesión*. RAP n. 71, 1973. p. 85).

14. Ademais, a autorização tem como uma das suas características a precariedade. No caso sob comento, a autorização dada pela Secretaria Especial de Portos é tão precária que o fruto do trabalho do autorizatário não será necessariamente aproveitado, o que implica dizer que não será obrigatoriamente remunerado.

15. Ressalto que, em geral, a Constituição e as leis não possuem glossários. Nos casos excepcionais em que eles existem, referem-se a conceitos de uso mais restrito ou que possuem significados plurívocos. **Na hipótese ordinária, que ora se examina, o significado dos termos utilizados nessas normas jurídicas corresponde àquele compartilhado por todos. Nesse sentido, quando a Carta Magna se refere às autorizações, ela faz menção ao instituto tal como ele é usualmente entendido pela doutrina e pela jurisprudência. Assim sendo, devem ser considerados especialmente os elementos que compõem o núcleo essencial e permanente desse instituto, quais sejam a discricionariedade e a precariedade". (grifei)**

⁵⁰³ Nesse sentido: "Cabe observar que o decreto paulista, assim como todos os demais regulamentos que preveem o mecanismo de apresentação de projetos pelo setor privado à Administração Pública, não está criando

autorização, em razão de seu caráter oficial e da publicidade sobre ela incidente, contribui para aumentar o conhecimento público e o controle sobre a ação privada consentida.

A segunda função da autorização decorre da sua conexão com a figura do ressarcimento, que será analisada com mais detalhes no tópico 5. Nessa linha, a autorização funciona, para todos os efeitos, como um título jurídico que serve também para qualificar a participação privada como cancelada pelo Estado⁵⁰⁴. Mesmo que precária e não instituidora formalmente de uma vinculação jurídica com os mesmos efeitos de um contrato administrativo, a autorização viabiliza juridicamente o ressarcimento dos valores aplicados pelo particular na preparação dos estudos – no caso, naturalmente, de tais estudos serem selecionados, efetivamente utilizados na preparação dos documentos licitatórios e de haver sucesso na licitação⁵⁰⁵. Diferentemente do observado no registro regrado pela ANEEL, não há que se falar no PMI em direito de preferência.

Por fim, é possível que a atribuição mais relevante da autorização seja a de servir como um instrumento de “gerenciamento” da colaboração privada – de modo similar ao que também se pratica nos procedimentos capitaneados pela ANEEL. Explica-se.

A partir da emissão de uma ou mais autorizações no PMI é possível saber quantos e quais particulares mostraram interesse em participar do procedimento, permitindo que o poder público com eles interaja e acompanhe o desenvolvimento de seus trabalhos. Sem a formalização dessa participação, o ente público ficaria no escuro, sem saber se há de fato

direito novo, uma vez que não havia qualquer impedimento legal ao encaminhamento de propostas, planos, concepções e ideias do setor privado ao público, especialmente quando o objetivo é municiar esta de elementos para desenvolver um projeto de interesse da população ou ao desenvolvimento público. O regramento, no entanto, mostrou-se necessário e essencial para preservar, por um lado, a isonomia de oportunidades entre os atores do setor privado e, por outro, a garantia de moralidade das relações deste com o setor público, bem como a lisura nos procedimentos e transparência das decisões e princípios inerentes e indissociáveis da Administração Pública”.(grifo nosso) MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *MIP/PMI - A Parceria na Relação Público-Privada*. In.: Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento/Ricardo Sennes...[et al.]. São Paulo: Lex Editora, 2014, p. 188.

⁵⁰⁴ Corrobora esse entendimento a lição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, “(...) não é preciso qualquer autorização do Poder Público para que os particulares promovam investigações e realizem estudos sobre projetos de interesse público. 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”. (grifo nosso) RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Op. Cit., nota 43, p. 333.

⁵⁰⁵ Cabe destacar que seria controvertido, sob a perspectiva jurídica, efetuar o ressarcimento dos valores aplicados pelo agente privado na preparação do projeto sem qualquer tipo de formalização prévia de sua participação. Essa preocupação tende a ficar mais clara se colocada sob a forma de questionamentos: Qual o título jurídico que permite ao ente público determinar o ressarcimento dos valores aplicados na modelagem pelo adjudicatário de contrato de concessão? A importância da autorização e do procedimento desenvolvido a título de regulamentação do art. 21 é a de constituir um título jurídico habilitante de eventual transferência de recursos estatais ao agente privado que atua em colaboração com o Estado.

algum interessado do mercado disposto a colaborar com a elaboração do projeto e qual o seu perfil/interesse – por exemplo, consultorias técnicas interessadas apenas no ressarcimento, licitantes em potencial etc.

Cada categoria de interessados tem interesses próprios, os quais não são necessariamente convergentes com os interesses do ente público. A atenção a essa realidade reforça a preocupação de bem gerir o PMI. Por essas e outras razões, nos termos do parágrafo segundo do art. 6º do decreto n.º 8.428/2015, previu-se que no termo de autorização devem estar reproduzidas e especificadas as condições estabelecidas no requerimento formulado pelo interessado, “inclusive quanto às atividades a serem desenvolvidas, ao limite nominal para eventual ressarcimento e aos prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento de projetos, levantamentos, investigações ou estudos”.^{506_507}

O próximo tópico enfoca não mais a discussão sobre a autorização e a sua controversa natureza jurídica, mas sim as características do regime que lhe foi atribuído em sede regulamentar. A partir de uma análise do decreto n.º 8.428/2015, serão articulados argumentos que reforçam que a colaboração privada oficializada no PMI não assume natureza contratual.

5.3.3 O regime jurídico da colaboração público-privada no âmbito do PMI

O cerne deste tópico não é discutir a natureza do Procedimento de Manifestação de Interesse. Conforme a própria nomenclatura adotada já sinaliza, o PMI tem a natureza de um *processo administrativo* - constatação que já foi tratada em alguns artigos acadêmicos publicados^{508_509}.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, vale a transcrição da seguinte passagem a propósito dos atos administrativos negociais, de autoria de Hely Lopes: “Embora unilaterais, esses atos impõem às partes – Administração e administrado – a observância de seu conteúdo e o respeito às suas disposições para a execução de seu objeto. Enquanto os atos administrativos normativos são genéricos, os atos negociais são sempre específicos, operando efeitos jurídicos entre as partes”. (grifei) MEIRELLES, Hely Lopes. *Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.74, n.592, p. 12-14, 02/1985.p.14.

⁵⁰⁷ Nesse ponto, enxergamos uma aproximação entre as funções da autorização no PMI e do registro, nos procedimentos desenvolvidos pela ANEEL para o estudo de potenciais hidrelétricos.

⁵⁰⁸ A natureza jurídica do PMI ainda não foi tratada a fundo pela doutrina jurídica. Existem referências que são feitas apenas *en passant* sobre o tema, as quais se limitam, em regra, a afirmar a sua natureza *não contratual* ou meramente *processual*. Nesse sentido: “Como o próprio nome sugere, o *procedimento de manifestação de interesse* tem natureza processual, tratando-se de efetivo **processo administrativo em espécie**. Como tal, a ele são aplicáveis as Leis Gerais de Processo Administrativo correspondentes a cada ente federado; aos PMIs conduzidos na esfera federal, por exemplo, aplicam-se subsidiariamente a Lei federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999). As implicações de aproximação entre PMI e normas gerais de processo administrativo são evidentes, determinando, dentre outras cominações, os deveres de publicidade, motivação e de atendimento a fins de interesse geral”. (grifei). DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal e

Porém, uma questão mais relevante é a de identificar a natureza jurídica da relação estabelecida entre autorizados e Administração, isto é, se essa relação pode ser caracterizada para todos os efeitos como um contrato administrativo.

Eventual confusão a esse respeito decorre do fato de que a atuação dos particulares no PMI tem por objetivo municiar o Estado de estudos, levantamentos, materiais e outros insumos que, *grosso modo*, também podem ser obtidos pela via da realização de licitações e da celebração de contratos administrativos de prestação de serviços^{510_511_512}.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Op. Cit., nota 1, p. 125; Professando o mesmo entendimento: “O PMI corresponde a **figura de caráter processual** por meio da qual particulares são convocados a submeter deste investigações, estudos e levantamentos preliminares até projetos de interesse público contratáveis junto à Administração Pública.” SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme F. Dias. O Decreto 8.428 e a nova regulamentação do procedimento de manifestação de interesse (PMI) no âmbito federal. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI219690,11049-O+decreto+842815+e+a+nova+regulamentacao+do+procedimento+de>, acesso em 30/06/2015, às 08h57.

⁵⁰⁹ A nosso ver, a distinção entre processo e procedimento não fica tão clara em sede doutrinária. É comum afirmar-se que “o processo se exterioriza pelo procedimento”. Trata-se de uma “esquina teórica” a qual se optou aqui não aprofundar. Ainda que sem empreender pesquisa relativa a este tema, também concordamos com a posição de que PMI deve ser entendido como um *processo*. O decreto n.º 8.428/2015 reforça essa percepção ao não reproduzir a previsão existente no regulamento federal anterior (o decreto 5.977/2006), cujo art. 11, *caput* (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) vedava a possibilidade de os autorizados recorrerem de decisões tomadas pela autoridade pública à frente do PMI. Esse dispositivo sempre foi de validade duvidosa, especialmente diante do art. 56, *caput* (“Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”), da lei federal n.º 9.478/99 (lei de processo administrativo federal). A nosso ver, ainda que o decreto atual tenha silenciado a respeito, a perspectiva de manejo de recursos é uma forma a mais pela qual se oportuniza a manifestação de inconformismo dos particulares em relação a decisões da Administração efetuadas no PMI, o que promove o princípio do contraditório e se encaixa, dessa forma, numa abordagem teórica mais tradicional de que processos são procedimentos marcados pela existência de *contraditório*. Da mesma forma, o parágrafo sexto do art. 15 do decreto n.º 8.428/2015 também parece reforçar o contraditório ao permitir ao autorizado, diante de novas demandas no bojo do processo, apresentar novos valores para eventual ressarcimento.

⁵¹⁰ Do ponto de vista procedimental, é forçoso reconhecer que o PMI se aproxima bastante do concurso, previsto no art. 22, IV, da lei n.º 8.666/93 e que, e em linhas gerais, consiste na modalidade de licitação destinada a obtenção, pela Administração, de trabalhos técnicos, científicos e artísticos (art. 22, §4º, da lei n.º 8.666/93), mediante prévia estipulação de prêmio ou remuneração. Em que pese a redação trazida pela lei de licitações, na prática, o concurso não é empregado para a elaboração de estudos de viabilidade técnica e econômica, como aqueles necessários para a estruturação de empreendimentos público-privados (tais como concessões). No PMI e no concurso, a seleção realizada pelo ente público ocorre com base em produtos e materiais efetivamente apresentados pelos agentes privados – no PMI, os autorizados; no concurso, os licitantes. Entretanto, na nossa visão, para o desenvolvimento a contento das atividades de estruturação de projetos, se mostra necessária um tipo de interação público-privada que parece não se conciliar bem com a modalidade concurso. Isso ocorre porque em sede de contratações públicas, a comunicação Estado-licitantes antes da definição do vencedor do certame é bastante restrita, seja por falta de previsão legal, seja pelo receio dos gestores de que essa interlocução venha a ser reputada ilegal. Além disso, os PMIs ainda têm outra diferença procedimental: o direito de ressarcimento do autorizado continua sendo eventual mesmo quando seus estudos forem selecionados pelo ente público. Isso porque o efetivo ressarcimento ficará na dependência da realização do certame e da efetiva adjudicação do objeto. No concurso, o pagamento do prêmio é devido logo que se declara o vencedor. Referências teóricas sobre essa discussão podem ser encontradas em: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 282 e ZOCKUN, Maurício. *A Constituição e o PMI nas concessões: os confins do art. 21 da Lei 8.987*. São Paulo: Última Instância Editorial Ltda, 2012. 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 01.07.2015, às 08h46h.

Nesse sentido, o fantasma da natureza contratual é uma preocupação presente no discurso de muitos advogados públicos, sobretudo quando a discussão trata do aperfeiçoamento do modelo de PMI ou de alguma variação procedimental decorrente de uma interpretação menos evidente de dispositivos do decreto. Aliás, não é incomum que a superação de omissões na regulamentação do PMI se dê – erroneamente, ressalte-se – com recurso a regras e interpretações provenientes da legislação de licitações e contratos administrativos⁵¹³⁻⁵¹⁴.

A questão aqui não é apenas mostrar que a relação jurídica em análise não é um contrato. É mais importante evidenciar quais são os elementos inseridos no regime jurídico do PMI que não condizem com essa natureza contratual.

Na medida do que foi discutido anteriormente, o art. 21, da lei n.º 8.987/95, foi bastante sucinto no tratamento da figura autorização, limitando-se apenas a associá-la à obtenção de estudos pelo ente público e ao ressarcimento realizado pelo vencedor da licitação. Conforme exposto, as discussões a propósito da natureza e regime da autorização são muito

⁵¹¹ Em recente julgado, o TCU se manifestou expressamente que o PMI não pode ser entendido como um concurso, replicando os argumentos citados na nota de rodapé anterior, citando a mesma fonte bibliográfica. Nesse sentido, vale conferir o voto do Min. Marcos Benquerer Costa, no relator no âmbito da TC 033.438/2013-7, julgado em 1º/07/2015.

⁵¹² O TCU já se manifestou em relação ao tema, destacando que é opção discricionária da Administração usar o PMI ou se valer do modelo de contratação de consultorias: “17. Esse artigo não impossibilitou a realização de licitação. Mas a legislação buscou, nesse caso, delegar à Administração, e sua legítima discricionariedade, escolher entre o procedimento licitatório ou a mera autorização quando precisar obter estudos para a realização de certames. Acrescente-se que a segunda opção representa risco para as consultorias, na medida em que o ressarcimento depende da aprovação do estudo e da efetiva realização da licitação. 18. Não cabe a este Tribunal, dessa forma, exigir da Administração a realização de certame para contratação de estudos de viabilidade quando a Lei atribui tal conduta à sua discricionariedade”. AC-3362-48/13-P, Min Relator Ana Arraes, julgado em 04/12/2013.

⁵¹³ Cf. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.280. Não obstante, o autor destaca também pontos de contato entre licitações e PMI, mas os quais não estão assentados propriamente em regras, mas a aspectos mais gerais: ambos são procedimentos administrativos, se sujeitam às regras de direito público e visam à satisfação do interesse público.

⁵¹⁴ Esse entendimento também foi manifestado no voto lavrado pelo Ministro Weder de Olivera, atuando como relator no AC-1155-15/14-P, julgado em 07/05/2014:

“118. Não se pretende, tampouco, limitar ou cercear a emissão de tais autorizações **a partir de um rigor formal excessivo ou do uso de analogias que tornariam letra morta aquele dispositivo legal.**

119. Ademais, **nunca se invocou a necessidade de realização de procedimento licitatório vinculado ao processo de autorização previsto no art. 21 da Lei 8.987/1995**, contrariamente ao que deixaram transparecer alguns dos argumentos trazidos pela SEP/PR e pela EBP.

120. **Nada obstante, embora não seja aplicável, por nenhum ângulo, a realização de processo licitatório, é 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.** Como destacou a SefidTransporte:

‘Inicialmente, observa-se que o fenômeno em exame - a autorização de que trata o art. 21 da Lei 8.987/1995 - precede processo necessariamente seletivo, uma vez que cabe à Administração Pública eleger, para posterior execução, um dos projetos entregues. A carência de regramento positivado para o instituto não o destituiu de preceitos, o que equivale a dizer que a aludida seleção não pode ocorrer ao talante do Administrador, cuja atuação é julgada pelos princípios de Direito Público’.(grifos nossos)

importantes na medida em que ela é o ato administrativo sobre o qual se estrutura a participação privada no âmbito do PMI.

Por outro lado, a “economia normativa” que marcou o art. 21 foi compensada por uma regulamentação bastante longa e detalhista, tratando tanto de aspectos procedimentais como substanciais.

Assim, a dúvida que se coloca é se as regulamentações empreendidas pelos entes federativos trazem criatividade além da conta, instituindo uma nova modalidade de contratação, o que em sede de direito público apenas seria admissível por meio de lei ordinária editada pela União (conforme o art. 22, XXVII, da Constituição).

O entendimento que parece ser o mais preciso é que apesar do caráter bastante inovador de algumas disposições, a relação entre o ente público e particulares autorizados estabelecida no PMI não corresponde a um vínculo jurídico contratual e, por isso, não atrai o regramento previsto na lei n.º 8.666/93. Os argumentos que convergem para esse entendimento são alinhavados a seguir.

O primeiro ponto é que a própria escolha do termo “autorização”, conforme dito antes, já sinaliza a opção do legislador e do Poder Executivo de associar o vínculo estabelecido no âmbito do PMI às características tradicionais daquela figura jurídica, que conforme o tópico 2.2, são a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade. Não se pode ignorar que a autorização é um termo jurídico que traz consigo toda uma carga semântica, dado que é um instituto já tradicional do Direito Administrativo. O uso deste termo, portanto, não foi um descuido.

Além disso, o decreto n.º 8.428/2015 atribui expressamente à autorização, no seu art. 6º, um conjunto de características que reforçam um caráter marcadamente precário – o que, repise-se, não condiz com a estabilidade jurídica, própria dos contratos administrativos.

A transcrição do art. 6º, do decreto n.º 8.428/2015, que dispõe expressamente sobre as características atribuídas à autorização⁵¹⁵, se mostra importante:

Art. 6º A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos:

- I - será conferida sem exclusividade;**
- II - não gerará direito de preferência no processo licitatório do empreendimento;**
- III - não obrigará o Poder Público a realizar licitação;**
- IV - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; e**
- V - será pessoal e intransferível.**

⁵¹⁵ As mesmas características estavam dispostas no art. 5º, do decreto 5.977/2006, que era o regulamento federal vigente até abril de 2015.

§ 1º A autorização para a realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos **não implica, em nenhuma hipótese, responsabilidade da Administração Pública perante terceiros por atos praticados por pessoa autorizada.**

§ 2º Na elaboração do termo de autorização, a autoridade competente reproduzirá as condições estabelecidas na solicitação e poderá especificá-las, inclusive quanto às atividades a serem desenvolvidas, ao limite nominal para eventual ressarcimento e aos prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento de projetos, levantamentos, investigações ou estudos.

O art. 6º, a nosso ver, concentra um conjunto de características que vai de encontro com a disciplina tradicional dos contratos administrativos, segundo a lei n.º 8.666/93. As informações mais relevantes estão concentradas nos incisos I, II, III e IV do citado dispositivo.

O inciso I menciona a não exclusividade na emissão da autorização. É possível especular que algumas ideias nortearam a redação desse inciso. A primeira estaria assentada na defesa do princípio da isonomia, que numa leitura mais superficial, serviria para defender a visão de que “quanto mais participantes, melhor”⁵¹⁶. A segunda é que conferir tal exclusividade poderia suscitar dúvidas quanto à caracterização de um modelo jurídico contratual⁵¹⁷.

O inciso II destaca que a autorização “não gerará direito de preferência para a outorga da concessão”. Diferentemente dos modelos vigentes no exterior (abordados no capítulo III desta dissertação), no PMI não são geradas vantagens formais que beneficiem o autor dos estudos quando o projeto de concessão for licitado. No máximo, o que existe é uma mera “expectativa” de ressarcimento, sujeita que é à realização de diversas condições (expostas no capítulo IV). Cabe destacar que essa ausência de vantagens não se coloca apenas para todos os que tenham sido autorizados, mas se aplica inclusive àquele cujos estudos, levantamentos e projetos tenham sido selecionados para subsidiar as versões finais dos documentos licitatórios.

O inciso III assevera que o poder público não está “obrigado a realizar a licitação”. Ou seja, por razões variadas, inclusive atribuíveis à mera conveniência política, o ente público pode desistir de colocar o projeto em licitação, o que conseqüentemente elimina a possibilidade de ressarcimento dos valores aplicados na estruturação. Essa previsão se alinha

⁵¹⁶ Naturalmente, em alguns casos, a autorização, a despeito de ser não exclusiva, será única. Por exemplo, se apenas um interessado manifestar interesse de lograr autorização e se apenas um interessado satisfizer as condições mínimas estabelecidas no edital de chamamento público.

⁵¹⁷ Esse tema será retomado com mais cuidado no capítulo seguinte, onde será debatido que restringir a participação no PMI seria uma medida importante no sentido de gerar economia de recursos públicos e privados. A nosso ver, a possibilidade de até mesmo autorizar apenas um interessado não coloca em xeque a natureza não contratual da autorização, que conforme destacado, é ato discricionário e precário.

com a constante do inciso IV, que reforça que a condição de autorizado não gera *per se* qualquer direito subjetivo de reaver o que tiver sido gasto na modelagem.

O PMI, portanto, não é um contrato administrativo. Conforme examinado, o inciso III estabelece uma *condição puramente potestativa* em favor da autoridade pública a frente do procedimento: se desejar extinguir o procedimento ou não licitar o empreendimento, não existem consequências jurídicas aplicáveis. Não há que se falar em indenização dos valores aplicados pelos autorizados, nem mesmo daqueles cujos estudos tiverem sido escolhidos.

Os parágrafos do art. 6º também reforçam a lógica não contratual do dispositivo.

O parágrafo 1º traz uma regra geral de exclusão de responsabilidade da Administração perante terceiros por atos e omissões praticados pelos autorizados. Ainda que essa exclusão geral de responsabilidade seja a regra em sede de contratações administrativas⁵¹⁸, ela não é absoluta^{519_520}.

O parágrafo 2º, por sua vez, trata do conteúdo da autorização, especialmente no que tange ao prazo, limite de ressarcimento e atividades que deverão ser realizadas pelo particular autorizado. De fato, trata-se de uma série de elementos tipicamente definidos nos contratos. Entretanto, reitere-se aqui a percepção manifestada anteriormente: a autorização é funcionalmente voltada para a gestão do processo e geração de expectativa de ressarcimento. O fato de o conteúdo, prazo e valor admitido de ressarcimento terem sido previamente definidos não afasta, na nossa visão, o caráter precário e não contratual do vínculo, dado que a

⁵¹⁸ Nesse sentido, vale examinar a primeira parte do art. 71, da lei geral de licitações e contratações:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

⁵¹⁹ E a segunda parte: Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

(...)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

⁵²⁰ A mais significativa foi estabelecida pelo enunciado 331 da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho/TST, que trata dos contratos de prestação de serviços e cujos incisos IV, V e VI (aplicáveis à Administração Pública) transcrevemos a seguir:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (acrescenta os itens V e VI)

V – **Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.** A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação. (grifamos)

qualquer tempo a Administração ou mesmo o particular autorizado podem desistir, sem que lhes sejam atribuídos ônus ou penalidades.

Ainda, o art. 7º do decreto n.º 8.428/2015, inciso II, alíneas “a” e “b” também deixa claro o regime não contratual da autorização e da relação por meio dela formalizada:

Art. 7º A autorização poderá ser:

I - **cassada**, em caso de descumprimento de seus termos, inclusive na hipótese de descumprimento do prazo para reapresentação determinado pelo órgão ou pela entidade solicitante, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 9º, e de não observação da legislação aplicável;

II - **revogada**, em caso de:

a) perda de interesse do Poder Público nos empreendimentos de que trata o art. 1º; e

b) desistência por parte da pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada, a ser apresentada, a qualquer tempo, por meio de comunicação ao órgão ou à entidade solicitante por escrito;

III - **anulada**, em caso de vício no procedimento regulado por este Decreto ou por outros motivos previstos na legislação; ou

IV - tornada sem efeito, em caso de superveniência de dispositivo legal que, por qualquer motivo, impeça o recebimento dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos.

§ 1º A pessoa autorizada será comunicada da ocorrência das hipóteses previstas no caput.

§ 2º Na hipótese de descumprimento dos termos da autorização, caso não haja regularização no prazo de cinco dias, contado da data da comunicação, a pessoa autorizada terá sua autorização cassada.

§ 3º Os casos previstos no caput não geram direito de ressarcimento dos valores envolvidos na elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos.

§ 4º Contado o prazo de trinta dias da data da comunicação prevista nos § 1º e § 2º, os documentos eventualmente encaminhados ao órgão ou à entidade solicitante que não tenham sido retirados pela pessoa autorizada poderão ser destruídos.

Contrato administrativo não se coaduna com as ideias de “cassação” e “revogação”. É sempre válido lembrar que, segundo a melhor doutrina, a cassação é “a modalidade punitiva de extinção do ato administrativo, que ocorre quando o particular por ele beneficiado descumpre um dos requisitos que condicionaram a expedição do ato”. A revogação é a “supressão, pela Administração Pública, motivada por questões de conveniência e oportunidade, de ato administrativo válido. É a emanção direta do Poder Discricionário”.⁵²¹

O parágrafo terceiro menciona que nos casos de cassação, revogação e anulação, não é cabível o direito de ressarcimento dos valores envolvidos na elaboração dos estudos. A possibilidade de revogação a qualquer tempo e sem indenização reforça o poder potestativo do art. 6º, III, comentado anteriormente⁵²². Ainda, é possível extrair do art. 7º mais um ponto

⁵²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso (...)* op. Cit., nota 461, p. 163 e p. 171.

⁵²² Novamente cabe o recurso ao voto do Min. Zymler no AC-1155-15/14-P: “27. Cabe destacar, no caso em tela, a inexistência de um contrato formal, até mesmo porque os trabalhos da empresa que elaborará os projetos podem não ser aproveitados, hipótese em que não haverá pagamentos ao agente privado. A inexistência desses pagamentos caracteriza uma diferença fundamental entre a autorização e o contrato administrativo, uma vez que

de diferenciação em relação à dogmática tradicional dos contratos administrativos: mesmo nos contratos públicos, na forma do art. 59 da lei geral de licitações, a declaração de nulidade pode ensejar o dever estatal de indenizar, caso o motivo da invalidade não seja imputável ao contratado.

Novamente, na esteira das diferenciações procedidas no tópico anterior, parece não fazer sentido a defesa da tese de que o tipo de relação constituído entre Estado e particulares no âmbito de um PMI se coaduna com um contrato administrativo, atraindo a incidência da lei n.º 8.666/93. Por isso, é possível afirmar que não existe fungibilidade entre contratos de prestação de serviços e as autorizações emitidas no âmbito do art. 21 da lei de concessões. Estes instrumentos jurídicos são distintos em sua natureza, regime jurídico incidente e modo de operacionalização, ainda que se considere que ambos podem ser instrumentalizados para o atingimento de uma mesma finalidade: a modelagem de empreendimentos de infraestrutura.

5.4 A natureza do dever de ressarcimento

Conforme examinado, a autorização exarada no início do procedimento estabelece o valor-teto do ressarcimento. Porém, o reembolso integral deste valor depende de vários condicionantes, como a integralidade e suficiência qualitativa dos estudos entregues, a sua seleção e o sucesso na licitação.

É interessante notar que o ressarcimento não será efetuado diretamente pela Administração, que se beneficiou dos estudos elaborados, mas sim pelo particular que se sagrar vencedor no certame concessório realizado após o encerramento do PMI. Esse é o comando expressamente contido no art. 17, do decreto n.º 8.428/2015, que dispõe que o edital do procedimento licitatório para a contratação do empreendimento modelado terá, obrigatoriamente, cláusula que condicione a assinatura do contrato à efetivação do ressarcimento ao autor dos estudos⁵²³.

Diante disso, enxergamos ser possível formular pelo menos duas questões em relação a este tema, as quais têm como pano de fundo a discussão sobre a natureza jurídica do ressarcimento.

A primeira pergunta é a seguinte: qual a natureza do ressarcimento tal qual regulado pelo decreto federal n.º 8.428/2015 (e outros decretos que sigam a mesma dinâmica)?

a rescisão dessa avença impõe ao estado a obrigação de ressarcir o contratado pelas despesas já efetuadas, sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa da Administração Pública”.

⁵²³ Art. 17. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o art. 1º conterà obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados na licitação.

Sob a perspectiva do autor dos estudos e do ente público, entendemos que o ressarcimento é uma *indenização*. Neste particular, concordamos com a posição de Maurício Zockun, para quem “a expressão ‘ressarcir’, adotada pelo art. 21 da Lei n.º 8.987, significa dizer recompor o direito transferido à Administração e utilizado pelo vencedor do certame. Essa recomposição se dará pelo ‘valor de mercado’ do ‘direito autoral’ cedido, sob pena de ela ser constitucionalmente ‘injusta’”.⁵²⁴

Destaque-se, mais uma vez, que a obtenção dessa indenização pelo autor dos estudos fica na dependência de todas aquelas “condições” de fato anteriormente mencionadas. Na dinâmica instituída pelo PMI, o ressarcimento depende da seleção dos estudos e da licitação e adjudicação do contrato de concessão. É possível construir o entendimento de que apenas neste caso os estudos restarão efetivamente assimilados e apropriados pelo Estado – dando azo a um dever de ressarcir – ou de *indenizar*, como ora se sustenta.

A grande dificuldade de qualificar o ressarcimento como uma indenização é o fato de que, à luz da teoria geral do Direito Civil, a indenização é estudada no âmbito da responsabilidade civil, decorrendo do cometimento de um ato ilícito.⁵²⁵ O ponto, no entanto, é que não se enxerga qualquer ilicitude cometida no âmbito PMI. O ressarcimento decorre do próprio regulamento. Porém, essa dificuldade, na esfera do Direito Administrativo, não seria específica do PMI. Existe previsão de indenização, por exemplo, para a realização de desapropriações (o termo “indenização” é referenciado por diversas vezes no decreto n.º 3365/41 e no art. 5º, XXIV, da Constituição), sem que se possa entender que existe um ato ilícito sendo cometido pelo Estado (embora se trate de um ato de intervenção na propriedade que gera prejuízos ao particular)⁵²⁶.

Sob a perspectiva do adjudicatário do contrato, que é quem efetua o ressarcimento, trata-se de um requisito jurídico⁵²⁷ para a celebração do contrato de concessão, de acordo com o teor do art. 17 do decreto federal.⁵²⁸

⁵²⁴ ZOCKUN, Maurício. *A Constituição e o PMI nas concessões: os confins do art. 21 da Lei 8.987*. São Paulo: Última Instância Editorial Ltda, 2012. 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 01.07.2015, às 08h46.

⁵²⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵²⁶ Informações sobre o pagamento de indenizações no âmbito de desapropriações podem ser acessadas em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 257; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p.508-509

⁵²⁷ Não seria propriamente uma *condição*, que na teoria geral do direito civil é uma condição de eficácia do negócio jurídico.

As divagações jurídicas sobre o ressarcimento não se esgotam na resposta acima.

Existe ainda uma segunda questão que pode ser formulada: qual é a natureza do compromisso assumido pela Administração de obter em favor do autor dos estudos o ressarcimento dos valores aplicados na modelagem do projeto?

Essa questão, a nosso ver, é bem mais difícil de ser respondida.

Primeiramente, fomos levados a entender que a obtenção do ressarcimento, tal qual previsto no PMI, seria uma *promessa de recompensa*, conforme o regramento constante no art. 854 e seguintes do Código Civil.⁵²⁹ Neste caso, a previsão de ressarcimento, tal qual uma promessa de recompensa, seria uma manifestação de vontade unilateral da Administração de obter de terceiro uma recompensa pecuniária em favor do autor dos estudos.

O ponto é que a promessa de recompensa, tal qual disciplinada no Código Civil, tem uma peculiaridade em seu regime jurídico que dificulta a sua aderência ao PMI: o parágrafo único do art. 856 expressamente menciona que “o candidato de boa-fé, que houver feito despesas, terá direito a reembolso”.⁵³⁰ Esse dispositivo, a nosso ver, se mostra incompatível com a lógica do PMI porque, conforme explicado, neste procedimento o autorizado assume integralmente o risco de não ressarcimento – mesmo na situação em que o ente público muda de ideia e revoga as autorizações anteriormente deferidas⁵³¹.

A análise de outras figuras jurídicas positivadas no âmbito do direito privado também não revelou uma resposta satisfatória para a qualificação jurídica do dever de ressarcir atribuído ao adjudicatário do contrato de concessão. Dentre essas figuras, podem ser destacadas a *promessa de fato de terceiro*, regulada pelos arts. 439 e 440 do Código Civil e a *estipulação em favor de terceiro*, cujo regramento consta do art. 436 e seguintes, também do Código Civil⁵³².

Os institutos do Direito Civil, mencionados acima, estão baseados na ideia de autonomia da vontade e de estabelecimento de consenso entre as partes envolvidas. No PMI,

⁵²⁸ Do ponto de vista econômico, como discutido, o ressarcimento será um ônus financeiro, que certamente terá sido considerado pelo adjudicatário na proposta financeira por ele apresentada.

⁵²⁹ Art. 854. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido.

⁵³⁰ Agradeço ao Rafael Randerson por ter me chamado a atenção para este dispositivo.

⁵³¹ Além disso, na promessa de recompensa a ideia é que o promitente se obriga em nome próprio a desembolsar a recompensa – e não a obter o consentimento de um terceiro para executar essa obrigação. Tentando “contorcer” o instituto para que ele se encaixe no PMI, tratar-se-ia da “promessa de obter de terceiro uma recompensa” em favor do autor dos estudos de viabilidade.

⁵³² Um exame ainda que superficial da dinâmica de funcionamento e regime jurídicos incidentes sobre essas figuras levam a crer que elas não se adaptam bem na forma como o ressarcimento no PMI é regulamentado. Essa inadequação decorre ora do caráter contratual desses instrumentos, ora da responsabilidade atribuída à Administração, em diferentes contextos, de arcar com o inadimplemento do adjudicatário do contrato de concessão. Um exame categórico, no entanto, careceria de análises mais aprofundadas, não empreendidas para a preparação deste tópico.

uma vez que a Administração opte discricionariamente por prever o ressarcimento (art. 4º, II, “d”), o dever de o adjudicatário efetuar-lo decorre do próprio artigo 21 e da regulamentação incidente, sendo, a nosso ver, nada mais do que uma *obrigação jurídica originada da legislação*. Não se trata, portanto, de um acordo livremente celebrado entre partes dotadas de autonomia negocial, que seja facilmente reconduzido a categorias jurídicas previamente positivadas no âmbito do direito privado.

5.5 Conclusão

No desenvolvimento deste capítulo, discutiu-se a natureza jurídica dos principais elementos associados ao PMI.

O PMI, tal como adiantado pela sua nomenclatura, é um *processo*. Trata-se de um encadeamento de atos, funcionalmente orientados para a preparação de um projeto de infraestrutura, no qual os autorizados podem se manifestar, inclusive manejando recursos e contribuindo, dessa forma, para a formação da decisão estatal.

A autorização, conforme adotada no art. 21 da lei geral de concessões e nos seus regulamentos consubstancia um uso *sui generis* do termo. O emprego que se fez dessa figura jurídica não se encaixa bem nos usos e características tradicionais a ela associados. Contudo, pode-se identificar que as principais funções da autorização no PMI são: (i) servir de título jurídico que formaliza e dá publicidade para o envolvimento entre Estado e particulares; (ii) registrar as condições essenciais dessa colaboração - possibilitando, assim, o gerenciamento de todo o processo pela Administração e; (iii) gerar a expectativa de direito de ressarcimento, caso o projeto seja ao final licitado com sucesso.

A *relação jurídica* estabelecida entre particulares e Estado *não é contratual*. Trata-se de uma colaboração (assim como os contratos administrativos não deixam de ser), mas é estabelecida em bases *não vinculantes*. Essa relação é pautada por características que foram atribuídas pelo decreto à autorização, em especial a *precariedade*. As partes podem extinguir a relação a qualquer momento, não advindo daí direitos subjetivos quer para a Administração, quer para os autorizados. Nesse sentido, é equivocado estender ao PMI (e, por consequência, ao relacionamento nele subjacente) as regras e interpretações praticadas para as licitações e contratos administrativos.

Com base no exposto acima, pode-se concluir que a precariedade é um dos elementos essenciais do PMI e da sua caracterização não contratual. Atentar para esta circunstância será relevante para que, no capítulo VI, possam ser desenvolvidas propostas de aperfeiçoamento do procedimento.

6 DIAGNÓSTICO E SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTO DO MODELO DE PMI

6.1 Contextualização do tema e plano de trabalho para o capítulo

Nos capítulos anteriores foi estabelecida a base conceitual e informacional necessária para que se pudesse entender as principais características e o funcionamento do modelo de Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI. Em complemento ao que foi desenvolvido anteriormente, o presente capítulo se propõe a realizar duas tarefas.

A primeira consiste em estabelecer um diagnóstico do PMI no Brasil, evidenciando as principais críticas sobre ele incidentes, que podem ser didaticamente divididas em duas categorias: (i) *intrínsecas (ou estruturais)*, que abarcam os dilemas relativos ao conflito de interesses, assimetria de informações e baixa eficiência na alocação de recursos; e (ii) *extrínsecas* (ou relativas aos resultados alcançados), que correspondem ao problema da baixa efetividade e da baixa competição nas licitações dos projetos estruturados por meio da cooperação privada. Essa segunda categoria se refere às objeções que são fruto, isto é, resultado do primeiro grupo. O diagnóstico contemplado nesta primeira parte do capítulo é lastreado em dados empíricos sobre os PMIs já realizados⁵³³.

A segunda tarefa é levantar propostas para endereçar os problemas então mapeados na primeira parte. O esforço está concentrado no desenvolvimento de argumentos e interpretações jurídicas que possam ensejar a otimização do modelo de PMI, principalmente no que diz respeito ao aumento da sua efetividade e da competitividade nos certames licitatórios que antecedem a delegação dos empreendimentos modelados. A premissa da qual se parte nesta segunda parte do capítulo é a dificuldade prática de alterar os diplomas legislativos (e mesmo os regulamentares) atualmente vigentes. Porém, são indicados, ainda que incidentalmente, pontos em que a regulação do PMI poderia ser aperfeiçoada, de modo a tornar mais seguras as recomendações apresentadas.

⁵³³ A maior parte das informações não é proveniente diretamente de fontes de governo, mas sim de um agente privado de fins lucrativos que atua (até onde sabemos de modo pioneiro) no “mercado de inteligência de projetos de concessão” – o Radar PPP. Informações provenientes do Radar PPP normalmente são publicadas no site <http://www.pppbrasil.com.br/portal/> (acesso em 27/06/2015, às 12h09) e em apresentações realizadas em seminários na área de PPP. Parte dos dados usados para subsidiar as conclusões e impressões apresentadas neste capítulo foi publicada pelo referido ente privado. Tivemos a oportunidade de conversar com um representante do Radar PPP que explicou a existência de metodologia de levantamento e checagem das informações divulgadas junto a fontes públicas. Por essa razão, assumimos como premissa para o desenvolvimento deste capítulo que as informações obtidas são fidedignas. Essas informações já foram referenciadas também em vários outros trabalhos sobre PMI e concessões.

A proposta do capítulo, em síntese, é estabelecer um diagnóstico do modelo brasileiro de estruturação de projetos via PMI e indicar caminhos que sejam transitáveis, sobretudo por meio da interpretação jurídica da base normativa já vigente.

O desenvolvimento do capítulo é o seguinte: no tópico 2 é apresentado um panorama sucinto do uso do PMI pelos entes federativos brasileiros, de modo a contextualizar o tema; no tópico 3, é feito um diagnóstico do uso do PMI no Brasil, evidenciando objeções ao modelo, na linha do explicado acima; o tópico 4 busca desenvolver algumas propostas para aperfeiçoar o uso do PMI, partindo das objeções apontadas na primeira parte; o tópico 5 traz um breve ensaio sobre outros temas importantes, que precisam entrar na agenda de debates públicos e de alterações regulatórias, para que o ambiente jurídico-institucional brasileiro se torne amigável para a modelagem de projetos de infraestrutura complexos; por fim, o tópico 6 encerra o capítulo com uma breve conclusão, consolidando as principais ideias expostas.

6.2 Panorama do uso do PMI

Nos últimos anos, o modelo de PMI foi bastante difundido como uma ferramenta à disposição do Estado para a modelagem de projetos de concessão. Inclusive, há quem afirme que este instrumento representa atualmente a principal estratégia dos entes públicos para a obtenção dos estudos que antecedem a licitação dos projetos⁵³⁴⁻⁵³⁵. Tal percepção parece se comprovar diante do elevado número de procedimentos lançados; pela profusão de regulamentos de PMI, editados por diversos entes das três esferas federativas; pela produção, em larga escala, de trabalhos acadêmicos sobre o tema (conforme noticiado na introdução desta dissertação) e pela farta utilização do PMI no Programa de Investimentos em Logística/PIL 2015.⁵³⁶

⁵³⁴ RADAR PPP. *O Mercado de PPP: Sumário Executivo – 1º Sem. 2015*, p.5. Disponível em <https://www.radarppp.com/noticias/publicacoes/radar-ppp-fornece-relatorio-de-inteligencia-para-os-executivos-mais-relevantes-do-mercado-de-ppp/>. Acesso em 27 de abril de 2015, às 12h06.

⁵³⁵ Para ser categórico em relação a essa afirmação, seria conveniente levantar o número total de projetos de concessão iniciados em cada ano, segregando os modelados via PMI daqueles preparados por meio de outros mecanismos. A assertiva, entretanto, de que o PMI parece já ser hoje o modelo mais usado, nos parece realmente ser precisa, embora seja necessário confessar que essa é uma percepção intuitiva e não ancorada no levantamento de dados empíricos.

⁵³⁶ Mesmo notícias anteriores ao lançamento do referido programa já sinalizavam para a importância que o PMI viria a assumir. Nesse sentido, ver: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/04/decreto-fixa-regras-para-apresentacao-de-projetos-para-concessoes-e-ppps.html>, acesso em 06/04/2015, às 11h. Vale conferir ainda excerto da referida matéria jornalística, publicada em 06/04/2015 pelo portal G1: “A publicação do decreto chega pouco mais de um ano depois de o governo anunciar, em dezembro de 2013, que terceirizaria a elaboração de estudos para a construção de novas ferrovias no país. O pacote de concessões nessa área, o chamado PIL Ferrovias, está travado desde o seu lançamento devido a questionamentos do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação aos projetos apresentados pelo governo. Na época, a então ministra-chefe da Casa Civil, Gleisi Hoffmann, afirmou que o governo não têm condições de fazer vários estudos e projetos ao mesmo tempo. E apontou que, além de sanar deficiências

Na mesma linha do já articulado em diversas passagens desta dissertação, a utilização ampla do PMI pode ser atribuída, entre outros fatores, às dificuldades enfrentadas pelos entes públicos para a contratação de consultorias especializadas e à indisponibilidade de pessoal, dentro das estruturas governamentais, com habilidade e expertise para a modelagem de projetos complexos.

Além da flexibilidade, outro fator pragmático, que contribui para o uso do PMI, é o fato de que o ônus financeiro relativo à modelagem do projeto é deslocado para o futuro, sendo atribuído ao vencedor do certame licitatório posterior. Esse fator indica uma falsa impressão de que o PMI não é um expediente oneroso ou, pelo menos, de que eventual onerosidade somente existirá num contexto de sucesso na delegação do serviço à iniciativa privada.

Do ponto de vista teórico, argumenta-se que o PMI é um procedimento dialogal e que promove a oxigenação da Administração por meio do estabelecimento de um canal de comunicação com o setor privado, que favoreceria à incorporação de inovações nos projetos. Esse, aliás, é um dos elementos mais discutidos na experiência internacional para justificar o uso das chamadas “propostas não solicitadas”.

Entretanto, é forçoso reconhecer que o PMI também enseja riscos que precisam ser avaliados, sobretudo no contexto em que a Administração Pública for pouco aparelhada material e tecnicamente para o acompanhamento do procedimento. Uma constatação curiosa sobre esse tema é a de que o mote principal para que a Administração busque apoio no setor privado por meio das autorizações é justamente o de suprir suas carências técnicas e de pessoal, viabilizando a delegação de projetos meritórios. Porém, o desafio relativo à superação daquelas carências não é resolvido por completo e em definitivo, mas apenas postergado, sendo revivido por ocasião da análise e avaliação das modelagens apresentadas pelos autorizados.

6.3 Diagnóstico

6.3.1 Conflito de interesse

O “conflito de interesses” é um dos principais temas que integram o debate a respeito do PMI. Nesse sentido, duas considerações preliminares são essenciais para introduzir a sua abordagem.

apontadas pelo TCU, a terceirização teria potencial para eliminar desconfianças do mercado em relação ao programa de concessões”.

Primeiro, tratar de conflito de interesses no PMI é falar da potencial captura regulatória que pode ser operada pelos agentes privados que interagem com o Estado naquele procedimento. Na esteira do que já foi explicado anteriormente, o PMI preconiza um modelo de colaboração, estabelecido em bases não contratuais, pelas quais um particular provê insumos de ordem técnica, econômico-financeira e jurídica à Administração, de modo a facilitar a elaboração de um projeto que pode assumir (a depender da regulamentação) diferentes formatos jurídicos (concessão, PPP, arrendamento de bens públicos etc). Concretamente, esses insumos serão aplicados na elaboração dos documentos-base de uma licitação, quais sejam o edital, a minuta de contrato e os respectivos anexos técnicos.

Nesse sentido, no capítulo II foram expostas diversas informações que são relevantes para a correta compreensão do risco de captura acima mencionado. Há pelo menos três informações cuja retomada se mostra útil para a compreensão do risco de captura nos PMIs: (i) o contrato de concessão é, na realidade, um instrumento regulatório, em que estão assentadas as bases da relação jurídica e comercial mantida entre o Estado e o concessionário, dispondo, por exemplo, sobre os mecanismos de resolução de conflitos, divisão de riscos, obrigações recíprocas, fórmulas de reajuste e procedimentos de revisão contratual em caso de reequilíbrio econômico financeiro; (ii) uma das formas possíveis de manifestação da captura regulatória se processa por meio da ascendência técnica e informacional na formulação de regras, inclusive na regulação pública operada por meio da elaboração de um contrato de concessão; (iii) a captura nessa fase de elaboração contratual pode ter efeitos deletérios para o interesse público, gerando, entre outras consequências, um desequilíbrio em favor do contratante privado, por meio da subversão da estrutura de incentivos do contrato e do aumento da onerosidade suportada pelo poder público.

Com base no que também foi discutido em etapas anteriores deste trabalho, o risco de captura é ainda mais pronunciado num contexto de limitações técnicas e institucionais do ente público, que repercutem negativamente na capacidade de diligenciar se a participação privada e os insumos fornecidos estão adequados à boa técnica e ao interesse público perseguidos.

A segunda consideração preliminar relevante é que o tratamento conferido ao tema “conflito de interesses”, em sede de PMIs, é oposto ao adotado nas licitações públicas reguladas na lei n.º 8.666/93 e lei n.º 12.462/2011.

Em síntese, optou-se, na legislação acima mencionada, por eliminar o potencial conflito, proibindo que os autores dos estudos de engenharia (projetos básico e executivo) que referenciam a contratação de obras, possam participar, direta ou indiretamente, do referido certame.

Diferentemente, nos PMIs, a regra é que os autorizados a cooperar com o Estado não podem ser impedidos de participar da licitação subsequente. Como o tratamento do conflito de interesses na lei n.º 8.666/93 (posteriormente replicado no RDC) se tornou muito conhecido (principalmente pela significância da lei de licitações e contratos), ainda hoje causa confusão, naqueles menos habituados com a dinâmica do PMI, o fato de se admitir a participação do autor dos estudos preparatórios na licitação que tenha por objeto o empreendimento modelado⁵³⁷.

A abordagem jurídica do conflito de interesses na legislação aplicável ao PMI e das possibilidades interpretativas para mitigá-lo serão tratadas no tópico 4.

6.3.2 Informação assimétrica

A assimetria de informações é um ingrediente adicional na discussão sobre o conflito de interesses e o risco de captura, tratados no tópico anterior. A ideia central é que, ao colaborar com a Administração Pública para a preparação dos empreendimentos, os particulares terão acesso a informações estratégicas importantes, que irão conferir vantagens no certame licitatório e, posteriormente, na execução do contrato de concessão⁵³⁸⁻⁵³⁹.

⁵³⁷ Um caso bastante representativo desse choque de conceitos ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, por ocasião da licitação da concessão do Maracanã, em que alguns expedientes jurídicos foram manejados pelo Ministério Público para paralisar a licitação. As objeções trazidas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que inclusive manejou uma ação civil pública, eram bastante variadas, mas é possível concluir que um dos pontos que causou estranheza ao *parquet* foi o fato de que o autor dos estudos que embasaram a concessão figurava como licitante. Uma reportagem jornalística bastante representativa desta polêmica foi produzida pela BBC Brasil ("Dois Consórcios vão disputar concessão do Maracanã; entenda") e pode ser acessada em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/04/130411_maraca_atualizado_cq (acesso realizado em 22/04/2015, às 21h). Nesse sentido, transcrevemos algumas passagens que reforçam a nossa percepção que a lógica de (não) tratamento do conflito de interesses no PMI causa estranheza naqueles menos habituados com o tema: "Em entrevista à rádio CBN na manhã de quarta-feira, o promotor Eduardo Santos de Carvalho, titular da 8ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania, afirmou que a ação foi motivada após ser constatada a possibilidade de que a licitação representasse uma lesão ao patrimônio público. Além disso, haveria indícios de que um dos concorrentes poderia ter vantagens indevidas no certame. (...) "O Ministério Público também entendeu que há 'desigualdade entre os licitantes' devido ao fato de a empresa IMX Holding S/A, que realizou o estudo de viabilidade do complexo, ter demonstrado a intenção de concorrer no processo de licitação, o que poderia prejudicar os outros concorrentes". Continua a reportagem, transcrevendo excerto da manifestação do promotor que acompanhou o caso: "No processo de construção, no estudo de viabilidade, todas as informações a respeito de orçamento de obras, projeção de receitas, projeção de despesas, fluxo de caixa, todas essas informações foram produzidas por uma empresa privada, que é a IMX Holding S/A. E essa empresa já declarou que tem a intenção de concorrer na licitação. Ou seja, todos os concorrentes licitantes ficam em uma situação de dependência em relação às informações apresentadas por uma de suas concorrentes", disse". Também mencionando os problemas e insegurança decorrentes da concessão do Maracanã, ver: PEREIRA, Bruno. PMI e Insegurança Jurídica. Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pmi-e-inseguran%C3%A7-jur%C3%ADdica>. Acesso em: 21/02/2015, às 8h30.

⁵³⁸ Bruno Ramos Pereira apresenta uma abordagem diferente para a relação entre PMI e informação assimétrica. Na visão do referido autor, o PMI, na condição de instrumento dialogal, poderia assumir uma função importante ao possibilitar o alinhamento de percepções e interesses entre os setores público e privado, equalizando dúvidas e divergências de entendimentos eventualmente existentes. Além disso, poderia gerar um fluxo de informações

De acordo com os contornos da regulação atual, os participantes do PMI (autorizados) possuem, sob o enfoque pragmático, incentivos para usarem sua posição informacional privilegiada pelo menos de duas formas. A primeira, e mais sutil, é a aplicação dessa vantagem para a preparação de propostas mais competitivas no certame, dado que o nível maior de informações permite aos autorizados enxergarem ganhos, oportunidades e dimensionar riscos de forma mais fácil, efetiva e eficiente do que os demais licitantes. A segunda é, deliberadamente, sonegar e/ou distorcer informações, direcionando as decisões do ente público de modo a auferir vantagens que extravasam a licitação e alcançam a execução do contrato⁵⁴⁰.

úteis para a tomada de decisão pública. Porém, na visão do autor, esse tipo de benefício estaria se perdendo na medida em que o PMI tem sido aplicado predominantemente como uma forma de satisfazer as necessidades de curto prazo da Administração, relativas à aceleração da modelagem de projetos de concessão. Não discordamos dessa visão, embora nosso entendimento é de que ela parte de uma visão idealizada da aptidão da Administração para se portar como um interlocutor em pé de igualdade técnica com os agentes privados que participam do PMI – o que não corresponde à realidade efetiva de grande parte dos casos. 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://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30.

⁵³⁹ A propósito deste tema, vale transcrever algumas passagens do voto revisor do Min. Raimundo Carreiro, no âmbito do Acórdão 0086-02/15-P, relatado pelo Min. Walton Alencar Rodrigues, que versou sobre o acompanhamento do processo de concessão do trecho da BR 101/RJ onde está localizada a Ponte Rio-Niterói – concessão essa estruturada via PMI. A crítica do TCU não foi articulada em face do procedimento em si, mas sim da opção de a ANTT se valer de base de dados de custos desenvolvida pela ABCR (Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias), que foi utilizada na modelagem da concessão. A lógica desenvolvida pelo Min. Revisor, se alinha com a defendida acima, qual seja, a da pouca conveniência de que a atividade regulatória (no caso, de modelagem de aspectos essenciais de um contrato de concessão) seja desempenhada com suporte informacional dos regulados. Alerta-se que os excertos colacionados abaixo não são sequenciais. Nesse sentido: “A falta de parâmetros confiáveis é um problema recorrente e muito debatido pelos estudiosos dos campos do saber jurídico e econômico e a assimetria de informações constitui um fenômeno reputado pela literatura internacional como um dos principais riscos à atividade de regulação”. (...) “Diante dessa fragilidade, sobressai o risco de ocorrer o que a literatura técnica denomina de comportamentos oportunistas, ou seja, a ação proposital do regulado de fornecer informações falsas ou enviesadas com o objetivo de confundir o regulador em seu benefício, como, por exemplo, fornecer informações enganosas que possam justificar um maior aumento tarifário”. (...) “Por uma razão desconhecida, os estudos geralmente apresentados pela ANTT denotam um elevado grau de dependência, quando comparados, por exemplo, com os oriundos da ANEEL, em sua respectiva área de atuação”. (...) “Alerto, portanto, que a assimetria informacional será alimentada, caso a ANTT continue completamente dependente dos dados da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, representante das empresas detentoras das atuais concessões rodoviárias”. (...) “Tal dependência traz um elevado risco futuro, de somente os grupos econômicos interessados passarem a deter dados concretos sobre a atividade de exploração das concessões rodoviárias, tornando meramente figurativo o papel desempenhado pela ANTT. Não se deve, pois, ratificar como padrão os dados colimados das próprias empresas reguladas. Ressalte-se que a estimativa a maior de custos para a operação e os de investimentos refletem-se no máximo inicial das tarifas nos leilões, o que coloca em risco o princípio da modicidade tarifária, como também, permitir que as agências de regulação, a ANTT e outras, fiquem em uma zona de conforto, na qual bastaria abster-se de levantar os dados essenciais à sua atuação, como verdadeira Agência Reguladora, para confiarem unicamente em informações fornecidas por eventuais interessados na inflação dos custos de determinado projeto.”

⁵⁴⁰ Essa percepção foi muito bem trabalhada no texto de autoria de Helder Vieira, do qual vale transcrever a seguinte passagem: “Em relação ao primeiro aspecto, os estudos entregues são, em geral, tecnicamente incompletos, com base de custos inexata, baixo nível de profundidade, apoiados em premissas incoerentes com a realidade do governo e detentores de uma matriz de riscos inadequada (com claro desequilíbrio desfavorável ao

Os autorizados – e, principalmente, o autor dos estudos de viabilidade selecionados –, em razão de sua atuação na fase anterior à licitação, se privilegiaram de mais tempo e, no mais das vezes, de informações de origem estatal em primeira mão, estando, conseqüentemente, mais familiarizados com as características do empreendimento.

É razoável supor que, durante o PMI, ocorreram interlocuções formais com o ente público e que foram fornecidos subsídios necessários para a elaboração dos estudos integrados de viabilidade, como premissas, diretrizes ou mesmo dados públicos pré-existent⁵⁴¹. Além disso, uma hipótese é que o próprio procedimento, por conta das características dialogais que lhe são inerentes, acaba ensejando, na prática, ocasiões múltiplas de interlocução entre agentes públicos e privados, que são oportunidades adicionais para a provisão de informações relevantes (porém não oficiais) e que também aumentam a vantagem competitiva destes *players* na concorrência posterior. Em suma: a maior proximidade entre a Administração e os particulares que participam do PMI tende a gerar um entendimento mais preciso sobre objetivos públicos perseguidos com o empreendimento e sobre as suas variáveis técnicas e econômicas, o que será útil para elaborar propostas mais competitivas a serem apresentadas na licitação.

É natural que o cenário acima narrado gere desconfiança e desencoraje a participação dos potenciais licitantes que não tenham previamente participado do PMI⁵⁴², em especial num

poder concedente). É importante considerar que, caso a empresa estruturadora tenha interesse na futura licitação, dificilmente os estudos serão realizados sem algum viés ou com a isenção necessária para fornecer ao poder público as melhores análises das opções disponíveis. Esse natural conflito de interesses impacta no nível das informações fornecidas ao governo, já que os detalhes e aprofundamentos representam vantagens competitivas no momento de efetuar a proposta e, por isso, não são divulgados, resultando em elevada assimetria de informações entre o privado e o público; e também impacta na distorção da matriz de riscos, na maioria das vezes com a alocação seguindo a lógica do modelo contratual de obra pública, o que inutiliza todas as vantagens das concessões e PPPs sobre esse modelo contratual”. VIEIRA, Helder Matos Monteiro. *O procedimento de manifestação de interesse como ferramenta para a estruturação de parcerias público-privada*. BNDES - Textos para discussão n. 110. Março, 2015, p. 15.

⁵⁴¹ Desenvolvendo igual ideia, no âmbito da experiência com o uso de PNS na Índia, vale conferir: VERMA, Sandeep, *Competitive Award of Unsolicited Infrastructure Proposals: A Recent Supreme Court Verdict Unveils Fresh Opportunities for Procurement Reform in India* (August 31, 2009). H.C.M. Rajasthan State Institute of Public Administration Jaipur, Rajasthan, Occasional Paper No. 17, p.8 Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1464685> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1464685>, acesso em 02/02/2015, às 7h.

⁵⁴² Esse tema é explorado por Joseph E. Stiglitz ao tratar do desenho dos processos de leilões para a alienação de participações acionárias de empresas estatais. Ao tratar dos riscos potencialmente gerados a partir da assimetria de informações, destaca o autor que: “A second important issue, raised both by the theoretical literature and auction experience, is the importance of asymmetric information. Inside management has more knowledge concerning the true value of the assets, which provides them an inside track. It’s not only that this enhances the likelihood that they will win. If other bidders believe that there are important information asymmetries, bidding will be less intensive. The winners’ curse raises its head with a vengeance: they only beat the insider when they have bid too much” (em tradução livre: “Um segundo tema importante, levantado tanto na literatura teórica e na experiência com leilões, é a importância da informação assimétrica. A gestão interna tem mais conhecimento relativo ao valor correto dos ativos, o que proporciona um caminho interno. Não é apenas que isso fortalece a probabilidade de que eles vençam. Se os demais concorrentes acreditarem que existem informações assimétricas importantes, os lances serão menos intensos. A maldição dos vencedores levanta a sua cabeça com uma

contexto em que os gastos decorrentes das análises e levantamentos de informações para a proposta da licitação são elevados e consomem muito tempo de preparação⁵⁴³. Diante de um provável insucesso, esses agentes privados tendem a não participar das licitações, preferindo alocar recursos e energia em outros processos em que a perspectiva de sucesso seja maior. Nesse sentido, é possível que o mercado enxergue que a seleção que ocorre dentro do PMI seja, na realidade, uma antecipação do momento competitivo da licitação.

Na prática, mesmos os autorizados tendem a ficar ressabiados em participar da licitação na medida em que também estarão em clara desvantagem em relação ao autor dos estudos que tiverem sido selecionados. É importante atentar para o fato de que o edital e os demais documentos da licitação estarão baseados nos estudos escolhidos.

Uma forma de atenuar esse problema é conferir o máximo de publicidade aos estudos de viabilidade e insumos que tiverem sido selecionados no âmbito do PMI, de modo a reduzir as assimetrias existentes. Aliás, passar uma imagem de transparência, isonomia e condução profissional dos negócios de Estado tem um efeito simbólico relevante dentro do contexto de informações assimétricas e conflitos de interesse ora descrito, ajudando a mitigar a sensação de que o projeto será posto em licitação com um dono já previamente definido.

Contudo, é possível que mesmo essa publicidade não seja suficiente para igualar os demais licitantes ao autor dos estudos de viabilidade. Primeiro, porque nem todas as informações de fato produzidas podem ter sido disponibilizadas pelo autor dos estudos. Informações-chave, por exemplo, referentes às projeções de demanda, receitas, investimentos e gastos operacionais podem ter sido omitidas ou distorcidas, de modo a representar vantagens importantes para a elaboração dos lances a serem apresentados na licitação.

Diante do exposto, a noção de assimetria de informação é um elemento-chave para a compreensão das possíveis desvantagens que podem decorrer do PMI, sobretudo quando a utilização desse instrumento se fizer sem o apoio de equipes tecnicamente habilitadas para garantir a aderência das propostas às diretrizes e interesses do setor público.

Na medida em que a capacidade técnica das instituições e dos agentes públicos que as compõem é incrementada, o risco de que essa vantagem informacional seja decisiva é progressivamente menor. Num cenário ideal, o Estado deveria ter condições de analisar,

vingança: eles apenas vencem o *insider* (aquele que detém vantagens informacionais) quando fazem lances altos demais”). STIGLITZ, Joseth E. Some Theoretical Aspects of the Privatization: Applications to Eastern Europe (September 1992). NBER Working Paper No. R1749, p. 198. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=241425>, acesso em 27/06/2015, às 12h23.

⁵⁴³ Novamente, cabe destacar que as propostas devem ser subsidiadas em levantamentos e análises detalhados, dado que estamos diante de contratos que pressupõem a mobilização de vultosos recursos e que consistem na amarração jurídica do concessionário ao Estado por um longo prazo.

avaliar e filtrar as contribuições, garantindo a sua dominância na preparação do projeto. Porém, referido cenário ainda está muito distante da realidade de grande parte dos entes públicos nacionais.

6.3.3 Eficiência

Do ponto de vista estrutural, também é possível aventar objeções ao modelo de PMI quanto à eficiência na aplicação de recursos provenientes dos setores público e privado.

Conforme verificado no tópico 3.2.1, do capítulo IV, o PMI é um modelo em que múltiplos autorizados podem cooperar com o Estado – de modo concomitante e concorrencial. O procedimento não representa, assim, uma ação concertada entre vários agentes privados, mas sim uma competição.

Ora, essa dinâmica concorrencial e dispendiosa também não se processa em sede de licitações, por exemplo, nas contratações de serviços (que é o modelo de contratação pública mais apto a atingir os objetivos buscados pelo PMI)?

Sim. Os procedimentos de licitação, idealmente, também são competitivos e também ensejam o dispêndio de recursos privados na elaboração de propostas, que, como regra, são custos irrecuperáveis. Porém, existe uma diferença marcante entre os dois instrumentos – PMIs e contratações administrativas de serviços de estruturação – no que toca ao volume de recursos despendidos.

Nos procedimentos licitatórios para contratar serviços técnicos de assessoria na modelagem de projetos, o licitante prepara uma proposta, que a depender do tipo de licitação, pode tratar tanto de aspectos financeiros como técnicos. Essa proposta, todavia, enseja o consumo de um volume menor de recursos do que a execução propriamente dita do contrato de prestação de serviços. Tal percepção é bastante clara na medida em que, normalmente, a preparação de propostas tende a consumir algumas semanas, ao passo que a modelagem propriamente dita consome, em geral, vários meses. Após o julgamento das propostas, o desenvolvimento dos estudos de viabilidade fica a cargo do contratado, que sabe que, desde que execute os serviços nos termos especificados no contrato administrativo, fará jus à retribuição pecuniária pactuada pela execução de seus serviços técnicos.

No PMI, a dinâmica é diferente da retratada acima.

Os particulares não concorrem pelo direito de modelar a concessão; eles modelam a concessão e concorrem pela chance de serem ressarcidos, sendo que a seleção se dá com base nos próprios estudos ofertados. Ao final do procedimento, a tendência é de que apenas uma modelagem seja selecionada para lograr o ressarcimento. Os demais estudos serão descartados

(ou devolvidos ao autorizado, de acordo com o definido no edital de chamamento público) e não ensejarão qualquer retribuição pecuniária.

Portanto, licitações e PMIs têm objetivos imediatos diferentes. O processo de licitação visa à escolha de um prestador de serviço, que se faz tendo em vista suas habilidades técnicas e/ou preço. O PMI visa à escolha dos melhores estudos de viabilidade, entendidos aqui como insumos e materiais que serão aplicados na elaboração das versões finais de documentos licitatórios referentes ao empreendimento. Essa diferença se projeta, conseqüentemente, no montante de recursos empregados pelos concorrentes que atendem aos dois modelos – o qual tende a ser substancialmente maior no PMI.

Um dado adicional é que este dispêndio de recursos não deve ser analisado apenas sob a perspectiva privada.

O PMI também consome um volume muito considerável de recursos públicos, tanto na interação mantida durante o procedimento com vários agentes privados, como na etapa posterior, quando ocorre a avaliação, a seleção e a conversão das diversas contribuições providas numa versão final que seja realmente uniforme e coerente. Para tanto, serão despendidos recursos públicos, principalmente o tempo de agentes públicos e, talvez, até mesmo de consultores técnicos contratados pela Administração para ajudá-la no curso do PMI.

Essa percepção de ocorrência de custos públicos fica ainda mais patente a partir da regulamentação instituída pelo decreto n.º 8.428/2015, que deixou clara a possibilidade de interlocuções e, até mesmo, reuniões entre representantes da Administração e de autorizados⁵⁴⁴. Portanto, cabe ao ente público diligenciar, durante o procedimento, que os trabalhos privados de fato estão em desenvolvimento, podendo solicitar, sempre que julgar necessário, reuniões para checar o bom andamento da modelagem. Em consonância com o caráter precário da autorização (e da relação jurídica estabelecida), não existem sanções para o autorizado que desiste imotivadamente no curso do PMI. Por isso, o ente público deve ter atenção redobrada e ser diligente no sentido de evitar que, ao final do procedimento, os

⁵⁴⁴ Em relação às diligências que devem ser tomadas pela Administração, após o recebimento dos estudos: “Uma das razões para o aumento do número de PMI pode ser a expectativa, por parte do poder concedente, de que os estudos selecionados possam ser totalmente aproveitados, e rapidamente publicados, para a realização da licitação. A experiência, porém, tem mostrado que existe uma fase significativa em relação a tempo, custo e trabalho para a verificação e a adequação dos estudos. Problemas como necessidade de estudos complementares, readequação da matriz de riscos do contrato e das garantias exigidas e calibragem dos requisitos de habilitação dos participantes à licitação são identificados nos estudos recebidos, tendo em vista que são elaborados unilateralmente, em geral por potenciais interessados em participar da futura licitação”. VIEIRA, Helder Matos Monteiro. *O procedimento de manifestação de interesse como ferramenta para a estruturação de parcerias público-privada*. BNDES, Textos para discussão n. 110. Março, 2015, p.13.

estudos entregues sejam de baixa qualidade ou, simplesmente, que não existam quaisquer estudos.

Diante do que se expõe, fica claro que não basta ao ente público lançar a chamada pública e acreditar que estudos prontos e acabados serão entregues, que a avaliação e a escolha da contribuição tecnicamente mais bem elaborada serão fáceis e que a publicação do edital, minuta de contrato de concessão e respectivos anexos técnicos ocorrerá quase que imediatamente após o encerramento do PMI. A realidade revela um quadro bastante diverso⁵⁴⁵.

Nesse sentido, com a intenção de dar mais concretude às ideias aventadas acima, procedeu-se com um exercício para tentar evidenciar o desperdício de recursos privados em sede de PMI⁵⁴⁶⁻⁵⁴⁷.

A partir de cálculos conservadores, é possível estabelecer uma ordem de grandeza do volume de recursos privados gastos. Para tanto, foram utilizadas preponderantemente informações públicas disponibilizadas diretamente pelo Estado de São Paulo em websites. A opção pelo uso dessas informações se deveu prioritariamente ao fato de que o referido ente federativo deu transparência às principais informações sobre os PMIs por ele já lançados, possibilitando a construção de um *estudo de caso* sobre o tema⁵⁴⁸⁻⁵⁴⁹. Além disso, a carteira

⁵⁴⁵ Em relação à dificuldade de preparação das versões de edital e contrato a serem publicadas, vale conferir: “Em alguns casos, o número de propostas entregues já torna a etapa de seleção um desafio. Como exemplo, é possível citar os casos da prefeitura de São Paulo (projeto de iluminação pública) e do governo da Bahia (projeto do metrô), que receberam e tiveram de analisar, respectivamente, 11 e 7 modelagens distintas. Obviamente, não é uma tarefa simples partir de diversos conjuntos de estudos, cada qual com sua coesão e premissas próprias, e chegar a um novo conjunto com diferentes elementos que se mantenham coerentes. Essa fase de seleção impõe mais alguns desafios. O primeiro é o estabelecimento dos critérios para comparação dos estudos, notadamente os relacionados ao projeto de engenharia. Muitas vezes, esses critérios estão mais alinhados com a necessidade de justificar a seleção perante os órgãos de controle do que efetivamente com a análise da qualidade do material apresentado. Outro ponto importante é que, em um processo com mais de um proponente, como não selecionar o estudo cuja modelagem financeira se mostre mais vantajosa à Administração, ainda que não seja considerado o projeto mais adequado? Comprovar a exequibilidade ou não de uma proposta pode exigir recursos dos quais o governo não dispõe”. VIEIRA, Heldo Matos Monteiro. *O procedimento de manifestação de interesse como ferramenta para a estruturação de parcerias público-privada*. BNDES, Textos para discussão n. 110. Março, 2015, p.16-17.

⁵⁴⁶ O exercício que será apresentado neste tópico é uma versão simplificada de uma pesquisa que foi desenvolvido na Área de Estruturação de Projetos (AEP) do BNDES, a partir de informações públicas coletadas na internet. Com o mesmo intuito seguido na presente dissertação, o referido exercício foi motivado pela proposta de conferir maior concretude às objeções relacionadas com a eficiência na alocação de recursos privados em sede de PMI, tendo sido coordenado por Guilherme Mendonça e Fernando Camacho. Fazemos referência a essa iniciativa de modo a evitar a sua apropriação indevida, porém, assume-se aqui a responsabilidade pelas interpretações, conclusões e eventuais erros e incoerências que sejam percebidos na exposição que faremos com base em tais dados.

⁵⁴⁷ Os recursos públicos não serão objeto deste exercício de quantificação pelo fato de não terem sido encontradas informações públicas que permitam estabelecer estimativas sobre o montante de recursos estatais já aplicados em PMIs realizados.

⁵⁴⁸ Na realidade, por ocasião da elaboração deste tópico, a página na internet em que tais informações eram divulgadas não se encontrava mais disponível. É possível que essa alteração não tenha sido motivada por alguma alteração na política de divulgação de dados, mas sim pelo fato de que a coordenação do programa de PPPs do

do Estado de São Paulo é extensa e bastante diversificada, o que também favorece a concepção de um caso para estudo.

Em linhas gerais, a metodologia empregada foi a seguinte:

- mapeou-se o universo de PMIs lançados pelo Estado de São Paulo, constituindo-se uma amostra composta por doze projetos;
- dentro desse universo de análise, verificou-se: (i) quantos interessados privados foram autorizados; (ii) o valor de ressarcimento previsto em cada chamada pública; (iii) o número de estudos apresentados ao final do PMI; (iv) a ocorrência ou não de licitação e assinatura de contrato.

De modo a melhorar a sua visualização, as informações pesquisadas e levantadas foram sistematizadas na tabela abaixo:

Estado de São Paulo foi recentemente deslocada da Secretaria de Planejamento para a Secretaria de Governo. Portanto, especulamos que, no curso dessa alteração, os conteúdos e dados relativos aos PMIs foram retirados do site da Secretaria de Planejamento e devem, futuramente, ser recolocados em outra página pública relacionada à Secretaria de Governo. Entretanto, informações referentes ao dia 18.03.2015 ainda podem ser acessadas no archive.org, por meio do seguinte link: <https://web.archive.org/web/20150316172304/http://www.planejamento.sp.gov.br/index.php?idd=811&id=52> (acessamos em 03.05.2015, às 21h). Cabe ressaltar também que as informações coletadas junto ao Estado de São Paulo foram refinadas e complementadas por pesquisas e informações apuradas de outros sites, entre eles o PPP Brasil.

⁵⁴⁹ É importante destacar que o Estado de São Paulo tem particularidades que, a nosso ver, não fazem dele o mais representativo do contexto nacional de aplicação do modelo de PMI. Por conta de seu porte econômico e estrutura institucional, presume-se que a capacidade técnica de gerenciamento dos PMIs (e análise técnica) seja superior àquela observada nos demais entes federativos, o que poderia conduzir a um uso do instrumento mais eficiente do que o observado nos outros entes federativos nacionais. No entanto, conforme mencionado, o fator decisivo para a análise dos PMIs desenvolvidos pelo Estado de São Paulo está na existência de informações acessíveis ao público.

PMIs do Estado de São Paulo (* em R\$ mil)					
PMI	N.º de autorizados	N.º de estudos entregues	Licitado?	Valor máx. ressarcimento*	Recursos aplicados (setor privado)*
Chamamento Público 001/2011 – PPP Linha 6 Laranja da Rede Metroviária de São Paulo	8	3	Sim	7.600	22.800
Chamamento Público 002/2011 – PPP Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense-IFAB	2	2	Sim	3.600	7.200
Chamamento Público 001/2012 – PPP Linha 18 Bronze da Rede Metroviária de São Paulo	12	4	Sim	5.000	20.000
Chamamento Público 002/2012 – PPP Unidades Prisionais	6	3	Não	7.500	22.500
Chamamento Público 003/2012 – PPP Aula Interativa	30	9	Não	4.800	43.200
Chamamento Público 004/2012 – PPP Habitação de Interesse Social	28	5	Sim	1.500	7.500
Chamamento Público 005/2012 – PPP Linha 20 Rosa da Rede Metroviária de São Paulo	9	1	Não	5.000	5.000
Chamamento Público 006/2012 – PPP Pátio Veicular Integral	15	5	Não	6.000	30.000
Chamamento Público 007/2012 – PPP Complexos Hospitalares	21	3	Sim	5.000	15.000
Chamamento Público 001/2013 – PPP Trens Intercidades	14	1	Não	5.200	5.200
Chamamento Público 002/2013 – PPP Logística de Medicamentos	13	6	Não	3.500	21.000
Chamamento Público 003/2013 – PPP Fóruns	12	3	Não	2.500	7.500
Total	170	45	-	22.700	206.900
Valores Médios	14,2	3,75	-	4.767	-

(Fonte: BNDES; Estado de SP, PPP Brasil⁵⁵⁰)

Em linhas gerais, o Estado de São Paulo, nos doze PMIs considerados na amostra, teve uma média de 3,75 estudos efetivamente entregues ao final de cada procedimento. O valor

⁵⁵⁰ Informações coletadas na internet, especialmente em <https://web.archive.org/web/20150316172304/http://www.planejamento.sp.gov.br/index.php?idd=811&id=52> (acessamos em 03.05.2015, às 21h). As informações foram estruturadas pela equipe do BNDES/AEP.

médio de ressarcimento, fixado nos editais de chamamento público, foi de aproximadamente R\$ 4,7 Milhões.

Nesse sentido, assumindo como premissa que o montante de recursos efetivamente empregado por cada autorizado no PMI correspondeu ao valor máximo de ressarcimento definido pelo Estado de São Paulo em cada procedimento, seria possível alcançar, aproximadamente, o montante de R\$ 207 milhões em recursos privados aplicados nessa amostra de doze projetos.

De acordo as informações públicas disponíveis até a elaboração da tabela acima, apenas cinco PMIs haviam sido licitados. Assim, é possível estimar que o total de recursos privados desperdiçados foi da ordem de R\$ 184 milhões. Esse número corresponde ao total de recursos privados despendidos (R\$ 207 milhões) menos o valor total ressarcido nos cinco projetos licitados (R\$ 22,7 milhões).

Ainda, seria possível a elaboração de um segundo exercício, extrapolando as informações referentes ao Estado de São Paulo para o resto do país.

A tabela a seguir descreve dois cenários e foi concebida a partir da seguinte lógica:

- a partir de informações do RADAR PPP, foram extraídos os dados referentes aos PMIs de projetos de PPP publicados no Brasil de 2010 a 2014, tendo sido verificado, também, o número de projetos cujos contratos foram celebrados⁵⁵¹;
- Utilizaram-se, para a composição de um primeiro cenário, as médias de estudos entregues e os valores ressarcidos obtidos para o Estado de São Paulo (acima descritos), assumindo-se como premissa que esses números são similares para outros entes federativos⁵⁵²;
- Para a composição de um segundo cenário (mais conservador), assimilou-se como premissas que (i) o valor-médio pago a título de ressarcimento de R\$ 4 milhões e (ii) média de dois estudos entregues por PMI Esses dados foram arbitrados de modo a revelar que, mesmo num cenário conservador, os recursos desperdiçados no procedimento são elevados.

⁵⁵¹ A origem desta informação foi detalhada no tópico seguinte, que trata da efetividade dos PMIs.

⁵⁵² Realizar o mesmo tipo de exercício que se operou para o Estado de São Paulo em escala nacional se revelou infactível por conta da dificuldade de obter informações públicas que o viabilizassem.

*Em R\$ milhões

Amostra PMIs 2010-2014	Cenário 1	Cenário 2
(A) Total de PMIs	162	162
(B) Contratos assinados	20	20
(C) Média de estudos entregues*	3,75	2,0
(D) Valor médio de ressarcimento*	4,76	4,0
(E) Valor total de recursos privados aplicados* (A x C x D)	2891,7	1296,0
(F) Valor total de recursos privados recuperados (B x D)	95,2	80,0
Valor total de recursos privados desperdiçados (E – F)	2796,5	1216,0

(fonte: BNDES)

No cenário um, em que se usa a média de 3,75 estudos e o valor médio de ressarcimento de R\$ 4,76 milhões de reais, o valor total de recursos privados aplicados e não recuperados é de quase R\$ 2,8 bilhões.

No cenário dois, bastante conservador, usou-se a média de dois estudos entregues e de R\$ 4 milhões de ressarcimento para cada estudo, obtendo-se o valor global de recursos privados “afundados” de R\$ 1,2 bilhão.

Mesmo o cenário 2, bastante conservador no que toca a escolha das premissas, o volume de recursos privados perdidos é muito elevado.

O exercício acima, que se reconhece ser bastante simples, teve por objetivo evidenciar que o modelo de PMI, tal qual concebido pela regulamentação vigente hoje, representa uma alocação bastante elevada de recursos privados, dos quais apenas uma pequena parte é bem sucedida para geração de projetos⁵⁵³.

Entretanto, novamente, é importante ressaltar o quão conservador é o raciocínio articulado acima porque: (i) não foram considerados os custos do ente privado que, embora

⁵⁵³ A amostra analisada corresponde a uma efetividade de 42% do modelo de PMI no Estado de SP, considerando que foram licitados cinco PMIs em doze, sendo que o total de recursos gastos e não recuperados foi de R\$ 184 milhões (considerações mais detalhadas sobre a efetividade do modelo serão abordadas no tópico seguinte). Porém, se o percentual de sucesso dos PMIs fosse de 100%, ou seja, se todos os projetos fossem licitados (havendo ressarcimento em todos), ainda assim o volume de recursos não recuperados seria de R\$ 149.7 milhões. A conclusão é que a ineficiência do modelo não está atrelada apenas ao problema da sua baixa efetividade. Mesmo num cenário de conversão completa de PMIs em contratos de concessão assinados, o volume de recursos privados desperdiçado tende a ser muito representativo.

tenha sido autorizado, desistiu do PMI e não entregou estudos; (ii) como a modelagem dos projetos é muito onerosa, é bastante frequente, na prática, que o valor definido para o ressarcimento (no edital de chamamento público) não seja suficiente para cobrir os custos incorridos na elaboração dos estudos, especialmente quando o PMI se alonga além do tempo inicialmente estimado⁵⁵⁴. Na amostra selecionada, por exemplo, existem PMIs que se referem a concessões de metrô, cujos estudos, por conta de sua complexidade, riscos e ênfase em estudos de engenharia, são extremamente onerosos e, muito provavelmente, não foram integralmente cobertos pelo valor de ressarcimento estabelecido.

Ainda, as objeções relativas à eficiência na aplicação de recursos privados e públicos pode ensejar outra reflexão, relativa ao perfil dos particulares que atendem ao chamado do ente público.

Como a perspectiva de não reaver os recursos aplicados na participação do PMI é muito grande, seria possível levantar a hipótese de que apenas empresas de grande porte econômico e diretamente interessadas na exploração econômica dos empreendimentos modelados tenham interesse em participar do PMI.

Empresas de pequeno e médio porte, como empresas especializadas na prestação de serviços de consultoria técnica (“consultorias”), se posicionam de modo desfavorável no PMI, dado que possuem menor fôlego financeiro para assumir os riscos inerentes ao procedimento – especialmente o de trabalhar sem receber. Daí a dificuldade de que este tipo de agente de mercado se engaje no procedimento atuando de modo absolutamente desvinculado a potenciais licitantes.

6.3.4 Efetividade

Diferentemente das objeções tratadas anteriormente, as análises e informações contidas neste tópico e no seguinte se referem ao segundo grupo de objeções que podem ser levantadas em face do PMI, isto é, objeções baseadas nos resultados efetivamente alcançados (ou seja, não são baseadas em fatores estruturais do modelo). O objetivo do presente tópico é

⁵⁵⁴ Nesse sentido, vale a transcrição de excerto do trabalho escrito por Tarcila Reis e Eduardo Jordão, em que os autores comentam os atrasos e prorrogações habitualmente verificados nos PMIs: “O senso comum é que a velocidade pública e privada são distintas e muitas vezes o gestor lança mão de PMIs com a ilusão de que, com isso, a estruturação do projeto poderá ser realizada em tempo exíguo. Na prática, esta expectativa frequentemente não se concretiza e dá lugar a prorrogações, demonstrando ao gestor que, mesmo amparado pelas empresas mais eficientes, a urgência do tempo político dificilmente é satisfeita pelo tempo necessário para estruturação de projetos de qualidade”. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p.220.

tratar da efetividade do modelo, ou seja, discutir se os PMIs têm sido realmente bem sucedidos para a celebração de contratos de concessão.

Entretanto, é importante novamente ressaltar que os dados públicos hoje disponíveis e utilizados para a elaboração deste tópico não permitem alcançar uma conclusão fechada sobre a efetividade ou não do instrumento PMI. Conclusões categóricas seriam apenas alcançadas com base em dados validados e sistematizados, empregando-se, se necessário, rigor estatístico na composição dessas bases⁵⁵⁵. De toda a forma, as informações públicas apresentadas a seguir são minimamente úteis para ajudar a levantar algumas hipóteses sobre o tema em análise.

Neste contexto, serão apresentadas e comentadas a seguir informações provenientes do Radar PPP, tratando especificamente de PMIs que originaram de projetos de PPP⁵⁵⁶. Tais dados foram divulgadas em evento realizado em abril de 2015, denominado “International Meeting infrastructure and PPPs”⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸.

O gráfico abaixo trata dos PMIs conduzidos de 2010 a 2015, promovendo uma segmentação conforme os seguintes grupos: (i) PMIs publicados; (ii) PMIs do ano que viraram consulta pública; (iii) PMIs do ano que viraram edital publicado; (iv) PMIs do ano que viraram contratos assinados. Nesse sentido:

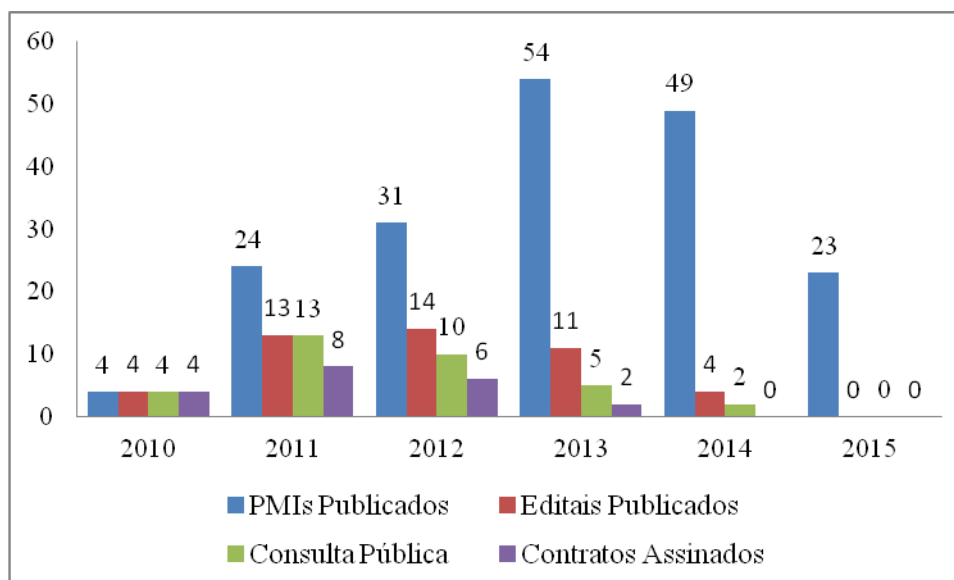
⁵⁵⁵ Além disso, deve-se destacar que existem diversas variáveis que influenciam no sucesso ou fracasso da realização de um projeto de concessão – além do fato de ele ser originado ou não de um PMI. Dentre as quais, podem ser mencionadas (sem pretensão de completude): o nível de institucionalidade e capacitação técnica do ente público responsável pelo procedimento; a origem do projeto, que pode vir do setor público ou da iniciativa privada (por meio de manifestação de interesse do setor privado/MIP); a forma de elaboração do edital de chamamento público (que pode ter sido detalhista ou minimalista) e atenção conferida à condução dos estudos pelos particulares autorizados; a natureza da concessão (se comum ou parceria público-privada), pois, como é sabido, os projetos de PPP enfrentam diversas dificuldades para serem implementados por conta, dentre outros fatores, de limitações fiscais e da indisponibilidade de garantias públicas. Enfim, todos esses fatores influenciam na efetividade da estruturação de projetos e, num contexto de análise mais científica, precisariam ser consideradas e isoladas.

⁵⁵⁶ O material consultado não é absolutamente claro, mas assumimos que esse número se refere ao total de PMIs lançados no país versando sobre projetos de PPP.

⁵⁵⁷ A versão integral da apresentação realizada pode ser acessada em <http://infraestruturaeppps.com.br/pdfs/1-2804-900-bruno.pdf>. Acesso em 04/05/2015, às 12h41.

⁵⁵⁸ Tratando do mesmo tema, o site PPP Brasil divulgou, em junho de 2013, relatório sobre a experiência de Estados com a estruturação de projetos via PMI, o qual contém informações como o número de PMIs lançados e o seu estágio. Optou-se por não apresentar essas informações na medida em que se obteve fonte de dados mais recente – de abril de 2015. Entretanto, vale a referência a tal relatório, que já foi bastante mencionado em outros trabalhos acadêmicos sobre o tema. PEREIRA, Bruno. Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados - Atualização do relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-Estados-0>. Acesso em 28.04.2014, às 12h42.

Panorama das PPPs no Brasil: Conversão de PMIs em Consultas, Editais e Contratos



(Fonte: Radar PPP – apresentação no “*International Meeting infrastructure and PPPs*”)

A partir desses números, tomando como referência os períodos de 2010 a 2014, é possível estimar os seguintes percentuais de efetividade dos PMIs considerados na amostra:

Ano	Total de PMIs	Consulta Pública	Edital Publicado (licitação)	Contratos assinados	Efetividade
2010	4	4	4	4	100%
2011	24	13	13	8	33%
2012	31	14	10	6	19%
2013	54	11	5	2	4%
2014	43	4	2	0	0%
Total	156	42	34	20	13%

Na amostra analisada, optou-se por não considerar as informações referentes aos PMIs publicados no ano de 2015. O caráter recente desses procedimentos tenderia a prejudicar a análise porque, como é sabido, a modelagem de projetos de infraestrutura complexos, como é o caso dos formatados como concessões, possui um tempo de maturação que não é curto.

Os dados referentes ao período 2010 a 2014 indicam que aproximadamente 13% dos 156 PMIs atingiram o objetivo buscado, qual seja, o de celebrar um contrato de concessão. Foram apenas 20 contratos assinados. O exame desses números conduz a uma percepção de baixa efetividade do PMI.

A intenção do exercício acima foi a de proporcionar uma percepção sobre a efetividade do instrumento PMI, valendo-se da assinatura do contrato de concessão como o critério objetivo para definir se a iniciativa foi ou não bem sucedida.

Contudo, num cenário ideal, uma análise mais precisa acerca do sucesso/efetividade do PMI, não deveria se restringir apenas à verificação do quociente “contratos assinados/PMIs publicados”. Seria oportuno conceber uma noção de sucesso mais ampla, contemplando outras variáveis, como o tempo despendido na estruturação, a competição na licitação (número de licitantes) e, quem sabe, aspectos relacionados aos benefícios auferidos pelo Estado com a delegação do serviço.

Em outras palavras, não se pode aqui enveredar por um caminho simplista, em que se considera que “projeto bom é projeto cujo contrato foi assinado”. Bons projetos, em linha com o que se afirmou em outras passagens dessa dissertação, têm por pressuposto que as prestações e obrigações das partes contratantes e o balanceamento dos riscos alocados estejam equilibrados.

Entretanto, os números apresentados acima convergem para a configuração de um cenário em que os PMIs são vitimados por uma grande mortalidade (na amostra analisada, essa mortalidade foi de 87%). Quais são os fatores que explicam esse quadro?

Sem a pretensão de ser categórico, é possível especular algumas causas possíveis para esse contexto de baixa efetividade.

A primeira hipótese (e mais intuitiva) estaria nas limitações operacionais e técnicas dos entes públicos, que, após o encerramento do PMI, ainda não conseguiriam finalizar o projeto e levá-lo à licitação. Deve-se ter em mente que, em alguns casos, assim como retratado na tabela constante do tópico 3.3 deste capítulo, o volume de contribuições é muito elevado, tornando pouco factível a sua assimilação pelas equipes do ente público.

A segunda hipótese se refere, por assim dizer, a um possível baixo engajamento do ente público durante a preparação de alguns projetos e, posteriormente, na sua licitação e implementação. Talvez, pelo fato de muitos procedimentos terem sido provocados pelo setor privado, é possível que o ente público tenha consentido com a preparação da concessão sem atentar para a circunstância de que tais projetos poderiam não estar alinhados às prioridades do ente público. Por isso, num cenário de restrição fiscal ou falta de recursos humanos para

diligenciar o acompanhamento, finalização e licitação desses projetos, essas modelagens seriam simplesmente jogadas para escanteio.

A terceira hipótese decorre do fato de que, quando os PMIs começaram a ser ostensivamente usados, muitos editais de chamamento público eram extremamente superficiais e minimalistas, não indicando diretrizes e critérios que pudessem orientar, adequadamente, o trabalho dos autorizados. Tratava-se de uma percepção errada de que, tendo sido apenas indicado o problema, as soluções técnicas seriam providas num passe de mágica. Uma hipótese possível é que esse modo de proceder tenha redundado em estudos de baixa qualidade, não coincidentes com os objetivos que motivaram o chamamento público e, por isso, inservíveis para o ente público levar a licitação adiante⁵⁵⁹. Na esteira das ideias articuladas no capítulo I, a licitação dos projetos pressupõe a prévia elaboração de estudos de viabilidade robustos, que estarão refletidos nos documentos de licitação. Não é, assim, toda e qualquer contribuição que viabiliza a licitação de um empreendimento.

Por fim, é importante destacar que este cenário de baixa efetividade tem gerado certa insegurança e descrédito na maneira como a ferramenta tem sido usada.⁵⁶⁰ Como é cediço, no PMI, o ente privado que colabora com o Estado assume o risco de que os esforços e recursos aplicados na modelagem venham a se perder. Por isso, esse cenário de alta mortalidade de projetos tende a gerar a força motriz de um círculo vicioso, em que os agentes privados cada vez gastam menos recursos na estruturação dos projetos (fornecendo estudos superficiais e de baixa qualidade), o que, conseqüentemente, contribui para que menos projetos sejam licitados - realimentando, então, esse círculo.

6.3.5 Concorrência

A última objeção mapeada no presente diagnóstico se refere à tendência de não haver competição nos certames licitatórios realizados após a conclusão dos PMIs.

⁵⁵⁹ “Infelizmente, há também o que se criticar no decreto, ainda que os pontos falhos decorram provavelmente da inexperiência do governo federal neste tipo de procedimento. Essa questão fica nítida quando vemos o dispositivo que permite à Administração apresentar um problema a ser resolvido pela iniciativa privada, deixando o direcionamento dos estudos livre aos interessados. A experiência, contudo, demonstrou que PMI sem objeto claramente definido se transforma em um problema de difícil solução à Administração, já que não consegue comparar os estudos e determinar qual o mais adequado a seguir em frente. Alternativas para esta questão foram trabalhadas no município de São Paulo e podem ser a solução prática. Contudo, a norma federal não abre muito espaço para a criação de uma fase preliminar no PMI visando a definição do melhor conceito, antes de aprofundar os estudos.” LOHBAUER, Rosane Menezes; BARATA, Rodrigo; DOS SANTOS, Victor Beraldo. *Decreto regulamenta diálogo público-privado antes de licitações*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-06/decreto-regulamenta-dialogo-publico-privado-antes-licitacoes>. Acesso em 08 de maio de 2015, às 12h44.

⁵⁶⁰ PEREIRA, Bruno. PMI e Insegurança Jurídica. Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/porta1/content/artigo-pmi-e-inseguran%C3%A7-jur%C3%ADica>. Acesso em: 21/02/2015, às 8h30.

A hipótese ora levantada é a de que as vantagens fáticas (embora não formais) e significativas em favor do autorizado, cujos estudos estruturantes foram selecionados, sobretudo a assimetria informacional e a posição de dominância durante a modelagem da concessão, constituem, na prática, um forte fator de desestímulo à competição no certame licitatório. Nesse sentido, o PMI seria visto pelo universo de potenciais licitantes como uma verdadeira antecipação do certame – uma vez que o autorizado cujos estudos foram selecionados seria o provável vencedor da licitação subsequente.

Não por acaso, a análise de informações públicas disponíveis revela que as licitações de projetos modelados via PMI são caracterizadas, na realidade, por um número pequeno de licitantes – normalmente um ou dois.

A propósito deste tema, existe uma consideração preliminar, que se julga bastante importante, que é atinente ao levantamento de dados que possam subsidiar percepções sobre a competição e eventuais favorecimentos em processos licitatórios desenvolvidos na esteira de PMIs.

Nesse sentido, é possível ser categórico na afirmação de que o grau de transparência que cerca estes procedimentos nos estados e municípios é extremamente baixo. Na União essa realidade é diferente, havendo um nível de visibilidade no uso desses instrumentos muito maior. Porém, no que toca aos procedimentos conduzidos pelos entes subnacionais, há uma flagrante tendência de que não sejam disponibilizadas informações sobre quem foram os participantes autorizados, os autores dos estudos selecionados, os responsáveis econômicos pelos estudos e os vencedores dos certames licitatórios. No máximo, essas informações são dispostas de modo desorganizado e, quando muito, divulgadas *pro forma* na imprensa oficial.

Esse quadro geral de baixa transparência (para não dizer transparência inexistente) reverberou na preparação deste tópico, fragilizando a construção de hipóteses acerca do tema competição. Por isso, as informações apresentadas na sequência foram pinçadas de outras obras de referência sobre o tema, embora caiba advertir que mesmos estes trabalhos foram desenvolvidos a partir da análise de um quantitativo não numeroso de PMIs.

Nesse sentido, serão apresentados a seguir dois grupos de informações.

O primeiro grupo de informações está sistematizado na tabela abaixo, extraída de trabalho elaborado por Heldo Vieira, no qual foi analisada a competição nas licitações geradas a partir de uma amostra de oito PMIs⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Referido autor promoveu uma análise mais profunda das informações constantes do relatório publicado pelo site PPP Brasil, em junho de 2013, que versava sobre a experiência estadual com PMI. Em linhas gerais, o relatório editado pelo PPP Brasil informava que, de 65 PMIs publicados no período 2011-2012, nove haviam

Projeto	Nº de participantes no PMI	Nº de participantes no leilão	Participante do PMI participou do leilão	Vencedor do leilão participou do PMI	Vencedor do leilão teve seus estudos escolhidos no PMI
Mobilidade salvador-lauro de Freitas (metrô salvador)	7	1	Não	Não se aplica	Não se aplica
Vapt Vupt	1	2*	Sim	Sim	Sim
Centro de Convenções - eficiência energética	1	2*	Sim	Sim	Sim
Ampliação da rede Faça Fácil	3	1	Sim	Sim	Sim
Indústria Farmacêutica Américo Brasiliense	2	1	Não	Não se aplica	Não se aplica
Linha 6 (Laranja) do metrô SP	3	1	Sim	Sim	Sim, parcialmente
Centro de Gestão Integrado	1	1	Não	Não se aplica	Não se aplica
Complexo Maracanã	1	2	Sim	Sim	Sim
(*um dos licitantes foi inabilitado)					

(fonte: Vieira, 2014⁵⁶²)

A partir das informações dispostas na tabela acima, o autor do referido trabalho concluiu que: (i) em 100% dos projetos em que o participante do PMI teve seus estudos

chegado à fase de licitação. A investigação promovida por Heldo Vieira foi a de levantar informações sobre essas licitações, mais especificamente em relação à competição e respectivos vencedores. As informações apresentadas pelo autor referem-se a oito (dos nove) projetos originalmente citados pelo relatório do PPP Brasil. VIEIRA, Heldo Matos Monteiro. *O procedimento de manifestação de interesse como ferramenta para a estruturação de parcerias público-privada*. BNDES - Textos para discussão n. 110. Março, 2015, p. 24.

⁵⁶² Reformatamos a tabela a partir dos dados originalmente levantados pelo autor. Um dos licitantes foi inabilitado. VIEIRA, Heldo Matos Monteiro. *O procedimento de manifestação de interesse como ferramenta para a estruturação de parcerias público-privada*. BNDES - Textos para discussão n. 110. Março, 2015, p. 24.

escolhidos no PMI e participou do leilão, ele saiu vencedor; (ii) 87,50% dos projetos que foram a licitação apresentaram apenas um interessado habilitado.

Um segundo grupo de informações, lastreado dessa vez em dados públicos apurados em relação aos projetos do Estado de São Paulo, permite comparar quantitativamente a competição na licitação entre projetos desenvolvidos via PMI e projetos desenvolvidos a partir de outros mecanismos, ou seja, realizados pelos órgãos e entes integrantes da estrutura da própria Administração, com ou sem o apoio de assessores técnicos contratados⁵⁶³. Nesse sentido:

Projeto	Número de licitantes
Chamamento Público 001/2011 – PPP Linha 6 Laranja da Rede Metroviária de São Paulo (2011)	1
Chamamento Público 002/2011 – PPP Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense-IFAB (2011)	1
Chamamento Público 001/2012 – PPP Linha 18 Bronze da Rede Metroviária de São Paulo (2012)	1
Chamamento Público 004/2012 – PPP Habitação de Interesse Social (2012)	1
Chamamento Público 007/2012 – PPP Complexos Hospitalares (2012)	3
Total	7
Média	1,4

(fonte: BNDES)

Dos doze PMIs lançados pelo Estado de São Paulo até 2013 (que podem ser visualizados na tabela constante do tópico 3.3), apenas cinco projetos foram licitados com sucesso⁵⁶⁴. Destes, apenas um teve mais de um licitante⁵⁶⁵, ou seja, 80% das licitações

⁵⁶³ Essas informações também foram mapeadas pela equipe da Área de Estruturação de Projetos do BNDES e integram o estudo referenciado na nota de rodapé n. 18. Novamente, fazemos referência ao trabalho, avocando para nós a responsabilidade por eventuais erros e interpretações equivocadas.

⁵⁶⁴ Até 29/04/2015, ocasião em que checamos a informação.

⁵⁶⁵ Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/Estado-de-s%C3%A3o-paulo-habilita-tr%C3%AAs-licitantes-na-concorr%C3%Aancia-de-ppp-de-hospitais>, acesso em 27/06/2015, às 12h49.

realizadas não foram realmente competitivas⁵⁶⁶. A exceção foi o projeto de complexos hospitalares em que três consórcios disputaram a licitação. Portanto, a média nesta amostra foi de 1,4 licitantes por projeto. Ainda, cabe fazer remissão a todas as particularidades que envolvem o Estado de São Paulo, que permitem supor que este ente federativo tem capacidade técnica e institucional acima da média para a condução desses procedimentos.

O que os dados revelam, em relação à experiência de São Paulo, é que os projetos que não foram desenvolvidos por meio de PMI apresentaram um resultado aparentemente melhor, no que tange a competição na licitação.

Projeto	Número de licitantes
PPP Sistema de Reservatórios de Controle de Cheias (2013)	5
PPP Sistema Produtor São Lourenço (2013)	2
PPP Rodovia dos Tamoios e Contornos (2014)	4
PPP SIM da Baixada - Sistema Integrado Metropolitano da Região Metropolitana da Baixada Santista (2014)	1
Linha 4 do metrô (2006)	7
Linha 8 do metrô (2010)	1
VLT baixada Santista (2014)	1
Total	21
Média	3,0

(fonte: BNDES)

Em 57% dos casos, houve mais de um licitante. Além disso, a quantidade média de licitantes da amostra foi de três, consideravelmente superior àquela observada para os PMIs.

Ainda que o estudo de caso do Estado de São Paulo provavelmente não seja o mais representativo da realidade nacional, a opção por sistematizar dados desse ente federativo foi ddecorrência do volume maior de informações que pôde ser acessada.

Da mesma forma que se mencionou antes, nas considerações atinentes à efetividade e eficiência do modelo de PMI, os dados empíricos apresentados têm por propósito apenas dar mais concretude para as hipóteses levantadas, embasando-as minimamente. Porém, seria

⁵⁶⁶ Neste caso, não se conseguiu apurar se os licitantes vencedores desses cinco certames foram os mesmos autores ou responsáveis econômicos pela modelagem do projeto.

desejável a disponibilidade sistematizada de dados que possibilitassem análises mais elaboradas. Mesmo assim, entende-se que as informações apresentadas e comentadas neste tópico servem para embasar minimamente a percepção de que as licitações desenvolvidas na esteira de PMIs tendem a ser pouco competitivas.

6.4 Propostas para o aperfeiçoamento do PMI

As propostas apresentadas a seguir foram elaboradas a partir de interpretações jurídicas da regulação (legal e regulamentar) atualmente vigente.

Alterações normativas que reforcem a segurança jurídica e confirmem conforto ao gestor público são sempre bem vindas. Entretanto, seu processo de elaboração nem sempre é fácil, ainda mais quando se referem a modificações em marcos legais.

Em linhas gerais, o eixo central das propostas a seguir é o de transformar o PMI num instrumento o mais atrativo possível para agentes privados não interessados em se tornarem os titulares dos empreendimentos modelados – ou seja, estruturadores independentes. Nesse sentido, são apresentadas propostas para endereçar os óbices de natureza estrutural (*intrínsecos ao modelo*, na linguagem que se convencionou na introdução deste trabalho), apostando que elas tragam como externalidade positiva o incremento da efetividade e da competição nos certames licitatórios.

Não existe antagonismo entre o objetivo geral acima descrito e os interesses legítimos dos agentes econômicos que atuam no mercado de concessões.

A maximização da isonomia na licitação desses empreendimentos é uma meta interessante para o próprio mercado porque maximiza as oportunidades de negócios – que estarão verdadeiramente acessíveis a todos os interessados. Os licitantes terão em mente que o empreendimento que lhes interessa terá sido modelado de forma neutra, sem esconder favorecimentos a algum grupo econômico. Essa circunstância tende a reverberar positivamente na competição nos certames – competição, que nos termos do examinado no capítulo II, é um elemento essencial desse modelo de regulação econômica por meio de contratos de concessão.

6.4.1 Proposta 1: Conduzir o PMI preferencialmente com autorizados independentes

O conflito de interesses é provavelmente o tema mais importante ao se discorrer sobre o PMI. Considerando o grande volume de discussões e de informações necessárias para a abordagem do tema, a sua exposição foi segmentada em algumas seções.

Num primeiro segmento, será traçado um panorama da legislação e dos entendimentos jurídicos que têm sido sedimentados sobre o tema, compreendendo assim: (i) o tratamento do conflito de interesses em sede de licitações de obras, nos termos da lei n.º 8.666/93 e da lei n.º

12.462/2011(que instituiu o chamado Regime Diferenciado de Contratações/RDC); (ii) o tratamento do conflito de interesses nos modelos tradicionais de PMI e no revogado decreto n.º 5.977/2006; (iii) o tratamento do conflito de interesses à luz da nova regulamentação instituída pelo decreto federal n.º 8.428/2015.

No segundo segmento, serão desenvolvidas propostas adicionais de interpretação jurídica para a mitigação e eliminação do conflito de interesses.

6.4.1.1 O tratamento do conflito de interesses na legislação

6.4.1.1.1 O tratamento do conflito de interesses em sede de licitações de obras

O tratamento do conflito de interesses, na legislação que se aplica às licitações e contratos administrativos de bens e serviços, inclusive os que tenham por objeto a realização de *obras*⁵⁶⁷ (aqui entendidos como os serviços de engenharia voltados à edificação e reforma de estruturas), é regulado pelo art. 9º, da lei n.º 8.666/93 e pelo art. 36, da lei n.º 12.462/2011. Na medida do que será exposto a seguir, a lógica assimilada em ambas as legislações é bastante semelhante, convergindo para a eliminação do conflito em potencial.

Não cabe aqui retomar a exposição das diferenças existentes entre a contratação de obras públicas e os contratos de concessão (tema que já foi tratado no capítulo I). Apesar de ambos os modelos terem por finalidade a viabilização de investimentos em infraestrutura, assimilam uma estrutura de incentivos substancialmente diferente.⁵⁶⁸ Um dos pontos de distanciamento está no nível de detalhamento e vinculação que se atribui aos estudos de engenharia que antecedem a licitação de obras públicas e concessões.

A lei de licitações, no que concerne à contratação de obras, estabelece a obrigatoriedade de realização prévia de *projeto básico*⁵⁶⁹ (art. 7º, § 2º, I), no qual constarão o detalhamento e a caracterização da obra ou serviço que se deseja contratar (art. 6º, IX, da lei n.º 8.666/93)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Nos termos da lei n.º 8.666/93, art. 6º, I, “Obra” é “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”.

⁵⁶⁸ Uma dessas diferenças está no nível de detalhamento e na vinculatividade que se atribui aos projetos de engenharia. De acordo com o art. 7º, § 2º, da lei de licitações e contratos, a execução de obras apenas poderá ser licitada quando “houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”. No caso das concessões, a licitação pode se processar a partir da elaboração de estudos de engenharia referenciais, preferencialmente com nível de detalhamento de anteprojeto.

⁵⁶⁹ Faculta-se ainda que, a critério da Administração, a licitação possa se processar com base em projeto executivo, cujo nível de detalhamento é maior.

⁵⁷⁰ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que

A lei do RDC adota sistemática diversa, estabelecendo, além do modelo tradicional de licitação precedida da elaboração de projeto básico, de uma alternativa designada de *contratação integrada*. Nesta alternativa, a licitação é realizada a partir de um *anteprojeto* de engenharia, deslocando-se a responsabilidade pela elaboração dos projetos básico e executivo para o contratado.⁵⁷¹

Neste caso, a legislação – tanto a lei geral de licitações como a do RDC - trabalha com a ideia de que configuraria uma hipótese de potencial conflito a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação que tenha por objeto a realização da obra ou serviço detalhados nos referidos estudos de engenharia. Por isso, a opção do legislador foi a de estabelecer uma proibição, de modo a eliminar esse potencial conflito.

Na lei geral de licitações e contratos, o art. 9º, incisos I e II, dispõe que o autor do projeto de engenharia (ou aqueles que com ele tenham vínculos societários e econômicos) não pode participar da licitação que tenha por objeto a execução da obra. Da mesma forma, fica o autor do projeto de engenharia impedido de prestar assessoria técnica a algum licitante, o que, na visão da lei, configuraria participação indireta. A única forma de participação é na condição de assessor do ente público em atividades de fiscalização, supervisão ou gerenciamento da obra.

No RDC, a ideia também foi a de eliminar o potencial conflito. Essa discussão, entretanto, ganha uma complexidade maior porque a lei do RDC admite “dois formatos” de

possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

⁵⁷¹ Nas palavras de André Rosilho: “Vê-se de plano que neste regime de execução contratual se exigem do particular não apenas a realização de obra ou a prestação do serviço mas também seu engajamento no processo de planejamento e seu empenho em entregar o objeto contratado pronto, acabado e em adequado funcionamento à Administração.” E continua: “A novidade, neste caso, está em autorizar a licitação sem projeto básico de obras e serviços de engenharia desvinculados de concessões, rompendo “com a prática convencional dos contratos administrativos ordinários no Brasil, historicamente presos a uma cultura de forte controle de meios”. ROSILHO, André. op. Cit., nota 229, p. 61 e p. 68.

execução contratual⁵⁷²: o primeiro é semelhante ao previsto na lei n.º 8.666/93, em que a contratação é precedida de projetos de engenharia e; o segundo formato é a *contratação integrada*.

Quando a licitação é precedida da elaboração de projetos de engenharia, a proibição de que o autor do projeto básico ou executivo figure como licitante consta do art. 36, da lei n.º 12.462/2011. Do ponto de vista redacional, inclusive, o dispositivo em tela se aproxima muito daquele inserido na lei de licitações.

As particularidades do RDC, entretanto, se referem à contratação integrada, em que a lei expressamente permite que os autores dos projetos básico e executivo participem da licitação⁵⁷³.

Diferentemente do que se pode ser levado a pensar numa primeira leitura, o RDC não consentiu aqui com o conflito de interesses. Permitindo-se aqui o uso de uma expressão bastante informal, a lei n. 12.462/2011, na nossa visão, “choveu no molhado” ao ressaltar a incidência das regras de conflito de interesses aplicáveis aos autores dos projetos básico e executivo no âmbito das contratações integradas⁵⁷⁴, nos termos do art. 36, §1º.

Nas contratações integradas, não há a elaboração (prévia à licitação) de projetos de engenharia básico ou executivo, mas apenas de um anteprojeto. A responsabilidade pelos projetos básico e executivo é deslocada para o contratado, que irá elaborá-los antes de iniciar as obras propriamente ditas. Por isso, não haveria sentido em que, na contratação integrada, os autores dos projetos de engenharia não pudessem participar da licitação⁵⁷⁵. Tais projetos serão

⁵⁷² O RDC não adotou modalidades de licitação (tal qual a lei n.º 8666/1993), mas sim regimes de execução do contrato, que podem ser empreitada por preço unitário (art. 8º, I); empreitada por preço global (art. 8º, II), contratação por tarefa (art. 8º III), empreitada integral (art. 8º, IV) ou contratação integrada (art. 8º, V), sendo que os quatro primeiros “encontram correspondência na lei n.º 8666/1993”. No corpo do texto optou-se, simplificada, ressaltar que o regime de execução via contratação integrada é uma alternativa em relação ao que já havia sido previsto na lei geral de licitações e contratos. Cf. ROSILHO, André. op. Cit., nota 229, p. 60.

⁵⁷³ Nesse sentido, vale a remissão ao texto de André Rosilho: “(...) o RDC, ao atribuir ao contratado o dever de elaborar os projetos básico e executivo nas contratações integradas, viu-se obrigado a afastar a proibição de que participassem, direta ou indiretamente, da licitação aqueles que de algum modo tiverem contribuído para sua elaboração (art. 36, § 1º, da Lei do RDC). A Lei 8666/1993, como se sabe, veda terminantemente a participação, direta ou indireta, do autor do projeto básico na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários (art. 9º)”. Ibidem, p. 63

⁵⁷⁴ **Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:** I - da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente; II - da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente; III - da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou IV - do servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. **§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo no caso das contratações integradas (grifei).**

⁵⁷⁵ Aliás, esse tipo de “redundância legal” não é inédito em sede de contratações. A própria lei geral de licitações adotou fórmula semelhante, ao prever que os autores dos projetos executivos podem participar da licitação, quando esta for realizada a partir de projeto básico. Nesse sentido:

preparados após a licitação, pelo próprio vencedor do certame, como um passo fundamental para a execução do contrato celebrado. Nesse sentido, se existe algum conflito em potencial na contratação integrada, ele concerne, na realidade, à autoria do anteprojeto.

Entretanto, o RDC silencia no que toca ao potencial conflito de interesses decorrente da elaboração do anteprojeto de engenharia. A lei não menciona expressamente a impossibilidade de participação do autor do anteprojeto no certame – naturalmente no caso deste estudo ter sido elaborado por um agente privado, contratado pela Administração⁵⁷⁶.

No que toca ao tratamento conferido pela lei n.º 8.666/93 e pelo RDC, a opção legislativa ao vedar a participação dos autores dos projetos básico e executivo na licitação foi provavelmente motivada pela percepção de que eles dispunham de vantagens informacionais e estratégicas muito significativas em relação aos demais licitantes, o que desequilibraria a competição no certame caso a sua participação fosse permitida. Além disso, poderia haver um interesse de que os custos da contratação fossem maximizados, ensejando assim uma rentabilidade maior para a execução da obra ou serviço.

Conforme será examinado, nos PMIs, a dinâmica de tratamento do conflito de interesses segue uma linha bastante diferente.

6.4.1.1.2 O tratamento do conflito de interesses no PMI: as regulamentações editadas pelos entes subnacionais e o decreto federal n.º 5.977/2006

O tratamento do conflito de interesses no PMI era bastante uniforme nos entes federativos que fazem uso dessa ferramenta até a edição do decreto federal n.º 8.428/2015. Na linha do decreto federal n.º 5.977/2006 (já revogado) e do tratamento comum dispensado pela

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, 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 - 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 - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede 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. (grifei)

⁵⁷⁶ Não analisamos obras doutrinárias que tenham abordado o tema. Não temos uma posição fechada acerca da viabilidade jurídica de restringir a participar do autor do anteprojeto de engenharia, nem da sua pertinência técnica. Talvez o legislador tenha partido do pressuposto (a nosso ver equivocado) que os anteprojetos, por serem mais simples do que os projetos básicos, poderiam sempre ser realizados pela Administração e suas equipes.

regulamentação adotada nos entes subnacionais, todos os autorizados (incluindo-se o autor dos estudos selecionados) podem participar do processo licitatório⁵⁷⁷ que tenha por objeto o direito de executar o empreendimento modelado⁵⁷⁸⁻⁵⁷⁹.

Na realidade, essa permissão também foi preservada no decreto federal publicado em abril de 2015, que conservou - como regra padrão - a admissibilidade de participação dos autorizados na licitação. Contudo, o decreto federal n.º 8.428/2015 trouxe, de fato, uma inovação, pois previu, na parte final do seu art. 18, a possibilidade de a Administração restringir a participação dos autorizados na licitação. Os detalhes sobre essa inovação no tratamento do conflito de interesses serão abordados no tópico seguinte.

A ideia de restringir a participação dos autorizados na licitação não é um tema recente. A preocupação subjacente a esta discussão é que a ascendência técnica e informacional dos particulares sobre o poder público pode ser canalizada para o processo licitatório, ensejando resultados desfavoráveis para o Estado.

Nesse sentido, uma medida já aventada no passado para endereçar o conflito de interesses no PMI seria a alteração da base regulamentar então vigente, de modo a proibir expressamente a admissibilidade de participação dos autorizados. Trata-se da mesma linha assumida pela lei de licitações e pelo RDC no que toca ao tratamento do conflito de interesses⁵⁸⁰, qual seja, o de eliminá-lo.

Porém, o estabelecimento de uma restrição dessa natureza tem por pressuposto o deslinde de várias controvérsias jurídicas⁵⁸¹, que foram sistematizadas a seguir.

⁵⁷⁷ Destaque-se que não há necessidade de que seja apenas um selecionado. Diferentes partes dos estudos apresentados por mais de um autorizado podem ser selecionadas ao final do procedimento, hipótese em que o ressarcimento será compartilhado.

⁵⁷⁸ Cabe destacar que a abrangência deste direito de participação na licitação se estende a outros particulares que tenham com eles relações societárias ou comerciais (“responsáveis econômicos”). Como esse tratamento foi reproduzido no decreto n.º 8.428/2015, retornaremos a ele no próximo tópico.

⁵⁷⁹ Naturalmente, os entes federativos preocupados com o tema podem se valer de diferentes estratégias, na condução dos procedimentos, para limitar os efeitos desse potencial conflito. Por exemplo, podem aplicar recursos na maximização da sua capacidade de análise técnica, inclusive por meio da contratação de assessores técnicos especializados; podem optar por dar mais transparência ao procedimento, divulgando os estudos de viabilidade de modo a equalizar o nível de informações e conhecimento no mercado. A nosso ver, existem medidas que podem auxiliar na mitigação do potencial conflito (e da assimetria informacional existente), embora seja difícil conceber que esse problema possa ser integralmente eliminado por meio de outras estratégias que não a proibição de participação desses particulares nas licitações a serem realizadas pelo direito de executar os empreendimentos modelados.

⁵⁸⁰ Em linha com o já comentado, a União, por meio do decreto federal n.º 8.428/2015, atuou de modo pioneiro no sentido de possibilitar a restrição ora discutida. A mesma linha foi adotada recentemente pelo estado do Rio de Janeiro no decreto n.º 45.294, de 24 de junho de 2015, que foi o primeiro ente a reproduzir as inovações constantes do novo decreto federal.

⁵⁸¹ Esses argumentos foram articulados no âmbito das discussões mantidas entre as equipes do BNDES, IFC e de consultores jurídicos externos a propósito da regulamentação do art. 21 e de alternativas para o tratamento do conflito de interesses e de outros temas jurídicos relevantes. Buscou-se, no desenvolvimento deste capítulo, compendiar algumas dessas informações e organizá-las. Porém, não se reclama a autoria isolada das ideias ora

a) O conteúdo do art. 31, da lei federal n.º 9.074/95

Em linhas gerais, a primeira dúvida a ser dirimida é se existe alguma limitação legal para que se possa restringir a participação daqueles que foram autorizados na licitação posterior. Nesse sentido, um primeiro passo se refere à interpretação do alcance e objetivo buscados pelo art. 31, da lei n.º 9.074/95, transcrito a seguir:

Art. 31. 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. (grifo nosso)**

O art. 31, da lei n.º 9.074/95, expressamente admite que os autores de projetos de engenharia, designados *básico* e *executivo*, possam participar (i) do processo licitatório, em que tais projetos de engenharia constem como documentos da licitação e (ii) da execução propriamente dita do contrato de concessão.

Essa regra institui um tratamento diferente (específico para as licitações de projetos de concessão) em relação ao previsto no âmbito da lei n.º 8.666/93 e do RDC, diplomas legais que contém vedações expressas à participação dos autores dos projetos de engenharia nas licitações referentes à contratação de obras públicas e serviços.

Em outras palavras, o que o art. 31 permitiu foi que se a Administração Pública achar por bem licitar uma concessão, tendo previamente desenvolvido um projeto básico ou executivo (relembra-se que esse nível de detalhamento não é exigido pela lei de concessões e pela lei de PPP), os respectivos autores desses projetos poderão, direta ou indiretamente, participar do certame concessório^{582_583_584}.

articuladas, embora se mostre necessário assumir a responsabilidade por eventual falta de clareza na sua exposição.

⁵⁸² Os documentos relativos à tramitação da MPV que originou a lei n.º 9.074/95 não esclareceram a origem do art. 31. O que se pode perceber a partir da pesquisa realizada nos documentos disponíveis no site do Congresso é que o artigo em tela foi incluído durante a tramitação legislativa, dado que não constava da versão original publicada pelo Poder Executivo. Porém, algumas informações referentes ao contexto e dinâmica do setor elétrico brasileiro são bastante úteis para ajudar a melhor entender o sentido e motivação do art. 31.

A lei federal n.º 9.074/95 trata, na maior parte dos seus dispositivos, de regras atinentes ao setor elétrico. Procedimentos semelhantes ao PMI, na linha do que foi comentado no capítulo V, vem sendo desenvolvidos há muito tempo no setor elétrico e possuem previsão na sua base normativa – tema que tratamos no capítulo V.

Existe, entretanto, um dado interessante e que possivelmente motivou a regra do art. 31, que permite a participação dos autores dos estudos de viabilidade e projetos de engenharia na licitação desses empreendimentos. Muitos dos estudos referentes ao planejamento do sistema elétrico (e, mais concretamente, de inventário e viabilidade de potenciais hidrelétricos) eram desenvolvidos (isoladamente ou por meio de consórcios) por uma agente estatal atuante no setor – a Eletrobras. Bruno Rodrigues, em breve – porém substancial texto sobre o tema - dá notícia de que “em 1982, foi criado Grupo de Coordenação do Planejamento do Sistema de Energia Elétrica (GCPS), um órgão colegiado integrado por 35 empresas concessionárias e que estava sob a coordenação da Eletrobras. Este órgão tinha como objetivo promover estudos de curto, médio e longo prazos para expansão do sistema elétrico brasileiro”. E completa: “Com o aumento da participação do capital privado nas empresas concessionárias, devido à privatização iniciada na década de 90, o governo decidiu

pela extinção da GCPS, com o intuito de preservar a neutralidade na condução dos estudos de planejamento. Naturalmente, a maior imparcialidade nos estudos contribuiu para a redução das assimetrias de informação entre os potenciais licitantes, o que estimula uma maior competição na licitação. Isso se torna mais relevante na medida em que empresas privadas entravam neste mercado e este deixava de ser dominado apenas por *players* públicos. Assim, as atribuições do GCPS passaram inicialmente para o Ministério de Minas e Energia em 2000”. Posteriormente, essas atribuições de planejamento, pesquisa e desenvolvimento de estudos de viabilidade e projetos de engenharia foram concentradas na Empresa de Pesquisa Energética – EPE. Segundo Rodrigues, mesmo após a criação da EPE, o procedimento de registro e autorização para agentes privados realizarem estudos de viabilidade e projetos permaneceu sendo utilizado – como no caso de Jirau, Santo Antônio, Belo Monte e São Luiz dos Tapajós. Além disso, nos consórcios que desenvolveram esses estudos, também havia a presença da Eletrobras (mesmo nestes estudos, a EPE participou do processo, analisando e otimizando os estudos entregues). **Dessa forma, o art. 31, funcionalmente, permitia a participação da Eletrobras na licitação dos projetos desenvolvidos com o seu suporte, permitindo conciliar a sua expertise e conhecimento no planejamento e execução dos projetos.** Nesse sentido, ver: RODRIGUES, Bruno. EPE, *Eletrobras e a Estruturação de Projetos no Setor Elétrico*. Maio de 2015. Disponível em <http://www.infra-economics.com/paginas/notas-tecnicas>, acesso em 27/06/2015, às 13h27.

⁵⁸³ Com arrimo nas considerações apresentadas sobre a origem do art. 31 e da sua especial pertinência ao setor elétrico, somos levados a não concordar integralmente com a visão manifestada por Tarcila Reis e Eduardo Jordão sobre referido dispositivo, a qual foi retratada no seguinte excerto: **“A opção do legislador visou privilegiar o princípio da eficiência. Entendeu-se que a regra vigente na Lei de Licitações afastava da fase de estudos empresas cuja expertise poderia beneficiar a Administração Pública, gerando melhores projetos públicos.** É dizer: num conflito concreto entre os princípios da isonomia e da eficiência, o legislador optou por privilegiar este último. Esta solução só seria inconstitucional se a opção do legislador por privilegiar um princípio constitucional em detrimento do outro fosse irrazoável ou desproporcional – e este não nos parece ser o caso” (grifos nossos). Na nossa opinião, o legislador não empreendeu um raciocínio tão sofisticado a respeito da ponderação entre os princípios constitucionais incidentes. O art. 31, pensado para a lógica do setor elétrico (porém inserido numa seção da lei que se aplicava genericamente a todos os contratos de concessão), tinha por meta possibilitar a participação da Eletrobras nas licitações do setor elétrico. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p.223.

⁵⁸⁴ O entendimento tradicional acerca do alcance do art. 31, da lei n.º 9.074/95, foi exposto de forma muito clara no voto proferido pelo Min. Marcos Benquerer, relator no âmbito da TC 033.438/2013-7, julgado em 1º/07/2015, conforme o excerto que transcrevemos a seguir.

“21. Pouco tempo depois do advento da Lei 8.987/1995, foi promulgada a Lei 9.074/1995, que, em seu art. 31, reforçou a possibilidade de elaboração dos projetos de concessão pela iniciativa privada: “Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou de 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.”

22. Mais do que reforçar o estímulo à participação de particulares na elaboração de projetos, aquele dispositivo introduziu uma significativa mudança em relação à lógica das contratações até então vigente, uma vez que o art. 9º da Lei 8.666/1993 vedava ao autor de projeto básico a participação no certame licitatório destinado à execução da obra ou serviço. Essa situação não mais se aplicaria às concessões.

23. Observe-se, a propósito, que a vedação constante do art. 9º da Lei 8.666/1993 adveio do anseio de assegurar que todos os competidores dispusessem das mesmas informações, sem possíveis assimetrias advindas de um maior conhecimento por parte daquele que elaborasse os projetos. A respeito, anotou Marçal Justen Filho: “As vedações do art. 9º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do Direito Processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. **Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina o seu afastamento a priori.** O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais da situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro.” (*in* Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª ed., p. 186).

24. Ainda a respeito, o mesmo autor registrou: “O projeto delinea os contornos da obra ou do serviço, que serão licitados posteriormente. Logo, o autor do projeto teria condições de visualizar, de antemão, os possíveis

O ponto é que se tem conferido ao art. 31 uma interpretação bastante ampla, que repercute nos regulamentos que instituem as regras do PMI. Referido dispositivo tem sido aplicado como o fundamento jurídico que permite que os autores de estudos de viabilidade (técnicos, econômico-financeiros e jurídicos) participem da licitação – ainda que estes trabalhos não se identifiquem tecnicamente com os mencionados projetos de engenharia (básico e executivo)⁵⁸⁵.

A linha de raciocínio por trás dessa visão, esposada inclusive por algumas procuradorias, é a seguinte: *se* a legislação permite aos autores dos projetos de engenharia participar do certame, *então* a participação dos autores dos estudos técnicos, jurídicos e financeiros também deve ser permitida. Trata-se da aplicação da máxima de interpretação jurídica “quem pode o mais, pode o menos”. Nesse sentido, a premissa desse raciocínio é que os projetos de engenharia, por conta de seu grau de detalhamento mais elevado, seriam “o mais” em relação aos estudos integrados de viabilidade.

A nosso ver, o raciocínio acima não seria o mais adequado porque a premissa do qual parte é equivocada.

Os estudos de viabilidade não estão contidos nos projetos de engenharia. Da mesma forma, é equivocado entender que os projetos de engenharia são mais significativos sob a perspectiva da dificuldade de elaboração e do volume de informações incorporado (e, assim, mais representativos em termos de conflito de interesses). Na realidade, tomando por referência as descrições apresentadas no capítulo I, a natureza e conteúdo desses trabalhos – estudos de viabilidade e projetos de engenharia – é diferente.

concorrentes. Poderia ser tentado a excluir ou dificultar o livre acesso de potenciais interessados. Isso se faria através de configuração do projeto que impusesse características apenas executáveis por uma específica pessoa. Ou, quando menos, poderiam ser estabelecidas certas condições que beneficiassem o autor do projeto (ainda que não excluíssem de modo absoluto terceiros)” (op. cit., p. 187).

25. Com o advento da Lei 9.074/1995 e a modificação da regra aplicável aos autores dos projetos, as cautelas e os receios apontados exemplificados pelo texto de Justen Filho, válidos para as contratações em geral, foram propositalmente afastados para as concessões”. (grifamos)

⁵⁸⁵ Nesse sentido: “A opção legislativa, passível de crítica, foi no sentido de que nunca há conflito de interesse entre a empresa que produziu o projeto básico ou executivo utilizado pelo poder público e que resolve participar da licitação, de modo que seria desafiador para que a autoridade federal responsável pelo PMI possa estabelecer situações que proíbam que os autores dos projetos possam participar da eventual licitação decorrente dos estudos realizados. Por outro lado, com tal medida, a norma legal traz incentivos para que a iniciativa privada interessada em futuras licitações possam suprir as limitações institucionais do setor público para estruturar projetos via contratos de concessão.” 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://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30. Também tratando do art. 31, mas sem problematizar a possibilidade jurídica de restrição á participação dos autorizados na licitação, ver: DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, op. Cit., nota 2, p. 122

Os estudos de viabilidade versam sobre aspectos altamente estratégicos, que podem ser agrupados nos blocos técnico, econômico-financeiro e jurídico. O bloco técnico dos estudos de viabilidade contempla também estudos de engenharia, porém, a regra é que esses estudos são menos detalhados e são aplicados apenas para efeito de possibilitar o mapeamento de custos e o estabelecimento de diretrizes e referências construtivas ao futuro concessionário. Esse é o sentido do art. 18, XV, da lei n.º 8.987/95 e art. 10, §4º, da lei n.º 11.079/2004.

Os estudos de viabilidade, portanto, congregam análises que não se circunscrevem aos estudos de engenharia, dispondo, por exemplo, sobre a partilha de riscos entre as partes, a orçamentação dos custos do projeto, a estimativa de receitas, os riscos jurídicos existentes. Trata-se de dados extremamente estratégicos para a tomada de decisões referentes à modelagem do projeto – que são, em verdade, decisões regulatórias. Por isso, sob a perspectiva do conflito de interesses, os estudos de viabilidade tendem a ser mais significativos do que os projetos de engenharia (básico e executivo) que, conforme analisado anteriormente, nem mesmo são necessários para a licitação de uma concessão⁵⁸⁶.

Diante dessa diferenciação, o entendimento que nos parece o mais adequado é que a regra do art. 31 não se aplica aos estudos de viabilidade.

Dito de outra forma, a hipótese de incidência do art. 31 não contempla os estudos de viabilidade. Por essa razão, não seria possível extrair um permissivo legal expresso para que os autores dos estudos de viabilidade fossem admitidos na licitação do projeto que auxiliaram a modelar.

Entretanto, ainda há um segundo grupo de argumentos, assentado não no escopo do art. 31 (e natureza dos estudos nele mencionados), mas sim na impossibilidade jurídica de instituição de regras restritivas de direitos sem amparo legal.

b) A necessidade de lei para instituir regras restritivas de direitos

Há dois argumentos jurídicos pela impossibilidade de restringir a participação dos autores dos estudos de viabilidade na licitação do empreendimento.

Primeiro, ainda que se admita que projetos de engenharia e estudos de viabilidade são coisas diferentes, não há uma regra restritiva de direitos prevista em lei que permita impedir a participação dos autores dos estudos de viabilidade na licitação seguinte. Na realidade, esse argumento poderia ser aplicado tanto para o PMI como para as contratações administrativas

⁵⁸⁶ Não obstante, nada impede que o poder público opte por licitar os projetos com um nível de detalhamento maior desses estudos, de modo a prover segurança ao mercado em relação a riscos eventualmente existentes (como de engenharia) e orçamentação de custos. Quanto mais detalhados os estudos, menos riscos construtivos são transferidos ao concessionário.

tradicionais (em que se contrata um prestador de serviços para auxiliar na preparação do projeto).

Segundo, o caso em tela é ainda mais sensível na medida em que essa restrição de direitos seria, por assim dizer “qualificada”, dado que é uma restrição à participação em procedimento licitatório, cujas normas gerais são definidas em leis editadas pela União. Diz-se “qualificada” pelo fato de que o tema “restrições à competição” em sede de licitações tende a ensejar interpretações ainda mais conservadoras por parte dos gestores e dos órgãos de fiscalização e controle, receosos de que representem eventual favorecimento ilegítimo⁵⁸⁷.

Uma possível resposta para esse segundo grupo de objeções será articulada no tópico seguinte, dado que ela também se coloca para a nova regulamentação do PMI em sede federal, instituída pelo decreto n.º 8.428/2015.

⁵⁸⁷ Nesse sentido, vale a transcrição de excertos extraídos do acórdão n.º TC 032.786/2011-5, de relatoria do Min. Aroldo Cedraz, referente ao Acompanhamento do 1º estágio de Concessão do aeroporto internacional de Guarulhos/SP. A leitura do referido acórdão dá a entender que a versão submetida a aprovação do tribunal, referente acompanhamento da concessão, continha cláusula que restringia a participação dos autores dos estudos de viabilidade na licitação. O tribunal entendeu pela invalidade dessa cláusula.

“56. Importa ressaltar que, durante as sessões presenciais da referida Audiência Pública, a equipe da Sefid-1 testemunhou diversos questionamentos acerca da intenção da Agência em vedar a participação das empresas autoras ou responsáveis economicamente por projeto, estudo, levantamento ou investigação, apresentado em atenção aos termos do Edital de Chamamento Público de Estudos (CPE) 1/2011, no leilão destinado às concessões dos aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos, conforme disposto no item 3.14.5 da minuta de edital da concessão.

57. Embora os termos editalícios sejam objeto de análise do segundo estágio de fiscalização desta Corte, nos termos da IN - TCU 27/1998, em função da relevância do tema, diligenciou-se a Anac por intermédio do Ofício 265/2011-TCU/SEFID-1 (peça 134, p. 2) arguindo-se qual a justificativa para a possível inclusão de tal cláusula no edital. **A Anac afirmou (Ofício 11/2011/GT-CA/SRE/ANAC, peça 181, p. 12-13) que o objetivo da vedação foi evitar possíveis conflitos de interesse e reduzir a probabilidade de acesso a informações privilegiadas por parte dos participantes dos estudos.**

58. A própria Anac, contudo, faz menção ao previsto no art. 15 do Decreto 5.977, de 1/12/2006, que permite que autores ou responsáveis por estudos e projetos relacionados a chamamentos públicos para parcerias público-privadas participem, direta ou indiretamente, da eventual licitação ou da execução de obras ou serviços, e também ao art. 31 da Lei 9.074/1995, que concede expressamente o direito de os responsáveis economicamente pela elaboração de projeto básico ou executivo participarem da licitação para concessão de serviço público.

59. Por fim, levando em consideração o questionamento do TCU e as diversas contribuições obtidas durante a Audiência Pública 16/2011, além dos argumentos jurídicos trazidos por interessados nas concessões, **a Agência informou que está sendo analisada a pertinência ou não da manutenção do item 3.14.5 da minuta de edital de leilão, tendo em vista o possível conflito de interesses, mas considerando também a possibilidade de haver questionamentos no âmbito do Poder Judiciário.**

60. Independentemente da manifesta intenção da Agência em rever a manutenção da referida cláusula restritiva no edital a ser publicado, a equipe entende que deve ser expedida recomendação para que a Anac se abstenha de incluir no edital do leilão qualquer vedação de participação dos autores ou responsáveis economicamente por projeto, estudo, levantamento ou investigação apresentado em atenção aos termos do Edital de Chamamento Público de Estudos (CPE) 1/2011, pelo risco de afronta ao princípio da ampla concorrência.” (grifos nossos)

6.4.1.1.3 O tratamento do conflito de interesses à luz da nova regulamentação instituída pelo decreto federal n.º 8.428/2015.

O art. 18, *caput*, do decreto n.º 8.428/2015 trouxe uma inovação importante na regulação do PMI⁵⁸⁸:

Art. 18. Os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados nos termos deste Decreto **poderão participar direta ou indiretamente da licitação ou da execução de obras ou serviços, exceto se houver disposição em contrário no edital de abertura do chamamento público do PMI.** (grifos nossos)

A regra geral instituída pelo referido dispositivo é semelhante ao que já se praticava no decreto n.º 5.977/2006, cujo art. 15 admitia a participação na licitação dos autorizados no PMI.

Ainda no âmbito dessa regra geral, de modo semelhante ao que já era previsto na regulação anterior⁵⁸⁹, não apenas os autores, mas também os *responsáveis econômicos* pelos estudos (art. 18, §1º) e as empresas integrantes do mesmo grupo econômico do autorizado (art. 18, §2º) poderão participar, *direta ou indiretamente*, da licitação e da subsequente execução contratual⁵⁹⁰.

Contudo, o que há de novo no decreto n.º 8.428/2015 é a possibilidade, prevista na parte final do art. 18, de que o edital de chamamento público disponha no sentido de impossibilidade de participação dos autorizados na licitação pelo empreendimento.

Dessa forma, percebe-se que o tratamento do potencial conflito de interesses existente entre o setor privado e o Estado, em sede de PMI, ganha uma nuance diferenciada no âmbito do novo regramento, admitindo-se possibilidade de que o órgão ou ente administrativo responsável pelo procedimento opte por restringir a participação dos autorizados na licitação.

⁵⁸⁸ O decreto n.º. 45.294, de 24 de junho de 2015, do Estado do Rio de Janeiro, incorpora regra semelhante, no seu art. 26.

⁵⁸⁹ Art. 15. Os autores ou responsáveis economicamente pelos estudos, projetos, levantamentos e investigações apresentados conforme este Decreto poderão participar, direta ou indiretamente, da eventual licitação ou da execução de obras ou serviços.

⁵⁹⁰ O próprio decreto cuidou de apresentar o conceito de responsável econômico (art. 18, §1º): “Considera-se economicamente responsável a pessoa física ou jurídica de direito privado que tenha contribuído financeiramente, por qualquer meio e montante, para custeio da elaboração de projetos, levantamentos ou investigações ou estudos a serem utilizados em licitação para a contratação do empreendimento a que se refere o art. 1º”. Por sua vez, ainda que o decreto tenha sido silente neste ponto, o conceito de *participação indireta* já havia sido previamente trabalhado pelo art. 9º, III, §3º, da lei n.º 8.666/93: “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”.

A partir do que se expôs no tópico anterior, cabe perguntar: essa restrição é válida? Repise-se que o segundo grupo de argumentos jurídicos apresentado acima convergia para a conclusão de que um decreto não seria o *locus* correto para veicular tal restrição, que precisaria constar de lei.

Nesse sentido, em que pesem os argumentos já mencionados, assentados na impossibilidade jurídica de se instituir regras restritivas de direitos sem amparo legal⁵⁹¹, entende-se pela validade da disposição contida na parte final do art. 18, do decreto n.º 8.428/2015. Para tanto, é preciso que se confira uma interpretação adequada a tal dispositivo.

A autorização, conforme tratada nos regulamentos dos entes subnacionais e no decreto n.º 8.428/2015, é um ato discricionário do ente público. A propósito deste tema, faz-se referência a todas as informações exaustivamente articuladas no capítulo V, que caracterizam a autorização nos PMIs como um ato administrativo discricionário, precário e unilateral, o qual formaliza uma colaboração voluntária entre o Estado e um agente de mercado.

No âmbito da discricionariedade que marca a autorização, parece plenamente defensável juridicamente que o ente público não só considere - mas também valore positivamente - a não intenção do particular em participar da licitação seguinte.

Parece bastante razoável admitir que essa não intenção em participar como licitante possa ser enxergada, aos olhos do ente público, como uma forma de garantir que a cooperação voluntária estabelecida no PMI seja independente e, portanto, imparcial⁵⁹². O alinhamento de interesses entre Estado e particular estaria, por meio dessa estratégia, muito mais afinado. Na medida em que o PMI é um procedimento cooperação, deve ele se basear na ideia de fideduciação, sendo esse um elemento válido e razoável para preencher o juízo de discricionariedade que vai ser exercido pela Administração.

Nesse sentido, uma forma de interpretar o comando constante da parte final do art. 18, *caput*, é que ele não traz, propriamente, uma regra restritiva de direitos.

Nenhum particular, caso tenha interesse na licitação, terá a sua participação negada, proibida, limitada. O que a Administração pode fazer - e que ficou mais claro com a redação do art. 18 - é optar por não autorizá-lo, caso este particular manifeste o seu desejo de participar da licitação. Isso porque a autorização é um ato discricionário e os critérios a serem aplicados pelo ente público para deferir o pleito de autorização também são discricionários.

⁵⁹¹ Novamente, não cabe aqui entrar na discussão jurídica sobre o limite e alcance do poder de inovar dos decretos na prática.

⁵⁹² Neste caso específico, essa participação de agentes privados independentes não seria de todo desinteressada. Uma das ideias que serão desenvolvidas mais adiante é a de fomentar um mercado de consultores independentes - que não pretendem participar do certame licitatório, mas tenham por objetivo obter o ressarcimento.

A autorização no PMI, destaque-se, foi desenhada de modo a assumir um caráter de ato discricionário. Neste caso, pode o ente público submeter o particular a uma escolha: ou participa do PMI, abrindo mão do seu direito de participar posteriormente da licitação do empreendimento que ajudou a estruturar; ou não participa do PMI, e poderá figurar, posteriormente, como licitante.

O entendimento que parece ser o mais adequado é que não existe abuso de direito do ente público ao manejar a autorização dessa forma, imputando aos particulares uma escolha.

O direito de participar na licitação deve ser compatibilizado com o direito de o ente administrativo optar pelos parceiros que, no seu entendimento, melhor representem o interesse público, sendo que o critério da imparcialidade é um critério inegavelmente razoável para pautar a emissão de autorizações. O que a Administração não pode fazer é optar por critérios que no caso concreto e em abstrato se afigurem como arbitrários - que não parece ser o caso da busca de parceiros independentes. Dessa forma, essa proposta interpretativa geraria uma compatibilização razoável entre o direito de o particular participar do certame licitatório e da prerrogativa de a Administração manejar o PMI para obter os estudos que melhor representem o interesse público⁵⁹³.

A interpretação jurídica deve atentar a uma lógica que seja funcional e razoável, sem estar desconectada da realidade das relações econômicas existentes entre o Estado e grupos de interesse privados. Teorias relativas à impossibilidade de restringir direitos por qualquer outro meio que não a lei parecem, ainda hoje, fazer muito sentido quando se está a tratar de direitos fundamentais ou, pelo menos, de direitos muito representativos na perspectiva individual do administrado. Contudo, o tratamento de um tema extremamente importante como o conflito de interesses na realização de contratações vultosas e de longo prazo (como são os empreendimentos modelados via PMI) não deve se basear em uma interpretação erroneamente garantista, baseada em dispositivo legal que, conforme já exposto anteriormente neste trabalho, não é claro⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Indo mais além, a nosso ver, esse lógica também poderia constar dos contratos de prestação de serviços que tenham por objeto as atividades de modelagem de um projeto de concessão. O agente privado, interessado em prover seus serviços, tem autonomia para contratar ou não com o Estado – nos termos da minuta de contrato provida pelo Estado na licitação. A contratação administrativa não é um ônus, um dever jurídico ao qual o privado deve se sujeitar (da mesma forma que enxergamos que participar do PMI também não é um ônus). Cabe ao interessado ponderar seus interesses e decidir se participa ou não da licitação cujo objeto é o contrato de prestação de serviços, sabendo que, neste caso, caso seja vencedor da licitação e assine o contrato, não poderá posteriormente atuar na “outra ponta”, como licitante no certame que tenha por objeto o contrato de concessão.

⁵⁹⁴ A nosso ver, mesmo a premissa de que direitos de participação em licitações não podem ser restringidos pela Administração, seja por meio de decretos, seja por meio de regras definidas no caso concreto pelos editais licitatórios é discutível. O que a proposta de interpretação apresentada acima traz de vantajoso é a possibilidade de contornar essa discussão, com base no caráter discricionário da autorização e na razoabilidade da eliminação

Ainda, a visão defendida, de valorizar a imparcialidade do desenvolvedor dos estudos, pode ser operada, nos termos do decreto n.º 8.428/2015, de diferentes modos, ao gosto do gestor público ou do que lhe parece ser mais defensável perante seus órgãos de fiscalização e controle. Alternativas possíveis para a aplicação dessa ideia serão abordadas no tópico seguinte.

6.4.1.2 Formas de operacionalizar a mitigação ou eliminação do conflito de interesses

Na linha do que foi apresentado no tópico 4.1.1.3, uma diretriz que parece ser juridicamente factível seria a de privilegiar a participação de autorizados independentes⁵⁹⁵, ou seja, aqueles que tenham manifestado expressamente a não intenção de participarem da licitação posterior.

Há diferentes formas e momentos de considerar essa independência na realização dos estudos.

Primeiro, a imparcialidade do interessado poderia ser usada como uma “barreira à entrada” (ou um “critério de preferência”, que parece ser um termo mais sutil e de melhor passagem). Ou seja, ao decidir sobre os pedidos de autorização, a Administração pode optar por apenas deferir os pedidos de autorização daqueles que se comprometam, expressamente, a não participarem, direta ou indiretamente, do certame posterior. Trata-se, na realidade, da preferência não por um requerente em especial – mas sim por uma “categoria”. Estabelecido esse filtro, o PMI se desenrolaria apenas com autorizados que tenham interesse no ressarcimento – e não na licitação do empreendimento.

Numa segunda formação, a imparcialidade poderia ser usada como um “critério de pontuação”, quando da análise e seleção realizada (nos termos do art. 9º do decreto n.º 8.428/2015) sobre os estudos e materiais entregues pelos autorizados. Neste caso, esse critério já estaria prontamente indicado no edital de chamamento público, para conhecimento prévio de todos os requerentes da autorização. Eventuais autorizados que não satisfizessem essa condição de imparcialidade saberiam, desde o início, que estariam em desvantagem diante de outros autorizados neutros.

Enfim, as equipes do ente público envolvidas no procedimento precisarão discutir sobre a melhor forma de se valer do critério da imparcialidade – quando ele for de fato

do conflito de interesses. Essa interpretação, a nosso ver, se afigurava juridicamente viável mesmo sob a égide do decreto federal anterior, embora a nova regulamentação editada na esfera federal (e mais recentemente pelo estado do Rio de Janeiro) tornem esse argumento mais aceitável.

⁵⁹⁵ Iremos assumir, na elaboração deste tópico, que independência, imparcialidade e neutralidade manifestam a mesma ideia, embora os termos frequentemente sejam empregados pela teoria do direito praticada em diferentes ramos do Direito de modo a denotar sentidos específicos.

necessário. É importante deixar claro que a opção do decreto, expressa na sua redação atual, foi a de deixar, ao crivo da Administração, a escolha por optar – ou não – pela restrição. Caberá ao poder público, portanto, avaliar, à luz do caso concreto, qual formato de chamamento é o mais conveniente e oportuno.

Não se trata, pois, do que é melhor em abstrato. Há vários fatores concretos que devem ser ponderados, como a capacidade técnica de a Administração analisar e adaptar o que lhe estiver sendo entregue⁵⁹⁶ e o interesse dos agentes privados em participar de um procedimento no qual eles não poderão figurar futuramente como licitantes. O que nos parece imprescindível é que haja transparência na exposição dos critérios selecionados e sua forma de operacionalização pela Administração, de modo a evitar eventuais quebras de expectativas nos particulares que participem destes procedimentos.

Nesse sentido, seria importante que o interessado em participar do PMI, quando da apresentação do seu requerimento de autorização, fosse instado a declarar a sua intenção / não intenção de participar da licitação futura⁵⁹⁷. Os conceitos já detalhados na regulamentação e na lei, referentes à participação “direta” e “indireta” e “responsabilidade econômica” seriam bastante úteis para preencher o conteúdo dessa declaração, impedindo que o autorizado funcionasse, no jargão já difundido, como um mero “laranja” de um particular interessado em futuramente atuar como licitante⁵⁹⁸⁻⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Por exemplo, a Administração pode julgar que tem capacidade técnica para analisar os materiais apresentados, tratando do potencial conflito de interesses dessa forma. Em outros casos, pode ser que apenas interessados “não imparciais” tenham demonstrado interesse em participar do PMI, de modo que o critério da imparcialidade se mostra infactível (pois se usado, o PMI será “deserto”). Enfim, será uma decisão no caso concreto. O que parece importante é não fechar a escolha do gestor, dando-lhe opção para tratar do potencial conflito por meio da sua mitigação ou eliminação.

⁵⁹⁷ Ainda que não concorde com a possibilidade de condicionamentos à participação dos autorizados, Bruno Pereira destaca a possibilidade de que, para efeito de identificação de potencial conflito de interesses, sejam exigidas declarações dos agentes privados que pretendem participar do PMI: “O setor público poderá requerer que os interessados preencham as seguintes declarações: declaração sobre qual é o patrocinador dos estudos; declaração dos responsáveis técnicos pelos estudos; declaração sobre como a realização dos estudos será financiada (capital próprio ou de terceiros); declaração sobre o interesse ou não de participar da eventual licitação, de modo direto ou indireto, se o estudo produzido for utilizado pelo poder público”. 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://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>, p. 17. Acesso em: 19/02/2015, às 9h30.

⁵⁹⁸ Existem dados objetivos que são mais facilmente verificáveis, como a existência de relações societárias entre os autores dos estudos e empresas que venham a figurar como licitantes. Porém, não se desconsidera que, na prática, é bastante difícil controlar se o autorizado vai atuar ou não como um “laranja” de um potencial licitante, por exemplo, repassando informações, incorporando ao projeto especificações técnicas que limitem a competição, superfaturando preços de investimentos e serviços incluídos no escopo do contrato. Esse é um tipo de problema que também se verifica na contratação de serviços e obras de engenharia, nos termos da lei geral de licitações e RDC.

⁵⁹⁹ Uma questão prática referente a esta proposta (mas para a qual não temos resposta ainda) é a forma de exigir essa declaração dos responsáveis econômicos e das empresas que estejam vinculadas por meio de participações societárias ao autorizado (controlados, controladores e empresas sobre controle comum). Cada um desses entes

Naturalmente, um tema que pode ser alvo de discussão é a força jurídica dessa declaração. Ou seja, poderia o ente público realmente impedir a participação deste autorizado na licitação (por exemplo, inabilitando-o ou recusando-se a receber a sua proposta), caso ele “mude de ideia” após a finalização do PMI?

A nosso ver, seria juridicamente defensável responder “sim” para essa questão, dado que foi o próprio particular quem voluntariamente anuiu com a restrição, a qual foi concebida a partir de um critério meritório e razoável. As “regras do jogo” haviam sido previamente estabelecidas, não sendo factível que o poder público chancele, pois, tal comportamento contraditório deste agente privado⁶⁰⁰.

No âmbito do decreto federal n.º 8.428/2015, considerar a neutralidade do interessado no PMI tende a ser menos controvertida, dado que o art. 18 daquele diploma normativo, conforme já comentado, admite expressamente a possibilidade de que o chamamento público disponha sobre o tema.

No caso dos demais entes federativos, cujos regulamentos se limitam a permitir a participação dos autorizados na licitação (sem regra semelhante à ressalva constante da parte final do art. 18 do decreto federal), seria oportuna a alteração dessas regulamentações, de modo a maximizar a segurança jurídica e evitar questionamentos. Contudo, mesmo nestes casos, parece ser defensável a interpretação anteriormente aventada, de que o ente público, no âmbito da sua discricionariedade na emissão de autorizações e na definição de critérios de julgamento dos estudos apresentados, possa considerar a neutralidade como um fator positivo.

Uma última questão: a limitação, nos termos ora propostos, viola o princípio da isonomia? Na nossa visão, a melhor resposta é que não existe violação ao princípio. Pelo contrário, enxerga-se que existe a sua promoção. Explica-se.

Conforme anteriormente articulado, na maior parte dos casos, a licitação realizada na sequência de um PMI tende a se caracterizar por baixa competição, sendo que o vencedor do certame é o autor dos estudos de viabilidade. Essa tendência decorre de uma percepção do mercado de que o PMI gera para o autor dos estudos de viabilidade vantagens competitivas

deve apresentar suas próprias declarações? A declaração do requerente da autorização pode produzir efeitos para as empresas que integrem o seu grupo econômico? Será que isso não pode obstar a rápida apresentação do pedido de autorização? Essas são algumas das dificuldades práticas que precisarão ser debatidas e consideradas no caso de adoção deste modelo.

⁶⁰⁰ Ainda, é importante lembrar que a autorização é um ato discricionário. Dessa forma, seria factível sustentar juridicamente que, em procedimentos futuros, ciente do histórico de “mudança de posição do autorizado” (um claro comportamento oportunista), o ente público possa considerar esse dado como um elemento a mais para preencher o seu juízo de discricionariedade na decisão de emitir autorização. O elemento de fidedignidade, que parece ser tão importante neste tipo de cooperação, não estaria presente. Esse seria um fator adicional de desestímulo para que os particulares se valessem de tal comportamento oportunista.

difícilmente igualáveis pelos demais licitantes. Portanto, atualmente, sob o pretexto de uma suposta maximização da isonomia no PMI, acaba-se por afetar a isonomia onde ela é mais importante – na licitação. Além disso, não viola a isonomia permitir limitações à competição em sede de procedimentos públicos competitivos. A disciplina dos processos de licitação é cheia de exemplos que corroboram essa afirmação, dado que a lei admite a previsão de requisitos de habilitação técnica e qualificação econômica e prevê hipóteses de contratação direta (sem licitação).⁶⁰¹

Entretanto, não cabe apenas estabelecer o desenho de um PMI em que o tema conflito de interesses seja mitigado. Isso tende a não ser suficiente para que estruturadores independentes sejam motivados a participar do procedimento⁶⁰². Os tópicos seguintes trazem propostas adicionais para a formatação de um modelo de procedimento mais atrativo para este perfil de participantes.

6.4.2 Proposta 2: Definição de regras de ressarcimento mais claras

Além de regular o tema do conflito de interesses (e, por consequência, da informação assimétrica) no edital de chamamento público, também se mostra importante estabelecer medidas que aumentem a atratividade do PMI para agentes privados independentes (ou neutros), os quais estejam interessados exclusivamente no ressarcimento. A ideia, portanto, é fomentar um mercado de agentes econômicos interessados em participar na consecução de projetos públicos, modelados via PMI, mas objetivado lograr apenas o ressarcimento⁶⁰³ - e não a obtenção de vantagens e posições informacionais valiosas para a licitação do projeto. Uma diretriz importante, neste sentido, é a de deixar as regras relativas ao ressarcimento dos estudos pelo vencedor do certame mais claras e mais favoráveis.

Com base nas informações articuladas no capítulo V, seria bastante controvertido, do ponto de vista jurídico, o estabelecimento de regras que mitigassem significativamente os

⁶⁰¹ Nesse ponto, agradeço a instigação da Prof.^a Patrícia Baptista. Esse tema vai ser tratado também mais adiante, por ocasião da terceira proposta.

⁶⁰² Segundo Armando Castellar Pinheiro, “Diferentes fatores têm inibido, porém, uma indústria mais dinâmica de estruturadoras independentes. Em especial, o fato de ser caro e arriscado atuar nesse setor. A preparação de um grande projeto exige vários especialistas em áreas diversas, leva tempo e consome muitos recursos. E há grande incerteza sobre se esses gastos serão recuperados, já que o setor público poderá não escolher o projeto da empresa, pode decidir não levar o projeto adiante e pode ocorrer do projeto não ter interessados. Na prática, relativamente poucos projetos cuja preparação foi autorizada pelo governo, em seus três níveis, resultaram em investimentos. Atento a essa realidade e prestes a lançar nova rodada de concessões, o governo federal alterou recentemente a regulação dos PMIs”. Disponível em <http://www.valor.com.br/opiniao/4040682/contratacao-de-grandes-projetos#>. Acesso em 08/05/2015, às 13h38.

⁶⁰³ No mesmo sentido, ver: REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p.223.

riscos de não ressarcimento dos recursos empregados na modelagem - mesmo os decorrentes de fatores puramente atribuíveis à Administração, como a decisão de não levar o projeto adiante.

O agente privado que opta por colaborar com o Estado deve ter a expertise de mensurar riscos, como o interesse do mercado pelo empreendimento e o risco jurídico de que o Ministério Público e o tribunal de contas competentes ou mesmo algum licitante manejem medidas injuntivas para brechar o projeto. O que parece ser mais difícil de medir, contudo, é o componente político, que pode repercutir, em última análise, no cancelamento da iniciativa modelada (ainda que ela esteja num estágio já avançado de desenvolvimento). Porém, mesmo neste caso, parece mais prudente se entender que não existe quebra de uma expectativa legítima dos autorizados porque as regras do jogo estavam postas desde o início – a autorização e a relação jurídica por ela estabelecida são precárias. Conforme comentado no capítulo V, essa precariedade é o traço distintivo essencial para a caracterização de um regime jurídico não contratual.

Nesse sentido, para fazer frente aos riscos elevados do procedimento, seria conveniente que a fixação dos valores de ressarcimento (tanto o valor divulgado no edital de chamamento como o valor fixado no ato de autorização) levassem em conta não apenas os custos efetivos⁶⁰⁴ a serem provavelmente incorridos pelo autorizado, mas também alguma espécie de superávit que possa adequadamente remunerar o trabalho desses particulares.

O ponto é que parece pouco crível que um agente privado de fins lucrativos⁶⁰⁵ (uma empresa de consultoria, por exemplo) vá voluntariamente participar de um PMI para, caso sua modelagem seja a selecionada e todas as demais condições necessárias ao ressarcimento sejam satisfeitas, apenas recuperar os recursos efetivamente despendidos e comprovados. Neste caso, no melhor dos cenários, ela conseguiria apenas reaver os recursos despendidos. Uma interpretação jurídica nesse sentido estaria completamente divorciada da racionalidade econômica.

⁶⁰⁴ Aliás, é importante destacar que a regulação, pelo menos no plano federal, nunca tratou de “custos”, que intuitivamente nos remete à lógica de comprovação específica dos convênios que envolvem repasse de recursos. O antigo decreto n.º 5.977/2006 e o atual decreto n.º 8.428/2015 se remetem apenas a “valores”. O art. 21 da lei n.º 8.987/95, dispositivo legal regulamentado, se vale da expressão “dispêndios”.

⁶⁰⁵ Mesmo agentes privados sem fins lucrativos, como fundações de apoio, podem exercer atividade econômica de fins lucrativos, desde que reapliquem a margem financeira que obtiverem para a promoção da finalidade institucional (não o distribuindo entre seus associados). Por isso, na realidade, essa lógica se aplica tanto para sociedades de fins lucrativos como para associações e fundações.

Por isso, o entendimento que parece ser o mais adequado é que o ressarcimento seja estabelecido de uma forma realmente convidativa para os agentes privados que queiram apresentar bons projetos, elaborados de forma imparcial e equilibrada.⁶⁰⁶

Essa é uma das razões pelas quais os conflitos de interesse são realmente marcantes na forma pela qual o PMI é habitualmente conduzido. Na dinâmica atual, para que a participação no PMI valha a pena para o autorizado, é preciso que haja outros benefícios que não apenas o ressarcimento – a serem provavelmente obtidos na licitação e na execução do contrato. Por isso, para coibir esse tipo de “ganho informal” e deletério ao interesse público, não basta apenas estabelecer regras mais rígidas que eliminem o conflito de interesses, conforme proposto no tópico anterior. É importante também estabelecer uma estrutura de incentivos convidativa para os colaboradores privados que tenham o perfil desejado. Mas de quê forma?

Uma primeira ideia é que os valores fixados para o ressarcimento precisam ser compatíveis com os praticados pelo mercado para a execução de atividades similares e condizentes com a complexidade dos estudos. O art. 4º, §5º, do decreto n.º 8.428/2015, positivou parâmetros que assimilam as diretrizes acima mencionadas. Tal decreto traz, dessa forma, uma referência bastante positiva a ser assimilada por estados e municípios nos seus PMIs⁶⁰⁷.

As diretrizes trazidas pelo novo decreto federal reforçam a possibilidade de considerar na fixação do ressarcimento a existência de margem (retorno financeiro) em favor do autorizado.

Além disso, existe outro fator que é característico do PMI e que deve ser precificado no ressarcimento – o risco de não ressarcimento.

⁶⁰⁶ Thiago Araújo, em texto ainda não publicado, desenvolve a ideia de que, a depender da existência de previsão de ressarcimento, seria possível atrair duas *famílias* diferentes de interessados no PMI: construtoras ou consultores independentes. Em linhas gerais, a previsão de ressarcimento seria importante para criar uma estrutura de incentivos que permitisse a participação de empresas de consultoria – que pretendem se remunerar pelo ressarcimento.

Não discordamos aqui da conclusão do autor, mas nossa percepção é que essa discussão é ainda mais complexa. Pra criar um chamariz para consultorias, primeiro, não basta apenas a previsão de ressarcimento, mais sim de uma forma mais amigável de operacionalização desse ressarcimento, o que passa, pelo menos, por duas providências: (i) fixar o ressarcimento em montante adequado; (ii) permitir a comprovação do ressarcimento por meio da entrega dos produtos definidos no ato de autorização. Além disso, a condição de “empresa de consultoria” não é suficiente para caracterizar o perfil desejado. Deve haver independência por parte desse agente privado, o que se revela não participação futura seja como licitante, seja como provedor de serviços de assessoramento técnico a eventuais licitantes. ARAÚJO, Thiago. *Aprendendo a pedir: contribuições da Análise Econômica do Direito no desenho de Procedimentos de Manifestação de Interesse prévios a PPPs mais eficientes*. Revista de Direito Administrativo – RDA, p. 20-25, aguardando publicação. Mimeografado, 2015.

⁶⁰⁷ Essa lógica foi recentemente incorporada no art. 11, do decreto n.º 45.294/2015, publicado no Estado do Rio de Janeiro.

Os autorizados assumem um risco considerável ao “afundar”⁶⁰⁸ recursos que, por razões variadas e não controláveis, podem não ser recuperados posteriormente. Por exemplo: o risco de a Administração mudar de ideia e não colocar o projeto em licitação; o risco de uma crise econômica que afete o ânimo dos investidores para participar de novos negócios no setor de concessões; o risco de credibilidade do governo, que desencoraja potenciais licitantes a participarem do certame; o risco de ingerência durante a elaboração dos estudos (ou na sua adaptação pelo ente público após o recebimento destes materiais), fazendo com que neles sejam assimiladas premissas não realistas, as quais desencorajam a participação de potenciais licitantes. Destaque-se que, em qualquer cenário, o ressarcimento tem como pré-condição o sucesso na licitação, ou seja, a assinatura do contrato. Por isso, num contexto em que o autorizado é independente e visa apenas ao ressarcimento (abrindo mão de concorrer na licitação seguinte), a possibilidade de que não haja ressarcimento precisa ser considerado como um componente a mais da *equação risco-retorno* que subjaz à decisão de participar do PMI⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ O termo “afundar” aqui é usado propositadamente para fazer alusão ao conceito econômico de “custos afundados” (*sunk costs*, em inglês) ou “custos irre recuperáveis”, que são custos fixos e irreversíveis, ou seja, recursos que uma vez aplicados não são passíveis de recuperação.

⁶⁰⁹ Nesse sentido, vale a transcrição do seguinte excerto, do voto revisor do Min. Benjamin Zymler, no AC-1155-15/14-P:

“52. Em relação ao valor estipulado como uma possível remuneração da EBP, o qual foi questionado por ter sido fixado como um percentual dos investimentos a serem realizados pelos concessionários ou arrendatários, entendo que essa é uma questão peculiar. **Caso se tratasse de uma contratação tradicional, em que uma das partes elabora um projeto e a outra lhe paga uma remuneração, poder-se-ia suscitar questionamentos a respeito da inexistência de uma relação direta entre o volume de trabalho realizado e o pagamento efetivado. Contudo, neste caso, não há garantia de que haverá o pagamento, o que significa a existência de um risco ponderável para o prestador do serviço de consultoria. Por via de consequência, esse risco deve ser precificado, o que justifica a forma de cálculo da contrapartida pecuniária utilizada nestas autorizações.**

53. Registro que recentemente a regulamentação do Regime Diferenciado de Contratação - RDC foi alterada, no sentido de exatamente passar a prever a precificação do risco incorrido pelo contratado na hipótese de contratação integrada. Note-se que, nesse caso, o contratado assume o ônus de elaborar o projeto básico a partir de um anteprojeto de engenharia concebido pelo Poder Público. Nesse contexto, o contratado não pode solicitar a celebração de termos aditivos em razão de eventuais falhas de projeto.

54. A redação do § 1º do art. 75 do Decreto nº 7.581, que regulamenta o RDC, passou a ser a seguinte: “§ 1º Na elaboração do orçamento estimado na forma prevista no caput, poderá ser considerada taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, devendo a referida taxa ser motivada de acordo com metodologia definida em ato do Ministério supervisor ou da entidade contratante. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)”

55. A partir de exemplos como esse, constata-se que, mesmo quando se trata de contrato administrativo tradicional, a modernidade impôs que o Estado passe a considerar na formação do preço avençado os diversos fatores de risco a que está exposto o contratado, inclusive aqueles não abarcados na doutrina mais ortodoxa. Dito de outra forma, restou estabelecido o dever de a Administração Pública remunerar de forma adequada a assunção de riscos pelos agentes que celebrarem avenças com ela.” (grifos nossos)

É importante que se diga que a nova regulamentação do PMI em sede federal trouxe inovações bastante positivas no que tange ao ressarcimento⁶¹⁰. A definição do valor máximo a ser ressarcido se faz no início do procedimento: primeiro em abstrato, no edital de chamamento, onde se indica um valor máximo; depois em concreto, para cada autorizado, com base na proposta de realização de estudos apresentada (ou seja, esse valor pode ser igual ou menor ao publicado no edital de chamamento). Quando ocorre a seleção dos estudos, o valor efetivo a ser ressarcido é calculado a partir da comparação entre o escopo que se definiu no chamamento e os materiais que foram efetivamente entregues. Em outras palavras: se o estudo foi selecionado, se os produtos entregues foram mesmo aqueles prometidos e se a qualidade e suficiência das informações são as esperadas, o valor efetivo deverá corresponder ao valor máximo originalmente constante do ato de autorização. O decreto sinaliza, portanto, que não existe comprovação de custos, apresentação de notas fiscais e outras providências burocráticas e que se refiram a prestações de contas. Essa prestação de contas existe, mas se dá com base no que foi produzido. Essa dinâmica, que hoje está clara em sede federal, poderia ser reproduzida nas regulamentações e práticas administrativas dos entes subnacionais.

Ainda, uma sugestão complementar importante, porém esquecida até hoje nas regulações editadas, seria a previsão de regra de atualização monetária dos valores fixados a título de ressarcimento. A ideia é preservar no tempo o valor de ressarcimento fixado no início do PMI, na ocasião em que a autorização foi exarada. Por vezes, o PMI e o processo de licitação se alongam por muito mais tempo do que o originalmente pretendido, gerando ônus adicionais ao autorizado – dois na realidade. O primeiro, e mais intuitivo, é o decorrente de retrabalho ou trabalho adicional decorrente do atraso. Porém, existe ainda a perda de valor no tempo do valor fixado a título de ressarcimento em virtude de variações inflacionárias no período. Dessa forma, a previsão de atualização do valor dos estudos seria um remédio

⁶¹⁰ Art. 15. Concluída a seleção dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos, aqueles que tiverem sido selecionados terão os valores apresentados para eventual ressarcimento, apurados pela comissão.

§ 1º Caso a comissão conclua pela não conformidade dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos apresentados com aqueles originalmente propostos e autorizados, deverá arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento com a devida fundamentação.

§ 2º O valor arbitrado pela comissão poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais poderão ser destruídos se não retirados no prazo de trinta dias, contado da data de rejeição.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, fica facultado à comissão selecionar outros projetos, levantamentos, investigações e estudos entre aqueles apresentados.

§ 4º O valor arbitrado pela comissão deverá ser aceito por escrito, com expressa renúncia a outros valores pecuniários.

§ 5º Concluída a seleção de que trata o caput, a comissão poderá solicitar correções e alterações dos projetos, levantamentos, investigações e estudos sempre que tais correções e alterações forem necessárias para atender a demandas de órgãos de controle ou para aprimorar os empreendimentos de que trata o art. 1º.

§ 6º Na hipótese de alterações prevista no § 5º, o autorizado poderá apresentar novos valores para o eventual ressarcimento de que trata o caput. (grifos nossos)

eficiente para tratar deste segundo inconveniente. Porém, mesmo na nova regulamentação federal essa regra não foi incluída, não obstante já ter sido praticada em alguns chamamentos publicados.

O tema da atualização monetária do ressarcimento, porém, não é tão simples.

Uma primeira discussão é a de saber se, para efeito de implementação dessa proposta de atualização monetária, se mostra necessário observar o disposto no art. 28, da lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995 (lei do plano Real), que expressamente veda, nos *contratos celebrados*, a correção monetária operada em períodos inferiores há um ano⁶¹¹. Considerando que o PMI não é contrato, aquela limitação deve incidir?

A nosso ver, a resposta é positiva. A *ratio legis* da fixação desse prazo mínimo parece ter sido a de evitar que se estabelecesse uma realimentação ainda mais severa da memória inflacionária que é gerada a partir das cláusulas de reajuste. Na nossa visão, ainda que a lei textualmente mencione o termo “contrato” (e o PMI não é um contrato administrativo) faria pouco sentido, considerando a finalidade da lei, subtrair o PMI da sua hipótese de incidência. É possível especular que a dúvida acerca da aplicação art. 28, da lei n.º 9.069, possa ter contribuído para que o tema ora em análise não tenha ainda sido expressamente regulado.

Colocando de lado as questões jurídico-formais, a previsão de ressarcimento é uma medida a mais para conferir atratividade ao PMI para que agentes privados com o perfil adequado sejam instigados a colaborar com o Estado. Se a própria lei de concessões prevê como obrigatória nos contratos de concessão a cláusula de reajuste, parece, ao menos do ponto de vista de mérito, bastante defensável a previsão de obrigação semelhante nos PMIs (cuja atualização monetária tende a impactar muito menos a realimentação da inflação do que os contratos de concessão em si).⁶¹²

O valor máximo de ressarcimento, conforme o tratamento mais comum constante dos regulamentos estaduais, municipais e federal, é de no máximo 2,5% do valor do investimento. No caso da União, o decreto n.º 8.428/2015 inovou ao prever que o referido percentual possa ser calculado também em relação ao somatório dos custos operacionais do projeto – medida que também poderia ser incorporada às regulamentações de outros entes federativos. Isso porque podem existir projetos de concessão que são pouco intensivos em investimentos, como

⁶¹¹ Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

⁶¹² Agradeço à Patrícia Baptista por ter chamado a atenção para esses pontos, quais sejam a discussão sobre a viabilidade jurídica do reajuste e a discussão sobre o mérito de cláusulas de reajuste num contexto de inflação elevada e perene.

projetos *brown field* (desenvolvidos a partir de infraestruturas já existentes) e projetos que são mais intensos em custos operacionais (como os projetos no setor de saúde). Essa regra traz mais flexibilidade para que o ressarcimento seja fixado em montante atrativo.

Não obstante a previsão daquele percentual máximo de 2,5% (previsto nos decretos federais anterior e atual, bem como nos decretos da maioria dos estados e municípios), na prática, os valores de ressarcimento vêm sendo praticados em montantes muito menores, normalmente representando bem menos do que 1% do valor dos investimentos estimados nos estudos econômico-financeiros⁶¹³. Esse dado corrobora a percepção de que o ressarcimento, que tende a ser muito pouco significativo do ponto de vista de dispêndio de recursos públicos, é um elemento essencial para criar condições chamativas para os parceiros privados que se encaixem no perfil de neutralidade e que desejem trabalhar alinhados com o interesse do Estado.

6.4.3 Proposta 3: Limitação do número de autorizados

Na medida do que foi apresentado antes, um número elevado de autorizados pode ter um efeito adverso, qual seja o de ensejar um gasto não razoável de recursos públicos e privados no procedimento. Essa pluralidade de interessados não é conveniente nem do ponto de vista da Administração, nem do setor privado⁶¹⁴.

Há um equívoco em se apontar que uma das vantagens do PMI está na provisão farta de ideias e informações ao Estado, que poderá, então, decidir sobre as melhores características para o empreendimento – quiçá pinçando de cada estudo de viabilidade entregue o que há de melhor. Essa visão, na realidade, é uma utopia porque a multiplicidade de interlocutores e contribuições tende a se revelar contraproducente⁶¹⁵.

Na prática, não adianta extrair o que há de mais interessante em cada contribuição, sob o risco de criar, ao final, uma “colcha de retalhos”. A visão de todo, que é necessária para

⁶¹³ Esse percentual tende a ser ainda mais diminuto em concessões cujos investimentos são muito elevados porque os custos de estruturação são relativamente inelásticos em relação ao porte econômico do projeto, ou seja, os valores envolvidos na realização dos estudos de viabilidade não variam tão significativamente, a menos que sejam incorporados projetos de engenharia mais detalhados.

⁶¹⁴ O tema também é tratado em: OLIVEIRA, Anderson Márcio de; MEDEIROS, Rafael Randerson Corrêa de. *Proposta de regulamentação do art. 21 da lei 8987/95*, BNDES, Mimeografado, 2015, p.33.

⁶¹⁵ A percepção de que “quanto mais estudos melhor” também foi acolhida em julgado recente do TCU (AC-1155-15/14-P), em que o Min. Weder de Oliveira destacou que: “A existência de dois, três ou mais estudos é desejável e inerente ao instituto da autorização do art. 21, pois o objetivo intrínseco do poder concedente é o de se municiar de diferentes avaliações, cenários, informações e escolher dentre eles os elementos que considere como mais adequados às finalidades das concessões e arrendamentos a serem licitados”.

dar sistematicidade ao projeto, pressupõe uma capacitação técnica ainda não condizente com a maior parte dos entes público que já se valeu do PMI⁶¹⁶.

Da mesma forma, muitos privados pedem autorização sem terem intenção alguma de colaborar com o Estado. Prova disso pode ser visualizada na tabela inserida no tópico 3.3, em que se observa que o número de autorizações emitidas normalmente é muito superior à quantidade de estudos entregues ao final do PMI.

O objetivo de muitos autorizados é apenas o de acompanhar as discussões de perto, se precavendo em relação a eventuais desvantagens decorrentes de assimetrias informacionais, especialmente no que concerne a dados, sugestões, diretrizes e parâmetros providos pelo ente público e que possam vir a ser importantes para a decisão de participar da licitação ou para a preparação de lances competitivos.⁶¹⁷ Novamente, esse receio é fruto de uma percepção de que o PMI enseja vantagens informais aos que dele participam – por isso, ninguém quer ficar de fora, ainda que a ideia no fundo seja não contribuir. Além disso, é possível que a preocupação de alguns particulares também seja a de se fazer ouvir, tentando, assim, influenciar de alguma forma nas decisões que serão tomadas pela Administração em relação a aspectos fundamentais do empreendimento a ser licitado.

Com base no que se destacou no item 4.1, um possível encaminhamento é o de restringir a participação com base no critério da neutralidade. Entretanto, essa não parece ser a única medida necessária e juridicamente factível.

De acordo com o exposto no capítulo V, a autorização é um ato subjetivamente discricionário. O que deve ser vedado na emissão das autorizações é a arbitrariedade. Nada obsta, contudo, que o ente público estabeleça critérios tecnicamente defensáveis para limitar a quantidade de autorizados.

A ideia é que o afinilamento não ocorra somente ao final do procedimento, por ocasião da avaliação e seleção dos estudos e materiais apresentados pelos autorizados. Muita energia, tempo e dinheiro já terão sido despendidos até este momento, tanto do lado público, como do privado.

Nesse sentido, o decreto federal n.º 8.428/2015 trouxe uma contribuição importante ao reforçar a possibilidade de fixação, pelo ente administrativo, de critérios (art. 4º, II, “e”)

⁶¹⁶ Cf. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op. Cit., nota 1, p. 223.

⁶¹⁷ Essa situação pode ensejar um risco adicional para o ente público que lança o chamamento: o de que a intenção dos autorizados de contribuir com a elaboração e entrega de estudos de viabilidade não seja firme. Nesse sentido, ao final do procedimento, é possível que a Administração ou não obtenha estudos ou receba materiais de qualidade ruim, inservíveis para a finalidade de permitir a licitação do projeto.

para a análise do pedido de autorização. Estabelecer um filtro efetivo logo no início do procedimento é importante por diversas razões, dentre elas: (i) para promover o efetivo alinhamento de interesses e garantir a presença do elemento fidúcia; (ii) para garantir a participação de agentes com condições técnicas mínimas de realizar os estudos e; (iii) para restringir o número de autorizados, poupando, assim, recursos dos dois lados da mesa.

Exacerbando a visão acima, de necessidade de limitação do número de autorizados, seria até mesmo conveniente que a regulamentação atual fosse alterada, de modo a conferir segurança jurídica para a autorização de um único interessado⁶¹⁸, que ficaria integralmente responsável pela modelagem⁶¹⁹, podendo essa autorização ser precedida ou não de procedimento seletivo.⁶²⁰

⁶¹⁸ Nesse sentido, vale mencionar interpretação levantada por Vera Monteiro e Carlos Ari Sundfeld, a propósito das discussões mantidas com as equipes do BNDES e IFC relativas ao aperfeiçoamento de modelos jurídicos de estruturação de projetos de concessão (a maior parte dos entendimentos e informações produzidas no bojo deste estudo foi incorporada por Vera Monteiro em MONTEIRO, Vera. *Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes*, BNDES, 2015. Mimeografado). Na visão desses professores, não seria equivocada pensar na possibilidade de autorização de apenas um agente privado para desenvolver a modelagem do projeto. O que muitos regulamentos vedam (inclusive o decreto n.º 8.428/2015) é a ideia de autorização exclusiva (art. 6º). Porém, a emissão de autorização em favor de um único particular não deve ser entendida como uma autorização exclusiva. Mesmo que autorize (justificadamente) apenas um particular, o poder público conservará a prerrogativa de, a qualquer momento, autorizar novos participantes, para atuarem em complementação ou em concorrência com o primeiro autorizado. O que os autores propõem, como saída interpretativa, é dissociar “unicidade de autorização no tempo” de “exclusividade”. Nessa proposta interpretativa não há, por assim dizer, qualquer direito subjetivo atribuído ao primeiro autorizado e que lhe confira um *direito de exclusividade* na cooperação com o Estado. Ser o único autorizado é uma circunstância – e não uma condição, um *status* jurídico. A Administração se reservaria a possibilidade de, a qualquer momento, autorizar novos estudos, que podem ser redundantes ou complementares aos realizados pelo primeiro autorizado.

Ademais, defendem os autores que a autorização, mesmo se conferida de forma única, não deve ser vista como um simulacro de contrato administrativo. Pelas mesmas razões dispostas no capítulo VI, um dos elementos mais característicos do PMI (e da autorização que serve de base) é a ideia de “precariedade” da relação estabelecida – que não se coaduna com os contratos administrativos em geral.

Não existe, ainda, trabalho acadêmico publicado pelos autores para ser citado como referência da proposta de interpretação acima. Para registrar o devido crédito pela ideia, optamos por reproduzir com nossas palavras a linha de pensamento por eles articulada, assumindo o risco integral de não ter sido claro ou gerado inconsistências de alguma natureza nessa exposição.

⁶¹⁹ Essa sugestão já foi retratada em alguns trabalhos acadêmicos, ainda que não tenham sido aprofundadas as razões jurídicas que embasam a tese. Thiago Araújo, por exemplo, sinaliza essa possibilidade num contexto em que desenha uma estrutura de incentivos favorável à participação de empresas de consultoria. Segundo ao autor, autorizações múltiplas minimizam a chance de ressarcimento, o que favorece a participação de grupos privados interessados na exploração do empreendimento (como construtoras), normalmente dotados de maior porte econômico para fazer frente aos custos afundados no procedimento. ARAÚJO, Thiago. *Aprendendo a pedir: contribuições da Análise Econômica do Direito no desenho de Procedimentos de Manifestação de Interesse prévios a PPPs mais eficientes*. Revista de Direito Administrativo – rda, p.20-25, Mimeografado, 2015. No mesmo sentido, Tarcila Reis e Eduardo Jordão também sustentam a licitude da autorização única, destacando que seria uma medida razoável, não colidente com o princípio da isonomia e voltada para a promoção da eficiência administrativa. REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. *A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. Op cit., nota 2, p.220.

⁶²⁰ Nesse sentido, recomendamos fortemente a leitura do excelente texto elaborado por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Onde está o princípio universal da licitação?* In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*.

Porém, a nosso ver, o formato mais palatável juridicamente para os órgãos de controle parece ser aquele em que a Administração realiza alguma espécie de seleção entre os particulares que requerem a autorização, de modo a escolher o interessado que tenha os melhores atributos para contribuir com a preparação do projeto de concessão.⁶²¹ Nesta proposta, a seleção, que hoje ocorre ao final do PMI e com base nos estudos entregues, seria deslocada para o início deste procedimento e realizada a partir de características subjetivas dos requerentes (ex. experiência, equipe, interesse de participar da licitação) e das propostas de desenvolvimento de estudos por eles apresentadas.

O modelo de PMI em que há uma única autorização e condicionada à realização de procedimento de seleção, já foi colocada em prática pelo Estado do Espírito Santo⁶²² e pelo Município do Rio de Janeiro⁶²³⁻⁶²⁴.

São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 395), em que os autores desenvolvem um contraponto à ideia (bastante disseminada na teoria administrativista hoje em voga) de que a Administração Pública estaria adstrita a um dever geral de licitar, sempre que exista multiplicidade de interessados em interagir com o Estado. Esse “princípio da licitação” não poderia, no entendimento dos referidos autores, ser extraído da Constituição, de modo a embasar um dever geral de promover processos licitatórios sempre que a competição seja em tese possível. Encontrei essa ideia assimilada no voto do Min. Benjamin Zymler, que transcrevi mais adiante. Na nossa visão, seria possível extrapolar, para efeito de argumentação, a aplicação dessa ideia para os PMIs. Nesse sentido, licitações e procedimentos “competitivos” (como é o caso dos chamamentos públicos) não são necessários onde a lei expressamente não os previu. Entendemos plenamente razoável a visão dos autores, mas ponderamos que a tendência de diversos atos normativos editados (inclusive recentemente não é essa), mas sim a de estabelecer procedimentos competitivos sempre que haja multiplicidade de interessados e que o objeto a ser executado seja escasso. Nesse sentido, como exemplo mencionamos as legislações aplicadas ao setor portuário a às parcerias com entidades sem fins lucrativos.

⁶²¹ Essa ideia não é exatamente uma inovação. Algumas leis que versam sobre autorizações, conforme visto no capítulo V, incorporam mecanismos similares quando não é possível a autorização de todos os requerentes. Nesse sentido, vide o art. 8º, da lei n.º 12.815/2013 (lei de portos).

⁶²² No caso do Espírito Santo, o art. 4º, § 3º do decreto n.º 2889-R, de 01 de novembro de 2011 (nos termos da redação conferida posteriormente pelo decreto n.º 3138-R, de 26 de outubro de 2012), que regulamenta o PMI, dispõe que: “O Procedimento de Manifestação de Interesse poderão (sic) ser composto de etapa de pré-seleção, adotando como critérios, proposta técnica, menor valor de reembolso, ou, melhor proposta em razão da combinação dos critérios anteriores, de acordo com os pesos estabelecidos no PMI. Os participantes que não forem selecionados nesta fase não participarão das etapas seguintes do PMI”. Ainda que o dispositivo ora transcrito não disponha expressamente sobre a autorização de apenas um interessado, os chamamentos públicos conduzidos pelo referido ente federativo são mais assertivos em relação a tal prática. Nesse sentido, vale conferir cláusula constante Procedimento de Manifestação de Interesse PMI SESA Nº 01/2013, que versou sobre a “realização de Estudos de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Jurídica visando à estruturação do Projeto de Parceria Público-Privada para o “Hospital Estadual Infantil” em Vitória/ES”: “6. Da Pré-seleção da Manifestação de Interesse; 6.1 O Grupo de Trabalho Executivo – GTE, constituído pela Portaria SESA nº 117-S, publicada no Diário Oficial do Estado em 19 de março de 2013, realizará a análise do(s) Procedimento(s) de Manifestação(ões) de Interesse, selecionando a proposta que alcançar a maior pontuação, segundo os critérios do Anexo VI, sendo admitido o empate; 6.1.1- Em caso de empate na pontuação, serão utilizados para fins de desempate, os critérios previstos no Anexo VI deste Edital.”

⁶²³ No caso do município do Rio de Janeiro, não foram localizadas fontes normativas que versassem sobre a regulamentação do PMI. Não obstante, pode-se constatar que chamamentos públicos já realizados por este ente federativo seguem a mesma dinâmica assimilada pelo Estado do Espírito Santo, qual seja a de possibilitar a seleção de apenas um autorizado para a posterior realização dos estudos de viabilidade. Nesse sentido, foram usados como fonte de pesquisa os seguintes *Avisos Públicos de Procedimento de Manifestação de Interesse* (designação atribuída pelo município), que se conseguiu localizar na internet: Projeto Carro Elétrico Carioca; Estacionamentos Rotativos; Revitalização, Modernização de Túneis e Esgotamento Sanitário da Área de

A nosso ver, muito da indisposição em relação ao uso de filtros para limitar a emissão das autorizações (inclusive a emissão de autorização única) decorre do fato de que, no PMI, se permite a participação dos autorizados na licitação. Ciente de que a condição de autorizado é, na prática, uma posição de vantagem, a Administração vê com ressalvas a possibilidade de restringir a participação de algum interessado (menos nos casos de não cumprimento de formalidades, com a apresentação de documentos ou respeito aos prazos estabelecidos). Contudo, acredita-se que essa indisposição irá arrefecer nos procedimentos que assimilem a proposta n. 1 (formulada no tópico 4.1) – que é a realização do PMI apenas com participantes que se comprometam expressamente a não participar da licitação. Neste contexto, o mercado deixará de enxergar no PMI uma antecipação da licitação.

Para terminar este tópico, achamos importante fazer menção aos entendimentos e visão vanguardista assimilados no voto revisor do Min. Benjamin Zymler no AC-1155-15/14-P, julgado em 07/05/2014⁶²⁵.

Referido ministro argumenta no sentido de que o dever de licitar ou de realizar procedimentos competitivos sempre que a concorrência for possível não deve ser encarado como um dever jurídico absoluto, ou seja, um princípio administrativo imponderável (como na prática é evocado por muitos juristas e pelo próprio TCU). No referido julgado houve

Planejamento AP 4.1. Ainda, transcreve-se a seguir clausulado extraído do projeto de Revitalização e Modernização de Túneis (que é similar para os dois outros projetos citados): “4. Autorização para a Realização de Estudo e Prazo; 4.1. O interessado que cumprir os requisitos listados no item 3 acima e for melhor qualificado no processo seletivo indicado no item 5 receberá autorização da Prefeitura para a realização do Estudo; 4.2. A autorização deverá ser emitida com a observância do seguinte: (i) não gerará direito de preferência para a outorga da parceria público--privada; (ii) não obrigará o Poder Público a realizar a licitação, tampouco a contratação; (iii) não criará por si só qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na elaboração do Estudo; (iv) será pessoal e intransferível; (v) será gratuita”.

⁶²⁴ A despeito de terem incorporado regra interessante, relativa à possibilidade de limitação do número de participantes do PMI a apenas um, os chamamentos públicos conduzidos pelo Estado do Espírito Santo e município do Rio de Janeiro maximizam, em nossa visão, o problema do conflito de interesses, ao permitirem que o autor dos estudos possa figurar como licitante. Nestes procedimentos, o autor dos estudos, que atuou de modo isolado, poderá participar da licitação que ajudou a modelar. Neste caso, desenha-se o que parece ser cenário ainda menos conveniente do que o modelo tradicional de participação de múltiplos autorizados que atuam em concorrência. O ideal é que é a regulação empreendida por tais entes públicos tivesse dado um passo adiante no pioneirismo e estabelecido a independência dos interessados como condição à participação no PMI.

⁶²⁵ Esse acórdão tratou do PMI conduzido pela Secretaria Especial de Portos/SEP para a estruturação da concessão de terminais portuários. Houve uma representação do Ministério Público, argumentando a existência de irregularidades e favorecimentos indevidos à Estruturadora Brasileira de Projetos/EBP. Segundo as alegações apresentadas na representação e debatidas no julgamento em tela, a referida empresa, que atua no segmento de estruturação de projetos prestando assessoria para entes públicos, supostamente teria se beneficiado de mais tempo para a preparação de seus estudos e participado de reuniões com representantes do setor público. Esse acórdão e também o proferido no TC 033.438/2013-7 (relatado pelo Min. Marcos Benquerer e julgado em 1º/07/2015), a nosso ver, são os materiais mais interessantes a respeito do estudo do PMI já publicados, congregando diversos argumentos e posições a respeito do tema. Além disso, os acórdãos trouxeram debates de alto nível sobre diversos temas atuais do Direito Administrativo, como a participação minoritária do Estado em empresas privadas e o relacionamento entre ambos, a repercussão da atuação do Estado na formatação do mercado (inclusive no desenvolvimento de mercados em formação), a importância da preparação de projetos de infraestrutura, o subjetivismo na interpretação jurídica, entre outros temas.

vários votos dissonantes, de modo que não é possível ler o voto do revisor como sendo a posição da corte⁶²⁶. Na realidade, a nossa percepção é que a posição por ele assumida ainda é isolada no tribunal e minoritária no meio doutrinário.

Os excertos transcritos a seguir discutem exatamente os limites e possibilidades da Administração no manejo da autorização do art. 21, inclusive no que tange à possibilidade de autorização direta em sede de PMI, baseada em critérios discricionários. Apesar de durante o desenvolvimento desta dissertação termos deliberadamente optado por fazer as transcrições longas em notas de rodapé, entendemos por bem dar destaque para a reprodução dos excertos do referido voto porque entendemos que tal manifestação traz considerações extremamente interessantes – não apenas em relação ao tema PMI, mas principalmente sobre a interpretação do *dever de licitar* no Direito Administrativo e sobre o subjetivismo manejado na fiscalização e controle da Administração. Alertamos que os excertos não são sequenciais.

20. **Um desses poderes é o de autorizar diretamente a realização de estudos** destinados a subsidiar concessões de portos e arrendamentos de instalações portuárias.

21. Para além das autorizações, ressalto que no âmbito das contratações diretas também ocorre a relativização do Princípio da Impessoalidade, uma vez que não existe necessariamente um processo de seleção competitivo informado por esse princípio. A escolha é feita com base nas condições especiais de uma dada entidade, as quais a tornam a mais adequada para realizar a tarefa da qual será incumbida. **Assim, na ponderação de princípios constitucionais, preponderam os bens jurídicos envolvidos em cada situação tipificada em lei.**

22. Esse tipo de escolha com base na proteção de bens jurídicos variados está consagrado no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Assim, por exemplo, o inciso IX do mencionado artigo prevê a dispensa de licitação quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional. **Nessa hipótese, a necessidade de ser preservada a segurança do país prevalece sobre o Princípio da Impessoalidade.**

23. Da mesma forma, o inciso XXI do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos prevê a celebração de contrato com dispensa de licitação para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico. **Neste caso, o valor priorizado é o fortalecimento da pesquisa científica e tecnológica**, que, por sua vez, colaborará para a consecução dos objetivos da República Federal do Brasil insculpidos no art. 3º de nossa Lei Maior.

(...)

⁶²⁶ O Min Weder de Oliveira, por exemplo, textualmente afirmou que “a ausência de licitação não pode ser entendida como um permissivo para que se possa promover uma espécie de ‘autorização direta’ (analogamente à contratação direta), em caráter de exclusividade”. O poder discricionário “(...) só existia 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 8.987/1995. Feita a opção, se fazia necessária, em qualquer dos casos, a observância dos preceitos constitucionais aplicáveis à administração pública” (AC-1155-15/14-P, julgado em 07/05/2014).

25. Ressalto que o Princípio da Impessoalidade não é afastado de todo, apenas não prepondera sobre os outros princípios e valores acima citados. Por via de consequência, a escolha a ser feita pela Administração Pública não pode ser arbitrária, ao contrário, deve ser motivada, inclusive no que concerne à avaliação da capacidade da entidade que vier a ser selecionada.”

26. Todos esses procedimentos devem ser adotados levando em conta a visão trazida pela Lei nº 9.784/1999, cujo art. 50 estabelece que "os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos" nas diversas hipóteses ali mencionadas.

(...)

35. Uma vez vencida a avaliação estritamente jurídica da constitucionalidade e da legalidade das autorizações concedidas à EBP, convém analisar um ponto relevante. **A meu ver, a defesa da licitação prévia no presente caso deriva de uma crença absoluta no processo licitatório como o guardião por excelência de diversos princípios constitucionais, como os da transparência, impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa.**

36. Nesse contexto, julga-se como se tudo que não vier de procedimentos licitatórios públicos deve ser questionado, o que implica dizer que eventuais indícios tendem a ser lidos como indicativos de falhas ou irregularidades. No presente caso, enquanto a Unidade Técnica viu pontos obscuros que não permitiram concluir o cenário a compreender, o Ministério Público e o Relator viram a existência de ações pouco republicanas voltadas a beneficiar alguém. Essa discrepância de entendimentos evidenciou que a interpretação dos indícios e elementos formadores do contexto é um ato de subjetividade.

37. Observa-se que existe um tendência para, com receio do abuso, impedir o uso de institutos jurídicos e reduzir os espaços da discricionariedade administrativa. Um exemplo desse procedimento está consubstanciado na interpretação do seguinte fato: 10 empresas solicitaram autorização para realizar estudos, sendo que 9 não foram habilitadas e a única considerada apta recuou do interesse. A Sefid considerou que isso demonstraria a ausência de beneficiamento da EBP. Já o Ministério Público e o Relator concluíram que essas 9 empresas, "por não desfrutarem das condições favoráveis de que dispunha a EBP, não puderam, no curto lapso temporal, sequer desenvolver as condições que lhes permitiriam cumprir os requisitos de habilitação previstos na
Portaria SEP/PR 38/2013".

38. Com todo o respeito que merecem tanto o Relator quanto o representante do Parquet especializado, há que se ter cautela para não transformar indícios em instrumentos para facilitar condenações. Até porque, no caso em tela, a autorização implica em ato administrativo de escolha discricionária do autorizatório. Logo, toda a interpretação dos atos antecedentes envolvendo a EBP devem ser relevados, pois de processo seletivo público não se trata

6.4.4 Proposta 4: Maximização da transparência sobre PMIs

Outro ponto importante se refere à maximização da transparência na condução do PMI. Há pelo menos três ideias importantes aqui, embora nenhuma delas seja realmente original.

A primeira é que, à luz da nossa estrutura constitucional e legal, a transparência parece assumir a feição de um valor em si. Publicidade, transparência ou visibilidade, qualquer que seja a semântica ou o termo que se prefira – são palavras de ordem em qualquer processo,

procedimento ou ato administrativo – salvo nos casos (excepcionais) em que a própria legislação justificadamente excepciona esses deveres. Portanto, o fato de se tratar de um ato estatal enseja *per se* o dever de transparência. O que existe de relativamente novo aqui é que, num contexto de novas tecnologias, como a internet, o dever de transparência do Estado não pode se limitar à publicação meramente pró-forma dos atos na imprensa oficial, mas deve envolver a divulgação de informações, por exemplo, de modo organizado e em websites mantidos por entes estatais.

A segunda ideia é que existe uma relação umbilical entre transparência e controle, seja o manejado pelos órgãos de Estado encarregados dessa tarefa seja aquele desempenhado pela sociedade. Integra a ideia de controle social aquele exercido pelos agentes de mercado (estejam o não diretamente interessados no projeto), pela sociedade civil organizada (por exemplo, entidades de defesa de interesses dos usuários) e pelos usuários propriamente ditos dos serviços a serem concedidos. No caso, esse dever de transparência parece ainda mais relevante porque se está diante de um procedimento cuja dinâmica, pelos conflitos de interesse e assimetrias informacionais que lhe são inerentes, tem o potencial de gerar prejuízos consideráveis ao Estado.

Terceiro, além de fomentar o controle social, a transparência também assume outra função importante: passa a mensagem ao público investidor de que o projeto é conduzido sem favorecimentos intencionais e que, portanto, vale a pena, para os agentes privados, estudá-lo e participar da licitação. Num contexto de transparência, existe a aptidão para ocorrer de fato uma competição – e não um mero simulacro que objetiva satisfazer o dever formal de licitar.

A participação numa licitação, sobretudo aquelas que versam sobre projetos de infraestrutura de grande vulto e longa maturação, traz ínsita uma dupla decisão de investimento: (i) a decisão que mensura a atratividade do projeto licitado (ou seja, em que se analisa o projeto e os potenciais riscos e ganhos a serem obtidos num cenário de sucesso na licitação); e (ii) a que avalia se faz sentido despender recursos vultosos na realização de análises e preparação de propostas para a licitação, os quais tendem a ser irrecuperáveis.

Conforme exposto em seção anterior deste trabalho, ao se comentar a competição nos PMIs, destacou-se que a realidade tem mostrado que o acesso às informações relativas aos procedimentos, no âmbito de estados e municípios, é deficiente ou mesmo inexistente.

Ainda que os decretos que regulamentam o procedimento em cada ente público determinem expressamente o dever de publicá-los na imprensa oficial, a localização dos documentos gerados nem sempre é simples. Mesmo nos sites de imprensa oficial existentes,

as ferramentas de busca não operam bem, tornando difícil a localização de dados sobre os PMIs lançados.

O dever de publicidade efetiva (entendida aqui pelo uso da internet como veículo efetivo de divulgação de dados) pode ser extraído a partir de elementos normativos já existentes no sistema jurídico, contudo, seria de grande valia que os decretos que regulamentam o PMI dispusessem claramente sobre o dever de publicação dessas informações. Novamente: as circunstâncias específicas do modelo de PMI reforçam a necessidade de que o princípio da transparência seja levado a sério.

O cenário ideal seria o de que cada ente público disponibilizasse uma página na internet com informações-chave sobre os atos administrativos contemplados, desde o lançamento do chamamento público até a adjudicação do contrato de concessão. A ideia é possibilitar que se verifiquem, em relação a estes procedimentos, dados importantes, como quais foram os autorizados, o seu perfil, quem foram os autores dos estudos de viabilidade escolhidos, o conteúdo dos estudos (na medida do que não prejudicar o Estado, conforme discutido no capítulo I), as diligências tomadas pela Administração no curso do PMI (p.ex. a contratação de consultores) e na adaptação e análise dos insumos apresentados, como foi a competição na licitação, etc. Não basta que tais dados sejam publicados de modo esporso. Sistematizá-los num local único é essencial.

São essas as informações que possibilitarão uma avaliação do desempenho do PMI, dos gargalos existentes e dos subprodutos que podem resultar desse instrumento – portanto, dados necessários para o aperfeiçoamento da sua regulação, gerando procedimentos mais eficientes, efetivos e competitivos.

Por fim, é importante ressaltar ainda que uma segunda ordem de medidas relativas a transparência se refere à divulgação dos estudos de viabilidade que tenham sido selecionados pelo ente público.

A premissa por trás dessa divulgação é a de equalizar o conhecimento do mercado a propósito das informações que foram geradas, possibilitando que potenciais licitantes se aproveitem desses estudos para a preparação de suas propostas – inclusive, alertando o ente público para a existência de eventuais inconsistências.

Porém, dois comentários se mostram pertinentes.

O primeiro ponto é que nem todos os estudos providos pelos autorizados ao poder público devem ser divulgados. Estudos não selecionados não se tornarão propriedade do ente público, permanecendo propriedade privada. Muitos regulamentos já editados dispõem sobre a obrigação de o ente público ou destruir ou devolver esses estudos aos seus originadores. Na

prática, existe um inconveniente na publicação: por vezes esses estudos revelam visões e entendimentos dos proponentes que estão alinhados às suas estratégias empresarias e propriedade de tecnologias, que serão revelados caso haja a publicação dos materiais. No caso do vencedor do PMI, esse é um ônus que, para todos os efeitos, será remunerado pelo ressarcimento⁶²⁷. Mas no caso dos demais participantes, tratar-se-á de um ônus sem contrapartida.

O segundo ponto é que, mesmo em relação aos estudos vencedores, é razoável defender que o poder público tenha discricionariedade para não publicar informações sensíveis sobre a modelagem até o final do certame licitatório. Em relação a este tema, faz-se remissão ao tratado no capítulo I, em que se discutiu que existem decisões cruciais na modelagem de projetos (e que reforçam a complexidade dessa fase) relativas ao que deve ser divulgado ao público. Naturalmente, deve-se valer dessa prerrogativa de modo justificado, devendo haver razoabilidade e coerência nos argumentos aduzidos pela Administração.

6.4.5 Proposta 5: Publicação apenas de PMIs alinhados com políticas públicas previamente definidas

Na medida do que se examinou anteriormente, uma das causas prováveis para a baixa efetividade dos PMIs (percentual baixo de contratos assinados) é a existência de um aparente “descompromisso” do ente público com algumas das iniciativas modeladas com supedâneo naquele procedimento.

Sob a perspectiva da Administração, já foi examinado que o PMI tende a ser visto como um procedimento não oneroso, na medida em que o pagamento é transferido ao adjudicatário do contrato de concessão – isso no caso de o projeto ser bem sucedido. Ainda que esta visão de não onerosidade seja equivocada, não existe, de fato, desembolso imediato de recursos pelo ente público no curto prazo.

Nesse sentido, uma hipótese que se levanta é que muitos PMIs foram lançados sem que estivessem, na realidade, encaixados numa visão sistêmica de ação pública. Dito de outra forma, num contexto de escassez de recursos financeiros, de pessoal e mesmo de capital político, os esforços do governo a frente do ente administrativo tendem a se concentrar naquelas iniciativas realmente prioritárias. Projetos que não se encaixem nesse perfil frequentemente são relegados para o segundo plano, vitimados por vicissitudes fiscais,

⁶²⁷ Do ponto de vista jurídico, o art. 21 da lei de concessões fala da divulgação dos estudos, mas não deixa claro se todos os estudos devem ser divulgados ou apenas ou que tenham sido efetivamente usados. Entende-se defensável a tese de que apenas os usados devem ser divulgados.

controvérsias jurídicas, pressão de grupos de interesse prejudicados com o projeto ou outros acertos políticos.

Pode-se aventar que muitos PMIs, por serem vistos como uma forma não onerosa de obter estudos e por não implicarem em compromissos públicos, possam ter sido manejados pela Administração como uma forma de simplesmente sondar opções – sem que houvesse, contudo, uma vontade realmente substancial de concretizar esses projetos (ou pelo menos de condicionar a sua realização à configuração de um cenário muito vantajoso, como a não necessidade de desembolsos públicos)⁶²⁸.

Além disso, há um elemento adicional na hipótese ora suscitada. Em muitas situações, os PMIs são provocados originalmente pelo setor privado, por meio das chamadas “manifestações de interesse da iniciativa privada” – MIPs (conforme tratado no capítulo V). Muitos regulamentos (inclusive o decreto federal n.º 8.428/2015) admitem a possibilidade de particulares, espontaneamente, levarem propostas ao setor público. Quando admitida, essa manifestação inicial “se convola” num PMI, em que se estende aos demais interessados a possibilidade de interagir com o ente público.

Diante deste cenário, muitos gestores públicos podem ter sido seduzidos pela perspectiva de “ganharem” modelagens, “de graça” e sem a formalização de compromissos rígidos – existindo ainda a possibilidade de que esses estudos possam, quando concluídos, realmente serem proveitosos para a licitação de projetos que tenham se revelado viáveis. Portanto, é provável que essa tenha sido a linha de pensamento que esteve por trás da abertura de muitos PMIs, a qual pode ser traduzida da seguinte forma: inexistência de ônus e possibilidade de ganhos.

Assim, o problema talvez esteja no fato de que a mesma facilidade que se coloca para a abertura desses procedimentos também se coloca para o seu descarte, o que acaba por incrementar a percepção de risco do mercado.

Em complemento ao que se articulou acima, é importante ter em vista que os contratos de concessão, em especial os contratos de PPP, preconizam a superação de problemas estruturais, o que em alguns casos somente pode ser alcançado a partir de uma ação pública engajada. Um exemplo bastante elucidativo desse tipo de engajamento é a necessidade de

⁶²⁸ Por exemplo, é possível imaginar uma situação em que um ente público tenha lançado um PMI porque foi induzido a acreditar que o projeto seria viabilizado por uma concessão comum, porém, os estudos podem ter revelado que o projeto precisaria de recursos públicos (uma PPP, portanto).

prover garantias públicas nos projetos de PPP⁶²⁹. Parece pouco crível que esses óbices possam ter um endereçamento adequado sem um envolvimento estatal efetivo.

Diante do exposto, seria conveniente que a Administração apenas publicasse chamadas públicas que se referissem a projetos realmente prioritários. De modo a evidenciar esse caráter de prioridade, tais projetos deveriam estar objetivamente contemplados não apenas nas leis orçamentárias (ex. a lei do plano plurianual), mas em planos de execução de investimentos preparados pelo ente público. A profusão de PMIs num contexto de restrição fiscal do ente público, por exemplo, seria um indicador de que parte dessas iniciativas provavelmente não será levada adiante.

É bem verdade que mesmo as providências acima sugeridas não ilidem a possibilidade de que referidas leis e planos sejam modificados. No que toca aos planos de investimentos (como o plano de investimento em logística/PIL, elaborado pela União⁶³⁰), a situação é ainda mais precária, dado que eles não possuem força jurídica. Entretanto, essas medidas são minimamente necessárias para conferir alguma previsibilidade aos agentes de mercado de que tais projetos são de fato prioridades do ente público⁶³¹ e que existe, por isso, uma expectativa maior de que possam ser levados à licitação.

6.5 Propostas gerais

Na esteira do que se comentou antes, o uso largo que recentemente se tem feito do PMI decorre, por um lado, da existência de limitações técnicas da Administração e, por outro, da dificuldade de preencher tais carências por meio de contratações administrativas de serviços, nos moldes da legislação hoje vigente.

Os tópicos 3 e 4 deste trabalho apresentaram considerações específicas sobre o PMI, relativas, respectivamente, ao diagnóstico do seu funcionamento e sugestões para a superação de alguns dos entraves mais perceptíveis. Porém, mesmo num contexto em que a regulação do

⁶²⁹ Como é cediço, os entes públicos enfrentam uma série de dificuldades para a constituição de garantias de pagamento das contraprestações públicas. Tais desafios se referem tanto à indisponibilidade de recursos para serem dados em garantia como a dificuldades jurídica de constituir modelos jurídicos que inspirem segurança de que as garantias constituídas são firmes.

⁶³⁰ Mais informações podem ser acessadas em <http://www.logisticabrasil.gov.br/>. Acesso em 02 de maio de 2015, às 14h07.

⁶³¹ No âmbito da regulamentação do art. 21 operada pelo decreto federal n.º 5.977/2006, que versava apenas sobre projetos de PPP, previa-se a atuação de um órgão – o Conselho Gestor de PPPs/CGPPP, que é previsto também na lei n.º 11.079/2004 e do qual têm assento ministros responsáveis por diversas pastas de governo. O lançamento de PMIs era decidido no âmbito deste conselho, além das decisões fundamentais sobre o procedimento. Em que pese a burocratização elevada e o fato desse conselho, aparentemente, não ter se reunido para o exercício das atividades previstas no decreto em tela, o que se pode apontar de interessante na previsão desse órgão é a possibilidade de pensar a realização de projetos e políticas de Estado de forma coordenada, sem que se tratem de decisões isoladas de algum segmento do governo. A ideia é a existência de um foro de aprovação e discussão tende a sinalizar, de alguma forma, uma priorização daquele projeto.

PMI venha a ser aperfeiçoada, tal instrumento ainda não poderá ser visto como uma panaceia para resolver todos os problemas relacionados à consecução de projetos de infraestrutura.

Por isso, no longo prazo, a caracterização de uma estrutura jurídico-institucional plenamente amigável ao desenvolvimento de projetos complexos de infraestrutura precisará endereçar, pelo menos, três desafios:

- a alteração da regulação pública incidente sobre a licitação e contratação de serviços de assessoria técnica especializada para a preparação de projetos de infraestrutura;
- o fortalecimento técnico e institucional da Administração Pública;
- a concepção de um arcabouço normativo e de uma cultura de gestão pública que forcem o Estado a levar a sério os deveres de planejar e de cumprir o planejamento público previamente realizado.

Sem a pretensão de exaurir essas três ideias, cabem aqui alguns comentários breves sobre elas.

Mesmo num cenário ideal, em que as cinco propostas formuladas no tópico 4 sejam implementadas, dificilmente o PMI se converteria num instrumento perfeito, especialmente por conta da relação de precariedade que o marca. Aliás, é exatamente essa precariedade que afasta deste instrumento o regime contratual público, na linha do que se apresentou no capítulo VI. Riscos podem ser mensurados, mitigados e suportados, mas eles continuam sendo precificados e permanecem como fator de desestímulo ao engajamento privado. A precariedade da parceria estabelecida via PMI é um fato gerador destes riscos, os quais estão relacionados à possibilidade de que os projetos em modelagem sejam interrompidos e de que o autor dos estudos não receba o ressarcimento após o encerramento do procedimento (por exemplo, porque a licitação foi deserta). O histórico recente de PMIs, sobretudo no que tange a sua efetividade, mostra que estes riscos não são meramente teóricos. Pelo contrário, eles se concretizaram na maior parte dos casos pesquisados.

Nesse sentido, o que existe de interessante no contrato administrativo, não por acaso, é a sua estabilidade e previsibilidade, dado que dele surgem direitos e expectativas para ambos os contratantes.

O problema dos contratos administrativos está nas formalidades, limitações e interpretações restritivas sobre eles incidentes – fatores que têm ensejado uma “fuga para os

PMIs”. Esses problemas são de tal ordem que o PMI, mesmo sendo um instrumento precário e inerentemente ensejador de riscos, conseguiu se tornar atrativo.

Dessa forma, o cenário ideal é aquele em que, ao menos para a estruturação de projetos de infraestrutura complexos⁶³², a legislação seja aperfeiçoada de modo a conferir: (i) menos burocracia; (ii) mais celeridade; (iii) mais flexibilidade; (iv) a geração de incentivos econômicos (como condicionar parte do pagamento ao sucesso da licitação); (v) mais efetividade e discricionariedade técnica para a seleção de parceiros contratuais privados que tenham o perfil técnico desejado (fugindo-se, assim, do peso excessivo que se confere ao critério de seleção “preço” e da objetivação de critérios de seleção); e (vi) aproximação com os órgãos de controle encarregados de fiscalizar as contratações, preferencialmente durante a fase de contratação, para diminuir o receio dos gestores públicos de que seus atos sejam posteriormente entendidos como ilegalidades.

Esses e outros atributos desejados não devem somente ser alcançados a partir de aplicações excepcionais ou brechas na interpretação da lei, mas devem resultar de regras jurídicas claras e incontroversas, de preferência de matiz legal. Exceções, interpretações criativas e base jurídica apenas regulamentar (ainda que em graus variados) inspiram insegurança nos gestores e não são funcionais para dar cabo da estruturação de carteiras de projetos amplas e de longo prazo.

Gerar mais eficiência para as contratações públicas é apenas uma parte, ainda que muito importante, da história. Entretanto, existem pelo menos dois fatores institucionais que também precisam ser alvo de uma mudança de cultura na Administração.

O primeiro é o desafio de dotar a Administração de capacidade técnica para que ela possa assumir o papel de protagonista na preparação de projetos de infraestrutura – independentemente de que eles sejam estruturados por meio de PMI ou contratações públicas.

Não se tem aqui uma direção clara de quais caminhos ou medidas poderiam ser adotadas para fazer frente a esse desafio. É possível que uma investigação abrangente da experiência internacional revele estratégias pertinentes e aclimatáveis ao nosso contexto jurídico e institucional. Em alguns países, se optou por centralizar esse tipo de atribuição num ente administrativo mais capacitado, encarregando-o de dar suporte operacional e técnico aos entes subnacionais. Outro exemplo interessante (mencionado no capítulo I) é uso de *facilities*,

⁶³² Mexer na regulação de contratos públicos, reformando, por exemplo, a lei de licitações e contratos, é, na melhor acepção do brocardo popular, “mexer num vespeiro”. Existem diversos interesses de grupo organizados – interesses legítimos e ilegítimos – a serem afetados ao se bulir com a lei de licitações. Mas tais dificuldades e animosidades talvez possam ser minoradas, em alguma medida, se a reforma em tela tiver um escopo reduzido, por exemplo, versando apenas para serviços ligados à estruturação de projetos de infraestrutura – e não para a contratação de bens e serviços em geral.

que são entidades constituídas a partir de recursos públicos e privados e voltadas para o desenvolvimento de projetos de governo, apesar de operarem numa lógica empresarial. Enfim, os desafios enfrentados no Brasil atualmente não são inéditos e, por isso, a pesquisa sobre a forma como outros países enfrentam esses problemas certamente irá revelar ideias muito proveitosas⁶³³.

O segundo desafio está relacionado ao planejamento público: não apenas o dever de planejar, mas de levar a sério o planejamento realizado, mesmo que ele tenha sido feito sob a égide do governo anterior. Nesse sentido, uma medida importante seria a de conferir força jurídica para o planejamento já elaborado, limitando a autonomia dos agentes políticos de descumpri-lo. Poderiam, inclusive, ser pensados novos instrumentos, a exemplo das leis orçamentárias, mas especificamente voltados para o planejamento de longo prazo. Dar ampla autonomia ao grupo político a frente da máquina estatal para escolher o que deve ser feito, tal como ocorre hoje, não se tem revelado algo realmente produtivo. Os incentivos serão sempre os de maximizar o retorno no curto prazo em detrimento de políticas e projetos que venham a trazer benefícios consistentes no longo prazo.

O cenário ideal é pensar o planejamento público em horizontes de curto, médio e longo prazos, englobando ações, políticas públicas, objetivos - e projetos de infraestrutura - para os quais haja consenso político e, principalmente, técnico, acerca da sua necessidade.

Essa ideia vem a reboque da dissociação entre as políticas de governo e de Estado. Se existe consenso de que os projetos e metas estabelecidos no planejamento público são necessários, não deveria caber ao agente político “de plantão” a prerrogativa de dar o seu “toque pessoal”. Deixar decisões estratégicas de longo prazo para o varejo da política ordinária é quase sempre uma decisão ruim porque os incentivos dos governantes, em regra de curto prazo, podem não se compatibilizar com a promoção do interesse público relativo à disponibilização de infraestruturas essenciais. Além disso, para que o mercado possa se organizar (especialmente que tange a mobilização de capitais estrangeiros), deve haver constância e previsibilidade na ação pública.

Enfim, diante de tudo o que se disse, fica claro que as discussões sobre o PMI não são o final, mas sim o começo da história.

⁶³³ De fato, parece infactível acreditar que todos os entes públicos brasileiros, das três esferas federativas, disporão futuramente de capacidade técnica para o desenvolvimento de projetos complexos de infraestrutura. Na verdade, manter equipes com esse nível de sofisticação técnica tenderia a ser antieconômico considerando a intermitência na realização desses projetos.

6.6 Conclusão

O presente capítulo foi dividido em duas partes. Na primeira, cuidou-se do diagnóstico relativo ao modelo de PMI, conforme praticado no Brasil. Dentre as objeções mapeadas, foram abordados: (i) problemas estruturais (conflito de interesses, assimetria de informações e ineficiência no uso de recursos públicos e privados); (ii) problemas relativos aos resultados obtidos (baixo grau de efetividade do modelo, a pouca concorrência observada nas licitações e a tendência de que os certames sejam vencidos pelos autores dos estudos de viabilidade selecionados pelo Estado).

O segundo segmento do capítulo enfocou propostas para endereçar os óbices mapeados acima. Neste contexto, duas linhas de ação ficaram bastante claras.

A primeira consistiu em atacar frontalmente as objeções decorrentes do conflito de interesses, assimetria de informações e eficiência na aplicação de recursos. Para tanto, propuseram-se interpretações que possibilitassem juridicamente a mitigação ou eliminação destes problemas, dentre elas:

- a autorização de agentes de mercado não interessados em participar da licitação do projeto, isto é, consultores independentes (entendidos aqui como aqueles cujo interesse está na obtenção do ressarcimento e que não participarão direta e indiretamente da licitação);
- a restrição ao número de participantes no PMI, inclusive com a possibilidade de autorizado único;
- maior zelo por parte do Estado com a visibilidade de suas ações e divulgação do conteúdo dos estudos e informações essenciais sobre os PMIs já conduzidos.

Uma segunda linha de ação tratou da ideia de incrementar a atratividade do modelo de PMI para consultores independentes. Como este é o perfil desejado de participante (para tratar do conflito e assimetria), mostra-se necessário que o modo de proceder do poder público nos PMIs seja revisitado em alguns aspectos. Os mais relevantes deles estão:

- a precificação dos riscos incidentes no PMI na fixação do valor a ser ressarcido;
- a atualização monetária dos valores fixados a título de ressarcimento, de modo a tornar o autor dos estudos selecionados indene no caso de demora não razoável;

- o dever de o ente público usar o PMI de modo mais criterioso, alinhando o instrumento com o planejamento público pré-existente, de modo a sinalizar a efetiva intenção em realizar o empreendimento modelado.

Vale notar, entretanto, que mesmo o primeiro grupo de proposições já traz medidas que tornam o PMI mais interessante para o setor privado, como a limitação do número de participantes e o aumento do grau de transparência (que sinaliza a não existência de favorecimentos).

Portanto, o cerne das propostas está em conferir mais flexibilidade para que a Administração possa adaptar o desenho do PMI de modo a gerar respostas para as objeções apuradas na primeira parte do capítulo, mas sem desvirtuar o seu caráter de instrumento não contratual – o que poderia levantar questionamentos no que concerne à viabilidade jurídica das propostas ora trazidas.

CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido ao longo dos capítulos antecedentes tratou da aplicação do Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na preparação de projetos de concessão.

Conforme discutido em várias passagens da presente dissertação, a construção deste modelo foi motivada por diversos fatores, os quais convergem para a necessidade de instrumentos jurídicos mais flexíveis e de um processo decisório público mais permeável à experiência e capacidade técnica da iniciativa privada. Neste contexto, alega-se que a interação mantida entre o Estado e os agentes de mercado, no âmbito do PMI e das suas derivações procedimentais, pode ser proveitosa para o endereçamento de ambas as necessidades acima apontadas.

Todavia, a posição encampada no presente trabalho foi a de ceticismo e desconfiança em relação ao PMI. Não obstante a sua ampla difusão - que se revela na profusão de procedimentos lançados nas três esferas federativas e de trabalhos acadêmicos publicados - o PMI enseja objeções que não têm sido objeto de adequada reflexão, dentre elas o potencial conflito de interesses entre particulares e Estado.

Agora, portanto, é tempo de retomar os seis questionamentos articulados na introdução desta dissertação para apresentar, de modo resumido, as suas respostas.

(i) Quais são os desafios e complexidades técnicas compreendidos na estruturação de projetos de concessão no Brasil e de que forma esse tema se relaciona com o PMI?

1. O que se convencionou designar de “estruturação” ou “modelagem” de projetos de concessão corresponde à fase preparatória do certame (ou “fase interna”). Essa etapa envolve a execução de um conjunto de estudos e providências orientados para a correta delimitação do objeto contratual, sua precificação e a definição das principais obrigações das partes (inclusive dos riscos contratuais). Temporalmente, todos esses atos antecedem a abertura da fase externa da licitação cujo marco é a publicação do edital e seus anexos. Conforme destacado no capítulo I, no cenário ideal, é importante que os projetos a serem estruturados estejam alinhados com o prévio planejamento público.

2. Simplificadamente, os desafios enfrentados pela Administração Pública na fase de estruturação se revelam pelo menos de duas formas.

3. A primeira é a multiplicidade de tarefas e análises que caracterizam os diferentes blocos dos estudos de viabilidade que são necessários e prévios à elaboração dos documentos licitatórios (blocos que se convencionou designar de técnicos, econômico-financeiros e jurídicos). Existe ainda um fator pouco perceptível, mas de vital importância para o sucesso dessa etapa, que é o de garantir que estes estudos gerem sinergias na sua elaboração e que guardem sistematicidade entre si. A habilidade para garantir essa integração entre as diferentes facetas dos estudos integrados de viabilidade é um dado a mais, não se confundindo com a aptidão técnica para o desenvolvimento de cada bloco isoladamente.

4. A segunda complexidade se refere à governança entre os diferentes atores públicos e privados que são necessários para implementar a delegação do serviço ou infraestrutura. Conforme exposto, diversos entes de governo precisam opinar e se manifestar, havendo a necessidade de equalizar percepções e interesses frequentemente dissonantes. Da mesma forma, é preciso testar a recepção do mercado em relação ao projeto, ouvindo e entendendo riscos e outros fatores que afetam a atratividade do projeto modelado.

5. Para que as atividades compreendidas na fase de estruturação possam ser realizadas, a Administração dispõe de diferentes ferramentas jurídicas: (i) pode realizar internamente os estudos de viabilidade; (ii) pode contratar terceiros para auxiliá-la; (iii) pode se valer do PMI. Esses mecanismos possuem peculiaridades, riscos e vantagens específicas. A opção por um ou outro modelo deve levar em conta a realidade institucional, a capacitação técnica e os objetivos buscados pelo ente público na realização de cada projeto.

6. Independentemente do ferramental jurídico adotado, os agentes privados que colaboram na etapa de estruturação podem exercer grande influência em decisões cruciais para a concessão, obtendo também vantagens significativas nos processos licitatórios subsequentes. Em suma, a fase interna das licitações desses empreendimentos envolve informações altamente estratégicas, cujo acesso e manuseio por atores econômicos conflitados pode literalmente custar caro ao interesse público.

(ii) De que modo o risco de captura regulatória na fase de preparação dos contratos de concessão pode prejudicar o interesse público?

7. Existe uma conexão entre regulação pública e contratos de concessão. Sob a perspectiva estratégica, a regulação exercida via contratos de concessão é adequada para projetos de infraestrutura que atendam a determinado perfil, em geral caracterizado (i) pela maturidade tecnológica (ou seja, sem inovações contínuas que impactem nos custos e

qualidade dos serviços) e (ii) pela sua adequação a uma estrutura enxuta de custos regulatórios (na qual as autoridades reguladoras não precisam sistematizar e apurar informações de forma a realizar revisões tarifárias e obrigacionais periodicamente). Projetos inseridos em diversos setores econômicos (como transportes, saneamento e mobilidade urbana) podem ser encaixados neste perfil regulatório.

8. O contrato de concessão deve ser encarado como um instrumento de regulação, na medida em que concentra as principais regras que regerão a relação jurídica e econômica existente entre o Estado e o concessionário. Dentre as vantagens deste modelo estão a previsibilidade e estabilidade da regulação pública e a menor sofisticação na atuação dos agentes reguladores, que podem atuar a partir de estruturas relativamente simples, voltadas preponderantemente para o acompanhamento dos contratos celebrados (e não na revisão intermitente de regras contratuais e tarifas). Como dito, tais características impactam na redução de custos regulatórios, o que contribui para tornar esse modelo mais atrativo para entes públicos de menor arrecadação.

9. De forma semelhante ao que ocorre em outras estratégias regulatórias, a regulação operada por meio dos contratos de concessão também se sujeita ao risco de captura, a qual pode ocorrer antes e/ou após a celebração do contrato de concessão. Mesmo durante a fase de preparação do contrato existe a possibilidade de cooptação das autoridades reguladoras em função da ascendência técnica e informacional manejada por agentes privados que atuam dando suporte ao ente público na preparação dos estudos de viabilidade e na elaboração das minutas de edital e contrato. Conforme examinado no capítulo II, a cooptação que se processa na elaboração do contrato é bastante gravosa ao interesse público, entre outros motivos, por afetar a competição na licitação do projeto e por perenizar riscos e opções técnicas desvantajosas para o Estado-contratante. O risco de captura (em qualquer de suas formas) é potencializado no contexto de fragilidades técnicas e institucionais de grande parte dos entes públicos brasileiros.

(iii) O que a experiência do direito comparado tem a dizer a respeito de modelos de interação que utilizem a mesma lógica colaborativa do PMI?

10. Ao tratar da experiência do direito comparado, dois instrumentos foram abordados pela presente dissertação: (i) as propostas não solicitadas/PNS e (ii) o diálogo concorrencial/DC.

11. O estudo das PNS revelou diversos aspectos de identidade com o modelo de PMI (incorporado ao nosso sistema jurídico). Ambos preconizam a atuação privada na preparação de projetos, na qual estão englobados os riscos e ônus financeiros incidentes.

12. As PNS não são usadas da mesma forma nos diferentes ambientes institucionais em que são admitidas. Nesse sentido, num esforço de simplificação, optou-se por segregar a sua aplicação em dois cenários distintos: os *países em desenvolvimento* e os *países de referência*.

13. No contexto dos países em desenvolvimento, as PNS são usadas como um mecanismo para enfrentar as limitações técnicas e operativas do Estado na preparação de projetos de infraestrutura complexos. Além disso, esses países são marcados por outros fatores que reforçam o seu interesse pelas PNS, dentre eles as deficiências no planejamento público de longo prazo e as necessidades prementes de projetos estruturantes (isto é, projetos que sejam indutores de desenvolvimento econômico e social). Neste cenário generalizado de precariedade, os governos são mais facilmente seduzidos pelas promessas de celeridade, flexibilidade e inovação - características em geral atribuídas às PNS, embora não comprovadas na prática.

14. Os países de referência possuem uma abordagem diferente para as PNS. Valem-se do modelo como um instrumento residual, em regra vinculado a aspectos de inovação tecnológica. Nestes Estados, as instituições públicas são dotadas de maior capacidade técnica e atribuem maior importância para o planejamento estatal - fatores que reduzem substancialmente a atratividade das alegadas vantagens relacionadas às PNS.

15. Nos dois cenários institucionais descritos no capítulo III (países de referência e em desenvolvimento), a regra é que o desenvolvimento das PNS não conta com uma pluralidade de particulares, atuando concomitantemente e concorrencialmente na preparação dos projetos. As PNS são conduzidas por um único particular, que interage com o Estado individualmente.

16. Além do ressarcimento dos valores aplicados pelo proponente original na elaboração dos estudos (realizada pelo adjudicatário do contrato), os ordenamentos estrangeiros preveem, em regra, vantagens formais que beneficiam o autor dos estudos de viabilidade na participação na licitação subsequente, como bonificações, acesso à fase final do certame e a possibilidade de igualar a proposta concorrente mais bem classificada. Um aspecto bastante difundido é a previsão do ressarcimento do valor dos estudos para os proponentes originais que tenham realizado a modelagem do projeto (no caso de não serem os vencedores do certame).

17. De modo semelhante ao verificado no Brasil, as PNS também ensejam objeções relativas à transparência e à isonomia concorrencial. No mesmo sentido, estudos conduzidos

sobre o tema com o apoio do Banco Mundial, a partir de dados relativos ao uso das PNS em vários países, contribuíram para a nossa percepção de que mesmo no cenário internacional esse instrumento enseja baixa efetividade (relação entre projetos contratados e projetos propostos) e baixa competição nos processos licitatórios manejados para a adjudicação dos empreendimentos modelados.

18. Da mesma forma, a análise do modelo de diálogo competitivo também permitiu pinçar informações úteis para as discussões sobre o aperfeiçoamento dos mecanismos operados no Brasil. O diálogo competitivo pode ser aplicado para a contratação de diversas tipologias de bens e serviços complexos, mas o enfoque conferido no capítulo III esteve no desenvolvimento de contratos que adotassem estrutura econômica semelhante às concessões.

19. O principal mote deste procedimento é o componente dialogal. A interação entre o Estado contratante e os concorrentes, que ocorre de forma transparente durante sucessivas etapas do processo de contratação, enseja aspectos bastante positivos, tais como: *(i)* a geração de mais clareza quanto ao objeto (bem ou serviço) a ser contratado (principalmente num contexto de multiplicidade de opções técnicas disponíveis); *(ii)* o alinhamento de expectativas e a eliminação de falhas de comunicação entre as partes quanto aos objetivos e desejos a serem obtidos com a contratação; *(iii)* a geração de maior tensão competitiva entre os concorrentes (devido aos sucessivos estágios de diálogo e a possibilidade de refinamento e revisão de propostas).

20. Portanto, a comunicação entre o poder público e os concorrentes foi incorporada, de modo bem sucedido por este modelo (e outros desenvolvidos na sua esteira) como um componente endógeno ao processo de contratação.

21. Também é digna de destaque a possibilidade de que a seleção do contratado atente não apenas para características pessoais do concorrente (como sua experiência pretérita e condição técnica), mas para fatores relacionados ao produto ou serviço proposto pelo concorrente. Neste caso, é particularmente interessante a possibilidade de conciliar, na avaliação das propostas apresentadas, fatores financeiros e técnicos – podendo-se se conferir mais peso para o último.

22. O diálogo competitivo também enseja objeções, que se aproximam em grande medida daquelas atribuídas às PNS. Dentre elas, aponta-se o risco decorrente da junção, numa mesma equação, do conflito de interesses e interação Estado-concorrentes. Porém, as fontes de pesquisa consultadas deram considerável destaque, como aspecto negativo, para o consumo elevado de recursos públicos e privados no desenrolar do procedimento, o qual pode

se alongar por muito tempo – fator que se busca mitigar com a limitação do número de concorrentes em cada procedimento.

(iv) *Quais são as principais características materiais e procedimentais do PMI no direito positivo brasileiro?*

23. Embora haja grande diversidade na forma como os entes federativos brasileiros conduzem os seus PMIs, é possível descrever um eixo central composto por algumas características mais comuns, descritas a seguir.

24. O PMI é concebido a partir da figura “autorização”, a partir da qual se estabelece uma relação jurídica de caráter precário.

25. O PMI é um instrumento de caráter *concorrencial*. A fórmula usualmente adotada admite a participação de múltiplos autorizados, sendo que a seleção dos estudos se processa ao final do procedimento, com base numa avaliação e comparação entre os insumos efetivamente entregues pelos autorizados. Nada impede, contudo, que partes de diferentes estudos sejam usados, havendo ressarcimento proporcional aos seus respectivos autores.

26. Não há dispêndio direto de recursos públicos. Cabe ao vencedor do certame concessório o dever de efetuar o ressarcimento dos valores despendidos pelo autor dos estudos que tiverem sido selecionados e usados na elaboração dos documentos da licitação. Os valores a serem ressarcidos são previamente fixados pela autoridade pública a frente do PMI, quando da emissão de cada autorização.

27. É permitido aos autorizados, inclusive ao autor dos estudos selecionados, participar da licitação que tenha por objeto o contrato de concessão modelado no âmbito do PMI.

28. Não existem vantagens formais para o autor dos estudos selecionados, como um direito de preferência ou bonificações na licitação. Há apenas o direito de ser ressarcido – o que ocorre apenas na hipótese de não ser ele mesmo o vencedor da licitação.

29. A partir da exposição das principais características do PMI, que tomaram como referência o exame da legislação brasileira (especialmente a regulamentação editada pela União), pode-se concluir que os particulares que participam deste procedimento assumem voluntariamente um elevado risco de não reaverem os recursos por eles aplicados na estruturação do projeto.

(v) *Qual é a natureza da relação público-privada estabelecida no PMI?*

30. O PMI, tal como adiantado pela sua nomenclatura, é um *processo*. Trata-se de um encadeamento de atos, funcionalmente orientados para a preparação de um projeto de infraestrutura.

31. A autorização, conforme adotada no art. 21 da lei geral de concessões e nos seus regulamentos consubstancia um uso *sui generis* do termo. O emprego que se fez dessa figura jurídica não se encaixa bem nos usos e características tradicionais a ela associados. Contudo, pode-se identificar que as principais funções da autorização no PMI são: (i) servir de título jurídico que formaliza e dá publicidade para o envolvimento entre Estado e particulares; (ii) registrar as condições essenciais dessa colaboração - possibilitando, assim, o gerenciamento de todo o processo pela Administração e; (iii) gerar a expectativa de direito de ressarcimento, caso o projeto seja ao final licitado com sucesso.

32. A *relação jurídica* estabelecida entre particulares e Estado *não é contratual*. Trata-se de uma colaboração (assim como os contratos administrativos não deixam de ser), mas é estabelecida em bases não vinculantes. Essa relação é pautada por características que foram atribuídas pelo decreto à autorização, em especial a *precariedade*. As partes podem extinguir a relação a qualquer momento, não advindo daí direitos subjetivos quer para a Administração, quer para os autorizados. Nesse sentido, é equivocado estender ao PMI (e, por consequência, ao relacionamento nele subjacente) as regras e interpretações praticadas para as licitações e contratos administrativos.

(vi) *Quais são os riscos e as objeções relativas ao PMI e como é possível mitigá-los?*

33. A partir da análise de dados empíricos, é possível identificar as principais objeções existentes em relação ao PMI, as quais foram expostas e analisadas no capítulo VI, quais sejam: (i) conflito de interesses; (ii) informação assimétrica; (iii) ineficiência no uso de recursos públicos e privados; (iv) baixo grau de efetividade do modelo e; (v) pouca competição nas licitações (o que inclui a tendência de que os certames sejam vencidos pelos autores dos estudos de viabilidade selecionados pelo Estado).

34. Os riscos e objeções acima apontados podem ser endereçados a partir de algumas propostas. A premissa subjacente a tais medidas é a de que a Administração, nas três esferas federativas, pode adaptar o PMI a partir da base regulamentar já existente, sem corromper o seu caráter não contratual. Esse cuidado com a natureza não contratual do instrumento é essencial para evitar questionamentos relativos à viabilidade jurídica das propostas aduzidas a seguir.

35. A primeira proposta é a possibilidade de condução dos PMIs (a critério da Administração) apenas com agentes privados não interessados em participar da licitação do projeto (o seu interesse estará na obtenção do ressarcimento). A neutralidade desses agentes poderia ser entendida como um critério razoável (não arbitrário) para preencher o juízo de discricionariedade do gestor público a respeito de quem pode participar do procedimento.

36. A segunda proposta se refere ao estabelecimento de regras de ressarcimento mais claras e mais atrativas para a participação de agentes privados neutros. Uma das sugestões é a possibilidade de precificação dos riscos incidentes no PMI (p.ex. riscos de interrupção do procedimento, de licitação deserta) para efeito de fixação do valor a ser ressarcido. Além disso, sustenta-se ser possível prever a atualização monetária dos valores fixados a título de ressarcimento, para períodos superiores a um ano, de modo a tornar o autor dos estudos selecionados indene no caso de demora não razoável do procedimento.

37. A terceira proposta é a restrição do número de participantes no PMI, inclusive com a possibilidade de um único autorizado, de modo a evitar a alocação ineficiente de recursos privados e públicos.

38. A quarta proposta é a maximização da transparência sobre os PMIs. Esse conjunto de propostas abrange o estabelecimento de deveres para a Administração relacionados à divulgação do conteúdo dos estudos e informações essenciais sobre os PMIs já conduzidos. Estes dados devem ser apresentados de forma sistematizada, clara e integralmente acessíveis na internet.

39. A quinta proposta trata do dever de promover o alinhamento entre PMIs e políticas públicas previamente definidas, de acordo com instrumentos de planejamento público pré-existentes. A ideia por trás desta sugestão é a de reforçar a intensão em realizar o empreendimento modelado.

A parte final do capítulo VI traz uma constatação importante: corrigir as distorções do PMI não é o passo definitivo para a criação de uma institucionalidade favorável ao desenvolvimento de empreendimentos de interesse público. Com base em todas as informações e pontos de vista apresentados no desenvolvimento desta dissertação, pode-se afirmar que o PMI, na verdade, é o subproduto de uma legislação de licitações e contratos administrativos que não tem alcançado de modo eficiente os fins a que se destina.

As limitações internas dos entes públicos (relativas à sua capacidade técnica) e a estrutura de incentivos políticos de curto prazo fazem com que o PMI seja erroneamente visto como uma tábua de salvação, ignorando-se os riscos que lhe são inerentes.

Estabelecer regras de licitação mais eficientes, aperfeiçoar o planejamento público e a capacidade institucional e técnica dos entes administrativos são metas importantes e que devem começar a ser levadas a sério o quanto antes. Essas medidas são muito mais relevantes para o desenvolvimento de um modelo jurídico e institucional que funcione bem do que a reforma e reinterpretação das regras do PMI - que ao cabo, apenas propõem incorporar ao instrumento alguns dos aspectos positivos já existentes na regulação das licitações e contratos públicos.

Mas isso é tema para outro trabalho.

REFERÊNCIAS

AFRICA STRATEGIC INFRASTRUCUTURE INITIATIVE. *A Principled Approach to Infrastructure Project Preparation facilities*. World Economic Forum, 2015. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_African_Strategic_Infrastructure_Initiative_2015_IPPF_report.pdf. Acesso em 26 jun 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, set/dez. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. Regime Jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação de infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 157-177.

ARROWSMITH, Sue. EC Regime on Public Procurement. In.: THAI, Khi V. (Editor); *International Handbook of Public Procurement*. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2009, p. 251-291.

ARAÚJO, Thiago. Aprendendo a pedir: contribuições da Análise Econômica do Direito no desenho de Procedimentos de Manifestação de Interesse prévios a PPPs mais eficientes. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, aguardando publicação. Mimeografado, 2015

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELEM, 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.

BELSITO, Bruno Gazzaneo; VIANA, Felipe Benedito. O limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida em contratos de parceria-público-privada. **Revista do BNDES**, n. 39, p. 123-160, Rio de Janeiro: BNDES, 2012.

BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.23, p. 141-157, jul./set. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOVIS, Christopher. *Public Procurement in the European Union*. New York: Palgrave MacMillan, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Estruturação de Projetos no Brasil e PMIs*. BNDES. Mimeografado, 2015.

_____. *Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Experiência Internacional e Lições para o Brasil*. BNDES. Mimeografado, 2015.

_____. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 41, 257-287, jun. 2014.

CARVALHO, André Castro. A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura: um estudo sobre as MIPs e os PMIs no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 9-23, jul./set. 2014.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *A eficiência econômica das Parcerias Público-Privadas e do financiamento de projetos (Project finance) como mecanismo para o desenvolvimento de infraestrutura estatal*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n.3, jan./jun.2013.

CINTRA, Marina; PIRES Ariovaldo. Algumas considerações sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.albino.com.br/publicacoes/artigos1/>>. Acesso em 20 fev 2015.

COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford. Oxford University Press, 1999.

CONSELHO GESTOR DO PROGRAMA ESTADUAL DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. *Manual de parcerias público-privadas – PPPs*. Disponível em:<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/167695/DLFE-32801.pdf/manual_PPP.pdf > . Acesso em 19 jan 2015.

COOTER, ROBERT. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme jardim (Org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura*. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRA, André Luiz (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 23-33.

_____; PARLATORE, Antônio Carlos. Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 193-206, jan./jun. 2014.

DE FARIAS, Sara Jane Leite. *Regulação Jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Governança Pública nas Parcerias Público-Privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113-142.

DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE - STATE OF VICTORIA. *Unsolicited proposal Guideline*. February, 2014. Melbourne Victoria. Disponível em: <http://dtf.simple.seamlesscms.com/Publications/Infrastructure-Delivery-publications/Unsolicited-proposal-guidelines/Unsolicited-Proposal-Guideline>. Acesso em 15 jun 2015.

ENCINAS, Javier. *Partnerships UK*. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/budgeting/42345044.pdf>. Acesso em 19 jun 2015.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE – EPEC. *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe*. A review of public sector practices across the EU, p.11 Disponível para download em: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf>, acesso em 26 jun 2015.

_____. United Kingdom - England. *PPP Units and Related Institutional Framework*. Junho de 2012. Disponível em http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_uk_england_public_en.pdf. Acesso em 19 jun 2015.

FERNANDES, J. U. Jacoby. Credenciamento: uma solução para vários problemas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 87, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56959>>. Acesso em 01 jul 2015.

FREITAS, Rafael Vêras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n.33, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72136>. Acesso em: 24/06/2014, às 17h.

FRISCHTAK, Cláudio; DAVIES, Katharina. *O investimento privado em infraestrutura e seu financiamento*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FRISCHTAK, Cláudio (org.). *Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 39-64.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014.

_____. 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.

_____.; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254 maio/ago. 2012.

GOMES, Denis Dela Vedova. *Estruturação de Projetos de Parcerias Público Privadas*. In: SENNES, Ricardo [et al.] (Coord.). *Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, p. 157-181.

GOMEZ-IBANEZ, J. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. A regulação do mercado de contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n.3, p. 201-208, mar./ago. 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. *O Procedimento de Manifestação de Interesse*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. *Parcerias Público Privadas. Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004 (coord.)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 153-176.

GUIMARÃES NETO Mário Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada*. Brasília, 2010. III Congresso Consad de Gestão Pública. 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 20.02.2015, às 8h30.

HM TREASURY; OFFICE OF GOVERNMENT COMMERCE. *Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT joint Guidance on using the procedure*. Disponível em: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110405225302/http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_HMT_2008_Guidance_on_Competitive_Dialogue.pdf, acesso em 26/06/2015, às 18h57.

How to engage with the Private Sector in Public-private partnerships in Emerging Markets. Disponível em: <https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/How-to-engage-with-private-sector-Clemencia-Farquharso-Yecome-Encinas.pdf>. Acesso em 24 jun 2015.

HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: how Some Countries Introduce Competition and Transparency*. **PPIAF Working Paper No. 1** (2007).

JOLLS, Christine. *Behavioral Law and Economics*. (2006). **Yale Law School, Public Law Working Paper No. 130**; Yale Law & Economics Research Paper No. 342. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=959177>; acesso em 20 jun 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. London, The MIT Press, 1999

LA PORTA, Rafael and LOPEZ DE SILANES, Florencio and SHLEIFER, Andrei. *The Economic Consequences of Legal Origins*. Journal of Economic Literature, Forthcoming. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1028081>, Acesso em 01 jun 2015.

LOHBAUER, Rosane Menezes; BARATA, Rodrigo; DOS SANTOS, Victor Beraldo. *Decreto regulamenta diálogo público-privado antes de licitações*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-06/decreto-regulamenta-dialogo-publico-privado-antes-licitacoes>. Acesso em 08 de maio de 2015.

LOUREIRO, Caio de Souza. Apontamentos sobre a licitação para contratação e parcerias público-privadas. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n.3, p. 9-46, mar/ago 2013.

MACKAAY, Ejan. *The History of Law and Economics vol. I* (Bouckaert and de Gheest, eds.) 65 (2000). Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em 26 jun 2015.

MAJONE, Giandomenico. As Transformações do Estado Regulador. (Trad. Tatiana Mesquita). **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*. In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 353-425

_____; As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-FLORIANO%20AZEVEDO.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

_____; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *MIP/PMI - A Parceria na Relação Público-Privada*. In: *Novos rumos para a infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento / Ricardo Sennes...[et al.]*. São Paulo: Lex Editora, 2014, p. 183-201.

MEDAUAR, Odete. *Público-privado*. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. *Parcerias Público Privadas. Reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004 (coord.)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 43-48.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.74, n.592, p. 12-14, 02/1985.

MELLO, Oswaldo Antônio Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTEIRO, Vera. Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes, BNDES, 2015. Mimeografado.

_____. Contratação de Serviço de Consultoria. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA, Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho (Org.). *Parcerias Público-Privadas. Experiências, Desafios e Propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 387-391.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockman. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

_____. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56979>>. Acesso em: 10 jul 2015.

_____. *Autorizações e contratos de serviços públicos*. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69228>, Acesso em 10 out 2014.

_____. Licitação Pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. **Revista dos Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte**, ano 2, n.2, p. 61-74, set. 2012/dez.2013.

_____. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

MORON URBINA, Juan Carlos; *La Generación Por Iniciativa Privada De Proyectos Públicos De Inversión: La nueva colaboración público-privada y el interés público; Derecho y Sociedad* N° 24, Lima. Disponível em <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/08/13/la-generacion-por-iniciativa-privada-de-proyectos-publicos-de-inversion-la-nueva-colaboracion-publico-privada-y-el-interes-publico/>. Acesso em 25 maio 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Delimitação conceitual e finalidade do instituto do credenciamento. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte — RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, jan/jun 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62381>>. Acesso em 01 de jul 2015.

NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), Negotiauction e o Orçamento Sigiloso. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 27-45, jul./set 2013.

_____. *Parcerias Público-Privadas: licitação, LRF e restrições fiscais*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE, Belo Horizonte, ano 2, n.2, p. 71-91, set. 2012/fev. 2013.

_____. *Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-maio-2010-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em: 06 jun 2015.

OCDE. *PPP Governance In Indonesia: Policy, process and structure (draft for discussion)*. 5th Annual Meeting of Senior Public Private Partnerships Officials, 2012

OGUS, Anthony. *Costs and cautionary Tales. Economic Insights for the Law*. Portland: Hart Publishing, 2006.

_____. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004.

OLIVEIRA, Anderson Márcio de; MEDEIROS, Rafael Randerson Corrêa de. *Proposta de regulamentação do art. 21 da lei 8987/95*, BNDES, Mimeografado, 2015.

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?* Observatório das Parcerias Público-Privadas. 2011. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>. Acesso em 19 fev 2015.

_____. *PMI e insegurança jurídica*. PPP Brasil, 2013. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pmi-e-inseguran%C3%A7-jur%C3%ADica>. Acesso em: 21 fev 2015, às 8h30.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil, v. III: contratos*. 11. ed., São Paulo: Forense, 2004.

PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2ª ed. Atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro, Forense, 2002

PINTO, Marcos Barbosa. A Função Econômica das PPP's. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n.º 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15 nov 2014.

PPP EXPERTISE CENTRE - EPEC. *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe*. A review of public sector practices across the EU, p. 19 e ss. Disponível para download em: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf> Acesso em 26 jun 2015.

POSNER, Richard A., *Theories of Economic Regulation (May 1974)*. NBER Working Paper No. w0041. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=259352>, Acesso em 26 jun 2015.

PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 45-78.

PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY (PPIAF) Note 4 – Developing a Public-Private Partnership Framework: Policies and PPP Units. The World Bank, May 2012, p.3. Disponível em <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-Four-Developing-a-PPP-Framework.pdf>; Acesso em 26 jun 2015.

RADAR PPP. Guia prático para a estruturação de programas e projetos de PPP. Disponível em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/guia-pr%C3%A1tico-para-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-programas-e-projetos-de-ppp>. Acesso em 26 jun 2015.

_____. *O Mercado de PPP: Sumário Executivo – 1º Sem. 2015*, p.5. Disponível em <https://www.radarppp.com/noticias/publicacoes/radar-ppp-fornece-relatorio-de-inteligencia-para-os-executivos-mais-relevantes-do-mercado-de-ppp/>. Acesso em 27 de abril de 2015, às 12h06.

_____. *Panorama das PPPs no Brasil - Situação de mercado* (apresentação realizada no International meeting Infrastructure and PPPs). Disponível em: <http://infraestruturaeppps.com.br/pdfs/1-2804-900-bruno.pdf>. Acesso em 22 maio 2015.

REIS, Tarcila; e JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 207-233.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

_____. *Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal*. Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro>. Acesso em 11.10.2014, às 16h25

_____. *Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos*. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-precisa-mudar-no-pil-final-publicado-em>. Acesso em 24 jun 2015.

_____. *O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPP (Mas os nossos juristas ainda não sabem)?* Disponível em <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro>. Acesso em 11 out 2014.

_____; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: SBDP, 2007.

_____; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Bruno. *EPE, Eletrobras e a Estruturação de Projetos no Setor Elétrico*. Maio de 2015. Disponível em <http://www.infra-economics.com/paginas/notas-tecnicas>. Acesso em 27 jun 2015.

ROSILHO, André Janjácómo. As licitações segundo a lei n. 8.666: *um jogo de dados viciados*. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

SAADI, Mário. O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse: fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 133-153, jan./jun. 2014.

_____. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. 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. São Paulo, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em 10 ago 2014.

SAUTER, Wolf; SCHEPEL, Harm. *State and Market in European Union Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

_____. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallabach. *Parcerias Público Privadas. Reflexões sobre*

os 10 anos da lei 11.079/2004 (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 73-95.

_____. *Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade?* In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 142-169

SCHWARTZ, Alan. *Contract Theory and Theories of Contract Regulation* (2000). *Faculty Scholarship Series*. Paper 313. Disponível em : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/313. Acesso em 28 out 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme F. Dias. O Decreto 8.428 e a nova regulamentação do procedimento de manifestação de interesse (PMI) no âmbito federal. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI219690,11049-O+decreto+842815+e+a+nova+regulamentacao+do+procedimento+de>. Acesso em 30 jun 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

_____. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

_____. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito Administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STERN, Jon. *Regulation and Contracts: Substitutes or Complements? Lessons from UK Historical Experience*, *Journal of Policy Reform*, Vol. 6, No 4, December 2003.

_____. *Relationship between Regulation and Contract in Infrastructure Industries*. Department of Economics Discussion Paper Series CCRP Working Paper no: 14/2009. Disponível em: http://www.city.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0014/81032/stern_relationship_between_regulation_and_contract.pdf. Acesso em 10 out 2014.

STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*). *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v.2, n.1, p. 3-21, 1971.

STIGLITZ, Joseph E. *Some Theoretical Aspects of the Privatization: Applications to Eastern Europe* (September 1992). NBER Working Paper No. R1749, p. 198. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=241425>, acesso em 27 jun 2015.

_____. *Regulation and Failures. New perspectives on regulation*. D. Moss y J. Cisternino, eds., Cambridge, The Tobin Project, 2009. Disponível em: http://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/New_Perspectives_Ch1_Stiglitz.pdf, acesso em 15 mar 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

_____. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: Guerra, Sergio (ord.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 97-128.

_____. ROSILHO, André Janjácomo. *Onde está o princípio universal da licitação?* In: SUNDFELD; Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 19-38.

SUNSTEIN, Cass R., *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism* (November 29, 2012). Yale Law Journal, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2182619> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2182619>. Acesso em 26 jun 2015.

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. Coimbra: Coimbra Ed. 2010. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 523-573.

UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. United Nations: New York, 2001. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>, acesso em 25 fev 2015.

VERMA, Sandeep. *Competitive Award of Unsolicited Infrastructure Proposals: A Recent Supreme Court Verdict Unveils Fresh Opportunities for Procurement Reform in India*. Occasional Paper No. 17. H.C.M. Rajasthan State Institute of Public Administration Jaipur: 2009, Rajasthan. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1464685> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1464685>, acesso em 02/02/2015, às 7h.

VETRITTI FILHO, Fábio Vicente. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e planejamento urbanístico: algumas considerações*. **Revista dos Tribunais São Paulo: RTSP**, v. 2, n. 5-6, p. 27-45, mar.-abr./ maio-jun. 2014.

VIEIRA, Heldo Matos Monteiro. *O procedimento de manifestação de interesse como ferramenta para a estruturação de parcerias público-privada*. BNDES - Textos para discussão n. 110. Março, 2015.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. *Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) 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.

WORLD BANK. *Guidelines: Selection and Employment of Consultants*. Washington, 2011. Disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266~isCURL:Y,00.html>, acesso em 24 mai 2015.

WORLD BANK. *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014.