

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

MARCOS LEITE GARCIA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E175

Esfera pública, legitimidade e controle [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi
Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-107-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Esfera pública. 3.
Legitimidade. 4. Controle. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O grupo de trabalho Esfera Pública, Legitimidade e Controle tem como norte as questões relacionadas com a legitimidade e o controle da atuação estatal, tendo em vista não apenas as exigências de ordem formal, próprias do Direito Administrativo do Estado Liberal, mas, especialmente, as exigências relacionadas com o (melhor) conteúdo da ação estatal.

Assim, além de abordar temas relacionados com modelos mais contemporâneos de ação do Poder Público (parcerias público-privadas, concessões especiais, parcerias voluntárias e orçamento participativo, especialmente), os trabalhos enfocam o modo de atuação estatal, não mais embasado no modelo unilateral (ato administrativo), mas em mecanismos que enfatizam a bilateralidade e o consenso entre Administração Pública e administrado.

Dáí o exame de questões relacionadas com a segurança jurídica, a convalidação de atos administrativos, a arbitragem, os acordos de leniência e outros mecanismos extrajudiciais para resolução de eventuais litígios, bem ainda com a manifestação de interesse em relação aos procedimentos licitatórios.

Todos esses temas consideram, precipuamente, a legitimidade da atuação estatal, não apenas como a procura por uma maior eficiência técnica e econômica, mas igualmente como forma de preservação e fomento da participação dos administrados, a quem se dirige, em última instância, o próprio agir estatal.

Os trabalhos apresentados, por outro lado, não perdem de vista a preocupação com o controle da atuação estatal. Contudo, não se tem como ponto central dessa preocupação a legalidade meramente formal, que em muitos casos se revela como legalidade estéril (ou legalidade pela legalidade). Em realidade, eles se voltam para o controle do conteúdo e da qualidade da ação estatal, perpassando sobre variados temas, como a definição de coeficientes de resultados nos contratos de parceria público-privada, a boa governança e o controle de gastos públicos, controle jurisdicional da atuação administrativa (contraditório tridimensional, princípio da juridicidade, prescrição intercorrente, princípio da proporcionalidade) e atuação de órgãos administrativos de controle do sistema financeiro nacional.

Noutra toada, o grupo de trabalho ainda contou com estudos de conteúdo mais teórico, que investigam os fundamentos jus-filosóficos da atuação estatal contemporânea, fazendo a conexão com lições vindas da Filosofia e da Política, com apoio em variados marcos teóricos.

Ao leitor, então, fica o convite para a atenta leitura dos trabalhos, cujo amplo espectro teórico e prático oferece um interessante panorama das preocupações mais atuais sobre a legitimidade e o controle da esfera pública estatal.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

**DE ADVERSÁRIOS A PARCEIROS: O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO
DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO NO
TRADICIONALMENTE INÓSPITO CENÁRIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

**FROM RIVALRY TO PARTNERS: THE EXPRESSION OF INTEREST PROCESS AS
AN INSTRUMENT OF COOPERATION AT THE TRADITIONALLY UNINVITING
PUBLIC BIDDINGS SCENARIO**

**Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva
Mariana Bueno Resende**

Resumo

O procedimento de manifestação de interesse (PMI) é o instrumento utilizado pela administração pública brasileira que permite a interação com o setor privado na fase de planejamento das concessões tradicionais de serviços públicos e parcerias público-privadas, por meio da apresentação ao Estado de estudos, investigações, levantamentos e projetos, que poderão embasar futura licitação. Não é novidade que, no Estado Democrático de Direito, o direito administrativo tem se reconstruído e se adaptado às realidades sociais, buscando, cada vez mais, efetivar uma democracia substantiva com a adoção de formas consensuais de atuação, utilizando instrumentos que permitem a participação privada na atividade estatal. Nesse cenário, o procedimento de manifestação de interesse constitui importante instrumento de institucionalização do diálogo entre o setor público e privado na fase prévia à licitação, contribuindo para conferir transparência, segurança jurídica e legitimidade às ações estatais. No entanto, em que pese as inúmeras vantagens da participação privada na atividade administrativa, a interação público-privada não está infensa a críticas. A utilização do procedimento de manifestação de interesse pode acarretar alguns problemas que precisam ser percebidos e evitados para garantir sua consonância com a realização do interesse público. O presente estudo intentou apresentar as principais características do procedimento de manifestação de interesse, tratar da sua utilização no direito estrangeiro, buscando a adequação das melhores práticas percebidas ao ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, analisar criticamente sua previsão no novo Decreto Federal 8.428, de 2 de abril de 2015.

Palavras-chave: Administração consensual, Procedimento de manifestação de interesse, Manifestação de interesse da iniciativa privada

Abstract/Resumen/Résumé

The procedure called expression of interest process is an instrument used by the Brazilian public administration which allows for interaction with the private sector during the planning phase of traditional concessions of public services and public-private-partnerships through presentation of studies, research, surveys and projects that could form the basis for future Governmental tenders. It is not a novelty that in the Democratic State of Law administrative law has reconstructed and adapted itself to social realities, trying to establish more and more

a substantive democracy through adopting consensual forms of action using instruments that allow for peoples participation in government activity. Given this background, the procedure of expressions of interest forms an important instrument of institutionalizing the dialogue between the public and private sector in the fase preceding a tender, providing transparency, legal certainty and legitimacy to State actions. However, despite numerous advantages of private sector participation in administrative actions, the public-private interaction is not impervious to criticism. The use of the expression of interest procedure can result in certain problems which need to be perceived and avoided in order to ensure its contribution to the realization of the public interest. Therefore, this study sought to present the main features of the expression of interest procedure, dealing with its use on foreign law, in order to adjust the best practices perceived in the Brazilian legal system and, finally, to analyze critically its forecast in the new Federal Decree 8428, of April 2, 2015 .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consensual administration, Expression of interest process, Unsolicited proposals

1. Introdução

As mudanças ocorridas na sociedade durante o século passado acarretaram alterações na forma de atuação estatal, com a conseqüente necessidade de adequação do direito administrativo às novas realidades, sobretudo de redução da dicotomia entre os setores público e privado e a valorização do indivíduo e dos seus direitos fundamentais¹.

O Estado Democrático de Direito², paradigma no qual se insere o Estado brasileiro contemporâneo, deve prestigiar a efetiva participação popular na elaboração e execução das normas jurídicas, uma vez que apenas “há democracia quando o cidadão abandona o posto de mero expectador das ações, para assumir a condição de auxiliar na construção das decisões político-administrativas, sobretudo aquelas que afetarão seus interesses” (FORTINI, 2015).

Nesse cenário, observa-se a abertura da atuação unilateral da administração à atuação consensual, na qual “o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica” (OLIVEIRA, 2015) com a crescente contribuição privada nas atividades de determinação e execução do interesse coletivo.

A participação dos cidadãos nos processos decisórios, além de poder contribuir para a melhoria na qualidade das decisões administrativas que levam em consideração as diversas possibilidades de resolução de determinado problema, contribui para conferir legitimidade à atuação estatal, na medida em que torna as decisões mais facilmente aceitas pelos seus destinatários (SILVA, V., 2003, p. 402).

¹ Leciona Luciano Ferraz que o direito administrativo atual tem como características principais: “a) o Direito por princípios, em substituição ao Direito por regras; b) o abandono da tese de vinculação positiva e estrita à lei diante da afirmação de uma vinculação da atividade administrativa ao Direito; c) a democratização do exercício da atividade administrativa mediante participação dos indivíduos e da sociedade no processo decisório e no controle (social) das atividades administrativas; d) o deslocamento do eixo central da disciplina jusadministrativista do ato administrativo isoladamente considerado para o procedimento e as relações jurídicas subjacentes e a gestão pública; e) a mitigação do exercício unilateral e autoritário do poder, que resta parcialmente substituído pela busca do consenso e pela solução pacífica das controvérsias.” (2008, p. 209-217).

² Acerca do paradigma do Estado Democrático de Direito, Maria Tereza Fonseca Dias assevera que “O Estado Democrático de Direito, paradigma de Estado consagrado pela Constituição Federal de 1988, é entendido por muitos autores como uma síntese dialética dos momentos anteriores da evolução dos paradigmas de Estado. Trata-se de um conceito novo, apesar de colacionar preceitos do Estado de Direito e do Estado Social de Direito. No Estado Democrático de Direito é o princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas. Há, portanto, a presença do elemento popular na formação da vontade estatal e na composição da esfera pública” (2002, p.49 - 69).

Isso, porque, ainda que o particular não concorde com os rumos tomados pela administração pública, a participação efetiva exige que o Estado analise as informações apresentadas e dialogue com os cidadãos³, informando os motivos das escolhas adotadas e sua adequação ao interesse coletivo.

A participação privada nas decisões estatais, mesmo que não seja imune a críticas em razão dos desvios observados na prática⁴, tem como “efeito colateral mais notável” a transparência da atuação administrativa, fazendo com que se coloque “às claras o que sem ela seria feito em gabinetes, a ‘portas fechadas’” (MELO, 2014, p. 45-46).

Dessa forma, o procedimento de manifestação de interesse (PMI) e a manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP) surgem nesse momento de transformação da atuação estatal como instrumentos aptos a possibilitar a cooperação entre o setor público e o privado na fase de planejamento da licitação, trazendo eficiência e legitimidade à decisão administrativa, por meio da apresentação de estudos, investigações, levantamentos e projetos para subsidiar a modelagem da futura contratação.

Diante da crescente utilização dos instrumentos na prática administrativa brasileira, o presente estudo pretende apresentar suas principais características, tratar da sua utilização no direito estrangeiro, buscando a adequação das melhores práticas percebidas ao ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, analisar criticamente sua previsão no novo Decreto Federal 8.428, de 2 de abril de 2015.

2. Procedimento de Manifestação de Interesse e Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)

O procedimento de manifestação de interesse⁵ surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não de forma nominal, na lei que contém as normas gerais sobre

³Ressalta-se que a efetividade do diálogo exigido por meio da participação privada na atividade administrativa depende, fundamentalmente, que a administração ouça seu interlocutor, compreenda sua maneira de perceber a realidade, moldando as suas preocupações e projetando suas esperanças e objetivos. Sem essa abertura para ouvir o outro, o diálogo será apenas aparente (MUÑOZ, 2012).

⁴ Nesse sentido, Odete Medauar aponta a possibilidade de que a administração manipule os participantes; a apropriação das decisões administrativas por forças sociais, organizadas ou não, que se mostram predominantes na participação; o emperramento da máquina administrativa; entre outros (2003, p. 233-234).

⁵ O procedimento de manifestação de interesse, procedimento utilizado para viabilizar que o Estado receba estudos para modelagem de concessões, não se confunde com a solicitação de “Manifestação de Interesse” utilizada na prática da administração para contratação de consultoria técnica especializada. “A seleção costuma se dar mediante a análise curricular e de trabalhos anteriormente desenvolvidos, podendo envolver também a aplicação de prova seletiva.” (SCHIEFLER, 2014, p. 298). Exemplo: Aviso de Solicitação de Manifestação de Interesse nº 02/2014, do Ministério de Minas e Energia, para contratação de consultoria para a análise dos

concessões e permissões de serviços públicos, Lei 8.987/95. O artigo 21 da referida lei assenta a possibilidade de que os estudos, investigações, levantamentos e projetos elaborados por particulares de utilidade para a licitação sejam ressarcidos pelo vencedor do certame:

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.

A Lei 8.987/95, portanto, prevê a atuação conjunta da administração e do setor privado também na “formulação de projetos e na definição de soluções para a realização de empreendimentos públicos. Ao Estado caberia apenas apontar as finalidades buscadas e avaliar a solução mais adequada ao interesse público” (CÂMARA, 2011, p. 169).

O dispositivo estabelece regra importante de publicidade dos estudos de viabilidade e da etapa de estruturação da licitação⁶ e prevê a possibilidade de que esses estudos sejam ressarcidos pelo vencedor da futura e eventual licitação.

A inovação não reside na possibilidade de os particulares realizarem estudos, uma vez que não é preciso autorização prévia do Poder Público para preparação de estudos e projetos de interesse público⁷, mas na possibilidade de constar no edital da licitação a obrigatoriedade de o vencedor da futura e eventual licitação ressarcir os dispêndios (RIBEIRO; PRADO, 2007, p. 333).

Na realidade, o que a Lei de Concessões prevê é um ato administrativo unilateral, consistente na autorização para que particulares realizem estudos que poderão ser ressarcidos pelo vencedor da licitação.

Os particulares autorizados a apresentar estudos de futuras concessões os realizam por sua conta e risco, não havendo contrapartida pela administração nem garantia de ressarcimento. No entanto, no caso de serem utilizados como base para futura licitação, o licitante vencedor deve ressarcir os estudos, conforme determinado no edital.

aspectos técnicos, regulatórios e impactos inerentes à inserção de grandes blocos de energia eólica no Sistema Interligado Nacional (BRASIL, 2014).

⁶ Nesse sentido: Cármen Lúcia Antunes Rocha ensina que “No art. 21, aquela lei [a Lei de Concessões] dispõe sobre o direito do cidadão de ter acesso aos ‘estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização’. Esses dados são importantes para o exercício do controle e fiscalização dos atos do Poder Público pelo cidadão, que somente pode participar da gestão da coisa pública, com efetividade, pelo conhecimento pleno e correto do quanto se pratique no desempenho das atividades que lhe são inerentes” (1996, p. 135-136).

⁷ No mesmo sentido, Danilo Tavares da Silva assevera que o poder público pode ser provocado mediante “simples oferecimento de projetos e estudos, sem que tenha havido um pedido da Administração; nesse caso, a iniciativa particular escora-se simplesmente no direito de petição; [...]” (2011, p. 75).

O direito ao reembolso, caso o procedimento seja utilizado de forma correta pela administração, com avaliação justa, transparente e seriedade na decisão de seguir adiante com o projeto apresentado, institui incentivo para que os particulares se empenhem na elaboração de estudos, investigações, levantamentos, projetos, desenvolvendo ideias para aprimorar a atuação estatal.

Complementando o disposto na Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, a Lei Federal 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, prevê, no artigo 31, que os autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Se a Lei 8.987/95 silenciava-se a respeito disso, a Lei 9.074/95 eliminou qualquer sorte de dúvidas ao perceber 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” (REIS; JORDÃO, 2015, p. 217).

O dispositivo da Lei 9.074/95 enfatiza a conveniência da cooperação, que deve, claro, ser avaliada casuisticamente, na estruturação de projetos de empreendimentos públicos pela iniciativa privada, permitindo que as pessoas que desenvolveram o projeto participem da licitação (LIMA, 2015, p. 143).

Identifica-se, assim, um contraponto entre o tratamento dispensado pela legislação sobre concessões de serviços públicos e o constante da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), cujo artigo 9º veda a participação direta ou indireta dos autores do projeto básico ou executivo na licitação na execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários.

Posteriormente, a Lei 11.079/2004, que institui as Parcerias Público-Privadas, previu no artigo 3º, *caput* e §1º⁸, a aplicação do artigo 21 da Lei 8.987/95 às concessões patrocinada e administrativa.

Embora presente na Lei 8.987/95, a utilização do procedimento de manifestação de interesse foi potencializada com a edição do Decreto Federal 5.977/06, que regulamentou o artigo 3º da Lei de Parcerias Público-Privadas⁹. O maior detalhamento fornecido pelo citado

⁸ “Art. 3º. As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. § 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.” (BRASIL, 2004).

⁹ “Vários atos normativos setoriais também foram editados para possibilitar a apresentação de estudos, pela iniciativa privada, relativos ao desenvolvimento de projetos em setores específicos. Neste sentido, v.g.: (I) a Resolução nº 395/1998, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que estabelece os procedimentos

ato normativo favoreceu a compreensão do instituto, imprimindo maior segurança aos administradores públicos.

Ao decreto federal se seguiram vários decretos estaduais¹⁰ e municipais. Recentemente, foi editado o Decreto Federal 8.428, de 2 de abril de 2015, que dispõe sobre o procedimento de manifestação de interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, revogando o Decreto Federal 5.977/06. Observa-se que o decreto se aplica à Administração Pública Federal e não há, até o momento, um regramento nacional detalhado sobre o procedimento.

Procedimento de Manifestação de Interesse é nomenclatura atribuída, de modo geral, aos procedimentos que se iniciam de solicitação do Poder Público, isso porque o Decreto 5.977/2006 vedava que a iniciativa partisse do setor privado. Alguns decretos estaduais permitem a iniciativa privada do procedimento, atribuindo nomenclaturas diversas: nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina e no Rio Grande do Sul, tal procedimento é

gerais para Registro e Aprovação de Estudos de Viabilidade e Projeto Básico de empreendimentos de geração hidrelétrica. Anteriormente à publicação da Resolução, a Lei nº 9.427/1996, que instituiu a ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, já previa a possibilidade de realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos. Ela deve ser informada à ANEEL para fins de registro e não gera direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público (art. 28). Em linha com o art. 21 da Lei de Concessões, a Lei nº 9.427/1996 prevê que, 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 (art. 28, §3º). (II) a Portaria nº 108/2010, da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP), a qual estabeleceu diretrizes para outorga de concessão de novos portos organizados marítimos. Em seus termos, a decisão por tal licitação poderá ter como base: a) requerimento à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) de interessado em obter a concessão para a construção e exploração de porto organizado quando o empreendimento estiver previsto na lista de referência do Plano Geral de Outorgas; b) requerimento à ANTAQ de interessado em obter a concessão para a construção e exploração de porto organizado não constante do referido plano. Mais recentemente, a Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013 — a Nova Lei dos Portos —, admitiu que os interessados em obter a autorização de instalação portuária a ser localizada fora do porto organizado poderão requerê-la à ANTAQ a qualquer tempo (art. 9º). Recebido o requerimento de autorização de instalação portuária, a Agência deverá publicar o extrato do requerimento, inclusive na Internet, promover a abertura de processo de anúncio público, com prazo de 30 (trinta) dias, para identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes. (III) a Resolução nº 192/2011 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a qual estabeleceu os procedimentos para solicitação, autorização e aprovação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de concessões para exploração da infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada definidas como prioritárias pelo Governo Federal” (LIMA, 2014, p. 145-146).

¹⁰ Foram encontradas normas próprias sobre procedimento de manifestação de interesse em vinte das 27 unidades federativas brasileiras. São elas: Alagoas (Decreto Estadual nº 4067/2008), Bahia (Decreto Estadual nº 12.653/2011), Ceará (Decreto Estadual nº 30.328/2010), Espírito Santo (Decreto Estadual nº 2.889-R /2011), Goiás (Decreto nº 7.365/2011), Mato Grosso (Decreto Estadual nº 926/2011), Mato Grosso do Sul (Lei Estadual 4.303/2012), Minas Gerais (Decreto Estadual nº 44.565/2007), Paraíba (Resolução do Conselho Gestor nº 01/2012), Pará (Resolução CGPA nº 2/2013), Paraná (Decreto Estadual nº 6.823/2012), Pernambuco (Resolução Normativa do Conselho Gestor 001/2006), Rio de Janeiro (Decreto Estadual nº 43.277/2011), Rio Grande do Norte (Decreto Estadual nº 21.377/2009), Rio Grande do Sul (Resolução CGP nº 02/2013), Rondônia (Decreto nº 16.559/ 2012), Santa Catarina (Decreto Estadual nº 962/2012), São Paulo (Decreto Estadual nº 57.289/2011), Sergipe (Resolução CGP nº 01/2008) e no Distrito federal (Decreto nº 28.196/ 2007).

denominado Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP). Em Goiás, independentemente de a iniciativa ter partido do particular ou da administração, denomina-se Procedimento de Manifestação de Interesse e no Paraná, Procedimento de Manifestação de Interesse espontâneo. No Mato Grosso do Sul e no Ceará não há nomenclatura específica para o procedimento.

A distinção essencial entre o PMI e as MIPs estabelecida por alguns decretos estaduais e pela doutrina é que há, nessas últimas, a provocação do particular para que o procedimento se inicie. É o que André Castro Carvalho denomina atuação proativa, contrária à atuação reativa, que deriva de um chamamento da administração:

A participação proativa traz uma ideia “a partir do zero”, ou seja, a iniciativa privada provoca a Administração Pública para se começar a cogitar um projeto que sequer havia sido concebido por ela; no caso da participação reativa, a Administração Pública sabe “mais ou menos” o que precisa (v.g., é necessária uma ponte que ligue duas margens) — o que pode vir, por exemplo, representado em um anteprojeto de engenharia. Aqui, não há divulgação prévia do projeto básico ou executivo, o qual deverá ser elaborado pela iniciativa privada — caso contrário, seria o caso de se promover a licitação da obra ou serviço em questão. Em síntese, o objeto principal da participação proativa é trazer uma ideia fundamentada de um projeto de infraestrutura, enquanto que o da participação reativa é desenvolvê-la (2014).

A apresentação de estudos por particulares que não tenham sido requeridos pela administração e o seu ressarcimento pelo vencedor da licitação também têm amparo no artigo 21 da Lei de Concessões.

A hipótese não está expressa no dispositivo, uma vez que ele indica como deve ser iniciado o procedimento para que particulares apresentem estudos, informações e projetos. Contudo, em razão da ausência de proibição e do direito de petição e de participação na administração pública, entendemos inexistir óbice no ordenamento jurídico brasileiro para que o procedimento se inicie por iniciativa dos particulares.

Ressalta-se que, além da observância pelos agentes públicos dos princípios norteadores de qualquer atuação administrativa, o sucesso do procedimento depende de rigorosa transparência, publicidade e tratamento igualitário entre os interessados. Após solicitação de autorização por determinado particular e havendo real interesse da administração pública nos estudos, deve-se abrir prazo idêntico para demais interessados¹¹. A

¹¹ Em sentido contrário: “O nosso entendimento é que a Administração terá que dar publicidade ampla ao fato de que um estudo lhe foi trazido e foi autorizado, mas está obrigada a publicar chamamento público específico, abrindo prazo para que outros interessados se manifestem. É que a publicação de chamamento público tende a desvirtuar a MIP, eliminando as suas vantagens para a Administração Pública. A Administração Pública é então forçada a debruçar-se sobre um projeto sobre o qual ainda não tinha pensado, tendo que alocar recurso e tempo

vantagem do proponente inicial na análise prévia do projeto deve ser minimizada com a previsão de prazos suficientes para que demais concorrentes desenvolvam seus estudos.

No Brasil, o interesse da iniciativa privada nesse tipo de empreendimento pode ser exemplificado pela Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada sobre a modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública do município de São Paulo. A empresa GE Iluminação do Brasil Comércio de Lâmpadas Ltda. apresentou pedido de autorização para a realização dos estudos de viabilidade. Demais interessados poderiam solicitar autorização para o desenvolvimento do mesmo objeto no prazo de vinte dias, contados da publicação do chamamento, e teriam oitenta dias, contados da autorização da publicação, para apresentar suas propostas, conforme o edital de Chamamento Público 01/2013 – SES (SÃO PAULO, 2013).

O ressarcimento máximo previsto pelo vencedor da eventual licitação era de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), valor global que poderia ser parcelado na seguinte proporção: 40% para o projeto de engenharia, 15% para a modelagem operacional, 30% para os estudos de viabilidade do Projeto e 15% para a avaliação de impacto e risco e análise da fundamentação legal.

Trinta e quatro empresas, isoladas ou em grupo, interessadas em desenvolver os estudos, foram autorizadas pelo poder público municipal e onze projetos foram efetivamente apresentados. “Tal fato evidencia o interesse da iniciativa privada em induzir, participar e discutir aspectos de concessões em sede de PMIs, fazendo com que, de alguma forma, a competição entre elas desenrole-se já na fase interna da licitação” (PPP Brasil, 2013).

Relevante observar que, por meio do PMI ou da MIP, institucionaliza-se a participação de pessoas físicas ou jurídicas estranhas ao aparato estatal nas etapas prévias à celebração dos acordos, visando uma atuação mais legítima, transparente e eficiente, que esteja em consonância com os princípios informadores da atuação estatal.

Isso porque o instrumento permite que a atuação estatal, além de amparada nas diversas informações e opiniões colhidas pelo setor privado, se dê mediante procedimento que exige publicidade dos atos e fundamentação clara das decisões, permitindo maior visibilidade e controle das soluções escolhidas pela administração.

para o seu estudo e para a consequente publicação do chamamento público. Este esforço administrativo deveria ser reservado para os projetos que já são razoavelmente maduros nas ideias dos administradores – e para os quais eles recorreriam a um PMI. A MIP (e o seu procedimento mais leve, sem necessidade de chamamento público) deveria ser deixada para projetos pensados pelos particulares e sobre os quais a Administração ainda não tem opinião bem definida (e não deveria ser apressada para formá-la)” (REIS; JORDÃO, 2015, p. 222).

Ademais, percebe-se a eficiência da utilização dos conhecimentos, das técnicas e das ideias do setor privado na modelagem de licitações e contratação públicas, possibilitando solucionar o déficit de projetos estruturantes e o problema da escassez de recursos orçamentários para projetos de alto custo.

3. *Unsolicited proposals*

A participação privada na idealização de novos projetos de infraestrutura é uma realidade presente em diversos países, acarretando, muitas vezes, decisões que não se coadunam com o interesse público e favorecem alguns particulares.

Diante dessa constatação, um número crescente de países percebeu a necessidade de formalizar as propostas não solicitadas, regulamentando-as de modo a encorajar o setor privado no desenvolvimento de novas ideias e, ao mesmo tempo, garantir transparência e competitividade aos procedimentos. Há uma tendência global de adoção de novos instrumentos jurídicos para elaboração de projetos de grandes obras de infraestrutura, especialmente nos últimos cinco anos, com o intuito de melhorar a governança e a transparência.¹²

As propostas não solicitadas têm como característica principal o fato de serem uma manifestação espontânea do particular para participação na elaboração de projetos de infraestrutura

O procedimento de manifestação de interesse brasileiro é denominação comumente atribuída aos procedimentos nos quais ocorre chamamento da administração (atuação reativa). Ao contrário, as “*unsolicited proposals*”, como o próprio nome indica, tem como traço característico fundamental a provocação da administração pelo particular (atuação proativa). Como se viu, no Brasil, instrumento similar é conhecido como manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP).

Lívia Wanderley de Barros Maia Vieira e Rafael Roque Garofano apontam a utilização das propostas não solicitadas nas legislações estrangeiras nos casos em que o privado pretende apresentar técnicas ou concepções alternativas de projeto já externado pelo

¹² Nesse tópico foram analisados dois estudos apresentados pelo Banco Central sobre as propostas não solicitadas no mundo. O primeiro, de 2007, examinou os seguintes países: Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Costa Rica, Índia, Indonésia, Coréia do Sul, Filipinas, África do Sul, Sri Lanka, Taiwan e o estado da Virgínia, nos Estados Unidos. O segundo estudo, apresentado em 2014, embora tenha se restringido às experiências da África, Ásia, América Latina e América Central, constatou a formalização das propostas não solicitadas em diversos países.

poder público e para propor projetos novos ainda não contemplados pelo governo. Informam que a doutrina estrangeira aponta inúmeras vantagens na utilização do procedimento:

(I) trazer suposta economia e celeridade ao processo da licitação; (II) permitir a aferição da disponibilidade e do interesse dos operadores econômicos em investir em determinados projetos; (III) incitar os operadores privados a desenvolver ou aplicar soluções técnicas inovadoras e (IV) criar alternativas de concessões de serviços mais adaptadas às necessidades específicas da autoridade adjudicante (2012, p. 6).

O procedimento das propostas não solicitadas é adotado em países como Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Coreia do Sul, África do Sul, Filipinas¹³, Taiwan¹⁴, no Estado da Virgínia, nos Estados Unidos, entre outros (HODGES; DELLACHA, 2007). Trata-se de instrumento relevante em razão da ausência ou insuficiência de capacidade técnica dos governos para preparar projetos de grandes obras e serviços.

Não existe um padrão internacional de procedimento das propostas não solicitadas. De modo geral, um processo de dois estágios é utilizado: uma primeira etapa de avaliação do projeto e a segunda etapa, em que há concorrência para contratação do seu objeto.

Na primeira etapa, o privado apresenta uma descrição preliminar do projeto para o órgão competente, que em alguns países necessita apenas de traços gerais (por exemplo, Argentina, Chile, Costa Rica) e, em outros, deve ter informações mais detalhadas (por exemplo, Coreia, África do Sul¹⁵). A exigência de requisitos para a apresentação de propostas não solicitadas é essencial para evitar propostas de má-qualidade e uma excessiva apresentação de projetos, impedindo a concentração de esforços estatais nas ideias realmente importantes.

Depois de um breve período, no qual o poder público avalia se o projeto atende ao interesse público e faz parte do plano de estratégia de infraestrutura do governo, decide-se

¹³ O país é um dos pioneiros na utilização do instituto, previsto na legislação desde 1994, e possui um número crescente de propostas não solicitadas de sucesso. Destaca-se pela utilização de um método de premiação ao proponente do projeto denominado desafio suíço. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2014).

¹⁴ Taiwan possui um quadro jurídico que permite as propostas não solicitadas desde 2002. O mecanismo é responsável por aproximadamente 50% dos projetos de Parcerias Público-Privadas no país. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2014).

¹⁵ Na África do Sul o proponente deve apresentar as seguintes informações: título conciso e resumo do produto ou serviço proposto; declaração dos objetivos e do alcance do projeto proposto; descrição da inovação da proposta, comprovando que o proponente é seu único fornecedor; a relação das vantagens de custo para a instituição, incluindo o preço proposto ou custo total estimado para o fornecimento do produto ou serviço, com detalhes suficientes para permitir uma avaliação significativa pela instituição; declaração que mostra que se enquadra no plano estratégico de crescimento e desenvolvimento da instituição e o período de tempo durante o qual a proposta é válida para consideração, que não pode ser inferior a seis meses (PUBLIC PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY, 2014).

pela aceitação ou não do projeto. Se o projeto preliminar for aceito, o governo reconhece o interesse no projeto e requer informações mais detalhadas.

O proponente do projeto então terá um período de tempo determinado para apresentar um projeto mais elaborado, momento em que o poder público pode solicitar estudos específicos.

Após a apresentação do projeto final, o governo decidirá se o aprova ou não. Em alguns casos, nesse momento pode haver negociações entre o proponente e o governo sobre características do projeto (por exemplo, na África do Sul e em Taiwan); em outros, pode haver necessidade de aprovação adicional de outro órgão do governo (por exemplo, Coreia) (HODGES; DELLACHA, 2007).

Se a proposta não solicitada é aceita, o projeto passa para segunda fase, na qual há um processo competitivo que garante ao proponente alguma forma de vantagem. Os sistemas de prêmios mais comuns são: o “*bônus system*”, no qual o idealizador do projeto possui um percentual de vantagem na pontuação da licitação (adotado pelo Chile, Coreia e Indonésia); o “*swiss challenge system*”, no qual o idealizador do projeto tem a possibilidade de apresentar contraposta para superar a melhor proposta (adotado na Índia e nas Filipinas¹⁶) e “*best and final offer system*” utilizado em licitações com várias rodadas, nas quais o proponente original tem a vantagem de, automaticamente, participar da última rodada (adotado na África do Sul) (HODGES; DELLACHA, 2007).

Há ainda casos de combinação desses sistemas: na Argentina, por exemplo, se a oferta do proponente original tem no máximo 5% de diferença da melhor proposta, ele vence imediatamente a licitação. No entanto, se a diferença entre a melhor proposta e a oferta do proponente original é entre 5% e 20%, os dois candidatos serão convidados a apresentar as suas ofertas finais em uma segunda rodada (ARGENTINA, 2005).

Além da atribuição de prêmios ao proponente, em alguns países os estudos realizados são reembolsados pelo vencedor do concurso ou pelo próprio governo. Na Argentina, o candidato selecionado deve reembolsar o proponente no valor equivalente a 1% do custo estimado do projeto e na África do Sul, o vencedor deve compensar o proponente pelos custos de desenvolvimento do projeto, conforme fixado no edital.

John Hodges e Georgina Dellacha advertem que o reembolso é importante para incentivar a apresentação de projetos, sobretudo por empresas menores que não têm condições

¹⁶ Nas Filipinas, os concorrentes possuem 60 dias para apresentar uma proposta melhor desde que cumpram os requisitos técnicos mínimos. Se for apresentada uma proposta melhor, o proponente original terá 30 dias úteis para igualá-la (GHD, 2012).

de arcar com os custos dos estudos, mas, por outro lado, pode induzir à apresentação de estudos desnecessários (2007).

Apontam os fatores que devem ser levados em consideração pelos governos para estabelecer as formas de premiar o proponente. No sistema de bônus, se o percentual for alto, irá desestimular competidores, mas, caso seja um percentual muito baixo, pode desestimular também as propostas não solicitadas. Ademais, o prazo para apresentação de propostas pelos competidores é fundamental para possibilitar ampla concorrência, uma vez que quanto maior o prazo para analisar os estudos, menor assimetria informacional em relação ao proponente original, que tem uma vantagem competitiva evidente porque gastou muito tempo e esforço na elaboração do projeto.

Os autores ressaltam a necessidade de a legislação estabelecer limitações temporais ao procedimento. Normalmente, as leis limitam prazo para a emissão de aprovação preliminar do projeto, preveem um prazo para o proponente apresentar a proposta final, o período para avaliação do projeto final pelo poder público, o prazo para colocar o projeto para licitação pública e, por fim, o prazo para os competidores apresentarem suas propostas.

Em recente relatório do Banco Mundial (PUBLIC PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY, 2014) acerca da experiência e tendências das propostas não solicitadas em vários países¹⁷ foram apontados dez fatores-chave para o sucesso do instituto: interesse do setor privado; capacidade do setor privado; capacidade do setor público; coordenação dos órgãos estatais; clareza e segurança dos procedimentos; competitividade; inovação; capacidade para reduzir os custos de transação desnecessários; alocação eficiente de riscos e processo transparente.

O interesse do setor privado em apresentar projetos depende do nível de desenvolvimento e segurança jurídica da legislação sobre o tema. Os proponentes devem ter confiança de que seus projetos serão avaliados pelos seus méritos, de forma imparcial e dentro de um prazo específico.

Outro elemento a atrair o interesse do mercado é a previsão de alguma forma de recompensa ou o reembolso de custos de desenvolvimento do projeto e pagamento de direitos de propriedade intelectual. Como esses custos são difíceis de avaliar de forma objetiva, especialistas sugeriram que o montante da indenização deve ser determinado antecipadamente, de acordo com uma fórmula prevista.

¹⁷ Os países analisados foram: Gana, Quênia, Níger, Nigéria, Senegal, África do Sul, Tanzânia, Uganda, Zâmbia, Índia, Filipinas, Vietnã, Malásia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, Jamaica, Peru, Trinidad e Tobago e Uruguai.

Para assegurar a capacidade do privado autor da proposta, recomendou-se um conjunto de requisitos mínimos para apresentação do projeto, com o intuito de evitar que o governo tenha que lidar com propostas irresponsáveis e de má qualidade. Critérios de qualificação, como experiência, capacidade de pessoal e capacidade financeira podem ser solicitados.

Uma das justificativas para que os governos utilizem o mecanismo das propostas não solicitadas é a falta de capacidade financeira e de recursos humanos para identificar, priorizar e preparar os projetos de infraestrutura pública. Entretanto, se não houver certo nível de capacidade do setor público, os projetos não serão bem sucedidos. É necessário que exista capacidade em desenvolvimento de projetos e celebração de contratos. O setor público deve ter capacidade para analisar as nuances do projeto, avaliar sua viabilidade econômica e técnica e sua adequação com o interesse público.

O estudo apontou que a falta de capacidade do governo é o maior desafio para o êxito do instituto das propostas não solicitadas. Em muitos países em desenvolvimento, as autoridades governamentais têm pouca experiência na implementação de grandes projetos de infraestrutura, que requerem habilidades e conhecimentos específicos. Nesses casos, a contratação de consultores qualificados e experientes é fundamental para superar a falta de capacidade.

Já em países com um corpo técnico mais maduro e capacitado para lidar com esses projetos, o grande interesse na adoção das propostas não solicitadas é receber da iniciativa privada propostas realmente inovadoras, que vão agregar à experiência do setor público na busca de projetos mais eficazes.

Para ajudar na questão da capacidade e melhorar a coordenação do setor público, o estudo sugere que uma unidade centralizada, com competência no gerenciamento de Parcerias Público-Privadas, assuma também a liderança na gestão das propostas não solicitadas.

Outra questão primordial é a clareza e integridade dos procedimentos de propostas não solicitadas e a existência de uma legislação geral sobre o tema, que transmita segurança aos interessados, prevendo a forma de avaliação dos projetos, prazos, responsabilidades e ampla transparência.

É necessário também que o procedimento seja competitivo, proporcionando igualdade de condições entre os concorrentes, por meio de prazos adequados para análise do projeto pelos outros concorrentes e, de preferência, a adoção de outra forma de recompensa, como a compensação direta para o proponente, não lhe concedendo vantagens na fase de licitação, como os sistemas de prêmios estudados.

A legislação é fator importante para o sucesso das propostas não solicitadas, pois a previsão de procedimentos mal formulados aumenta os custos de transação do projeto. Algumas medidas podem ser adotadas para reduzir tais custos, como um conjunto de requisitos mínimos para apresentação de propostas. Necessário observar que, embora a existência de uma licitação após uma proposta não solicitada aparentemente aumente os custos de transação, é um instrumento necessário para conseguir preços competitivos.

É comum que os grandes projetos de infraestrutura sejam utilizados para promoção política, assim, o ímpeto de conclusão de um projeto pode inviabilizar uma análise acurada, que leve em consideração os impactos a longo prazo, sua sustentabilidade financeira e técnica.

O relatório do Banco Mundial aponta algumas medidas que podem ser adotadas na fase final de avaliação de viabilidade do projeto para dotar o instrumento de maior transparência e evitar a corrupção: concentrar as decisões sobre esses projetos em uma unidade governamental; envolver as equipes de diferentes departamentos na avaliação; evitar que agentes públicos envolvidos nos estágios iniciais do projeto participem da avaliação final; certificar-se de que a equipe responsável detém experiência suficiente e nomear um oficial de probidade para garantir a conformidade com os procedimentos estabelecidos.

Por fim, necessário que os impactos fiscais do projeto apresentado pelo particular sejam apreciados e aprovados pela autoridade governamental competente antes de serem aceitas pelo órgão estatal para apreciação.

Diante da análise da experiência internacional acerca das propostas não solicitadas é possível concluir que o instituto apresenta muitos desafios e riscos, especialmente o de que as negociações com o proponente sejam contaminadas por interesses particulares, inviabilizando a realização do interesse público.

No entanto, quando se estabelece um ambiente legislativo adequado que possibilite transparência, segurança e concorrência nos procedimentos, as propostas não solicitadas podem constituir instrumento importante para o desenvolvimento de infraestrutura, sobretudo nos países nos quais a capacidade técnica e financeira para desenvolver projetos é limitada.

4. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP) e o novo Decreto Federal 8.428/2015

Em 2 de abril de 2015, a União editou o Decreto Federal 8.428/2015, revogando o Decreto Federal 5.977/2006, para estabelecer normas acerca da apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a

serem utilizados pela administração pública, tendo em vista o disposto no art. 21 da Lei nº 8.987/1995, no art. 31 da Lei nº 9.074/1995 e no art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079/2004.

A preocupação central é alavancar os projetos de infraestrutura no país, buscando a cooperação do setor privado (por meio da apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos) na fase de planejamento da licitação, principalmente para a contratação de grandes empreendimentos, como rodovias, aeroportos, portos e ferrovias, garantindo segurança jurídica a esse procedimento¹⁸.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão aponta como principais benefícios da nova sistemática: a redução da insegurança jurídica ao trazer regras claras e padronizadas para toda a Administração Pública Federal; a garantia de publicidade, isonomia e impessoalidade aos procedimentos de autorização; a redução do tempo de preparação dos estudos prévios à licitação; e percepção prévia do interesse do mercado no sucesso e viabilidade do empreendimento (BRASIL, 2015).

O novo regramento amplia consideravelmente o âmbito de aplicação do procedimento de manifestação de interesse¹⁹ abarcando, além das parcerias público-privadas, a estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de arrendamento de bens públicos²⁰ ou de concessão de direito real de uso²¹.

¹⁸ “O governo federal definiu, por meio do Decreto nº 8428, publicado no Diário Oficial da União, as regras para os Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs), necessários para realização de concessões de projetos de infraestrutura no país. A medida tem como objetivo ampliar a participação do setor privado na elaboração de estudos em setores como portuário, rodoviário, aeroportuário e ferroviário, e garantir maior segurança jurídica para os interessados e também para o órgão público que pretende realizar a concessão. A iniciativa contribui ainda para dar celeridade à agenda de investimentos, necessária para o crescimento sustentável da economia” (BRASIL, 2015).

¹⁹ Ressalta-se que o Decreto Federal 5.977/2006 previa a utilização do PMI apenas para estruturação de parcerias público-privadas.

²⁰ O arrendamento de bem público é figura contratual utilizada no âmbito das concessões portuárias. Nos termos do art. 2º, inciso XI, da Lei 12. 815/13, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, arrendamento é a “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado”. Afirma Floriano de Azevedo Marques Neto que, apesar das mudanças legislativas introduzidas pela Lei 12.815/13, “o arrendamento portuário mais se aproxima de uma figura especial de subconcessão do que do instituto jurídico de mesmo nome existente no direito privado. O caráter de subconcessão fica ainda mais claro quando cotejamos a definição legal de concessão portuária com a de arrendamento portuário, pois ambas são definidas como ‘cessão’, mas a primeira é a cessão do todo (porto organizado), enquanto a segunda é a ‘cessão’ da parte: ‘infraestruturas públicas localizadas dentro do porto organizado’.” (MARQUES NETO, 2015, p. 231).

²¹ “Concessão de direito real de uso, instituto previsto no art. 7º do Decreto-lei 271, e 28.2.67, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória 335, de 23.12.2006, convertida na Lei 11.481, de 31.2.2007, é o contrato pelo qual a Administração transfere, por tempo certo ou por prazo indeterminado, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público para que seja utilizado com fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidade de interesse social.” (MELLO, 2009, p. 921). Ainda sobre o instituto, as lições de José dos Santos

A abertura também decorre da permissão da utilização do procedimento para atualização, complementação ou revisão de projetos, levantamentos, investigações e estudos já elaborados e da ausência de requisito de que os estudos e investigações se refiram a projetos já considerados prioritários pelo governo. Nesse caso, a administração pode se beneficiar com projetos que ainda não foram idealizados pelos seus agentes.

Ressalva-se que a ideia proposta, embora relativa a projeto não antevisto, deve ser compatível com os planos governamentais, previsão salutar, sobretudo nos casos nos quais a iniciativa parte do particular, uma vez que garante que os recursos públicos serão usados em projetos essenciais para a coletividade, evitando a utilização do instrumento exclusivamente para alcançar interesses de alguns particulares.

Assim, o requisito fundamental é que os projetos objeto de PMI sejam compatíveis com os planos considerados primordiais pelo governo, alocando os recursos e esforços públicos para situações que demandem sua atuação de forma mais urgente, uma vez que:

A concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas. Não é pura e simplesmente uma manifestação de atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais (JUSTEN FILHO, 2003, p. 58).

A decisão por permitir projetos ainda não previstos pode ser vista como benéfica, mas pode apresentar contratempos. A vantagem dessa abertura é que o administrador possa ter conhecimento de ideias inovadoras, capazes de trazer significativos benefícios para a atuação estatal e, conseqüentemente para a coletividade. A desvantagem é que o poder público deve estar preparado para analisar a apresentação de uma escala maior de projetos, necessitando de capacidade técnica e operacional para avaliar todas as propostas.

Após quase dez anos da regulamentação federal sobre o procedimento de manifestação de interesse, embora a experiência da União não tenha sido tão expressiva, é possível perceber, na nova sistemática, o aprimoramento do regramento anterior, visando à utilização do instrumento de forma mais acertada aos princípios administrativos.

O novo regramento traz o termo “procedimento de manifestação de interesse” como denominação para o instrumento, conforme consagrado pela doutrina, legislação estadual e pela prática administrativa.

Carvalho Filho de que “a concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 897).

Mantém os traços característicos do PMI, ao prever que a remuneração dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos, caso houver, se dará pelo vencedor de futura licitação e a obrigatoriedade de constar no edital de licitação que a assinatura do contrato está condicionada ao reembolso dos estudos. Ademais, reafirma que a autorização para apresentação de projetos, levantamentos e investigações é impessoal, intransferível e conferida sem exclusividade, não gera direito de preferência no processo licitatório do empreendimento, não obriga o poder público a realizar licitação, e não implica, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração.

Sobre a possibilidade de que os autores e responsáveis economicamente pelos estudos²² participem da licitação, o decreto dispõe que, em regra, não há impedimento, mas ressalva a previsão em contrário no edital de abertura do chamamento público.

Uma das principais inovações é a possibilidade, ao contrário do decreto revogado, de o procedimento originar-se da iniciativa privada. Tal possibilidade está contemplada em alguns decretos estaduais e foi rotulada como “manifestação de interesse da iniciativa privada - MIP”.

O Decreto não traz nomenclatura própria. Apenas prevê que o PMI será instaurado mediante chamamento público, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada. Nesse caso, a proposta 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 e deverá constar do edital de chamamento público o nome da pessoa física ou jurídica que motivou a abertura do processo.

Ao contrário das *Unsolicited Proposals* já estudadas, na legislação brasileira, a autorização para que o proponente realize os estudos deve ser acompanhada de abertura para que outros interessados também apresentem suas propostas.

Observa-se que o decreto pecou ao não tratar de forma pormenorizada sobre a fase entre a proposta privada e a publicação do chamamento público pela administração.

Nesse aspecto, é essencial que, ao analisar a proposta, o administrador fundamente pelo prosseguimento ou não do procedimento, demonstrando a adequação da ideia privada ao interesse público, ainda que como previsto no artigo 1º, §1º, do decreto²³, a abertura do procedimento seja facultativa para a administração pública. Ademais, para evitar tratamento desigual entre os participantes, a autorização do proponente deve ser concomitante às demais

²²Nos termos do artigo 18, §2º, do Decreto, as empresas integrantes do mesmo grupo econômico do autorizado são equiparadas aos autores do projeto.

²³ Art. 1º [...] § 1º A abertura do procedimento previsto no caput é facultativa para a administração pública (BRASIL, 2015).

autorizações e as informações até então apresentadas devem estar disponíveis para todos os interessados.

Após a abertura do procedimento pela administração, o rito é o mesmo previsto para os projetos de iniciativa estatal.

O Decreto prevê que o PMI é composto de três fases: (a) abertura, por meio de publicação de edital de chamamento público; (b) autorização para a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; e (c) avaliação, seleção e aprovação.

A abertura, autorização e aprovação de PMI são de competência do órgão colegiado máximo do órgão ou entidade da administração pública federal competente para proceder à licitação do empreendimento ou para a elaboração dos projetos e estudos²⁴.

A primeira fase se dá com a publicação do edital de chamamento público, que deve delimitar o escopo mediante termo de referência dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos, podendo se restringir à indicação do problema a ser resolvido, deixando ao setor privado a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução.

Insta observar que o administrador público deve definir seus objetivos com o chamamento de forma clara para que os particulares consigam perceber quais são as demandas e apresentar as análises correspondentes. Necessário que a demanda seja apresentada de forma completa e acompanhada de todas as informações existentes que possam favorecer a compreensão pelo privado. Um edital impreciso acarretará propostas insuficientes e inadequadas, além de insegurança aos participantes. Nesse sentido:

Cabe ao poder público delimitar seus objetivos (por exemplo, o nível de serviço a ser satisfeito pela futura concessionária). A premissa é que os fins do projeto de PPP sejam estabelecidos pelo governo, restando à iniciativa privada sugerir os meios para que os fins sejam alcançados. Ou seja, o PMI deve ser utilizado quando o poder público já tem alguma clareza sobre aspectos essenciais dos serviços públicos que pretende delegar à iniciativa privada (PEREIRA; VILELL; SALGADO, 2012).

A novidade está na previsão de se poderem reunir, em um mesmo procedimento, parcelas fracionáveis, levando-se em consideração a economia de escala, coerência de estudos relacionados a determinado setor, padronização ou celeridade do processo²⁵.

²⁴ Art. 2º A competência para abertura, autorização e aprovação de PMI 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 (BRASIL, 2015).

²⁵ Art. 4º O edital de chamamento público deverá, no mínimo: [...] § 4º Poderão ser estabelecidos no edital de chamamento público prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento de projetos, levantamentos, investigações ou estudos (BRASIL, 2015).

O edital deve indicar também: as diretrizes e premissas do projeto que orientem sua elaboração com vistas ao atendimento do interesse público; prazo máximo (que não será inferior a vinte dias, contado da data de publicação do edital) e forma para apresentação de requerimento de autorização para participar do procedimento; prazo máximo para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos, contado da data de publicação da autorização e compatível com a abrangência dos estudos e o nível de complexidade das atividades a serem desenvolvidas; critérios para deferimento da autorização e para avaliação dos estudos apresentados; contraprestação pública admitida, no caso de parceria público-privada, sempre que possível estimar, ainda que sob a forma de percentual (não há mais a previsão de que não exceda 30% do total das receitas do parceiro privado); e valor nominal máximo para eventual ressarcimento.

O valor para ressarcimento, conforme artigo 4º, §5º, será fundamentado em prévia justificativa técnica que leve em consideração a complexidade dos estudos ou a elaboração de estudos similares, não podendo ultrapassar 2,5% do valor total estimado previamente pela administração pública para os investimentos necessários à implementação do empreendimento ou para os gastos necessários à sua operação e à manutenção (deve ser utilizado o valor que for maior)²⁶.

O edital pode condicionar o ressarcimento à necessidade de sua atualização e adequação, até a abertura da licitação relativa ao empreendimento, em decorrência, entre outros aspectos, de alteração de premissas regulatórias e de atos normativos aplicáveis, recomendações e determinações dos órgãos de controle ou contribuições provenientes de consulta e audiência pública²⁷.

Essa regra é importante na medida em que permite o aperfeiçoamento do projeto apresentado com a contribuição de determinações do poder público ou oriundas de audiências e consultas públicas.

²⁶ Art. 4º [...] § 5º O valor nominal máximo para eventual ressarcimento dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos (BRASIL, 2015).

²⁷ Art. 4º [...] § 6º O edital de chamamento público poderá condicionar o ressarcimento dos projetos, levantamentos, investigações e estudos à necessidade de sua atualização e de sua adequação, até a abertura da licitação do empreendimento, em decorrência, entre outros aspectos, de: I - alteração de premissas regulatórias e de atos normativos aplicáveis; II - recomendações e determinações dos órgãos de controle; ou III - contribuições provenientes de consulta e audiência pública (BRASIL, 2015).

Ressalta-se a previsão de divulgação no edital de todas as informações públicas disponíveis e de sua ampla publicidade, tanto por meio de publicação no Diário Oficial da União quanto por meio de divulgação no sítio na Internet dos órgãos competentes²⁸.

A necessidade de ampla publicidade, além de atender a princípio constitucional a ser seguido, em regra, em qualquer atuação administrativa para viabilizar controle amplo pelos cidadãos e órgãos competentes, é requisito fundamental para que a administração consiga receber propostas de um maior número de participantes, possibilitando, assim, maior concorrência e favorecendo o encontro da modelagem de contratação mais acertada ao interesse público.

É por isso que, embora o Decreto Federal nº 5.977/2006 deixasse essa decisão em aberto, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler sustentava ser conveniente, “em razão da ausência de custos significativos e do notório proveito que segue a sua ampla divulgação, a publicação integral do edital e de seus anexos na rede mundial de computadores” (2014, p. 349).²⁹

A inovação é acertada, uma vez que a publicação dos atos administrativos apenas no diário oficial não garante, por si só, a difusão e conhecimento da informação, que deve ocorrer mediante meios de comunicação adequados para permitir sua ampla divulgação. Dessa forma, diante do acesso à informação por intermédio da rede mundial de computadores na atualidade, “não parece existir justificativa para a não publicação de todos os atos não protegidos por sigilo mediante a utilização da Internet” (MOTTA, 2012, p. 274).

O edital também pode prever prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento de projetos, levantamentos, investigações ou estudos³⁰.

²⁸ Art. 4º O edital de chamamento público deverá, no mínimo: [...] IV - ser objeto de ampla publicidade, por meio de publicação no Diário Oficial da União e de divulgação no sítio na Internet dos órgãos e entidades a que se refere o art. 2º. (BRASIL, 2015).

²⁹ No mesmo sentido, “A administração pública deveria estabelecer canais de comunicação e centros de informação mais estruturados sobre os PMIs, como, por exemplo, páginas eletrônicas que concentrem todas as informações sobre o tema. Publicar um PMI significa desenvolver mercados por intermédio do engajamento antecipado de potenciais interessados na licitação. Quanto mais informações forem disponibilizadas, mais o poder público estará contribuindo para que o nível de competição seja maior na futura licitação monitoram de forma mais próxima as decisões governamentais sobre PPPs ou às empresas que tenham apresentado Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada (MIP). [...] Nos PMIs que vem sendo organizados pelo Estado de São Paulo desde meados de 2011, é crescente o número de empresas que se cadastram com o objetivo de apresentar estudos de viabilidade. Talvez, isso ocorra em função da atenção que os PMIs do Estado de São Paulo vêm obtendo na imprensa.” (PEREIRA; VILELLA ; SALGADO, 2012).

³⁰ Art. 4º [...] § 4º Poderão ser estabelecidos no edital de chamamento público prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento de projetos, levantamentos, investigações ou estudos (BRASIL, 2015).

A previsão de prazos para entrega de relatórios e investigações parciais favorece a interação da administração com os particulares e o gerenciamento dos estudos realizados. A apresentação dos trabalhos por etapas tem o benefício de permitir que a administração comece a analisar as informações apresentadas concomitantemente à realização dos demais estudos, o que reduz o tempo final de avaliação, além de permitir que a administração, ao ter ciência de determinadas situações previamente, direcione os estudos para atingir o melhor resultado possível.

Bruno Ramos Pereira defende a possibilidade de que os estudos sejam realizados de forma autônoma e entregues por etapas, dessa forma:

O poder público deveria publicar um cronograma geral e compartilhar os estudos de viabilidade que são insumos para as outras dimensões da viabilidade de um projeto – por exemplo, definir uma data para a entrega dos estudos de demanda, para que os interessados apenas nos estudos econômico-financeiros pudessem usar os resultados dos estudos de demanda na análise da viabilidade econômico-financeira (2014).

O requerimento de autorização para apresentação dos estudos deve conter as informações já previstas no decreto anterior (qualificação completa; demonstração de experiência na realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos similares aos solicitados; detalhamento das atividades que pretende realizar, com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos) e ainda a indicação do valor de ressarcimento pretendido, acompanhado de informações e parâmetros utilizados para sua definição, e declaração de transferência à administração pública dos direitos associados aos projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados³¹.

³¹ Art. 5º O requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado conterá as seguintes informações: I - qualificação completa, que permita a identificação da pessoa física ou jurídica de direito privado e a sua localização para eventual envio de notificações, informações, erratas e respostas a pedidos de esclarecimentos, com: a) nome completo; b) inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ; c) cargo, profissão ou ramo de atividade; d) endereço; e e) endereço eletrônico; II - demonstração de experiência na realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos similares aos solicitados; III - detalhamento das atividades que pretende realizar, considerado o escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos definidos na solicitação, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos; IV - indicação de valor do ressarcimento pretendido, acompanhado de informações e parâmetros utilizados para sua definição; e V - declaração de transferência à administração pública dos direitos associados aos projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados. § 1º Qualquer alteração na qualificação do interessado deverá ser imediatamente comunicada ao órgão ou à entidade solicitante. § 2º A demonstração de experiência a que se refere o inciso II do caput poderá consistir na juntada de documentos que comprovem as qualificações técnicas de profissionais vinculados ao interessado, observado o disposto no § 4º. § 3º Fica facultado aos interessados a que se refere o caput se associarem para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos em conjunto, hipótese em que deverá ser feita a indicação das empresas responsáveis pela interlocução com a administração pública e indicada a proporção da

A experiência exigida pode consistir na juntada de documentos que comprovem as qualificações técnicas de profissionais vinculados ao interessado, observando que é permitido ao autorizado contratar terceiros, o que se dará sem prejuízo das responsabilidades previstas no edital de chamamento público do PMI.

Os interessados poderão se associar para apresentar os estudos, devendo indicar, nesse caso, as empresas responsáveis pela comunicação com a administração e a forma de repartição de eventual ressarcimento entre elas.

As hipóteses de extinção da autorização foram reformuladas, quando se compara com o decreto revogado, atendendo à nomenclatura apropriada. Assim o Decreto 8.428/2015 prevê:

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 (BRASIL, 2015).

Atentando para os benefícios do diálogo entre a administração e os particulares autorizados, o novo decreto prevê a possibilidade de realização de reuniões sempre que a administração entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a

repartição do eventual valor devido a título de ressarcimento. § 4º O autorizado, na elaboração de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, poderá contratar terceiros, sem prejuízo das responsabilidades previstas no edital de chamamento público do PMI (BRASIL, 2015).

obtenção de projetos mais adequados aos empreendimentos³². Observa-se que, embora o decreto não trate expressamente, referida previsão vem acompanhada do dever de ampla publicidade dessas reuniões, o que permite a participação de todos os interessados bem como a transparência de todos os atos.

A previsão de reuniões durante a realização dos estudos bem como de alteração dos projetos apresentados em decorrência de contribuições dos agentes estatais e de audiências públicas reforçam o diálogo no procedimento, desfazendo “a posição consumerista do Poder Público” (PALMA, 2015, p. 135) nos procedimentos adotados conforme a dinâmica do decreto anterior, de quem apenas recebe e avalia os projetos, transformando o procedimento de manifestação de interesse efetivamente em um instrumento de negociação, de consenso, de troca de ideias e experiências.

A avaliação dos estudos será analisada por Comissão designada pelo órgão setorial responsável pelo empreendimento, podendo abrir prazo para reapresentação, visando à adequação aos critérios previstos no edital.

Os critérios de avaliação não diferem do decreto anterior, constituindo: na verificação da observância de diretrizes e premissas definidas pelo órgão; consistência e a coerência das informações; adoção das melhores técnicas; compatibilidade com a legislação aplicável ao setor e com as normas técnicas; demonstração comparativa de custo e benefício da proposta em relação a opções funcionalmente equivalentes; impacto socioeconômico da proposta para o empreendimento³³.

O Decreto prevê a possibilidade de que os estudos sejam rejeitados parcialmente, caso em que os valores de ressarcimento serão apurados apenas em relação às informações efetivamente utilizadas em eventual licitação, ou totalmente (art. 12).

No caso de a administração entender que os estudos e projetos apresentados não são satisfatórios, não selecionará nenhum deles. Logo, mesmo havendo futura licitação para

³² 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 (BRASIL, 2015).

³³ Art. 10. Os critérios para avaliação e seleção dos projetos, levantamentos, investigações e estudos serão especificados no edital de chamamento público e considerarão: I - a observância de diretrizes e premissas definidas pelo órgão ou pela entidade a que se refere o art. 2º; II - a consistência e a coerência das informações que subsidiaram sua realização; III - a adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, e a utilização de equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor; IV - a compatibilidade com a legislação aplicável ao setor e com as normas técnicas emitidas pelos órgãos e pelas entidades competentes; V - a demonstração comparativa de custo e benefício da proposta do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, na hipótese prevista no § 2º do art. 4º; e VI - o impacto socioeconômico da proposta para o empreendimento, se aplicável

contratação do empreendimento, não haverá ressarcimento pelas despesas efetuadas no PMI (art. 12, parágrafo único).

O resultado do PMI será divulgado por meio de publicação no Diário Oficial da União e de divulgação na Internet. Em atendimento às diretrizes da lei de acesso à informação (Lei 12.527/11), que prevê no §3º do art. 7º, “o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”, o decreto determina que os projetos e estudos serão divulgados após a decisão administrativa³⁴.

Embora o decreto não deixe expresso, é necessário que a decisão pela escolha dos estudos seja fundamentada e acompanhada de todos os estudos apresentados, possibilitando o controle da adequação da decisão estatal ao interesse público.

Na apuração do valor de ressarcimento, o decreto reitera as disposições anteriores de que os valores apresentados serão apurados pela comissão que, caso entenda não serem adequados, poderá arbitrar valor com devida fundamentação. Caso o selecionado rejeite, seus estudos não serão utilizados e a administração poderá selecionar outros projetos apresentados. O valor arbitrado pela comissão deverá ser aceito por escrito, com expressa renúncia a outros valores pecuniários³⁵.

Em que pese os avanços do decreto, observa-se que não solucionou a insegurança na determinação dos valores de ressarcimento, que ficam a critério da administração, sem a determinação de parâmetros objetivos para sua verificação.

³⁴ Art. 13. O órgão ou a entidade solicitante publicará o resultado do procedimento de seleção nos meios de comunicação a que se refere o inciso IV do caput do art. 4º (BRASIL, 2015).

Art. 14. Os projetos, levantamentos, investigações e estudos somente serão divulgados após a decisão administrativa, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (BRASIL, 2015).

³⁵ 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 (BRASIL, 2015).

Por fim, o decreto se aplica, no que couber, às autorizações para apresentação de estudos já publicadas pela Secretaria-Executiva do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas, mas não aos chamamentos públicos em curso³⁶.

5. Conclusão

O procedimento de manifestação de interesse tem sido utilizado pelas diversas esferas de governo, relevando-se importante instrumento de aproximação entre os setores público e privado.

Se é certo que a Constituição de 1988 possui viés não liberal, demandando forte presença estatal, não é menos correto afirmar que a permeabilidade do tecido estatal é reclamada pelo tecido constitucional, superando ambiente de possível dicotomia e animosidade entre as esferas pública e privada. A cooperação, antes de representar fragilidade à tutela do interesse público, pode servir para enaltecê-lo.

Importante exemplo de cooperação privada é o procedimento de manifestação de interesse, cuja origem remonta à Lei 8.987/95, responsável por ditas normas gerais relativas à concessões e permissões de serviço público.

A contribuição prévia por particulares na realização de estudos que possam servir para formatação da licitação futura, cujo escopo será a prestação de serviços e/ou obras públicos, pode se revelar positiva, porque permite ao Estado economia de recursos, desonerando-o do dever de remunerar o privado para se municiar de informações e documentos que poderão ser úteis para decisões ulteriores.

A aproximação público privada via PMI exigirá a adoção de cautelas por parte da administração pública, sobretudo visando garantir a observância dos princípios vetores da função administrativa.

Regras claras e transparentes, que permitam a participação plural de diversos interessados na elaboração de estudos, projetos, via procedimento de manifestação de interesse, são condições sem as quais não se garante a salvaguarda do interesse público. Delimitações prévias sobre critérios objetivos a guiar a seleção dos estudos e projetos que serão aproveitados e regras sobre a remuneração privada também são relevantes.

³⁶ Art. 19. Aplica-se o disposto neste Decreto às parcerias público-privadas, inclusive às já definidas como prioritárias pelo Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP e, no que couber, às autorizações já publicadas por sua Secretaria-Executiva, para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos elaborados por pessoa física ou jurídica de direito privado reguladas pelo Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006. Parágrafo único. A competência para avaliação, seleção e publicação do resultado dos procedimentos de manifestação de interesse em andamento observará as disposições contidas neste Decreto e caberá à Secretaria-Executiva do CGP comunicar a modificação de competência às pessoas autorizadas (BRASIL, 2015).

Atentando-se para tais fatores, o novo Decreto Federal buscou, embora não infenso a críticas, a observância dos princípios constitucionais na utilização do procedimento de manifestação de interesse em âmbito federal. Espera-se que os Estados e Municípios procurem também aprimorar seus regulamentos sobre o tema.

6. Referências bibliográficas

ARGENTINA. *Decreto Argentino 966/2005* de 16 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=108805>>. Acesso em 25 fev.2015.

BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2015.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Aviso de solicitação de manifestação de interesse nº 02/2014*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/1252223/TDR_35_-_Manifestaxo_de_Interesse_-_09_10_14.pdf/b5a4d69e-e2a1-45d2-def-12c89885c285>. Acesso em 25 fev. 2015

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015 Procedimento de manifestação de interesse - PMI*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/pronunciamentos/2015/150406_Apresentacao_DecretoPMI_ASSEC.pdf>. Acesso em 24 fev. 2015

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Setor privado terá regras mais claras e maior participação em projetos de infraestrutura*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=12212>>. Acesso em 23 fev. 2015

CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas Concessões de serviços públicos e parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9.ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. As transformações do conceito de desapropriação à luz dos paradigmas do direito. *Revista Jurídica: Revista do Curso de Direito da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira.*, v.1, p.49 - 69, 2002.

FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte _ RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 209-217, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62409>>. Acesso em: 12 mar. 2015

FORTINI, Cristiana. A experiência belo-horizontina do orçamento participativo como ferramenta para o desenvolvimento local. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75526>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GHD Pty Ltd. *Unsolicited proposals*. 2012. Disponível em: <http://ppp.gov.ph/wp-content/uploads/2012/09/Policy-Brief-Unsolicited-Proposals_20092012.pdf>. Acesso em 23 fev. 2015.

HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. 2007. *Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency*. Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) working paper series. Washington, DC: World Bank. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/2007/01/8842950/unsolicited-infrastructure-proposals-some-countries-introduce-competition-transparency>>. Acesso em: 25 fev.2015.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Unsolicited proposals for PPP international relevance and practice*. Disponível em:<http://www.dif.mp.gov.in/ppp/pppgis2014/GIS_Swiss_Challenge_IFC.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Mário Márcio Saadi. 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.

LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Cristina Andrade. A participação popular nos contratos administrativos. *In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord.). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOTTA, Fabrício. O princípio constitucional da publicidade administrativa. *In: MARRARA, Thiago (Org.). Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 274.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, abr./jun. 2012 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79907>>. Acesso em: 17 maio 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56088>>. Acesso em: 20 maio 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 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: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

PEREIRA, Bruno Ramos; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. *Procedimento de manifestação de interesse nos estados: relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*. Observatório das Parcerias Público-Privadas, 2012. Disponível em: <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-estados-0>> Acesso em: 06 mar. 2015

PPP Brasil. *PMI de iluminação pública do município de São Paulo conta com mais de 30 empresas cadastradas*. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/pmi-de-ilumina%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-do-munic%C3%ADpio-de-s%C3%A3opaulo-Conta-com-mais-de-30-empresas-cadastrada>>. Acesso em 23 fev. 2015.

PUBLIC PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY. *Unsolicited proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. 2014. Disponível em: <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/UnsolicitedProposals_PPIAF.pdf>. Acesso em: 25 fev./2015.

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; 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; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996.

SÃO PAULO. *Chamamento público 01/2013 SES*. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/chamamento-publico-ip_1382104860.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2015.

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

SILVA, Danilo Tavares da. Licitação na Lei 11.079/2004. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

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*, n.º 2 – jul./dez. de 2012. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80807>>. Acesso em: 05 mar. 2015.