LIVIA WANDERLEY DE BARROS MAIA VIEIRA

PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) E MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP):

Mecanismos de contribuição das entidades privadas para o alcance dos fins públicos

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

LIVIA WANDERLEY DE BARROS MAIA VIEIRA

PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) E MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP):

Mecanismos de contribuição das entidades privadas para o alcance dos fins públicos

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Vieira, Livia Wanderley de Barros Maia

Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP): Mecanismos de contribuição das entidades privadas para o alcance dos fins públicos / Livia Wanderley de Barros Maia Vieira. – São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2017.
[418] f.

Orientador Professor Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito do Estado, 2017.

CDU 7

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NOME: VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia.

TÍTULO: *Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP):* Mecanismos de contribuição das entidades privadas para o alcance dos fins públicos

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto.

Aprovada em:

Banca examinadora:

Prof. Dr.: _____ **Instituição:**_____

Julgamento: _____ **Assinatura:**_____

Prof. Dr.: _____ **Instituição:**_____

Julgamento: _____ **Assinatura:**_____

Prof. Dr.: _____ **Instituição:**_____

Julgamento: _____ **Assinatura:**_____

Prof. Dr.: _____ **Instituição:**_____

Julgamento: _____ **Assinatura:**_____

Prof. Dr.: _____ **Instituição:**_____

Julgamento: _____ **Assinatura:**_____

À minha voinha Marily,
por todo o amor e torcida em seu universo particular,
e ao meu voinho Luiz de Barros.

AGRADECIMENTOS

Esta tese foi pensada, maturada, e escrita ao longo de incríveis cinco anos e meio de vida acadêmica no Largo São Francisco. E, apesar do apego desenvolvido por estas centenas de páginas, é chegada a hora deste trabalho se materializar e ganhar independência, voar...

A trajetória não foi fácil! Muitas horas de sono foram perdidas, a saúde fraquejou em outras, assim como momentos importantes foram deixados em segundo plano, tudo em busca do infinito e da libertação do conhecimento.

Por outro lado, inúmeros foram os desafios, experiências e aprendizados. Hoje, embora tomada pela exaustão inerente à reta final de depósito de uma tese, minha síntese não poderia ser outra: é imensurável o crescimento acadêmico, pessoal e profissional por mim adquiridos. Valeu muito a pena!

Essa trajetória, contudo, não foi percorrida sozinha. Tampouco seria possível chegar a este momento, não fosse o apoio de pessoas tão especiais. Tenho a consciência de que essas linhas não são suficientes para o merecido agradecimento a todos aqueles que fazem parte dessa conquista, nem conseguirei nominar a todos, mas a gratidão aqui transcrita é que de mais sincero posso dar a todos vocês.

Primeiramente, é necessário reconhecer as Universidades que me acolheram durante vários anos e serviram de meio para essa busca pelo saber: Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal (FDUL), Faculdade de Direito da Universidade da Pensilvânia – Estados Unidos (PENN LAW) e, é claro, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). É pelo reconhecimento a essas Universidades que aproveito para agradecer a dedicação de todos os queridos professores e técnicos administrativos que são incansáveis na realização de suas funções.

Um agradecimento muito especial deve ser feito ao Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, orientador desta tese, por todos os ensinamentos nas aulas e nas orientações, oportunidades e apoio acadêmicos, durante esses cinco anos. Suas iniciativas de discussão colegiada dos estudos, grupos de pesquisa e (várias)

monitorias, certamente, foram determinantes para a minha formação. Muito obrigada!

Ao Professor David Duarte, da FDUL, é preciso agradecer por toda confiança e apoio, mesmo nas jornadas enveredadas pós-Mestrado.

É preciso homenagear os mestres do Programa de Pós-Graduação da FDUSP, que me fizeram ver o direito por outras perspectivas: Professores Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Fernando Dias Menezes de Almeida, Vitor Schirato, sem deixar de mencionar Floriano de Azevedo Marques Neto. Ainda, agradeço a todos os nortes dados pelos Professores Marcos Perez, Fernando Dias Menezes de Almeida e meu Professor orientador na banca de qualificação. Espero ter refletido suas contribuições nesta tese.

Não poderia deixar de agradecer aos grandes juristas e, principalmente, amigos que tive a oportunidade de conhecer na FDUSP. Obrigada por tudo que compartilhamos nesses anos: momentos de descontração, angústias, trabalhos em conjunto, monitorias, etc: Marina Cardoso, Juliana Bonacorsi de Palma, Mariana Chiesa, Renata Meireles Schirato, Maís Moreno, André Rosilho, José Jair Marques Junior, Juliane Erthal de Carvalho, Rafael Roque Garofano, Patrícia Pessoa Valente, Rodrigo Miragaya, Nara Merlotto, André Castro Carvalho, Gustavo Schiefler e Tomas Filipe Schoeller Paiva, cuja amizade me acompanha desde os tempos lisboetas. É em nome desses que agradeço a todos os colegas da FDUSP. Agradecimento específico deve ser feito à Marina Fontão Zago por, além de tudo, ter me apoiado nos planos do programa de *visiting*, além de ter partilhado momentos felizes em solo americano.

Um agradecimento muito especial deve ser feito ao Professor Cary Coglianese, mentor de pesquisa durante o período de *visiting scholar* na Penn Law, por toda a sua generosidade na arte de ensinar. Obrigada por me acolher tão bem na Penn Law e, também, por me permitir vivenciar e participar do *RegBlog*. Não poderia deixar de agradecer, também, ao Professor David Zaring pelas preciosas lições de *administrative law*; à Diretora de Programas Internacionais Rangita de Silva Alwis, a todo o apoio de Lauren Owens e àquela que dividiu boa parte do Programa de *visiting scholar* comigo,

Federica Coppola (*European University Institute*). *Thank you so much! I really appreciate it.*

Agradecimento muitíssimo especial à Gabriela Menna Barreto e à Mariana Pacini por terem dividido a maior parte das alegrias e, também, de árduo estudo na Philadelphia. Amo vocês! Obrigada, também, à Livia Lewis, Cinthia e Daniel Flynn, Andrew Kavesh, Maria Fernanda e Maria Vitória (Fefê e Vivi) por todos os momentos felizes durante essa temporada americana.

Ao Jurídico do ITAÚ, pelo total apoio durante o programa de doutorado, desde a sua primeira concepção, até os últimos dias de elaboração desta tese. Agradecimentos especiais àqueles que participaram diretamente disto: Leila Melo, Luis Vicente Magni De Chiara, Teresa Cristina Marcondes (Tina), José Geraldo Ortiz Jr., Bruno Crepaldi, Manoel Rezende (nosso Dr. Rezende, *in memoriam*), Leandro Franco Alexi e Claudia Politanski – Obrigada pela confiança, suporte, paciência e amizade. Agradeço também a todos os colegas de trabalho, equipes maravilhosas e secretárias, que sempre me trouxeram palavras de apoio, conforto e fizeram tudo que puderam para me ajudar.

Não teria palavras para agradecer à pesquisadora Giovana Paschoalin Nigro que foi incansável na parceria e apoio durante o último ano e, em especial, no último mês. Obrigada pela acurada pesquisa legislativa, pelas provocações teóricas realizadas e pela ajuda precisa de revisão do texto e das notas de rodapé.

Obrigada também à pesquisadora Maria Elisa Valtão pelo auxílio na reta final, ao apoio de tradução de Paul Tipple, Yuri dos Anjos e da revisão de ABNT e ortografia da Microart.

Obrigada aos Professores Lino Torgal e Marisa Martins Fonseca por terem me apresentado aos encantos do tema que me propus a investigar e por, gentilmente, terem me recebido em Lisboa.

Aos meus queridos amigos, pelo amor, paciência, momentos de descontração, vibração nas vitórias e apoio nas fraquezas. A vida não seria colorida sem vocês.

Diante da impossibilidade de nominar todos, deixo o muito obrigado representado em nome daqueles que participaram, mais diretamente, desse período: Brisa Paim – obrigada pelas lições de

Castanheira Neves e de *direito e literatura*; Ticiane Pinho, que nos momentos difíceis esteve lá comigo, Raquel Barbosa (e, claro, As Doze – Lua, Carol, Chel, Dani, Mari, Liu, Rafa, Mel, Stella e Paulinha. Amo vocês!), Rosana Bastos, Bruno Crepaldi, Heloisa Granja, Isis Sampaio, Narjara Pavan, Laurine Delfino e Ciro di Benatti.

E é preciso agradecer à base de tudo, a família.

Devo um agradecimento imenso à família Margarido, por todo o amor a mim conferido, pelo apoio incondicional e preocupação quando a saúde não aguentou e por tornar meus dias mais felizes, leves e acolhedores: Luiza, Lolo (nunca poderei ser grata o suficiente por tudo o que você fez e faz por mim), Vovó Daisy, Tia Marina e Tio Dinho (*in memoriam*), Carol, Guga, Felipe e Pedro Escobar, Tia Julia, Nina, Pedro, Camila, Maria, Laila e Flora.

Obrigada, também, por todo amor: à família Vieira, representados em nome dos queridos Tios Ana e Hiram; à Silvinha, por cuidar tão bem do meu pai e de mim; e, à família Wanderley, em nome dos amados Tios Elza (*in memoriam*) e Milton (*in memoriam*), que nos deixaram enquanto eu estava longe, e do Daniel Tavares, pela presença constante.

Agradeço, ainda, ao Tio Sergio, Felipe e Rodrigo; ao Tio Lú (*in memoriam*), que está olhando por mim de onde estiver, e à Tia Martha Wanderley, por estar sempre comigo e me dedicar um verdadeiro amor de mãe.

Muito obrigada aos meus amados pais, Sandra e Everaldo por todo amor, paciência, suporte e torcerem por mim sempre. Obrigada também aos meus voinhos Luiz de Barros e Marily, a quem, inclusive, dedico este trabalho.

Por fim, agradeço especialmente a Deus, por ter me dado forças e saúde para chegar até aqui.

Gratidão. Amor.

RESUMO

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. **Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP):** Mecanismos de contribuição das entidades privadas para o alcance dos fins públicos. 2017. [418]f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

Esta tese tem por finalidade o estudo dos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e das Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), ou em conjunto, denominadas "Manifestação(ões) de Interesse" – enquanto mecanismos consensuais de aproximação entre o setor elect e o setor privado –, utilizados com o objetivo de alcançar fins públicos nas contratações da Administração Pública. A análise se mostra relevante por algumas razões: (i) o Brasil ainda enfrenta um electi de infraestrutura, que impacta o desenvolvimento electio do país; (ii) a transformação dessa realidade depende, entre outros, de uma atuação electionive parceira com entidades privadas e concretizada por meio de election públicos; (iii) essa atuação election é marcada por problemas como: erros de projeto e de precificação, desperdícios, restrições orçamentárias, corrupção etc.; e, (iv) as Manifestações de Interesse podem oferecer soluções para esses problemas e para o desenvolvimento das contratações públicas no Brasil. E isso porque a Administração Pública realiza constantemente escolhas de gestão pública, fundadas nas prioridades de governo, e a consequente seleção do que, como e com qual modelagem contratar é sempre desafiadora. Nesse sentido, as Manifestações de Interesse funcionam como fonte de insumos, de captura dos interesses da sociedade e como incubadora de inovações para o desempenho dessas funções públicas. Tudo isso pode gerar aprimoramento e modernização para as relações entre Administração Pública e sociedade, o que é relevante, especialmente num momento de necessária recuperação econômica do país. Para tanto, concentramos nossas electio, inicialmente, no entendimento de como esses mecanismos estão estruturados atualmente; em seguida, realiza-

mos uma análise election dos problemas teóricos e práticos apontados pelos estudiosos do tema; e, por fim, adentramos no universo da decisão electionive, e do seu procedimento inerente, já que o seu aprimoramento – especialmente quanto à motivação, isonomia, transparência e publicidade – representa o principal meio de resolução ou mitigação dos problemas identificados nas Manifestações de Interesse, o que, por consequência, viabiliza o alcance dos fins públicos. Isso significa dizer que o objetivo central deste estudo é defender a necessidade de melhorias no processo decisório da Administração Pública nas Manifestações de Interesse, de modo a potencializar o manejo dessas contribuições das entidades privadas na estruturação de modelagens, tudo com vistas a gerar avanços para as contratações públicas.

Palavras-chave: Manifestação de Interesse. Procedimento de Manifestação de Interesse. PMI. Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada. MIP. Administração Pública. Entidades Privadas. Decisão Administrativa. Procedimento. Consensualidade. Contratação Pública. Fins Públicos.

ABSTRACT

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. **Requests for Proposals (RFP) and Unsolicited Proposals (UP):** mechanisms for private entities to contribute to meeting public objectives. 2017. [418]f. Thesis (Doctorate) – Department of State Law, Faculty of Law, University of Sao Paulo, 2017.

This thesis has, as its aim, the study of Requests for Proposals (RFP) and of Unsolicited Proposals (UP), together known as 'Expressions of Interest' – as consensual mechanisms of approximation between the public sector and the private sector – used for the purpose of achieving public objectives in Public Administration contracting. The analysis is relevant for several reasons: *(i)* Brazil still faces an infrastructure deficit, which impacts on the economic development of the country; *(ii)* the transformation of this reality depends, among other things, on a working administrative partnership with private entities carried out by means of public contracts; *(iii)* this contractual action presents problems such as: design and pricing errors, waste, budget constraints, corruption etc; and, *(iv)* Expressions of Interest may offer solutions to these problems and to the development of public contracting in Brazil. This is because Public Administration constantly makes public management choices, based on government priorities, and the consequent selection of *what*, *how* and with *which modelling* to contract is always challenging. In this sense, Expressions of Interest function as a source of inputs, a source of capturing the interests of society, and they serve as an incubator for innovations in the performance of these public functions. All of this can generate improvement and modernization for relations between Public Administration and society, which is relevant, especially at a time of necessary economic recovery of the country. Therefore, we focus our reflections, initially, on the understanding of how these mechanisms are currently structured; then we perform a diagnostic analysis of the theoretical and practical problems pointed out by the scholars of the subject; and, finally, we enter into the universe of the administrative decision, and its inherent procedure, since

its improvement – especially with respect to motivation, transparency and publicity – is the principal means of resolving or mitigating the problems identified in the Expressions of Interest, which, consequently, make it possible to achieve the public purposes. This is to say that the central objective of this study is to defend the need for improvements in the decision-making process of Public Administration in Expressions of Interest, in order to enhance the management of these contributions of private entities in the structuring of models, all with a view to generating advances in public contracting.

Keywords: Expressions of Interest. Request for Proposals. RFP. Unsolicited Proposals. UP. Public Administration. Private Entities. Adminsitrative Decision. Procedure. Consensuality. Public Contracting. Public Objectives.

RÉSUMÉ

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. **Les Demandes Proposition (DP) et la Proposition Spontanée (PS):** Les mécanismes de contribution des entités privées à la réussite des fins publics. 2017. [418]f. Thèse (Doctorat) – D**é**partement de Droit Public, Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2017.

Cette elec propose une elec des Demandes de Proposition (DP) et des Propositions Spontanées (PS) – appelées dans leur ensemble des « Expression d'Intérêt » – en tant que mécanismes consensuels de rapprochement entre le secteur public et le secteur privé, electio dans le but d'atteindre les fins publics dans les engagements de l'Administration Publique. La pertinence de cette analyse elect de multiples raisons : *(i)* le Brésil fait face à un electi d'infrastructure qui pèse sur la situation économique du pays ; *(ii)* la transformation de cette situation elect, entre autres, d'une pratique administrative en partenariat avec des entités privées qui se election à travers des contrats publics ; *(iii)* cette performance contractuelle est electi par des electio comme : les erreurs de projet et d'établissement des prix, les gaspillages, les restrictions budgétaires et la corruption ; et *(iv)* les Expressions d'Intérêt peuvent contribuer à la solution de ces electio et au développement des engagements publics au Brésil. Cela s'explique par le fait que l'Administration Publique fait constamment des choix de gestion publique fondées sur les priorités du gouvernement et, par election, la election de *quoi*, *comment* et sous *quel modèle* établir les contrats est toujours un défi. Ainsi, les Expressions d'Intérêt fonctionnent comme une source de contributions, de captation des intérêts de la société et comme un incubateur d'innovations pour le progrès des fonctions publiques. Elles peuvent donc engendrer le perfectionnement et la modernisation de rapports entre l'Administration Publique et la société, ce qui est fondamental surtout devant la nécessité de récupération économique du pays. Dans ce but, nous avons concentré nos réflexions tout d'abord sur la compréhension de comment ces mécanismes se structurent actuellement ; ensuite, nous avons entrepris une analyse

afin de diagnostiquer les problèmes théoriques et pratiques soulignés par les spécialistes de ce thème ; et, finalement, nous nous sommes plongés dans l'univers de la décision administrative et de sa procédure inhérente, une fois que son perfectionnement – spécialement en ce qui concerne le motif, l'isonomie, la transparence et la publicité – représente le principal moyen de résolution ou mitigation des problèmes identifiés dans les Expressions d'Intérêt, ce qui permet en conséquence la réalisation des fins publics. Cela veut dire que le but central de cette étude est celui de démontrer le besoin d'améliorations dans le processus de décision de l'Administration Publique dans le cas des Expressions d'Intérêt, afin de potentialiser la gestion de ces contributions des entités privées dans la structuration de modèles, visant l'amélioration des procédures contractuelles des engagements publics.

Mots-clefs: Expression d'Intérêt. Demandes de Proposition. DP. Propositions Spontanées. PS. Administration Publique. Entités Privées. Décision Administrative. Procédure. Consensualité. Engagement Public. Fins Publics.

SUMÁRIO

ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS 25

PRIMEIRA PARTE
CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

1. OS PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) E AS MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP) NO CONTEXTO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA..... 39
   - 1.1 Características gerais dos PMI e MIP..... 39
   - 1.2 Como as *Manifestações de Interesse* se inserem nas contratações públicas..... 47
   - 1.3 Desafios de desenvolvimento do instituto das *Manifestações de Interesse* no Brasil 54
   - 1.4 As decisões administrativas como parte integrante (e determinante) das *Manifestações de Interesse* 65

2. A CONSENSUALIDADE COMO PRESSUPOSTO DAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE* 69
   - 2.1 A mudança de pressupostos da Administração Pública – atuação mais próxima das entidades privadas..... 69
   - 2.2 A emergência dos mecanismos de consensualidade..... 75
   - 2.3 A participação como prestígio à democracia..... 84
   - 2.4 A participação como fonte de eficiência, legitimidade e finalidade de interesse público..... 94

3. PRESSUPOSTOS NORMATIVOS DAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE* 100
   - 3.1 O art. 21 da Lei n. 8.987/1995 e o art. 31 da Lei n. 9.074/1995 100

3.2 O Decreto Federal n. 8.428/2015 e o revogado Decreto n. 5.977/2006 107

3.3 A legislação subnacional: Estados, Distrito Federal e Municípios 116

3.3.1 Parâmetros decisórios 120

3.4 Outras formas de participação já existentes no ordenamento brasileiro 129

3.4.1 Outras formas de participação na Contratação Pública: Propostas Voluntárias, Chamamentos Públicos, *Roadshow*, Consultas Públicas e Audiências Públicas 129

3.4.1.1 Consulta Pública e Audiência Pública ... 131

3.4.1.2 *Roadshow* 139

3.4.1.3 Outros procedimentos: procedimentos inominados; o Decreto n. 52.062/2010 – Município de São Paulo/SP – e os Decretos n. 23.820/2013 e n. 24.075/2013 – Município de Salvador/BA; entre outros 141

3.4.2 Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS) 149

3.4.3 A estruturação de projetos na Medida Provisória n. 727/2016, convertida na Lei n. 13.334/2016 – Procedimento Preliminar e o Procedimento de Autorização de Estudos 151

3.5 Necessidade e conveniência de ampliação das *Manifestações de Interesse* para outras formas de contratação .. 155

4. O PARADIGMA DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL . 157

4.1 O enfoque mais amplo na experiência internacional 158

4.2 Modos de seleção e de reembolso 169

4.2.1 Modos de seleção 170

4.2.2 Modos de reembolso 171

4.2.2.1 *Bonus System* 174
4.2.2.2 *Swiss Challenge System* 175
4.2.2.3 *Best and final offer* 176
4.2.2.4 *Reimbursement system* 178
4.2.2.5 Sistemas mistos 180
4.3 Legislação americana analisada 181

SEGUNDA PARTE
DIAGNÓSTICO NECESSÁRIO

5. DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS 199
5.1 Entre problemas teóricos e práticos 200
5.1.1 As *Manifestações de Interesse* e os contratos de longa duração 201
5.1.2 Natureza jurídica do vínculo entre Administração Pública e interessados nas *Manifestações de Interesse* 203
5.1.3 Possibilidade de outorga única ou múltipla de autorização de estudos 209
5.1.4 Divisão do objeto do estudo nas *Manifestações de Interesse* 213
5.1.5 Imprecisa definição do objeto do chamamento público 215
5.1.6 Falta de capacidade institucional da Administração Pública 216
5.1.7 Risco do ressarcimento 219
5.1.8 Baixa conversão em licitação de Manifestações de Interesse realizadas 227
5.1.9 Falta de transparência e dificuldade de um controle efetivo 231

5.1.10 Dificuldade de escolha da proposta 234

5.2 Da contratação na sequência de PMI e MIP 239

TERCEIRA PARTE

6. A DECISÃO ADMINISTRATIVA – CONTEXTUALIZAÇÃO 245

6.1 Dogmática da decisão jurídica 246

6.2 Dogmática da decisão administrativa 254

6.3 A decisão administrativa como resultado do procedimento 263

6.4 A decisão administrativa de contratar e de delegar serviços e obras públicas 275

7. ANÁLISES PARA A DECISÃO DE SOLICITAR MODELAGENS DE PROJETO DE UMA NECESSIDADE PÚBLICA VIA PMI 293

7.1 O que deve ser considerado pela Administração Pública? 293

7.1.1 O motivo para a Administração Pública não desenvolver a modelagem completa do projeto internamente 293

7.1.2 Viabilidade temporal de realizar o procedimento 298

7.1.3 Viabilidade financeira do projeto para custear o reembolso 302

7.1.4 Expertise adequada da Administração Pública para avaliar as propostas a serem oferecidas 304

7.1.5 A existência de diversos agentes econômicos no mercado que possam ter interesse em participar da PMI 305

7.2 Por que lançar o Edital de PMI vis-à-vis a possibilidade de provocar a apresentação de uma MIP por entidades privadas? 316

8 ANÁLISES PARA A DECISÃO SOBRE UMA MIP RECEBIDA 318

8.1 Razões para a rejeição preliminar de uma modelagem recebida 319

8.2 A decisão de prosseguir o procedimento a partir de uma MIP recebida 322

8.3 Adequação do objeto da modelagem ao formato de delegação e à modalidade contratual pretendida 325

9 A [AINDA DEFICITÁRIA] DECISÃO ADMINISTRATIVA NAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE* 327

9.1 Da decisão administrativa inadequada nas *Manifestações de Interesse* 328

9.1.1 Responsabilidades 328

9.1.2 Prestação de contas e controle 336

9.2 Risco de conflito de interesses e de corrupção na decisão administrativa 340

10 DA MELHORIA DA QUALIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE* 350

SÍNTESE CONCLUSIVA 355

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 363

ANEXO I – QUADRO ANALÍTICO: LEIS FEDERAL, ESTADUAIS E DO DISTRITO FEDERAL 384

ANEXO II – QUADRO ANALÍTICO: LEIS MUNICIPAIS 389

ANEXO III – LEGISLAÇÃO LOCAL CITADA 396

1) Decreto n. 52.062, de 30 de dezembro de 2010 – Município de São Paulo 396

2) Decreto n. 23.820 de 21 de março de 2013 – Município de Salvador/BA..... 408

3) Decreto n. 24.075 de 23 de julho de 2013 do Município de Salvador. 414

ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

Este estudo objetiva oferecer contribuições ao aprimoramento das contratações públicas por meio das *Manifestações de Interesse*, enquanto forma de cooperação da iniciativa privada a projetos de obras e serviços de interesse público.

E, indo além, a pesquisa a pesquisa busca propor parâmetros e limites para a participação privada na estruturação de projetos, por meio das *Manifestações de Interesse*, nas diversas formas de contratação pública. E, em especial, busca oferecer elementos de melhoria da decisão administrativa, e de seu procedimento inerente, como forma de solucionar, ou mitigar, os problemas práticos e teóricos identificados na utilização desses mecanismos no Brasil.

Com isso, ambiciona-se, também, conferir elementos que subsidiem a escolha do setor privado de contribuir ou não com a elaboração de estudos à Administração Pública nas *Manifestações de Interesse*.

– A problemática em investigação

Várias são as escolhas de gestão que envolvem a atuação da Administração Pública. Estas devem se basear nas prioridades de governo, nas necessidades sociais, para além da observância da legalidade. Nesse sentido, é sempre desafiadora a decisão do *que*, *como* e em *qual modelagem* contratar.

Essas escolhas permeiam boa parte da atuação contratual administrativa. E, especialmente naquelas atuações que exijam modelagens mais complexas, essa tarefa se mostra ainda mais árdua. Se realizadas diretamente, essas modelagens envolvem altos custos, com recursos que a Administração muitas vezes não dispõe, do aparato técnico que a Administração Pública deve possuir para realizá-la, bem como as responsabilidades que assume ao desenvolvê-las sem o suporte técnico ou a validação social daquele formato escolhido.

Não é tarefa fácil, também, conseguir atender aos anseios da sociedade destinatária daquela obra ou serviço público. Com isso, a utilização de meios de aproximação do agir administrativo à sociedade tende a ser benéfica para uma melhor captura dos interesses públicos envolvidos, como para a obtenção de maior legitimidade das escolhas públicas adotadas com utilização desses mecanismos consensuais.

É nesse contexto que as *Manifestações de Interesse* se inserem. *Manifestação de Interesse* é o termo adotado nesta tese para denominar os PMI e MIP em conjunto, bem como as outras formas assemelhadas de mecanismos que se utilizam da colaboração privada na estruturação de projetos, por meio da oferta solicitada ou voluntária de propostas.

A generalização terminológica se mostra relevante, na medida em que as reflexões feitas sobre esses vários tipos de mecanismos se assemelham bastante e podem ser tratados de forma comum. Naquilo que se diferenciam, são tratados de forma apartada, sendo denominados pelos seus próprios termos legais ou doutrinários.

Vale ponderar, aqui, a distinção existente entre os PMI e as MIP. Enquanto nos PMI há uma solicitação da Administração Pública à sociedade para a apresentação de propostas de estudos; nas MIP a iniciativa de proposta de estudo que impulsiona o procedimento parte da iniciativa privada.

Essa cooperação público-privada, previamente solicitada ou não, é a pura representação da consensualidade e da participação da iniciativa privada no agir administrativo.

Ou seja, a Administração Pública se despe de seu figurino autoritário para atuar de forma dialógica e parceira do setor privado, tudo em busca de alcançar os fins públicos.

Assim, as *Manifestações de Interesse*, enquanto mecanismos consensuais de estruturação de projetos, têm por escopo contar com a colaboração privada no desenvolvimento de modelagens, melhor capturar as necessidades públicas, atrair entidades privadas possivelmente interessadas em contratar com a Administração Pública e gerar contratos públicos mais hígidos.

Muitas adversidades são apontadas nos contratos públicos, em especial aquelas que se relacionam a erros de estruturação e de

projetos básicos e executivos que levam à necessidade de reajustes técnicos, financeiros e desperdício de recursos públicos e de tempo. Isso sem contar outros riscos, como o de corrupção.

A ocorrência de quaisquer dos problemas supramencionados, durante a execução dos contratos públicos, ocasionará o atraso da entrega da obra/serviço, ou mesmo sua inviabilidade, perda de recursos e a diminuição da confiança dos privados dispostos a colaborar com a Administração Pública.

É nesse sentido que o aprimoramento da fase precedente da licitação, em que a estruturação dos projetos está inserida, especialmente com o uso das ferramentas de consensualidade, pode solucionar os problemas mencionados e, portanto, a própria contratação administrativa.

Com isso, se bem manejadas, as *Manifestações de Interesse* podem representar verdadeiros meios de contribuição para o aperfeiçoamento das contratações públicas.

E isso porque, por meio desses mecanismos, os projetos tendem a ser mais acurados – já que, em geral, são elaborados por especialistas e analisados e discutidos com o corpo técnico da Administração Pública; podem oferecer saídas mais econômicas e eficientes, e, ainda, proporciona solução legal e procedimental para as conversas mantidas entre entidades privadas e públicas.

Dessa forma, e com vistas a tornar o atingimento dos fins públicos mais concretizável, mostra-se relevante o aprofundamento do estudos dos PMI, MIP e mecanismos assemelhados, como meios de aprimorá-los, contribuindo para maiores ganhos nas contratações públicas que deles decorrem.

Nessa linha, a avaliação do tema impõe uma compreensão acerca: (i) das mudanças de pressupostos da Administração Pública – *de uma atuação unilateral e autoritária para uma atuação mais consensual*; (ii) das principais finalidades e problemas que envolvem os PMI e MIP nas PPP, nas concessões e em outras formas de contratação pública; (iii) das formas de utilização de mecanismos de *Manifestação de Interesse* e o contexto normativo em que se inserem no Brasil e no prisma internacional; (iv) do diagnóstico dos problemas atualmente identificados nas *Manifestações de Interesse*; (v) da contextualização

acerca das decisões administrativas, bem como sobre aquelas inseridas na lógica das *Manifestações de Interesse*; e, por fim, como a melhoria da decisão administrativa nesses mecanismos pode trazer soluções aos problemas identificados e, por consequência, contribuições para o atingimento dos fins públicos, tudo sob a égide dos princípios que regem a atuação administrativa.

– Contribuição original à Ciência Jurídica brasileira

Contemporaneamente, a Administração Pública encontra-se diante de uma problemática fundamental: se, de um lado, as necessidades da população só se ampliam e ganham cada vez mais relevo, de outro, as restrições orçamentárias e a incapacidade da Administração de atender a todos os encargos que lhe são imputados dificultam – senão inviabilizam – o cumprimento dos deveres públicos.

Com isso, a Administração Pública aproximou sua atuação das entidades privadas,[1] por meio de delegação de algumas atividades de sua competência – via permissão ou concessão de serviço (comum,[2] patrocinada e administrativa – PPP[3]) –, bem como oportunizou uma maior integração entre Estado e sociedade, consubstanciada em várias formas de participação popular.[4]

O Brasil vive hoje momento de forte recessão econômica, o que se agrava pelo paradoxo cíclico de insuficiência de infraestrutura,

---

1 Buscou-se agregar o conhecimento técnico privado na gestão de serviços e uma fonte alternativa de angariar recursos – com vistas a propiciar uma maior eficiência aos serviços públicos – à "desincumbência" estatal de algumas funções públicas.

2 Aqueles regidos pela Lei n. 8.987/1995.

3 As Parcerias Público-Privadas (PPP) – concessões patrocinadas e administrativas –, regidas pela Lei n. 11.079/2004, representam uma opção para a Administração Pública, com vistas a suprir a necessidade de investimentos em infraestrutura, arcando com uma parcela (ou a integralidade, no caso das administrativas) da remuneração do parceiro privado e com uma divisão equânime dos riscos. Para além de todas as controvérsias que envolvem as PPP – o que certamente não é o principal objetivo deste estudo –, é importante observar que, no Brasil, ainda não é relevante o número de contratações por meio de PPP.

4 No âmbito das concessões comuns, administrativa e patrocinada, presencia-se a emergência dos instrumentos de consensualidade: (i) na possibilidade de previsão de mecanismos de arbitragem; (ii) na submissão do edital a consultas públicas; e, o que mais se releva nesta pesquisa, (iii) na oportunidade de o setor privado cooperar com determinados projetos de interesse público, tendo essa manifestação sido solicitada ou não.

gargalo econômico, inviabilidade de investimentos no setor privado e alto desemprego. Ou seja, a roda da economia não gira.

Esse cenário intensifica o nível de desconfiança dos investidores internacionais. Contribuem para esse conceito negativo fatores como a corrupção, o risco regulatório-político, que está bastante atrelado à insegurança jurídica, e, em especial, a falta de infraestrutura adequada para o desenvolvimento sólido do país.

Na prática, o Brasil encontra-se impossibilitado de acompanhar o ritmo de crescimento que seria exigido pela economia mundial. E isso porque falta infraestrutura adequada para o escoamento da produção nacional e, até mesmo, para suprir as necessidades mais básicas do cidadão, como saneamento, saúde e educação. Nesse cenário político e econômico, as PPP mostram-se como uma importante alternativa para o desenvolvimento nacional, especialmente no setor de infraestrutura.[5] Entretanto, parece que essa forma de contratação ainda está muito incipiente no Brasil.[6]

Pode-se dizer que falta corrigir e suprir algumas impropriedades legais, adquirir aprendizado e higidez com as experiências já efetivadas, e, em alguns casos, ter mais êxito em demonstrar atratividade dos projetos para os possíveis parceiros privados.

Diante disso, as *Manifestações de Interesse* representam importantes contribuições para que as PPP possam vir a ser fonte de avanços bem-sucedidos em obras de infraestrutura e serviços de interesse público. E mais. Partindo-se da experiência um pouco mais consolidada dos PMI e MIP nas PPP, vale refletir essas boas práticas para outras formas de contratação, como as concessões e outros tipos de contratos públicos.

Com isso, é possível agregar *know-how* privado, bem como maior legitimidade e eficiência a essas contratações.

---

5 Vide exemplo da Concessão do Rodoanel, trecho Oeste, em São Paulo, e do Projeto Porto Maravilha no Rio de Janeiro, entre outros.

6 De modo geral, ainda não é expressivo o número de contratos efetivados por Parcerias Público-Privadas no Brasil. Em nível federal, apenas em 2010, seis anos após a edição da Lei n. 11.079/2004, é que se lançou o primeiro projeto de PPP na modalidade *concessão administrativa* – Data Center conjunto da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil.

Entretanto, como se verá neste estudo, as experiências de PMI e MIP realizadas até então no país têm se mostrado pouco efetivas e a doutrina identificou uma série de problemas relacionados a esses mecanismos e que justificaria o baixo sucesso dos procedimentos.

Por outro lado, a produção legislativa tem avançado em ritmo mais acelerado, mas não necessariamente endereçando soluções aos problemas constatados na teoria e na prática.

É nesse cenário de deficiências constatadas e poucas soluções apresentadas e implementadas que se pretende, principalmente, contribuir para a ciência jurídica brasileira de forma original. E, por consequência, para a melhoria da atuação administrativa em busca do atingimento dos fins públicos.

A partir da avaliação do cenário brasileiro vigente e do paradigma internacional, pretende-se oferecer uma contribuição prática para a resolução dos problemas postos em relação às *Manifestações de Interesse* no Brasil.

Além disso, nos dispusemos a inovar também na análise das decisões administrativas inseridas no âmbito desses mecanismos, bem como dos procedimentos a elas inerentes, como forma de potencializar a solução ou mitigação dos desafios enfrentados na teoria e na prática.

Em suma, como intenção principal, objetiva-se contribuir para a ciência jurídica brasileira com uma abordagem original sobre os parâmetros, limites e formas mais adequadas de efetivar as *Manifestações de Interesse*, de modo a materializar o alcance seu fim último – os interesses públicos envolvidos, em especial aqueles atinentes ao desenvolvimento nacional.

– Metodologia e fontes de pesquisa

A partir da delimitação do objeto de pesquisa, analisou-se os principais pressupostos doutrinários, normativos e fáticos dos PMI e das MIP, além de outros procedimentos assemelhados, no Brasil.

Avaliou-se a legislação federal de regência, bem como as normas de todos os Estados brasileiros e do Distrito Federal. Fez-se uma escolha metodológica de pesquisa em relação à análise de alguns municípios brasileiros eleitos.

Diante da impossibilidade de analisar a totalidade dos municípios, adotou-se como critério de seleção[7] os municípios com maior Produto Interno Bruto (PIB), elegendo as cinco capitais mais bem listadas no *ranking* de PIB municipais do IBGE,[8] sendo uma representativa de cada região oficial do Brasil – Sul (Curitiba/PR, n. 5 do *ranking*), Sudeste (São Paulo/SP, n. 1 do *ranking*), Nordeste (Fortaleza/CE, n. 7 do *ranking*), Norte (Manaus/AM, n. 13 do *ranking*) e Centro-Oeste (Brasília – Distrito Federal/DF, n. 3 do *ranking*).

Para além das cinco capitais escolhidas, decidiu-se avaliar em complementação o Município de Salvador/BA, já que possui diversas legislações correlatas, inseridas no conceito mais amplo de *Manifestações de Interesse*. Dessa forma, julgou-se conveniente avaliar também a legislação sobre PMI e MIP desse Município, com vistas a identificar as eventuais relações entre as legislações.

Para a investigação da legislação nacional, criamos duas planilhas de análise base – uma para União, Estados e Distrito Federal, e outra para os Municípios, abrangendo-se as legislações alternativas identificadas –, de modo a uniformizar o olhar dado em cada uma das legislações avaliadas. A partir da criação do padrão analítico, o qual se encontra reproduzido nos anexos deste estudo, as informações obtidas a partir da leitura das legislações foram inseridas na tabela até a última data-base de atualização de 01/09/2016.

Essas normas foram identificadas a partir da busca em sites do legislativo e executivo local, complementadas por buscas no *Google* (www.google.com), bem como em Portais da internet especializados em Parcerias Público-Privadas (PPP), como o PPP Brasil[9] e o Radar PPP.[10]

O resultado dessa pesquisa foi aproveitado para a reflexão e argumentação/ contraposição de todos os elementos deste texto.

---

7 Esses critérios serão relembrados também no Capítulo 3, em que o tema é tratado.

8 Esta seleção foi feita em 29/06/2016 e se utilizou do estudo mais recente do PIB disponibilizado pelo IBGE em seu site na internet – 2012. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91152.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

9 Disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/>.

10 Disponível em: <https://www.radarppp.com>.

Tivemos, também, a oportunidade de analisar a doutrina internacional e fazer uma abordagem crítica sobre procedimentos assemelhados de diversos países, analisados pelos autores de referência no tema.[11] Adicionalmente, verificou-se algumas legislações esparsas, mencionadas pela doutrina, em especial as normas e os relatórios emitidos pela União Europeia.

Além disso, durante o período de seis meses em que esteve como pesquisadora visitante na Faculdade de Direito da Universidade da Pensilvânia (Penn Law) – *visiting scholar program* –, sob a orientação local do Sr. Professor Doutor Cary Coglianese, nos propusemos a realizar pesquisa normativa da legislação federal americana, bem como dos seguintes Estados: 1) Califórnia/CA; 2) Flórida/FL; 3) Nova York/NY; 4) Pensilvânia/PA; 5) Illinois/IL e 6) Texas/TX.

Essas legislações foram obtidas nas bases disponibilizadas no *Lexis Nexis Academic*,[12] tendo sido feito um corte metodológico em relação aos Estados analisados.[13] Delimitou-se, também, a análise aos seguintes documentos: *Statutory Code*, *Administrative Code* e as Constituições, por serem aqueles que contemplariam normas dessa natureza, deixando de avaliar as normas específicas emitidas por

---

[11] Avaliou-se a doutrina e algumas legislações internacionais, bem como normas e relatórios da União Europeias sobre o tema. Vale destacar que o intuito dessa análise se limitou a transportar ao trabalho: (i) um diagnóstico geral e unificado dos temas nesses países, em especial quanto aos modos de seleção e reembolso adotados; e, (ii) aqueles pontos que pudessem resultar em alguma contribuição para a realidade brasileira ou ao nosso objeto de pesquisa.

[12] A análise foi feita a partir do acesso disponibilizado pela Faculdade de Direito da Universidade da Pennsylvania (*Penn Law*), com apoio do corpo técnico da *Biddle Law Library*, em especial o Sr. J. William Draper, pelo que, desde já, deixamos o nosso sincero agradecimento. O acesso à base *Lexis Nexis Academic* foi realizado entre maio e julho de 2016.

[13] Dada a inviabilidade temporal e de escopo, foi realizado um corte metodológico para a escolha dos Estados americanos a serem avaliados. Por uma questão de padronização em relação ao critério utilizado para escolha dos Municípios brasileiros avaliados nesta pesquisa, analisou-se o *ranking* dos Estados com maior Produto Interno Bruto dos Estados Unidos (*Gross Domestic Product*), em 2015, a partir do link a seguir, e chegou-se aos seguintes Estados: 1) Califórnia/CA; 2) Flórida/FL; 3) New York/NY; 4) Pennsylvania/PA; 5) Illinois/IL e 6) Texas/TX. Link Gross Domestic Product (GDP – 2015): <http://www.bea.gov/iTable/drilldown.cfm?reqid=70&stepnum=11&AreaTypeKeyGdp=5&GeoFipsGdp=XX&ClassKeyGdp=NAICS&ComponentKey=200&IndustryKey=1&YearGdp=2015Q2&YearGdpBegin=-1&YearGdpEnd=-1&UnitOfMeasureKeyGdp=Levels&RankKeyGdp=1&Drill=1&nRange=5>.

Agências. Foram, também, estabelecidos termos de pesquisa, de modo a restringir os resultados obtidos.[14]

Avaliou-se, ainda, a doutrina nacional com o objetivo de identificar os principais desafios a serem enfrentados nos PMI e MIP, bem como estudos realizados por entidades internacionais, como o *International Finance Corporation* (IFC) e o *Worldbank*.

Em suma, foram utilizados nesta pesquisa: legislações, doutrina disponível, notícias jornalísticas, portais especializados, entre outros.

Por outro lado, foi também preciso ultrapassar as fronteiras do direito administrativo para uma compreensão e efetiva contribuição à ciência jurídica brasileira, utilizando-se da interdisciplinaridade, especialmente na análise das decisões jurídicas. Para tanto, foram estudados alguns fundamentos de Direito Constitucional, Direito Econômico, Direito Civil, Introdução ao Estudo do Direito, Ciência Política, Sociologia, Hermenêutica e Filosofia Jurídica.

– Plano de trabalho

Com vistas a melhor estruturar o percurso investigativo e propositivo a que nos dispusemos nesta pesquisa, dividimos seu objeto em dez capítulos, estando eles enquadrados em três principais partes, que possuem as seguintes macrofinalidades: a **Primeira Parte** é de

---

[14] Nos meses de maio, junho e julho de 2016, foram utilizados como termos de pesquisa: *Unsolicited Proposal*; *Solicited Proposal*; *Request for Proposal*; *RFP*; *Public Contract AND Decision making*; *Public Procurement*. Para tanto, utilizou-se das ferramentas "*AND*", "*W/S*" e "*separated*", para garantir a completude da análise. Complementou-se a pesquisa com a aplicação dos mesmos termos no Portal de Pesquisa Google. Eliminou-se da base aquelas legislações que, embora contemplassem os termos supramencionados, tratavam de procedimentos diversos. Cite-se como exemplo o Cal Health & Saf Code § 25395.41 (2016), da Califórnia, que estabelece o *Request for Proposal* como um procedimento mais assemelhado ao credenciamento, modalidade não regulada legalmente no Brasil, mas utilizada para cadastrar mais de um possível prestador de serviço, quando se trata de bem ou serviço não exclusivo – é um exemplo o credenciamento de Instituições Financeiras que ofertam crédito consignado aos servidores públicos daquele ente específico ou das instituições que receberão o pagamento dos tributos e preços públicos cobrados. É o exemplo do art. 11 do Decreto n. 60.435/2014 do Estado de São Paulo: "O pedido de credenciamento como consignatária deverá ser feito por meio de requerimento dirigido ao Secretário da Fazenda, instruído com a documentação que comprove o atendimento das condições, exigências e requisitos previstos neste decreto".

contextualização do tema; a **Segunda Parte** é destinada ao necessário diagnóstico das *Manifestações de Interesse* na atualidade; e, por fim, a **Terceira Parte** visa a analisar as decisões administrativas e propor avanços às *Manifestações de Interesse*, por meio de melhorias nas decisões que nestas se inserem.

Numa microanálise, pode-se expor o seguinte plano de estudo em relação às divisões adotadas neste estudo:

PRIMEIRA PARTE – Contextualização do tema;

Na Primeira Parte, encontram-se os quatro primeiros capítulos da tese. O **Capítulo 1** objetiva avaliar como as *Manifestações de Interesse* se inserem nas contratações públicas, as características gerais e os desafios dos PMI e MIP, bem como a relação determinante entre a decisão administrativa e as *Manifestações de Interesse*. Já no **Capítulo 2** foram analisadas as mudanças de pressupostos da Administração Pública, que passa a atuar de forma mais próxima dos cidadãos, e a emergência dos mecanismos de consensualidade, sob o pano de fundo dos princípios democráticos e da participação. O **Capítulo 3**, por sua vez, expõe os pressupostos normativos das *Manifestações de Interesse* no Brasil, outros mecanismos de participação utilizados no desenvolvimento de projetos no Brasil, bem como outros procedimentos alternativos, que se assemelham aos PMI e MIP. Por fim, o **Capítulo 4** visa à análise normativa internacional americana, europeia e de outros países, como fonte de experiência paradigmática para a melhoria das decisões administrativas e dos procedimentos inerentes às *Manifestações de Interesse* no Brasil.

SEGUNDA PARTE – Um diagnóstico necessário;

Apesar de ser composta por apenas um capítulo, a Segunda Parte tem um papel diagnóstico importante no estudo, verificando-se os desafios identificados nas *Manifestações de Interesse* na atualidade – e que distanciam (ou aproximam) o mecanismo de seu objetivo primordial: o alcance dos fins públicos. Esse diagnóstico servirá de ponto de partida para as proposições que serão tratadas na sequência.

Para tanto, o **Capítulo 5** enfrenta os problemas teóricos e práticos identificados pelos estudiosos do tema, por um viés crítico, bem como avalia a contratação ocorrida na sequência de PMI e MIP, perpassando a decisão administrativa final de sequenciar a contratação estruturada por meio das *Manifestações de Interesse*.

TERCEIRA PARTE – Das decisões jurídicas às proposições de melhoria nas decisões administrativas nas *Manifestações de Interesse*;

A Terceira e última Parte deste estudo se divide em cinco capítulos. Parte do pressuposto de que as *Manifestações de Interesse* contribuem para o alcance dos fins públicos e de que estas podem se aplicar a várias modalidades de contratação pública. Assim, objetiva entender por que a Administração Pública decide pelo uso desses mecanismos para estruturar projetos, em quais situações e os parâmetros que regem essas decisões. Com isso, defende-se o aprimoramento das decisões administrativas envolvidas nas *Manifestações de Interesse* e dos procedimentos dos quais elas resultam, como principal forma de avançar nas *Manifestações de Interesse* e nos problemas diagnosticados.

Nesse contexto, o **Capítulo 6** contextualiza a decisão administrativa a partir da análise da dogmática da decisão jurídica e da dogmática da decisão administrativa, concluindo que esta é resultado de um procedimento. Por fim, é dado enfoque na decisão administrativa de contratar e de delegar serviços e obras públicas. O **Capítulo 7** visa a avaliar o que deve ser considerado pela Administração Pública na decisão de solicitar modelagens por meio de PMI – aspectos que se estendem, muitas vezes, às decisões nas MIP –, e as diferenças envolvidas entre a solicitação de propostas e a possibilidade de influenciar os agentes econômicos à apresentação de uma proposta supostamente espontânea. No **Capítulo 8**, abordam-se os aspectos específicos na análise de MIP recebidas e as características que devem compor essas propostas para a melhor adequação da decisão inicial da Administração Pública de aceitação desses estudos. Já no **Capítulo 9**, são abordadas as deficiências que podem envolver as decisões administrativas nas *Manifestações de Interesse*, seja de uma decisão inadequada, o que implica responsabilidades ao agente decisor, seja dos riscos de conflito de interesses e de

corrupção envolvidos nesses mecanismos. Encerrando a última parte do estudo, o **Capítulo 10** abrange a proposição de melhoria das decisões administrativas, nas *Manifestações de Interesse*, como medida indispensável ao aperfeiçoamento desses mecanismos e, por conseguinte, das contratações públicas deles decorrentes. Tudo como forma de possibilitar uma maior contribuição das *Manifestações de Interesse* para o alcance dos fins públicos.

PRIMEIRA PARTE
CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

1 OS PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) E AS MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE DA INICIATIVA PRIVADA (MIP) NO CONTEXTO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

(1.1) Características gerais dos PMI e MIP; (1.2) Como as *Manifestações de Interesse* se inserem nas contratações públicas; (1.3) Desafios de desenvolvimento do instituto das *Manifestações de Interesse* no Brasil; (1.4) As decisões administrativas como parte integrante (e determinante) das *Manifestações de Interesse*.

1.1 Características gerais dos PMI e MIP

Os *Procedimentos de Manifestação de Interesse* (PMI) e as *Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada* (MIP), num amplo sentido, podem ser considerados como mecanismos de colaboração da iniciativa privada na estruturação de projetos, estudos, proposições, entre outros, que tenham por finalidade a efetivação de alguma necessidade pública ou que tragam alguma benfeitoria à sociedade, com vistas a atingir fins públicos.

As *Manifestações de Interesse*, forma que, nesta pesquisa – e como já explicado na introdução *supra* –, foi adotada para tratar os *Procedimentos de Manifestação de Interesse* (PMI) e as *Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada* (MIP) de forma conjunta, naqueles elementos que neles se identificam, além de outros mecanismos alternativos.[15]

[15] Ver mais no Capítulo 3.

Contudo, vale aqui uma rápida diferenciação conceitual, a qual visa pontuar que, embora muitos elementos se identifiquem nos dois institutos, inclusive no que tange às decisões que ocorrem no âmbito dos dois procedimentos, como será possível avaliar nos capítulos que seguem, os PMI e as MIP são institutos diferentes.

Os PMI são os procedimentos por meio dos quais a Administração Pública **solicita** a apresentação de modelagens ou estudos econômico, técnico-estrutural, ambiental e/ou jurídico, às entidades privadas, com vistas a subsidiar a realização de uma licitação de obra e/ou serviço de interesse público, via chamamento público.[16]

Já as MIP, ou também denominadas *propostas não solicitadas*,[17] representam a faculdade que a Administração Pública confere às entidades privadas para que apresentem essas mesmas modelagens ou estudos, **sem que haja qualquer solicitação** ou chamamento[18] prévio de sua parte.

Ou seja, enquanto nos PMI há um pedido da Administração Pública para a apresentação das modelagens ou estudos, nas MIP a iniciativa que propulsiona o procedimento é das entidades privadas.

Num olhar em perspectiva, vê-se que os institutos são bastante semelhantes, diferenciando-se apenas de quem partiu a iniciativa propulsora. Por outro lado, num olhar mais próximo, poderão ser verificadas algumas diferenças procedimentais, que resultam dessa diferença de iniciativa das modelagens e estudos.

---

[16] Entendido aqui de forma ampla, abrangendo as várias nomenclaturas possíveis.

[17] A denominação "proposta não solicitada" advém da tradução literal do termo utilizado no exterior *unsolicited proposals*, como, por exemplo, nos Estados Unidos, no Federal Acquisiton Regulation, Subpart 15.6; no Pennsylvania Statute, no item 62 Pa. C.S. § 518 (2016) e California Code 10 CCR 5400 (2016). No entanto, para melhor adequação ao que se vem discutindo no Brasil, foi adotada nesta tese a nomenclatura instaurada pelo Decreto do Estado de São Paulo, Decreto n. 57.289/2011, de 30 de agosto, que altera o Decreto n. 48.867/2004 e detalha o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos encaminhados pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de PPP. Ver exemplo de aplicação da nomenclatura "proposta não solicitada" em: VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul.-dez. 2012.

[18] Diferenciamos aqui a solicitação, tida como um procedimento informal, por meio de ofício, *request for proposal*, dentre outros. Já o chamamento como sendo aquele procedimento formal, por meio de Edital.

Como exemplo, enquanto no PMI a Administração deverá tomar uma decisão preliminar de solicitar modelagens e estudos via publicação de chamamento público, na MIP, a decisão preliminar deverá abranger a aceitação ou não da modelagem ou estudo apresentado e, em havendo a aceitação e a decisão de seguir via MIP, a publicação de chamamento público posterior será mandatória, exceto nos casos de expressa inexigibilidade. Todas essas hipóteses serão melhor abordadas nos capítulos seguintes.

Diante de todas essas ponderações, pode-se concluir que, de maneira geral, podem ser aplicados os mesmos parâmetros aos dois institutos, com exceção daquilo que concerne ou se relaciona diretamente ao que compõe a diferença entre eles, qual seja, a iniciativa propulsora do procedimento.

Com isso, predominarão as referências às *Manifestações de Interesse* nesta pesquisa e serão tratados individualmente os PMI e as MIP nos momentos em que a diferenciação se faça necessária à especificidade procedimental ou para melhor compreensão do leitor.

Assim, as *Manifestações de Interesse* podem ser conceituadas, portanto, como manifestações, solicitadas ou espontâneas, na fase pré-contratual, por meio das quais a iniciativa privada coopera com estudos para a realização de uma atribuição pública que tende a ser executada em colaboração com um particular.

Em termos de hipótese de aplicação, os PMI e as MIP sempre estiveram, primordialmente, atrelados ao processo prévio às Parcerias Público-Privadas (PPP),[19] já que ganharam notoriedade nos Decretos regulamentadores da Lei n. 11.079/2004.

Recentemente, cada vez mais se presencia uma ampliação no âmbito de aplicação desses institutos, o que ocorreu por meio de previsões expressas em legislações sancionadas nos últimos anos, a exemplo da Lei Federal n. 13.334/2016 – que prevê sobre formas de estruturação de projetos – e de Projetos de Lei em tramitação no

[19] As parcerias público-privadas são regidas, em seus aspectos gerais, pela Lei Federal n. 11.079/2004, e, por se tratar de contrato administrativo, devem ser submetidas a prévio procedimento licitatório, em homenagem aos princípios da igualdade, ampla concorrência e transparência.

momento, como o PLS n. 559/2013 – que objetiva instituir normas de licitações e contratos, em substituição à Lei n. 8.666/1993.

Esse aumento de escopo para outras modalidades de contratação pode resultar em contribuições para a efetividade de contratos de concessão comum[20] e, inclusive, para outros tipos de contratação. Isenta de dúvida é a necessidade de ponderação entre as vantagens provenientes da utilização das *Manifestações de Interesse* vis-à-vis os custos e implicações decorrentes, que podem, ao revés, tornar prejudicial a sua aplicação.

Apenas para concretizar a consideração *supra*, tome-se por exemplo obras e serviços que possuem natureza emergencial e que não estão aptos a aguardar o tempo necessário para a realização dos trâmites procedimentais; ou, ainda, obras e serviços de caráter corriqueiro e de técnica amplamente conhecida pelo mercado e/ou pela Administração Pública. Nesses casos, não se justifica a aplicação das *Manifestações de Interesse*.

Embora estejam bastante atreladas às PPP, a apresentação de modelagens ou estudos por entidades privadas, seja espontaneamente, seja por provocação da Administração Pública, possui seu fundamento principal nas normas sobre concessões,[21] bem como no princípio da participação e no próprio direito de petição.

Porém, foi apenas com a regulamentação estabelecida às PPP, em especial, pelo Decreto Federal n. 5.977/2006,[22] que o instituto ganhou mais corpo e expressão.

---

[20] São assim denominadas as modalidades de concessão regidas pela Lei n. 8.987/1995.

[21] Lei n. 8.987/1995: "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".

Lei n. 9.074/1995: "Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços".

[22] Esse Decreto Federal era aplicável apenas à Administração Pública Federal, em razão da competência local para regulamentar as contratações. O referido Decreto foi substituído pelo Decreto n. 8.428/2015.

Pelo princípio federativo e a distribuição de competências da Constituição Federal, faculta-se aos demais entes o estabelecimento de suas próprias regras, desde que estejam em consonância com as normas gerais sobre licitações e contratos editadas pela União (art. 22, XXVII, da CF[23]).

Com isso, muitos entes criaram Decretos específicos para apresentação de PMI e/ou MIP, no âmbito das PPP – embora o Decreto Federal tenha se restringido ao primeiro –, e outros preferiram permanecer inertes até este momento, como os Estados do Amapá, Roraima e Acre.[24]

Alguns entes adotam procedimentos diversos uns dos outros. Enquanto o Espírito Santo optou por criar procedimentos de credenciamento prévio de possíveis interessados em ofertar propostas de estudos e modelagens à Administração Pública,[25] outros previram procedimentos mais flexíveis, como é o caso de Minas Gerais.

Em relação aos entes que não editaram nenhuma legislação específica sobre as *Manifestações de Interesse*, é possível questionar se a ausência de previsão expressa em lei significa a inviabilidade jurídica de a Administração solicitar ou aceitar receber estudos e modelagens realizados por empresas privadas.

Esse não nos parece ser o melhor entendimento. Porém, é imperativo se reconhecer que a ausência de regras específicas pode ampliar as chances de não observância dos princípios da transparência e da moralidade, na medida em que não existe um procedimento mínimo estabelecido a ser seguido.

Adicionalmente, e sob o enfoque do mundo fenomênico, vislumbra-se uma maior probabilidade de sujeição dos responsáveis

---

23 Art. 22, XXVII, da CF.

24 Pesquisa atualizada até 1º de setembro de 2016.

25 Decreto n. 2.889-R/11: "Art. 4º O PMI se inicia com a publicação, no Diário Oficial do Estado, do aviso respectivo, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, bem como o endereço e a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições definidas, consolidadas no instrumento de solicitação.

§ 1º O instrumento de solicitação para a *Manifestação de Interesse* deverá: (...)

V – dispor sobre a necessidade, ou não, do cadastramento prévio para a participação no PMI".

pela condução do procedimento a todos os questionamentos cabíveis pelos órgãos de controle. E isso porque o exercício de discricionariedade, advindo de regras amplas de permissibilidade, não costuma ser bem recebido pelos órgãos de controle.[26]

Por outro lado, um regramento demasiadamente detalhado pode prejudicar a adaptabilidade dos PMI e das MIP àquilo que se pretende contratar ou, ainda, onerar a Administração Pública. Serve de exemplo o Decreto do Estado da Bahia n. 16.522/2015, com posteriores alterações, que previa que a decisão do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas (CGP-BA) de não abertura do PMI, na sequência do recebimento de uma MIP, deveria ser submetida necessariamente à consulta pública.[27] Tal exigência, a nosso ver, implica custos adicionais para a Administração Pública e que podem ser desnecessários no caso concreto. Além disso, coloca em dúvida a decisão do CGP-BA, retirando-lhe parcela de discricionariedade na escolha de levar adiante ou não o procedimento. Essa disposição foi posteriormente revogada.

---

[26] Acórdão TCU n. TC 012.687/2013-8

Apenso: TC 020.270/2013-5.

Natureza: Representação.

Unidade: Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR.

Interessada: Estruturadora Brasileira de Projetos S. A. – EBP (CNPJ 09.376.475/0001-51).

Advogados: Luis Justiniano Haiek Fernandes (OAB/DF 2.193-A) e outros.

"Diante do exposto, afigura-se oportuno, ainda, reiterar a proposta consignada na instrução de peça 27, recomendando-se à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no artigo 250 do Regimento Interno desta Corte, que: a) avalie a necessidade de regulamentar o artigo 21 da Lei 8.987/1995, estabelecendo diretrizes gerais para a atuação dos diversos órgãos que possam utilizar a prerrogativa de autorizar a elaboração de estudos de viabilidade de projetos de concessão de serviços públicos; e b) que oriente os órgãos da administração pública a não emitirem novas autorizações antes de disciplinados e devidamente divulgados os critérios para obtenção das autorizações previstas no artigo 21 da Lei 8.987/1995 e para a escolha dos estudos ofertados".

[27] "Art. 8º O CGP determinará, diante da consistência dos estudos produzidos, a abertura ou não do Procedimento de *Manifestação de Interesse* – PMI, ou, se necessário, a produção de estudos complementares por técnicos da Administração ou mediante contratação de terceiros, nos termos da Lei n. 9.433, de 01 de março de 2005.

§ 1º A deliberação de não abertura do PMI implicará a realização de consulta pública, pelo prazo de 30 (trinta) dias, mediante publicação no Diário Oficial do Estado, dos estudos apresentados, no todo ou em parte, oportunidade em que serão recebidas sugestões [revogado pelo Decreto n. 16.848/16]".

Nesse cenário de incertezas, a novidade é a previsão de autorização geral para a apresentação de estudos e modelagem de empreendimentos, com o objetivo de atender a necessidades previamente identificadas (PMI), no PLS n. 559/2013,[28] que institui normas gerais para licitações e contratos, em substituição à Lei n. 8.666/1993.[29] No entanto, caso o projeto siga adiante, as regras específicas dependerão de regulamento.

Merece atenção o fato da existência de regras para PMI e MIP majoritariamente no âmbito das PPP, provocando a avaliação de viabilidade de se realizar PMI ou MIP nas concessões de serviços públicos e em outras modalidades de contratos públicos vis-à-vis o ordenamento jurídico brasileiro.

Conquanto possa parecer lógica a possibilidade de apresentação de estudos no âmbito das concessões, fundada em seu permissivo legal, um acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) conteve recomendação[30] à Casa Civil da Presidência da República,

---

28 *Status* em 08/12/2016: Em tramitação, deliberando emendas feitas no texto.

29 "Art. 30. A Administração Pública poderá adotar procedimento de *Manifestação de Interesse* privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades públicas previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

Parágrafo único. Na hipótese a que se refere o *caput*, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela Administração, caso não vença o certame, e desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 84 desta Lei".

Segundo a empresa de consultoria legislativa Patri, a iniciativa teve apoio do Sindicato Nacional de Indústrias da Construção Pesada (SINICON) e de Consultorias Especializadas. Em 02/06/2014, o PLS teve sua tramitação mais recente e fora encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para emissão de relatório. Ver mais em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115926>. Acesso em: 4 jul. 2014.

30 Acórdão TCU n. TC 012.687/2013-8

Apenso: TC 020.270/2013-5.

Natureza: Representação.

Unidade: Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR.

Interessada: Estruturadora Brasileira de Projetos S. A. – EBP (CNPJ 09.376.475/0001-51).

Advogados: Luis Justiniano Haiek Fernandes (OAB/DF 2.193-A) e outros.

"Isso posto, entende-se pertinente reiterar a proposta de encaminhamento contida na instrução de peça 27, no sentido de determinar a Secretaria Especial de Portos (SEP), com fundamento na competência constante do art. 16, inciso II, da Lei 12.815/2013, e na prerrogativa existente no artigo 21 da Lei 8.987/1995, que regulamente os procedimentos pertinentes, antes de emitir novas autorizações para elaboração de estudos sobre arrendamentos portuários e concessões de portos organizados, de forma que sejam estabelecidos requisitos e prazos

no sentido de regulamentar o art. 21 da Lei n. 8.987/1995 para a realização de estudos nas concessões de serviço público. Sugere, ainda, que a Casa Civil oriente órgãos e entidades da Administração Federal a observarem as regras previstas no Decreto Federal n. 5.977/2006 – hoje substituído pelo Decreto n. 8.428/2015 –, no que couber e enquanto não exista regulamentação específica.

O que é um pouco mais nítido, em relação à ausência de regramentos de alguns entes e de alinhamento de regimes, entre outros, é uma maior dificuldade das entidades privadas em compreender quais são os direitos que lhe devem ser assegurados. Tal fato tende a gerar uma maior insegurança jurídica, afastando possíveis interessados em colaborar com a Administração Pública.

Para além disso, verifica-se a existência de alguns procedimentos de natureza semelhante, tais como: chamamentos públicos, *request for proposals* (RFP), doações de projetos e os procedimentos estabelecidos pelo Decreto n. 52.062/2010 do Município de São Paulo/SP – que permitem a apresentação de propostas de projetos de melhoria urbana –, ou mesmo pelo Decreto n. 23.820, de 21 de março de 2013, do Município de Salvador/BA, que institui o Programa Verde Perto e que

---

mínimos de publicidade para o chamamento de interessados, de aceitação e denegação de pedidos de autorização, bem como estabeleça, com a devida publicidade, previamente a cada chamamento a ser emitido, os critérios de julgamento e de escolha dos estudos ofertados.

Diante do exposto, afigura-se oportuno, ainda, reiterar a proposta consignada na instrução de peça 27, recomendando-se à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no artigo 250 do Regimento Interno desta Corte, que: a) avalie a necessidade de regulamentar o artigo 21 da Lei 8.987/1995, estabelecendo diretrizes gerais para a atuação dos diversos órgãos que possam utilizar a prerrogativa de autorizar a elaboração de estudos de viabilidade de projetos de concessão de serviços públicos; e b) que oriente os órgãos da administração pública a não emitirem novas autorizações antes de disciplinados e devidamente divulgados os critérios para obtenção das autorizações previstas no artigo 21 da Lei 8.987/1995 e para a escolha dos estudos ofertados.

(...)

Acórdão:

(...) 9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que avalie a necessidade de regulamentar o artigo 21 da Lei 8.987/1995, estabelecendo diretrizes gerais para atuação dos diversos órgãos que possam utilizar a prerrogativa de autorizar a elaboração de estudos de viabilidade de projetos de concessão de serviços públicos;

9.5. determinar à Casa Civil da Presidência da República que oriente os órgãos da administração pública a, caso pretendam emitir novas autorizações antes de ser editada a regulamentação referida no item anterior, adotem, no que couber, as disposições do Decreto n. 5.977/2006".

busca promover a participação dos munícipes e entidades privadas para, em parceria com o Município, realizar a construção, reforma e manutenção de espaços e equipamentos públicos. Outro exemplo é o Decreto n. 23.936, de 17 de maio de 2013, do Município de Salvador/BA,[31] que amplia a possibilidade de PMI no âmbito de "quaisquer outros modelos contratuais".

Esses normativos, embora não tratem diretamente dos mesmos procedimentos considerados pela legislação como Procedimento de Manifestação de Interesse ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada, possuem o mesmo racional e devem seguir parâmetros semelhantes e os mesmos princípios de regência, quais sejam, o da isonomia, o da transparência, o da concorrência e vantajosidade para o interesse público.

1.2 Como as *Manifestações de Interesse* se inserem nas contratações públicas

A Administração Pública precisa realizar diariamente escolhas de gestão pública baseadas nas necessidades destacadas como prioridades de governo. A seleção do *que*, *como* e em *qual modelagem* contratar nem sempre é uma tarefa fácil e instantânea para o agente público e aqueles que o assessoram.

Essas escolhas se vinculam ao desempenho das funções mais simples[32] de gestão pública às mais complexas e de longa duração, como um contrato de Parceria Público-Privada de infraestrutura,[33] por exemplo.

---

[31] Dispõe sobre Procedimento de *Manifestação de Interesse* – PMI, com vistas à estruturação de estudos e projetos de concessão comum, administrativa ou patrocinada, de permissão, de operação urbana consorciada *ou de quaisquer outros modelos contratuais* com o Município do Salvador.

[32] Por exemplo, a proposta apresentada por um particular para a reforma e manutenção de uma Praça, como, por exemplo, aqueles regulados pelo Decreto n. 52.062/2010 do Município de São Paulo e os Decretos n. 23.820/2013 e 24.075/2013 do Município de Salvador.

[33] Nesse contexto, o relatório de Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil da IFC (*International Finance Corporation*) aborda a notoriedade dos desafios da estruturação dos projetos: "É notório que a preparação de projetos de infraestrutura pelo setor público (também designada habitualmente de estruturação ou modelagem) tem enfrentado diversos desafios. Os instrumentos atualmente disponíveis – dentre os quais se destacam as licitações e contratações administrativas e as autorizações para a apresentação de levantamentos, estu-

Quase equivalente ao número de escolhas, pode-se dizer que estão os desafios. Nesse cenário, predomina a insegurança, tanto por parte do agente público, quanto por parte das entidades privadas que decidem oferecer seus bens e serviços à Administração Pública.

Qualquer decisão que não esteja pautada nos termos expressos da lei, desconsiderando suas possíveis interpretações, se torna uma escolha arriscada, sujeita à reprovação dos órgãos de controle a qualquer tempo. Avaliando-se esse risco, a abertura para novas ideias ou arrojos de inovação tecnológica ou de interpretação jurídica é praticamente nula.

Assim, a existência de um *framework*[34] adequado para as *Manifestações de Interesse* pode colaborar para a minoração dessa insegurança jurídica, tanto para os administradores públicos, quanto para empresas interessadas em ofertar projetos para a Administração Pública.

Para além da possível vantagem supradestacada, o desempenho de funções públicas, concretizadas por meio de contratos, enfrenta outros problemas,[35] como: erros de projeto, erros de precificação, desperdício, restrições orçamentárias extraordinárias, corrupção, entre outros, para os quais uma melhor procedimentalização das *Manifestações de Interesse* pode trazer soluções.

Antes de seguir com a contextualização do tema, vale destacar que a contratação pública não é o cerne principal desta pesquisa, mas acaba por permear todo o tema, já que as *Manifestações de Interesse*,

---

dos e projetos (outorgadas nos termos do art. 21, da lei geral de concessões) – esbarram em diversas limitações legais, formalidades severas e, em muitos casos, no claro desalinhamento entre os incentivos dos agentes públicos e privados que interagem para a formatação das concessões. Todas essas dificuldades contrastam com a importância ostentada pelos projetos de concessão, os quais vêm assumindo de longa data um papel de destaque na agenda pública de promoção de investimentos, universalização de serviços públicos e disponibilização de utilidades e infraestruturas essenciais para a sociedade" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. IFC – *International Finance Corporation.* p. 14. Disponível em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81443e004b 76437cac08fd08bc54e20b/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+-Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 8 abr. 2016).

[34] O *framework* das *Manifestações de Interesse* que se defende nesta tese pode ser entendido como a existência de normas quadro que orientem a procedimentalização necessária para o alcance dos objetivos.

[35] Esses problemas serão abordados na Parte 2 desta tese.

de acordo com o conceito adotado nesta tese, estão nomeadamente atreladas às contratações públicas. E é essa relação que se busca estabelecer neste capítulo.

Para tanto, faz-se necessário ampliar rapidamente a análise para, então, alcançar o enfoque.

Trilhando essa análise, a sociedade contemporânea é complexa, multifacetada e dotada de inúmeras necessidades. Na Era da tecnologia e da velocidade da informação,[36] na qual estamos inseridos hoje, espera-se por prestações rápidas, de qualidade e que sirvam ao propósito de atender à necessidade de onde se originou aquela prestação.

Essa análise empírico-sociológica se aplica tanto às relações entre entes privados, quanto às relações públicas, ou seja, aquelas entabuladas entre cidadão-Administração Pública ou entre sociedade organizada-Administração Pública.

Com isso, anseia-se que as prestações governamentais[37] gozem dos mesmos requisitos de celeridade, qualidade e finalidade/satisfação do interesse individual ou coletivo. Contudo, as limitações de orçamento vis-à-vis o grande peso da máquina estatal e o crescimento constante das necessidades da população fazem com que esse anseio fique aquém da realidade.

Como se sabe, as prestações governamentais podem se perfazer pelo exercício direto das funções pelos agentes públicos ou por terceiros, por meio de qualquer das formas de delegação.

Em qualquer das formas, as contratações públicas exercem papel fundamental, já que permeiam todas as formas de prestações governamentais, seja guarnecendo os agentes públicos dos insumos necessários para o exercício direto de suas funções, seja formalizando a delegação para que um terceiro o faça.

---

[36] Ver mais sobre os efeitos da tecnologia e da globalização e seus impactos na sociedade em BAUMAN, Zygmunt. *Globalização* – as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 8 e ss.; e BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 7 e ss.

[37] O termo é aqui utilizado na sua acepção mais ampla.

Não serão analisadas nesta pesquisa as funções públicas desempenhadas diretamente pela Administração Pública, senão de forma tangencial. Essas atividades de desempenho direto da Administração Pública dificilmente despertariam o interesse das entidades privadas para a oferta de projetos,[38] bem como poderiam ser confundidas com uma contratação de consultoria, por meio de um processo seletivo mais flexível.

Já aquelas atividades desempenhadas por meio de delegação para terceiros têm no contrato público um dos seus principais suportes.

Várias são as funções públicas que podem ser objeto de delegação, tanto aquelas entendidas como *serviço público*,[39] e que encontram a sua fundamentação no art. 175 da Constituição Federal,[40] como as de *interesse coletivo*, tidas aqui como as que não se enquadram no conceito legal ou fiscal de "serviço público".

Para se efetivar a contratação dessas funções, todavia, faz-se necessário perpassar alguns procedimentos exigidos por lei e outros mesmo de organização administrativa: fase interna ou prévia – fase externa ou licitatória[41] – adjudicação – celebração do contrato.

Aqui, interessa primordialmente a esta tese a análise da *fase interna* ou também conhecida como *fase prévia*, que é a oportunidade em que as *Manifestações de Interesse* ocorrem.[42] Isso, se se adotar

---

38 Para que as *Manifestações de Interesse* pudessem ser usadas em atividades de prestação direta da Administração Pública, elas deveriam ou não ter um custo financeiro de reembolso ou ter um custo financeiro menor do que aquele despendido na contratação de uma consultoria. No caso da segunda opção, uma análise caso a caso deveria ser realizada de modo que os custos internos de análise e seleção pudessem ser contabilizados, já que tendem a ser maiores do que o custo da licitação de uma consultoria. Com isso, dificilmente seria atrativa para uma empresa privada.

39 Foi adotado aqui um conceito restrito de "serviço público". Assim, será considerado aquele serviço que, por definição legal, é um serviço público, seja na legislação fiscal ou em legislações específicas.

40 Constituição Federal: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...)".

41 Como se sabe, a licitação é uma exigência constitucional do art. 37, XXVI, e regrada, nomeadamente, pela Lei n. 8.666/1993 em seus termos gerais, resguardada a competência complementar dos Estados e Municípios (art. 22, XXVII, da CF).

42 A doutrina aponta a necessidade da existência de um procedimento prévio que antecede a contratação administrativa. Marçal JUSTEN FILHO destaca que: "A etapa interna será orientada a promover o levantamento das informações necessárias a modelar a solução con-

aqui um conceito amplo de fase interna da contratação, abrangendo, inclusive, a fase de identificação da necessidade pública e das especificidades do objeto a ser futuramente licitado.

Embora não seja o foco primordial deste trabalho, as fases externas (ou fase licitatória), a adjudicação e a celebração do instrumento contratual estão intimamente relacionadas com a fase interna da contratação e, no caso da existência das *Manifestações de Interesse*, também com estas.

E isso porque todas as estruturações definidas na fase interna impactam no "que" e "como" será licitado, o que pode trazer impactos em quem pode ser adjudicado e, especialmente, produzir efeitos sobre o instrumento contratual e a execução posterior dele.

Daí decorre a conclusão lógica de que a qualidade do processo administrativo realizado na fase interna é crucial para uma boa e eficiente contratação e execução subsequente.

Nesse sentido, numa visão ampliada, as *Manifestações de Interesse* passaram a ser adotadas como forma de tentativa de aprimoramento da fase interna, buscando resultados de impacto nas demais fases que compõem a contratação pública.

Num olhar aproximado, é possível identificar outros objetivos, que podem se cumular ou não, como: a eleição de necessidades públicas mais alinhada às dos cidadãos; a elaboração de projetos por profissionais com maior *know-how*, diminuindo a probabilidade de erros de elaboração do projeto; um modo de formalização de conversas prévias entabuladas entre Administração e entidades privadas para a oferta de projetos; a redução ou eliminação, em alguns casos, do custo de contratação de consultoria especializada, já que este tende a ser

---

tractual cabível. Cumpridas todas as exigências, a Administração Pública poderá concluir pela necessidade de uma licitação ou pelo cabimento de uma contratação direta" (*Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 446). Já Mario Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA fazem considerações sobre a fase pré-concorrencial, incluindo nela a "decisão de contratar", a "autorização de despesa do contrato", a "escolha da modalidade do procedimento" e a "decisão de abertura do procedimento" (*Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 775 e ss.).

repassado para o vencedor da licitação;[43] entre outros, e que serão melhor abordados no curso desta pesquisa.

Com isso, revela-se clara a conexão entre as *Manifestações de Interesse* e os contratos públicos. A partir da análise dos principais objetivos macro e específicos *supra*, pode-se entender que a melhoria da contratação pública, por meio da mitigação da ocorrência de erros no projeto e demais vícios durante a execução, é o propósito máximo do instituto das *Manifestações de Interesse*.

E, indo além, se bem manejadas, as *Manifestações de Interesse* podem oferecer soluções para muitos dos problemas relacionados à contratação pública brasileira, especialmente num momento de necessária recuperação econômica.[44]

Entretanto, um dos grandes desafios é selecionar uma fonte fidedigna para identificar os reais problemas dos contratos públicos, já que nem todos são judicializados ou levados à apreciação dos Tribunais de Contas.

Como já mencionado, os mais relevantes, ao nosso ver, são: erros de projeto, erros de precificação, desperdício, restrições orçamentárias extraordinárias, favoritismo, corrupção, entre outros.

As *Manifestações de Interesse* podem oferecer melhorias para praticamente todos os outros problemas dos contratos públicos supramencionados, já que tendem a ser mais acurados – visto que, em

---

43 Esse é o caso do Decreto Federal n. 8.428/2015 e de várias normas estaduais, do Distrito Federal e municipais, tais como: São Paulo, Decreto n. 61.371/2015, em seu art. 29, § 6º; Paraná, Decreto n. 6.823/2012, em seu art. 21; Distrito Federal, Decreto n. 36.554/2015, em seu art. 30.

44 Um exemplo disso foi a reportagem veiculada pelo jornal *Folha de S. Paulo* na web em 07/03/2016, na qual destaca que: "O interesse de prefeituras e governos estaduais em projetos para PPPs (Parcerias Público-Privadas) aumentou quase três vezes de 2014 para o ano passado.

O número de PMIs (Procedimentos de *Manifestação de Interesse*, em que o governo autoriza o setor privado a fazer estudos para desenvolver um projeto de interesse público) cresceu 185% em 2015, de acordo com a consultoria Radar PPP.

A crise fiscal e a dificuldade para arrecadar explicam o fomento dessa modalidade de contrato, diz o sócio da consultoria Guilherme Naves" (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2016/03/1746715-crise-fiscal-gera-aumento-de-interesse-por-ppps.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2016).

geral, são elaborados por especialistas e analisados e discutidos com analistas da Administração Pública; oferecem saídas mais econômicas e eficientes; e, ainda, oferecem solução legal e procedimental para as conversas mantidas entre entidades privadas e públicas.

Em suma, vê-se que as possíveis melhorias a serem oferecidas pelas *Manifestações de Interesse* se espelham com seus objetivos específicos, se bem manejadas. Contudo, a afirmação, apesar de entusiástica para muitos tipos contratuais, se mantém no plano abstrato e acaba por não auxiliar aqueles que atuam com esses instrumentos. Ou seja, como determinar que as *Manifestações de Interesse* são uma boa solução no caso concreto? Como realizar a escolha de uma necessidade ou uma prioridade pública diante de propostas em PMI? Como escolher um projeto vencedor num PMI, entre os projetos que cumprem as exigências do termo de solicitação? Ou, ainda, como concluir que não seguir adiante é a melhor opção?

Muitas são as dúvidas, e o que se propõe neste estudo é que a decisão administrativa é o fator determinante para a solução delas. Visto por outro ângulo, é a melhoria da qualidade da decisão administrativa em todas as fases internas da contratação que pode levar a um melhor alcance dos propósitos máximos dos contratos públicos.

Contudo, para chegar a esse ponto, a tarefa não é fácil. Faz-se necessário entender os meandros das *Manifestações de Interesse* – seja no viés normativo brasileiro, no doutrinário e na perspectiva internacional –, os atuais desafios do instituto, e, em especial, o que compõe a decisão administrativa, como ela está inserida no direito administrativo atual, e aquelas que acontecem no âmbito das *Manifestações de Interesse*.

Com isso, pretende-se contribuir para que a Administração Pública tenha mais parâmetros na tomada de decisão. Da mesma forma, espera-se que as entidades privadas – interessadas em ofertar projetos para a Administração Pública – possam ter maior propriedade sobre as decisões que ocorrem nas *Manifestações de Interesse* e, com isso, estejam mais norteadas para ofertar propostas e aptas a atender os anseios da Administração Pública.

1.3 Desafios de desenvolvimento do instituto das *Manifestações de Interesse* no Brasil

A Lei federal de PPP[45] está próxima de completar 12 anos de existência. Após essa década, percebe-se que a grande massa crítica começa a enxergar com mais realidade as PPP, diminuindo a ilusão de que nelas estariam todas as esperanças de resolução dos problemas das obras e serviços públicos. E, em paralelo, a parcela mais rígida da doutrina deixa de lado todo o fervor crítico inicial, parecendo se render, paulatinamente, às potenciais vantagens que essas parcerias podem gerar para o desenvolvimento nacional.

É bem verdade que as PPP, juntamente com o Regime Diferenciado de Contratação – RDC,[46] representam o estágio mais contemporâneo do processo evolutivo por que têm passado as formas de contratação pública no Brasil.[47]

Essas formas "contemporâneas" trouxeram inovações às outras formas de contratação, como, por exemplo, a possibilidade de utilização da arbitragem para a solução de conflitos nas concessões comuns,[48] bem como ensejaram a reflexão acerca da necessidade de alterações na lei geral de contratos públicos.[49]

Contudo, as tentativas de aprimoramento das contratações públicas não param por aí: uma das primeiras medidas adotadas pelo governo interino[50] de Michel Temer foi a publicação da Medida

---

45 Lei n. 11.079/2004.

46 Instituído pela Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, inicialmente, com foco nas obras e serviços decorrentes dos eventos internacionais a serem realizados no país (Copa do Mundo 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016), mas que depois se ampliou para outros projetos prioritários como o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, saúde, dentre outros.

47 Cada vez mais, a necessidade de soluções de financiamento, de melhor gestão de riscos e de aprimoramento técnico, com eficiência contratual, fez com que a Administração Pública passasse a exercer suas funções de forma mais próxima da iniciativa privada.

48 Aquelas regidas pela Lei n. 8.987/1995.

49 Vide Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, que traz a previsão da contratação integrada, como modalidade para todas as formas de contratação (art. 75); a possibilidade de adoção do sigilo do orçamento (art. 23); e de inversão de fases na licitação (art. 19, § 1º), o que já era previsto também na modalidade do pregão.

50 O governo interino de Michel Temer se iniciou em 12/05/2016, com o afastamento provisório da Presidente Dilma Roussef no processo de *impeachment*, o qual culminou no seu afastamento definitivo em 31/08/2016, e posse definitiva no cargo do então Vice-Presidente.

Provisória n. 727/2016 ("MPV 727"), convertida na Lei n. 13.334/2016, dentre outras medidas, como a possibilidade de constituição, pelo BNDES, do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias. O Fundo poderá ser contratado onerosamente a fim de estruturar projetos de parceria e demais medidas de desestatização.[51]

Esse PPI tem por objetivo uma aproximação maior entre setor público e privado para a realização de projetos públicos, por meio de uma participação mais relevante do setor privado.

Ainda mais caro a esta pesquisa, a MPV previu procedimentos específicos relacionados às PMI, os quais serão detalhados no Capítulo 3. A maior parte dessas disposições foi alterada pela Lei que converteu a MPV 727 em Lei – Lei n. 13.334/2016.

Além disso, o Governo Temer criou também uma comissão especial, constituída por importantes administrativistas, para rever e propor melhorias à Lei n. 8.666/1993 e às contratações públicas.[52]

Assim, pode-se perceber que ainda há muito a se evoluir nas contratações públicas, de modo a contribuir para a busca de eficiência e qualidade nos contratos de obras e serviços públicos. Nessa seara, os PMI e as MIP surgem como um dos possíveis instrumentos ao alcance dessa finalidade.[53]

Desde a incorporação das PPP na legislação brasileira, é cada vez mais crescente a normatização da possibilidade de a Administração solicitar estudos técnicos-econômicos-jurídicos ao setor privado, ou acatar a recepção daqueles não solicitados.

---

[51] "Art. 14. Fica o BNDES autorizado a constituir e participar do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias – FAEP, que terá por finalidade a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização".

[52] Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/06/governo-temer-quer-propor-mudancas-na-lei-de-licitacoes.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[53] O site PPP Brasil demonstra preocupação em relação à efetividade das PMI em projetos de PPP: "Na medida em que há um número elevado de projetos de PPP estaduais que foram objeto de PMI, mas que ainda não chegaram à fase de consulta pública, acende-se um alerta entre os atores do mercado brasileiro de PPPs, no que diz respeito à efetividade do PMI" (Disponível em PPP Brasil – O Observatório das PPP. <http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relatório-sobre-os-pmis-nos-estados-0>. Datado de 12/09/2012, com atualização datada de 20/06/2013. p. 2).

Bons exemplos de referida normatização são as normas estaduais de Minas Gerais (Decreto n. 44.565/2007), do Ceará (Decreto n. 30.328/2010), de Alagoas (Decreto n. 16.879/2011), de Goiás (Decreto n. 7.365/2011), de Rondônia (Decreto n. 21.101/2016), do Paraná (Decreto n. 6.823/2012) e de São Paulo (Decreto n. 61.375/2015); do Distrito Federal (Decreto n. 36.554/2015); e as municipais de São Paulo/SP (Decreto n. 51.397/2010), Salvador/BA (Decretos n. 23.935/2013 e n. 23.936/2013) e Manaus/AM (Decreto n. 3.180/2015), sem olvidar o Decreto Federal n. 5.977/2006, substituído pelo de n. 8.428/2015.[54]

Apesar das leis mencionadas, pode-se dizer que já havia no ordenamento jurídico brasileiro margem para a permissibilidade de cooperação da iniciativa privada na formação da decisão sobre a contratação pública e suas especificidades, nos arts. 21 da Lei n. 8.987/1995 e 31 da Lei n. 9.074/1995.[55]

Embora tenha havido alguns poucos projetos que se utilizaram desse fundamento legal, merece reflexão o fato de as *Manifestações de Interesse* terem ficado "adormecidas" por quase 10 anos e só terem sido regulamentadas para os contratos de PPP.

Essa cooperação, seja ela solicitada ou não, representa expressa manifestação de consensualidade e de participação da iniciativa privada na Administração Pública. Isso significa que a Administração, em algumas situações, se desvincula do seu papel tradicional de autoridade, para permitir uma atuação mais próxima, mais dialógica,

---

[54] O Governo Federal já estruturou projetos a partir do PMI. Por exemplo, em 2015, foram recebidos projetos a respeito de 4 aeroportos, que atualmente estão em fase de licitação para concessão.

[55] Andre Castro Carvalho explica que: "Nas concessões de serviços públicos não havia tal restrição [*do autor do projeto básico ou executivo participar da licitação*], mas havia ausência de regulamentação infralegal específica do procedimento de participação da iniciativa privada nesses projetos.

Embora essa carência aparentemente nunca tenha preocupado politicamente os Poderes Executivos dos entes federativos – que poderiam – e ainda podem regulamentar o procedimento de participação via decreto desde 1995, a Lei de PPPs serviu como 'estopim' para deflagar uma disciplina dessa prática, a qual tem sido cada vez mais recorrente" (*Participação da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: a regulamentação das formas de Manifestação de Interesse*. Texto veiculado pelo autor para discussão, por ocasião do curso de Direito Administrativo e Infraestrutura da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, em 20 de agosto de 2013. p. 5).

e parceira do setor privado, tudo em busca de um melhor atendimento do interesse público.

É nesse cenário que a Administração pode se valer do *know-how* técnico da iniciativa privada e, principalmente, da sua contribuição quanto aos aspectos específicos que podem tornar o objeto da contratação mais atrativo para os possíveis contratados e para os usuários dos serviços.

Essa mútua colaboração pode trazer benefícios aos mais variados tipos de contratações públicas, não precisando ficar adstrita aos contratos de PPP. Como exemplo, pode-se mencionar o Projeto Bike Sampa, que é um projeto de bicicletas compartilhadas, de interesse público, e que se originou da oferta de um projeto por três empresas privadas à Prefeitura de São Paulo, como um elemento agregador à cidade de São Paulo, tratando-se de mais uma opção de mobilidade urbana, sustentável e que também pode funcionar como lazer para a população.[56]

Tais contribuições podem, especialmente, aprimorar os projetos de obras e serviços públicos – e até aqueles que, como o Bike Sampa, são só de interesse público –, deixando-os técnico e financeiramente[57] mais vantajosos, juridicamente mais seguros, o que os torna mais eficientes para os usuários e mais atrativos para os possíveis parceiros privados.

Esse aprimoramento é bastante relevante na atual problemática da contratação pública no Brasil.[58] É comum a inadequação de projetos

---

[56] O Projeto de aluguel de bicicletas é realizado na Cidade de São Paulo desde 2012 e é instrumentalizado por meio de um Termo de Cooperação, oriundo de uma proposta apresentada pelas empresas cooperantes ao Município, com base no Decreto Municipal n. 52.062/2010. Trataremos do projeto com mais detalhes no Capítulo 3.

[57] Maria Eduarda AZEVEDO afirma que: "Neste cenário, as PPP's emergem como um instrumento de intervenção pública com características económicas próprias para actuar sobre falhas de mercado no âmbito da provisão de infraestruturas e serviços públicos, distinguindo-se da provisão pública tradicional e da provisão privada. E, em princípio, o recurso à abordagem PPP tem bons fundamentos microeconómicos, visto que as parcerias podem induzir uma maior eficiência económica sem comprometerem os objectivos públicos e a sustentabilidade das finanças públicas" (*As parcerias público-privadas*: instrumento de uma nova governação pública. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2009. p. 469).

[58] Ver, por exemplo, os problemas relatados na execução dos contratos das obras do PAC em <http://economia.estadao.com.br/ noticias/geral,nova-noticia,1824792>. Acesso em: 1º dez. 2016.

básicos, fornecidos pela Administração Pública, na fase de execução da obra, forçando o contratado a reformular o projeto. Inadequações que poderiam ser evitadas com estudos mais apropriados ao que se pretendia naquela obra ou serviço.

Muitas dessas reformulações levam a necessários aditamentos do projeto e, por consequência, contratuais. Com a mudança de escopo, muitos contratados sentem a necessidade de requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que, por vezes, não é aceito pela Administração Pública.

Nesse sentido, vê-se um crescente impasse entre as partes contratantes, com a subsequente judicialização da divergência, levando anos para o alcance de uma solução. Como resultado, verifica-se o atraso da entrega da obra/serviço – quando não ocorre a inviabilidade de sua continuação –, um maior dispêndio de recursos públicos, a diminuição da confiança dos privados que contratam com a Administração Pública, entre outros fatores.

A partir disso, a melhoria das fases precedentes à licitação só tende a contribuir para que impasses, como os supramencionados, não sejam uma rotina daqueles que orbitam a contratação pública.

Outro problema bastante retratado é o enfoque em projetos que não são aqueles priorizados pela população ou que, ainda que sejam os eleitos pelo cidadão como de grande importância, são desenvolvidos de forma a não atender a real necessidade pública ou com formatação não atrativa aos privados interessados em colaborar com a Administração Pública.

Os resultados disso são a insatisfação popular, a tendência ao aumento do custo do serviço para a Administração Pública, a não atratividade de possíveis interessados em contratar naquele formato proposto, entre outros.

Assim, entende-se que é por meio da melhoria da fase precedente da licitação, especialmente com o uso das ferramentas de consensualidade, que se pode evitar ou, ao menos, mitigar a ocorrência das adversidades verificadas.

É neste âmbito que as *Manifestações de Interesse* podem ser uma oportunidade para várias modalidades de contratação.

Contudo, para que se possa aproveitar as vantagens desses procedimentos, mostra-se necessário que os principais parâmetros e limites para a aceitação da cooperação da iniciativa privada, na fase de formação da decisão administrativa, estejam balizados, de modo a privilegiar os princípios que regem a atuação administrativa.

Antes de adentrar na questão do estabelecimento de parâmetros e limites nas *Manifestações de Interesse*, vale analisar a permissibilidade do ordenamento em acatar tanto as propostas solicitadas como aquelas não solicitadas.

Se faz necessária a existência de uma legislação específica para a admissibilidade das *Manifestações de Interesse*? Ou seja, a omissão legislativa implica a sua inadmissibilidade?

O exemplo do Governo Federal que expressamente admite PMI, mas não dispõe sobre as MIP, é interessante. A partir dessa constatação do Decreto Federal, deve-se entender que fica vedado às entidades privadas, que assim desejem, apresentar estudo e modelagens não solicitadas pelo Governo Federal? Seria isso uma afronta ao que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO chama de "direito de ser ouvido" ou, até mesmo, ao direito de petição[59]?

No caso de ausência de previsão legislativa expressa, são nesses princípios que as entidades privadas interessadas, e, mais ainda, qualquer cidadão, devem se apoiar para a apresentação de estudos e modelagens para a Administração Pública.

Complementa a aquarela de permissão, os princípios da participação e o próprio princípio democrático, os quais serão melhor abordados no capítulo seguinte, e que propulsionam uma maior proximidade das entidades aos afazeres públicos.

Assim, esses princípios, por si só, formatam o arcabouço autorizativo para que a Administração Pública possa receber e avaliar o escopo das petições, estudos, projetos que lhe forem apresentados.

---

[59] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 191, jan.-mar. 1993, p. 33 e ss.

As leis atinentes às concessões públicas,[60] de certa forma, cumprem também esse papel de permissivo geral para as *Manifestações de Interesse*, em especial, a Lei n. 8.987/1995. O art. 21 da Lei n. 8.987/1995 é expresso ao tratar dos estudos realizados pelo poder concedente "ou com a sua autorização".[61]

E esse envolvimento dos cidadãos e de entidades privadas no processo de elaboração dos estudos – prévio à contratação pública – é bastante relevante, até porque nem sempre a necessidade pública é sentida pela própria Administração. Em muitos casos, sequer houve uma decisão de contratar. Dessa forma, essa necessidade pode emergir de uma ideia ou de uma proposta de modelagem apresentada por um particular.

Embora existam esses permissivos autorizativos para a apresentação de estudos e modelagens nos princípios e leis mencionados, é nas legislações específicas que serão identificados os principais parâmetros e limites para as *Manifestações de Interesse*.

A criação desse *framework* orienta a atuação administrativa, bem como delimita as regras do jogo para aqueles que se interessam em contribuir com a Administração Pública, ou para aqueles que se dedicarão a fiscalizar o procedimento.

Além disso, o estabelecimento de parâmetros e limites reforça a garantia da isonomia do procedimento, da abertura à competitividade, da transparência de suas etapas e da busca pela maior vantajosidade para o interesse público. Ou seja, contribui para a justeza e a probidade do procedimento, permitindo, por outro lado, a promoção de ideias inovativas, como bem observa Michael ASNER:

> While some governments, such as Nova Scotia, solicit genuine new ideas in the form of unsolicited proposals from the scientific and technology research communities, they have taken care to develop a framework of policies and guidelines

[60] Leis n. 8.987/1995 e n. 9.074/1995.

[61] "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".

> to ensure a defensible process designed to balance the benefits of truly innovative ideas with the need for fair and open competition. However, other public sector organizations have no policy.[62]

Na linha do quanto ponderado pelo autor, verifica-se que o estabelecimento de regramentos ainda é uma realidade em desenvolvimento no Brasil e até inexistente em algumas localidades.

Nos casos em que há regramento, trata-se de leis específicas próprias editadas pelos entes federativos,[63] prevendo a aceitação de estudos e análise de viabilidade, com foco essencialmente nas PPP.

Embora vários entes estabeleçam regras bastante similares entre si, como, por exemplo, os Decretos dos Estados de Minas Gerais e de Goiás,[64] num geral, as legislações não se mostram uniformes, contudo. Enquanto no nível federal só são aceitas as manifestações previamente solicitadas pelo Governo (PMI),[65] como já destacado

---

[62] Em tradução livre: Enquanto alguns governos, como a Nova Escócia, solicitam verdadeiras novas ideias às comunidades de pesquisa científica e tecnológica, na forma de propostas não solicitadas, eles tomaram o cuidado de desenvolver um quadro de políticas e diretrizes para assegurar um processo defensável, desenvolvido para equilibrar os benefícios de ideias verdadeiramente inovadoras, com a necessidade de concorrência justa e aberta. No entanto, outras organizações do setor público não têm políticas estabelecidas (ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance* – financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público -privadas, *leveraged*, *buy-out* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 405).

[63] Para Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, a competência para dispor sobre as formas e modalidades de participação é de cada um dos entes da federação. *In verbis*: "A competência para dispor sobre as formas de participação dos administrados, em cada uma das diversas Administrações Públicas do país, direta ou indiretas, inclusive a modalidade de participação fiscalizadora e controladora, será de cada entidade da Federação, em apreço ao princípio da autonomia político-administrativa (art. 18 CF/88)" (A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 652).

[64] Estado de Minas Gerais – Decreto n. 44.565/2007 e Estado de Goiás – Decreto n. 7.365/2011.

[65] Decreto Federal n. 8.428/2015: "Art. 1º Este Decreto estabelece o Procedimento de *Manifestação de Interesse* – PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso".

anteriormente, no Estado de São Paulo[66] e em outros 11 Estados,[67] em contrapartida, há margem para a apresentação também de propostas não solicitadas (MIP).

Muito se pôde observar na legislação analisada para esta pesquisa. Entretanto, por um corte metodológico, não se pretende perpassar todos os detalhes dos instrumentos legais que regulam as *Manifestações de Interesse*. O foco inicial estará restrito aos desafios verificados na prática e na legislação brasileira.

Dentre todos os desafios, vale destacar alguns que consideramos serem os mais relevantes para o desenvolvimento das *Manifestações de Interesse* no Brasil.

Nos instrumentos normativos, há pouca delimitação em relação ao que é essencial constar de um edital de PMI, o que, ao mesmo tempo em que permite maior flexibilidade, pode trazer riscos à observância dos princípios que regem a Administração Pública e que ajudam a atrair a participação privada.

Da mesma forma, nas legislações que admitem a apresentação de MIP, pouco se prevê em relação ao que deve constar obrigatoriamente na proposta a ser apresentada pela iniciativa privada. Além disso, são escassas as disposições sobre aquilo que possa contribuir para a melhor gestão dos riscos, tanto sob a ótica da Administração Pública, como da iniciativa privada.

Outros pontos que também merecem a atenção dos estudiosos do tema são: (i) a possibilidade de desvinculação da Administração em relação ao estudo realizado, durante o contrato, e (ii) a cessão

---

66 Decreto Estadual n. 61.371/2015: "Art. 1º Este decreto institui o procedimento a ser adotado, no âmbito da Administração Pública direta, para a apresentação, a análise e o aproveitamento de estudos encaminhados por pessoa física ou jurídica de direito privado, espontaneamente ou mediante provocação do Poder Público, ou por órgão ou entidade da Administração Pública estadual, com a finalidade de subsidiar esta última na estruturação de parcerias".

67 Paraíba (Decreto n. 33.246/2012), Mato Grosso (Decreto n. 635/2016), Rio Grande do Sul (Resolução do Conselho Gestor n. 002/2013), Rio de Janeiro (Decreto n. 45.294/2015), Espírito Santo (Decreto n. 2889-R/2011 e alterações), Santa Catarina (Decreto n. 962/2012), Bahia (Decreto n. 16.522/2015), Alagoas (Decreto n. 16.879/2011), Ceará (Decreto n. 30.328/2010), Piauí (Decreto n. 16.002/2015) e Distrito Federal (Decreto n. 36.554/2015).

ou não dos direitos de propriedade intelectual[68] de cada um dos projetos apresentados ao Poder Público.[69] É de grande importância que se estabeleçam: *(a)* os limites em que os estudos devem ou não ser concedidos ao Poder Público, *(b)* em que medida está assegurado o sigilo das inovações trazidas no projeto, e *(c)* se há o dever de ressarcimento do proponente, no caso de não utilização imediata, de alteração ou mesmo; *(d)* de quem é a responsabilidade de responder por erros do projeto decorrentes de falhas dos estudos de PMI ou MIP.

De extremo relevo, ainda, é delimitar as implicações necessárias às contratações originadas de PMI ou MIP, ou seja, identificar e traçar: *(a)* qual a relação a ser mantida entre a Administração Pública e a entidade que contribuiu para o estudo daquele projeto; *(b)* se há vinculação da Administração à proposta aceita; e, *(c)* como deverão ser a licitação e o contrato de projeto decorrente de PMI ou MIP.

Merece atenção especial o procedimento de decisão da Administração Pública de contratar a partir de uma PMI ou MIP: o que deve ser levado em conta, de que forma deve ser motivada e tornada pública e de quem é a competência por essa decisão.

A legislação brasileira regula de forma muito genérica a decisão administrativa nas *Manifestações de Interesse*. Ainda que se defenda a amplitude das regras de regência desses procedimentos, é necessário que os critérios a serem percorridos pelo administrador público estejam delineados.

---

68 Ver os exemplos dos Decretos de Mato Grosso do Sul (n. 14.360/2015, art. 4º, § 1º) e da Bahia (n. 16.522/2015, arts. 10, § 3º, e 12, XI), que tratam da cessão dos direitos de propriedade intelectual do estudo/projeto/modelagem apresentado em favor da Administração Pública.

69 Interessante observar que o Projeto de Lei do Senado n. PLS 559/2013, que visa a substituir a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), pretende regular a propriedade intelectual relacionada aos estudos apresentados à Administração Pública:

"Art. 84. A Administração somente poderá contratar, pagar, premiar ou receber serviço técnico profissional especializado, inclusive projetos, após negociar os respectivos direitos patrimoniais a ele relativos.

§ 1º A partir da cessão dos direitos a Administração poderá utilizá-los de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no contrato.

§ 2º Quando o projeto referir-se à obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos deve incluir o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra. (...)".

Pelo que se pôde analisar, os instrumentos normativos que se dedicam ao tema da decisão, se restringem a estabelecer regras principiológicas, deixando de lado as procedimentais, que tanto poderiam contribuir para a melhoria do processo decisório nas *Manifestações de Interesse*.

Como exemplo, vê-se o caso da legislação do Estado do Rio de Janeiro, que prevê a competência decisória,[70] porém dispõe que a avaliação do órgão decisor deve levar em conta os seguintes parâmetros:[71]

> I – a observância de diretrizes e premissas definidas pelo órgão solicitante;
>
> 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;

No que se refere aos problemas práticos, muitos são aqueles identificados pelo mercado. A constatação principal é o fato da baixa conversão de PMI em processo licitatório sem que haja uma justificativa plausível para essas decisões de não levar a cabo os estudos desenvolvidos.

Outro ponto de preocupação é com a disponibilização de documentos e dados apresentados no projeto[72] – e que, inclusive, pode ter servido de base para a escolha de um projeto específico –, vis-à-vis a obrigação de sigilo de não revelar algumas informações estratégicas dos projetos.

---

70 Art. 16 do Decreto n. 45.294/2015.

71 Art. 17 do Decreto n. 45.294/2015.

72 O tema será melhor abordado no Capítulo 5.

Adicionalmente, o quesito ressarcimento do proponente sempre gera debates, já que o arbitramento dos valores nas situações concretas se reveste de elementos subjetivos e que dificultam a apuração de razoabilidade; o ressarcimento é definido pela própria Administração Pública; o montante a ser ressarcido não envolve qualquer tipo de compensação pelo risco de não remuneração a que o privado está sujeito ao decidir colaborar com a Administração.[73]

A partir desse elenco de desafios ainda existentes no Brasil, tanto normativos, quanto práticos, é que se vislumbram possibilidades de melhorias dos procedimentos decisórios envolvidos nas *Manifestações de Interesse*, como meio de superar, ou ao menos mitigar, os desafios existentes.

Desse modo, é significativa a necessidade de aprofundamento das decisões administrativas que compõem as *Manifestações de Interesse*, bem como dos meios aventados para o aprimoramento de seu procedimento correlacionado.

1.4 As decisões administrativas como parte integrante (e determinante) das *Manifestações de Interesse*

Os mecanismos de *Manifestação de Interesse* são precipuamente procedimentos administrativos. A decisão administrativa é parte inerente do procedimento ou, em outras palavras, é resultado do procedimento, já que a interconexão de atos e informações que compõem esse procedimento deve ser orientadamente direcionada ao fim último do procedimento, que é atingir o interesse público almejado, seja por meio da realização de uma utilidade pública, seja mesmo pela não ação.

Tudo isso culminará numa decisão administrativa principal, que materializará o fim do procedimento e a conclusão do seu fim precípuo (ainda que desse procedimento em questão possam derivar outros procedimentos).

---

[73] Ver mais no Capítulo 5.

As *Manifestações de Interesse*, enquanto procedimento, vão envolver decisões administrativas interlocutórias e uma decisão administrativa final, que colocará fim ao mecanismo e à fase pré-licitatória.

Antes da difusão do uso de PMI e MIP, o impulso e a mobilização inicial de planejamento, que culminava na primeira das decisões na fase pré-contratual – a de licitar –, ficavam adstritos à própria Administração, seja por meio de seu corpo técnico interno, seja pela encomenda a consultores da modelagem desejada à contratação.[74]

Em outras palavras, o ato da concepção e do planejamento detalhado que levam à contratação estava sempre na tutela da Administração Pública e não fazia parte da dinâmica do cidadão e do espectro de sua participação na vida pública.[75]

A partir das *Manifestações de Interesse*, o "acto propulsivo do procedimento",[76] como denomina Sérvulo CORREIA, passa a ser a ideia ou proposta apresentada voluntariamente pelo particular, com

---

[74] Ver mais em MONTEIRO, Vera. Contratação de consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: Qual o melhor caminho? In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015. p. 143 e ss.

[75] Nesse sentido, Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA afirmam que: "(...) o impulso que, aí, está na génese e é determinante da tomada da decisão de contratar e de iniciar (e abrir) o procedimento administrativo pré-contratual advém da própria Administração Pública, não se situando na dinâmica da vida social" (Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*). *Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 528).

[76] Nesse sentido, Sérvulo CORREIA defende que: "Aliás, o acto propulsivo do procedimento que conduz a vários desses contratos não é sequer a *decisão ou a deliberação de contratar*, mas, antes dela, um pedido ou uma proposta apresentados pelo eventual cocontratante. A necessidade da escolha ergue-se portanto naquelas outras situações em que a Administração precisa de organizar certos meios com vista à consecução de uma finalidade e, para isso, carece de entrar em relação com outra entidade que lhe possa prestar um serviço ou alienar uma coisa ou, até, receber um serviço ou adquirir uma coisa à Administração. Estas hipóteses caracterizam-se pela fungibilidade do cocontratante porquanto o pressuposto determinante da celebração do contrato não é a necessidade de providenciar uma situação concreta de uma certa pessoa, mas sim de satisfazer uma carência da Administração. Uma vez que, em abstracto, poderão ser múltiplos os interessados em contratar em tais termos com a Administração, assume acuidade especial a aplicação do princípio da *imparcialidade*, sob a vertente da *igualdade de tratamento*" (*Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003. p. 691).

a consequente decisão da Administração de acatá-las ou não; ou a decisão de solicitar propostas a entidades privadas, quer se trate de MIP ou PMI, respectivamente.

No que concerne ao momento de início do procedimento, interessante observar que o preâmbulo do Decreto-Lei n. 93/2008 português, que alterou o Decreto-Lei n. 206-A/2007, o qual trata do regime de utilização de recursos hídricos, possibilita a apresentação de propostas não solicitadas, expressamente delimita que o ponto inaugural do procedimento não ocorre com a apresentação da proposta em si, mas sim quando a Administração entende que esta justifica a instauração de um procedimento e que não há nenhum impedimento que impeça a sua abertura:

> O procedimento concursal de iniciativa dos particulares não se inicia forçosa e automaticamente com a apresentação do pedido pelo particular, mas sim apenas quando a administração entenda que o mesmo se justifica ou que não existem razões que obstam à sua abertura, determinando a publicitação do pedido apresentado.[77]

Assim, aquela que era a decisão de contratar, e que impulsionava todo o procedimento pré-contratual, passa a ser composta por outros instrumentos, como a proposta externa – apresentada de forma voluntária por privados ou mediante solicitação do setor público –, e por outras decisões[78] que antecedem a decisão de contratar em si, embora, em muitos aspectos, a antecipe.

---

[77] Preâmbulo do Decreto-Lei n. 93/2008. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/ aigaion/attachments/lDL932008.pdf-1fb5086df04508a29f7586df264b9d2a.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[78] O recebimento da proposta em si, especialmente a não solicitada, não tem o condão de instaurar o procedimento pré-contratual. Será necessária a decisão administrativa preliminar de aceitação da ideia ou proposta, bem como de um inicial interesse em contratar o determinado objeto que pretende solucionar a necessidade pública identificada. No caso da de uma proposta não solicitada, se a decisão administrativa preliminar for a de não aprofundar a análise daquela ideia ou proposta apresentada, seja qualquer a razão, a *Manifestação de Interesse* não se iniciará. Nada mais será do que o exercício do direito de petição da entidade privada, a qual é aceita ou não pela Administração, e devidamente respondida. Ou seja, a proposta é só um ato impulsionador, ou propulsivo, como nomina Sérvulo CORREIA. A decisão que

Passadas essas decisões que inauguram o procedimento nas *Manifestações de Interesse*, várias são as demais decisões intraprocedimentais que podem ser adotadas durante o procedimento, seja a de solicitar alterações da proposta apresentada, de realizar sessões públicas com as entidades privadas participantes do procedimento, de dilatar prazos, de realizar *due dilligences* mais aprofundadas, entre outras.

Essas decisões, aqui também ditas "interlocutórias", se coordenam para a decisão final do procedimento *de Manifestação de Interesse*: a decisão de contratar ou não aquele projeto objeto da modelagem, se utilizando ou não das contribuições privadas apresentadas.

Subsequentemente, caso a decisão final seja a de contratar, tomando-se por base uma das modelagens desenvolvidas a partir das *Manifestações de Interesse*,[79] a Administração Pública seguirá o curso padrão com os procedimentos de licitação, contratação e execução da obra, serviço ou atividade econômica de interesse público.

Com isso, a decisão deve ser muito cuidadosa e se cercar dos elementos que garantirão que a(s) modelagem(ns) escolhida(s) é(são) a que melhor atende o interesse público em questão.

Por outro ângulo, a decisão final pode ser a de que a ideia, proposta na MIP ou aquela trazida num edital de PMI, não se mostra viável, deixou de ser uma prioridade para o momento ou, ainda, vai onerar gravemente os cofres públicos.

Assim, vê-se que as decisões administrativas são parte inerente das *Manifestações de Interesse*. Logo, conhecer os pormenores dessas decisões e buscar aprimorá-las tornará os mecanismos de *Manifestação de Interesse* mais adequados ao atingimento de seus fins e mais apropriados a satisfazer as necessidades públicas que incitaram a sua utilização.

---

aceita dar prosseguimento à análise da proposta é que inaugurará a *Manifestação de Interesse*.

[79] Seja ela pura ou combinada com um dos modelos tradicionais de elaboração de projetos públicos.

2 A CONSENSUALIDADE COMO PRESSUPOSTO DAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE*

(2.1) A mudança de pressupostos da Administração Pública – atuação mais próxima das entidades privadas; (2.2) A emergência dos mecanismos de consensualidade; (2.3) A participação como prestígio à democracia; (2.4) A participação como fonte de eficiência, legitimidade e finalidade de interesse público.

Com o propósito de melhor compreender o instituto das *Manifestações de Interesse*, é necessário avaliar o contexto de sua adoção no Brasil, sob um olhar jurídico e político-histórico, bem como os elementos que compõem o cerne do instituto.

Para tanto, é inevitável a análise das fontes que refletem as formas e o modo de atuação da Administração Pública, os casos concretos que funcionam como referência e a legislação que serve de exemplo das mudanças ocorridas ao longo dos anos.

A partir dessa análise, pode-se concluir que a consensualidade é protagonista em todo o fenômeno que circunda as *Manifestações de Interesse* e, tendo como coadjuvantes de suporte os institutos da participação e do procedimento, o que se passará a analisar.

2.1 A mudança de pressupostos da Administração Pública – atuação mais próxima das entidades privadas

A atuação da Administração Pública passa por mudanças constantes, de modo a buscar cumprir suas funções, as quais são determinadas pelo momento em que estão inseridas, e a atender à evolução da sociedade.

Essa capacidade de adaptação é relevante para que a Administração Pública possa atuar sempre de forma contemporânea à realidade fática.[80] Como consequência, o direito administrativo também se transforma, ainda que em velocidade mais lenta do que o mundo fenomênico.

Desde o Estado Social,[81] a atuação da Administração Pública vem se alterando bastante e com grande velocidade. Nesse período, o fator histórico contribuiu sobremaneira para essa mudança, já que o momento pós-guerra exigia um Estado mais presente na vida do cidadão, ou seja, um Estado provedor.

Como já destacado por esta autora e por Rafael GAROFANO:

> O Estado agora qualificado como Social passa, com isso, a cada vez mais assumir a responsabilidade de desempenho de tarefas sociais, de provimento das necessidades coletivas. É assim ampliada a intervenção estatal na economia e os serviços públicos passam a ser prestados diretamente pelos órgãos estatais, impondo à Administração uma diversidade de atuação para que consiga agora atender a todos os deveres que lhe são impostos pela Constituição e pela sociedade. A finalidade estatal, nessa etapa, consiste em proporcionar diretamente o bem-estar comum e o interesse público, já que o principal ator responsável pela tutela dos interesses públicos.[82]

Contudo, esse escopo abrangente e titularizado quase exclusivamente pela própria Administração Pública, na prestação dos

---

[80] Vale ponderar que as transformações vão ocorrendo de forma progressiva na linha do tempo, sendo muitas vezes imperceptível pelos indivíduos que estão inseridos naquela realidade. Por mais que a linha histórica, aqui seguida, possa gerar uma impressão de que os momentos são segregados e há um marco temporal que indica o final de um período e o início do próximo, essa é uma falsa percepção ocasionada pela narrativa.

[81] Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o Estado Social é aquele que se consolida após a Segunda Guerra Mundial, período em que se verifica a preocupação com o bem comum. Ver mais em *Parcerias na Administração Pública:* concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8 e ss.

[82] VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 185.

serviços públicos, não foi sustentável por muito tempo, na medida em que a capacidade de atuação administrativa era limitada.

Diante da incapacidade de atender a todos os seus deveres com qualidade, e da grande oneração causada aos cofres públicos, o Estado provedor passou a ser motivo de insatisfação da sociedade.

Assim, o Estado passa a atuar de forma subsidiária, por meio da gestão da prestação de serviços públicos: planejamento, orientação, fiscalização e descentralização da execução do serviço. Ou seja, a Administração Pública se despe da sua atuação burocrática e se reveste com o papel gerencial.

Com isso, a Administração Pública só atua diretamente naquilo que é essencial e investe esforço no *Estado Regulador* que passa a vigorar desde então.[83]

O cenário de transformação da atuação administrativa, a qual passa a ser mais gerencial, revela uma maior desoneração da prestação direta das atividades por parte da Administração Pública e a delegação dessas atividades para o setor privado.[84]

É no âmbito dessas atividades, antes tipicamente exercidas pelo poder público, que as parcerias e cooperações entre o Poder Público e a iniciativa privada se mostram como um importante instrumento de reconfiguração das contratações públicas, de alternativa aos financiamentos de grandes obras e serviços e de promoção de uma maior participação do setor privado nos negócios públicos.[85]

---

83 Ver mais em VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 186 e ss.

84 "As parcerias e a cooperação entre setor público e iniciativa privada, para além de servir como alternativa às restrições orçamentárias – vis a vis o cumprimento das limitações fiscais estabelecidas em lei –, tornam-se importantes instrumentos de reconfiguração do poder estatal, de promoção de uma maior participação do setor privado nas tarefas públicas". Ver mais em VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 187.

85 Nesse sentido, Maria Eduarda AZEVEDO pondera que: "Na verdade, as Parcerias emergem, sobretudo, como uma consequência da necessidade não só de reorientar e redimensionar o sector público, mas também de favorecer a participação da iniciativa privada na esfera da governação pública, tendo por base uma cooperação duradoura dos agentes públicos e privados na provisão de infraestruturas e na prestação de serviços públicos mediante o recurso às capacidades de financiamento e gestão do sector privado" (AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias público-privadas:* instrumento de uma nova governação pública cit., p. 18).

Sob a égide de uma administração pública gerencial, o governo de resultados é aquele que coloca o cidadão como principal destinatário de serviços essenciais, os quais devem ser pautados em critérios de qualidade e eficiência.[86]

E isso porque, com a reforma da Administração Pública, o cidadão passa a ser o foco da atuação administrativa, e esse mesmo cidadão, inserido na lógica da sociedade, assume papel atuante por meio de seu grupo,[87] absorvendo uma parcela da função administrativa. Assim, na ótica dos ensinamentos de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, o Estado não consegue mais ser o tutor exclusivo do interesse público, tampouco agir apenas de forma autoritária.[88]

Essas modificações de atuação da Administração – revelada na desconcentração das suas atividades e poderes e, principalmente, na aproximação com os particulares – implicaram a reformulação do Direito Administrativo, de modo que alicerçasse as novas funções administrativas e suas formas de execução, pela própria Administração ou por terceiros.[89]

Assim, o direito administrativo, inicialmente concebido com caráter publicista e autoritário, tende a incorporar mais e mais elementos e instrumentos típicos do direito privado.

---

[86] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO explica a transformação: "No que diz respeito à Administração Pública, a ideia é transformá-la de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão" (*Parcerias na Administração Pública:* concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas cit., p. 31).

[87] Nesse sentido, Nazaré da Costa CABRAL destaca que uma das consequências da atuação de quase mercado da Administração Pública é a mudança na forma de encarar o cidadão, destacando: "em virtude da substituição das relações típicas entre Estado e os administrados, como relações de cidadania, em relações de natureza – diríamos – puramente clientelar (o cidadão dá lugar ao cliente, ao consumidor)" (As parcerias público-privadas. *Cadernos IDEFF*, Coimbra: Almedina, n. 9, p. 43).

[88] Ver mais em MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 157 e ss.

[89] Como relata Pedro GONÇALVES: "A circunstância de uma entidade estar encarregada de executar a função administrativa há-de implicar *necessariamente* uma certa presença de princípios e de valores de direito administrativo na sua acção" (*Entidades privadas com poderes públicos:* o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Reimpressão da edição de outubro de 2005. Coimbra: Almedina, 2008. p. 291).

E, de outro lado, a atuação das entidades privadas, em colaboração com a Administração Pública, tem que se revestir de alguns princípios e regras de direito administrativo. Ou seja, a expansão e a evolução das formas de atuação da Administração Pública geram uma aproximação cada vez maior entre Estado e sociedade e, por consequência, entre o direito administrativo e o direito privado.

Nesse ambiente, as parcerias com a iniciativa privada ganham relevo e sua utilização passa a se alargar em diversos países, nomeadamente, baseada na ideia de *eficiência*.[90]

Como já observado, é no contexto de uma sociedade que cobra o atendimento de suas crescentes necessidades – as quais, na maioria das vezes, não eram atendidas, ou eram atendidas de forma insatisfatória[91] –, e de limitação temporal-valorativa[92] e

---

[90] Maria Eduarda AZEVEDO indica que a eficiência reside em três vetores fundamentais: (i) os ativos necessários para executar o serviço objeto da PPP; (ii) o fato de a PPP englobar todas as fases da produção e a prestação do serviço; e (iii) a partilha adequada dos riscos entre os parceiros. Vale destacar que as PPP possuem escopo mais amplo em Portugal do que no Brasil, englobando mais formas de contratação. O Decreto-Lei n. 86/2003, em seu art. 2.º, n. 1, prevê que são parcerias público-privadas o contrato ou a união de contratos em que parceiros privados se vinculam de forma duradoura para desenvolver atividade com vistas à satisfação de uma necessidade coletiva e que o financiamento e responsabilidade da atividade são, em todo ou em parte, do parceiro privado, abrangendo quase todos os tipos de contratos. O Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n. 18/2008) não conceituou as PPP, entendendo-se que não revogou o conceito anterior de PPP do Decreto-Lei n. 86/2003. *In verbis*: "No âmbito dos esquemas PPP, a participação do sector privado é susceptível de se traduzir em eficiência produtiva acrescida por força da mecânica de vários factores, residindo as fontes de eficiência em três vectores fundamentais: a estrutura específica da propriedade em relação aos activos necessários para produzir e prestar o serviço requerido; o englobamento das diferentes fases da cadeia de produção e prestação do serviço; a partilha adequada dos riscos entre os parceiros com o consequente sistema de incentivos ligados à produção e prestação do serviço" (*As parcerias público-privadas:* instrumento de uma nova governação pública cit., p. 471.

[91] Alexandre Santos de ARAGÃO destaca que: "A conjuntura que ensejou o surgimento da ideia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, ser assim sintetizada: 1) gargalos de infraestrutura impeditivos do crescimento e necessidade de melhorar a situação fiscal do Estado; 2) existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não autossustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 664).

[92] Para além disto, não bastasse a limitação do endividamento público a que o Estado está submetido – ainda que o gasto para uma determinada obra esteja dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal –, nas contratações tradicionais, o Estado deve também se adequar à exigência prevista na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), ou seja, a de que o pagamento de obra pública deva ocorrer durante a execução desta e, em linhas

orçamentária[93] e, por outro lado, de uma maior aproximação com a iniciativa privada, que podemos vislumbrar os principais pressupostos para o advento sucessivo de novas formas jurídicas de contratação entre o setor público e o setor privado, como, por exemplo: as concessões de serviço público, as Parcerias Público-Privadas[94] e o Regime Diferenciado de Contratação.

Nesse sentido, as parcerias com a iniciativa privada,[95] por meio de concessão, permissão, franquia e, especialmente, das PPP, têm sido boas opções para o desenvolvimento de infraestrutura e aprimoramento de obras e serviços públicos, principalmente para obras e serviços que não sejam financeiramente autossuficientes, ou seja, que não remunerem os custos de investimento e margem de lucro do investidor privado com a tarifa paga pelo usuário.

Ou seja, diante da necessidade de transformação das formas de agir da Administração Pública, e das necessidades da sociedade, bem como do imperativo desenvolvimento das infraestruturas basilares do

---

gerais, que seja feito em até trinta dias após a conclusão do adimplemento de cada parcela da obra, o que se inviabiliza na realização de obras de infraestrutura de grande envergadura.

93 O orçamento deve envolver programas de Governo, de forma a potencializar a utilização dos recursos financeiros. Contudo, a insuficiência de receitas para a prestação dos serviços públicos sempre foi alarmante, o que gerou na Administração Pública uma necessidade de angariar mais recursos.

Para tanto, tentou-se aumentar a carga tributária, mas esta não produziu o resultado esperado, pois não só inibiu investimentos estrangeiros, como também aumentou a taxa de sonegação de impostos.

Outra estratégia utilizada foi o aumento de financiamentos junto aos bancos nacionais e internacionais. Porém, as taxas de juros elevadas e o grande número de empréstimos superavam a aptidão estatal para cumprir as obrigações. Diante disso, os Estados foram perdendo credibilidade junto aos agentes financeiros e esgotando, cada vez mais, as formas de se buscar recursos para os serviços públicos.

A ineficiência na prestação dos serviços públicos era algo inevitável, visto que insustentável a coexistência de um grande volume de ações estatais concentradas e a crise financeira.

94 Ao tratar do cenário do surgimento das Parcerias Público-Privadas, José Virgílio Lopes ENEI pondera que: "Esse é o quadro que justificou a concepção das PPPs. De um lado, os regimes tradicionais de concessão, permissão e autorização mostram-se incapazes de atrair investimentos privados em volumes suficientes para atender às necessidades do setor de infraestrutura brasileiro. De outro, o Estado não dispõe de recursos orçamentários, nem autorização para contrair endividamentos adicionais, para fazer frente às necessidades de investimento" (*Project Finance* – financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged*, *buy-out* e outras figuras afins) cit., p. 405.

95 O termo, quando utilizado neste plano de pesquisa, possui acepção ampla.

crescimento econômico, vislumbra-se a crescente aproximação com as entidades privadas.

Alinhado a isso, é no âmbito dessas transformações que se favorece a tomada de decisões administrativas mais dialógicas, em contraposição àquelas tomadas de forma unilateral e autoritária.

Em suma, abre-se espaço para um ambiente mais consensual e flexível, em que se valoriza uma maior participação da sociedade no agir público.

2.2 A emergência dos mecanismos de consensualidade

É nesse ambiente de aproximação entre Administração Pública e entidades privadas, e da consequente transformação do direito administrativo, que emergem os mecanismos de consensualidade, como forma de atender à necessidade de um maior diálogo entre público e privado.

O que se observa nos vários fenômenos que exprimem a consensualidade é a mudança da atuação administrativa do *ato* para o *processo administrativo*; da autoridade para a atuação dialógica, gerando uma "*multipolaridade* das relações entre público e privado".[96]

David DUARTE explica a mudança de eixo do direito administrativo que reflete as mudanças ocorridas nas relações jurídico-administrativas:

> O decaimento do dogma do acto definitivo e executório, por exemplo, que na sua qualidade histórica do momento paradigmático da função tem aglutinado a compreensão da acção administrativa, faz com que o eixo do direito administrativo contemporâneo se desloque do acto para as próprias relações jurídico-administrativas e, como refere GOMES CANOTILHO, para a

[96] Ver mais em GAROFANO, Rafael Roque. *Contratualidade administrativa:* abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 97.

> fenomenologia procedimental do desenvolvimento da acção.[97]

Muitas são as formas de denominação desse fenômeno de aproximação entre os setores públicos e privados na atuação administrativa: contratualização, concertação administrativa, atuação dialógica, procedimentalização da atuação administrativa, mecanismos negociais, administração por acordos, administração paritária,[98] entre outros.

Alguns autores passaram a adotar a expressão francesa "governar por contrato".[99] O termo exprime a descontinuação do ato administrativo[100] que passa, cada vez mais, a ser substituído por formas contratuais de ajuste entre a Administração Pública e particulares, se despindo do caráter imperativo que o vestia.

Nessa linha, Phillip J. COOPER explica o distanciamento dos mecanismos de autoridade da Administração Pública e a aproximação aos processos de negociação:

> We are advised to downsize, deregulate, decentralize, devolve, desinstitutionalize, reinvent, right-size, and reengineer. The advice is to move away from so-called command and control operations and move toward a focus on negotiation-driven, incentive-based processes and performance-evaluated operations, often with market-oriented values as key criteria of sucess or failure. Whatever we do, the point has in-

---

97 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 86-87.

98 Esses dois últimos são referenciados por Gustavo Justino de OLIVEIRA: "Aplicada ao terreno da Administração Pública, essa orientação gerou expressões como Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária, Administração dialógica, e mais recentemente, Administração consensual" (*Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 218).

99 Ver mais em MEDAUAR, Odete. Público-privado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015. p. 47.

100 Em bastante síntese, essa é uma das razões para o nome da obra de Vasco PEREIRA DA SILVA: "Em busca do acto administrativo perdido". Ver referência completa na bibliografia desta tese.

> creasingly been to move away from the use of mechanisms of authority and toward governance by agreement.[101]

O fenômeno da consensualidade, inicialmente, se tratava de meio alternativo de atuação administrativa, a qual gerava uma série de incertezas, especialmente nos agentes públicos que estavam sempre sujeitos à acusação de estarem atuando às margens da lei, já que esta não previa expressamente os mecanismos adotados.

Paulatinamente, esses mesmos mecanismos começaram a ganhar força, especialmente na doutrina, o que acabou por refletir em alguns textos legais. Com isso, aquele instrumento alternativo passa a ser, em algumas situações, a primeira opção de agir da Administração Pública.

Com base no modelo vigente anteriormente, a regra era o monopólio da decisão administrativa única e exclusivamente nas mãos do agente público. Assim, o agir imperativo do Estado, embora sempre devesse estar pautado no interesse público, acaba por ser construído apenas pelo espectro da Administração Pública, e não pela ótica consensual.[102]

Já com a nova perspectiva consensual, há uma mudança no cerne da atividade administrativa, que passa do "ato" para o "processo" administrativo,[103] este último apresentando-se como a face mais nítida da defesa e da garantia dos cidadãos contra a atuação arbitrária da Administração. Os vários pontos de vista, argumentos e interpretações dos fatos expressam a realidade do pluralismo, característico da democracia.[104-105]

---

[101] COOPER, Phillip J. *Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers. Public Affairs and Policy Administration Series. Washington, D.C.: CQ Press, 2002. p. 47.

[102] Para mais detalhes, conferir OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 219 e ss.

[103] MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 412.

[104] MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 74-99.

[105] Vasco PEREIRA DA SILVA expõe que, "Independentemente de quaisquer considerações políticas de caráter global, indiscutível é, no entanto, que a participação dos privados no

Essa alteração do centro gravitacional do ato para o processo resulta, de um lado, no aumento da importância dos mecanismos dialógicos e, de outro, na alteração do foco do agir público: migra-se o racional da atuação pública da "supremacia do interesse público" para a ponderação ou arbitragem entre interesses públicos coexistentes.

Assim, por meio do diálogo com os cidadãos, é possível arbitrar os interesses públicos relevantes para cada atuação pública específica, tornando mais fácil a tarefa de transitar pelos mais diversos interesses sociais.

A consensualidade, portanto, serve como mecanismo para subsidiar as decisões públicas, em substituição ao agir unilateral e imperativo.

Adicionalmente, faz-se relevante avaliar os pressupostos nucleares que compõem as ações consensuais, de modo a garantir, minimamente, a propriedade de sua aplicação prática. Podem ser identificados como pressupostos componentes da consensualidade: (i) o diálogo estabelecido entre público-privado, acerca de uma ação pública, o qual pode ser seguido de um acordo negociado – que terá suas próprias características[106] –, (ii) o fato de ser imbuído de contribuições e benefícios mútuos, e (iii) a finalidade de interesses públicos.

Nesse sentido, os elementos concretizadores desses pressupostos consensuais são:

---

procedimento constitui uma forma de democratização da Administração Pública. A generalização do procedimento administrativo e a consequente abertura a uma maior colaboração e participação dos privados significam uma importante transformação de fundo, que é a passagem de uma Administração autoritária a uma Administração de serviço. E essa transformação da acção administrativa autoritária em 'ação participada' tem o duplo mérito de apresentar características de democraticidade (no interior e no exterior da Administração), e de aproximar e, sobretudo, de interessar os estranhos na actuação administrativa, assim como de motivar os próprios operadores no desempenho das suas tarefas" (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 401).

[106] Deixaremos de abordar as características específicas dos acordos consensuais, já que não se trata do escopo desta tese. Para maiores detalhes, ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015; GAROFANO, Rafael Roque. *Contratualidade administrativa:* abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública cit.; entre outros.

(i) A substituição do ato administrativo unilateral por procedimento decisório que contenha a contribuição do particular de maneira relevante;

(ii) Como consequência do item anterior, pressupõe que haja uma margem de integração do particular para a formação dos termos, de alguma forma, substanciais do conteúdo objeto do processo decisório;

(iii) As decisões envolvidas no processo só se perfaçam com a participação do particular. E, nos casos em que não haja a sua aquiescência prévia, seja possível que ela ocorra a posteriori, com a edição do ato unilateral;

(iv) Essa participação seja facultada a todos os particulares interessados, de forma ampla e, ainda, que se incentive o debate das ideias em questão;

(v) A participação do particular possa ser materializada em algum instrumento ou, ao menos, registrada, de modo a comprovar a existência do diálogo e a transparência dos termos em que ela se processou.

A consensualidade pode ser verificada nos mais variados campos de atuação administrativa e de relação com a sociedade. São alguns exemplos: o orçamento participativo; as audiências e consultas públicas; os termos de ajustamento de conduta (TAC – Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985), contratos de fomento, contrato de gestão (Lei das Organizações Sociais – Lei n. 9.637/1996), a abertura à arbitragem nos contratos de concessão e nas Parcerias Público-Privadas (Leis n. 8.987/1995 e n. 11.074/2004), entre outros.

As *Manifestações de Interesse* são também entendidas como mecanismos de consensualidade. E isso porque claramente estabelece um diálogo entre entidades públicas e privadas, com vistas a realizar uma obra, serviço ou utilidade pública; traz vantagens para ambas as partes, além da possibilidade de contratação posterior daquela entidade privada, por meio da licitação e, por fim, deverá ter como norte proporcionar alguma benesse pública.

Nesse contexto, as *Manifestações de Interesse* representam a introdução do diálogo no processo de decisão administrativa. Isso

significa a participação da iniciativa privada nas discussões que se travam para se chegar à tomada de decisão de contratar.

É por meio das *Manifestações de Interesse* que se colhem *inputs* do setor privado, na gênese da atuação administrativa, a fim de obter os interesses potenciais que justifiquem aquela obra ou serviço.[107]

De forma mediata, é possível vislumbrar benefícios dessas cooperações da iniciativa privada para as contratações públicas: no auxílio à tomada da decisão de contratar e de como estruturar o seu objeto, bem como à escolha da melhor forma de contratação.

E isso porque a correta definição do formato da contratação é essencial para a sustentabilidade financeira e qualitativa do projeto. Em suma, deve ser demonstrado objetivamente que se trata da melhor opção possível,[108] sob pena de se comprometer a eficiência do projeto desde a partida.

É indubitável que essa mesma decisão poderia ser tomada de forma unilateral e imperativa pela Administração. Todavia, por meio do processo consensual, é possível agregar eficiência e mais legitimidade ao agir estatal, mitigando-se o risco de questionamentos posteriores.[109]

---

[107] Este conceito não é particularmente novo para o direito administrativo, já que, como podemos encontrar nas lições de Gaston JÈZE, já era utilizado no direito francês: "Il arrive très souvent que pour décider une administration publique à créer, à reorganiser un certain service public ou à l'aménager d'une certaine façon, des individus, des sociétés, et même des administrations publiques sont solicitées (I) ou offrent spontanément de participer à la dépense, et, d'une manière plus générale, aux frais du service public à créer ou à réorganiser. C'est l'offre de concours. Si l'offre de concours est acceptée par l'administrationn, on dit qu'il y a contrat administratif d'offre de concours.

Très rarement, dans la pratique, l'offre de concours sera tout à fait désintéressée de la part de celui de qui elle émane.

La proposition de participer aux frais a très ordinairement pour motif déterminant l'obtention d'un avantage particulier pour celui qui la fait" (JÈZE, Gaston. *Les Contrats Administratifs:* de L'État, des Départements, des Communes et des Établissements publics. Paris: Libraire -Éditeur, 1927. p. 144).

[108] Por exemplo, para que a contratação por meio de PPP possa ser vantajosa, recomenda-se que ela só deva ser a escolha da Administração naqueles projetos que não sejam autossustentáveis, pois nos casos em que houver viabilidade tarifária, a princípio, não há razão para que o Estado assuma o ônus financeiro, comprometendo em larga escala e por um longo período o orçamento público.

[109] Ver mais em SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 403 e ss. Nesse mesmo sentido, o autor ressalta: "Isto porque a partici-

Como será melhor abordado nos itens adiante, (A) o ganho de eficiência está atrelado aos quesitos: (i) *qualitativos* – já que a tendência é a de escolha de modelagens e estudos que melhor se adequam às necessidades da Administração Pública, e com maior qualidade técnica; (ii) *financeiros* – já que devem indicar o melhor formato de contratação para aquele caso específico, diminuindo a necessidade de adequações técnico-estruturais no momento da execução da obra e do serviço, o que ajuda a minimizar a judicialização das discussões contratuais, no curso da obra ou do serviço. (B) Já a maior legitimidade se justifica pelo fato de que as decisões participadas tendem a estar mais aderentes aos anseios da sociedade e a ser menos contestadas, já que contaram com a participação da iniciativa privada, enquanto agentes externos à estrutura da Administração Pública.

Sob a ótica dos privados em colaboração com a Administração Pública, a consensualidade traz ganhos também para as entidades privadas que dialogam com o setor público. Alguns desses ganhos se apresentam de forma material, outros são mais intangíveis, mas agregam valor às entidades privadas da mesma forma.

No caso das *Manifestações de Interesse*, por serem procedimentos precedentes de uma contratação pública, esse diálogo prévio com a Administração Pública pode significar negócios, já que a empresa pode se sagrar vencedora na oferta da proposta e receber, com isso, o devido ressarcimento. E, mais, pode participar e vencer o próprio certame licitatório, consequente da *Manifestação de Interesse*.

Pode favorecer, também, *networking* para a empresa, na medida em que estreita relações com entidades públicas, de forma positiva e dentro da estrita legalidade, com outras empresas privadas,[110] entidades sem fins lucrativos, entre outros.

---

pação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceitas pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante fator de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública". Ver mais também em: VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit.

[110] Embora teoricamente seja possível a apresentação de *Manifestações de Interesse* por pessoas físicas, variando a permissibilidade de acordo com as exigências que as legislações locais fa-

Nesse sentido, também estimula a competitividade entre os possíveis interessados em contratar com a Administração Pública, o que é salutar para as próprias empresas, numa ótica de mercado, para a maior vantajosidade do interesse público, e para os usuários finais da obra ou serviço.

Esse maior diálogo com a Administração Pública e, em alguns casos, a predisposição em contribuir com benfeitorias que melhoram a vida da sociedade podem gerar ganhos intangíveis.[111]

E isso porque a maior parte das empresas tem causas de apoio, as quais têm por finalidade gerar um impacto positivo social. Na maioria das vezes, essas causas estão atreladas à responsabilidade social da empresa[112] e, em outros, é o próprio objeto social da empresa.

Essas empresas de propósitos sociais, ou também conhecidas como "social enterprise"[113] (empresa social), podem ganhar um registro especial em algumas bolsas de valores no mundo[114] ou o

---

çam, focaremos aqui na abordagem das vantagens que as *Manifestações de Interesse* podem oferecer a empresas privadas, ou seja, pessoas jurídicas, já que são as que mais interessam a este estudo.

111 A intangibilidade pode ser apenas precedente, quando não se consegue estimar o impacto da ação.

112 É exemplo o Itaú, que apoia projetos de *bike sharing* em vários municípios do Brasil, como São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre, entre outros. Ver mais em: <https://www.itau.com.br/_arquivosestaticos/RI/pdf/pt/Itau_RAC_2015_port.pdf>, p. A-205 – mobilidade urbana. Acesso em: 1º dez. 2016. Da mesma forma, o Bradesco tem projeto similar em São Paulo, além do apoio à ciclofaixa de lazer nos domingos e feriados. Detalhes em: <http://movimentoconviva.com.br>. Acesso em: 1º dez. 2016.

113 São exemplos as empresas Toms, Natura, Good Energy, entre outras.

114 Esse "registro" é chamado nos Estados Unidos de *Social Stock Exchange* e ainda não é um registro oficial feito pela SEC, mas é o princípio de iniciativas que já possuem força no Reino Unido, Singapura e outros:

"The Social Stock Exchange – where profit meets purpose

The Social Stock Exchange provides access to the world's first regulated exchange dedicated to businesses and investors seeking to achieve a positive social and environmental impact through their activities.

The Social Stock Exchange stands for something. It stands for change. Change in the way that investments are sought – and sold. To be listed here, a company must pass our stringent validation process. These companies can be big or small; so long as they have the potential to deliver viable returns and can demonstrate how they will adhere to their own social and/or environmental mandates and missions. They are companies that we believe in and can honestly get behind" (Disponível em: <http://socialstockexchange.com/about-ssx/us/>. Acesso em: 1º nov. 2016).

reconhecimento de compor índices específicos[115] que reconhecem empresas por suas governanças, sustentabilidade, responsabilidade social, entre outros valores, de modo que significam um selo para investidores que querem aplicar seus recursos em empresas que geram impacto social ou ambiental.

Vários são os exemplos de empresas que seguem esse modelo e, não necessariamente, elas possuem vínculo com o setor público. Caso desejassem colaborar com o poder público, essa também seria uma possibilidade para empresas que querem gerar impactos sociais como uma de suas finalidades e, adicionalmente, contribuir com a atuação pública.

O que se pretende dizer com isso é que essas empresas podem ter ganhos de imagem, de valorização de ações, caso tenham seus valores mobiliários negociados em bolsa de valores, e de marca, a depender do impacto social que consigam gerar com a sua parceria com a Administração Pública. A princípio, esses benefícios podem ser intangíveis na medida em que, nem sempre, é possível se estimar o retorno sobre o investimento, já que o impacto pode ser incerto.

Vê-se, com isso, que as *Manifestações de Interesse* podem também ser um bom mecanismo para a obtenção desses benefícios[116] diretos e indiretos para as empresas que se disponham a participar do planejamento do que e como contratar com a Administração Pública. Atuam, portanto, fornecendo subsídios à Administração na elaboração de projetos, agregando visão de mercado, com *know-how* técnico e de inovação.

Assim, fica claro que as *Manifestações de Interesse* são representações da consensualidade e, portanto, confirmam o crescente engajamento da sociedade, por meio de entidades privadas, na atuação pública.

---

[115] São exemplos o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) da BM&F Bovespa e o Dow Jones Sustainability Index.

[116] É claro que também existem pontos de riscos e outros evidentemente negativos em se optar por atuar em parceria com a Administração Pública. Estes serão tratados, contudo, no curso desta pesquisa, já que não é o objeto do presente item.

2.3 A participação como prestígio à democracia

O conceito de democracia vem sendo bastante discutido ao longo dos séculos nas mais diversas ciências, e seus contornos mostram-se ainda indefinidos.[117] Trata-se de conceito que contempla plexo de valores e que, numa ótica filosófico-política, pode variar conforme o gosto daqueles que o estiverem aplicando ou interpretando.

Por mais que não se pretenda adentrar na complexidade inerente ao conceito, é inevitável tangenciá-la, já que que serve de base fundamental para o objeto desta pesquisa.

Numa análise etimológica, vê-se que o termo deriva do grego antigo e significa o poder pelo povo ou Estado pelo povo (*demos* = povo; *cratos* = poder, Estado).[118] Por essa razão, o conceito de Estado esboçado por Pontes de MIRANDA aponta para a ideia de "conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos".[119]

Pode ser considerado um regime em que o cidadão detém o poder de tomar decisões político-sociais relevantes, enquanto detentor da soberania – *soberania popular*.[120] Ou seja, está à "formação e atuação do governo".[121]

---

[117] Nessa linha, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO coloca em questão a unanimidade da democracia: "Se por toda parte a democracia é hoje aclamada, em que medida não decorre isso da incerteza e da obscuridade que envolvem o seu conceito?" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 84).

[118] Paper de Princeton e Stanford faz referência à origem do termo: "Democracy is a word that has come to mean very different things to different people. In origin it is, of course, Greek, a composite of demos and kratos. Since demos can be translated as 'the people' (qua 'native adult male residents of a polis') and kratos as 'power,' democracy has a root meaning of 'the power of the people'". Ver mais em: OBER, Josiah. *The original meaning of "democracy":* Capacity to do things, not majority rule. Princeton/Stanford working paper in Classics. p. 2. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~pswpc/ pdfs/ober/090704.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

[119] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. v. I, p. 39.

[120] Hans KELSEN observa que, "num Estado verdadeiramente democrático, as regras de direito deviam nascer de uma decisão unânime de todos. É por isso que a doutrina do direito natural, lógica consigo mesma, faz nascer o Estado como um contrato. Tomando as coisas estritamente, deveria, até, fazer depender a validade de qualquer regra e do conjunto da ordem estadal do assentimento permanente de cada um dos seus sujeitos; a ideia de autodeterminação exigiria que qualquer indivíduo pudesse subtrair-se a certa e determinada regra e até sair da própria comunidade jurídica, retirando-lhe o seu consentimento inicial. Mas isto significaria

Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 1º, parágrafo único, que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". [122]

No mesmo art. 1º, em seu *caput*, a Constituição também estabelece expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito* e prevê seus principais fundamentos: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e pluralismo político.

O conceito de Estado de Direito, como se sabe, não é estático.[123] Ao contrário, se amolda ao desenho político e à maturação da sociedade, alterando-se com o tempo. Desenvolve-se sempre a reboque do mundo fenomênico, porém em velocidade inferior às mudanças que nele ocorrem.

Numa compreensão do Estado de Direito contemporâneo, nomeadamente sob o viés da Administração Pública, é preciso ir além da legalidade, como medida limitadora da atuação estatal. É necessário incorporar a democracia como acessório indispensável ao agir público, na medida em que deve considerar os anseios

---

a dissolução completa do Estado e de todas as formas sociais em geral" (*Teoria Geral do Estado*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva & C.ª editores, 1938. p. 139).

121 Ver mais em OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 18 e ss.

122 Nessa linha também a célebre frase de Abraham Lincoln: "governo do povo, pelo povo e para o povo". Tradução de trecho do discurso de Gettysburg: "that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain--that this nation, under God, shall have a new birth of freedom--and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth". Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/1600/presidents/abrahamlincoln>. Acesso em: 16 dez. 2016.

123 Embora seja um conceito dinâmico, pode-se dizer que hoje é possível delimitar as premissas que formatam o Estado de Direito. Nesse sentido, Alexandre de MORAES destaca algumas das premissas: "(1) primazia da lei; (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7)) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo" (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5).

sociais na sua composição.[124] É o que Odete MEDAUAR denomina de *democratização administrativa*[125] ou *Administração Pública Democrática* ou, ainda, *participação administrativa*.[126]

Dessa forma, as decisões administrativas devem agregar a participação dos administrados em seu processo de formação, como forma de democratizar o agir público. Como destaca Gustavo Justino de OLIVEIRA:

> No que tange à realidade institucional brasileira, a junção da noção de *democracia* à de *Estado de direito*, levada a efeito pela atual Constituição, muito mais que estabelecer um qualificativo do modo de ser do nosso Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeiríssima grandeza, de importância inquestionável: *o direito de participação nas decisões estatais*[127] (grifos do original).

Em outras palavras, o princípio da democracia não pode ser identificado apenas pela perspectiva da representatividade, a qual também compõe o seu núcleo duro. Embora esse elemento nuclear tenha cumprido papel essencial, ao servir de fundamento para o regime democrático em face dos arbítrios estatais institucionalizados,[128] que predominavam na atuação governamental durante séculos, hoje ele não pode ser visto isoladamente no conceito de democracia.

---

124 Gustavo Justino de OLIVEIRA expõe que: "Uma vez decretada no campo constitucional, a concomitante submissão do Estado à lei e ao direito – ou ao princípio do Estado de direito – e à democracia – ou ao princípio democrático – acarreta implicações de grande relevância, com reflexos (i) no âmbito da legitimação e exercício do poder do Estado, (ii) em suas organizações político-institucionais e, principalmente (iii) na outorga de direitos e garantias fundamentais, de ordem individual e coletiva" (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 18).

125 MEDAUAR, Odete. Administração Pública ainda sem democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, vol. 23, n. 256, p. 38 e ss., 1986.

126 Gustavo Justino de OLIVEIRA expõe os dois conceitos e define participação administrativa como: "a intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas" (*Direito administrativo democrático* cit., p. 171).

127 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 21.

128 Para mais, ver PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 27 e ss.

Hodiernamente,[129] também compõe o princípio da democracia a participação dos cidadãos na tomada de decisões públicas, componente esse do núcleo especial do princípio que mais interessa a esta pesquisa.[130]

Esse conceito foi explicado, em outras palavras, por Alexandre de MORAES, inspirado nas lições de Giuseppe de VERGOTTINI:

> (...) a defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais.[131]

Nesse contexto, a participação serve de instrumento relevante para concretizar o Estado Democrático de Direito, em sua feição contemporânea, no âmbito da atuação administrativa.[132]

---

[129] Odete MEDAUAR explica que essa transformação no componente democracia ocorreu a partir da década de 50 do século XX, já que a representatividade estava a perder força, na medida em que os representantes eleitos acabavam se distanciando muito da sociedade em suas decisões imperativas: "A partir da metade da década de 50 do século XX, começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos" (*Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013. p. 38).

[130] Nesse mesmo sentido, Marcos Augusto PEREZ ressalta que: "O que empiricamente se constata é que, hoje, os institutos da democracia representativa são acompanhados e, em alguns aspectos, até mesmo substituídos por instrumentos participativos ou de democracia semidireta" (*A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 32).

[131] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* cit., p. 6.

[132] Marcos Augusto PEREZ destaca que: "o movimento global de construção desse Estado de Direito material ou substancial reservou espaço destacado à participação. O direito positivo testemunha de forma eloquente que, nos Estados de Direito contemporâneos, a participação do cidadão no desempenho das funções estatais é uma constante, tanto em aspiração como em realidade" (PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 62).

Assim, para além de ter como enfoque a não concentração do poder e de colocar na mão do povo a escolha de seus governantes, a democracia deve também garantir mecanismos para que o cidadão dialogue, possa opinar na condução dos negócios públicos, os quais devem ter por finalidade última a realização de direitos fundamentais[133] e direitos sociais, e possa controlá-los.

Como sintetizado por Marcos Augusto PEREZ, pode-se dizer que é democrático o governo que

> preserva as liberdades públicas, direitos fundamentais individuais como a liberdade de locomoção, de comércio, de pensamento e expressão; o governo que evita a concentração de poderes por meio da adoção do princípio da separação de poderes; o governo submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o "povo" exprimiria sua "vontade suprema" e delegaria aos seus mandatários o poder de governá-lo por determinado período.[134]

Dessa forma, o princípio da participação, enquanto integrante do núcleo essencial da democracia, quando se materializa em mecanismos de estímulo à participação e disponibilizados para os cidadãos, contribuem como forma de prestigiá-la. Vale abordar, portanto, os modos pelos quais a participação prestigia a democracia.

Gustavo Justino de OLIVEIRA destaca que os instrumentos de participação ensejam uma adoção maior da publicidade e da transparência, por meio de dois papéis informativos principais: a obtenção de dados pelos cidadãos e, também, pela maior assertividade

---

[133] "A teoria clássica da democracia menospreza na abstração dos termos modernos 'povo', 'cidadão', 'soberania', aspectos importantes da condição humana e reinvindicações recentes da visão de mundo pós-moderna. Deve-se superar a ideia de que a boa democracia depende somente do aprimoramento dos recursos políticos institucionais do Estado. Na esteira de Häberle, a democracia política deve estar associada ao desenvolvimento de uma cultura de húmus favorável ao desenvolvimento da consciência pluralista e favorável aos valores de direitos humanos" (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012).

[134] PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 28.

do órgão administrativo decididor, o qual possuirá um maior conhecimento da situação subjacente à decisão administrativa.[135]

Cabe aí adicionar um terceiro papel bastante relevante, que é o aprimoramento do controle,[136] seja porque estimula que os cidadãos exerçam mais esse dever democrático, seja porque os órgãos administrativos terão maiores subsídios para o exercício de uma prestação de contas mais adequada.

Além disso, a participação incentiva outras competências administrativas, como, por exemplo, a ampliação dos espaços de negociação, gerando mútuas concessões entre sociedade e Administração Pública,[137] diminuição de burocracias próprias da organização administrativa, entre outras.

Para Niklas LUHMANN, procedimentos legalmente organizados são parte do pensamento liberal sobre direito, estado e sociedade. E esse mesmo procedimento só será legítimo perante a sociedade se envolver participação, defendendo a ideia: "(...) da interdependência de diversos conjuntos de problemas em que se envolve uma sociedade que já não legitima o seu direito por meio de verdades invariáveis existentes, mas sim apenas, ou principalmente, por meio de participação em procedimentos".[138]

Incorporando esse raciocínio para a atuação da Administração Pública, identifica-se uma nova ideia de governança pública, em que a integração entre setor privado e setor público gera a descentralização do processo de tomada de decisão, por meio da participação.[139] No esteio dessa proposição, Jody FREEMAN afirma que:

---

135 Ver mais em OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 172 e ss.

136 Marcos Augusto PEREZ considera, inclusive, que a tentativa de reforçar o controle foi um dos motivadores para a emergência da democracia participativa, como uma evolução da democracia puramente representativa. Ver mais em *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 32.

137 Sobre esses dois últimos pontos, ver mais detalhes em OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 172 e ss.

138 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 7-8.

139 Ver mais sobre o tema em GAROFANO, Rafael Roque. *Contratualidade administrativa:* abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública cit., p. 100 e ss.

> Surely an inquiry into the means by which institutions cultivate the capacity for rational, public-oriented decision making should encompass nonprofits, public interest organizations, trade associations, lenders, professional associations, and the host of private actors that already perform, or could perform, significant roles in governance.[140]

A noção de democracia está consagrada na Constituição Federal[141] e, dessa forma, o Estado pautou a participação social na atuação administrativa, trilhando, assim, um caminho[142] para o seu crescente desenvolvimento.

Como consequência da emergência da participação, como prestígio à democracia, presencia-se a alteração das formas de atuação administrativa, bem como de relacionamento entre a Administração Pública e entidades exógenas à estrutura estatal ou, mesmo, os próprios agentes administrativos, dentro da estrutura administrativa.[143]

A participação na Administração Pública pode se expressar de diversas formas, algumas mais usuais, e outras ainda em estágio de desenvolvimento. Mais comumente, podemos visualizar a participação nas formas de controle da administração. Ainda em desenvolvimento, e a que mais nos interessa nesta tese, são aquelas atreladas à própria concepção do agir público, ou seja, o seu planejamento.[144]

---

140 FREEMAN, Jody. The private role in public governance in New York. *University Law Review*, vol. 75, p. 674, 2000. Disponível em: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-75-3-Freeman_0.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

141 Art. 1º e outros.

142 Termo utilizado por Gustavo Justino de OLIVEIRA. Ver mais em *Direito administrativo democrático* cit., p. 164 e ss.

143 É o que destaca Marcos Augusto PEREZ ao tratar do atual estágio da democracia e da participação na Administração Pública: "Assiste-se, desse modo, no plano da Administração Pública, à criação de novas formas de atuação, inspiradas no postulado da democracia participativa, que alteram a relação da Administração não só com os administrados, mas também com seus próprios agentes e com sua estrutura hierárquica" (PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 37).

144 No âmbito do planejamento, algumas iniciativas já contam com uma maior participação dos cidadãos, como, por exemplo, o orçamento popular e as audiências públicas de planos diretores. É claro que ainda há muito o que avançar para tornar esses instrumentos de con-

As *Manifestações de Interesse* são formas de participação que envolvem o planejamento para a realização de obras e serviços públicos e que serão instrumentalizadas por algum modelo de contratação pública.

Entretanto, alguns autores se mostram reticentes à efetividade de instrumentos de participação como as *Manifestações de Interesse*, destacando diversos problemas que, em vez de ressaltar o princípio democrático, acabariam por colocá-lo à prova.[145]

As críticas, em geral, estão atreladas ao aumento do risco de influência privada na atuação pública, com privilégio desses interesses, em detrimento dos públicos; de fomento a interações extraoficiais entre agentes públicos e representantes do setor privado; de comprometimento da concorrência, com o consequente direcionamento dos procedimentos a determinadas empresas ou grupos do setor privado, o que será melhor explorado na Parte 2 desta pesquisa.

Nessa linha, cite-se como exemplo a observação feita por Guilherme F. Dias REISDORFER:

> Um procedimento mal concebido e que atraiu contribuições mais pensadas nos interesses particulares do proponentes do que nas soluções de interesse público esperadas, será fadada ao

---

sensualidade parte do exercício de cidadania no Brasil, mas são práticas mais difundidas do que as *Manifestações de Interesse* para o cidadão comum.

145 Ver os problemas relatados por VIEIRA, Livia Wanderley de B. M.; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit.; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP*; GROTTI, Dinorá Adelaide; SAADI, Mário. O Procedimento de *Manifestação de Interesse*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 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 (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015; e, Estudo do IFC: Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. IFC – *International Finance Corporation.* Disponível em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81443e004b76437ca-c08fd08bc54e20b/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 8 abr. 2016. Ver também Parte 2 desta pesquisa.

> fracasso. Haverá dispêndio desnecessário de recursos administrativos para a condução do procedimento. Ou seja: entre riscos de captura e os ganhos de competitividade, o Estado submete-se a vantagens e riscos ao mesmo tempo, a depender da forma de condução do procedimento.[146]

Concorda-se que, na atual formatação, dificuldades ainda se revelam, o que acaba por desestimular a utilização desse mecanismo de diálogo. Contudo, não se entende que o instrumento procedimental ocasione, por si só, o aumento desses riscos. A ocorrência dos problemas está mais atrelada aos modelos e às calibragens adotadas.

A condução ética dos negócios públicos está muito mais atrelada aos agentes públicos e privados envolvidos na relação estabelecida entre os setores e na cultura praticada em cada um dos núcleos internos das partes envolvidas.

É patente que a utilização de determinado procedimento pode propiciar uma maior ou menor abertura à concorrência ou, mesmo, possuir regramento de regência mais rígido ou mais flexível, todavia a sua desvirtuação dependerá diretamente do comportamento e do intuito do agente público e privado no caso específico.

Por outro lado, significaria também privar o setor público de contar com a contribuição participativa privada – na maioria das vezes, dotada de inovação, tecnologia e técnica[147] –, pela abstrata possibilidade do desvio de conduta de alguns indivíduos. Na verdade,

---

146 REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os Procedimentos de *Manifestação de Interesse* (PMI) e as Propostas Não Solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015. p. 203-204.

147 O mesmo racional é compartilhado por Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA, os quais destacam que: "Teme-se, por outras palavras, que a apresentação de projectos por parte de empresas privadas possa servir de expediente para a não sujeição dos mesmos ao 'teste' da concorrência, posto que as referidas empresas poderiam encetar negociações 'à porta fechada' com a Administração, de forma a discutir os concretos termos de execução do projeto em causa. (...) Com efeito, se a proibição pura e simples da apresentação de 'Propostas Não Solicitadas' pode impedir a ocorrência dos mencionados riscos, a mesma medida, reversamente, pode privar desnecessariamente a Administração de capacidades técnicas e financeiras do sector privado susceptíveis de beneficiar o interesse geral" (Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 534).

tal risco parece ser irremediável, podendo-se, apenas, tentar mitigá-lo e controlá-lo.

As *Manifestações de Interesse* podem, ao contrário, propiciar a formalização e a regulação de conversas entre os órgãos e entidades do setor público e do setor privado, interessados em fazer negócio com o poder público, nos momentos pré-contratuais.

Com isso, vê-se que as *Manifestações de Interesse* não têm o condão, por si só, de gerar ou agravar os riscos apontados, bem como não se prestam a remediar o irremediável. Como se concluirá mais à frente, trata-se de mais uma alternativa procedimental que pode proporcionar ganhos ao interesse público e à democracia em alguns tipos de obras, serviços e atividades econômicas de interesse público.

Trata-se do movimento de democratização do processo de formação do contrato público, nomeadamente no que tange à escolha do que contratar, subsidiando, assim, a decisão do agente público. Nessa linha, Rafael Roque GAROFANO destaca que

> o resultado direto desse movimento de democratização é a transição entre um modo de atuação unilateral do Estado, que prescinde da participação direta dos cidadãos – representado pela imperatividade –, para um modo mais democratizado e inclusivo, no qual a participação cidadã constitui não apenas uma formalidade legitimadora da ação estatal, mas antes uma condição para a identificação e concretização das próprias escolhas e decisões do agente estatal.[148]

Assim, dentro de um regramento-quadro adequado e balanceado e, na prática, sendo bem conduzidas, as *Manifestações de Interesse* superam as críticas apontadas e podem servir de contributo à realização da democracia.[149]

---

[148] GAROFANO, Rafael Roque. *Contratualidade administrativa:* abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública cit., p. 96.

[149] Nessa linha, Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA concluem que: "As críticas apontadas à admissibilidade – e eventual aceitação – de 'Propostas Não Solicitadas' só permitem, assim, a nosso ver, evidenciar a necessidade de submeter a apreciação e 'tramitação' dessas *Manifestações de Interesse* de um regime equilibrado, ou seja, a uma disciplina que,

2.4 A participação como fonte de eficiência, legitimidade e finalidade de interesse público

A atuação administrativa sob a égide da participação, além de representar um *direito* de participar dos negócios públicos e das decisões que afetam o seu dia a dia,[150] trata-se do *dever* de exercício da cidadania pelos administrados, enquanto corresponsáveis pelo resultado de realização de direitos individuais e coletivos,[151] o que se verifica por meio do voto, do direito de petição, de fiscalização, de audiência pública, entre outros.

Nesse sentido, a sociedade deixa de ter papel meramente passivo no espaço público e passa a deter o direito, mas também o dever de transformação da realidade social e de efetivação dos interesses públicos.[152]

Com isso, o exercício da participação pela sociedade, em colaboração à atuação pública, se torna instrumento essencial para a concretização dos princípios que regem a Administração Pública:[153] igualdade, finalidade de interesse público, eficiência, entre outros.

---

preservando as virtualidades daquela fórmula, assegure, do mesmo modo, o respeito pelas dimensões essenciais dos princípios da contratação pública chamados a depor" (Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 534).

150 Serve de ilustração o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, "a": "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)".

151 São exemplos: (i) o dever de conservação do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º: "O Poder Público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação"); (ii) a tutela do meio ambiente (art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações**").

152 Gustavo Justino de OLIVEIRA trata do mesmo fenômeno de transformação do papel da sociedade, que passou de uma perspectiva unidimensional Estado-súdito para uma perspectiva bidimensional desse mesmo Estado: "A configuração, no sistema constitucional brasileiro, do direito à participação nas decisões estatais comprova que, de uma perspectiva unidimensional Estado-súdito (o indivíduo não era possuidor de direitos frente ao Estado, mas unicamente de deveres para com o Estado), passou-se a uma perspectiva bidimensional Estado-cidadão (direitos e deveres originados do vínculo da cidadania destinam-se tanto ao Estado quanto aos indivíduos). A noção de cidadania foi e continua a ser objeto de transformações, razão do contínuo aprofundamento de seu conteúdo e extensão de seu alcance" (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 165).

153 Alguns estão contemplados no art. 37 da Constituição Federal.

Mostra-se relevante, portanto, a esta pesquisa analisar de que forma a participação contribui para a efetivação desses princípios, em especial aqueles que têm maior conexão com as *Manifestações de Interesse*.

Como se sabe, seria utópico pensar na atuação governamental unânime, ou seja, aquela que a todos satisfaz ou agrada. Até porque os cidadãos possuem diversos interesses, muitos desses antagônicos.

Quando se pensa na satisfação dos interesses da sociedade, na grande maioria das vezes, estão em questão os direitos coletivos, e não aqueles individuais.

Assim, sempre existirá algum cidadão que terá seus interesses contrapostos na atuação governamental,[154] mas essa insatisfação imediata de uns é contrabalanceada com o pretenso ganho da coletividade.[155]

De todo modo, a insatisfação de alguns com a atuação da Administração Pública pode resultar em ganhos, na medida em que for aberto espaço para que esse mesmo cidadão que teve seus interesses contrapostos possa contribuir para a melhoria da atuação administrativa, especialmente em relação ao "como" atuar.

A finalidade de interesse público é princípio intrínseco à atuação pública e deveria sempre nortear, inescapável e inerentemente, a função pública. E isso porque o Estado, enquanto ficção jurídica, foi criado para regrar, representar e tutelar os interesses da sociedade.

Nessa linha, e de forma bastante simplória, os diversos interesses públicos coexistentes nada mais são do que o conjunto de

---

[154] Nesse sentido, John D. DONAHUE destaca que "Yet, even granting the broadest potential grounds for legitimacy, it is clear that governments do some things that are not very wise, not very fair, not very eficiente. Every spending decision affronts some citizens; this is to be expected in our diverse society. The point is that some spending decisions affront most citizens who examine them closely, including people who are predisposed to believe governments can and do accomplish useful things. Even – indeed, especially – for those who see in government a force for good, a keen awarness of the threat of ill-advised collective spending should inform thinking not just about where the government shold act, but how" (*The privatization decision:* public ends, private means. United States: Basic Books, 1989. p. 22).

[155] DONAHUE explica que: "In each case, somebody may be unhappy with the collective decision, and that unhappiness is a true social loss – counterbalanced, presumably, by the overall social gain" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 27).

interesses da sociedade que necessitam da salvaguarda do Estado. O desafio principal está em identificar e determinar esses interesses públicos.

Anteriormente ao fenômeno da consensualidade, esses interesses públicos acabavam por ser ditados, de forma autoritária, por aqueles que compunham a máquina estatal.

É evidente que essa forma de determinação dos interesses públicos não gozou do reconhecimento da sociedade, a qual muitas vezes não identificava naquele conjunto de interesses os seus reais anseios.

Com a emergência dos fenômenos da consensualidade, e a processualização dos instrumentos de determinação dos interesses públicos, a participação passou a ser elemento indispensável a essa seleção de expectativas sociais.[156]

Contribui, também, para a aproximação da relação entre Administração Pública e particulares, facultando uma relação mais direta entre esta e o cidadão. Retira-se, portanto, instituições e institutos que, de algum modo, intermediavam essa relação.

Com isso, facilita-se a captura dos direitos individuais e coletivos a serem realizados pela Administração Pública, já que, por estar mais próxima dos cidadãos, tende a entendê-los de modo mais apropriado.

Esse é um dos vieses do princípio da eficiência[157] para a Administração Pública. Ou seja, atingir com mais propriedade os

---

[156] Ao tratar do fenômeno da consensualidade aplicada à contratualidade, Rafael Roque GAROFANO ressalta a importância da ampliação dos mecanismos consensuais para a identificação do interesse público: "Por isso, na formação e negociação das condições de todo contrato, deve a Administração antes procurar identificar o fim de interesse público a ser satisfeito pela via contratual – resultado da ponderação entre o interesse coletivo e eventuais direitos individuais com ele colidentes – para, a partir daí, balizar a concepção e o desenvolvimento do contrato administrativo tendo sempre o interesse público como seu norte. É neste sentido, aliás, que a ampliação da consensualidade em matéria de contratos administrativos desempenha um papel fundamental não só no processo de identificação do interesse público como também na escolha dos meios mais eficientes para melhor satisfazê-lo" (GAROFANO, Rafael Roque. *Contratualidade administrativa:* abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública cit., p. 331).

[157] O princípio da eficiência foi inserido no texto constitucional, por meio da Emenda Constitucional n. 19/1998, complementando o rol dos princípios que regem principalmente a atuação

anseios dos administrados, por meio da realização dos seus direitos, sejam individuais, sejam coletivos.

Sob outro enfoque, a eficiência pode ser vista como a forma de implementar a realização de obras, bens, utilidade e/ou serviços públicos com o emprego de menos força produtiva, recursos públicos e/ou, ainda, tempo de efetivação.

Nesse sentido, a consensualidade também contribui para a concretização desse princípio constitucional, na medida em que fortalece a busca pela melhor forma de realização da necessidade pública a ser alcançada com a contratação pública.

Com a abertura ao diálogo, é possível obter variadas ideias, comparar diferentes projetos, debatê-los com os envolvidos na análise do projeto e, mesmo, entre os participantes do procedimento e decidir, com base em todas as análises, pela opção que traga mais ganhos para os interesses públicos, sempre ponderando os aspectos financeiros, orçamentários, jurídicos, sociais, entre outros.

Vê-se, nessa dinâmica, que a estrutura técnico-decisória, integrante da Administração Pública, consegue interagir de forma muito mais próxima, e se embebeda de suas contribuições, com cidadãos ou com empresas privadas. Dessa forma, mostra-se mais factível o alcance dos resultados de satisfação social almejados com o exercício daquela função pública.

Assim, e inspirada nas lições de Odete MEDAUAR: "Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração passa a agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população",[158] é possível afirmar que os instrumentos consensuais concretizam o princípio da eficiência.

---

administrativa. Por meio desse princípio, a Administração deve pautar a atuação de seus agentes e a forma de estruturar e organizar sua atuação. Explica Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: "O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público" (*Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84).

[158] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno* cit., p. 146.

Contudo, e na mesma linha do que já se tratou *supra*, observa-se que não é só o princípio da eficiência que é concretizado a partir da abertura às formas dialógicas de relacionamento da Administração Pública.

A consensualidade resulta, também, em um processo muito mais aderente à efetivação do *princípio da finalidade de interesse público*, já que, de um lado, a Administração Pública não pode escapar à sua atuação vinculada às funções-finalidade e, de outro, essas finalidades representam mais fielmente aquilo que a sociedade anseia.

Em razão dessa maior aderência, a atuação administrativa tende a ser muito mais legitimada pela sociedade em geral, por haver nela o reconhecimento de que aquilo que é concretizado advém dos *inputs* externalizados pela própria sociedade.

Em outras palavras, considerando que a identificação dos interesses sociais se torna mais fácil a partir da abertura à participação, e que o agir público passa a ser mais eficiente, já que conta com diferentes tipos de contribuição dos cidadãos, observar-se-á a legitimação do agir público.

Adicionalmente, Marcos Augusto PEREZ vai além e destaca que a participação implicará a efetivação de direitos fundamentais e uma maior legitimidade para o Estado e para o próprio Direito:

> A participação importa necessariamente na maior legitimação do Estado e do Direito. A participação no exercício das funções estatais "populariza", se assim podemos dizer, o Direito, dessacralizando-o. O Direito desce do pedestal e passa, de fato, a ser comentado e interpretado em meio aos conflitos, divergências e disputas sociais. Desnudado e politizado, o Direito nada perde, mas, ao contrário, ganha nova força, fruto de sua adequação à realidade social.[159]

[159] PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 62.

Com isso, pode-se dizer que há uma legitimidade político-democrática[160] na atuação pública, na medida em que a decisão administrativa está envolta da participação dos destinatários principais dessa atuação.

E essa legitimação do Estado passa a ser concretizável hoje exatamente pela mudança da concepção de autoridade administrativa, a qual deve englobar a participação em suas decisões. E isso porque a legitimidade está atrelada à ideia de busca de aceitação da autoridade administrativa pela sociedade.[161]

Mais ainda, a sociedade assume postura de peça-chave no processo decisório, passando a integrá-lo em grande parte dos processos de decisão da Administração Pública, contribuindo para o seu aprimoramento, bem como para o seu controle.[162]

---

[160] Ver mais em Gustavo Justino de OLIVEIRA, ao referenciar o estudo de Baptista MACHADO (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático* cit., p. 22).

[161] Nesse sentido, Jody FREEMAN afirma: "The traditional administrative law concern about legitimacy finds expression today in periodic appeals to eliminate particular agencies, cyclical calls for the revival of the nondelegation doctrine, or hotly contested debates over the appropriate standard of judicial review of agency action. At its core, the quest for legitimacy might be understood as the pursuit of public acceptance of administrative authority" (The private role in public governance in New York cit., p. 557).

[162] Marcos Augusto PEREZ destaca que a participação está infiltrada em todas as funções estatais, no Legislativo, no Judiciário e no Executivo, explicando que: "A Administração Pública, por seu turno, contará com o administrado para exercício de funções decisórias, consultivas ou de controle" (PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 35).

3 PRESSUPOSTOS NORMATIVOS DAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE*

(3.1) O art. 21 da Lei n. 8.987/1995 e o art. 31 da Lei n. 9.074/1995; (3.2) O Decreto Federal n. 8.428/2015 e o revogado Decreto n. 5.977/2006; (3.3) A legislação subnacional: Estados, Distrito Federal e Municípios; (3.4) Outras formas de participação já existentes no ordenamento brasileiro; (3.5) Necessidade e conveniência de ampliação das *Manifestações de Interesse* para outras formas de contratação.

3.1 O art. 21 da Lei n. 8.987/1995 e o art. 31 da Lei n. 9.074/1995

Até a publicação da Lei de Concessões – Lei n. 8.987/1995 – e, posteriormente, da Lei n. 9.074/1995, predominava no ordenamento jurídico brasileiro a lógica unilateral e imperativa da Administração Pública decidir o que e como contratar.

O desenvolvimento de modelagens, que funcionam como base para a licitação e, sequencialmente, para a elaboração de projeto básico da obra ou serviço objeto da contratação, era realizado diretamente pela Administração Pública ou por meio de empresas contratadas para a prestação de serviço de consultoria.

Caso participassem da elaboração do projeto básico ou executivo, a empresa, seus sócios, dirigente, ou pessoa com ingerência na empresa, ficavam impedidos de participar, direta ou indiretamente, da licitação que se seguisse a essa atividade, conforme dispõe o art. 9º da Lei n. 8.666/1993.[163]

---

[163] "Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

Essa restrição tinha como fundamento principiológico a isonomia e a ampla competitividade, pois aqueles que participaram, de alguma forma, da elaboração do projeto que embasa a licitação, poderiam ser favorecidos, já que conhecem o projeto em sua minúcia.

O fundamento era também de ordem prática, devido aos casos de corrupção[164] e de tráfico de influência[165] para favorecimento indevido de determinadas empresas e pessoas em licitações.

Com isso, pode-se concluir que a vedação legal não foi suficiente para impedir os problemas de ordem prática que a norma buscava compelir. Adicionalmente, perdia-se também a oportunidade de receber os insumos que os entes privados poderiam oferecer para enriquecer os projetos da Administração Pública, já que eles não queriam perder a opção de participar da licitação.

Isso não significava que o ordenamento jurídico brasileiro pudesse impedir a oferta de estudos e modelagens por parte dos privados. Tal possibilidade de contribuir com a atuação administrativa parece-nos resguardada pelo princípio da participação[166] e pelo direito de petição,[167] ambos estatuídos pela Constituição brasileira.

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

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

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação".

164 Ver Lei n. 12.846/2013 e Código Penal, arts. 317 e 333.

165 Código Penal, art. 332.

166 Ver mais no Capítulos 2.

167 Ver mais nos Capítulos 1 e 2.

Entretanto, embora pudessem apresentar estudos e modelagens à Administração Pública, as entidades privadas não tinham qualquer estímulo em fazê-lo, justamente pelo fato de que a apresentação restringia a sua participação no procedimento licitatório.

Com a publicação da Lei de Concessões – Lei n. 8.987/1995 – e, subsequentemente, da Lei n. 9.074/1995, o cenário legal se alterou. Importante destacar a redação do art. 21 da Lei n. 8.987/1995:

> 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.

Nesse artigo, a Lei Geral de Concessões permitiu expressamente a realização de estudos autorizados pelo poder concedente, que esses estudos e modelagens passem a estar disponíveis para os interessados – concretizando o princípio da publicidade –, bem como que haja o ressarcimento dos dispêndios pelo vencedor da licitação, desde que esteja previsto em edital. Passa-se a analisar cada um dos pontos de destaque.

A previsão expressa da possibilidade da realização de "estudos, investigações, levantamentos, projetos (...)", com a autorização do poder concedente, foi de grande importância para especificar e, mais, consolidar a possibilidade de apresentação de modelagens por particulares, o que já foi conferido pelos princípios constitucionais referenciados.

O texto legal diferencia, ainda, aqueles "estudos, investigações, levantamentos, projetos (...)" realizados pelo poder concedente, o que abarca a realização direta, ou seja, dentro de sua estrutura administrativa, e a realização indireta, por meio da contratação de consultores,[168] daqueles realizados com a autorização do poder

[168] A utilização de consultores deve ser estabelecida por meio de instrumento contratual, oriunda de procedimento licitatório ou procedimento de dispensa ou inexigibilidade, nas formas

concedente, ou seja, particulares que atuam em colaboração com a Administração Pública.

Além disso, prestigia o princípio da publicidade, exigindo que seja dado amplo acesso aos interessados do produto desses estudos, bem como o da igualdade, já que a disponibilização mitiga as assimetrias de conhecimento entre os competidores na licitação.

Pode ser exigida a não divulgação de partes do estudo que exponham, de alguma forma, segredo industrial, comercial, judicial ou de qualquer outra natureza que goze de proteção legal, da entidade privada contribuinte. Ainda, alguma informação sigilosa[169] e que, portanto, possa ameaçar a segurança nacional, da sociedade ou do Estado, de algum modo; a estabilidade financeira e econômica do país; estratégias das Forças Armadas; negociação internacional do Brasil; pesquisa de desenvolvimento científico e tecnológico; atividades de inteligência, investigação ou fiscalização, entre outros motivos.[170]

Caso essa seja a situação com os "estudos, investigações, levantamentos, projetos (...)", autorizados pelo poder concedente, ou envolva mesmo o objeto que pretende ser licitado, deve ser autorizado

---

da Lei n. 8.666/1993.

169 A Lei de Acesso à Informação – Lei n. 12.527/2011 – estabelece em seu art. 4º, III, que é informação sigilosa: "aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado".

170 O art. 23 da Lei de Acesso à Informação estabelece: "São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações".

Além disso, a Lei ainda traz a classificação de informações ultrassecretas, secretas e reservadas e os procedimentos que regem cada uma delas.

o acesso à parte não sigilosa por meio de extrato, certidão ou cópia que oculte o(s) trecho(s) sigiloso(s) do documento.[171]

Por fim, dispõe que o vencedor da licitação deve ressarcir os dispêndios correspondentes especificados no edital. Esse é um dos grandes avanços inaugurados pela Lei das Concessões ao tema das *Manifestações de Interesse*s e, por outro lado, um dos tópicos que suscita mais debates.

Em relação ao avanço, tal disposição expressamente permitiu que houvesse o justo ressarcimento dos dispêndios incorridos por aqueles entes privados que realizaram os "estudos, investigações, levantamentos, projetos (...)".

E isso porque, embora o ressarcimento fosse justo e razoável e, também, pudesse representar um enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública; a sua não ocorrência, às custas de esforço e investimento de terceiro, poderia gerar um risco ao agente público, diante da suposta insegurança jurídica existente até então.

A inexistência de uma disposição específica que autorizasse a Administração Pública a solicitar ou aceitar estudos realizados por particulares já implicava risco de questionamentos, por si só, ao agente público. Esse risco se potencializava se este resolvesse realizar o justo ressarcimento das despesas que o particular incorreu.

Dessa forma, a expressa previsão do ressarcimento, além de garantir um direito ao particular, que contribuiu com a Administração Pública, e estabelecer um dever de pagamento ao vencedor da licitação, tem o condão de dar conforto ao agente público, o qual encontra autorização legal para ressarcir os dispêndios do particular.

Note-se que, como explica Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER, esse ônus financeiro não pode ser assumido pela Administração Pública, especialmente por não serem valores

---

[171] É o que dispõe o art. 7º, § 2º, da Lei de Acesso à Informação: "Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...)

§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo".

insignificantes[172] e, também, por não ter sido objeto dos procedimentos necessários para a contratação pública, bem como de boa gestão orçamentária.

Para que esse dever de ressarcimento seja aplicável ao vencedor da licitação, ele deve estar previsto no edital de licitação que se segue ao procedimento. Seus parâmetros também devem estar estabelecidos, caso haja chance de alguma variação de valor ou condições.

Por outro lado, o ressarcimento deve ser justo e razoável. Contudo, esse é o ponto que mais gera debates. O que deve ser considerado para o estabelecimento do quanto deve ser ressarcido? O que faz o ressarcimento ser justo e razoável? Esse ponto será analisado em detalhes mais adiante.

Vale ser destacado aqui, entretanto, que o custo do ressarcimento entra na precificação a ser feita pelo concessionário do *valuation* global do objeto da licitação. Isso quer dizer que afetará, ainda que de forma mediata, o preço da obra ou serviço a ser disponibilizado para os usuários, impactando, portanto, no preço da tarifa a ser paga pelos usuários.

Para além da análise do art. 21 da Lei n. 8.987/1995, necessário avaliar também o art. 31 da Lei n. 9.074/1995, que complementou as disposições da Lei das Concessões, contribuindo para o avanço das *Manifestações de Interesse* no ordenamento jurídico brasileiro:

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

A leitura conjunta do art. 21 da Lei n. 8.987/1995 e do artigo supracolacionado reflete o grande avanço que as duas normas de regência das concessões trouxeram para as *Manifestações de Interesse*: o autor ou o responsável econômico pelo projeto passam

---

[172] Ver mais em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 259.

a ter a faculdade de participar direta ou indiretamente da licitação que sequencia da fase prévia em que as *Manifestações de Interesse* ocorrem.

Dessa forma, os casos que podem ser abarcados no escopo de aplicação dessas normas não estão sujeitos às restrições do art. 9º da Lei n. 8.666/1993. Esse intuito fica bastante expresso quando se observa a abrangência da norma insculpida no art. 31 em contraposição à amplitude da restrição imposta pelo art. 9º da Lei n. 8.666/1993.

A permissibilidade prevista no artigo abrange tanto o autor como o responsável econômico pelo projeto, e estes podem participar direta ou indiretamente, seja como consultor, sócio, ou parte relacionada de terceiro que participe da licitação.

Um dos grandes motivos de as leis de concessão disporem expressamente sobre as *Manifestações de Interesse*, para além de estimular a aproximação com os particulares, era impulsionar a delegação de obras e serviços, tão necessários ao desenvolvimento do País.

Especialmente por se tratarem de contratos com modelagem de alta complexidade, com longos prazos de vigência e que envolvem usuários, que não podem ser onerados inadequadamente, justifica-se o estímulo ao envolvimento de entidades privadas para a elaboração dos projetos básico e/ou executivo.

Tudo isso se insere num momento em que o cenário político-econômico brasileiro estava propenso às privatizações e às variadas formas de delegação de serviços, obras e atividades econômicas de interesse público, de modo a diminuir o peso da estrutura administrativa.[173]

Nesse contexto, as leis de concessões prestigiaram essa aproximação com entidades privadas, sendo aplicáveis a todos os entes

---

[173] Servem de exemplos do cenário econômico as privatizações, em sentido estrito, como a da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), em 1993, a do Vale do Rio Doce, em 1997, a do Sistema Telebrás, em 1998, além da transferência do controle dos bancos públicos estaduais para bancos privados, em decorrência do Programa Nacional de Desestatização – Lei n. 9.491/1995, precedida pela Lei n. 8.031/1990. Ver mais em MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 25 e ss.; Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/privatizacoes-ganharam-forca-partir-dos-anos-90-10448501>. Acesso em: 12 nov. 2016.

federados – União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios. Entretanto, suas disposições têm caráter restrito às concessões, embora haja a impressão de que se trata de normas gerais.[174]

Não obstante essa delimitação subjetiva, as inovações trazidas pelas Leis n. 8.987/1995 e n. 9.074/1995 tiveram grande importância como construção do alicerce necessário para impulsionar as *Manifestações de Interesse* e, em especial, as legislações específicas e locais que foram produzidas posteriormente.

3.2 O Decreto Federal n. 8.428/2015 e o revogado Decreto n. 5.977/2006

Embora os artigos 21 da Lei n. 8.987/1995 e 31 da Lei n. 9.074/1995 tenham servido de base para o desenvolvimento futuro das *Manifestações de Interesse*, foi com as Parcerias Público-Privadas que estas passaram a ganhar força.

Após a consolidação dos modelos ditos "tradicionais" de concessões, a Lei n. 11.079/2004 instituiu as concessões patrocinadas e administrativas. Além disso, previu inovações às concessões comuns, nomeadamente no que tange à utilização de mecanismos de consensualidade.

Isso se deu com a expressa previsão da possibilidade de uso da arbitragem para resolução de conflitos surgidos no âmbito dos contratos de concessão, seja essa comum, patrocinada ou administrativa– inclusão do art. 23-A na Lei n. 8.987/1995, em 2005.

Da mesma forma, instituiu a obrigatoriedade de realização de audiência pública previamente à licitação. Assim, há a imposição legal para que a sociedade e, em especial, aqueles diretamente atingidos pela obra ou serviço objeto do contrato de concessão possam manifestar sua opinião em relação à ação administrativa pretendida.

É nesse ambiente de aproximação com os particulares, estimulada e subsidiada pelas disposições legais, que se passou a discutir mais comumente a necessidade de aperfeiçoamento do

---

[174] SAADI, Mário. *O procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Coleção Fórum Direito e Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 2, p. 93.

modelo de realização de estudos pela iniciativa privada, na fase prévia à licitação.

E isso porque as disposições legais até então vigentes permitiam a apresentação de estudos e modelagens por particulares, nomeadamente pelo arcabouço de direitos estatuídos na Constituição e, *a posteriori*, pela especificação trazida nas Leis de Concessões, mas não detalhavam a forma como essa contribuição de entidades privadas deveria ocorrer.

Nesse contexto, foi estabelecido na Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP) que as disposições da Lei n. 8.987/1995 também se aplicariam às concessões patrocinadas, de forma subsidiária, e alguns artigos determinados, às concessões administrativas, dentre eles o art. 21 da Lei n. 8.987/1995 e o art. 31 da Lei n. 9.074/1995.[175]

A partir dessa disposição, o Decreto Federal n. 5.977/2006 foi promulgado como regulamento ao mencionado art. 3º da Lei n. 11.079/2004 e com o intuito de incentivar as PPP, as quais haviam sido eleitas como prioridade do Governo Federal à época.[176]

Entretanto, a importância do Decreto foi além desse intuito de incentivar as PPP, na verdade, serviu de mecanismo de abertura para outras legislações, especialmente estaduais e municipais, sobre o recebimento de estudos e modelagens e de aproximação entre entidades públicas e privadas de forma ampla.

Desde então, várias outras legislações foram editadas e outras estão em discussão nas casas legislativas.

Vale destacar que o Decreto Federal n. 5.977/2006 não foi o primeiro a tratar do recebimento de estudos e modelagens. Outras

---

[175] Essas disposições foram estabelecidas no art. 3º, *caput*, e seu § 1º: "Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei n. 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 n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas".

[176] Para o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, as PPP seriam o "novo marco institucional que ampliará a capacidade de investimento em obras prioritárias para o país", como noticiado em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3112200411.htm> e <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publico-privadas/noticias-e-eventos/noticias/bernardo-primeira-ppp-federal-podera-sair-em-abril>. Acesso em: 1º dez. 2016.

iniciativas já haviam surgido antes, como, por exemplo, o Código de Águas (Decreto n. 24.643/1934[177]), o Código de Mineração (Decreto-Lei n. 227/1967[178]), a Lei que trata da realização de estudos para o aproveitamento de potencial hidráulico (Lei n. 9.427/1996[179]), além

---

177 "Art. 158. O pretendente à concessão deverá requerê-la ao Ministério da Agricultura e fará acompanhar seu requerimento do respetivo projeto, elaborado de conformidade com as instruções estipuladas e instruído com os documentos e dados exigidos no regulamento a ser expedido sobre a matéria e especialmente, com referência: (...)".

178 O Código de Mineração prevê procedimentos de concessão de autorização de pesquisa a partir de requerimento de interessado. O mesmo ocorre para a lavra (art. 32). Veja-se como exemplo o art. 16, que dispõe sobre a autorização para pesquisa – hoje com redação atualizada pela Lei n. 9.314/1996.

"Art. 16. A autorização de pesquisa será pleiteada em requerimento dirigido ao Diretor-Geral do DNPM, entregue mediante recibo no protocolo do DNPM, onde será mecanicamente numerado e registrado, devendo ser apresentado em duas vias e conter os seguintes elementos de instrução: (Redação dada pela Lei n. 9.314, de 1996)

I – nome, indicação da nacionalidade, do estado civil, da profissão, do domicílio e do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda, do requerente, pessoa natural. Em se tratando de pessoa jurídica, razão social, número do registro de seus atos constitutivos no Órgão de Registro de Comércio competente, endereço e número de inscrição no Cadastro Geral dos Contribuintes do Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei n. 9.314, de 1996)

II – prova de recolhimento dos respectivos emolumentos; (Redação dada pela Lei n. 9.314, de 1996)

III – designação das substâncias a pesquisar; (Redação dada pela Lei n. 9.314, de 1996)

IV – indicação da extensão superficial da área objetivada, em hectares, e do Município e Estado em que se situa; (Redação dada pela Lei n. 9.314, de 1996)

V – memorial descritivo da área pretendida, nos termos a serem definidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; (Incluído pela Lei n. 9.314, de 1996)

VI – planta de situação, cuja configuração e elementos de informação serão estabelecidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; (Incluído pela Lei n. 9.314, de 1996)

VII – plano dos trabalhos de pesquisa, acompanhado do orçamento e cronograma previstos para sua execução. (Incluído pela Lei n. 9.314, de 1996)

§ 1º O requerente e o profissional responsável poderão ser interpelados pelo DNPM para justificarem o plano de pesquisa e o orçamento correspondente referidos no inciso VII deste artigo, bem como a disponibilidade de recursos. (Incluído pela Lei n. 9.314, de 1996)

§ 2º Os trabalhos descritos no plano de pesquisa servirão de base para a avaliação judicial da renda pela ocupação do solo e da indenização devida ao proprietário ou posseiro do solo, não guardando nenhuma relação com o valor do orçamento apresentado pelo interessado no referido plano de pesquisa. (Incluído pela Lei n. 9.314, de 1996)

§ 3º Os documentos a que se referem os incisos V, VI e VII deste artigo deverão ser elaborados sob a responsabilidade técnica de profissional legalmente habilitado. (Incluído pela Lei n. 9.314, de 1996)".

179 "Art. 28. A realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos deverá ser informada à ANEEL para fins de registro, não gerando direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público.

dos normativos posteriores ao marco de 2006, como a Resolução n. 192/2011 da ANAC e o Decreto n. 8.033/2013, que regulamenta a Lei dos Portos.[180]

Entretanto, foi apenas com a edição do Decreto Federal n. 5.977/2006 que outros entes federativos, de forma mais consistente, se dedicaram a construir a sua própria regulamentação sobre as *Manifestações de Interesse*.

Vale ponderar que o referido Decreto se limitou a reger os PMI, ou seja, aqueles estudos ou modelagens previamente solicitados pela Administração Pública, bem como estava adstrito aos estudos e modelagens apresentados no âmbito das PPP. Tal fato não intimidou os outros entes federativos a regularem MIP, como será avaliado também mais adiante, bem como alguns órgãos federais a utilizarem o regramento previsto nesse Decreto para regular estudos e modelagens para concessões comuns.[181]

Interessante observar que a peculiar Lei n. 11.922/2009, que dispõe desde os dividendos da Caixa Econômica Federal até os contratos e procedimentos relativos a créditos habitacionais, previu

---

§ 1º Os proprietários ou possuidores de terrenos marginais a potenciais de energia hidráulica e das rotas dos correspondentes sistemas de transmissão só estão obrigados a permitir a realização de levantamentos de campo quando o interessado dispuser de autorização específica da ANEEL.

§ 2º A autorização mencionada no parágrafo anterior não confere exclusividade ao interessado, podendo a ANEEL estipular a prestação de caução em dinheiro para eventuais indenizações de danos causados à propriedade onde se localize o sítio objeto dos levantamentos.

§ 3º No caso de serem esses estudos ou projetos aprovados pelo Poder Concedente, para inclusão no programa de licitações de concessões, será assegurado ao interessado o ressarcimento dos respectivos custos incorridos, pelo vencedor da licitação, nas condições estabelecidas no edital. (Redação dada pela Lei n. 10.848, de 2004)".

180 Ver mais em SAADI, Mário. *O procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro* cit., p. 127 e ss.

181 Tal fato foi objeto de análise do Tribunal de Contas da União (TCU) no acórdão n. 1.155/14, nos autos do TC n. 012.687/2013-8, em que o órgão concluiu que, "considerando esse cenário de incerteza jurídica e a urgência que a questão requer, reitero proposta de determinação à Casa Civil da Presidência da República/PR – e não apenas recomendação, conforme sugerida pela Unidade Técnica – para que esta oriente os órgãos e entidades da Administração Pública federal a não efetivarem autorizações com base no art. 21 da Lei 8.987/1995 ou no art. 6º, § 3º, do Decreto 8.033/2013 (caso do setor portuário), no contexto de concessões e em outros similares àqueles que são objeto de exame nesta representação, não abrangidos pelas regras do Decreto 5.977/2006, até que seja editado o decreto regulamentador do referido dispositivo da Lei de Concessões".

no meio desses dispositivos que os poderes executivos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo de forma a estimular a realização de estudos por entidades privadas. Delimitou apenas as modalidades contratuais: concessão de serviços públicos, de obras públicas e PPP.[182]

De fato, essa disposição legal só veio para reconhecer algo que já vinha ocorrendo na prática, já que vários entes federativos editaram normas antes mesmo da publicação da Lei. E isso porque, como já dito, as Leis n. 8.987/1995 e n. 9.074/1995 são normas gerais e se aplicam a todos os entes federativos.

Tendo isso contextualizado, importante avaliar os pontos de destaque[183] do Decreto Federal n. 5.977/2006, de maneira sucinta, tendo em vista que o Decreto fora revogado e não é o objetivo desta pesquisa adentrar em seus pormenores.

O revogado Decreto previa que o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas Federal (CGP) poderia, a partir de manifestação técnica de seu Grupo Executivo, solicitar projetos, estudos, levantamentos ou investigações que possam subsidiar a modelagem de PPP.[184]

Tal solicitação deveria abarcar os parâmetros para a realização dos estudos, contendo: a delimitação do escopo dos estudos, o prazo máximo de sua realização e apresentação ao ente solicitante, valor máximo da contraprestação pública no modelo do projeto e o valor máximo para eventual ressarcimento dos estudos que sejam aproveitados.[185]

Como aspecto procedimental, estabelecia que essa solicitação deveria ganhar ampla publicidade e ser publicada no *Diário Oficial*

---

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

183 Nos deteremos a avaliar as características gerais.

184 Art. 2º do Decreto Federal n. 5.977/2006.

185 Art. 2º, § 1º, do Decreto Federal n. 5.977/2006.

da União, além de poder ser publicada em outros meios de grande circulação.

A pessoa física ou jurídica da iniciativa privada que deseje realizar os estudos solicitados pelo CGP deveria requerer autorização, por meio de uma espécie de habilitação. Essa autorização era sempre conferida sem exclusividade, sem gerar qualquer direito a ressarcimento ou a preferência na licitação e era, também, pessoal e intransferível.[186]

O Decreto reforçava as disposições da Lei n. 9.074/1995 – quanto à possibilidade de participação dos autores ou dos responsáveis financeiros pela realização dos estudos na licitação – e da Lei n. 8.987/1995 – quanto ao ressarcimento dos valores dispendidos[187] na realização dos estudos ser suportado pelo vencedor da licitação.[188]

Adicionalmente, previa que a Administração Pública poderia rejeitar parcialmente o conteúdo dos estudos e, assim, os valores de ressarcimento seriam apurados em relação às informações efetivamente utilizadas. Ainda, deixava expressa a vedação a qualquer valor devido pela Administração Pública.[189]

Por fim, expunha os critérios de avaliação para a seleção dos estudos a serem eventualmente utilizados numa licitação subsequente.[190] Os critérios atualmente adotados serão avaliados em outro capítulo desta tese.

---

186 Arts. 3º e 5º do Decreto Federal n. 5.977/2006.

187 Arts. 14 e 15 do Decreto Federal n. 5.977/2006.

188 Já havia sido mencionada anteriormente a forma de ressarcimento estabelecida pelo Decreto Federal n. 5.977/2006, o qual representa o *Reimbursement System*, adotado em alguns países. Para tanto, o Decreto estabelece a obrigatoriedade de cláusula no edital de licitação que preveja o dever de pagamento de tal valor pelo vencedor da licitação. *In verbis*: "Uma vez concluída a seleção dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, aqueles que tiverem sido selecionados terão os valores arbitrados pela comissão para eventual ressarcimento, sendo certo que o edital para contratação de parceria público-privada conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração do projeto utilizado na licitação (*Reimbursement System*)". Ver mais em VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 201.

189 Arts. 13, § 1º, e 14, § 1º, do Decreto Federal n. 5.977/2006.

190 Art. 10 do Decreto Federal n. 5.977/2006.

Por reação à provocação feita pelo TCU,[191] o executivo federal trabalhou na ampliação do escopo do Decreto Federal n. 5.977/2006 e, em 2015, editou o Decreto n. 8.428/2015, o qual revogou totalmente o Decreto n. 5.977/2006.

Passa-se, então, a avaliar os pontos de destaque desse Decreto, que significou uma inovação ou alteração de cenário, em relação ao Decreto revogado, de n. 5.977/2006.

Com isso, para além de abrangerem as PPP, passaram a reger também a apresentação de estudos e levantamentos, pela iniciativa privada, também nas concessões ou permissões de serviços públicos, arrendamento de bens públicos e concessão de direito real de uso.[192]

Essa medida de ampliação de objeto do Decreto Federal foi de grande importância, já que, como destaca Bruno Gazzaneo BELSITO, muitas vezes aquele projeto que se planejava fazer por meio da modalidade de concessão patrocinada, acaba se mostrando mais vantajoso no modelo de concessão comum, o que só se revela no aprofundamento do estudo de viabilidade.[193]

Excetuam-se do seu âmbito de aplicação apenas aqueles procedimentos regidos por legislação específica, a exemplo do previsto na Lei n. 9.427/1996, relativos a estudos para aproveitamento de potencial hidráulico, e os elaborados por organismos internacionais.[194]

Em decorrência da ampliação do escopo de aplicação das regras do Decreto, ampliou-se também a competência para a abertura, autorização e aprovação da PMI, deixando de ser do CGP e passando a ser do "órgão ou entidade da administração pública federal competente

---

191 Referência ao acórdão TCU supramencionado n. 1.155/14, nos autos do TC n. 012.687/2013-8.

192 Art. 1º do Decreto Federal n. 8.428/2015.

193 Nesse sentido, o autor expõe que: "A definição da espécie de concessão não é uma decisão inicial, mas sim consequência do aprofundamento dos estudos de viabilidade e das decisões do ente público acerca do escopo do projeto. Por essa razão, é tecnicamente possível que aquilo que originalmente se acreditava ser uma PPP possa, ao final do processo, ser adjudicado como uma concessão comum – e vice-versa" (BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro*. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 2015, p. 179).

194 Art. 1º, § 3º, do Decreto Federal n. 8.428/2015.

para proceder à licitação do empreendimento ou para a elaboração de projetos, levantamentos, investigações ou estudos a que se refere o art. 1º".[195]

Da mesma forma que o antigo Decreto n. 5.977/2006, o novo Decreto Federal só aceita a realização de estudos solicitados pela Administração Pública Federal (PMI). Contudo, o Decreto inovou ao permitir que o chamamento público ocorra por uma provocação de pessoa física ou jurídica.

Isso significa que, embora a Administração Pública federal não admita o recebimento de estudos que não sejam previamente solicitados, admite o recebimento de ideias que possam ser objeto de investigações, nas quais constem a descrição do projeto, a necessidade pública a ser atendida e o escopo dos estudos que devem ser produzidos para tanto.[196]

Assim como no Decreto n. 5.977/2006, o novo Decreto estabelece o conteúdo mínimo do edital de chamamento. Inova ao tornar abertos os critérios para qualificação, análise e aprovação do requerimento de autorização, o que permite a instituição de exigências mais amoldadas ao objeto do estudo que se pretende.[197]

Prevê apenas que o requerimento de autorização deverá conter a qualificação do requerente, demonstração de experiência para a realização dos estudos, indicação do valor de ressarcimento pretendido e a declaração de transferência à administração pública dos direitos associados ao projeto.[198]

Também deixou de parametrizar critérios para a avaliação e seleção dos estudos, estabelecendo apenas diretrizes norteadoras para a estipulação desses critérios.[199] Na mesma linha, isso significa maior liberdade ao órgão ou entidade condutora dos estudos prévios à

---

[195] Art. 2º do Decreto n. 8.428/2015.

[196] Art. 3º, *caput* e parágrafo único, do Decreto n. 8.428/2015.

[197] Art. 4º, II, "e", do Decreto n. 8.428/2015.

[198] Art. 5º do Decreto n. 8.428/2015. Tal disposição pode gerar uma série de debates sobre os limites da transferência de direitos de propriedade intelectual e/ou industrial. Esse ponto não será tratado, por fugir ao objeto da tese, mas merece a atenção dos estudiosos do tema, bem como dos interessados em apresentar estudos à administração pública federal.

[199] Art. 4º, II, "f" c/c art. 10 do Decreto n. 8.428/2015.

licitação. O detalhamento desse tema será feito em capítulo posterior, por ser relevante ao objeto desta pesquisa.

Outra novidade é a possibilidade de realização de reuniões com a pessoa autorizada e quaisquer interessados na realização de chamamento público, quando elas puderem ser benéficas ao melhor entendimento do objeto dos estudos a serem realizados.[200] Com isso, vê-se uma aproximação ainda maior entre administração pública e entidades privadas, gerando mais um método de interlocução nos PMI.

Em relação ao ressarcimento devido ao autor dos estudos efetivamente utilizados pela administração, esse também é de responsabilidade do vencedor da licitação, estando a assinatura do contrato público condicionada à realização do ressarcimento.[201] Outro destaque, em relação a esse tema, é o fato de a autoridade pública poder arbitrar o valor do ressarcimento, se o valor apresentado pelo proponente for incompatível com o estudo realizado. Após o arbitramento, o proponente deverá concordar expressamente com o valor ou rejeitá-lo, o que impedirá a administração de utilizar os dados do estudo.[202]

Já no que se refere à possibilidade de o autor ou responsável econômico pelo projeto participarem do certame licitatório, o Decreto permite essa participação e, ainda, inova ao possibilitar que o edital de abertura do chamamento público da PMI disponha de modo diverso.

Entretanto, a previsão de um edital de chamamento público que impeça a participação do autor dos estudos na licitação, subsidiada por uma autorização em Decreto regulamentador, contraria a permissão legal do art. 31 da Lei n. 9.074/1995?

Parece-nos que a inovação do art. 18 do Decreto n. 8.428/2015, que regulamenta o próprio art. 31 da Lei n. 9.074/1995, pode gerar a interpretação de que o Poder Executivo federal extrapolou sua competência regulamentadora, na medida em que previu exceção à ampla permissão estabelecida pelas leis das concessões.[203]

---

[200] Art. 8º do Decreto n. 8.428/2015.

[201] Art. 17 do Decreto n. 8.428/2015.

[202] Art. 15 do Decreto n. 8.428/2015.

[203] Em sentido contrário, Bruno Gazzaneo BELSITO defende a pertinência e a legalidade da previsão do Decreto n. 8.428/2015 (BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Ma-*

Para além das disposições do Decreto n. 8.428/2015, os PMI federais, enquanto procedimento administrativo que são, reger-se-ão também, subsidiariamente, pelas disposições da Lei n. 9.784/1999 e da Lei n. 8.666/1993,[204] e especialmente em relação aos princípios aplicáveis aos procedimentos licitatórios.

Na mesma linha do que ocorreu com o Decreto revogado n. 5.977/2006, o novo Decreto deve influenciar legislações locais,[205] bem como gerar uma provocação nos legisladores em relação a um aprimoramento das normas atualmente vigentes e, também, uma ampliação ainda maior do espectro de sua abrangência.

3.3 A legislação subnacional: Estados, Distrito Federal e Municípios

Partindo-se do pressuposto adotado para esta pesquisa, baseado primordialmente na análise normativa nacional e na doutrina, avaliaram-se as normas editadas pela União, por todos os Estados, Distrito Federal e algumas municipais eleitas, a partir da tabela especificada no Anexo desta tese.

Diante da impossibilidade de avaliação dos 5.570 Municípios brasileiros,[206] adota-se como critério de seleção os municípios com maior Produto Interno Bruto (PIB), elegendo as 5 capitais mais bem listadas no ranking de PIB municipais do IBGE,[207] sendo uma

---

nifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro cit., p. 195 e 263 e ss.).

[204] Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER defende a mesma ideia ao referendar: "O regime jurídico aplicável ao Procedimento de *Manifestação de Interesse* em seu âmbito procedimental funda-se essencialmente nos decretos regulamentadores ou equivalentes, sem prejuízo da observância, no que for pertinente, da Lei Federal n. 8.666/93 e da Lei Federal n. 9.784/99" (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 254).

[205] Já se pode vislumbrar os efeitos dessa tendência, quando é avaliado o Decreto do Rio de Janeiro, n. 45.294/2015, o qual contempla disposições semelhantes às do Decreto n. 8.428/2015.

[206] Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/06/cresce-numero-de-municipios-no-brasil-em-2013>. Acesso em: 5 dez. 2016.

[207] Esta seleção foi feita em 29/06/2016 e se utilizou do estudo mais recente do PIB disponibilizado pelo IBGE em seu site na internet – 2012. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91152.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

representativa de cada região oficial do Brasil – Sul (Curitiba/PR, n. 5 do ranking), Sudeste (São Paulo/SP, n. 1 do ranking), Nordeste (Fortaleza/CE, n. 7 do ranking), Norte (Manaus/AM, n. 13 do ranking) e Centro-Oeste (Brasília – Distrito Federal/DF, n. 3 do ranking).

Além das cinco capitais representativas das regiões brasileiras, decidiu-se, também, incluir na análise o Município de Salvador/BA, tendo em vista as outras legislações correlatas e que se inserem no conceito amplo de *Manifestações de Interesse*, conforme detalhado no subcapítulo seguinte. Dessa forma, julgou-se conveniente avaliar também a legislação sobre PMI e MIP, de modo a verificar eventual correlação existente entre as legislações.

Nos meandros desta tese, foram utilizados parâmetros identificados nesses instrumentos normativos e, na sua ocorrência, foram feitas referências específicas. Foge ao nosso escopo adentrar nos detalhes de cada um desses documentos legais, pelo que serão destacados apenas os mais relevantes à pesquisa.

Nesse sentido, visualizando-se os instrumentos normativos por um prisma mais amplo, é possível chegar-se a algumas conclusões importantes:

1 – *Formatação:* As legislações são diferentes entre si e não seguem necessariamente as linhas do normativo federal. Algumas se parecem mais entre si, como os casos dos Estados de Minas Gerais[208] e Goiás,[209] já outras são bastante diversas.

2 – *Abrangência:* Existem normativos que tratam apenas de PMI,[210] apenas de MIP[211] e outros que admitem os dois mecanismos.[212]

---

[208] Decreto n. 44.565/2007.

[209] Decreto n. 7.365/2011.

[210] Veja como exemplo o caso dos Estados de Minas Gerais (Decreto n. 44.565/2007), Pernambuco (Decreto n. 43.000/2016) e Pará (Decreto n. 1.242/2015 e Resolução do Conselho Gestor n. 002/2013), além do Município de São Paulo (Decreto n. 51.397/2010).

[211] Servem de exemplo os casos dos Estados de Mato Grosso (Decreto n. 635/2016), Paraíba (Decreto n. 38.249/2012) e Rio Grande do Sul (Resolução do Conselho Gestor n. 002/2013), bem como o Município de Curitiba (Decreto n. 789/2013).

[212] São exemplos os Estados de São Paulo (Decreto n. 61.371/2015) e Santa Catarina (Decreto n. 962/2012), Distrito Federal (Decreto n. 36.554/2015) e o Município de Salvador (Decreto n. 27.255/2016).

3 – *Incidência:* Algumas delas têm incidência limitada às formas de PPP, como é o caso dos Estados do Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Sergipe; já a do Paraná se restringe às concessões de serviços públicos, mas a maioria admite a aplicação em variados tipos contratuais, na linha do Decreto Federal, como, por exemplo: concessão, permissão de serviço público, PPP, arrendamento de bens públicos, concessão de direito real de uso. Já as municipais, para além das segmentações já mencionadas, trazem também como incidência convênios,[213] termos de acordo[214] e termos de cooperação.[215]

4 – *Reembolso*:[216] Todas as normas estaduais e municipais que tratam sobre PMI e MIP avaliadas preveem a possibilidade de reembolso. Muitas trazem expressa a previsão de que a Administração Pública não pode realizar o reembolso, que será arcada pelo vencedor da eventual futura licitação. Da mesma forma, as normas estabelecem que o direito a reembolso não é garantido, ficando sempre condicionado à efetiva utilização dos estudos pela Administração Pública, além de outros detalhamentos. Já as legislações municipais que admitem outras modalidades alternativas de *Manifestações de Interesse*, ou não dispõem sobre o reembolso ou não o admitem.[217]

5 – *Restrição à participação na licitação subsequente*: A maioria dos Estados e municípios não estipula restrição à participação do autor dos estudos na licitação subsequente. Alguns poucos Estados, como São Paulo (Decreto n. 61.371/2015) e Rondônia (Decreto n. 21.101/2016), vedam a participação do autor na licitação caso seja conferida autorização exclusiva. Já no caso do Estado da Bahia

---

[213] Veja-se o exemplo de Fortaleza – Decreto n. 13.397/2014 –, que institui a possibilidade de convênio com entidades privadas para implementação de melhorias urbanas.

[214] É exemplo o caso de Curitiba, que trata da adoção de logradouros públicos – Decreto n. 11.642/2005 –, regulamentada pelo Decreto n. 792/2007.

[215] Veja-se o caso do Distrito Federal, que prevê a possibilidade de adoção de escolas públicas, por meio de termo de cooperação, regulada pela Lei n. 3.432/2004.

[216] A análise crítica sobre o reembolso será feita na Parte 2, Capítulo 5.

[217] Interessante o exemplo do Decreto que regulamenta a instalação e o uso de *parkelets* nos passeios públicos (n. 55.045/2014), o qual estabelece que: (i) os custos financeiros serão de responsabilidade exclusiva do mantenedor (art. 9º, parágrafo único); e, (ii) no caso de exigência de restauração ao estado original do local, não há direito a indenização (art. 11, parágrafo único).

(Decreto n. 16.522/2015), confere ao Estado a escolha de restringir ou não a participação do autor, o que deve constar do Edital.[218]

6 – *Propriedade intelectual*: A maior parte dos Estados analisados estabelece a obrigatoriedade de cessão dos direitos autorais dos projetos elaborados para a Administração Pública, como o exemplo do Estado do Espírito Santo (Decreto n. 2.889-R/2011).[219] Entende-se que, com base no art. 27 da Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998), aquilo que se cede são os direitos patrimoniais intelectuais e não propriamente a autoria do projeto, enquanto direito moral[220] –, que é indisponível e continuará sendo da pessoa (física ou jurídica) que o elaborou.[221] Essa transferência englobará os direitos de utilizar, fruir e dispor, na forma do art. 28. Reforça o entendimento a vedação de utilização do estudo pela Administração Pública, caso o autorizatário não aceite as condições de reembolso estabelecidas.

Outros Estados não trazem disposições sobre a propriedade intelectual dos estudos, como é o caso do Mato Grosso (Decreto n. 635/2016) e da Paraíba (Decreto n. 33.249/2012). As legislações municipais avaliadas também não regulam a questão da propriedade intelectual dos estudos, o que não impede a previsão em edital sobre os usos que se pretende dar.

7 – *Outros pontos de interesse*:

(a) Alguns instrumentos normativos admitem a subcontratação de terceiros, permanecendo a responsabilidade do autorizatário perante a Administração Pública. Vê-se como exemplos os Estados de Mato Grosso do Sul (Decreto n. 14.360/2015) e Pernambuco (Decreto n. 43.000/2016). É com base nesse permissivo que muitas empresas de infraestrutura subcontratam consultorias para o apoio em pontos específicos dos estudos que fujam ao seu escopo.

---

218 Art. 11, VII.

219 O art. 3º, § 3º, prevê que os direitos autorais sobre o projeto serão cedidos pelo participante, podendo ser usados incondicionalmente pelo órgão solicitante. Contudo, faculta que seja disposto de modo diverso no chamamento.

220 Ver art. 11 e parágrafo único.

221 Art. 27, que trata da inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos morais do autor.

(b) O Decreto de São Paulo admite que a Administração Pública contrate consultoria técnica ou econômico-financeira para apoiá-la na análise dos estudos recebidos, em qualquer fase do procedimento.[222]

(c) Vários instrumentos normativos facultam que interessados possam solicitar informações a respeito do procedimento à Administração Pública, com antecedência específica em relação ao prazo estipulado. A Administração Pública terá prazo determinado também para responder aos interessados pelo meio previsto no edital. Servem de exemplo os Decretos de Rondônia (n. 21.101/2016), do Rio Grande do Norte (n. 25.422/2015) e de Curitiba (n. 375/2016).

(d) Os instrumentos normativos municipais que tratam das Manifestações de Interesse, ditas alternativas, estabelecem a possibilidade de exibição da marca do cooperante ou do convenente, em reconhecimento à colaboração, já que esses projetos não pressupõem ressarcimento pelos investimentos realizados. A exibição de marca sofre regulação dessas mesmas normas. São exemplos os Decretos de São Paulo/SP (n. 52.062/2010 e n. 55.045/2014); Manaus/AM (n. 3.280/2016); Fortaleza/CE (n. 13.397/2014).

3.3.1 Parâmetros decisórios

As legislações estaduais, distritais e municipais verificadas permeiam de alguma forma as decisões ocorridas durante os procedimentos. Para tornar a análise mais adequada ao que se pretende nesta pesquisa, a avaliação foi dividida em parâmetros da decisão inicial, da decisão intermediária e da decisão final.

Para fins da divisão acadêmica feita na análise legislativa, e que não corresponde exatamente à estruturação da decisão realizada no Capítulo 8, a *decisão inicial* ou *preliminar* é aquela que avalia uma

[222] Art. 35 do Decreto n. 61.371/2015.

MIP proposta e decide pela continuidade do procedimento ou não, ou por conceder ou não a autorização de estudos após o chamamento público no PMI. A *decisão intermediária* é aquela que, a partir da análise dos estudos produzidos pós-autorização, seleciona o(s) estudo(s) que mais se adequa(m) ao atendimento da necessidade pública que ensejou a *Manifestação de Interesse*. Já a *decisão final* é aquela que, após avaliar a conveniência e oportunidade de utilizar os estudos produzidos, decide por seguir para a licitação do projeto ou pela desistência de realizar a licitação.

Considerando os diferentes momentos em que se insere cada uma dessas decisões e a distinção entre os parâmetros utilizados para cada uma delas, passa-se a avaliar cada uma delas de forma apartada.

a) *Decisão inicial*

As legislações avaliadas, de forma geral, não trazem parâmetros diretos para a tomada da decisão inicial no recebimento de uma MIP ou após o recebimento das solicitações de autorização (PMI).

No caso do PMI, a decisão anterior que pode existir àquela chamada aqui de "decisão inicial" é a de instaurar o PMI, que normalmente se externa com a publicação do edital de chamamento público e que se considera no Capítulo 8 como "decisão prévia".

Nesse sentido, o Decreto de Santa Catarina (n. 962/2012) estabelece parâmetros interessantes para a iniciativa do procedimento, a qual é solicitada pelo órgão ou entidade interessado ao Comitê Gestor de Parcerias Público-Privada,[223] dos quais se destacam a seguir:

---

[223] "Art. 2º Para fins deste Decreto, considera-se PMI o procedimento instituído por órgão ou entidade da administração estadual, por intermédio do qual poderão ser solicitados estudos, levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres, com vistas à inclusão de projetos de interessados nos PPPs, de concessão patrocinada, de concessão administrativa, de concessão comum e de permissão. (...)

§ 2º A proposta de solicitação do procedimento será submetida à análise do Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGPP) e deverá:

I – demonstrar o interesse público na realização dos trabalhos;

II – estudos preliminares que permitam a apreciação técnica do procedimento com relação aos custos, benefícios, prazos e viabilidade;

> I – demonstrar o interesse público na realização dos trabalhos; II – estudos preliminares que permitam a apreciação técnica do procedimento com relação aos custos, benefícios, prazos e viabilidade; III – minuta do instrumento a ser publicado incluindo os documentos a serem produzidos pelos interessados autorizados e os critérios objetivos para a seleção dos estudos (...); IV – delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres, podendo se restringir a indicar tão somente o problema que se busca resolver com a parceria, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução; V – indicar prazo máximo para apresentação dos projetos (...) e o valor nominal máximo para eventual ressarcimento; VI – indicar o valor máximo da contraprestação pública (...); e, VII – ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial do Estado (DOE), em jornal diário de grande circulação e na página na rede mundial de computadores.

Interessante observar que o Decreto sobreleva a demonstração de interesse público, a qual deverá ser conjugada com a demonstração de viabilidade de custos, benefícios e prazos, amparada em estudos preliminares. Dessa forma, exige-se uma consciência maior do órgão

---

III – minuta do instrumento a ser publicado incluindo os documentos a serem produzidos pelos interessados autorizados e os critérios objetivos para a seleção dos estudos de que trata o art. 2º deste Decreto;

IV – delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres, podendo se restringir a indicar tão somente o problema que se busca resolver com a parceria, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução;

V – indicar prazo máximo para apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, pesquisas, soluções tecnológicas, dados, informações técnicas ou pareceres e o valor nominal máximo para eventual ressarcimento;

VI – indicar o valor máximo da contraprestação pública admitida para a parceria público-privada, sob a forma de percentual do valor das receitas totais do eventual parceiro privado; e

VII – ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial do Estado (DOE), em jornal diário de grande circulação e na página na rede mundial de computadores".

ou entidade pública solicitante em relação à decisão de realização de procedimento de manifestação de interesse. A importância dessa consciência será analisada nos Capítulos 5 e 10.

Voltando à decisão inicial, embora não tenham sido dispostos parâmetros diretos e objetivos, as legislações preveem, em linhas gerais, que a decisão deve se basear na conveniência e oportunidade,[224] interesse público,[225] eficiência[226] e "diretrizes governamentais vigentes".[227]

Ou seja, as legislações estabelecem os princípios públicos a balizarem a decisão discricionária da Administração Pública e que goza de dose irremediável de elemento político, o que fica ilustrado no Decreto de Santa Catarina (n. 962/2012), que expressamente previu a análise das "diretrizes governamentais vigentes".[228]

Ainda sobre a decisão baseada nos princípios, vale mencionar as disposições do Decreto do Espírito Santo que determinam que, após a análise de interesse público de um projeto apresentado numa MIP, caso se decida pela conveniência e oportunidade daquela solicitação, será concedida autorização para estudos. Já no silêncio da Administração Pública, após o prazo previsto na norma, deve-se entender que a decisão foi pelo indeferimento.[229]

Parece-nos inadequada a suposição de um indeferimento pela Administração Pública, que não deveria atuar pela omissão, ou seja, pelo seu silêncio. Até porque a decisão de indeferimento numa MIP deve ser devidamente fundamentada.

---

[224] Por exemplo, Decreto de Santa Catarina (n. 962/2012), do Paraná (n. 6.823/2012) e Mato Grosso sobre PMI (n. 926/2011).

[225] Servem de ilustração os Decretos do Espírito Santo (n. 2.889-R/2011) e do Mato Grosso sobre PMI (n. 926/2011).

[226] São exemplos os Decretos do Mato Grosso sobre PMI e MIP (n. 926/2011 e n. 635/2016) e da Paraíba (n. 33.249/2012).

[227] É o caso do Decreto de Santa Catarina (n. 962/2012), que estabelece: "Art. 3º Recebida a proposta do procedimento, o CGPPP procederá à análise e avaliação do caráter prioritário do projeto, segundo as diretrizes governamentais vigentes e decidirá sobre a conveniência e oportunidade de se autorizar o procedimento, sugerir alterações e indicar a estruturação e a modelagem do projeto apresentado ou determinar o seu arquivamento, mediante comunicação das conclusões ao titular do órgão ou da entidade solicitante para as providências".

[228] Decreto de Santa Catarina, n. 962/2012.

[229] Decreto n. 2.889-R/2011, art. 19-A, § 4º.

Além dos princípios mencionados, as legislações estabelecem os requisitos que devem constar das solicitações apresentadas pela iniciativa privada, o que contribui para a análise da Administração Pública na tomada dessa decisão, objetivando-a. Serve como exemplo a legislação dos Estados de São Paulo (Decreto n. 61.371/2015)[230] e do Mato Grosso sobre MIP (Decreto n. 635/2016).

Algumas legislações, como a do Estado do Paraná (Decreto n. 6.823/2012) e a do Rio Grande do Norte (Decreto n. 25.422/2015), preveem que essa decisão é tomada de forma colegiada, mediante a deliberação de um conselho (gestor de parcerias) que avalia a conveniência e o cumprimento dos requisitos exigidos.

Várias legislações, como a de Santa Catarina (Decreto n. 962/2012) e a do Mato Grosso do Sul (Decreto n. 14.360/2015), dispõem expressamente sobre a necessidade de publicação da decisão no Diário Oficial do Estado e, no caso de Santa Catarina, em jornais de grande circulação e sites da internet.

Por fim, vale observar que o Decreto do Mato Grosso (n. 926/2011) prevê que o início do PMI se dá com a decisão do órgão ou entidade solicitante e estabelece o que deve conter nos dados instrutórios da decisão.[231] O que se quer destacar aqui é a determinação

---

230 Cite-se como exemplo o art. 4º do Decreto do Estado de São Paulo: "Art. 4º O procedimento poderá ser iniciado por proposta que atenda aos seguintes requisitos:

I – qualificação completa, que permita a identificação do proponente, bem como indicação de localização para eventual envio de notificações, informações, erratas, respostas e solicitação de esclarecimentos;

II – descrição dos problemas e desafios concretos que justificam a parceria que se pretende instalar, bem como das soluções e dos benefícios que advirão de sua efetiva execução;

III – Indicação da modalidade de contratação a ser implementada e do arranjo jurídico preliminar proposto, bem como do respectivo prazo contratual, quando possível a estimativa;

IV – demonstração, ainda que preliminar, da viabilidade econômica, jurídica e técnica da parceria proposta;

V – enumeração dos parâmetros objetivos de inovação que poderão ser mensurados quando da comparação da parceria proposta em face das contratações executadas e dos serviços correntemente prestados, caso existentes, pela Administração Pública estadual".

231 "Art. 3º O Procedimento de *Manifestação de Interesse* será iniciado mediante decisão do órgão ou entidade solicitante interessada e conterá, obrigatoriamente:

I – as linhas básicas do projeto, com a descrição de seu objeto, sua relevância e dos benefícios econômicos e sociais dele advindos;

II – a estimativa dos investimentos necessários e do prazo para a sua implantação do projeto;

normativa do marco inicial do procedimento, o que será tratado com mais detalhes no Capítulo 9.

b) *Decisão intermediária*

Considerando que se adotou como decisão intermediária a análise feita pela Administração Pública dos estudos apresentados pós-autorização, alguns destaques da legislação subnacional merecem ser especificados.

Alguns Estados e Municípios seguiram a linha estabelecida pela União Federal, em seu Decreto n. 8.428/2015, sendo que alguns estabeleceram inclusive critérios bastante semelhantes, como é o caso dos Municípios de Manaus/AM[232] e Salvador/BA e dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Pará.[233]

O Decreto do Estado da Bahia, para além de estabelecer os requisitos similares aos da União, prevê a possibilidade de serem exigidos nos estudos outros critérios, tais como: matriz de risco, plano de negócio detalhado, diretrizes de licenciamento ambiental, entre

---

III – as características gerais do modelo de negócio, incluindo a modalidade de PPP considerada mais apropriada, previsão das receitas esperadas e dos custos operacionais envolvidos;

IV – a projeção, em valores absolutos ou em proporção, da contraprestação pecuniária eventualmente demandada do Parceiro Público;

V – outros elementos que permitam avaliar a conveniência, a eficiência e o interesse público envolvidos no projeto, inclusive os estabelecidos no art. 2º da Lei Estadual n. 9.641/2011 e por manifestação do Conselho Gestor por intermédio de sua Secretaria Executiva".

232 Decretos n. 3.180/2015 e n. 23.936/2015, respectivamente.

233 Decretos n. 45.294/2015; n. 2.889-R/2011; e Resolução do Conselho Gestor n. 002/2015, respectivamente. Vejamos o exemplo do Rio de Janeiro:

"Art. 17. Os critérios objetivos para avaliação e seleção dos estudos técnicos 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. 4º;

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. 10; e

VI – o impacto socioeconômico da proposta para o empreendimento, se aplicável".

outros.[234] Já o Estado do Espírito Santo previu a possibilidade de uma pré-seleção com base em critérios diferentes daqueles que devem ser utilizados para a avaliação dos estudos.[235]

O Estado de Alagoas estabelece critérios diferentes e interessantes à nossa avaliação, e que devem estar refletidos no projeto básico e no estudo de viabilidade propostos. Destaque-se as exigências de: (i) demonstração de viabilidade do empreendimento, mediante demonstração das metas e resultados a serem atingidos, além de prazos de execução, capital investido etc.; (ii) vantajosidade econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, bem como estudo de "*Value For Money* – VfM", entre outros, os quais deverão ser demonstrados por meio de planilhas, demonstração de custos e outros possíveis documentos.[236] Além disso, estabelece parâmetros

---

234 Decreto n. 16.522/2015, art. 12.

235 Ver mais no Decreto n. 2.889-R/2011, art. 4º: "O PMI se inicia com a publicação, no Diário Oficial do Estado, do aviso respectivo, com a indicação do objeto, do prazo de duração do procedimento, bem como o endereço e a respectiva página da rede mundial de computadores em que estarão disponíveis as demais normas e condições definidas, consolidadas no instrumento de solicitação. (…)

§ 3º Os Procedimentos de Manifestação de Interesse poderão ser composto de etapa de pré-seleção, adotando como critérios, proposta técnica, menor valor de reembolso, ou, melhor proposta em razão da combinação dos critérios anteriores, de acordo com os pesos estabelecidos no PMI. Os participantes que não forem selecionados nesta fase não participarão das etapas seguintes do PMI".

236 Ver mais no Decreto n. 16.879/2011, arts. 18 e 19.

"Art. 18. O agente privado deverá levar em consideração que, como resultado, o Projeto Básico e o Estudo de Viabilidade proposto devem demonstrar:

I – a viabilidade do empreendimento, mediante demonstração das metas e resultados a serem atingidos, prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de valiação ou desempenho a serem utilizados;

II – vantajosidade econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta, incluindo o estudo de "Value For Money – VfM";

III – conveniência e oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de Parceria Público-Privada, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto;

IV – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de Parceria Público-Privada; e

V – obtenção de licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, sempre que o seu objeto o exigir.

Parágrafo único. Para o atendimento das disposições do *caput* deste artigo, o agente privado deverá apresentar, para o prazo estimado contratual do futuro contrato de PPP:

para a análise administrativa acerca do cumprimento desses requisitos.[237]

No caso do Decreto do Estado de São Paulo, tendo sido aprovada a proposta, forma-se o Comitê para aprofundar alguns pontos específicos, como: (i) compatibilidade da proposta com as prioridades, políticas públicas, estratégias setoriais e planejamento orçamentário da Administração Pública; (ii) projeção, em valores absolutos ou proporção, das receitas e fontes do projeto, inclusive com estimativas dos valores de aportes, contraprestações e demais receitas que advirão da Administração Pública e dos usuários do serviço ou infraestrutura, receitas acessórias, entre outros.[238]

Por fim, vale destacar que a maior parte das legislações dispõe sobre a prerrogativa da Administração Pública de solicitar

---

I – planilha de premissas básicas do modelo econômico-financeiro;

II – os custos de Operação, Manutenção e Conservação da infraestrutura prevista na execução dos serviços previstos na futura PPP;

III – as condições previstas ao financiamento para a implantação da infraestrutura necessária à prestação dos serviços objeto do contrato de PPP;

IV – a previsão estimada das receitas;

V – a previsão estimada dos cálculos de depreciação;

VI – a previsão estimada dos custos diretos e indiretos;

VII – as projeções das Demonstrações de Resultado dos Exercícios – DRE;

VIII – as projeções dos Fluxos de Caixa – FC; e

IX – as projeções dos Balanços Patrimoniais – BP do empreendimento".

237 "Art. 19. O Projeto Básico e o Estudo de Viabilidade serão objeto de avaliação pelo CGPPP/AL quanto aos seguintes aspectos:

I – desenvolvimento fundamentado em estudos consistentes e adequado à etapa e ao porte do empreendimento;

II – atendimento à boa técnica em nível de projetos e soluções para o empreendimento, especialmente quanto às condições de atualidade, eficiência e segurança, bem como a apresentação de custos com precisão adequada às diversas etapas de desenvolvimento dos estudos, de modo a garantir uma correta definição do dimensionamento ótimo, de acordo com as normas técnicas;

III – orientação do órgão ambiental estadual, bem como junto a outras instituições com interesse direto no empreendimento, quando for o caso, visando à definição do aproveitamento ótimo e sustentabilidade ambiental; e

IV – os custos finais de execução do Estudo de Viabilidade ou Projeto Básico, comprovados por meio de dados contábeis, não poderão exceder, para mais ou para menos, em 25% (vinte e cinco por cento) do valor estimado inicialmente quando da apresentação da carta de solicitação de autorização para a realização de Estudos de Viabilidade, Pré-Projeto ou Projeto Básico".

238 Ver mais no Decreto n. 61.371/2015, art. 7º.

informações adicionais sobre os estudos, aceitar parcial ou totalmente o produto das investigações, suspender o procedimento, além de outras possibilidades.[239]

c) *Decisão final*

A decisão final será aquela que concluirá pela utilidade ou não dos estudos para a realização da licitação ou não. Não foi identificada legislação determinando as formalidades a serem seguidas quando da decisão negativa. As normas disciplinam os elementos que orbitam a tomada de decisão e o destino a ser dado quando a decisão é de seguir para a licitação.

Em relação aos elementos que circundam a decisão, identificam-se diversas legislações prevendo que a Administração Pública não se encontra vinculada àqueles estudos, nem se obriga a utilizá-los,[240] ou seja, determina a liberdade de escolha da Administração, obviamente balizada pelos seus princípios de regência e dos planos de governo em questão. O Decreto do Estado do Rio de Janeiro determina que cabe aos órgãos técnicos avaliar, opinar e aprovar a legalidade, consistência e suficiência dos estudos.[241]

Outros aspectos bastante recorrentes nas legislações são (i) a possibilidade de os estudos serem utilizados total ou parcialmente;[242] e, (ii) a permissibilidade para a Administração Pública poder usar os estudos total ou parcialmente para as licitações e contratos.[243]

Interessante observar que o Estado da Paraíba (Decreto n. 33.249/2012) estabelece prazo para a tomada da decisão final, de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por igual período.[244]

---

239 Servem de exemplo os casos dos Estados do Mato Grosso do Sul (Decreto n. 14.360/2015) e de Goiás (Decreto n. 7.365/2011).

240 São exemplos os casos do Estado do Rio de Janeiro (Decreto n. 45.294/2015) e do Distrito Federal (Decreto n. 36.554/2015).

241 Art. 18.

242 São exemplos os casos dos Estados do Espírito Santo (Decreto n. 2.889-R/2011), Santa Catarina (Decreto n. 962/2012) e do Município de Salvador (Decretos n. 23.963/2013 e n. 23.935/2013).

243 Servem de ilustração as regulamentações dos Estados do Paraná (Decreto n. 6.823/2012) e do Rio Grande do Sul (Resolução do Conselho Gestor n. 002/2013).

244 Art. 12, parágrafo único.

Já o Decreto do Município de Fortaleza/CE estabelece parâmetros principiológicos para a decisão final, prevendo que devem ser observadas a viabilidade, a conveniência e a oportunidade na análise e, caso aprovada, deve ser encaminhada para homologação final do Prefeito.[245]

3.4 Outras formas de participação já existentes no ordenamento brasileiro

Muitas são as formas de participação já consagradas no ordenamento jurídico brasileiro. Algumas delas possuem maior popularidade entre os cidadãos, outras apresentam um desenvolvimento crescente e há aquelas que não se mostram tão efetivas.

Numa ideia de contextualização, utilizaremos as linhas gerais já traçadas pela doutrina que se dedicou ao tema e abordar individualmente apenas aquelas formas de participação que possuem maior proximidade com o objeto desta pesquisa, quais sejam: a apresentação de propostas voluntárias, os chamamentos públicos, os procedimentos previstos nas leis municipais de São Paulo (Decreto n. 52.025/2010) e Salvador (Decreto n. 23.820/2013), os Procedimentos de *Manifestação de Interesse* Social (PMIS) e a estruturação de projetos prevista na Medida Provisória (MP) n. 727/2016 e posteriormente contemplada na Lei n. 13.334/2016, que converteu a MP em Lei.

3.4.1 Outras formas de participação na Contratação Pública: Propostas Voluntárias, Chamamentos Públicos, Roadshow*, Consultas Públicas e Audiências Públicas*

Vários são, como já foi mencionado, os instrumentos consensuais utilizados pela Administração Pública, especialmente no que concerne aos contratos administrativos,[246] em qualquer de suas fases – seja naquelas de desenvolvimento do objeto do contrato,

---

[245] Decreto n. 13.158/2013, art. 13.

[246] Ver obra de GAROFANO, Rafael Roque. *Contratualidade administrativa:* abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública cit.

seja durante a sua execução, seja mesmo na resolução de conflitos e encerramento da relação entabulada.

Na fase de desenvolvimento do objeto do contrato, aquela que mais interessa a esta pesquisa, existem diversos mecanismos que podem auxiliar a Administração Pública a obter o melhor projeto a ser licitado e, posteriormente, contratado.

Alguns deles gozam de uma maior formalidade, na medida em que têm seu procedimento previsto em algum instrumento normativo; outros, por sua vez, são mecanismos adotados pela iniciativa privada, em suas relações privadas, e acabaram por ser adaptados para as contratações públicas.

Nesse sentido, não são passíveis de um regramento procedimental legalmente estabelecido e variam, caso a caso, de acordo com sua utilização pelos órgãos e entidades públicas. Com isso, muitas vezes, conferem a flexibilidade necessária para determinados tipos de objeto contratual.

Por essa razão, acabam por se valer de fundamentos principiológicos, enquadramento em lei que possua escopo mais amplo ou mesmo em regulamentações específicas e expedidas pelo próprio órgão ou entidade para aquele fim.

Mais ainda, tais procedimentos "alternativos" estão autorizados, de forma ampla, no art. 33 da Lei de Procedimento Administrativo[247] (Lei n. 9.784/1999), que prevê expressamente a possibilidade de utilização dos mecanismos de participação para melhores decisões em assuntos relevantes, o que, nesses casos, são melhores definições de objetos contratuais.

Tal permissivo tem força de lei geral e pode se aplicar não só à União Federal, mas também aos Estados e Municípios, como já reconhecido pelo STJ,[248] bem como suportado pela doutrina.[249]

---

[247] "Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas".

[248] Sobre esse tópico, ver mais em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 254.

[249] MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 167.

Passa-se a abordar os tipos mais comuns e que mais se aproximam das *Manifestações de Interesse*, ou que a estas são (ou poderiam ser) combinados nas contratações públicas.

Com base nos princípios já mencionados nos Capítulos 1 e 2, é sempre admitida a apresentação de *propostas voluntárias* por quaisquer cidadãos ou entidades do setor privado, nomeadamente como prestígio ao direito de petição insculpido no art. 5º, XXXVI, "a", da Constituição Federal.

3.4.1.1 Consulta Pública e Audiência Pública

Entre aqueles procedimentos mais regulados, estão a *Consulta Pública* e a *Audiência Pública*, ambos disciplinados pela Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999), nos arts. 31 e 32,[250] além da regulação em algumas legislações específicas,[251] e que possuem objetivos e características bastante similares.

Os dois mecanismos de participação derivam do direito estrangeiro e foram adaptados para a realidade normativa e procedimental brasileira: a *Consulta Pública* tem origem na *enquête* francesa,[252] enquanto a *Audiência P*ública foi inspirada na figura do *public hearing* do direito anglo-saxão e muito difundida e debatida no direito americano.[253]

---

250 "Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo".

251 São exemplos a Lei de PPP (Lei n. 11.079/2004), art. 10, VI, a Lei n. 9.472/1999, a Lei n. 10.257/2001 e o Decreto n. 8.243/2014.

252 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública cit., p. 176.

253 Administrative Procedure Act (APA), §554 e §556. Sobressai, ainda, o *case Goldberg v. Kelly*, por meio do qual a Suprema Corte Americana determinou que as *hearings* deveriam

Ambos os procedimentos têm por objetivo colher opiniões, sugestões, críticas, dúvidas e contribuições de cidadãos, entidades privadas ou qualquer interessado no objeto do mecanismo. Com isso, a Administração Pública consegue aperfeiçoar seus projetos e, ainda, ganhar mais legitimidade quanto ao que se pretende contratar.

O principal diferencial entre os dois mecanismos é que a *Audiência Pública* goza de uma oralidade que não ocorre na *Consulta Pública*, a qual se procede de forma predominantemente escrita. Por essa razão, a *Consulta Pública* tende a se desenrolar por vários dias, enquanto a *Audiência Pública* ocorre em dia e hora marcados, podendo ocorrer a continuação em dias subsequentes, caso não se conclua na data e hora estipuladas.

Embora o art. 31 da Lei de Processo Administrativo estabeleça que a *Consulta Pública* deve ser realizada nas matérias que envolvam assunto de "interesse geral" e não traga tal condicionante para as *Audiências Públicas*, ambos os mecanismos deverão ser utilizados para debater assuntos que tenham relevância para os interessados e que envolvam, mediata ou imediatamente, o interesse público da sociedade impactada.

Nesse contexto, alguns autores debatem se esses mecanismos devem ser considerados como direitos difusos ou não,[254] considerando a expressão legal. Entende-se que, na prática, trata-se de um mecanismo de participação que deve ser utilizado para subsidiar a decisão administrativa, de acordo com sua conveniência e oportunidade, quando não decorrer de uma obrigação imposta legalmente. E essa discricionariedade decorre do fato de os conceitos previstos na Lei de Processo Administrativo, de "interesse geral" e de "relevância da questão", serem abertos e de difícil determinação, parecendo se confundir muitas vezes.

---

compor o devido processo legal: "[the procedure] did not, however, provide a hearing before an impartial judicial officer, the right to an attorney's help, the right to present evidence and argument orally, the chance to examine all materials that would be relied on or to confront and cross-examine adverse witnesses, or a decision limited to the record thus made and explained in an opinion. The Court now held that due process required all of these" (STRAUSS, Peter L. *Administrative Justice in the United States.* p. 55).

254 Lucia Valle Figueiredo defende se tratar de direito difuso e Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, bem como Maís Moreno, contrapõem essa ideia. Ver mais em MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 137.

A Lei n. 8.666/1993 exige que, quando o valor estimado para uma licitação ultrapassar R$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), o processo licitatório se inicie com uma *Audiência Pública*,[255] no prazo e forma estabelecidos.[256]

Já a Lei n. 11.079/2004 estabelece que a abertura do processo licitatório para a contratação de uma PPP está condicionada à submissão do edital e do contrato à *Consulta Pública*, a qual deve ter prazo mínimo de 30 dias para o recebimento de sugestões.[257]

Além desses exemplos, outras leis também estabelecem a exigência de adoção obrigatória de algum desses mecanismos de participação, como é o caso do debate dos planos diretores municipais.[258] Nesses casos de obrigatoriedade, a não realização dos respectivos mecanismos enseja a invalidade do procedimento.

---

255 "Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea 'c' desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados".

256 Marçal JUSTEN FILHO explica que "a finalidade da audiência reside em assegurar a transparência da atividade administrativa, permitindo-se a ampla discussão do administrador com a comunidade.

Veja-se que a audiência não pode ser substituída pela sistemática da prestação de informações por via escrita. Ou seja, é viciada a audiência em que o administrador se recusa a prestar informações, a discutir as escolhas e a fornecer explicações. Tal se caracteriza inclusive quando a Administração optar por 'reduzir a escrito' perguntas e respostas" (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 603).

257 "Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...)

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital".

258 A Lei n. 10.257/2001 traz diversas disposições que estabelecem essas exigências:

"Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (...)

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

Seguindo a linha dos procedimentos administrativos e, ainda, enquanto mecanismos de participação, deve ser garantido o atendimento dos princípios do devido processo, da ampla publicidade, isonomia, entre outros.

A partir disso, infere-se que nenhum desses procedimentos poderá ter caráter figurativo ou protocolar, com vistas a simular o cumprimento legal ou uma suposta abertura à participação popular. O procedimento deve ser efetivo em sua concretização prática.

Assim, se por qualquer razão motivadora o mecanismo não puder ser efetivo, deverá ser repetido e o problema identificado deve ser corrigido. Com isso, é possível conferir o direito de participação plena aos interessados.

Nesse sentido, Maís MORENO ressalta que é necessária a repetição da audiência pública sempre que houver vícios ao procedimento.[259] Tal entendimento, em nossa visão, deve também ser replicado para as consultas públicas. Esse fato pode ocorrer quando houver problemas no convite realizado, na data, hora e local agendado que impeçam a participação de todos, se houver mudanças determinantes nos fatos, ou seja, qualquer fato relevante que justifique a repetição do procedimento.

Ainda em relação aos princípios que devem ser obedecidos, os arts. 31, § 1º, e 34[260] da Lei de Processo Administrativo ressaltam a importância da *divulgação* e da *apresentação*, que nada mais são do que a tradução do princípio da publicidade.

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; (...)

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: (...)

II – debates, audiências e consultas públicas; (...)

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea *f* do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal".

259 MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 143.

260 "Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado".

Esse princípio deve ser observado tanto antes da realização da audiência, como depois, por três razões principais: (i) permitir a ampla divulgação do procedimento que se pretende realizar, estimulando possíveis interessados a comparecer na audiência ou a oferecer contributos escritos na consulta pública; (ii) disponibilizar prévia dos documentos necessários para que os possíveis interessados possam consultar o que a administração coloca em questão, quais as escolhas já delineadas, os fundamentos e o(s) interesse(s) público(s) que se pretende atender ao fim e ao cabo, permitindo que os interessados possam formular suas dúvidas e/ou sugestões em relação ao tema; ou, ainda, (iii) zelar pela publicidade dos resultados do procedimento, o qual deve sintetizar as principais dúvidas e contribuições trazidas durante a sua execução, das respostas ou considerações e da decisão final tomada após esse procedimento.[261]

A exigência de publicação do resultado foi contemplada no art. 17, V, do Decreto n. 8.243/2014, também por reflexo da norma do art. 34 da Lei n. 9.784/1999, e mesmo da preocupação em garantir participação efetiva aos cidadãos, bem como o atingimento dos resultados com eficiência, como destaca Maís MORENO:

> Os requisitos de divulgação denotam a preocupação do legislador com (i) a garantia de ampla participação, na medida em que impõe a necessidade de disponibilizar os documentos relativos ao objeto da consulta em linguagem simples e objetiva; (ii) a manutenção da isonomia e da transparência, presente na mencionada qualidade dos documentos objeto da consulta devem ser disponibilizados em tempo hábil para permitir a concreta participação, e ao determinar a obrigatoriedade de a Administração Pública

[261] Nessa linha, ao tratar das audiências públicas, Maís MORENO explica que deve haver aderência entre a decisão e o procedimento adotado, de modo a ser coerente com o acolhimento ou a dispensa das contribuições feitas durante os procedimentos: "Os resultados da audiência, assim como os dos demais meios de participação dos administrados '(...) deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado (...)' (artigo 34 da Lei de Processo Administrativo). Isso porque é preciso mostrar aderência da decisão com o fundamento do ato, bem como coerência com os argumentos para acolhimento ou dispensa das contribuições provenientes dos particulares" (MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 153).

> sistematizar as contribuições e divulgar os resultados da consulta, facilitando, dessa forma, o controle sobre as decisões adotadas.[262]

Devem ser transparentes também as regras aplicáveis aos procedimentos, as quais podem ser estabelecidas em regulamento próprio, já que as legislações de regência não estabelecem procedimento detalhado. Essa aparente omissão é positiva, na medida em que permite melhor adequação ao objeto que se pretende consultar.

Além disso, devem ser definidos, também, quais são os agentes públicos responsáveis pela realização do procedimento e aquele(s) responsável(is) pelas decisões existentes no âmbito do procedimento.

Outro ponto de atenção é em relação ao prazo, que deve ser razoável para permitir a análise dos interessados e a obtenção de eventuais documentos necessários para fazer prova de algum argumento a ser utilizado, tanto na *Audiência Pública*, como na *Consulta Pública*.

Prazo razoável também deve ser observado pela Administração Pública para apresentar os resultados dos procedimentos aos interessados e à sociedade em geral. Como decisão que é, o resultado deve ser sempre motivado.

Essa decisão final pode ter como escopo a desistência do projeto ou ideia que se pretendia inicialmente, explicando as razões do cancelamento, a constatação da necessidade de aprofundamento dos estudos do projeto como um todo ou em parcela dele, da aceitação das contribuições, ou de parte dela, e de suspensão do projeto temporariamente, ou de que o projeto merece ser levado à licitação.

Vale mencionar as normas instituídas pelo Decreto n. 8.243/2014, que institui a Política e o Sistema Nacional de Participação Social (PNPS e SNPS). A PNPS tem por objetivo fortalecer os mecanismos de diálogo entre a Administração Pública federal e a sociedade civil.[263]

---

[262] MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 131.

[263] "Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Participação Social – PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação

Dentre os mecanismos previstos nesse Decreto, a *Audiência Pública* e a *Consulta Pública* ganham destaque e são conceituadas no art. 2º:

> VIII – audiência pública – mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais;
>
> IX – consulta pública – mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação;

Adicionalmente, o Decreto inova ao estabelecer os parâmetros tanto para a *Audiência Pública*,[264] como para a *Consulta Pública*.[265] Embora as diretrizes sejam específicas para cada um dos mecanismos,

---

conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil.

Parágrafo único. Na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública serão considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS".

264 "Art. 16. As audiências públicas devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I – divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificado seu objeto, metodologia e o momento de realização;

II – livre acesso aos sujeitos afetados e interessados;

III – sistematização das contribuições recebidas;

IV – publicidade, com ampla divulgação de seus resultados, e a disponibilização do conteúdo dos debates; e

V – compromisso de resposta às propostas recebidas".

265 "Art. 17. As consultas públicas devem observar, no mínimo, as seguintes diretrizes:

I – divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificando seu objeto, metodologia e o momento de realização;

II – disponibilização prévia e em tempo hábil dos documentos que serão objeto da consulta em linguagem simples e objetiva, e dos estudos e do material técnico utilizado como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e a análise de impacto regulatório, quando houver;

III – utilização da internet e de tecnologias de comunicação e informação;

IV – sistematização das contribuições recebidas;

V – publicidade de seus resultados; e

VI – compromisso de resposta às propostas recebidas".

podem ser sintetizadas conjuntamente: (i) divulgação ampla e prévia do instrumento convocatório e que especifique objeto, metodologia e fundamentos, entre outros; (ii) livre acesso aos interessados; (iii) sistematização das contribuições recebidas; (iv) ampla divulgação dos resultados; e, (v) compromisso de resposta às propostas recebidas.

Não obstante o Decreto tenha escopo de aplicação determinado, que é a utilização desses mecanismos no âmbito do PNPS e do SNPS, e na competência da Administração Pública federal, diante da ausência de diretrizes nas demais legislações, os demais órgãos e entidades públicas poderiam se inspirar nessas diretrizes, as quais concretizam os princípios aplicáveis aos procedimentos de participação.

Ainda quanto à aplicação das *Audiências Públicas* e das *Consultas Públicas*, Maís MORENO destaca que esses mecanismos podem se complementar dentro de um mesmo projeto de PPP, já que podem ocorrer em diferentes fases do processo e atingir públicos diversos,[266] ou seja, a utilização de um não é excludente do outro.[267]

Tendo em vista todo o exposto sobre os dois mecanismos, vê-se que são importantes formas de participação da sociedade nas decisões administrativas. Contudo, apesar dessa semelhança, os mecanismos não podem se confundir com as *Manifestações de Interesse*, como também destaca Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER.[268]

E isso porque tanto a *Audiência Pública* como a *Consulta Pública* ocorrem em momento posterior à modelagem do projeto de infraestrutura que se pretende contratar, por exemplo. Corrobora tal entendimento o fato de a Lei n. 11.079/2004 estabelecer que

---

[266] Ver mais detalhes em MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 139. A autora afirma: "Para nós, os mecanismos em questão podem atingir objetivos e públicos diversos, cabendo ao gestor público definir, caso a caso, se a realização da audiência ampliará a participação de pessoas que possam ter a sua esfera de direitos atingida com a PPP e que, em virtude das formalidades que permeiam a consulta pública ou outros obstáculos, possam se ver impedidas de dela participar. Em caso positivo, parece-nos imperioso proceder à realização da audiência, em complementação à consulta pública, para formalização de uma PPP".

[267] Já Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER entende que, nas PPP em que o valor supere R$ 150.000.000,00, a realização tanto da Audiência Pública como da Consulta Pública é peremptória (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 128).

[268] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 128.

o chamamento da Consulta Pública dever identificar o objeto, a estimativa de preço, entre outras informações, do projeto a ser objeto da licitação para a PPP.

Ou seja, para que seja possível a identificação de todas essas informações no chamamento, a Administração Pública já tem que possuir a modelagem utilizada como parâmetro dessas definições.

Já as *Manifestações de Interesse*, como já observado anteriormente, são utilizadas para desenvolver a modelagem do projeto a ser objeto da licitação e, em algumas situações, até mesmo para apresentar aquela necessidade pública a ser satisfeita e suas possíveis soluções.

3.4.1.2 Roadshow

Um mecanismo também importado das práticas empresariais privadas é o *Roadshow*. Nesse contexto, esse mecanismo é bastante utilizado para a apresentação de novos serviços, tecnologias ou mesmo papéis emitidos pelas companhias e que serão levados à oferta de mercado, como ocorre na emissão de debêntures.[269]

Diante do sucesso do mecanismo nas práticas privadas, o *Roadshow* passou a ser utilizado pela Administração Pública[270] para debate de soluções delineadas para concessões e PPP com agentes econômicos do setor privado e que podem ser potenciais interessados em participar da licitação.

Por meio desse mecanismo, a Administração Pública pode debater, de forma individual ou em reunião setorial, para entender a opinião dos privados sobre o projeto pretendido, se há

---

269 Como exemplo, *roadshows* foram realizados para a emissão de debêntures por empresas como a Telefônica, em 2004, e a Vale do Rio Doce, em 2015. Ver mais em: <http://www.vale.com/PT/investors/Equity-debt/debentures-non-convertible/9EmissaoDebenturesNaoConversiveisDocs/150811%20-%20Roadshow%20Debentures%20vf.pdf> e <http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1385589184662&ssbinary=true>. Acesso em: 1º dez. 2016.

270 Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER destaca a utilização de *Roadshow* pela Secretaria do Desenvolvimento do Estado da Bahia para apresentação do projeto do metrô de Salvador. Ver mais em: *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 130.

algum desconforto na modelagem que impeça ou inviabilize a sua participação ou de outros concorrentes, ou, ainda, se o formato pode trazer impactos relevantes de preço ou para os usuários do serviço.

Como destaca Maurício Portugal RIBEIRO, o *Roadshow* se mostra relevante também para os possíveis interessados em participar da licitação, na medida em que a oportunidade permite o esclarecimento de dúvidas, o que pode ocorrer num ambiente exclusivo e sem a participação de concorrentes, sem tanta preocupação com dados e informações estratégicas ou sigilosas.[271]

Assim, funciona como uma boa forma de o setor público atrair potenciais interessados em participar da licitação no setor privado, para além de ser um procedimento mais amoldável à necessidade pública em questão.

Nesse sentido, Maís MORENO destaca o seguinte:

> Aliás, justamente por não ser regulado em lei, o administrador terá liberdade para modelar os formatos dos encontros conforme lhe parecer mais apropriado para travar um bom diálogo com os interessados (desde que, sempre, respeite os princípios e as normas gerais aplicáveis à atividade pública).[272]

E esse é um ponto importante. Embora seja um procedimento não regulado e, portanto, flexível, não pode ser utilizado em substituição àqueles formalmente estabelecidos legalmente para cada tipo de contratação pública, nem pode servir de palco para ilegalidades e favorecimentos.

Ou seja, deve-se sempre observar a transparência, a isonomia e a moralidade no procedimento seguido. Por essa razão, o art. 34

---

[271] RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 50.

[272] MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 167.

da Lei n. 9.784/1999 exige que haja a apresentação do modelo de participação adotado e o seu procedimento.[273]

Nessa linha, também, deve-se observar critério igualitário para a convocação dos potenciais interessados, bem como a divulgação prévia daquilo que se pretende debater, de modo a gerar eficiência da reunião a ser realizada.[274]

Assim como já destacado no item anterior, sobre as Audiências e as Consultas Públicas, o *Roadshow* se diferencia das *Manifestações de Interesse*, já que é utilizado para a apresentação de projetos já previamente desenvolvidos.[275]

3.4.1.3 Outros procedimentos: procedimentos inominados; o Decreto n. 52.062/2010 – Município de São Paulo/SP – e os Decretos n. 23.820/2013 e n. 24.075/2013 – Município de Salvador/BA; entre outros

Em adição aos procedimentos já abordados, outros são também adotados como formas de participação dos cidadãos em auxílio à tomada da decisão administrativa. Alguns deles são inominados, outros disformes e, em geral, constituem etapas de outros procedimentos, de escopo mais amplo, ou de formas específicas de contratação.

Várias legislações preveem exemplos de procedimentos de participação. Não pretendemos ser exaustivos em relação a esses procedimentos, mas apenas citar alguns exemplos mais ilustrativos e que, de alguma forma, mais se aproximam das *Manifestações de Interesse*.

Além disso, qualquer cidadão que deseje realizar estudo, projeto, relatório e ofertar à Administração Pública poderá sempre

---

[273] "Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado".

[274] Ver mais em MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 169.

[275] Nessa mesma linha, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER explica que "o *road show* distingue-se do Procedimento de *Manifestação de Interesse* por ser instituído em etapa posterior às definições básicas do projeto, ou seja, os particulares não manifestam os seus interesses previamente à confecção do projeto" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 131).

fazê-lo. Como resultado, alguns até resultam na celebração de parcerias futuras em prol da sociedade local.[276]

Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA destacam que o Código de Procedimentos Administrativos português estimula que a Administração Pública apoie e receba sugestões e informações de particulares, o que se aplicaria aos mais variados domínios de atuação pública, não envolvendo, por si só, a obtenção de qualquer vantagem em eventual futuro procedimento a ser criado.[277]

Nessa mesma linha, algumas legislações locais admitem a formatação de parceria para manutenção de parques, praças, jardins, canteiros, academias públicas, wi-fi em áreas de lazer, entre vários outros exemplos.[278]

Assim, interessante observar os exemplos que se seguem, aleatoriamente escolhidos nesta pesquisa, com vistas a ilustrar essas formas de procedimento de aproximação com o setor privado mais alternativas e usualmente aplicadas em projetos mais simplificados.

– Decreto n. 52.062/2010 do Município de São Paulo

O Decreto n. 52.062/2010 do Município de São Paulo regulamenta o art. 50 da Lei municipal n. 14.223/2006, o qual autoriza a celebração de termos de cooperação com a iniciativa privada com vistas à "execução e manutenção de melhorias urbanas, ambientais e paisagísticas, bem como à conservação de áreas municipais, atendido o interesse público" .[279]

---

[276] Projeto "Centro, diálogo aberto" que visou estimular o pertencimento da sociedade à cidade através da requalificação e reurbanização da região central da cidade de São Paulo. Mais em <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/comunicacao/noticias/?p=163878>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[277] Ver mais em TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*Unsolicited Proposals*) cit., p. 549.

[278] São Paulo (Decreto n. 55.045/2014) e Salvador (Decreto n. 27.255/2016) têm decretos que regulamentam a instalação de *parklets*, por exemplo.

[279] Esse é um resumo feito pela autora sobre o procedimento a ser seguido. Ver mais detalhes no Art. 50 e ss do instrumento normativo: "Art. 50. O Poder Executivo poderá celebrar termo de cooperação com a iniciativa privada visando à execução e manutenção de melhorias urbanas, ambientais e paisagísticas, bem como à conservação de áreas municipais, atendido o interesse público.

São exemplos de cooperação formalizados com base nesse Decreto o projeto de *bike sharing*, que visa a incentivar a mobilidade urbana e o uso de transportes sustentáveis, denominado Bike Sampa, formalizado em 2012;[280] e os projetos do Programa Adote uma Praça.[281]

Para tanto, o interessado em celebrar o termo de cooperação deve apresentar carta de intenção que conterá a indicação do bem público municipal objeto da proposta de cooperação.[282]

O Decreto estabelece o procedimento[283] a ser seguido nesses casos:

> I – o interessado apresenta carta de intenções[284] instruída com documentos típicos de qualificação e envelope lacrado contendo a proposta de manutenção e/ou a realização de obras ou serviços e o período de vigência que deverá ser de, no máximo, 3 anos. Essa proposta deve descrever as melhorias urbanas, paisagísticas e ambientais que se pretende implementar, por meio do termo de cooperação, e contemplar projetos, croquis, plantas e o que for necessário para melhor compreensão do projeto;

---

§ 1º O Poder Executivo estabelecerá critérios para determinar a proporção entre o valor financeiro dos serviços e obras contratadas e as dimensões da placa indicativa do termo de cooperação, bem como a forma de inserção dessas placas na paisagem.

§ 2º Os termos de cooperação terão prazo de validade de, no máximo, 3 (três) anos e deverão ser publicados na íntegra no Diário Oficial da Cidade, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data de sua assinatura, observadas as normas constantes desta lei e as disposições estabelecidas em decreto".

280 O projeto foi formalizado pelo Termo de Cooperação n. 002/Secretaria Municipal de Transportes 2012, e que tem como cooperantes, de um lado, a Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio da Secretaria Municipal de Transportes e, de outro, o Itaú Unibanco S/A, a Serttel Ltda. e a Samba Transportes Sustentáveis Ltda. O objeto da cooperação é a "implantação de um sistema sustentável de transporte de pequeno percurso, para deslocamento de pessoas, baseado em mecanismo de autoatendimento, para disponibilização de bicicletas", o qual englobava a instalação de 300 estações para retirada de bicicletas de uso compartilhado e a disponibilização de 3000 bicicletas para uso geral da população.

281 Detalhes em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/pinheiros/termo_de_cooperacao/index.php?p=30522>. Acesso em: 1º dez. 2016.

282 Art. 9º, *caput*.

283 Esse procedimento está detalhado no art. 10 do Decreto e complementado por outros artigos.

284 Art. 9º, §§ 1º e 2º.

II – os documentos apresentados são autuados e o envelope lacrado é certificado e rubricado, passando a compor o processo que é encaminhado para a unidade competente;

III – no prazo de 7 dias, deverá ser feita a publicação de comunicado com o nome do proponente e o objeto da cooperação, abrindo-se o prazo de 3 dias úteis para que outras pessoas possam manifestar seu interesse quanto ao mesmo objeto, o que deverá ser feito por meio da apresentação de carta de intenção, com documentos de qualificação e proposta lacrada em envelope. Essa publicação deve ser feita na Internet, Diário Oficial e ser afixada na sede do órgão ou ente público;

IV – findo o prazo estipulado, sem que tenha havido a manifestação de outros interessados, o envelope é aberto, seu conteúdo juntado ao processo e é feita a análise de viabilidade da proposta pelos técnicos do órgão ou entidade, que pode contar com o apoio de outros órgãos competentes;

IV.1 – findo o prazo estipulado, se houver mais de um interessado, são abertos os envelopes lacrados e deverá ser escolhida a proposta que melhor atenda ao interesse público. Em caso de empate, é realizado sorteio em sessão pública a ser designada;

V – [Fases da Decisão 1]: tendo sido a proposta aprovada, tanto o processo como a minuta do termo de cooperação são encaminhados para análise de uma Subcomissão criada por meio do mesmo Decreto;

VI – se confirmada a aprovação pela Subcomissão, o processo é encaminhado ao Prefeito do Município para sua autorização ou não [Decisão 2]. Em se obtendo essa autorização, o processo segue para assinatura do termo de cooperação pelo titular do órgão competente;

VII – depois de assinado o termo de cooperação, este deverá ser publicado integralmente e, após a

> publicação, a Subcomissão deverá ser informada para que possa fazer o acompanhamento do cumprimento do termo de cooperação.

Além disso, o Decreto traz disposições específicas para cooperações envolvendo bens tombados, detalhamento das placas de indicação da cooperação, entre outras especificidades. Prevê também a responsabilidade do cooperante em relação à realização dos serviços, bem como aos eventuais danos causados à Administração Pública municipal e a terceiros.[285]

Interessante observar que pode haver a rescisão do termo de cooperação por ato unilateral em razão do interesse público. E nesse, ou em outras situações de encerramento da cooperação, as melhorias realizadas no patrimônio municipal passarão a integrá-lo sem que haja qualquer direito de retenção ou indenização ao cooperante privado.[286]

O Decreto n. 52.062/2010 do Município de São Paulo inova em muitos sentidos o processo de tomada de decisão administrativa, por meio de um processo participativo. Vale iniciar destacando seu escopo bastante amplo de aplicação, o qual contempla "melhorias urbanas, ambientais, paisagística e conservação de áreas municipais", ou seja, permite o enquadramento de um grande espectro de objetos contratuais.

Posteriormente, permite que a ideia da cooperação surja de uma proposta da sociedade – seja pessoa física ou jurídica. Tal permissibilidade faz com que o procedimento previsto nesse Decreto em muito se assemelhe com uma MIP.

Além disso, são estabelecidos diversos procedimentos que objetivam garantir a concretização dos princípios da isonomia, transparência, maior vantajosidade ao interesse público, motivação da decisão administrativa.

Vale destacar a possibilidade do recebimento de múltiplas propostas de diferentes interessados. A depender da complexidade do objeto da proposta, essa possibilidade pode acabar onerando a

---

[285] Art. 18.

[286] Art. 20.

Administração Pública, que terá que analisar e depois decidir de forma fundamentada sobre sua escolha.

Outro ponto que também merece comentário é o prazo de 3 (três) dias úteis estabelecido na norma para que outros interessados possam manifestar seu interesse. A depender da complexidade que envolva no objeto da proposta original apresentada, o outro interessado não contará com tempo hábil para preparar proposta a ser inserida no envelope lacrado.[287]

Com isso, parece natural que o primeiro proponente terá vantagem competitiva em relação aos demais eventuais interessados. Como o processo só se desenrola a partir da apresentação da carta de intenção pelo primeiro proponente, em realidade, é ele próprio que determinará o momento adequado e conveniente do início do procedimento, o que se baseará, e muito, na maturidade de sua proposta.

Já os demais interessados terão apenas 3 (três) dias úteis para tomar conhecimento da solicitação de proposta publicada e preparar a documentação e proposta a apresentar junto com a carta de intenção. Nesse sentido, a isonomia pode ser prejudicada, bem como a escolha da melhor proposta para a Administração Pública.

No mais, vale destacar outra hipótese bastante possível e que merece nossa reflexão. A publicação do "comunicado", mencionado no inciso III do art. 10, e que objetiva "dar conhecimento público da carta de intenção", terá como "objeto da cooperação" a descrição feita pelo primeiro proponente, já que a Administração Pública não teve, ainda, acesso à proposta detalhada do projeto de cooperação pretendido.

---

[287] A redação do Decreto poderia gerar uma dúvida de interpretação, de saber se o envelope lacrado deve ser apresentado junto com a manifestação positiva de interesse, já que o inciso VII do art. 10 indica que, em havendo mais de um interessado, após a publicação da carta de intenção original e abertura de prazo para interessados, é que "deverá ser apresentada a mesma documentação especificada no artigo 9º deste decreto". Muito embora se entenda que o prazo de 3 dias úteis é insuficiente para apresentação de uma proposta consolidada e robusta, não nos parece ser essa a melhor interpretação. E isso porque o inciso III do mesmo artigo dispõe que, após a publicação, deve ser aberto o prazo de 3 dias úteis "para que outras pessoas possam manifestar seu interesse quanto ao mesmo objeto *E atender os requisitos do artigo 9º deste decreto*". Entre os requisitos do art. 9º está a apresentação da proposta em envelope lacrado, com todos os documentos e informações necessários para a identificação da proposta.

Com isso, a redação aposta na carta de intenções pode gerar dois efeitos principais: (i) a descrição dificultar a real captação do escopo do objeto da proposta pelos outros possíveis interessados, o que favorecerá o primeiro proponente; e, (ii) a descrição ser ampla o suficiente para comportar o oferecimento de propostas bastante diferentes umas das outras, o que dificultará a comparabilidade entre elas.

A partir disso, seria importante uma análise do objeto por parte da Administração Pública, previamente à publicação. Se necessário, defende-se, inclusive, a possibilidade de a Administração Pública fazer pedido de complementação ou esclarecimento de informações dadas pelo primeiro proponente. Claramente, não se deverá detalhar demasiadamente a informação fornecida, de modo a preservar a sigilosidade pretendida com a lacração do envelope.

Por fim, o Decreto prevê que a análise feita pela Administração Pública, durante o processo estabelecido no Decreto, deva observar os critérios previstos, além de outros em cada caso: (i) o valor dos investimentos referentes aos serviços e obras a serem promovidos pelo proponente; e, (ii) proposta de redução da área de exposição permitida nas mensagens indicativas da cooperação.

Note-se que, exceto pelo critério contido em (i), que envolve uma análise de proporcionalidade e de vantajosidade em relação aos investimentos que se pretende fazer naquela área/bem urbano, o outro critério em nada auxilia a tomada de decisão pela Administração Pública. Também não é estabelecido nenhum outro critério no Decreto, que não os princípios aplicáveis.

Adicionalmente, não é estabelecido prazo para a tomada de decisão administrativa, o que pode gerar insegurança jurídica em relação aos particulares proponentes que, bem ou mal, fazem investimentos inclusive para apresentar a proposta à Administração Pública.

– **Decretos n. 23.820/2013 e n. 24.075/2013 do Município de Salvador**

Os Decretos n. 23.820/2013 e n. 24.075/2013 buscam promover a participação dos munícipes e de entidades privadas para

a realização do "Programa Verde Perto"[288] e do "Programa de Adoção de Equipamentos Culturais e Turísticos", respectivamente.

Embora tenham objetivos diferentes – o primeiro é mais voltado à valorização da sustentabilidade, paisagem urbana, qualidade de vida, esporte e lazer, enquanto o outro está mais relacionado à promoção do convívio social e cultural, valorização do turismo e, como consequência, fomentação da economia local –, ambos os Decretos possuem procedimentos bastante semelhantes:[289]

> I – A Secretaria responsável publica edital de chamamento público no Diário Oficial do Município, por três vezes consecutivas, indicando os espaços ou equipamentos culturais e turísticos a serem adotados;
>
> II – O interessado em adotar um ou mais espaços ou equipamentos públicos, ou parte deles, apresenta sua proposta, junto com a documentação de qualificação exigida;
>
> III – A Comissão instituída em cada um dos Decretos tem a competência para analisar e aprovar ou não as propostas oferecidas [decisão];
>
> III.1 – Se houver mais de um candidato e não houver a possibilidade de adoção conjunta, será escolhido aquele interessado que, no prazo estabelecido apresente projeto que contemple mais vantagens ao objeto adotado.
>
> IV – Em sendo decidida a proposta, a Secretaria responsável e o(s) interessado(s) assinam o Termo de Adoção que traz mais detalhes sobre prazo, responsabilidades e custos assumidos.

As benfeitorias realizadas passam a integrar o patrimônio municipal, sem que haja direito de ressarcimento ao adotante. Além disso, pode ser inserida placa alusiva à cooperação com o Município.

---

288 Ver mais detalhes em: <http://www.verdeperto.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=9>. Acesso em: 20 nov. 2016.

289 O procedimento será tratado de forma conjunta, generalizando alguns itens semelhantes. Essa é uma síntese feita pela autora, para análise detalhada de cada um deles, sugere-se a leitura dos Decretos.

Serve como exemplo da utilização prática desses procedimentos a adoção da reforma do Teatro Gregório de Matos e de seu entorno, abrangendo a Ladeira da Barroquinha e a escadaria que dá acesso ao Teatro,[290] com base no Decreto n. 24.075/2013, e da Praça Jardim Alto do Itaigara (santuário), que foi adotada por uma pessoa física, com base no Decreto n. 23.820/2013.[291]

Os procedimentos estabelecidos pelo Município de Salvador são mais simplificados e se assemelham mais aos PMI, já que se desenvolvem a partir da publicação do edital de chamamento público.

Vale destacar que, antes mesmo da publicação do edital de chamamento público, há o processo de formação de uma decisão interna da administração que envolve: (i) a verificação da necessidade de melhoria ou manutenção do espaço ou equipamento público; (ii) a composição de uma lista de espaços e equipamentos na mesma situação; e, quase simultaneamente, (iii) a decisão de inserir aquele espaço ou equipamento público entre os objetos de um dos programas de parceria com entidades privadas.

Apesar de essa fase interna da Administração Pública não ser ostensiva ou se exteriorizar, e de a decisão final ser tipicamente discricionária, ela deve ser cumprida observando os preceitos legais e os princípios que regem o procedimento administrativo.

3.4.2 Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS)

A Lei n. 13.019/2014[292] instituiu uma nova forma de colaboração privada na atuação pública, por meio do oferecimento

---

290 Disponível em: <http://www.culturafgm.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=431&Itemid=1>. Acesso em: 20 nov. 2016.

291 Para ver a lista completa de projetos adotados, ver: <http://www.verdeperto.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=11>. Acesso em: 20 nov. 2016.

292 O art. 1º da Lei expõe seu âmbito de aplicação:

"Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação".

de propostas, ofertadas por organizações da sociedade civil (OSC), movimentos sociais e/ou cidadãos, que tenham finalidade de interesse público e recíproco para que, em mútua cooperação, possam ser objeto de celebração de parceria. São os Procedimentos de *Manifestação de Interesse* Social (doravante PMIS).

Embora seja um procedimento de *Manifestação de Interesse*, o PMIS possui um procedimento específico previsto na Lei n. 13.019/2014 e, em âmbito federal, regulamentado pelo Decreto n. 8.726/2016.

Em suma, os textos normativos estabelecem que o interessado apresenta sua proposta, a qual deve preencher alguns requisitos formais, inclusive identificando o "diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver". Se preenchidos os requisitos, a proposta deve ganhar publicidade no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública.[293]

Caso o órgão ou entidade pública entenda que a proposta é conveniente e oportuna (decisão 1), instaurará o PMIS, com vistas a ouvir a sociedade sobre o tema. Após a oitiva da sociedade, se a Administração Pública entender viável a celebração de parceria (decisão 2), deverá realizar chamamento público para seleção do parceiro que irá executar o projeto objeto da proposta original.

Vale destacar que, de acordo com o art. 21, § 2º, aquele que ofertou a proposta do PMIS poderá participar do chamamento público subsequente.

Interessante observar que o art. 77 do Decreto n. 8.726/2016 prevê as etapas mínimas necessárias para a "avaliação da proposta de instauração de PMIS".[294] Trata-se de verdadeiro procedimento, com destaque para as decisões inseridas no bojo. No caso da "decisão 1",

---

[293] Entende-se que aqui também se aplicam as considerações já feitas no Capítulo 3 sobre eventuais necessidades de sigilo em relação à proposta apresentada, ao menos em relação ao seu detalhamento.

[294] "Art. 77. A avaliação da proposta de instauração de PMIS observará, no mínimo, as seguintes etapas:

I – análise de admissibilidade da proposta, com base nos requisitos previstos no art. 76;

II – decisão sobre a instauração ou não do PMIS, após verificada a conveniência e a oportunidade pelo órgão ou pela entidade da administração pública federal responsável;

III – se instaurado o PMIS, oitiva da sociedade sobre o tema; e

é expressamente previsto que devem ser observados os parâmetros de "conveniência e oportunidade", e para a "decisão 2", não há especificação de diretrizes expressas, sendo, também, uma decisão administrativa discricionária.

3.4.3 A estruturação de projetos na Medida Provisória n. 727/2016, convertida na Lei n. 13.334/2016 – Procedimento Preliminar e o Procedimento de Autorização de Estudos

Em meio a um cenário político e econômico bastante turbulento e recheado de incertezas, a MP n. 727/2016 foi uma das primeiras medidas adotadas pelo Governo Interino do Vice-Presidente Michel Temer, quando assumiu a Presidência, após o afastamento temporário da Presidente Dilma Rousseff, em março de 2016.

Recentemente, essa MP foi convertida na Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, e sofreu algumas alterações durante esse processo de conversão em lei.[295] Embora a MP já tenha sido convertida em lei, será feita abordagem separada entre a MP n. 727/2016 e a Lei n. 13.334/2016, de modo a perpassar essas alterações que se julgam importantes para o debate das *Manifestações de Interesse*.

A MP n. 727/2016 criou o Programa de Parcerias de Investimento (PPI), objetivando a "ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada"[296] por meio de contratos de parceria para a realização de empreendimentos públicos de

---

IV – manifestação do órgão ou da entidade da administração pública federal responsável sobre a realização ou não do chamamento público proposto no PMIS.

§ 1º A partir do recebimento da proposta de abertura do PMIS, apresentada de acordo com o art. 76, a administração pública federal terá o prazo de até seis meses para cumprir as etapas previstas no *caput*.

§ 2º As propostas de instauração de PMIS serão divulgadas no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade da administração pública federal responsável e em portal eletrônico único com esta finalidade".

[295] Por fidelidade à delimitação temática desta tese, serão abordados apenas alguns aspectos da MP n. 727/2016 e da Lei n. 13.334/2016, ou seja, aqueles que estão relacionados ao seu objeto.

[296] Art. 1º da MP n. 727/2016 e também conforme Exposição de Motivos, datada de 12/03/2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-727-16.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

infraestrutura e medidas de desestatização (conforme a já mencionada Lei n. 9.491/1997).

A tentativa era a de acalmar os investidores, a de obter uma rápida recuperação à economia, praticamente colapsada, e a de gerar empregos.[297] Em paralelo, compensar as deficiências de infraestrutura do país, bem como retomar projetos e investimentos paralisados.[298]

Assim, a MP n. 727/2016 estabeleceu como objetivos do PPI: (i) ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial; (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública; (iii) promover a ampla e justa competição na prestação dos serviços; (iv) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica; e, (v) fortalecer o papel do Estado regulador e reforçar a autonomia das entidades estatais de regulação. Tais objetivos foram, de modo geral, mantidos na Conversão da MP em Lei.

Vê-se que o Poder Executivo consolidou e incorporou o produto das transformações pelas quais o agir público vem passando, ou seja, por meio de uma atuação mais próxima da iniciativa privada e pelo fortalecimento do papel regulador do Estado.

Nesse contexto, a MP n. 727/2016 estabeleceu procedimentos para a estruturação de projetos integrantes do PPI e que são instrumentalizados por meio de *contrato de parceria*.[299]

---

297 A Exposição de Motivos feita pelo então Vice-Presidente Michel Temer expunha esse cenário: "O Brasil está passando por uma das piores crises econômicas de sua história. O desemprego vem crescendo rapidamente e, de acordo com o IBGE, já são 10,4 milhões de brasileiros desempregados. O cenário é ainda mais preocupante quando se considera que além do aumento do desemprego e da sua perda de renda, a sociedade sofre com uma inflação em patamar elevado, reduzindo de forma considerável o poder de compra da população.

Para sair desse ciclo vicioso, o Brasil precisa, em caráter de urgência implementar as medidas que estimulem o crescimento da economia e a geração de empregos. Neste contexto o investimento em infraestrutura mostra-se fundamental para a retomada do crescimento da economia". Exposição de Motivos, datada de 12/03/2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-727-16.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

298 Há uma falha de infraestrutura no país, parte da qual pretendia se sanar por meio do Programa de Acelaração de Crescimento (PAC). No entanto, com o atraso na entrega de obras e perda de bilhões de reais (disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,atraso-em-seis-obras-do-pac-provoca-perda-de-r-28-bilhoes,185889>. Acesso em: 1º dez. 2016) e a continuidade do gargalo em infraestrutura, a MP se justifica como uma das primeiras medidas tomadas após a posse do Presidente Michel Temer.

299 O art. 1º, § 2º, da MP n. 727/2016 define contrato de parceria, conceito que foi replicado em artigo de mesma numeração na Lei n. 13.334/2016: "Art. 1º (...) § 2º Para os fins desta

Antes de adentrar nas disposições específicas sobre a estruturação de projetos previstas na MP n. 727/2016, é importante observar que as modalidades contratuais definidas como *contratos de parceria* pela MP n. 727/2016, e depois incorporadas à Lei n. 13.334/2016, são as mesmas objeto do Decreto n. 8.428/2015. Foram acrescentadas, apenas, ao conceito da MP n. 727/2016 as concessões regidas por legislação setorial e a previsão genérica de "outros negócios público-privados".

Essa observação deve ser tida como pressuposto para a análise que se segue. A MP n. 727/2016 estabeleceu dois tipos de procedimento para a estruturação de projetos: (a) procedimento preliminar; e, (b) Procedimento de Autorização de Estudos – PAE. A MP previu, ainda, a possibilidade de celebração direta com o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias (FAEP), a ser constituído pelo BNDES, de contrato de estruturação integrada.[300]

O (a) procedimento preliminar objetivava definir características básicas dos empreendimentos e poderia ser desenvolvido a partir de proposta oferecida por qualquer interessado, independentemente de autorização. Com isso, era vedada a realização de ressarcimento de dispêndios, conforme previsto no art. 21 da Lei n. 8.987/1995.[301]

Já o (b) Procedimento de Autorização de Estudos – PAE seria aquele destinado a obter estudos de estruturação integrada ou estudos em matérias específicas, no regime previsto no art. 21 da Lei n. 8.987/1995, conforme dispõe o art. 14.

Nesse caso, o particular deveria obter autorização para realização do estudo e, também, renunciar à possibilidade de atuação na licitação do empreendimento, direta ou indiretamente.

---

lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante".

[300] Esse modelo está regulado pelo art. 14, II c/c arts. 16 e 17. Essa modalidade deixará de ser abordada por não se conectar com o objeto desta pesquisa, já que é a estruturação realizada por um Fundo específico, criado por um Banco de Desenvolvimento que pertence às estruturas governamentais.

[301] Art. 13 da MP n. 727/2016.

Teria sido essa uma tentativa de revogação tácita da norma do art. 31 da Lei n. 9.074/1995, a qual permite que o proponente de estudos em concessões possa participar da licitação subsequente? Embora não se possa ter uma conclusão clara sobre esse ponto, até pelo fato de essas disposições não terem sido incorporadas pela Lei n. 13.334/2016, elas divergiam em muitos aspectos. E é nesse sentido que se considera acertada a medida de não incorporação à Lei n. 13.334/2016.

Diferentemente do que acontece no procedimento preliminar, no PAE poderia haver o ressarcimento das despesas ao proponente do estudo, englobando, inclusive, recompensas pelos riscos assumidos e pelo resultado do estudo.

Sem ainda adentrar naquilo que restou das disposições sobre a estruturação de projetos na Lei n. 13.334/2016, observa-se que o Poder Executivo, por meio de uma medida de urgência, legislou sobre o mesmo objeto do Decreto n. 8.428/2015, de maneira diversa e colocando em cheque todo o procedimento previsto nesse Decreto.

De maneira acertada, a maioria dos dispositivos sobre a estruturação de projeto foi rejeitada no processo de conversão da medida de urgência em lei. A Lei n. 13.334/2016 estabeleceu que a estruturação de projetos que integrem ou venham a integrar o PPI, sem prejuízo de outros mecanismos previstos na legislação, pode: (a) utilizar a estrutura interna da própria administração pública; (b) contratar serviço de consultores especializados; (c) abrir chamamento público; (d) receber sugestões de projetos; e, (e) celebrar com o FAEP contrato de prestação de serviços técnicos.[302]

Primeiro, deve-se destacar a deferência legal a "outros mecanismos previstos na legislação". Depois, a Lei tentou organizar as possíveis formas de estruturação do projeto e previu, ainda, a abertura ao recebimento de ideias, sendo que estas não podem ser objeto de ressarcimento, e a possibilidade de abertura de chamamento público para solicitação de proposta, o que se alinha ao quanto previsto no Decreto n. 8.428/2015.[303]

---

[302] Ver art. 12 da Lei n. 13.334/2016.

[303] Ver art. 4º do Decreto n. 8.428/2015.

Tanto a MP n. 727/2016 quanto a Lei n. 13.334/2016 não estabeleceram os critérios para a decisão sobre as propostas apresentadas, ficando a cargo do agente público competente se utilizar dos princípios e regras existentes nas leis de procedimentos vigentes.

Por ora, ainda é cedo para antecipar como serão conduzidos os processos de estruturação de concessões e PPP e como ocorrerá a convivência dos regimes previstos nas legislações de agora em diante.

3.5 Necessidade e conveniência de ampliação das *Manifestações de Interesse* para outras formas de contratação

Pelo percurso normativo que foi feito até aqui nesta pesquisa, é possível constatar uma ampliação crescente do escopo de aplicação dos mecanismos consensuais, como forma de estruturação ou de consolidação e legitimação de projetos de interesse público.

Note-se que, quando se fala em "projetos", está-se objetivando abranger aqueles aplicáveis às mais variadas formas de atuação pública, da mais simples à mais complexa. Passa-se, assim, por projetos de obras de infraestrutura de longuíssimo prazo e de custos elevados, serviços, por projetos de cunho social e, até mesmo, pela adoção de um bem público, como uma praça, por exemplo.

Os exemplos normativos ora mencionados demonstram essa paulatina disposição administrativa em realizar esses procedimentos. Essa evolução tende a render bons frutos nas relações de parceria estabelecidas entre os setores público e privado.

É claro que os ritos procedimentais a serem utilizados não podem ser os mesmos para todas as situações de possível aplicação das *Manifestações de Interesse*. O procedimento a ser adotado deve ser sempre proporcional e adequado à finalidade pretendida, de modo a não onerar desnecessariamente a Administração Pública ou, ao contrário, deixar de captar os benefícios e as contribuições necessárias.

Ou seja, não se pode pretender aplicar o mesmo rito e diligência de PMI estabelecido pelo Decreto Federal n. 8.428/2015, destinado nomeadamente para grandes projetos de infraestrutura, para a adoção de um canteiro público.

Da mesma forma, em sentido inverso, não se pode desejar utilizar o rito estabelecido no Decreto do Programa Verde Perto da Prefeitura de Salvador para a estruturação de uma PPP de saneamento básico, cuja complexidade exige etapas mais minuciosas de análise e debate do projeto em estruturação.

Por outro lado, o agente público deverá decidir em quais situações faz sentido ter a participação social na estruturação do projeto, o que significa realizar uma análise de conveniência e oportunidade.

E isso porque, nos casos em que a obra ou serviço pretendido for objeto de contratação regular da Administração Pública ou, ainda, que já haja na sua estrutura interna um *know-how* específico para aquela modelagem, seria ineficiente instaurar um procedimento para receber contribuições privadas.

Nos casos de objeto mais simplificado, a abertura à participação se configura como um mecanismo de atração de possíveis parceiros e não necessariamente uma tentativa de obtenção de projetos técnicos. É o que acontece, por exemplo, nos chamamentos públicos de propostas de reforma ou manutenção de praça e prédios públicos.

É provável que haja na estrutura interna da Administração Pública *capacity* para o delineamento daquela obra ou serviço. Contudo, a Administração Pública pretende realizá-la com investimentos privados, de modo a não despender recursos públicos para aquela benfeitoria.

Dessa forma, convoca os particulares a apresentarem proposta técnica e financeira para a sua realização, estabelecendo apenas critérios gerais a serem atendidos.

Nesse sentido, apesar do custo de execução do procedimento para análise de proposta e seleção do privado a ser autorizado para realização da obra ou serviço, a desoneração do investimento pode compensar o investimento inicialmente feito.

A partir disso, vê-se com bons olhos a ampliação da aplicabilidade das *Manifestações de Interesse*, desde que a sua utilização decorra de uma análise consciente das alternativas existentes e da conclusão motivada de que o procedimento poderá trazer vantajosidade aos interesses públicos envolvidos.

4 O PARADIGMA DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

(4.1) O enfoque mais amplo na experiência internacional; (4.2) Modos de seleção e de reembolso; (4.3) Legislação americana analisada;

Antes de enfrentar o necessário diagnóstico em relação às *Manifestações de Interesse* no Brasil, o qual irá funcionar como causa para o estudo a que se propõe esta pesquisa, é importante observar a experiência internacional, como forma de reflexão sobre modelos que são aplicáveis no exterior.

Muitos desses modelos servem de inspiração ao legislador brasileiro e às análises da doutrina, que não ficam alheios ao que ocorre em outros países.

Não se pretende aqui aprofundar um estudo comparado sobre o tema, já que escaparia ao escopo da pesquisa e a comparação acabaria por ser falha, tendo em vista a necessária imersão nos ordenamentos jurídico-administrativos dos países mencionados. Tal aprofundamento, inevitavelmente, levaria a um desvio de foco da discussão que se propõe.

Passa-se, então, a avaliar a análise da doutrina sobre procedimentos assemelhados em outros países, bem como relatórios e normas da União Europeia, estudos de organismos internacionais, notícias, entre outras fontes. Avaliaram-se, ainda, algumas legislações estaduais americanas, além da federal, obtidas nas bases legislativas disponibilizadas no *Lexis Nexis Academic*,[304] tendo sido feito um corte metodológico em relação aos Estados analisados:[305] 1) Califórnia/CA;

---

[304] A análise foi feita a partir do acesso disponibilizado pela Faculdade de Direito da Universidade da Pennsylvania (*Penn Law*), com apoio do corpo técnico da *Biddle Law Library*, em especial o Sr. J. William Draper, pelo que, desde já, deixamos o nosso sincero agradecimento. O acesso à base *Lexis Nexis Academic* foi realizado entre maio e julho de 2016.

[305] Dada a inviabilidade temporal e de escopo, foi realizado um corte metodológico para a escolha dos Estados americanos a serem avaliados. Por uma questão de padronização em

2) Flórida/FL; 3) Nova York/NY; 4) Pensilvânia/PA; 5) Illinois/IL e 6) Texas/TX.

Como mencionado nos Elementos Introdutórios, nos limitamos a avaliar os seguintes documentos na base de pesquisa: *Statutory Code*, *Administrative Code* e as Constituições, por serem aqueles que contemplariam normas dessa natureza. Foram, também, estabelecidos termos de pesquisa, de modo a delimitar os resultados obtidos.[306]

4.1 O enfoque mais amplo na experiência internacional

Ao analisar a experiência internacional, acerca das relações mantidas entre entidades públicas e privadas, antes da licitação, e das contribuições ofertadas por estas últimas na definição do bem, serviço ou atividade de interesse público, vê-se a existência de modelos variados e outros que se estendem até o momento da licitação.

---

relação ao critério utilizado para escolha dos Municípios brasileiros avaliados nesta pesquisa, analisou-se o *ranking* dos Estados com maior Produto Interno Bruto dos Estados Unidos (*Gross Domestic Product*), em 2015, a partir do link a seguir, e chegou-se aos seguintes Estados: 1) Califórnia/CA; 2) Flórida/FL; 3) New York/NY; 4) Pennsylvania/PA; 5) Illinois/IL e 6) Texas/TX. Link Gross Domestic Product (GDP – 2015): <http://www.bea.gov/iTable/drilldown.cfm?reqid=70&stepnum=11&AreaTypeKeyGdp=5&GeoFipsGdp=XX&ClassKeyGdp=NAICS&ComponentKey=200&IndustryKey=1&YearGdp=2015Q2&YearGdpBegin=-1&YearGdpEnd=-1&UnitOfMeasureKeyGdp=Levels&RankKeyGdp=1&Drill=1&nRange=5>.

306 Nos meses de maio, junho e julho de 2016, foram utilizados como termos de pesquisa: *Unsolicited Proposal*; *Solicited Proposal*; *Request for Proposal*; *RFP*; *Public Contract AND Decision making*; *Public Procurement*. Para tanto, utilizou-se das ferramentas "AND", "W/S" e "separated" para garantir a completude da análise. Complementou-se a pesquisa com a aplicação dos mesmos termos no Portal de Pesquisa Google. Eliminou-se da base aquelas legislações que, embora contemplassem os termos acima pesquisados, tratavam de procedimentos diversos. Cite-se como exemplo o Cal Health & Saf Code § 25395.41 (2016), da Califórnia, que estabelece um procedimento de *Request for Proposal* como mais assemelhado ao credenciamento, modalidade não regulada legalmente no Brasil, mas utilizada para cadastrar mais de um possível prestador de serviço, quando se trata de bem ou serviço não exclusivo – é um exemplo o credenciamento de Instituições Financeiras que ofertam crédito consignado aos servidores públicos daquele ente específico ou das instituições que receberão o pagamento dos tributos e preços públicos cobrados. É o exemplo do art. 11 do Decreto n. 60.435/2014 do Estado de São Paulo: "O pedido de credenciamento como consignatária deverá ser feito por meio de requerimento dirigido ao Secretário da Fazenda, instruído com a documentação que comprove o atendimento das condições, exigências e requisitos previstos neste decreto".

Essas contribuições privadas à seleção e contratação pública são denominadas de várias formas – *Request for Proposals*; *Unsolicited Proposals*; *Solicited Proposals*; *Diálogo Concorrencial*; *Ajuste Directo*,[307] entre outros – e possuem escopo e características diferentes entre si, mas que possuem em comum o estímulo, cada vez maior, da participação dos privados na atuação pública.

Alguns modelos possuem natureza mais informal do que a adotada no Brasil e se aplicam a mais tipos contratuais, por vezes se assemelhando a uma consulta pública, ou a um credenciamento, ou mesmo à modalidade convite.

Na literatura estrangeira, há destaque para as vantagens de economicidade e celeridade que esses mecanismos podem acarretar para a licitação; já que permitem averiguar, informalmente, o possível interesse dos operadores daquele bem ou serviço no mercado; estimular e atrair inovações à Administração Pública em sua atuação; obter bens ou serviços mais adaptados às necessidades da sociedade e que gozem de sua aprovação.[308]

O *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*, da União Europeia, aborda o fato de algumas PPP terem sido realizadas a partir da iniciativa privada e que alguns Estados-Membros estariam adotando essa prática.

Nesse sentido, a Comissão da Comunidade Europeia destaca as vantagens supramencionadas, ressalta que a iniciativa em si em nada altera os procedimentos de concurso (licitação), bem como o enquadramento contratual. Contudo, destaca a necessidade de se garantir o amplo acesso aos operadores europeus, a publicidade adequada dos atos e a imparcialidade na seleção.

---

[307] Redação na forma adotada no português de Portugal.

[308] Esses pontos constam também do *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. COM(2004) 327. Bruxelas, 30/04/2004. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=PT>. Acesso em: 14 nov. 2016, p. 14. Ver mais em VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 194.

Um bom exemplo é o do regime jurídico aplicável à aprovação de licenças e aos contratos de concessão de uso privativo de terrenos de domínio hídrico, de acordo com o disposto na Lei de Água (Lei n. 58/2005), cuja concentração pode resultar de pedido apresentado pelo particular junto à autoridade competente.[309]

Desta forma, passamos, então, a destacar os pontos mais importantes elencados pela doutrina que se dedicou a observar os mecanismos das *Manifestações de Interesse* ao redor do mundo, com especial enfoque nas *unsolicited proposals*.

– Estimulo à competitividade e à transparência

A literatura estrangeira demonstra grande preocupação a respeito da garantia aos princípios da transparência e da ampla competitividade nos procedimentos.[310]

O governo pode criar métodos e inovações para deixar o projeto mais atrativo e, assim, aproximar outros potenciais ofertantes, contudo não pode descuidar da integridade do procedimento. E isso porque a falta de medidas como essas, bem como a falta de transparência, de isonomia e de competitividade, pode desestimular os potenciais interessados. Por exemplo, premiar o autor de uma MIP sem um processo competitivo põe em dúvida a legitimidade do projeto.

A observância desses princípios contribui para a diminuição dos riscos de corrupção.[311]

---

[309] Esse procedimento mais se assemelha aos tipos de procedimentos alternativos de seleção pública do que da *Manifestação de Interesse*. Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA detalham o procedimento do Decreto n. 226-A/2007 (Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 541 e ss.).

[310] Nesse sentido, John T. HODGES e Georgina DELLACHA destacam a importância da observância desses princípios: "These two features, a lack of competition and a lack of transparency, are characteristic of many unsolicited proposals. Figure 1.1 illustrates the possible origins of projects as well as the benefits generally associated with government-initiated projects and competitive tenders.

Private proponents often propose projects with the specific objective of avoiding a competitive process to determine the project developer. If successful in obtaining exclusivity for a particular project, the private proponent then usually directly negotiates the project details with the government behind closed doors, with, of course, as favorable terms as possible" (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 1).

[311] "Even with only one bidder, staging a tender process may still provide benefits. Awarding projects to unsolicited proponents without competitive bidding often creates public doubts of

Outro ponto positivo da licitação competitiva é a possibilidade de o governo ter um plano alternativo, caso o proponente original não consiga atingir as metas financeiras previstas, não conclua o projeto ou viole os termos acordados.[312]

– *Eficiência*

Assim como no Brasil, há, também, preocupação em relação à eficiência dos procedimentos. E, nesse sentido, deve abranger objetivos do governo, aliados a parâmetros ambientais, de engenharia, financeiros, jurídicos, além de estabelecer as condições para as propostas que serão apresentadas. E isso porque um procedimento manejado de forma descuidada, sem considerar todos os riscos envolvidos, pode perder, no futuro, o custo-benefício que teve no presente.

Dessa forma, um processo competitivo bem conduzido, o que pode requerer um tempo adicional de elaboração, acarreta ganhos de eficiência, na medida em que projetos futuros irão ser tratados naquela sistematização, com mais rapidez e eficiência, além de reduzir a ocorrência de dúvida e de insegurança dos participantes.[313]

Outro viés importante para a eficiência, destacado pelos autores internacionais, é a clareza do procedimento, especialmente no caso de MIP. Isso significa o quanto o governo deixa claro para os particulares onde apresentar as propostas, quais as informações

---

the project's legitimacy because corruption can be concealed more easily when the awarding process is not sufficiently transparent. In some cases, corruption might not even exist, but the lack of transparency will render projects vulnerable to accusations by political opponents. An open tender, even with only the original proponent, might at least evidence a government's commitment to transparency and process, as well as demonstrate that there was only one interested bidder, which otherwise might only have been speculation" (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 2).

312 Ver mais em HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 3-4.

313 John T. HODGES e Georgina DELLACHA destacam: "Additionally, while it is true that initial design and implementation of a well-organized competitive bidding process may require some time to develop, the experiences of several countries have shown that once the process is systematized, future projects may be moved through the system more quickly and with more efficiency. Perspective bidders will also understand the systems better after they have gone through them" (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 4).

exigidas e quais as fases e prazos para a tomada de decisões, ou seja, todo o governo que decide receber MIP deverá ter uma boa política (*policy/guidelines*) estruturada.[314]

Deve ser destacado, também, que a mútua colaboração entre as unidades administrativas dos órgãos e entidades da Administração Pública contribui para a eficiência do procedimento, na medida em que se pode compartilhar *expertise*, além de representar maior capacidade estrutural. A falta de comunicação entre as agências/ministérios competentes sobre o mesmo projeto dificulta a atuação dos proponentes. Assim, há algumas sugestões no sentido da criação de uma autoridade específica, que racionalize a implementação de programas de parcerias com o setor privado.[315]

– *Tempo*

Os procedimentos internacionais enfrentam o desafio do tempo para o cumprimento das fases, assim como na experiência brasileira. São, também, mecanismos demorados e que, em alguns países, podem levar até 35 meses (ex.: Chile – tabela[316]), sendo a variação, entre os países avaliados por John T. HODGES e Georgina DELLACHA, de 6,5 a 35 meses, sem contar aqueles casos em que os prazos são expressamente indeterminados.

A crítica que se faz é que o quesito tempo favorece o proponente original, na medida em que despendeu tempo considerável preparando o projeto. Assim, os autores sugerem a adoção de prazos procedimentais maiores, especialmente para a construção de proposta, que permitam a

---

314 Ver mais em HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 5.

315 "In most countries, the planning and coordination of major infrastructure projects (such as energy or transportation) fall within the competence of different government agencies and ministries. Local and state governments will also be involved if the project falls within their jurisdiction. This can be a heavy burden for proponents of unsolicited proposals if coordination and communication are lacking between the relevant government entities" (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 14).

316 Ver mais na Tabela (Table 3.4: *Time Allocation Considerations*) inserida no estudo de HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 13.

realização de *due dilligence*, a obtenção de financiadores[317] e a redução da assimetria informacional como proponente original.

O outro efeito dos prazos curtos, e que é observado nos casos concretos, é a elaboração de projetos com baixa qualidade, sem que haja um desenvolvimento a fundo de todos os aspectos necessários. Nesses casos, o Governo acaba tendo que solicitar informações adicionais e, por consequência, conceder mais prazo para a resposta do proponente privado. Com isso, o procedimento pode se estender por anos.

– *Risco de captura do interesse p*úblico

Interessante observar que alguns países tentam combater o risco de captura do interesse público com a aceitação exclusiva de MIP que representem alguma inovação. Adicionalmente, vedam a aceitação de MIP que tratem de objetos que estejam elencados no plano estratégico de investimento de infraestrutura ou em listas criadas com essa finalidade.[318] Os autores destacam os exemplos do Chile, Costa Rica e Itália.[319]

Cumpre ponderar que a exigência da apresentação de propostas que englobem objetos não listados no plano de prioridade do governo é bastante interessante, na medida em que evita o desperdício de tempo da Administração Pública em analisar proposta sobre algo que já se sabe como realizar. Ao mesmo tempo, impede a inovação de contratos usuais da Administração Publica.

Por outro lado, a aceitação exclusiva de projetos de inovação, embora seja interessante, não tem o condão de evitar o risco de captura por si só. Ao contrário, dada a inexperiência daquele órgão ou

---

317 Ver mais em: HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 13.

318 John T. HODGES e Georgina DELLACHA ilustram essa prática nas Filipinas: "Implementing Rules and Regulations (IRR), which stipulate that unsolicited proposals should involve a new concept or technology; not be part of the agency or local government unit's (LGU) list of priority projects, as consolidated under the medium-term public investment program for national government agencies" (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 29).

319 HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 14.

entidade pública na lida com determinado objeto contratual, o risco de captura pode se incrementar à medida que houver um protecionismo de informação pela entidade privada proponente.

– Procedimento adotado

O procedimento formal adotado pelos países é, em geral, padrão. Em linhas gerais, a primeira fase é a de apresentação do projeto e busca da avaliação e aprovações internas, e a segunda é o procedimento competitivo. O que mais varia é o tipo de benefício concedido ao primeiro proponente,[320] conforme abordado neste capítulo 4. Veja-se, em suma, o que se destaca nessas fases procedimentais:[321]

- PRIMEIRA FASE

Passo 1: O proponente privado, primeiramente, envia uma descrição preliminar do projeto para a agência/ministério adequado. Essa descrição preliminar pode ter conceitos mais gerais[322] ou informações mais detalhadas.[323]

Passo 2: Depois de um período de avaliação estipulado, a agência/ministério emite uma decisão preliminar sobre a adequação ou não do projeto ao interesse público e aos planos governamentais. Durante o referido período, a agência/ministério pode solicitar também estudos jurídicos, financeiros e ambientais adicionais, às custas do proponente.

Passo 3: Se a descrição preliminar do projeto for aceita, o proponente geralmente recebe uma autorização formal e finaliza a proposta. Neste momento, a agência designada já deve possuir informações sobre (a) informações técnicas e de habilitação da empresa, além de sua capacidade de construir e operar o projeto; (b) um estudo de viabilidade técnica; (c) estimativa do custo total do projeto e plano de financiamento; (d) um plano de receitas e despesas para a operação; (e) a justificativa da necessidade do projeto; e, (f) estudos sobre o impacto social e ambiental.

---

320 Idem, p. 5.

321 Idem, p. 5 e ss.

322 Os exemplos citados são Argentina, Chile e Costa Rica.

323 Servem de ilustração a Coreia e a África do Sul.

Além disso, o cálculo de estimativa de reembolso futuro da proposta, nos países que adotam esse formato de recompensa,[324] é geralmente realizado nesta fase.

Passo 4: A proposta detalhada é, então, revisada e submetida a negociações entre o proponente e a agência/ministério para solidificar as características do projeto. Pode haver a necessidade de aprovação adicional por outra agência governamental.

No final do período estipulado, há uma decisão final acerca da aprovação ou rejeição do projeto. Alguns países admitem que o projeto rejeitado pode ser reapresentado com modificações ou, mesmo rejeitado, a Administração Pública pode utilizá-lo para servir de objeto de licitação após um período determinado, como ocorre, por exemplo, no Chile e na Argentina.

Esse procedimento diverge muito do adotado no Brasil. No caso de rejeição do projeto, este deve ser devolvido para o proponente. Por outro lado, entende-se que, caso a Administração Pública decida não licitar o projeto, mas queira utilizá-lo no futuro, isso é possível, desde que haja o justo ressarcimento à entidade privada proponente.

- SEGUNDA FASE: é neste momento que ocorrem a licitação e o reembolso nos países em que se admite esse tipo de recompensa. É interessante mencionar que John T. HODGES e Georgina DELLACHA observam que a existência de reembolso nem sempre estimula a participação privada. Em alguns casos, em que há vedação de reembolso, a participação foi até maior. É o que destacam os autores:

> Surprisingly, some countries that offer reimbursement costs—such as Argentina, Chile, Italy, and South Africa—have not approved many unsolicited projects. Korea, Taiwan, and the Philippines, which do not offer reimbursement, have approved substantially more projects and have a higher percentage of unsolicited projects. Therefore, the reimbursement of development

[324] Ver mais no subcapítulo sobre modos de seleção e reembolso deste capítulo.

> costs has not necessarily attracted more unsolicited projects in these countries.[325]

Apesar disso, entende-se que o reembolso é importante e legítimo para ressarcir os custos que o interessado privado incorreu para o desenvolvimento daquele projeto.[326] Além disso, incentiva a ampliação da concorrência (ou, pelo menos, tende a incentivar), tanto de empresas grandes como com menor representatividade, e inovação nas propostas oferecidas pelas entidades privadas.

– Análise preliminar

Analisando exemplos dos estados australianos, John T. HODGES e Georgina DELLACHA ressaltam a importância de um sistema de avaliação preliminar bem feito, de modo a identificar as propostas que possuem baixas chances de serem bem-sucedidas antes que haja mais dispêndio de recursos de maneira desnecessária,[327] como no caso de New South Wales.

No Estado de Queensland, na Austrália, há a determinação de que a proposta deva primeiro ser avaliada em relação ao plano estratégico de governo e ao plano de infraestrutura do Estado.[328] Já no Canadá, em British Columbia, inicialmente é feito um estudo de pré-viabilidade da proposta, a qual é também submetida à análise das demais agências/ministérios para verificar se contam com a concordância destes.[329]

– Autorização única ou negociações diretas

---

325 HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 12.

326 Ver Capítulo 5.

327 Os autores observam: "Early consultation is encouraged so that proposals with little chance of success are identified and eliminated before excessive private and public sector resources are committed to project development" (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 18. Ver também: <https://www.treasury.qld.gov.au/publications-resources/project-assessment-framework/mlp-brochure-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016).

328 Ver mais em: HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 19.

329 Idem, p. 20.

Os autores discutem também a outorga de autorização única para a realização dos estudos. Apenas algumas circunstâncias especiais justificariam a exclusividade de fonte em alguns projetos, porém essa decisão, bem como a de negociação direta com um dos proponentes, deve ser discricionária da Administração Pública.[330]

Entretanto, nas experiências avaliadas por John T. HODGES e Georgina DELLACHA, os autores verificaram que negociações diretas acabaram por comprometer o tempo do projeto mais do que era esperado: "Under special conditions, governments justify some directly negotiated unsolicited proposals as fulfilling urgent requirements. However, the experiences of several countries have shown that sole-source negotiations usually take much more time than originally expected and often end up delaying the project by several years" .[331]

Em relação à outorga única de autorização, entende-se que esse risco de atraso não é necessariamente uma verdade. Por vezes, a outorga única proporcionará a economia de recursos e, mesmo, de tempo para a Administração Pública, na medida em que demandará menos tempo de sua equipe na avaliação de um único estudo. De todo modo, essa escolha deve ser feita de forma consciente e a partir de um processo público de seleção.[332] Esse assunto será mais bem debatido no Capítulo 5.

– Análise dos projetos apresentados

---

330 Andrew CHEW destaca a discricionariedade administrativa: "a key feature of the guidelines is that, if certain criteria are met, the government (at its discretion) may enter into direct negotiations with an individual or organisation and conduct an assessment of the proposal without a tender process" (*Use of unsolicited proposals for new projects – the approaches in Australia*. p. 31).

331 HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 4.

332 Analisando as propostas não solicitadas (mais assemelhadas às MIP), Andrew CHEW destaca as recomendações do World Bank e da UNCITRAL. "On the other hand, it can be argued that unsolicited proposals are considered to be less transparent in evaluating competitiveness with other options from a lack of competition. Direct negotiation with a proponent without first testing the market can undermine integrity and transparency. (...) The approaches taken by the World Bank and UNCITRAL generally recommend a competitive selection process" (*Use of unsolicited proposals for new projects – the approaches in Australia* cit., p. 29-30).

Após o recebimento dos projetos, em geral, as análises são feitas de acordo com a prioridade estratégica do governo, o custo-benefício ("*value for money*"), o interesse público, a inovação, a transferência eficaz de riscos e a gestão eficiente da infraestrutura e da prestação de serviços associados. Essa avaliação é sempre bastante rigorosa.[333]

John T. HODGES e Georgina DELLACHA destacam que, na Coreia, a análise de custo-benefício deve levar em conta: (i) a decisão de investir, que visa a confirmar se um projeto tem benefício público; (ii) a decisão de implementação por PPP, que objetiva determinar se um projeto é adequado para ser realizado via Private Finance Iniciative (PFI); e, (iii) as análises quantitativa, para verificar o nível de qualidade do serviço, e qualitativa, analisando custo vis-à-vis o ciclo de vida do projeto, a partir de um modelo de comparação pública.[334]

Em linhas semelhantes, o Estado de New South Wales, na Austrália, criou guideline com critérios para as propostas e que, indiretamente, servem de balizadores para a avaliação do agente público avaliador:[335] (i) prever benefícios únicos; (ii) capacidade do proponente para entregar a proposta; (iii) custo-benefício para

---

333 Nesse sentido, HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency* cit., p. 18.

334 Os autores destacam que a Coreia (PIMAC) publicou um manual que norteava a análise custo-benefício nas três fases destacadas: "first, a 'Decision to Invest' is used to confirm whether a project is worth the social benefit; second, a 'Decision to Implement by PPP' is carried out to determine whether a project is suitable to be implemented by private finance initiative (PFI) after comparing it with the public sector comparator (PSC); and third, the suitability of a project is determined after analyzing the results of qualitative VfM (life-cycle costs of PSC) and quantitative VfM evaluation (level of service quality). In addition, projects that are deemed suitable are carried through additional financial analysis to calculate the expected amount of government subsidy (compensatory portion for construction cost and operation cost)" (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. *Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency* cit., p. 29).

335 "Proposals will be assessed against the following Assessment Criteria:

– Unique benefits of proposal providing justification to directly negotiate;

– Value to Government; encompassing economic benefit, service delivery, whole of-life costs, risk transfer, timely achievement of objectives and qualitative outcomes;

– Whole-of-Government impact, including opportunity cost;

– Appropriateness of return on investment obtained by the Proponent given project Risks;

– Capability and capacity of Proponent to deliver the proposal;

– Affordability;

o governo; (iv) atribuição adequada de riscos; (v) acessibilidade financeira para o governo; (vi) impacto do governo, tendo em consideração oportunidade de custo, prioridades governamentais e proteção do interesse público; (vii) retorno adequado do investimento ao proponente; e, (viii) abertura para concorrência em mercado.[336]

4.2 Modos de seleção e de reembolso

Desde o recebimento de uma proposta não solicitada (MIP), tipo de *Manifestação de Interesse* predominante no cenário internacional, ou da publicação de um chamamento público de uma PMI há um desenrolar procedimental que envolve várias decisões administrativas, ainda que preliminares, atos produzidos e oportunidades de interlocução entre os particulares interessados em colaborar com a atuação administrativa e a própria Administração Pública.

John T. HODGES e Georgina DELLACHA se dedicam a analisar todo o procedimento e basicamente o dividem em dois estágios principais, tomando por base o que é praticado em diversos países do mundo: (1) até a aprovação da *Unsolicited Proposal*; e, (2) a licitação do projeto resultante da *Unsolicited Proposal*.[337]

Quando se fala do modo de seleção, que ocorre no cenário internacional, se está dedicando a avaliar aquilo que ocorre nos meandros do estágio (1). Já para entender os modos de reembolso, tem-se de avançar para o estágio (2), delimitando a análise do procedimento licitatório àquilo que tangencia o reembolso.

– Appropriate risk allocation" (Disponível em: <http://www.treasury.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0003/22683/Unsolicited_Proposals_Guideline_August_2012.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016).

336 Ver mais também em CHEW, Andrew. *Use of unsolicited proposals for new projects – the approaches in Australia* cit., p. 31.

337 Ver mais em HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency. *PPIAF Working Paper*, n. 1. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/ 142981468777252745/pdf/417300Unsolici1als0PPIAF0101PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

4.2.1 Modos de seleção

John T. HODGES e Georgina DELLACHA dividem o estágio (1), referido acima, ou seja, aquele que circunscreve o procedimento da *Unsolicited Proposal*, desde a sua propositura, até a decisão final de aceitação ou rejeição da proposta. Até a publicação do edital de licitação, se identificam quatro "steps" (fases).

No step (i), o particular apresenta sua proposta preliminar ao órgão ou entidade pública competente, contendo, em alguns casos, conceitos gerais e, em outros,[338] informações detalhadas, modelo esse que mais se assemelha ao das legislações estaduais que aceitam MIP no Brasil.[339]

Passando ao step (ii), o órgão ou entidade pública avaliam a proposta apresentada e concluem se ela pode servir ao interesse público ou se se encaixa em algum plano estratégico de infraestrutura do governo ou se é necessário requerer mais informações ao proponente.

A partir desse momento, existe uma grande diferença de procedimentos, entre os praticados no exterior e os praticados no Brasil. De acordo com as legislações que regem as MIP e temas correlatos no Brasil, conforme disposto em itens anteriores, bem como em prestígio ao princípio da ampla competição e da isonomia, deve ser realizado chamamento público para identificar se outro possível interessado deseja apresentar proposta sobre o mesmo objeto.

Feita essa consideração, no step (iii), o particular deve finalizar sua proposta, aprofundando os estudos até então preliminares. Nessa fase, o proponente deve garantir que todas as informações relevantes para a estruturação da subsequente licitação serão atendidas.

Interessante observar que os autores destacam que, em alguns países, como Argentina e Costa Rica, pode ser solicitado que o proponente ofereça garantia que assegure a seriedade dos estudos a

---

[338] Os autores citam como exemplos dos países que exigem que a proposta traga apenas conceitos gerais: a Argentina, o Chile e a Costa Rica. Já aqueles que solicitam informações mais detalhadas: Korea e África do Sul. Ver mais em Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 5.

[339] São exemplos os Estados de São Paulo (Decreto n. 61.371/2015), Santa Catarina (Decreto n. 962/2012), Piauí (Decreto n. 16.002/2015) e Paraíba (Decreto n. 33.249/2012).

que está se dispondo a fazer. Essa garantia se assemelha muito àquela prestada nas licitações, conforme estabelecido na Lei n. 8.666/1993[340] e em outras leis.

Por fim, o step (iv) é aquele em que a Administração Pública revê a proposta final apresentada, negocia itens, solicita alterações finais e toma uma decisão final de aprovação ou rejeição da proposta apresentada, em sua instância competente.

Caso seja aprovada, o órgão ou entidade pública em questão poderá licitar o objeto da proposta.

4.2.2 Modos de reembolso

A realização dos estudos, investigações, levantamentos que servem de base para a proposta de iniciativa particular apresentada à Administração Pública envolve custos, e quando essa proposta é utilizada para a realização da licitação, deve haver a retribuição desses investimentos feitos pelo particular.

No cenário internacional, muitas são as formas de incentivo ao particular que colabora com a Administração Pública. Algumas delas envolvem vantagens na licitação subsequente, outras significam um direito de preferência em relação ao melhor lance apresentado e outras envolvem retribuições financeiras.

O reembolso do proponente vencedor nas *Manifestações de Interesse* é algo justo e em linha com a proibição do enriquecimento sem causa prevista no ordenamento jurídico brasileiro.[341]

---

[340] "Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...)

III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no *caput* e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação".

[341] Código Civil brasileiro: "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido".

O proponente vencedor – o que Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA denominam como "primeiro proponente",[342] termo que também será adotado doravante – dedicou seu tempo, seus esforços, equipe técnica e dinheiro no desenvolvimento da modelagem do projeto. Por outro lado, gerará um benefício à Administração Pública, na medida em que autorizará/cederá o uso para que esta execute esse projeto.

Em atenção ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa e mesmo do interesse público, todas as leis estaduais e algumas das municipais analisadas preveem o reembolso ao particular que atuar em colaboração com a Administração Pública e tiver o seu projeto aproveitado.[343]

Essas legislações usualmente vedam que a Administração Pública reembolse o particular diretamente, o que será abordado com mais detalhes adiante. Mas, sobretudo, vale observar que a sistemática brasileira está amparada no reembolso pecuniário, o que não é padrão em todos os países que adotam *Manifestações de Interesse* como mecanismos alternativos de elaboração de modelagem.

Diversos são os formatos de reembolso identificados nos mais variados países. Nesta pesquisa, o propósito é analisar em maiores detalhes o sistema legal americano e brasileiro, de acordo com o critério de pesquisa escolhido. Com isso, os demais formatos de reembolso adotados foram observados com base na doutrina verificada sobre o tema e alguns textos específicos publicados pelos governos locais.[344]

O desafio envolvido no reembolso é sempre o de premiar aquele que investiu tempo, dinheiro e esforços no desenvolvimento de modelagem e de não desincentivar os demais participantes da licitação derivada.

---

342 A denominação é utilizada pelos autores para denominar aquele proponente que elaborou a modelagem numa MIP e teve o seu projeto escolhido pela Administração Pública para ser licitado e, posteriormente, executado. Mais detalhes em Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 535 e ss.

343 Vide Capítulos 3 e 5.

344 Por delimitação de escopo e de amplitude da pesquisa, não foram analisadas as legislações locais dos demais países citados neste capítulo.

Em outras palavras, é, numa mão, instigar a participação privada na apresentação de projetos, sejam eles voluntários ou solicitados, por meio da recompensa ao proponente vencedor; e, em outra, estimular que outros eventuais concorrentes participem seja da chamada a propostas, seja da licitação derivada.[345]

Esses sistemas de reembolso colocam mais peso ainda na decisão administrativa a ser tomada pelo agente público, já que, em alguns casos, os efeitos dessa decisão se estenderão diretamente para o processo licitatório e, por conseguinte, para o contrato efetivo e execução do objeto da *Manifestação de Interesse*.

Na comunidade europeia, o Livro Verde destaca que as vantagens competitivas ou remuneração concedidas àquele que tomar a iniciativa de uma PPP, adotadas pelos Estados-Membros, devem ser analisadas e estar adequadas ao princípio da igualdade de tratamento dos competidores.[346] Ou seja, decidiu não regrar, no nível comunitário, portanto, o ressarcimento em si, mas tão somente estabelecer os princípios que devem ser observados pelos Estados-Membros.

Várias são as formas de estruturar a "compensação" ou "premiação" da iniciativa privada que cooperou com o Poder Público, nos países que se utilizam das *Manifestações de Interesse* ou de alguma das suas formas – PMI ou MIP.

---

[345] No âmbito dos benefícios a serem concedidos em procedimento licitatório, na sequência de uma iniciativa particular, Ana Belén CASARES MARCOS destaca que: "Los beneficios que acarrea, en este sentido, el fomento de un sistema de licitación assentado en su iniciación por el propio sector privado y en la libre competencia entre posibles licitadores interesados en su adjudicación, suponen también, no obstante, ciertos riesgos, en cuanto exigen la adopción de medidas que garanticen una concurrencia realmente efectiva, evitando, de un lado, que el número inadecuado de participantes pueda desembocar en una posición de dominio prácticamente monopolístico de un aspirante concreto, por la existencia de un número excessivamente reducido de interessados, o, de otro, en el efecto justamente contrario, llegando la afluencia excesiva de licitadores a desincentivar la participación privada en proyectos futuros" (*La selección y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas a iniciativa particular*. Disponível em: <http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/4_SEGUNDO%20ACCESIT.PDF>. Acesso em: 8 out. 2011, p. 5).

[346] *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. COM(2004) 327. Bruxelas, 30/04/2004. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=PT>. Acesso em: 14 nov. 2016, p. 14.

4.2.2.1 Bonus System

Nesse sistema, o proponente que teve sua modelagem escolhida, como aquela aproveitada para compor o projeto básico a ser licitado, recebe um bônus na pontuação atribuída aos licitantes durante o certame que, porventura, venha a derivar da *Manifestação de Interesse*.

Assim, o primeiro proponente recebe uma premiação com vistas a recompensar o seu esforço e iniciativa, sem expressamente restringir a participação de outros eventuais interessados na licitação.

As condições de atribuição desse bônus devem estar estabelecidas no edital, de modo a dar transparência aos demais concorrentes, bem como a permitir que eles possam tentar superar o bônus do primeiro proponente aprimorando a técnica ou o preço de seu lance. Tal modelo é adotado no Chile e na Coreia do Sul.[347]

Para além das possíveis distorções do resultado final do procedimento, conforme destacam Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA, que pode acabar por privilegiar a adjudicação à proposta que não seja a melhor para o interesse público,[348] essa modalidade pode acabar gerando uma vantagem competitiva demasiadamente grande para o primeiro proponente, desestimulando, assim, os demais concorrentes.

E isso porque o primeiro proponente acaba por ter uma vantagem inerente no certame licitatório, já que conhece muito mais profundamente o projeto básico do que os demais concorrentes. Isso porque, por elaborar a modelagem, conhece pormenorizadamente os riscos envolvidos, os benefícios, permitindo-o realizar uma precificação mais realista.

---

[347] HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 7. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/142981468777252745/pdf/417300Unsolici1als0PPI-AF0101PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

[348] Ver mais em TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 536 e ss.

Na medida em que ganha um bônus como premiação, passa a acumular uma vantagem adicional àquela que já possui pelo fato de ter elaborado a modelagem que embasou o projeto básico.

4.2.2.2 Swiss Challenge System

O *Swiss Challenge System* representa a possibilidade de o proponente vencedor superar a proposta vencedora no certame licitatório. Assim, o proponente vencedor possui um direito de preferência na adjudicação do contrato. Esse sistema é adotado na Itália,[349] na Índia,[350] nas Filipinas[351] e, de certo modo, em Portugal.[352]

As condições do direito de preferência devem estar previamente estabelecidas e constarem de edital, de modo a conferir transparência e publicidade aos demais concorrentes. À semelhança do que ocorre no caso do *Bonus System*, o concorrente, ao ter conhecimento das

---

[349] Decreto Legislativo n. 50, de 18 de abril de 2016. Disponível em: <http://www. gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[350] John T. HODGES and Georgina DELLACHA se referem a dois Estados indianos. Em Andhra Pradesh, rege o *Andhra Pradesh Infrastructure Development Enabling Act* (APIDEA), de 2001, conforme disposto em edital de *Request for proposal through Swiss Challenge approach*; e em Gujarat, vigora o *Gujarat Infrastructure Development Act* n. 11, de 1999, com posteriores alterações (Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 16. Disponível em:

<http://documents.worldbank.org/curated/en/142981468777252745/pdf/417300Unsolici1als0PPIAF0101PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016; <https://www.eoibelgrade.gov.in/pdf/Public_Invitation_Development_Area_Amaravati_Capital_city_pst220716.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016; <http://www.gidb.org/acts-policies-gid-act-amndmnt>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[351] *The Philippine's BOT Law* (*Republican Act* n. 7718). Disponível em: <http://ppp.gov.ph/?page_id=27634>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[352] Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA observam que Portugal adota precipuamente esse modelo de reemboso. Citam o regime jurídico da operação portuária, a proposta de lei sobre regime geral dos bens do domínio público e o já mencionado regime dos contratos de concessão de uso privativo de terrenos do domínio público hídrico – todos que conferem direito de preferência, dentro de certas condições, ao primeiro proponente. Porém, observam que a Constituição consagra os princípios de publicidade, igualdade, concorrência e da prossecução do interesse público, e que isso impõe limitações ao direito de preferência conferido (primeiro proponente deve apresentar a "melhor proposta possível e ser capaz de executar o contrato nesses termos; prazo durante o qual o direito de preferência é reconhecido"; entre outros). Mencionam também a possibilidade de se prever compensação dos custos ao primeiro proponente, mesmo quando este não tenha se sagrado vencedor (Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 537 e ss.

condições do direito de preferência, possui mais chances de tentar melhorar seu lance vencedor.

Contudo, nesse caso, torna-se sempre mais difícil ao adjudicatário prever qual será a postura adotada pelo proponente vencedor ao exercer seu direito de preferência. E, como não há oportunidade de negociação, todo o esforço de angariar o objeto do certame licitatório pode cair por terra.

A partir dessa observação, fica claro que o *Swiss Challenge System* cumpre bem o seu papel de tentar estimular que entidades do setor privado apresentem propostas nas *Manifestações de Interesse*, dada a grande vantagem que o direito de preferência lhes proporciona em face dos demais licitantes.

Da mesma forma, é benéfica a garantia de obtenção de melhor proposta para o interesse público, já que aquelas especificidades do lance vencedor da licitação terão sempre de ser atendidas, seja pelo adjudicatário, seja pelo primeiro proponente, no caso de este ser bem-sucedido no exercício de sua preferência.

Por outro lado, esse sistema acaba por desestimular que concorrentes participem do certame licitatório, já que são grandes as chances de se sagrarem vitoriosos no certame, mas, ao fim, perderem a execução do contrato para aquele que desenvolveu a modelagem – que no dito popular é o "ganhou, mas não levou".

4.2.2.3 Best and final offer

O sistema de reembolso de *best and final offer* é adotado na África do Sul e guarda muitas semelhanças com o *Swiss challenge system*. Naquele, o primeiro proponente recebe o benefício de ter acesso garantido à fase final da licitação, em que poderá participar da rodada de negociação com aquele que apresentou melhor lance até aquele momento.

Ou seja, o *best and final offer* se iguala ao *Swiss challenge system* na medida em que beneficia o proponente vencedor com a oportunidade de não precisar participar do certame licitatório desde o início e de poder avançar para uma fase subsequente.

A diferença consta do direito de preferência que é conferido no *Swiss challenge system* de igualar ou melhorar o lance dado pelo adjudicatário. Já no *best and final offer* essa preferência é substituída por um direito de apresentar melhor lance em relação àquele que se sagrou vencedor até a fase final da licitação. A partir daí, a Administração Pública poderá negociar com os dois concorrentes a fim de obter a melhor proposta para o interesse público.[353] Esse procedimento se aproxima do diálogo competitivo[354] e do procedimento licitatório com negociação[355] previstos nas Diretivas de 2004 e 2014.

Da mesma forma, as condições de ingresso do primeiro proponente na fase final do certame licitatório devem estar previstas em edital, de modo a deixar claro o direito de participar da rodada de negociações com o concorrente vencedor até então, sob a condução da Administração Pública.

Com isso, vê-se que o sistema de reembolso do *best and final offer* compartilha dos benefícios e, ainda, minimiza a desvantagem

---

[353] Nesse país, a previsão específica da *South African National Roads Agency Limited* (SANRAL) é uma exceção ao *framework* de PPP no país, que não traz permissivo explícito às propostas não solicitadas. Segundo o regramento, as duas propostas mais vantajosas são selecionadas na primeira rodada, a partir da qual será realizada uma rodada final de licitação. Se o proponente original não for um desses dois selecionados, ele também será automaticamente autorizado a competir na rodada final. Ademais, o licitante vencedor também deve compensar o proponente pelos custos de desenvolvimento do projeto (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 10 e 35. Disponível em:

<http://documents.worldbank.org/curated/en/142981468777252745/pdf/417300Unsolici1als0PPIAF0101PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016).

É um exemplo o projeto da *N1–N2 Winelands Toll Highway*, iniciado em 2006 e recentemente barrado pela *Western Cape High Court*. Detalhes em: <http://www.capemessenger.co.za/2016/09/22/cape-town-stops-n1-n2-tolling/>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[354] Ver Diretivas Europeias 2004/18/UE e 2014/24/UE, nesta última o art. 30. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=pt>. Acesso em: 14 nov. 2016. Ver mais também em: *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*. Disponível em: <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf>, p. 22. Acesso em: 16 dez. 2016.

[355] Ver Diretiva Europeia 2014/24/UE, art. 29. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=ES>. Acesso em: 14 nov. 2016. Para maiores detalhes, ver também: *Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación*. Disponível em: <https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf>, p. 24. Acesso em: 16 dez. 2016.

apontada para o *Swiss challenge system*. Em suma, pode-se dizer que ambos os sistemas: (i) estimulam que entidades privadas queiram oferecer propostas, seja por meio de solicitação ou não da Administração Pública; (ii) aumentam as chances de obtenção da melhor proposta para o interesse público, já que a contratação se dará na forma do melhor lance do procedimento licitatório ou este será ainda melhorado; (iii) representam uma ótima forma de premiar o proponente vencedor da *Manifestação de Interesse*.

Além disso, reduz significativamente a desvantagem identificada no *Swiss challenge system*, na medida em que deixa de ser um direito de preferência e passa a ser um direito a participar de uma rodada final de negociações. Assim, os outros concorrentes interessados em participar do certame licitatório vislumbram mais chances de serem adjudicados se conseguirem fazer seus lances prevalecerem até o fim da rodada de negociações.

Em outras palavras, embora o primeiro proponente tenha um benefício adicional, este não reduz o caráter concorrencial até o momento da adjudicação. A meritocracia será o que coroará o vencedor do certame licitatório.

É por essas razões que, entre os sistemas de reembolso não pecuniários, este nos parece ser o mais adequado, ponderadas suas vantagens e desvantagens.

4.2.2.4 Reimbursement system

Este sistema é o que envolve o reembolso pecuniário dos custos incorridos pelo proponente vencedor das *Manifestações de Interesse*, sem que haja nenhum benefício atribuído no certame licitatório, mais se assemelhando aos modelos de reembolso praticados no Brasil.

O *Reimbursement system* é adotado na Espanha e, no modelo desenvolvido por esse país, prevê-se o reembolso dos custos comprovadamente incorridos pela entidade privada que desenvolveu a modelagem e levou à decisão de seguir o procedimento para a contratação pela Administração Pública.

Esses custos podem envolver o estudo e a consequente elaboração da modelagem e de proposição e apresentação para a Administração.[356]

Outra condição estabelecida pela legislação espanhola, para que ocorra o reembolso, é de que o proponente vencedor não se sagre vencedor do procedimento licitatório, nem tenha seu estudo final rejeitado por insuficiência técnica.[357] Esse ponto é divergente daquilo que ocorre no Brasil, em que o reembolso é previsto para o proponente vencedor, independentemente do insucesso dele no procedimento licitatório. Caso o primeiro proponente se sagre vencedor na licitação, e o edital preveja que o vencedor arque com as despesas de reembolso, obviamente, o fato de o primeiro proponente não reembolsar ele próprio e aquele valor investido será considerado reconhecido como despesa de investimento no projeto.

Além do reembolso, a legislação espanhola prevê um bônus percentual para o proponente vencedor como forma de compensação pelo seu esforço no montante de 5%.

Da mesma forma que em todos os demais modelos de reembolso apresentados, o *Reimbursement system* pode gerar vantagens e desvantagens. Como vantagens, identifica-se o maior potencial de preservação do interesse dos demais interessados em participar da licitação, já que o proponente vencedor não gozará de benefícios no certame; bem como, em tese, serão reembolsados os valores despendidos pelo proponente e, ainda, poderá ser dado um prêmio percentual.

---

356 Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14/11/2011 e posteriores alterações), artigo 128, n. 5. Disponível em: <https://www.boe. es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887>. Acesso em: 1º dez. 2016.

357 Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA explicam melhor o procedimento de reembolso: "(...) na hipótese de o estudo de viabilidade inicialmente apresentado conduzir à decisão de contratar e, posteriormente, à adjudicação de uma proposta de concessão na sequência do pertinente procedimento adjudicatório, o seu autor terá direito, sempre que não seja beneficiado pelo acto de adjudicação e salvo se o estudo se tiver revelado *insuficiente* – de acordo com a sua própria finalidade –, ao ressarcimento dos custos efectuados com a sua elaboração, acrescidos de 5% do valor desses mesmos custos, como compensação (podendo o pagamentos destas quantias ser imposto pelo caderno de encargos ao adjudicatário da concessão, como condição contratual)" (Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 538).

Sob outro viés, pode-se enfrentar muitas dificuldades no caso concreto para precisar o valor exato de reembolso, baseado nos custos apresentados pelo primeiro proponente. Além disso, o simples reembolso de custos e um pequeno prêmio compensatório podem não brilhar os olhos daqueles que pretendem ofertar propostas para a Administração Pública, os quais normalmente têm como interesse principal se tornar adjudicatários para aquela obra, serviço ou atividade econômica de interesse público.

4.2.2.5 Sistemas mistos

Alguns sistemas combinam elementos dos modelos supramencionados, criando um novo sistema de reembolso. Pode-se identificar exemplos de adoção de sistemas mistos na Argentina.[358]

Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA explicam que

> se, em sede de avaliação de propostas para efeitos de adjudicação, a pontuação atribuída à proposta apresentada pelo primeiro proponente for inferior, em apenas 5%, à pontuação obtida pela melhor proposta, aquela é imediatamente adjudicada; caso contrário, se a diferença de pontuação entre as duas propostas for superior a 5% (mas inferior a 20%), o primeiro proponente e o autor da proposta mais pontuada serão convidados a participar numa fase final de negociações, devendo aí apresentar as suas melhores propostas; por último, se a diferença exceder 20%, o primeiro proponente não beneficia de qualquer solução para se tornar adjudicatário.[359]

---

[358] Costa Rica e Chile também formularam sistemas híbridos (HODGES, John T.; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency cit., p. 9. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/142981468777252745/pdf/417300Unsolici1als0PPIAF0101PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

[359] TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 538-539.

Nesse caso, parece ter havido a combinação dos sistemas *Swiss challenge* e *best and final offer*, adaptando-os para o momento de conclusão das disputas do certame licitatório.

4.3 Legislação americana analisada

Na análise da legislação americana identificada, serão tratados aspectos gerais da modalidade admitida, as disposições (ou ausência delas) em relação ao detalhamento do procedimento, reembolso e, em especial, dos critérios de avaliação e decisão administrativa das propostas recebidas.

Antecipando-se a conclusão dessa análise, foi possível verificar que a legislação federal prevê detalhamentos maiores, quanto ao procedimento, critérios a constar das solicitações e autorizações e que, portanto, balizam a avaliação administrativa.

A legislação geral dos Estados eleitos não adentra nos detalhes, deixando para a competência regulatória das Agências estabelecer procedimentos mais detalhados para suas respectivas atividades.

A) GOVERNO FEDERAL

– Federal Acquisition Regulation (FAR)[360]

O FAR é o principal documento do executivo federal norte-americano para regular a aquisição de bens e serviços. O normativo tem aplicação restrita às aquisições do Governo Federal, embora acabe por influenciar algumas legislações estaduais. Por ser um documento bastante robusto e complexo, serão analisados apenas os pontos de maior interesse e conexão com as *Manifestações de Interesse*.

Intercâmbio com a indústria antes das propostas: As agências são encorajadas a promover o intercâmbio de informações sobre futuras aquisições com os agentes econômicos, de modo a identificar e resolver preocupações com relação à: aquisição, incluindo o tipo de contrato proposto, termos e condições, viabilidade da exigência;

[360] Volume I, Título 48, Capítulo I, Subcapítulo C, parte 15. Subparte 15.2 – *Solicitation and Receipt of Proposals and Information*.

adequação das instruções da proposta e critérios de avaliação; e qualquer outro ponto.

Esses intercâmbios podem ser feitos de várias formas: (i) conferências de indústria ou pequenas empresas; (ii) audiências públicas; (iii) pesquisa de mercado; (iv) reuniões individuais com potenciais oferentes; (v) avisos de pré-solicitação; (vi) projetos de *Request for proposals* (RFP); (vii) *Request for Informations* (RFI); (viii) conferências de pré-solicitação ou de pré-proposição; e, (ix) visitas ao local.[361]

A competência para condução dos procedimentos é de cada agência. Há a exigência de publicidade também quando uma informação é dada a um potencial ofertante, que deve ser divulgada para todo o público, assim que isso for viável, a fim de evitar a competição desleal. Contudo, se a informação dada como resposta a um questionamento do ofertante puder afetar a estratégia de negócios desse particular, a divulgação não deve ser feita.

Já nas *solicited proposals têm-se as Request for proposals* (RFP).[362] Aqueles que respondem à solicitação são autorizados a

---

[361] Parte 15.201. (c).

[362] Parte 15.203(a) "Requests for proposals (RFP) are used in negotiated acquisitions to communicate Government requirements to prospective contractors and to solicit proposals. RFPs for competitive acquisitions shall, at a minimum, describe the—

(1) Government's requirement;

(2) Anticipated terms and conditions that will apply to the contract:

(3) Information required to be in the offeror's proposal; and

(4) Factors and significant subfactors that will be used to evaluate the proposal and their relative importance. (...)

(e) Letter RFPs may be used in sole source acquisitions and other appropriate circumstances. Use of a letter RFP does not relieve the contracting officer from complying with other FAR requirements. Letter RFPs should be as complete as possible and, at a minimum, should contain the following:

(1) RFP number and date;

(2) Name, address (including electronic address and facsimile address, if appropriate), and telephone number of the contracting officer;

(3) Type of contract contemplated;

(4) Quantity, description, and required delivery dates for the item;

(5) Applicable certifications and representations;

(6) Anticipated contract terms and conditions;

(7) Instructions to offerors and evaluation criteria for other than sole source actions;

propor termos e condições alternativos, alterando inclusive a estrutura "CLIN" (*contract line item number*[363]). Nesse caso, será estudado o impacto da alteração nos outros termos.[364]

A RFP pode ser realizada de forma oral, quando a solicitação escrita tiver o potencial de atrasar a aquisição de suprimentos ou serviços em detrimento do Governo, sendo o aviso (notice) dispensado nesses casos.[365]

O FAR admite a revisão das propostas dentro do prazo estabelecido. Contudo, se a alteração tornar os termos da proposta mais favoráveis ao governo, esta será aceita a qualquer tempo.[366] O ofertante também pode retirar sua proposta a qualquer tempo antes da entrega do prêmio, mediante um aviso por escrito. A agência deve reter uma cópia da proposta e destruir ou devolver as demais.[367]

As propostas serão julgadas exclusivamente sobre os fatores contidos na solicitação, os quais deverão ser estabelecidos de forma

---

(8) Proposal due date and time; and

(9) Other relevant information; e.g., incentives, variations in delivery schedule, cost proposal support, and data requirements".

363 FAR 4.1001.

364 Parte 15. 203. (a) (2) (i) "The solicitation may authorize offerors to propose alternative terms and conditions, including the contract line item number (CLIN) structure; and

(ii) When alternative CLIN structures are permitted, the evaluation approach should consider the potential impact on other terms and conditions or the requirement (e.g., place of performance or payment and funding requirements)".

365 "Oral RFPs are authorized when processing a written solicitation would delay the acquisition of supplies or services to the detriment of the Government and a notice is not required under 5.202 (*e.g.,* perishable items and support of contingency operations or other emergency situations). Use of na oral RFP does not relieve the contracting officer from complying with other FAR requirements".

366 15.208. (2) However, a late modification of an otherwise successful proposal, that makes its terms more favorable to the Government, will be considered at any time it is received and may be accepted.

367 Parte 15.208. (2) (e).

contract file (see 4.803(a)(10)). Extra copies of the withdrawn proposals may be destroyed or returned to the offeror at the offeror's request. Where practicable, electronically transmitted proposals that are withdrawn must be purged from primary and backup data storage systems after a copy is made for the file. Extremely bulky proposals must only be returned at the offeror's request and expense".

clara, e o critério último de decisão será sempre o melhor custo ("*best value*") para a Agência responsável pelo procedimento.[368]

Os fatores de avaliação devem ser adequados a cada aquisição, por isso a Regulação não traz quais são os critérios específicos.[369] No entanto, estabelece parâmetros a serem observados para a análise e decisão: observar os elementos essenciais que regem a decisão e suportar uma comparação significativa entre as várias propostas.

A decisão é discricionária dos agentes competentes e deverão considerar:[370]

(i) O custo que acarretará ao Governo, que deverá se balizar pela razoabilidade. Em algumas situações será exigível uma análise de custo. Nas propostas que condicionam o projeto ao reembolso, caberá também uma análise do realismo de custo, sobre

---

368 Parte 15.303. (a).

369 Parte 15.304. (a) "The award decision is based on evaluation factors and significant subfactors that are tailored to the acquisition.

(b) Evaluation factors and significant subfactors must—

(1) Represent the key areas of importance and emphasis to be considered in the source selection decision; and

(2) Support meaningful comparison and discrimination between and among competing proposals".

370 Parte 15.304 (c) "The evaluation factors and significant subfactors that apply to an acquisition and their relative importance, are within the broad discretion of agency acquisition officials, subject to the following requirements:

(1) Price or cost to the Government shall be evaluated in every source selection (10 U.S.C. 2305(a)(3)(A)(ii) and

41 U.S.C. 253a(c)(1)(B)) (also see Part 36 for architect-engineer contracts);

(2) The quality of the product or service shall be addressed in every source selection through consideration of one or more non-cost evaluation factors such as past performance, compliance with solicitation requirements, technical excellence, management capability, personnel qualifications, and prior experience (10 U.S.C. 2305(a)(3)(A)(i) and 41 U.S.C. 253a(c)(1)(A)); and (3)(i) Except as set forth in paragraph (c)(3)(iii) of this section, past performance shall be evaluated in all source selections for negotiated competitive acquisitions expected to exceed the simplified acquisition threshold.

(ii) For solicitations involving bundling that offer a significant opportunity for subcontracting, the contracting officer must include a factor to evaluate past performance indicating the extent to which the offeror attained applicable goals for small business participation under contracts that required subcontracting plans (15 U.S.C. 637(d)(4)(G)(ii)).

(iii) Past performance need not be evaluated if the contracting officer documents the reason past performance is not an appropriate evaluation factor for the acquisition".

o que o governo, em termos concretos/realísticos, irá pagar, entre outros,[371] e,

(ii) A qualidade do produto/serviço – serão avaliados o histórico de performance do particular,[372] sua adequação aos requerimentos da solicitação, excelência técnica, qualificação de seus empregados etc. A avaliação técnica nos casos de compensações ("tradeoffs") deve incluir subsídios acerca da capacidade de cada oferente para cumprir com os requisitos técnicos.[373]

Pode ocorrer troca de informações com os particulares após o recebimento das propostas, o que pode ocorrer em dois momentos distintos, antes ou depois do estabelecimento da margem competitiva ("*competitive range*").

A troca de informações anteriores ao estabelecimento da margem tem por objetivo ampliar o entendimento sobre as propostas, permitir uma interpretação razoável, facilitar a avaliação e ajudar a decidir se aquela proposta está apta a compor ou não a margem competitiva. Essa comunicação *não* pretende sanar erros, omissões, deficiências, nem alterar elementos de técnica e de custo ou servir como forma de revisão, porém pode abordar ambiguidades.[374]

---

371 Parte 15.305. (a) (1).

372 Essa exigência pode ser dispensada, a critério da Agência responsável, desde que fundamentada.

373 Parte 15.305. (a) (3).

374 Parte 15.305. (b) (2) "May be conducted to enhance Government understanding of proposals; allow reasonable interpretation of the proposal; or facilitate the Government's evaluation process. Such communications shall not be used to cure proposal deficiencies or material omissions, materially alter the technical or cost elements of the proposal, and/or otherwise revise the proposal. Such communications may be considered in rating proposals for the purpose of establishing the competitive range;

(3) Are for the purpose of addressing issues that must be explored to determine whether a proposal should be placed in the competitive range. Such communications shall not provide an opportunity for the offeror to revise its proposal, but may address—

(i) Ambiguities in the proposal or other concerns (e.g., perceived deficiencies, weaknesses, errors, omissions,

or mistakes (see 14.407)); and

(ii) Information relating to relevant past performance; and

(4) Shall address adverse past performance information to which the offeror has not previously had an opportunity to comment".

Já as posteriores são as negociações que podem ser travadas na tentativa de barganhar preços, alterar cronogramas, exigências técnicas, tipo de contrato e demais termos da proposta, quando isso está envolvido em um cenário competitivo. O objetivo é a maximização do melhor custo-benefício para o Governo.[375]

No âmbito das trocas de informações mantidas durante o procedimento, alguns limites são estabelecidos para os agentes governamentais envolvidos na aquisição, os quais ficam proibidos de: (i) favorecer qualquer dos participantes; (ii) revelar a solução técnica (tecnológica/usos inovadores e únicos) de um dos participantes, ou comprometer a propriedade intelectual de outro; (iii) revelar o preço proposto sem permissão, "dar dicas" a qualquer dos proponentes sobre o preço estar baixo ou alto ou, mesmo, o preço que o governo considera razoável, bem como revelar o resultado de análises.[376]

Unsolicited Proposals.[377] O FAR determina que o encorajamento da submissão de ideias novas deve ser uma política governamental.[378] Destaca, ainda, que uma unsolicited proposal não se confunde com "adversing material; commercial item offer; contribuition".[379]

---

375 Parte 15. 306. (d).

376 Parte 15. 306. (e).

377 Parte 15.6.

378 Parte 15.602. "It is the policy of the Government to encourage the submission of new and innovative ideas in response to Broad Agency Announcements, Small Business Innovation Research topics, Small Business Technology Transfer Research topics, Program Research and Development Announcements, or any other Government-initiated solicitation or program. When the new and innovative ideas do not fall under topic areas publicized under those programs or techniques, the ideas may be submitted as unsolicited proposals".

379 Parte 15.601. "'Advertising material' means material designed to acquaint the Government with a prospective contractor's present products, services, or potential capabilities, or designed to stimulate the Government's interest in buying such products or services.

'Commercial item offer' means an offer of a comercial item that the vendor wishes to see introduced in the Government's supply system as an alternate or a replacement for na existing supply item. This term does not include innovative or unique configurations or uses of commercial items that are being offered for further development and that may be submitted as an unsolicited proposal.

'Contribution' means a concept, suggestion, or idea presented to the Government for its use with no indication that the source intends to devote any further effort to it on the Government's behalf".

As propostas que não sejam solicitadas devem atender aos seguintes requisitos: ser inovadora e única; ter sido criada pelo ofertante de forma independente; ter sido preparada sem a supervisão/auxílio/direção/envolvimento governamental; incluir detalhes suficientes para permitir a determinação de que o apoio do Governo é conveniente e que o objeto se enquadra entre as missões da Agência; não ter por objeto alguma pesquisa já avançada na Agência, exceto se complementar uma necessidade da Agência em relação a um projeto já existente e por ela conduzido.[380]

Seu conteúdo deve necessariamente ser composto por informações básicas, informações técnicas e informações auxiliares.[381] As informações básicas são principalmente informações de habilitação. Já as informações técnicas devem abranger uma

---

[380] Parte 15.603. (c).

[381] Parte 15.605. "Unsolicited proposals should contain the following information to permit consideration in an objective and timely manner:

(a) Basic information including—

(1) Offeror's name and address and type of organization; e.g., profit, nonprofit, educational, small business;

(2) Names and telephone numbers of technical and business personnel to be contacted for evaluation or negotiation purposes;

(3) Identification of proprietary data to be used only for evaluation purposes;

(4) Names of other Federal, State, or local agencies or parties receiving the proposal or funding the proposed effort;

(5) Date of submission; and

(6) Signature of a person authorized to represent and contractually obligate the offeror.

(b) Technical information including—

(1) Concise title and abstract (approximately 200 words) of the proposed effort;

(2) A reasonably complete discussion stating the objectives of the effort or activity, the method of approach and extent of effort to be employed, the nature and extent of the anticipated results, and the manner in which the work will help to support accomplishment of the agency's mission;

(3) Names and biographical information on the offeror's key personnel who would be involved, including alternates; and

(4) Type of support needed from the agency; e.g., Government property or personnel resources.

(c) Supporting information including—

(1) Proposed price or total estimated cost for the effort in sufficient detail for meaningful evaluation;

(2) Period of time for which the proposal is valid (a 6-month minimum is suggested);

(3) Type of contract preferred;

(4) Proposed duration of effort;

discussão razoavelmente completa sobre os objetivos da proposta, o método de aproximação, a amplitude do esforço que será empregrado e como o trabalho irá auxiliar no alcance da meta da Agência, entre outros.

As informações auxiliares envolvem preço proposto ou estimado em detalhe suficiente para avaliação, período de validade da proposta, dados técnicos sobre a experiência da proponente, informações sobre impactos ambientais e eventuais confitos de interesse existentes.

É interessante observar que o FAR admite expressamente a existência de contatos preliminares antes da elaboração ou da submissão da proposta não solicitada. Para tanto, a Agência deve disponibilizar uma série de informações sobre a aceitação de unsolicited proposals e de como elas devem ser apresentadas às Agências.[382]

---

(5) Brief description of the organization, previous experience, relevant past performance, and facilities to be used;

(6) Other statements, if applicable, about organizational conflicts of interest, security clearances, and environmental impacts; and

(7) The names and telephone numbers of agency technical or other agency points of contact already contacted regarding the proposal".

382 Parte 15.604. (a) "Preliminary contact with agency technical or other appropriate personnel before preparing a detailed unsolicited proposal or submitting proprietary information to the Government may save considerable time and effort for both parties (see 15.201). Agencies must make available to potential offerors of unsolicited proposals at least the following information:

(1) Definition (see 2.101) and content (see 15.605) of an unsolicited proposal acceptable for formal evaluation.

(2) Requirements concerning responsible prospective contractors (see Subpart 9.1), and organizational conflicts of interest (see Subpart 9.5).

(3) Guidance on preferred methods for submitting ideas/concepts to the Government, such as any agency:

upcoming solicitations; Broad Agency Announcements; Small Business Innovation Research programs; Small Business Technology Transfer Research programs; Program Research and Development Announcements; or grant programs.

(4) Agency points of contact for information regarding advertising, contributions, and other types of transactions similar to unsolicited proposals.

(5) Information sources on agency objectives and áreas of potential interest.

(6) Procedures for submission and evaluation of unsolicited proposals.

(7) Instructions for identifying and marking proprietary information so that it is protected and restrictive legends conform to 15.609".

Existe no procedimento uma decisão preliminar, em que é avaliado o preenchimento de requisitos mínimos.[383] Essa decisão deve ser fundamentada, inclusive quando envolva a rejeição de alguma proposta.[384]

***– United States Code Service – Title 41. Public Contracts*[385]**

Solicited Proposals. É um procedimento assemelhado ao PMI, em que a Agência noticia/divulga a intenção de realizar uma licitação futura ("*notice of solicitation*") e solicita manifestações ("*submitting bids and proposals*"), dentro de um determinado prazo, antes que a licitação seja feita.

Em alguns casos, em que há a exigência de notificação prévia, esta deve conter:[386] descrição detalhada do bem ou serviço; descrição suficiente e que não tenha o condão de restringir a concorrência; informação sobre os dados técnicos que serão necessários para responder à solicitação; e, dados da Agência executiva responsável.

A notificação deverá ser publicada por meio eletrônico, de modo a permitir o acesso universal e conveniente.[387]

O prazo para apresentação da proposta deverá ser suficiente, de modo a permitir que os potenciais ofertantes tenham oportunidade

---

383 Os requisitos estão estabelecidos na Parte 15.606-1 (a).

384 15.606-2 (a) "Comprehensive evaluations shall be coordinated by the agency contact point, who shall attach or imprint on each unsolicited proposal, circulated for evaluation, the legend required by 15.609(d). When performing a comprehensive evaluation of an unsolicited proposal, evaluators shall consider the following factors, in addition to any others appropriate for the particular proposal:

(1) Unique, innovative, and meritorious methods, approaches, or concepts demonstrated by the proposal;

(2) Overall scientific, technical, or socioeconomic merits of the proposal;

(3) Potential contribution of the effort to the agency's specific mission;

(4) The offeror's capabilities, related experience, facilities, techniques, or unique combinations of these that are integral factors for achieving the proposal objectives;

(5) The qualifications, capabilities, and experience of the proposed principal investigator, team leader, or key personnel critical to achieving the proposal objectives; and

(6) The realism of the proposed cost".

385 41 USCS ß 1708.

386 ß 1708 (c) – *Contents of notice.*

387 ß 1708 (d).

razoável para responder.[388] A agência executiva deverá garantir que cada oferta submetida dentro do prazo será analisada e considerada pelos agentes de contratação.[389]

B) CALIFÓRNIA/CA

A legislação do Estado da Califórnia[390] admite a aceitação de *unsolicited proposals* (UP), sendo que sua definição é dada por exclusão;[391] e também admite propostas solicitadas, como, por exemplo, o setor de transporte,[392] que admite as duas modalidades de *Manifestações de Interesse*.

No setor de educação,[393] a legislação da Califórnia admite procedimento flexível de contratação a partir da oferta de projetos. Esse procedimento exige a realização de pré-qualificação com a criação de listas para a concepção e construção do objeto ("*design-build*").

Os pré-qualificados poderão ofertar propostas que terão uma avaliação final. Os pedidos de qualificação realizados pelos distritos escolares devem conter: (i) a identificação do escopo básico e necessidades do projeto ou contrato, a faixa de custo esperada, a metodologia que será usada pelo distrito escolar para avaliar

---

388 ß 1708 (e) – *Time limitations.*

389 ß 1708 (f) – "Consideration of certain timely received offers. An executive agency intending to solicit offers for a contract for which a notice of solicitation is required to be posted under subsection (a)(1) shall ensure that contracting officers consider each responsive offer timely received from an offeror".

390 Analisou-se os seguintes documentos: (i) "Código de Regulação"; (ii) "Código de Educação"; (iii) "Código de Alimentos e Produtos Agrícolas"; (iv) "Código do Governo"; (v) "Código de Saúde e Segurança"; (vi) "Código de Recursos Públicos"; (vii) "Código de Ruas e Avenidas"; (viii) "Código de Instituições e Bem-estar Social".

391 Parte § 5400 "Definitions (pp) 'Unsolicited proposal' means an application for a project which is not described by any of the categories defined in Section 5400(ee)(1)-(5) of the definition of program área: § 5400. Definitions (ee) 'Program area' means one of the following categories which describe the purpose of a project: (1) cooperative research; (2) consortium development; (3) consortium technology transfer; (4) entrepreneurial business development; (5) technology transfer innovation; or (6) unsolicited proposal".

392 21 CCR 2209 (2016) utilizado, por exemplo, na instalação de áreas de descanso nas rodovias (acostamento); ou para instalar ou construir, usar ou operar mostras agrícolas nas encostas das rodovias [21 CCR 2208 (2016)].

393 §17250.25 (2016).

as propostas, o procedimento para a seleção final da entidade de construção, entre outros; (ii) fatores significativos que o distrito escolar razoavelmente espera considerar na avaliação de qualificações, incluindo conhecimentos técnicos de projeto e construção; e, (iii) modelo padrão de solicitação de declarações de qualificações preparadas pelo distrito escolar.

Podem ser solicitadas revisões de propostas e negociações com os proponentes, assim como no procedimento do FAR. Os critérios de avaliação serão aqueles constantes da solicitação e devem considerar como elementos mínimos: (i) preço, a menos que seja especificada uma soma estipulada; (ii) especialização técnica e construção; (iii) custo do ciclo de vida ao longo de 15 ou mais anos.[394] O contrato será assinado com aquele que apresentar proposta que melhor atenda ao critério de melhor benefício público.[395]

Já no Código de Saúde e Segurança há a possibilidade de solicitação de propostas para contratos em geral e para a aquisição de seguro ambiental.[396] As solicitações de propostas, que devem ser emitidas pelo Departamento Administrativo,[397] devem ter os seguintes elementos mínimos: (i) as metas e os objetivos de todo o programa; (ii) a identificação da faixa mínima específica de serviços a serem adquiridos relacionados a esses objetivos; (iii) as medidas quantitativas e qualitativas que serão utilizadas pelo departamento para avaliar os resultados do serviço; (iv) os critérios específicos e a descrição da metodologia e cronograma que serão seguidos para revisar e aprovar lances; e (v) todos os padrões mínimos de desempenho que devem ser cumpridos antes da aprovação direta do contrato de serviço.[398]

Fora isso, há a previsão não detalhada da possibilidade de RFP no Código do Governo,[399] Código de Agricultura e Alimentos,[400]

---

394 §17250.25 (2016) (1).

395 §17250.25 (2016) (4).

396 Para este último, a referência é Cal Health & Saf Code § 25395.41 (2016).

397 Cal Health & Saf Code § 38011 (2016).

398 Cal Health & Saf Code § 38033 (2016).

399 Parte §8334.

400 Parte §3332.5 (2016).

entre outros. Da mesma forma, não há detalhamento sobre a decisão administrativa na maior parte dos normativos.

C) FLÓRIDA/FL

A legislação do Estado da Flórida[401] prevê a aceitação e a possibilidade de elaboração de propostas com entidades privadas para a construção, exploração, propriedade ou financiamento de rodovias, pontes, sistemas de transporte multimodal, entre outros. Antes da aprovação, a autoridade deve determinar que um projeto proposto: (i) é de interesse público; (ii) não utilize recursos públicos, salvo se promover maior mobilidade do sistema rodoviário estadual; e, (iii) eventuais custos adicionais ou interrupções desnecessárias não serão arcados pelos usuários.[402]

Deve-se observar o destaque dado à publicidade previsto no normativo, na medida em que estabelece que deve ser publicado em jornal de circulação geral pelo menos uma vez por semana, durante 2 semanas, que se fez solicitação de propostas ou recebeu uma proposta não solicitada, abrindo oportunidade para aceitação de proposta de mesmo objeto por prazo determinado.[403]

Depois de apresentadas as propostas, o governo irá classificá-las de acordo com sua ordem de preferência e passará a negociar com o proponente da proposta classificada em primeiro lugar e seguirá a ordem de classificação para as negociações, caso não chegue a um consenso com o primeiro qualificado.

No caso de formalização da contratação, é possível a cobrança de tarifas dos usuários, mas estas devem ser módicas e estar sob regulação da Agência responsável.

---

401 Foi avaliado o Código Administrativo.

402 Fla Stat. §349.22 (2016) (1).

403 Parte 14-107.0011.

D) NOVA YORK/NY

A legislação do Estado de Nova York[404] prevê a realização de request for proposals (RFP) em alguns setores, como, por exemplo: transportes regionais e de metrô[405] de Niagara Frontier, Buffalo, balsa e transportes aéreos;[406] redes de transmissão elétrica;[407] serviços de arquitetura, engenharia e pesquisa ("surveying services")[408] e contratação de organizações sem fins lucrativos.[409]

Os detalhamentos dos procedimentos são feitos pelas Agências estatais responsáveis. Da mesma forma, a legislação analisada não estabelece parâmetros sobre a tomada de decisão, nem sobre os procedimentos correlatos.

E) PENSILVÂNIA/PA

Analisando-se a legislação do Estado da Pensilvânia,[410] verifica-se que há previsão da realização de RFP para a contratação de serviços jurídicos;[411] equipamentos, móveis, artigos de papelaria, suprimentos e outros.[412]

No caso da solicitação de propostas, é necessário que se obedeça a uma ou mais das seguintes condições: (i) que a proposta seja suficientemente precisa, dando subsídio para uma interpretação inteligível; (ii) que as compras versem sobre compra de material perecível, bens e serviços cujos preços estejam estabelecidos em lei, bem como para a aquisição de itens ou equipamentos de alta

---

404 Analisou-se o Código Administrativo de Nova York.

405 21 NYCRR §1159.4 (2016).

406 NY CLS Gen Mun §103 (2015).

407 NY CLS Pub A §1020-cc (2016).

408 NY CLS St Fin §136-a (2016).

409 NY CLS St Fin §179-q (2016).

410 Analisou-se o Código Administrativo e o Estatuto da Pennsylvania, entre outras legislações que não se mostraram proveitosas ao objeto desta pesquisa.

411 4 Pa. Code §1804.

412 4 Pa. Code 69.1.

volatilidade mercadológica; e/ou, (iii) para pesquisas experimentais ou em desenvolvimento.[413]

Podem ser realizadas negociações de preços. A avaliação será baseada em fatores técnicos e na avaliação de preços, e nenhum outro critério poderá ser estabelecido se não constar da solicitação de proposta.

Já o Estatuto da Pensilvânia admite a apresentação de RFP para as atividades prestadas por profissionais liberais, tais como: advogados, dentistas, médicos e outros. Para tanto, será necessária a realização de qualificação.[414]

F) ILLINOIS/IL

Não foram identificadas normas com os termos de pesquisa adotados. Por essa razão, passa-se a avaliar o sexto Estado do ranking: Texas/TX.

G) TEXAS/TX

A legislação do Estado do Texas[415] prevê a realização de request for proposals (RFP) para serviços de consultoria e aquisição de materiais, suplementos e serviços em geral,[416] serviços médicos,[417] corretores de imóveis e serviços arquitetônicos,[418] design-build contracts,[419] transporte público,[420] água,[421] entre outros.

---

413 4 Pa. Code 69.9.

414 62 Pa.C.S §518 (2016).

415 Foram analisados o Código Administrativo do Texas; o Código dos Transportes do Texas; o Código do Governo Local; o Código de Águas do Texas; Texas Tech University.

416 10 TAC ß 37.211.

417 25 TAC ß 37.211 (2016).

418 43 TAC §9.84 (2016).

419 43 TAC §9.152 (2016).

420 43 TAC § 31.36 (2016)

421 Tex. Water Code §60.405 (2016).

Essas normas aceitam também unsolicited proposals em projetos de rodovias, os quais também admitem, em alguns casos, propostas solicitadas.[422]

A legislação analisada não estabelece parâmetros sobre a tomada de decisão, nem sobre os procedimentos correlatos.

[422] 43 TAC § 27.1 (2016) c/c Tex. Transp. Code § 223.203 (2016) e 43 TAC § 27.4 (2016). Neste último documento, que admite a apresentação de RFP, fica prevista a possibilidade de a Administração adotar as seguintes decisões discricionárias: rejeitar todas as propostas, modificar a solicitação e começar o procedimento novamente ou tentar negociar com o segundo melhor proponente, caso a primeira seja frustrada por qualquer razão.

SEGUNDA PARTE
DIAGNÓSTICO NECESSÁRIO

5 DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS

(5.1) Entre problemas teóricos e práticos; (5.2) Da contratação na sequência de PMI e MIP.

Até então, foram perpassadas as razões pelas quais o instituto das *Manifestações de Interesse* foi criado e se desenvolveu, tanto no Brasil como no exterior, e a tendência atual a uma crescente aproximação entre os setores público e privado, especialmente por meio de mecanismos de participação.

Por uma perspectiva dos pressupostos normativos, foi possível observar as características gerais das *Manifestações de Interesse* e, nomeadamente, aquelas que, de alguma forma, se vinculam às decisões que compõem o procedimento.

A partir de agora, é preciso avançar para o diagnóstico dos desafios que permeiam o tema, sejam eles de ordem teórica, sejam empíricos, a fim de se alcançar a proposição a que se dedica esta pesquisa.

Em verdade, esses desafios acabam por figurar como entraves ao desenvolvimento das *Manifestações de Interesse*, ou seja, entraves à efetivação de todas as vantagens premeditadas para o instituto e, por consequência, para o desenvolvimento de infraestruturas e outras obras e serviços de interesse da sociedade.

Tal análise se mostra de extremo relevo, especialmente se se considerar que as parcerias com entes privados, concessões, PPP e outras formas de contratação consensuais estão como uma das agendas principais dos governos atuais ou de governantes recentemente eleitos no país. Tudo numa tentativa de alavancar o aprimoramento da infraestrutura necessária ao desenvolvimento das cidades, Estados, bem como do País.

Além disso, é relevante para que se possa aprimorar também a utilização das *Manifestações de Interesse* e a sua conversão em processos licitatórios e em contratações efetivas, o que hoje não é uma realidade no Brasil.

Como exemplo, vale referenciar a análise mais recente do IFC, que indicou que, de 2010 a 2014, dos 162 PMI publicados,[423] e vinculados a PPP, apenas 28% chegaram à consulta pública; 21% viraram editais publicados e, tão somente, 12,3% resultaram em contrato assinado.[424]

Todas essas pesquisas demonstram claramente que há, no modelo vigente, um problema estrutural que está gerando a ineficiência dos procedimentos relacionados às *Manifestações de Interesse*. Mas o que causa essa baixa conversão dos procedimentos em licitações e, por consequência, em contratos? Certamente a causa não é única.

Alguns autores se dedicaram a tentar entender as causas raízes existentes nos procedimentos, bem como apontaram deficiências normativas, o que doravante será analisado mais detalhadamente.

Feito esse diagnóstico, passa-se a avaliar aquela que, para nós, pode ser a grande fonte de aprimoramento das *Manifestações de Interesse*, qual seja, a melhoria tanto das decisões existentes no âmbito das *Manifestações de Interesse*, quanto dos procedimentos necessários para alcançá-las.

5.1 Entre problemas teóricos e práticos

Muitos são os debates que orbitam os temas das *Manifestações de Interesse*. Alguns já foram pincelados até aqui, alguns serão

---

423 Os autores deste capítulo da pesquisa ressalvam que, "Entretanto, apesar do significativo número de PMIs publicados, poucos foram os projetos cujos contratos de concessão foram realmente assinados. Especificamente em relação aos projetos formatados como PPPs, dos 162 PMIs iniciados entre 2010 e 2014, apenas 46 (28%) chegaram à fase de consulta pública; 34 (21% resultaram em editais publicados); e 20 (12,3%) em contratos assinados (...)" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. IFC – *International Finance Corporation.* p. 18. Disponível em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81443e004b76437cac08fd08bc54e20b/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 8 abr. 2016).

424 A pesquisa do PPP Brasil, publicada em setembro de 2012 e atualizada em junho de 2013, também conclui pelo insucesso do uso dos PMIs em âmbito estadual: dos 39 editais publicados em 2012, apenas 1 alcançou a fase de licitação (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*. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relatório-sobre-os-pmis-nos-estados-0>. Acesso em: 8 abr. 2016).

abordados de forma mais pormenorizada e outros serão introduzidos. Alguns dos problemas são objeto de discussões teóricas e outros já podem ser identificados em casos práticos.

Nesse sentido, uma ponderação é necessária em relação às fontes dos problemas identificados nas *Manifestações de Interesse* e, a partir de então, retratados. Exceto por algumas iniciativas privadas,[425] inexiste uma compilação das experiências de *Manifestações de Interesse* e ainda é bastante difícil encontrar dados organizados sobre esses procedimentos já realizados em cada um dos órgãos ou entidades que conduziram tais procedimentos.

A formação de bases de dados é, inclusive, uma das propostas que se faz em alguns dos problemas identificados, o que será tratado mais adiante. Com isso, os problemas e observações relatados aqui são fruto de comentários e debates já realizados pelos estudiosos dos assuntos das PPP e das *Manifestações de Interesse*.[426]

Embora muitos desses problemas acabem se conectando[427] de alguma forma, serão analisados um a um, buscando unir os pontos em comum destacados pela doutrina e as sugestões feitas para remediá-los ou mitigá-los. Neste ponto, será exposta posição crítica em relação aos problemas e a essas sugestões.

5.1.1 As Manifestações de Interesse e os contratos de longa duração

Este item serve mais como uma constatação do que propriamente como um problema. Como se pôde observar, a legislação brasileira sobre as *Manifestações de Interesse* está voltada, nomeadamente, para as modalidades contratuais mais complexas e que envolvem um maior prazo de vigência, como as concessões comuns e as PPP.

Embora existam procedimentos assemelhados e que se destinam a formas de contratação mais simples ou, mesmo, a uma

---

425 Por exemplo, os portais na internet PPP Brasil e Radar PPP.

426 Vale destacar que, nos últimos cinco anos, vê-se muitos estudiosos escrevendo sobre o assunto das *Manifestações de Interesse*, em especial sobre a interligação desses procedimentos às PPP. Para se ter uma lista completa de referências de artigos e livro sobre as *Manifestações de Interesse*, ver a bibliografia aposta no final desta tese.

427 A ideia é avaliar os problemas relatados no Brasil.

mera autorização para a realização de alguma benfeitoria num dado espaço público, são nos contratos mais complexos que existem as maiores oportunidades de aprimoramento do instituto.

Nesses casos, a doutrina aponta que o estabelecimento de uma relação mais duradoura leva a Administração Pública a preferir a contratação quando esta ocorre com contratados já conhecidos.

Nessa esteira, quando são realizadas *Manifestações de Interesse* sem a vedação da participação futura dos proponentes na licitação, é facilitada a aproximação entre o órgão licitante e o particular, potencial vencedor da licitação subsequente.

A doutrina alega que a falta de proximidade entre contratante e contratado acaba por dificultar o diálogo e a predisposição para solução dos problemas que surgem ao longo da contratação,[428] especialmente nos primeiros anos de execução do contrato.

O estudo do IFC afirma que, quando se desconhece o contratado previamente, isto é, quando há uma falta de confiança por parte da Administração, muitos dos problemas que surgem no curso do contrato fazem com que este se desfaça antes mesmo de se desenvolver.[429]

Essa situação deve ser evitada, já que representa o desperdício de recursos públicos além da perda significativa de tempo, que é um *asset* importante no desenvolvimento de obras e serviços, especialmente os de infraestrutura.

É claro que essa relação de proximidade deve estar sempre pautada pelos parâmetros legais, preservando o interesse dos demais concorrentes, e objetivar a melhor governança pública em relação à obra ou serviço em questão.

---

428 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 16 e ss.

429 "Mesmo com a possibilidade de se exigir atestado de qualificação técnica para fins de habilitação, sempre há o risco de o vencedor ser um desconhecido que não goza da confiança do gestor público. Entretanto, na modelagem de PPPs e concessões comuns, a administração tende a preferir um parceiro confiável, escolhido com certa liberdade. Sem essa clareza, muitos projetos morrem antes de nascer ou padecem de descontinuidade" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 16).

5.1.2 Natureza jurídica do vínculo entre Administração Pública e interessados nas Manifestações de Interesse

Outro ponto de debate é acerca da natureza jurídica da relação estabelecida entre a Administração Pública e os possíveis interessados nas *Manifestações de Interesse*.

O art. 21 da Lei n. 8.987/1995, como já exposto anteriormente, prevê que os estudos, investigações, levantamentos, entre outros, vinculados à concessão, podem ser realizados pelo próprio poder concedente ou com sua *autorização*.[430]

Na mesma linha, vários Decretos que regulamentam tal prerrogativa, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, estabelecem como fase do procedimento de *Manifestação de Interesse* a "autorização"[431] para apresentação de projetos ou, como estabelecia a MP n. 727/2016, a "autorização de estudos", com direito a procedimento específico (Procedimento de Autorização de Estudos – PAE), o que acabou por ser adotado também no Estado de Rondônia, pelo Decreto n. 21.101/2016, que dispõe sobre o *Procedimento de Autorização de Estudos – PAE no âmbito da Companhia de Água e Esgoto de Rondônia – CAERD, à prepara*ção de empreendimentos de infraestrutura no setor de saneamento.[432]

Apesar de os instrumentos normativos fazerem referência à "autorização" ou à "autorização de estudo", a doutrina vem debatendo se a relação estabelecida entre Administração Pública e entes privados, no âmbito das *Manifestações de Interesse*, se materializa por meio de uma autorização ou de um contrato.

---

430 "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".

431 Ver o art. 1º, § 4º, II, do Decreto Federal n. 8.428/2015 ou o art. 19-A do Decreto n. 2.889-R/2011 do Espírito Santo, com suas posteriores alterações: "Art. 19-A. Os interessados poderão formular a qualquer órgão ou entidade da Administração Direta e Indireta do Estado requerimento voltado a *receber autorização* para a apresentação de estudos, levantamentos, investigações, dados, informações técnicas, projetos ou pareceres sem que tenha havido prévia publicação do aviso previsto no art. 4º deste Decreto, observado o disposto neste artigo".

432 "Art. 8º A autorização para elaborar os estudos será pessoal e intransferível, devendo ser conferida em caráter de exclusividade, observando-se, para a sua expedição, o objeto e as demais condições do Edital de Chamamento Público (...)".

Alguns autores, como Mario José PACE JUNIOR[433] e Bruno Gazzaneo BELSITO,[434] defendem se tratar de uma autorização, a qual goza de natureza discricionária, unilateral e precária; já Maís MORENO entende que a autorização de estudos não se enquadra no conceito clássico de "autorização" e, por consequência, defende se tratar de contrato, sendo que essa autora suporta ser esse um contrato especial.[435] Já outros, como Dinorá Adelaide Musetti GROTTI e Mário SAADI, explanam o procedimento legal, sem, entretanto, adentrar no mérito da discussão sobre sua natureza jurídica.[436]

Os autores que defendem o conceito de autorização propriamente dita[437] sinalizam que a autorização conferida é um *ato administrativo*, *unilateral*, *discricionário* e *precário*. Essas autorizações se enquadrariam em uma das acepções admitidas por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO do conceito de autorização, no qual a Administração Pública faculta a prática de um ato ou o exercício material de uma atividade, já que, sem essa autorização, a prática do ato ou da atividade seria legalmente proibida.[438]

O Ministro do TCU, Benjamin ZYMLER, explica que essa autorização se configura como uma atividade econômica de realização

---

433 PACE JUNIOR, Mario José. *O Processo de Manifestação de Interesse – PMI e o devido processo legal.* Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) para obtenção do Título de especialização em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação da PUC-COGEAE, sob a orientação do Professor Ms. Alexandre Levin. São Paulo, 2013, p. 47 e ss.

434 BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro* cit., p. 63.

435 MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 73.

436 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. O Procedimento de *Manifestação de Interesse* cit., p. 157 e ss.

437 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 221 e ss.

438 Essa é uma das três acepções admitidas pela Autora e aquela que mais se assemelharia à autorização de estudo conferida nas *Manifestações de Interesse*. É possível entender a divisão feita por Maria Sylvia na definição geral que faz de autorização: "ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seria legalmente proibidos (autorização como ato de polícia)" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 234 e ss.).

de serviços técnicos, na forma do art. 170 da Constituição Federal,[439] a qual depende de lei, já que existe um interesse público envolvido.[440]

Nessa linha, Mario José PACE JUNIOR defende que a denominada "autorização" de estudos das *Manifestações de Interesse* é realmente uma autorização, e explica: "a escolha dos interessados se dará no exercício da competência discricionária e de forma precária, uma vez que a mesma pode ser revogada a qualquer instante, bem como o interessado poderá desistir das atividades a qualquer momento".[441]

Muitos defendem que o estabelecimento de uma "autorização" foi propositado, por ter a intenção de prever uma forma mais flexível e alternativa ao regime contratual[442] já existente nos casos de contratação de consultorias, por exemplo.

Por outro lado, as principais críticas a esse modelo de autorização ocorrem justamente por sua precariedade, o que deixaria os interessados em participar dos estudos com uma grande insegurança jurídica vis-à-vis o grau de investimento financeiro e de riscos a que estão submetidos ao se disporem a colaborar com a Administração Pública.

A discricionariedade é, sim, uma característica presente na outorga de autorização de estudos das *Manifestações de Interesse*,

---

439 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)".

440 Acórdão TCU n. 1.155/14, nos autos do TC n. 012.687/2013-8, Plenário, Relator Ministro Weder de Oliveira, Voto do Ministro Benjamim Zymler: "(...) 10. Em primeiro lugar, ressalto que se trata de uma autorização cuja base constitucional se encontra no artigo 170, parágrafo único, da Carta Política, o qual prevê que 'é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.'; 11. Essa afirmação encontra respaldo no fato de se tratar do exercício de uma atividade econômica, consistente na realização de serviços técnicos, sob conta e risco do particular, a qual depende de lei porque existe um interesse público envolvido. Note-se que compete ao Estado promover o desenvolvimento da infraestrutura brasileira, com o fito de atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil relacionados no art. 3º da nossa Carta Política, em especial aquele relativo ao desenvolvimento nacional".

441 O autor ilustra sua explicação com o texto dos Decretos que trazem exemplos de revogação da autorização. Ver mais em PACE JUNIOR, Mario José. *O Processo de Manifestação de Interesse – PMI e o devido processo legal* cit., p. 49.

442 Ver mais detalhes em BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro* cit., p. 197.

se diferenciando, por exemplo, da licença, modelo no qual o direito subjetivo é conferido ao interessado apenas com o preenchimento dos requisitos legais.[443]

Ou seja, a licença é ato meramente declaratório, o que não pode ser admitido nas *Manifestações de Interesse*, já que é necessária a avaliação de conveniência e oportunidade da Administração Pública na realização dos estudos, especialmente no caso das MIP, em que a iniciativa parte do particular.

As legislações regionais que incorporaram a autorização exigem que o interessado apresente um requerimento para que a outorga seja avaliada. Decretos como o do Paraná, por exemplo, exigem que o interessado, em sua solicitação, descreva sua qualificação, a demonstração de sua experiência na realização de projetos, a necessidade pública que se pretende atender e a análise de viabilidade.[444] Já as legislações do Espírito Santo, Rio de Janeiro e Distrito Federal adicionam a exigência de detalhamento da atividade que se pretende realizar e respectivo cronograma.[445]

Isso significa que haverá uma análise de conveniência e oportunidade baseada nas informações constantes da solicitação de autorização para fins de atendimento aos interesses públicos envolvidos.

Exatamente em razão da precariedade envolvida que aqueles que não concordam com essa classificação defendem se tratar de uma relação contratual, já que envolvem direitos e deveres de ambas as partes ou, ao menos, deveria envolver.

Maís MORENO, por exemplo, contesta a caracterização da relação estabelecida como de autorização e se propôs a avaliar os elementos identificados pela doutrina administrativista[446] para tanto.

---

443 Para mais detalhes sobre a licença, conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 236.

444 Decreto n. 823/2012, alterado pelo Decreto n. 4.991/2016, art. 3º.

445 Decreto do Estado do Espírito Santo n. 2.889-R/2011, alterado pelo Decreto n. 3.138-R/2012, art. 19-A, §§ 1º e 2º; Decreto do Estado do Rio de Janeiro n. 45.294/2015, art. 12; Decreto do Distrito Federal n. 36.554/2015, art. 11.

446 A doutrina analisada pela autora para a conceituação é a obra *Direito administrativo moderno* da Professora Odete MEDAUAR.

A partir dessa análise, conclui que a natureza daquilo que se denomina na legislação como "autorização" ou "autorização para estudos" representa bem mais do que uma autorização propriamente. Trata-se, na verdade de contrato de natureza atípica.[447]

Em síntese, a autora defende que: (i) o desenvolvimento de estudos, por si só, não é atividade que dependa de autorização pública, ainda que envolva conteúdo de interesse público; (ii) a discricionariedade existente se limita à aceitação da realização dos estudos, sendo certo que, após aceito, há a expectativa de direito do autorizatário para que seu estudo seja apreciado; (iii) trata-se de relação precária e que pode ser revogada por interesse da Administração Pública; (iv) não se trata de ato unilateral, na medida em que a relação exige o estabelecimento de deveres por parte da Administração Pública, tais como a manutenção de diálogo, o fornecimento de informações relevantes para o desenvolvimento de estudos e análise do estudo proposto.[448]

Entende-se que, para melhor avaliação das figuras possíveis, é necessária uma separação entre os tipos de autorização de estudos possíveis. E isso porque, nos casos em que a autorização é conferida em caráter exclusivo e que se veda a participação do interessado na licitação subsequente, fica mais claro o estabelecimento de um objetivo comum entre as partes e a relação sinalagmática envolvida.

Já no caso mais comum, em que a autorização não é exclusiva, os autorizatários podem participar da licitação subsequente; há uma precariedade da relação; e a autorização não confere nenhum direito, além do direito de poder realizar o estudo e de ter a sua apreciação pela Administração Pública. Assim, esse revestimento contratual não se faz presente.

Na verdade, trata-se da própria transformação pela qual o instituto da autorização vem passando, ganhando caráter multifacetado, conforme estudado e explicado por Marina Cardoso FREITAS em sua dissertação de Mestrado:

---

447 MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 73.

448 Ver mais em MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 65 e ss.

> Pode-se concluir que a tentativa de conceituação das autorizações a partir de um hipotético regime jurídico único, de fato, não parece fazer sentido na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, parece-nos imperioso resgatar a análise do instituto a partir do tipo de função desempenhada, a partir da qual poderemos refletir acerca dos possíveis regimes jurídicos que lhe podem ser aplicados, bem como de seus limites.[449]

Assim, entende-se que a autorização conferida não tem natureza contratual, e é precária, unilateral e discricionária da Administração Pública. No entanto, apesar dessas características, não se pode admitir uma atuação irresponsável do agente público.

Para além disso, entende-se que a conferência da autorização é mais um momento decisório da Administração Pública no procedimento inerente às *Manifestações de Interesse*.

Dessa forma, e de modo a garantir a eficiência do procedimento em questão, a Administração Pública só deveria conferir essa autorização se conseguir vislumbrar que a atividade delineada na solicitação tem potencial de trazer benefícios e melhorias aos interesses públicos que se pretende tutelar e que o interessado tem capacidade, de acordo com suas experiências precedentes, de apresentar tal estudo.[450]

Tal ponderação se justifica no fato de que a produção e a entrega de estudos dessa natureza à Administração Pública oneram seu corpo técnico, exigem a manutenção de diálogos constantes com

---

449 FREITAS, Marina Cardoso de. *As autorizações administrativas no direito brasileiro*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Mestre. São Paulo, 2016, p. 67.

450 Ao comentar as disposições do Decreto Federal, Dinorá Adelaide Musetti GROTTI e Mário SAADI expõem a mesma preocupação: "Em vista de tais disposições, a Administração Pública Federal pretende autorizar a elaboração de projetos pelos interessados que demonstrem o mínimo de experiência técnica relativa ao objeto da potencial outorga e de conhecimento sobre os estudos e demais trabalhos a serem realizados. Há uma etapa de pré-qualificação técnica, por assim dizer, na qual deve ser apresentada a documentação suficiente a demonstrar a *expertise* do interessado e a seriedade do projeto que se pretende levar a cabo, com a indicação de escopo, desmembramento das atividades em etapas e prazo firme para a sua inclusão" (O Procedimento de *Manifestação de Interesse* cit., p. 157).

as entidades privadas autorizatárias e, às vezes, exigirá a contratação de especialista técnico para análise das propostas ou mesmo se valerá de outros órgãos ou entidades públicas. Isso significa dispêndio de recursos públicos.

5.1.3 Possibilidade de outorga única ou múltipla de autorização de estudos

A sistemática de autorização adotada nas *Manifestações de Interesse* no Brasil é baseada na ideia de concorrência entre estudos, de modo a fornecer mais insumos para que a Administração Pública possa tomar a decisão sobre a melhor modelagem para aquela determinada obra ou serviço público.

Com isso, além de poder exercitar a comparação, é admitido, ainda, que a Administração Pública possa escolher diferentes partes de estudos apresentados, desde que motive sua decisão e preveja o reembolso proporcional à parcela do estudo utilizada.[451]

Inspirados em práticas estrangeiras, alguns autores defendem a autorização única para que o privado autorizado desenvolva os estudos exclusivamente, tais como Dinorá Adelaide Musetti GROTTI e Mário SAADI,[452] Tarcila REIS e Eduardo JORDÃO.[453]

É claro que esse ente privado deveria ser selecionado mediante procedimento isonômico de solicitação de autorização, sendo esta conferida ao interessado que melhor preencha os requisitos técnicos e de qualificação exigidos.

A partir da solicitação de autorização apresentada pelos interessados, a Administração Pública avaliaria os documentos e informações trazidos à seleção e decidiria por aquele que melhor cumprisse a dinâmica, tudo isso de forma motivada, transparente e isonômica.

---

451 Tarcila REIS e Eduardo JORDÃO apresentam críticas a essa dinâmica, afirmando que, na prática, é algo disfuncional para a Administração Pública e acaba por transformar o projeto numa "colcha de retalhos" (A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 219).

452 O Procedimento de *Manifestação de Interesse* cit., p. 171 e ss.

453 Os autores defendem que essa seria a decisão mais acertada na maioria dos casos.

Como benefícios da autorização exclusiva, os defensores dessa possibilidade destacam, para o Poder Público: (i) o acompanhamento próximo e mais dialogado dos estudos a serem desenvolvidos pelo agente selecionado, o que permite revisões constantes e a realização de eventuais ajustes;[454] (ii) a necessidade de análise aprofundada de um só estudo, já que a prática vem demonstrando o interesse de muitos privados, o que torna muito onerosa[455] a tarefa de escolha da Administração Pública, a qual não tem *capacity* de estrutura e pessoal para avaliar todos os projetos e consolidá-los de forma simultânea;[456] e, (iii) caso o estudo não esteja se desenrolando da forma desejada pela Administração Pública, esta tem a faculdade de revogar a autorização ou mesmo decidir pela inadequação dos estudos sem que haja o dever de ressarcir o trabalho feito a descontento.[457]

Complementam, ainda, afirmando que a autorização múltipla não resolve o problema de risco de contaminação indevida do mercado, por meio do privilégio de um dos concorrentes, na verdade, "ela apenas posterga este problema no tempo".

Já para a iniciativa privada, os autores destacam: (i) seria mais atrativo para os agentes privados, na medida em que aquele que for selecionado não precisa competir com outros interessados;[458] e (ii) aquele que obtém a autorização de estudo tem mais certeza sobre o

---

454 Esse benefício é destacado por Dinorá Adelaide Musetti GROTTI e Mário SAADI (O Procedimento de *Manifestação de Interesse* cit., p. 172).

455 O estudo promovido pelo IFC traz a discussão do custo da Administração Pública na obtenção de diversos estudos: "É que o procedimento traz consigo custos elevados, pois envolve, antes da tomada de decisão, o processamento, a análise e a comparação de documentos e propostas distintas. Por essa razão, os custos de processamento serão tanto maiores quanto maior for a quantidade e complexidade de estudos elaborados pela iniciativa privada" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 22).

456 Tarcila REIS e Eduardo JORDÃO apresentam a crítica nesse sentido: "há o problema real da incapacidade operacional da Administração de avaliar e consolidar vários estudos. Os quadros da Administração Pública não têm condições operacionais de gerenciar muitos estudos ao mesmo tempo. A maioria das unidades de parcerias espalhadas pelo país não possui sequer meia dúzia de agentes públicos exclusivamente dedicados à estruturação de projetos" (A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 218-219).

457 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. O Procedimento de *Manifestação de Interesse* cit., p. 172-173.

458 Idem, p. 172.

seu ressarcimento, o que só não ocorrerá caso a Administração Pública rejeite o estudo apresentado ou revogue a autorização.[459]

Maís MORENO discorda dos argumentos apresentados e defende que a autorização múltipla tem o condão de trazer mais vantajosidade ao interesse público, visto que, "ao invés de diminuir o risco de contaminação indevida pelo mercado, pode potencializá-lo, na medida em que o Governo terá apenas um interlocutor proponente de alternativas e não poderá testar as ideias e as soluções que lhe forem ofertadas com demais interessados no projeto de forma detalhada".[460]

Em alguns casos, a obtenção de uma variedade de estudos pode realmente se mostrar contrária à "racionalidade e eficiência"[461] da atuação administrativa. Tal situação deve se apresentar notadamente naqueles casos em que o objeto de estudo seja mais comum ao órgão ou entidade conduzente.

Já em outras situações, a multiplicidade de estudos pode se apresentar mais proveitosa, especialmente nos casos em que a Administração Pública não tem muita sinalização de como desenvolver o projeto, ou está num impasse decisório sobre a melhor forma, ou mesmo quer sentir o apetite do mercado.[462]

Isso significa dizer que o melhor formato deveria ser objeto de decisão administrativa, conforme a conveniência e oportunidade do caso em questão. Ou seja, a Administração Pública poderia levar em questão: (i) o objeto da solicitação de estudos vis-à-vis o interesse público que se pretende atender; (ii) o tempo que tem para despender na estruturação daquele projeto; (iii) o custo estimado para a utilização de múltiplas fontes de estudo em relação à sua capacidade orçamentária e de pessoal; (iv) necessidade de testar o mercado; entre outros critérios que podem se apresentar relevantes no caso concreto.

Nesse mesmo sentido, o estudo do IFC conclui que:

---

459 Ibidem.

460 MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 177.

461 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 22.

462 Ver mais detalhes em REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 220.

> É uma competência da administração decidir pela conveniência e oportunidade de conferir autorização com base no art. 21 da Lei de Concessões e, por conseguinte, definir a quantidade de colaborações que irá estabelecer e quanto irá investir no acompanhamento e na análise dos estudos. Ao poder público, é lícito escolher a quantidade de particulares a serem autorizados a realizar estudos, desde que não o faça de maneira arbitrária.[463]

Esse último ponto destacado é realmente importante. A outorga única não pode ser utilizada como forma de privilegiar um agente privado em detrimento dos demais interessados. A escolha em prosseguir com a autorização única deve ser devidamente motivada, bem como a escolha do autorizatário.

Por essa razão, o estudo do IFC defende que seja possível a outorga de autorização única para aqueles casos em que haja a renúncia à possibilidade de participação na licitação subsequente.[464] Tal hipótese é interessante para o mercado de consultoria, que, em geral, não tem interesse em participar da licitação subsequente.

Da mesma forma, entende-se que vedar a participação na licitação subsequente deve ser uma escolha da Administração Pública,[465] especialmente naqueles casos em que o desenvolvimento do estudo pode gerar uma assimetria informacional no mercado.

---

463 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 22.

464 Na linha dessa conclusão, o Decreto Estadual de São Paulo, n. 61.371/2015, prevê: "Art. 17. (...) § 4º O destinatário de autorização exclusiva deverá apresentar declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, incluídos consórcios ou atividades de consultoria, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos.

§ 5º A vedação de que trata o § 4º deste artigo aplica-se, também, às sociedades controladoras, controladas, coligadas e subsidiárias da pessoa jurídica de direito privado destinatária de autorização exclusiva, bem como aos subcontratados, pessoas físicas e jurídicas, do autorizado".

465 Vide exemplo do Decreto Estadual da Bahia n. 16.760/2015, que faculta, em seu art. 11, a possibilidade de autorização única ou múltipla e prevê que o edital pode vedar ou não a participação na licitação subsequente.

5.1.4 Divisão do objeto do estudo nas Manifestações de Interesse

Bastante semelhante ao que se debateu no item anterior, Bruno BELÉM defende a possibilidade de cisão do objeto de estudo numa PMI, de modo a evitar o direcionamento de um complexo rol de modelagens que devem ser realizadas para uma concessão ou PPP, por exemplo, a um só agente privado.[466]

Dessa forma, defende-se ser melhor canalizar o objeto de estudo de acordo com as especialidades de cada agente público, a fim de evitar a "contaminação indevida da decisão administrativa pelos interesses do mercado".[467]

Maís MORENO critica essa posição, afirmando que a cisão exigiria mais esforços para a Administração Pública para conciliar todos os agentes privados e coordená-los para o mesmo objetivo na estruturação. Dessa forma, seria inevitável a ocorrência de inconsistências.

Adicionalmente às ponderações feitas por Maís MORENO, acrescenta-se que a divisão do objeto para diferentes agentes privados que atuem independentemente iria ocasionar o efeito "colcha de retalhos", mencionado por Tarcila REIS e Eduardo JORDÃO ao analisarem o uso parcial de estudos diferentes apresentados nas *Manifestações de Interesse*.[468]

Explique-se. No desenvolvimento segregado de modelagens jurídicas, ambientais, de engenharia, financeira, entre outras, seria praticamente impossível que cada agente, atuando de forma apartada, criasse soluções interligadas e que se alinhassem naturalmente entre si. Para que houvesse esse alinhamento, seria necessária a coordenação

---

[466] BELÉM, Bruno. O procedimento de *Manifestação de Interesse* como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, ano 12, n. 135, p. 6. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89096>. Acesso em: 11 nov. 2015.

[467] Essa terminologia é adotada por Maís MORENO. Ver mais em MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 175.

[468] Ver mais em REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 219.

administrativa, o que acabaria por fugir ao escopo das *Manifestações de Interesse*.

E isso porque os agentes privados estariam desenvolvendo estudos com base em moldes prontos e que obrigatoriamente teriam que se combinar entre si. Dessa forma, qualquer inovação avençada ficaria totalmente sem espaço nesse modelo.

Para a melhor estruturação de projetos dessa complexidade, parece ter mais sentido a existência de permissão administrativa para que o autorizatário subcontrate parcelas da estruturação a ser realizada, se responsabilizando pela entrega do estudo como um todo ou que os interessados possam solicitar autorização em consórcio.

Além disso, se a Administração Pública pretende atrair possíveis interessados em participar da futura licitação, decorrente dos estudos realizados, essa é a melhor forma de aproximar esses agentes privados.

Em contrapartida, tal solução pode desencorajar a participação direta das consultorias.[469] No entanto, estas continuam podendo participar enquanto membro do consórcio privado ou como subcontratado de eventual interessado no procedimento.

Outra possibilidade de divisão do objeto da estruturação de projetos é a Administração Pública submeter às *Manifestações de Interesse* apenas parcela da estruturação necessária, sendo a outra parte desenvolvida diretamente por seus agentes públicos ou, ainda, sendo objeto de análise de consultoria contratada por meio de licitação.

Não há disposição legal que impeça essa divisão. Contudo, espera-se que seja uma escolha consciente da Administração Pública, com vistas à obtenção de melhor racionalidade e eficiência para o alcance do(s) interesse(s) público(s) que se pretende atender.

---

[469] Numa análise inversa, Maís MORENO chega à mesma conclusão, apontando que a cisão do objeto de uma PMI tende a atrair mais consultorias: "no momento em que o poder público cogita cindir os estudos, é natural que as potenciais licitantes se afastem do projeto e que apenas as consultorias que estejam dispostas a comprar o risco de não ressarcimento manifestem o seu interesse no chamamento" (*A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 176).

5.1.5 Imprecisa definição do objeto do chamamento público

Alguns autores, como Bruno BELÉM, entendem que os chamamentos públicos necessitam de um detalhamento mais preciso do objeto do estudo pretendido pela Administração Pública.[470]

Esse detalhamento deveria contemplar os principais elementos a serem investigados durante o estudo, o que, em tese, ajudaria o poder decisório da Administração.

Por outro lado, Maís MORENO entende que um delineamento muito minucioso do chamamento público nas *Manifestações de Interesse* pode limitar as soluções a serem propostas pelos interessados privados, o que significa perda de inovação e aprimoramento.

Sugere, assim, que, em vez do detalhamento do objeto do estudo, a Administração Pública prefira delinear bem os resultados que se pretende alcançar.[471]

Vale observar que as legislações estabelecem que o chamamento público deverá dispor, no geral, sobre: escopo do projeto, diretrizes e premissas que orientem a elaboração, prazos, valor nominal máximo para eventual ressarcimento ou a contraprestação pública admitida, critérios de análise e avaliação, informações públicas disponíveis para a realização do projeto, exigência de análises jurídico-institucional, econômico-financeira, de impacto orçamentário; técnico-operacional; de impacto ambiental e de demanda, regras de interação entre os autorizados.

Julga-se correta a posição defendida por Maís MORENO, na medida em que previsão detalhada de como o estudo deve ser feito limita a oferta de soluções inovadoras e eficientes para a atuação administrativa.

---

[470] BELÉM, Bruno. O procedimento de *Manifestação de Interesse* como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura cit., p. 5.

[471] Nesse sentido, a autora destaca: "parece-nos mais importante que o Poder Concedente foque na **caracterização precisa dos resultados que espera obter com a realização do projeto**, ou seja, que especifique o interesse público que deseja ver atingido com a realização da PPP e não propriamente num descritivo detalhado dos estudos que pretende obter" (grifos originais) (MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 175).

A qualidade da decisão administrativa parece estar mais atrelada à entrega de bons estudos, ou seja, estudos que tragam boa estruturação de soluções técnicas e de mitigação de riscos.

Com isso, entende-se que a delimitação de parâmetros gerais e uma boa identificação dos objetivos pretendidos pela Administração Pública tendem a gerar essa melhor qualidade dos estudos e, por consequência, melhores decisões administrativas no procedimento.

Além disso, após expedida a autorização, a manutenção de um diálogo constante entre o corpo técnico da Administração, responsável pela análise dos estudos, e o agente privado autorizatário serve para o aprimoramento de eventuais assimetrias existentes.

5.1.6 Falta de capacidade institucional da Administração Pública

Uma das razões pelas quais a doutrina justifica a realização de *Manifestações de Interesse* é a falta de *capacity* da Administração Pública: seja orçamentária, de quantidade de equipes dedicadas, de *know-how* específico para a estruturação de todos os eixos necessários numa obra ou serviço de grande complexidade.[472]

Ocorre que a simples realização das *Manifestações de Interesse* não é, por si só, solução para a boa estruturação de um projeto. Para tanto, é necessário que o corpo técnico do órgão ou entidade esteja capacitado para conduzir o procedimento.

---

[472] Nesse mesmo sentido, já foi destacado anteriormente que: "no atual estágio de desenvolvimento da sociedade contemporânea, cada vez mais dinâmica e globalizada, não se pode mais conceber que o Estado consiga, sozinho, planejar e modelar do modo mais eficiente todas as diferentes e complexas formas ou alternativas de delegação de serviços em regime de colaboração com os particulares. Nem mesmo se pode cogitar que o Estado seja capaz de identificar de forma precisa todos os déficits de serviços públicos, de forma a atender às necessidades coletivas de modo mais eficiente e satisfatório.

Para imprimir maior permeabilidade à fase decisória, portanto, é preciso contar com a participação dos interessados ainda na 'fase interna' do procedimento de contratação pública, ou seja, nas próprias formulações técnica, jurídica, econômica e operacional que antecedem e fundamentam o Edital de concessão" (VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 191).

A falta dessa capacidade institucional[473] da Administração Pública na realização das *Manifestações de Interesse* pode ocasionar alguns problemas graves. O primeiro que deve ser destacado é o risco de uma análise imprópria ou incompleta, o que pode ocorrer desde a solicitação de autorização até a decisão final.

Da mesma forma, a falta de capacidade institucional favorece a ocorrência de falhas de coordenação no desenvolvimento da estruturação. E isso porque, durante o desenvolvimento dos estudos, é essencial o diálogo entre o autorizatário e a Administração Pública, com vistas a melhor amoldar os estudos aos objetivos de interesse público pretendidos.

A ocorrência desses riscos pode levar ao desperdício de recursos públicos,[474] do tempo da própria Administração Pública e do atendimento do interesse público almejado, já que a errônea estruturação do projeto levará à necessidade de ajustes posteriores.

Além disso, a capacidade decisória da Administração Pública, em qualquer das decisões envolvidas no procedimento, está diretamente ligada à capacidade de bem conduzir e bem avaliar os estudos produzidos. Sem uma adequada capacidade técnica, essa qualidade decisória será inalcançável.

Sem isso, o risco de captura de mercado da decisão administrativa é elevado, dada a assimetria informacional que pode existir entre os agentes privados e a própria Administração. Como já apontado em estudo anterior sobre o tema, em coautoria com Rafael Roque GAROFANO:

---

473 O termo é adotado por Juliana Bonacorsi de PALMA que, ao analisar dados de PMI realizadas no Brasil e a sua baixa efetividade, destaca que "os dados sugerem falta de capacidade institucional para lidar com projetos, dados, levantamentos e demais análises em tempo hábil para lançamento de edital de licitação de PPP" (Governança pública nas parcerias público -privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015. p. 139).

474 "Quando a empresa tem mais informação que o governo sobre o projeto, ela é capaz de obter rendas informacionais, definidas como lucros excedentes ao que teria se essa assimetria não existisse" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 19).

> (...) existem também dúvidas quanto à própria eficiência e legitimidade do procedimento de escolha do projeto, supostamente mais adequado aos fins de interesse público. E isto porque, talvez o mais grave risco dos Procedimentos de *Manifestação de Interesse* e de Propostas Não Solicitadas seja o direcionamento ou "captura" do interesse público pelo Particular, na medida em que os operadores econômicos tendem a apresentar soluções que melhor lhe beneficiam e não necessariamente beneficiem o interesse coletivo.[475]

Essa captura pode levar a benefícios indevidos a determinados particulares, bem como à quebra de confiança com os demais possíveis interessados do mercado naquele ou nos procedimentos subsequentes.[476]

Para evitar tais riscos, investir na capacitação dos agentes públicos que conduzem procedimentos dessa natureza é essencial. Só assim será possível identificar a ocorrência dessas tentativas de obtenção de vantagem indevida por parte dos particulares concorrentes.

Contudo, é preciso reconhecer a impossibilidade de ter um corpo técnico apto a avaliar todos os tipos de demandas e especificidades que surjam no curso de uma *Manifestação de Interesse*.

Nesse sentido, a Administração Pública pode sempre se valer da parceria com outros órgãos ou entidades do setor público ou, ainda, contratar a prestação de serviços de especialistas para auxiliar na avaliação dos projetos desenvolvidos, o que, em alguns casos, pode ser menos oneroso do que investir numa capacitação extremamente específica.

Maís MORENO comenta outra medida que pode auxiliar a minimizar essa disparidade informacional, sugerindo a criação de

---

475 VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 205-206.

476 Ver mais em BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/ PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro* cit., p. 109 e ss.

bancos de dados unificados e mesmo manuais de boas práticas de PPP,[477] por exemplo.

A ideia é contar com um maior nível informacional, o que hoje é uma dificuldade nos governos. É bastante desafiadora a missão de identificar informações centralizadas sobre estruturação de projetos e *Manifestações de Interesse*, mesmo nos sites dos governos na internet.[478]

Entretanto, vale ponderar que a criação de manuais e a compilação de bancos de dados não podem servir de vinculação às decisões administrativas nas *Manifestações de Interesse*, mas tão somente como referência de boas práticas.

Por fim, deve-se observar que entabular uma relação parceira com os agentes privados que se propõem a colaborar na estruturação de um projeto é promover a efetiva consensualidade e romper o clima de desconfiança[479] que ainda persiste nessas relações.

5.1.7 Risco do ressarcimento

O risco do ressarcimento é, na verdade, uma categoria ampla de problemas identificados. Nele estão englobados: (i) o risco de realização de estudo, sem o recebimento do ressarcimento; (ii) ressarcimento desproporcional aos custos incorridos; (iii) falta de correção monetária dos valores a serem ressarcidos; (iv) falta de previsão de compensação financeira pelo risco de não ressarcimento

---

477 Ver mais em MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 185 e ss.

478 BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro* cit., p. 287-288.

479 Sobre o tema, ver também SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 206 e ss.; MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 186-187. Juliana Bonacorsi de PALMA destaca: "Ainda não foi superada a postura adversarial entre Poder Público e particulares na elaboração dos projetos de PPP. A cultura de parceria, que determina maior horizontalização das relações entre Poder Público e iniciativa privada tendo em vista o escopo contratual comum, ainda que por diferentes motivações, ainda precisa ser solidificada na prática das PPPs" (Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP cit., p. 140).

inerente ao procedimento; (v) o ressarcimento pelo licitante vencedor como condição para a contratação subsequente.

Tais riscos acabam por desincentivar que possíveis interessados desejem contribuir com a Administração Pública no desenvolvimento de estudos. Assim, vê-se a oportunidade de a Administração Pública aprofundar as análises desses aspectos e repensar eventuais medidas que possam minimizar esses problemas.

Antes de adentrar propriamente nos problemas identificados pela doutrina, é válido destacar o que a legislação nacional regula em relação ao reembolso ou ressarcimento – nomenclatura adotada por alguns instrumentos normativos.

Em comum, a maior parte[480] das legislações que regulam as *Manifestações de Interesse* prevê:

a) Licitante vencedor é quem arcará com o ressarcimento daquele que elaborou os estudos, não recaindo nenhum custo sobre o órgão ou entidade realizador do procedimento;

Estabelecem percentuais máximos de reembolso, utilizando-se como base o custo do empreendimento ou serviço;[481]

b) Condicionam o pagamento do ressarcimento à atualização do projeto, em razão de adequações ou ajustes que se façam necessários por recomendações de órgãos de controle, contribuições advindas de audiência ou consulta pública, regulamentações, entre outros;

c) Vedam o ressarcimento no caso de perda da autorização de estudo pelo autorizatário;

d) Se os estudos forem utilizados parcialmente, o valor de ressarcimento deve ser proporcional à parcela efetivamente utilizada dos estudos;

---

480 É claro que as observações aqui trazidas não são comuns a todas as legislações federais, estaduais e municipais avaliadas, mas pode-se identificar um padrão consistente na maior parte delas.

481 No Decreto Federal n. 8.428/2015, por exemplo, esse percentual é de 2,5% do valor previamente estimado pela Administração Pública para os investimentos necessários à implementação/manutenção/operação, a depender do objeto da obra ou serviço em questão, durante o período de vigência do contrato (art. 4º, § 5º, II).

e) O valor sugerido pelo particular pode ser considerado excessivo pela Administração, que irá arbitrar novo valor, a ser aceito por escrito. Se o autorizatário não concordar com o valor de ressarcimento arbitrado, a Administração Pública não poderá utilizar o estudo já realizado.

Não foi identificado na pesquisa nenhum Estado ou Município, entre aqueles avaliados, que impedisse a realização do ressarcimento. Entende-se que o ressarcimento é importante para cobrir os custos incorridos pelo autorizatário, cujos montantes costumam ser elevados. Evita-se, assim, o locupletamento da Administração Pública em detrimento da oneração excessiva daquele que desenvolveu o estudo.

Nessa linha, também, alguns autores defendem a necessidade da realização de atualização monetária dos montantes de ressarcimento, tendo em vista o tempo decorrido entre o arbitramento do valor e o efetivo ressarcimento,[482] o qual ocorrerá apenas pelo vencedor da licitação, um pouco antes da assinatura do contrato.

Algumas legislações subnacionais já preveem essa atualização monetária dos valores, como é o caso do Distrito Federal,[483] dos Estados de Alagoas[484] e Rondônia[485] – todos estabelecem o Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo (IPCA) como base – e do Município de Curitiba,[486] que, por sua vez, não escolhe um índice de correção: este deverá ser estipulado no procedimento que der início ao PMI.

Adicionalmente, essa definição, como sustenta o estudo do IFC, pode ser feita também no edital de chamamento público nas *Manifestações de Interesse*.[487]

---

[482] Nesse sentido, Bruno Gazzaneo BELSITO explica: "Habitualmente, os editais de chamamento público não contêm disposição expressa sobre a atualização monetária do montante definido a título de ressarcimento. Como a regra é que a estruturação e licitação dos projetos sejam bastante demoradas, o autorizado, ainda que tenha tido seus estudos selecionados, tende a receber, ao final, um valor bastante depreciado em decorrência da variação inflacionária acumulada no período" (BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro* cit., p. 193).

[483] Decreto n. 36.554/2015, art. 27, § 6º.

[484] Decreto n. 16.879/2011, art. 23, § 2º.

[485] Decreto n. 21.101/2016, art. 1º, parágrafo único.

[486] Decreto n. 789/2013, art. 14, § 2º.

[487] Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 23.

Ora, usualmente os valores de ressarcimento já não correspondem aos montantes efetivamente gastos pelos autorizatários,[488] além de não considerarem o risco de não ressarcimento, o que será abordado melhor em seguida. Adicionar a isso a perda monetária do dinheiro no tempo significa potencializar o desinteresse privado na participação nas *Manifestações de Interesse*.

Outra crítica que se faz é a ausência de estipulação de um prêmio ou superávit que servisse como compensação pelo risco de não ressarcimento pelo autorizatário, de modo que ele seja justo, razoável e possa "restaurar o equilíbrio entre as partes".

Nesse sentido, o estudo do IFC defende que:

> faz sentido que o valor da recompensa a que o particular se habilita leve em consideração, desde logo, o risco, por ele assumido, de nada receber ao final, risco esse que é da natureza da relação. Nenhum ressarcimento, portanto, será justo, se não embutir uma compensação por esse risco, que é grande e sério. É correto incluir, portanto, um prêmio pelo risco.[489]

A autora acrescenta, ainda, que, se os estudos forem bem realizados, eles têm capacidade de gerar um valor bem maior à Administração Pública. Trilhando esse mesmo caminho, é interessante observar o Decreto do Estado de São Paulo, que estabelece uma

---

488 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. O Procedimento de *Manifestação de Interesse* cit., p. 170.

489 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 227. No mesmo sentido, Bruno Gazzaneo BELSITO aduz: "Nesse sentido, para fazer frente aos riscos elevados do procedimento, seria conveniente que a fixação dos valores de ressarcimento (tanto o valor divulgado no edital de chamamento como o valor fixado no ato de autorização) levassem em conta não apenas os custos efetivos a serem provavelmente incorridos pelo autorizado, mas também alguma espécie de superávit que possa adequadamente remunerar o trabalho desses particulares" (BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro* cit., p. 273).

remuneração variável com base na eficiência e na economicidade gerada pela modelagem desenvolvida.[490]

Esse é também um argumento utilizado pelo mercado de consultoria e que, em geral, não tem interesse em participar da licitação subsequente. Como essas empresas não têm outro ganho derivado do procedimento, como, por exemplo, serem contratadas para a sua execução, se sentem desestimuladas a participar das *Manifestações de Interesse* em função do risco existente.[491]

Concorda-se que o risco, de alguma forma, deve ser recompensado no valor de ressarcimento. Contudo, o critério estabelecido, para tanto, deve ser cuidadosamente pensado e razoável, já que onerará o custo da obra ou serviço futuro, o que, por fim, será arcado pela sociedade e pela Administração Pública.

O risco de não ressarcimento gera um outro risco indireto, que é a redução do investimento feito pelos autorizatários nos estudos realizados, devido à incerteza com a qual são obrigados a conviver. Com isso, aumenta-se a chance de recebimento de estudos com pouca qualidade, falhos e omissos, ou com falta de análises técnicas.

Para evitar esse risco, o estudo da IFC propõe ainda o esquema de *cost-sharing*, que consiste na previsão de ressarcimento de um percentual (cita o exemplo de 20% da remuneração original) para os casos em que há a realização dos estudos, sendo que estes são

---

490 Decreto Estadual de São Paulo n. 61.371/2015, art. 29.

"Art. 29. Os critérios de ressarcimento deverão constar expressamente do edital de chamamento público e ser fundamentados em prévia justificativa técnica, que poderá basear-se na complexidade dos estudos ou na elaboração de trabalhos similares, bem como em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

§ 1º Na fixação dos critérios de ressarcimento considerar-se-á: (...)

3. **a remuneração variável relativa aos ganhos de eficiência e economicidades a serem obtidos pela Administração Pública, de acordo com a modelagem que embasar a respectiva licitação**, tais como receitas acessórias, técnicas ou tecnologias alternativas e diferenciação nos projetos, mantido inalterado o objeto da parceria".

491 Maís MORENO discorda, afirmando que não é a finalidade do PMI fomentar esse mercado, e que as consultorias podem ser contratadas por outros meios. Ver mais em MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 119 e ss.

aprovados pela Administração Pública, mas acabam por não se efetivar por falta de interessados ou desistência posterior da Administração.[492]

O estudo sugere, também, que esse esquema seria mais factível nos casos de outorga de autorização única, dada a inviabilidade de ressarcimento de múltiplos autorizatários. O *funding* do ressarcimento poderia vir de fundos criados para esse tipo de situação.

Essa sugestão parece ser interessante e ajudaria a fomentar o mercado das *Manifestações de Interesse*. A sugestão pode ser complementada com a exigência de o estudo ficar à disposição de utilização futura pela Administração Pública, num prazo estabelecido. Caso o estudo fosse utilizado dentro desse prazo, o ressarcimento poderia ser complementado com a devida atualização monetária.

Outro pleito por parte das empresas de consultorias, e considerado como medida útil pelo estudo do IFC, seria a possibilidade legislativa de antecipação dos valores de ressarcimento pela Administração Pública ao autorizatário que tivesse seus estudos escolhidos.[493]

Essa é outra sugestão controversa, considerando a oneração aos cofres públicos, o que é um dos objetivos que se tenta evitar com as *Manifestações de Interesse*. Da mesma forma, até a efetiva licitação do projeto produzido pelo autorizatário, há mera expectativa de direito por parte deste. Caso a Administração Pública desista de levar a cabo a licitação, nenhum ressarcimento será devido.

Uma possibilidade existente é a utilização dos direitos creditórios de ressarcimento como garantia de operação de crédito no mercado financeiro. É claro que, dado o risco existente, a análise de crédito da instituição financeira tomará em conta o momento em que se encontra o procedimento – se já houve decisão administrativa de aprovação do estudo ou, mesmo, se já houve publicação de edital

---

492 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 200.

493 "Contudo, no regime legal atual, não é possível que o poder público remunere antecipadamente o privado pela modelagem completa de concessão, vindo a se ressarcir, no futuro, pelo reembolso feito pelo concessionário. A viabilização dessa ideia – útil para estimular o mercado de consultoria independente e para minimizar os riscos relacionados à futura licitação – depende de alteração legislativa" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 228).

de licitação – para mensurar o risco de performance desse direito creditório.

Nessa linha, há previsão legislativa expressa no sentido de autorizar a concessão dessa garantia, em cessão fiduciária,[494] autorizando a instituição financeira a assumir a posição do autorizatário no direito de recebimento do crédito.[495] Tal disposição confere mais segurança jurídica à garantia, o que, por sua vez, reflete na taxa de juros cobrada na operação financeira.

Outro aspecto defendido por Dinorá Adelaide Musetti GROTTI e Mário SAADI é que a Administração Pública deixe a critério dos interessados a definição do ressarcimento, o que deveria ser fundado na comprovação de custos. Aqueles que não se adequassem aos critérios da Administração Pública, poderiam ser glosados, "mediante a realização de auditoria da documentação apresentada".[496]

No sentido dessa sugestão, algumas legislações subnacionais desobrigam a Administração Pública de ressarcir custos, como é o caso do Estado do Mato Grosso,[497] condicionando o ressarcimento à observância de normas específicas. No caso de eventual glosa de custos específicos, pode-se gerar a necessidade de realização de auditorias específicas pela Administração Pública, bem como incrementa-se o

---

494 Lei n. 8.987/1995: "Art. 28-A. Para garantir contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros (...)". Esse dispositivo foi acrescido à norma em 2005, mediante a edição da Lei n. 10.931/2004. O conceito da cessão fiduciária poderia ser utilizado nas *Manifestações de Interesse* a partir do parâmetro análogo da previsão feita na Lei de Concessões.

495 Sobre a proteção e garantia de financiadores, ver a análise de Maurício Portugal RIBEIRO em sua análise sobre concessões e PPP (*Concessões e PPPs:* melhores práticas em licitações e contratos cit., p. 136 e ss.).

496 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. O Procedimento de *Manifestação de Interesse* cit., p. 170.

497 Decreto n. 926/2011, art. 15, II e parágrafo único: "Art. 15. A aprovação da *Manifestação de Interesse*, a autorização para a realização de estudos técnicos e o aproveitamento desses estudos não geram: (...)

II – para o Poder Público, a obrigação de ressarcir os custos incorridos, salvo disposição em contrário, ou de contratar o objeto do projeto de PPP.

Parágrafo único. Quando expressamente previsto no Procedimento de *Manifestação de Interesse* hipóteses de ressarcimento, reembolso indenização ou remuneração deverão ser observados as normas legais pertinentes".

risco de judicialização sobre esses itens da planilha de ressarcimento solicitada pelo autorizatários.

Em outras palavras, tal sistemática poderia onerar ainda mais a atividade da Administração Pública no desenvolvimento de *Manifestações de Interesse*, inflando seus custos de transação.

Vale destacar, ainda, que se concorda com o ponto de vista de Bruno Gazzaneo BELSITO, que propõe regras mais claras em relação ao ressarcimento.[498] Da mesma forma, o alinhamento prévio de estimativas de reembolso deve ser exercitado pela Administração Pública e pelo autorizatário, de modo a evitar a rejeição do valor arbitrado.

Veja-se que, caso ocorra a rejeição do valor arbitrado pelo autorizatário, a Administração Pública ficará impedida de se utilizar dos estudos desenvolvidos. Tal fato é a clara representação de desperdício do procedimento, do tempo da Administração Pública e para a realização da obra ou serviço pretendidos e, também, de recursos públicos.

Assim, esse tipo de desperdício deve ser evitado a todo custo. Nunca é demais repisar que tempo, corpo técnico interno, uso de infraestrutura pública e atraso na execução de obras e serviços de interesse público representam desperdício: "There is no such a thing as a free lunch".[499]

Outro ponto que é de simples implementação, e pode gerar maior segurança jurídica aos interessados em colaborar nas *Manifestações de Interesse*, é a previsão normativa e editalícia que condicione a assinatura do contrato, decorrente da licitação, ao pagamento pelo vencedor do ressarcimento àquele que elaborou os estudos.[500]

---

498 BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro* cit., p. 302.

499 "Não existe almoço grátis", em tradução livre. Conhecida expressão americana, de autoria atribuída ao economista Milton Friedman, que a utilizou em seus escritos de *Public Policy*.

500 Os Decretos de Pernambuco (Decreto n. 6.823/2012, alterado pelo Decreto n. 4.991/2016), Pará (Decreto n. 1.242/2015), Distrito Federal (Decreto n. 36.554/2015) e Mato Grosso do Sul (Decreto n. 14.360/2015), bem como o próprio Decreto Federal (Decreto n. 8.428/2015), são alguns dos normativos que impõem a obrigatoriedade da cláusula de ressarcimento do

5.1.8 Baixa conversão em licitação de Manifestações de Interesse realizadas

Um dos grandes desafios que os mecanismos consensuais das *Manifestações de Interesse* vêm enfrentando é a baixa conversão desses procedimentos em contratos efetivamente assinados.

O número de licitações que se seguem aos procedimentos é baixo e, menor ainda, é o de contratos assinados. Diz-se desafiador, pois é difícil constatar exatamente a causa raiz do problema, sendo que esta provavelmente é múltipla.

Embora esse seja, portanto, um problema mais amplo e que poderia abranger todos os problemas destacados neste capítulo, prefere-se explorá-lo isoladamente, de modo a trazer as constatações feitas pela doutrina e as sugestões ofertadas para sua pretensa resolução.

Para ilustrar o problema, o estudo da IFC diagnostica o aumento do número de PMI realizadas vis-à-vis o número de editais publicados e de contratos assinados em projetos de PPP: "Especificamente em relação aos projetos de PPPs, dos 162 PMIs iniciados entre 2010 e 2014, apenas 46 (28%) chegaram à fase de consulta pública; 34 (21%) resultaram em editais publicados; e 20 (12,3%) em contratos assinados".[501]

Seguindo a mesma linha, o site PPP Brasil divulgou por dois anos estudos realizados a partir dos dados que são coletados e compilados por eles. Nesses estudos, a conclusão a que se chega é exatamente a de que os procedimentos são realizados com êxito, atraem interessados, os quais produzem as estruturações necessárias, mas não passam à fase subsequente.

O estudo do IFC aponta duas principais razões para a baixa efetividade das *Manifestações de Interesse*: (i) custos transacionais elevados; e, (ii) "assimetria informacional e desalinhamento de incentivos".

---

estudo utilizado no edital da licitação. Ver mais em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 397.

501 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 18.

Como custo transacional, o estudo considera tudo aquilo que gera dispêndios para a Administração Pública no procedimento. E isso porque, muito embora uma das justificativas para se recorrer às *Manifestações de Interesse* seja exatamente o fato de o ônus financeiro recair, primeiramente, sobre o autorizatário e, num segundo momento, sobre o vencedor da licitação, não significa que a Administração Pública ficaria isenta de custos financeiros.

O estudo aponta que o formato tradicional adotado no Brasil para as *Manifestações de Interesse* assoberba a Administração Pública de estudos para analisar, comparar e decidir, o que eleva muito seus custos internos.

É por essa razão, inclusive, que alguns autores defendem a outorga de autorização única para alguns objetos, de modo a evitar o recebimento de inúmeras contribuições privadas e que, ao fim, acabam por não beneficiar o interesse público. É o que foi tratado em subitem *supra*.

Outro problema relatado é o fato de os estudos serem entregues de forma incipiente pelos autorizatários, ou seja, sem estar em condições de serem imediatamente utilizados pela Administração Pública, o que requer ajustes internos de adequação.

Essas adequações, por razões óbvias, envolvem custos que acabam sendo suportados também pela própria Administração Pública, sem contar com o aumento do tempo dispendido.[502] Em relação a esse ponto, a realização de diálogos constantes e mais próximos durante a elaboração dos estudos pode minimizar esse problema.

Desse modo, os estudos, quando concluídos, estarão mais aptos à imediata utilização pela Administração Pública, caso ela decida por prosseguir com a contratação.

---

[502] O estudo do IFC traz mais detalhes sobre o incremento desses custos: "Para analisar, completar e corrigir as informações e propostas apresentadas, o Poder Público é obrigado a rever os estudos apresentados, duplicando dispêndios e elevando o tempo médio para oferta de um projeto via licitação. Os custos de transação acarretados por esse processo são elevados e precisariam ser contabilizados na avaliação desse mecanismo da forma como está estruturado" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 158).

A segunda razão destacada pelo estudo do IFC para a baixa efetividade das *Manifestações de Interesse* é a assimetria informacional. Como já exposto em outros trechos da pesquisa, essa assimetria pode se revelar sob dois aspectos: (i) em relação aos demais entes privados eventualmente interessados em participar da licitação subsequente; e, (ii) em relação à própria Administração Pública.

Sob o viés dos demais *players*, possivelmente interessados em participar da licitação, estes gozam de menos informações do que aquele que elaborou o estudo e conhece mais profundamente os estudos.

Além disso, aquele que elabora o estudo e pretende participar da licitação dificilmente conseguirá se isentar totalmente de seu conteúdo.[503] O modelo delineado para a estruturação seguirá, naturalmente, o formato mais condizente com os negócios da estruturadora.

Isso significa dizer que as técnicas, insumos e tecnologias sugeridos para o estudo tenderão a ser aqueles que o autorizatário privado domina, o que pode dificultar a isonomia e a ampla concorrência na licitação que se segue.

Não se pode precisar o real motivo entre os apresentados *supra*, mas as pesquisas feitas em relação aos PMI relacionados aos projetos de PPP e concessões demonstram a tendência de que são as mesmas empresas autoras dos estudos, ou ao menos empresas do mesmo grupo econômico, que se sagram vencedoras da licitação:

> De uma listagem de 147 projetos de PPPs e concessões, foram localizadas informações sobre o autor dos estudos e a empresa vencedora da licitação em 53 projetos. Desse, foi possível constatar que 19 projetos foram elaborados diretamente por empresas interessadas em participar, direta ou indiretamente, da licitação da

[503] Nesse sentido, o estudo aventa essa hipótese: "quando quem elabora o projeto também pretende operar a PPP ou concessão, isso influi no conteúdo dos estudos que a empresa apresenta ao Poder Público. Em especial, ela buscará extrair rendas informacionais, que serão tão maiores quanto maior o grau de assimetria informacional" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 160.

> concessão. Desse montante, observa-se que em cerca de 80% dos casos, a empresa ou o grupo econômico responsável pelo desenvolvimento dos estudos foi vencedor da licitação.[504]

Além da constatação clara da dificuldade enfrentada pelos pesquisadores em identificar informações sobre os projetos, é empírico o sucesso daqueles que elaboraram os estudos na licitação.

E essa constatação direciona nossas conclusões para a existência de uma assimetria informacional que pode ser uma das principais causas da mortalidade dos projetos, objeto das *Manifestações de Interesse*, antes mesmo de seu efetivo nascimento.

Como já exposto no item anterior, a atual capacidade institucional da Administração Pública pode não permitir a identificação e o tratamento dessa assimetria informacional.

Da mesma forma, o autorizatário privado que tenha seu estudo escolhido será o detentor da maior parte da informação. Esse fato lhe faculta a possibilidade de controlar o nível de informação partilhada com a própria Administração Pública, bem como direcioná-la de acordo com seus interesses.

A Administração Pública, na maioria das vezes, com recursos restritos, não consegue acompanhar o patamar informacional e fica mais suscetível à captura privada.

Assim, para além das medidas propostas para o aprimoramento da capacidade institucional administrativa, a ampla transparência do procedimento e de seus atos pode ajudar a minimizar o problema. E isso porque o próprio mercado passa também a identificar a ocorrência dessas assimetrias e a requerer a sua correção.

---

504 Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 19.

5.1.9 Falta de transparência e dificuldade de um controle efetivo

Alguns autores relataram a ausência de transparência em procedimentos, nomeadamente estaduais e municipais. Como já mencionado anteriormente, é difícil identificar informações compiladas sobre as *Manifestações de Interesse* realizadas ou em curso.

Nesse sentido, vê-se que há oportunidades de melhorias na concretização do princípio da publicidade dos atos e documentos relacionados às *Manifestações de Interesse*, de modo a garantir a igualdade informacional dos participantes e permitir o exercício do controle interno e externo do procedimento.

O exercício da transparência deve ser realizado desde o primeiro ato que inaugure o procedimento, até o seu termo final,[505] tendo apenas como exceção os casos de sigilo.

Esse corolário ficou exposto na disposição do art. 21 da Lei n. 8.987/1995, em adição à clara previsão constitucional.[506] Para além dessa disposição, a Lei de Processo Administrativo também exige a divulgação oficial dos atos administrativos,[507] o que é reforçado na

---

[505] Maís MORENO destaca os principais atos que merecem ser objeto da transparência: "os pedidos de autorização que antecederam o chamamento público (quando for o caso); o chamamento público (também quando for o caso; na maioria das vezes, é); os pedidos de autorização; as negativas e as outorgas; os atos de prorrogações de prazos; os registros ou as atas das reuniões mantidas entre o Poder Público e os privados; os documentos solicitados pelo privado ao Poder Público para o desenvolvimento de estudos; os documentos produzidos pelos privados nos estudos; os pareceres técnicos da Administração sobre o projeto; o registro da consulta pública, da audiência pública, das manifestações dos órgãos de controle; as respostas oferecidas pelo Poder Público; o registro do lastro do apoio dado pelos privados para que o Poder Público formulasse suas respostas aos demais administrados na consulta e na audiência e aos órgãos de controle; o termo de recebimento dos estudos (provisório e final); o termo de encerramento do PMI com a fixação de valores para ressarcimento e indicação proporcional do aproveitamento dos estudos" (MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 178).

[506] Constituição Federal: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

[507] Lei n. 9.784/1999: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

maior parte das legislações específicas sobre as *Manifestações de Interesse* e pela Lei de Acesso à informação.[508]

Os meios disponíveis para a efetivação desse dever de transparência são os mais variados: desde a imprensa oficial, jornais de grande circulação, sites na internet e, até mesmo, uso de redes sociais. Para determinadas fases do procedimento, o uso complementar de consultas e audiências públicas pode ser uma boa solução para esse fim, assim como para coletar mais insumos do mercado.

Como bem destaca Mário SAADI,

> não se pode olvidar que é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, tal como preconizado pela Lei de Acesso à Informação (art. 5º). Cabe, portanto, aos órgãos e entidades do Poder Público assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação.[509]

Em outras palavras, as informações devem ser facultadas ao livre acesso dos interessados, de forma organizada e sem que haja

---

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição".

508 Lei n. 12.527/2011: "Art. 3º Os procedimentos previstos nessa Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública e com as seguintes diretrizes:

I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V – desenvolvimento do controle social da administração pública".

509 SAADI, Mário. *O procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Coleção Fórum Direito e Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 2, p. 99-100.

controle em relação à finalidade da informação que se pretende obter,[510] salvo as exceções de sigilo que devem ser protegidas.

Indo mais a fundo na questão, o exercício da transparência nas *Manifestações de Interesse* serve de mecanismo de escape ou de mitigação à captura do interesse público pelo mercado e à corrupção. Nesse sentido, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER expõe em detalhes os benefícios que resultam da transparência ativa da Administração Pública:

> Com transparência, as imoralidades diminuem, pois o risco de flagrante é maior. As ineficiências diminuem, pois (i) a coletividade, mais consciente dos meandros do procedimento, não ignora a responsabilidade que desponta da oportunidade de participar da formação das decisões; (ii) a publicidade do projeto, que é ampla, angaria mais participantes, facilita o acesso a financiamentos e a busca por parceiros comerciais; (iii) o procedimento recebe mais contribuições daqueles interessados na prestação eficiente daquela utilidade pública; (iv) aproximam-se, confrontam-se e harmonizam-se os interesses envolvidos, que são mais bem controlados. As arbitrariedades diminuem porque decisões bem fundamentadas passam a representar o mínimo; a exposição detalhada dos motivos, dos pressupostos fáticos e jurídicos, da compatibilidade com os valores e princípios constitucionais finalmente passa a ser pressuposto de legitimidade.[511]

Assim, a transparência deve ser vista também como um modo de salvaguarda do agente público decisor, na medida em que seus atos praticados e as motivações inerentes estarão fraqueados para o acesso de qualquer interessado, o que deixa "às claras" os procedimentos adotados e as razões justificadoras.

---

[510] Ver mais detalhes em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 209-210.

[511] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 211.

Nesse sentido, não se pode admitir a publicidade feita apenas como cumprimento de requisito legal, ou seja, "pro forma". A transparência dos atos deve ser um fim em si mesmo, de modo a garantir o amplo acesso informacional e o controle dos atos da Administração.

5.1.10 Dificuldade de escolha da proposta

A definição da melhor proposta é uma tarefa árdua que deve ser enfrentada pela Administração Pública nas *Manifestações de Interesse* e pode ser sintetizada em *decisão*.

Essa decisão ocorre essencialmente em dois momentos: (i) quando da(s) solicitação(ões) de autorização; (ii) após a apresentação dos estudos, aquele que será levado, eventualmente, à licitação e contratação.

A importância da decisão no processo das *Manifestações de Interesse* é de tal nota, que se tornou um dos cernes principais desta pesquisa, já que pode determinar o sucesso ou fracasso do mecanismo.

Assim, por ora, serão feitas as notas críticas apresentadas pela doutrina, bem como seus riscos e consequências e a análise pormenorizada desse momento decisório será deixada para os capítulos dedicados ao tema.[512]

Em (i), a escolha sobre quantas e quais solicitações de autorização de estudos serão outorgadas é uma decisão discricionária da Administração Pública, a qual deverá motivar sua decisão e dar a devida transparência.

No caso das MIP, essa decisão pode acontecer em dois momentos: (a) a partir do recebimento da proposta apresentada pelo particular; e, (b) após a publicação do chamamento público, a análise sobre as demais solicitações de autorização recebidas. Já na PMI, essa escolha está concentrada num único momento, o qual se corporifica na outorga da autorização para estudos.

---

[512] Parte 3 desta tese.

Tarcila REIS e Eduardo JORDÃO defendem que o chamamento público da PMI deveria estabelecer os critérios objetivos "com base nos quais concederá a autorização" e que, no caso das MIP, haveria uma discricionariedade para a Administração em autorizar um estudo.[513]

Concorda-se com o quanto afirmado em relação às MIP. De fato, para esse procedimento, a discricionariedade de escolha de admissão do estudo proposto pela Administração Pública é ampla.[514]

Contudo, tem-se entendimento diverso em relação aos PMI. Ainda que haja uma maior dose de objetividade nos critérios estabelecidos no chamamento público das PMI, não se pode desprezar a análise discricionária da Administração, em especial no que tange à avaliação sobre o detalhamento das atividades que se pretende realizar e sobre a demonstração de experiência na realização de projetos.[515]

Diferentemente do que acontece nas licenças – em que preenchidos os requisitos estipulados, havendo o direito subjetivo do requerente à obtenção da licença –, na autorização das *Manifestações de Interesse* há sempre uma análise de conveniência e oportunidade do objeto, inclusive para outorgar autorização para apenas um ou mais solicitantes.

---

513 Ver mais em REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 220-221.

514 "No caso das MIPs, em que a iniciativa de apresentar estudos para determinado projeto é dos particulares, a situação é um pouco distinta. Aqui, é preciso compreender que a discricionariedade que a Administração detém para autorizar um estudo é mais ampla. É a Administração que decide o que entra e o que sai do seu programa de parcerias (carteira de projetos), segundo suas prioridades políticas. É por esta razão que as regulamentações de diversos entes federativos vedam recursos administrativos contra esta decisão" (REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 220-221).

515 Decreto Federal n. 8.428/2015: "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: (...)

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".

Outro aspecto debatido pelos dois autores é o da taxatividade ou da faculdade de abrir oportunidade para outros eventuais interessados em requerer autorização no caso da apresentação de uma MIP.[516] Os autores concluem que a Administração Pública não está obrigada a publicar chamamento público e que essa medida desvirtuaria a MIP.

Em relação a esse ponto, somos favoráveis à ampla publicidade e isonomia nos procedimentos. Caso seja do interesse da Administração a outorga de autorização única para o desenvolvimento dos estudos propostos numa MIP, essa escolha pode, sim, ser feita. Entretanto, a decisão sobre qual solicitação deveria ser contemplada com a outorga há de ser objeto de comparação e escolha consciente da Administração Pública.

Ora, se o projeto é do interesse da Administração Pública a ponto de se conceder a outorga para aprofundamento dos estudos, parece impróprio alegar que realizar o chamamento público exigirá que a Administração Pública se debruce sobre o estudo, despendendo recurso e tempo,[517] porque essa análise terá de ser feita de toda forma.[518]

Independentemente da escolha a ser realizada nas *Manifestações de Interesse*, essa decisão deve ser criteriosa, considerando todos os impactos que dela decorrem, não só em relação à qualidade dos estudos que serão produzidos, mas também ao ônus que ela implicará à Administração Pública.

A decisão errônea, por exemplo, pode levar a Administração Pública a despender tempo analisando os estudos produzidos por uma empresa sem qualificação para a estruturação daquele determinado projeto, ou pode abranger projeto que não seja prioritário para o

---

516 Ver mais em REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 221 e ss.

517 Os autores sustentam que "a Administração terá que dar publicidade ampla ao fato de que um estudo lhe foi trazido e foi autorizado, mas não está obrigada a publicar chamamento público específico, abrindo prazo para que outros interessados se manifestem. É que a publicação do 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 recursos e tempo para o seu estudo e para a consequente publicação do chamamento público" (REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos cit., p. 222).

518 Serão avaliadas com mais detalhamento as decisões nas MIP, na Parte 3, no Capítulo 8.

interesse público relacionado ou, ainda, resultar na autorização de estudos para vários *players* em um projeto que não requer a multiplicidade de estudos.

No que concerne ao momento (ii), a decisão é ainda mais sensível. Primeiramente, a decisão englobará evoluir ou não a estruturação realizada para uma licitação. Essa decisão perpassará a análise de exequibilidade dos estudos apresentados, a viabilidade orçamentária de realização do projeto e de uma ponderação de políticas públicas.

Sendo positiva a decisão, o agente público passará ao segundo desafio, qual seja, escolher a melhor proposta (ou as melhores propostas), que será utilizada como fonte para compor o projeto básico a ser objeto da licitação.

Nesse âmbito, a constatação acerca da baixa qualidade e da incompletude dos projetos apresentados à Administração Pública pelo IFC[519] torna a tarefa decisória ainda mais complexa.

Outro ponto também já comentado anteriormente é a relevância da boa capacitação técnica da Administração Pública para a tomada dessas decisões. Essa qualificação pode ser interna – do próprio corpo técnico do órgão ou entidade promotora da *Manifestação de Interesse*, ou de órgãos ou entidades parceiros – ou externo – com a contratação de especialista que subsidie a tecnicidade envolvida na decisão.

Vale ressaltar que, no caso de a Administração Pública contar com apoio externo para a tomada de decisão, este deve se limitar a conferir os insumos técnicos à decisão. Essa decisão administrativa deverá continuar a ser de titularidade do agente decisor competente, ainda que tomada no âmbito de um processo consensual.

Nesse sentido, já se teve oportunidade de destacar anteriormente:

> O ato decisório e final de contratação, embora mais participativo, deve continuar sendo privativo da autoridade administrativa competente,

[519] Ver mais detalhes em Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 158-159.

> pois a processualidade administrativa na etapa pré-contratual não deve tornar o ato administrativo necessariamente dependente do consenso, mas sim deve passar a legitimá-lo por meio da participação dos interessados.[520]

Adicionalmente, a melhor capacitação institucional da Administração Pública lhe permitirá fazer escolhas mais assertivas em relação aos estudos apresentados, bem como ter diálogos mais efetivos com o setor privado durante todo o procedimento.

Outro aspecto relevante para a decisão é o *tempo*, o que também será objeto de especial destaque em capítulo específico.[521] O tempo deve ser um fator de atenção nas *Manifestações de Interesse* e que poderá gerar impactos diretos ou indiretos na escolha da melhor proposta.

Os *tempos*, ou prazos, concedidos nas *Manifestações de Interesse* devem ser sempre razoáveis e proporcionais ao que se pretende concretizar. Deve ser dado tempo adequado para que possíveis interessados manifestem sua vontade em contribuir com os estudos solicitados; deve ser concedido tempo suficiente para a elaboração dos estudos pelos autorizados; bem como deve ser conferido tempo adequado para que a Administração Pública faça as análises necessárias e conclua com suas decisões.

Em relação às decisões da Administração Pública, a maioria das legislações avaliadas não estipula prazos para a decisão e acredita-se que de outra forma não poderia ser. Fixar um prazo para a tomada de decisão poderia ser irresponsável, na medida em que essa análise é variável de acordo com a complexidade do objeto dos estudos, da quantidade de estudos recebidos, além de outros fatores de influência.

No entanto, alguns dos normativos[522] preveem prazos para a análise de projetos, inclusive sob o risco de a falta de resposta da

---

520 VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 209.

521 Parte 3 – Capítulo 7.

522 Como exemplo, destacamos: Decreto Estadual de São Paulo n. 61.371/2015, art. 5º; Decreto Estadual do Paraná n. 823/2012, alterado pelo Decreto n. 4.991/2016, art. 4º, §§ 4º e 5º; Decreto Estadual do Mato Grosso do Sul n. 14.360/2015, art. 14, § 3º; Decreto Estadual de

Administração dentro do período estipulado indicar a recusa tácita do projeto,[523] em contrariedade ao princípio da motivação.

Ressalte-se que a ausência de estipulação não pode ser arrimo para a ausência de decisão, ou ausência de publicidade para a decisão já tomada. Acrescente-se que a ausência de prazo definido não significa, ainda, a não existência de prazo. Sim, ele existe, na medida em que há o dever de decidir, e ele deve ser razoável e proporcional.

Não se pode deixar de prestigiar, uma vez mais, a obrigação administrativa de motivar essa decisão e de conferir publicidade[524] a ela, de forma ativa.[525] Com isso, será possível fiscalizar a qualidade das escolhas promovidas pela Administração Pública.

5.2 Da contratação na sequência de PMI e MIP

Após as análises pertinentes, a Administração Pública chegará à decisão final de contratar ou não. Caso decida pela contratação, seguirá com a modelagem escolhida para um procedimento licitatório.

Goiás n. 7.365/2011, art. 6º; Decreto Estadual da Bahia n. 16.522/2015, alterado pelo Decreto n. 16.760/2016, art. 3º.

523 Por exemplo, o Decreto Estadual do Espírito Santo n. 2.889-R/2011, alterado pelo Decreto n. 3.138-R/2012, art. 19-A, § 4º: "O órgão ou entidade competente terá o prazo máximo de 30 (trinta) dias para a análise da existência de interesse público na eventual realização do empreendimento; Decorrido o prazo previsto no inciso anterior sem decisão, o pedido será considerado indeferido".

524 Nesse mesmo sentido, Maís MORENO ressalta que: "é fundamental também que o processo decisório esteja devidamente registrado nos autos do processo administrativo, e que a esse seja dada a devida publicidade. Especialmente no que diz respeito à escolha da melhor proposta, há de se disponibilizar a documentação fornecida pelo Poder Público relativa ao objeto a ser concedido, os estudos entregues, as atas de reuniões mantidas entre os interessados autorizados sempre que elas forem relevantes para o direcionamento ou para a justificativa das escolhas, os relatórios técnicos produzidos pela Administração, as manifestações dos demais administrados (que participaram na consulta pública e, eventualmente, na audiência pública e no *roadshow* ou em outras sessões públicas) e dos órgãos de controle e as respostas conferidas pela Administração" (*A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP* cit., p. 189).

525 Esse qualificador é bem acrescentado ao princípio da transparência pelo pesquisador Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER ao estudar as PMI (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 206).

Esse procedimento poderá ter os aspectos na forma disciplinada pela Lei n. 8.666/1993 ou contornos mais flexíveis, a depender do objeto a ser licitado, mas seguindo o norte e os princípios dessa Lei.

A decisão final das *Manifestações de Interesse* será melhor analisada no âmbito dos Capítulos 7 e 8. Contudo, vale aqui já observar que se trata do encerramento de um procedimento pré-contratual, materializado numa decisão, e que poderá ou não resultar no início de um outro procedimento pré-contratual, o da licitação.

Antes da abertura do procedimento licitatório, que, na forma da Lei n. 8.666/1993, ocorre quando da autuação, protocolo e numeração do processo administrativo, contendo a respectiva autorização,[526] a Administração poderá ainda realizar pequenos ajustes na modelagem escolhida, tudo em conjunto com o(s) proponente(s) vencedor(es). Poderá, também, realizar diligências que entenda necessárias para melhor compreensão do mercado e de possíveis condições ou exigências que se façam válidas para a licitação naquele caso concreto.

O estudo da IFC, ao analisar o atual panorama da estruturação de projetos no Brasil e seus respectivos problemas, remete ao alto custo transacional da Administração, em função da necessidade de realização dessas diligências complementares.[527]

Essa onerosidade tem sido observada como um fato habitual nas *Manifestações de Interesse* e, na realidade, tais despesas adicionais poderiam ser evitadas com o estabelecimento de um acompanhamento mais próximo e parceiro no curso do desenvolvimento dos estudos.[528] Inclusive, recomenda-se que tal aproximação não se esgote com o encerramento do procedimento da *Manifestação de Interesse*.

---

[526] Lei n. 8.666/1993, art. 38.

[527] "Os estudos apresentados estão, em geral, longe de uma condição em que podem ser diretamente aproveitados pelo Poder Público. Assim, Vieira (2014) observa que, na prática, a verificação e adequação dos estudos recebidos têm exigido do setor público uma quantidade significativa de tempo, recursos e trabalho. Verificam-se nos estudos recebidos problemas 'como necessidade de estudos complementares, readequação da matriz de riscos do contrato e calibragem dos requisitos de habilitação dos participantes à licitação', o que, na visão do autor, reflete o fato de os estudos terem sido elaborados 'unilateralmente, normalmente por potenciais interessados em participar da futura licitação'" (Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento cit., p. 157-158).

[528] Ver mais nos Capítulos 7 e 9.

Após a licitação e a adjudicação do objeto àquele que se sagrar vencedor no certame, a Administração Pública seguirá para a contratação. No caso de o vencedor da licitação ser o mesmo que elaborou a modelagem, durante o curso contratual deverá se atentar para o cumprimento do projeto básico adotado, de modo que eventuais alterações sejam sempre debatidas com o órgão ou ente público contratante.

Já no caso de o contratado ser outra empresa, a Administração Pública terá que, eventualmente, contar com o apoio do autor do projeto para alterações e dúvidas que surjam no curso do contrato. Em algumas situações, trata-se de pequenas atuações e que são inerentes ao próprio autor da modelagem, como no caso de projeto de arquitetura e engenharia que exigirá que o profissional habilitado responsável expressamente autorize eventuais alterações a serem realizadas por outro profissional do ramo.

Em outros casos, a participação da empresa autora da modelagem exigirá que a Administração contrate seus serviços de consultoria, já que a atividade adicional necessária durante o curso do contrato ultrapassará uma atuação razoável e inerente àquela que teve na *Manifestação de Interesse*.

TERCEIRA PARTE

6 A DECISÃO ADMINISTRATIVA – CONTEXTUALIZAÇÃO

(6.1) Dogmática da decisão jurídica; (6.2) Dogmática da decisão administrativa; (6.3) A decisão administrativa como resultado do procedimento; (6.4) A decisão administrativa de contratar e de delegar serviços e obras públicas;

Chegando à terceira e última Parte deste estudo, alcança-se um dos ponto mais relevantes da temática: as decisões nas *Manifestações de Interesse*.

Dentro dos dois núcleos centrais do tema, até este momento, pôde-se chegar às seguintes conclusões: (i) a permissibilidade legal de ampla aplicação das *Manifestações de Interesse,* nas diversas formas de contratação da Administração Pública; (ii) apesar da permissibilidade jurídica, deve haver uma avaliação de custo e benefício para identificar-se a vantajosidade de adoção das *Manifestações de Interesse* nos casos específicos; (iii) embora haja ampla disciplina legal nos entes jurídicos, há diversos desafios legais e práticos que precisam ser enfrentados para que as *Manifestações de Interesse* possam trazer as contribuições que se espera para as contratações públicas, como forma de suporte ao desenvolvimento nacional e às necessidades da população.

Posto isto, de que modo as decisões administrativas ocorridas nas *Manifestações de Interesse* conseguem contribuir para esses fins? É exatamente o que se pretende responder nesta terceira parte.

Para tanto, faz-se necessário entender os meandros que envolvem o outro núcleo da temática, a decisão.

Como bem se sabe, *decisão* é a forma substantiva do verbo *decidir*, o qual compreende, portanto, uma ação humana. Originário do vocábulo latim *decidere*,[529] é comumente conceituado pelos dicionários

[529] SIDOU, J. M. (org.). *Dicionário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 183.

jurídicos como "a solução tomada sobre qualquer assunto"[530] ou "uma ação de decidir-se; resolução".[531]

A partir disso, a decisão pode ser analisada por variados prismas, desde uma análise filosófica, sociológica, psicológica, econômico-cíclica, ou no âmbito da teoria dos jogos, jurídico-dogmática, até numa perspectiva empresarial de negócios.

Dessa forma, não se pretende aqui enveredar por todas essas análises, pois, apesar de se revelarem bastante interessantes, acabariam por desviar o objetivo principal da tese. Com isso, serão priorizadas as análises das decisões que podem trazer um contributo para a melhoria da decisão administrativa e, em especial, aquelas tomadas nas *Manifestações de Interesse*.

Será necessário também avaliar as consequências das decisões e os fatores externos que podem impactar o seu processo intrínseco, já que podem determinar, por conseguinte, a própria decisão. Tal análise se faz importante, nomeadamente, quando se trata de decisões administrativas, em razão da peculiaridade dos fatores de influência, como se verá mais adiante.

6.1 Dogmática da decisão jurídica

A atuação administrativa, enquanto função de execução contida no princípio democrático da separação dos poderes,[532] tem na sua essência a aplicação e, por consequência, a interpretação normativa,[533]

---

530 Ibidem.

531 RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando. Dicionário Larrouse da língua portuguesa mine. 1. ed. São Paulo: Larrouse do Brasil, 2005. p. 222.

532 No sentido de *ordenação democrática das funções* constitucionalmente estabelecidas, como bem delimita CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 366.

533 Como constatam Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR e David DUARTE, *aplicação* não se confunde com *interpretação*, embora esta última seja necessária para a realização daquela ou, ainda, possa ocorrer de forma independente. Ver mais em FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 311; e, DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – a teoria de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 172.

objetivando sempre a *concretização e realização dos interesses públicos*[534] da comunidade.

Em outras palavras, a atuação administrativa se reveste de decisão para realizar atos, contratos, sua função reguladora ou de polícia, o que é aqui denominado de *decisão administrativa*.

Assim, como em qualquer aplicação do direito, é determinante a atenção à dogmática hermenêutica como forma de alcance do sentido jurídico. E isso porque muitas são as interpretações que giram em torno da decidibilidade prevalecente.[535]

Embora a decisão jurídica tenha um sentido abrangente e, portanto, esteja apta a orientar qualquer tipo de decisor na escolha de sua ação diante dos conflitos existentes, em busca de conformidade jurídica,[536] essa pode ser considerada, portanto, como base para a decisão administrativa.

Dessa forma, cumpre aqui avaliar, sucintamente,[537] o que deve ser relevado na concretização das normas e, então, na criação de normas de decisão, já que servem de parâmetro para as decisões administrativas e, por consequência, para as decisões nas *Manifestações de Interesse*.

Entretanto, cumpre ressalvar que a decisão administrativa goza de uma dose de *decisão política*, o que a faz se afastar, de certo modo, da decisão jurídica. Essa decisão política torna a decisão administrativa mais livre do que a decisão jurídica, aceitando a influência de fatores externos à norma na composição de seu teor. Todavia, essa liberdade não a torna desnorteada, na medida em que sempre estará sob a redoma da legalidade e da constitucionalidade.

---

534 Terminologia adotada por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional* cit., p. 756.

535 Ver mais em FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação cit., p. 305.

536 Para melhor compreensão da função da dogmática da decisão, vale observar a explicação de Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR: "A doutrina dogmática, assim, tradicionalmente, preocupa-se com os requisitos técnicos que constituem os instrumentos de que se serve o decididor, aparentemente para adaptar sua ação à natureza mesma dos conflitos, mas, na verdade, para encontrar a decisão que prevalecentemente se imponha e os conforme juridicamente" (*Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação cit., p. 305).

537 A análise das decisões jurídicas, por si só, compreenderia uma tese individualizada. Serão avaliadas apenas as características e metodologias das decisões jurídicas aptas a servir de parâmetro para a melhoria da decisão administrativa nas *Manifestações de Interesse*.

O estudo da decisão jurídica vem sendo conduzido há algum tempo na ciência jurídica e em ciências correlatas, especialmente sob a ótica da decisão judicial, em que se avaliam os parâmetros relacionados a esta, de modo que possa trazer uma solução jurídica ao caso *sub judice* e que seja justa, e aquilo que a influencia. A análise da decisão ganha maior relevo especialmente em países do *common law system*, em que a jurisprudência serve como uma das principais fontes do direito.

Como se pode imaginar, a decisão jurídica é construída a partir de um processo complexo de aplicação do direito.

Um dos principais motivos está na própria estrutura do direito, em que a realidade fática contempla uma universalidade infinita de fatos, os quais são valorados[538] juridicamente e transformados num conjunto normativo, o qual nunca teve a pretensão de ser exaustivo, já que impossível prever e detalhar todas as situações que podem ocorrer no mundo fenomênico.

Os fatos, assim, funcionam como uma forma de solicitação à intervenção do direito com vistas a uma solução jurídica.[539]

De acordo com os ensinamentos de David DUARTE, diante de um caso jurídico, em que seja necessária uma decisão, o decisor precisará selecionar os fatos mais relevantes do caso, observar o conjunto normativo e verificar as normas que são aplicáveis a esse caso, e, a partir do estabelecimento da proposição por meio de um efeito deôntico, criar a norma de decisão.

Em outras palavras, da intersecção específica ao caso jurídico entre a universalidade dos fatos e o conjunto normativo evidenciará o enunciado normativo aplicável ao caso, resultando, por conseguinte, na norma de decisão, a qual contém a solução do caso e a sua *ratio decidendi*.[540]

Karl LARENZ, embora adote outro conceito para o termo "norma de decisão",[541] propõe a mesma metodologia para o processo

---

538 Os fatos a serem valorados podem ser reais ou fictícios na construção do conjunto normativo.

539 Ver mais em DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – a teoria de normas de decisão na discricionariedade instrutória cit., p. 168 e ss.

540 Ou seja, as razões de decidir em um determinado caso concreto.

541 Karl LARENZ explica que as regras jurídicas comportam tanto normas de conduta para os cidadãos como normas de decisão para os tribunais e órgãos administrativos. David DUAR-

de aplicação e concretização da norma, enfatizando a necessidade de concatenação das fases. Assim, explica:

> O julgado parte, portanto, da situação de facto que lhe é relatada, examina quais as normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis, complementa, em seguida a situação de facto atendendo às previsões destas proposições jurídicas que ele, por seu turno, concretiza de novo (...).[542]

A norma de decisão é, portanto, a combinação dos fatos relevantes com as normas do conjunto normativo aplicável ao caso concreto. Contudo, alerta David DUARTE, a mera realização de um exercício de subsunção[543] não é capaz de formular a norma de decisão,[544] que depende de processo de criação mais complexo e que exige o cumprimento de diversas etapas.

Essas etapas de criação da norma de decisão, segundo David DUARTE, envolvem a "selecção de enunciados", a análise da configuração dos fatos relevantes, além da "(i) determinação semântica das normas [ou, processo intelectual de interpretação pura, com o propósito de obter o sentido da linguagem[545]], (ii) a resolução

---

TE, por seu turno, preconiza que a norma de decisão é a proposição que estabelece o efeito deôntico aplicável a um caso, formulado a partir de fatos e questões reais ou concebido com base em situações fictícias. David DUARTE ainda complementa dizendo que os efeitos da norma de decisão representam um estado intermediário entre a norma do ordenamento e a realidade (DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – a teoria de normas de decisão na discricionariedade instrutória cit., p. 165; e LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 349).

542 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 394-395.

543 Entende-se por subsunção a subordinação de um conceito menor a um conceito maior, como se depreende da explicação de Karl LARENZ sobre o silogismo de subsunção de HüFFMEISTER (*Metodologia da ciência do direito* cit., p. 383).

544 Nesse mesmo sentido, Karl LARENZ afirma que "toda aplicação da lei já é uma interpretação e o achamento do Direito não é 'nunca mero trabalho de subsunção'", referenciando a análise de Esser. Defende, ainda, que dever-se-ia falar de "coordenação da situação de facto à previsão de uma norma jurídica", em vez de processo de subsunção (*Metodologia da ciência do direito* cit., p. 193 e 386).

545 Ver mais em DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – a teoria de normas de decisão na discricionariedade instrutória cit., p. 168.

das concorrências (conflitos) de normas e (iii) a criação, propriamente dita, da decisão".[546]

É o que Karl LARENZ segrega da aplicação da norma como interpretação e desenvolvimento do direito para fins de obtenção do sentido jurídico por meio da aplicação da metodologia.

E isso é relevante, porque a norma jurídica é expressa por proposições jurídicas, as quais podem ser entendidas como o vínculo entre a situação de fato circunscrita na norma e uma previsão normativa que carrega em si uma consequência jurídica.

Um exemplo simplório (e semiverídico[547]) seria o de uma norma "X" de trânsito que prevê que os condutores devem parar o veículo automotor ao detectar o sinal vermelho no sentido da via em que estão conduzindo, sob pena de multa. Assim, a situação de fato circunscrita se representa pela condução de veículo automotor em sentido da via em que se identifica o sinal vermelho; e a previsão normativa é o comportamento que se espera do condutor, qual seja, o de parar o veículo, sob pena de multa.

Por consequência, aquele condutor que não parar, ao identificar o sinal vermelho, estará descumprindo a norma. Numa situação de fato real: João se desatentou ao ato administrativo incorporado no sinal vermelho e continuou a condução, causando perturbação ao trânsito na via; o aplicador do direito, no caso a autoridade de trânsito, facilmente constata o fato de o veículo não ter parado diante do sinal vermelho e, num exercício de subsunção interpretativa, identifica que a conduta de João descumpre a previsão normativa da norma "X".

O exemplo é propositadamente bastante simples apenas para ilustrar a ideia e permitir o manejo de outras hipóteses.

Já no caso de a norma "Y" prever a mesma norma, ou seja, que os condutores devem parar o veículo automotor, ao detectar o sinal vermelho, no sentido da via em que estão conduzindo, sob

---

546 DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – a teoria de normas de decisão na discricionariedade instrutória cit., p. 168.

547 Embora se possa extrair a mesma norma do Código de Trânsito Brasileiro, esta está incorporada numa infração de trânsito, o que prejudicaria a ideia do exemplo escolhido: Lei n. 9.503/1997: "Art. 208. Avançar o sinal vermelho do semáforo ou o de parada obrigatória: Infração – gravíssima; Penalidade – multa".

pena de multa, acrescendo a disposição, exceto em situação de grave emergência ou iminente perigo, e, na situação real, João alegar que não parou o veículo pois a via estava escura e avistou dois homens numa moto se aproximando do carro em atitude suspeita, demandará da autoridade de trânsito interpretar se a razão apresentada por João para o ato de não parar o veículo pode ser contemplada pela previsão normativa de uma "situação de grave emergência ou iminente perigo".

Isso significa que o aplicador do direito, nesse caso, uma autoridade administrativa de trânsito, terá de coordenar a situação de fato apresentada e as proposições normativas e, por meio da interpretação, decidir se deve ser aplicada a multa a João ou não.

E, diante dos tolos exemplos apresentados *supra*, já é possível identificar que o desafio é justamente entender o que deve ser considerado pela autoridade administrativa na hora da tomada de decisão, de modo que os direitos, liberdades e propriedade dos administrados não estejam ao alvedrio do julgamento pessoal, valorativo e variável do agente administrativo.

Como bem destaca Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, a decisão deve satisfazer a regra de aplicação da norma de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, conforme exigido pelo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que se reveste das características de princípio de aplicação.[548]

Infelizmente, é mais fácil vislumbrar as finalidades pretendidas nas decisões jurídicas, já que expressas no ordenamento jurídico brasileiro, do que os meios necessários para alcançá-las.

Assim, defende-se que as ferramentas a serem utilizadas para o exercício da interpretação irão favorecer o alcance de melhores soluções jurídicas e, com isso, a finalidade da norma de interpretação aplicável.

Como será explorado com mais detalhes ainda neste capítulo, as decisões jurídicas pressupõem *procedimento*, já que dele resultam, criando, por consequência, o ambiente perfeito para o desenvolvimento das ferramentas de auxílio à interpretação.

---

[548] Mais em FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação cit., p. 313.

Imprescindível, portanto, a utilização de métodos para a aplicação do direito e, consequentemente, para a interpretação dos casos concretos diante das normas jurídicas. Ou seja, os métodos incorporarão modos de desenvolvimento das fases concatenadas do procedimento, servindo como parâmetros. Esses não poderão nunca ser demasiado rígidos ou detalhados, sob pena de inviabilizar a tarefa do aplicador do direito ou engessar procedimentos de decisão que exigem uma celeridade própria.[549]

A utilização de metodologia nos procedimentos de decisão jurídica favorece (i) uma maior padronização das decisões em situações assemelhadas – o que mostra ainda mais vantagens em termos de decisões administrativas, gerando decisões de governo e que se desvinculam das pessoas dos agentes públicos; (ii) a fundamentação a ser apresentada pelo aplicador do direito, já que o percurso do procedimento, com aplicação metodológica, cumprirá essa função; e, (iii) o controle pelos mais diversos agentes de controle da decisão jurídica, seja ela adotada em qualquer dos poderes.

Karl LARENZ menciona como exemplos de parâmetros adotados nos métodos jurisprudenciais a "interpretação restritiva, extensiva, analogia, redução teleológica, concretização de uma pauta de valoração",[550] o que nos traz um ponto de partida para o desenvolvimento de métodos nos procedimentos das decisões administrativas.

Uma ponderação deve ser feita em relação às diferenças de papéis desempenhados pelo agente público e pelo juiz, sendo que este último serve de base para a análise das decisões jurídicas.

O juiz é designado para o exercício da função jurisdicional, na qual ele deve: ser o aplicador do direito, decidir de forma imparcial e mediante provocação as situações que são levadas ao seu conhecimento, tudo de acordo com o ordenamento jurídico vigente em busca de uma solução justa.

---

549 No mesmo sentido entende Karl LARENZ. O autor ainda complementa que a interpretação não pode apenas se limitar às regras estabelecidas, devendo contar sempre com "a fantasia criadora do intérprete". Ver mais em *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 344.

550 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 346.

Já o agente público é um representante da Administração Pública que, de acordo com a sua competência determinada pela Constituição e legislação aplicável, deve exercer a sua função precípua, observando as prioridades de gestão pública, os orçamentos disponíveis e buscando realizar os interesses públicos.

Assim, por mais que o conceito de interesse público envolva, de algum modo, o elemento justiça, o agente público competente não poderá ser imparcial, já que ele é, para aquela decisão, a personificação da ficção jurídica Administração Pública, devendo tutelar os seus interesses, que são sempre públicos.

Isso não quer dizer que todas as decisões do agente público devam ser materialmente favoráveis à Administração Pública, já que o faz como seu representante, até porque, se assim o fizesse, estaria contrariando o conceito de interesse público (ou seja, os interesses da sociedade).

Dessa forma, e com base na dogmática moderna,[551] a decisão administrativa não pode se afastar dos anseios da sociedade. É nesse contexto que se introduz a mudança de paradigma do ato administrativo, de autoritário, para "ato favorável", que concede benefícios aos cidadãos e se alinha, portanto, a essa nova dogmática.[552]

Na linha do que sustenta Vasco PEREIRA DA SILVA,[553] se apoiando também nas ideias de Niklas LUHMANN, a atuação

---

551 Karl LARENZ, ao resumir os conceitos de Niklas LUHMANN sobre a dogmática antiga e a dogmática moderna, ressalta o papel da dúvida em ambos os sistemas. Enquanto na dogmática antiga havia o ensejo de eliminar as dúvidas, trazendo uma "certeza inquestionável", objetivando trazer maior segurança jurídica e criando um sistema fechado em si mesmo, a dogmática moderna, a grosso modo, é "a recolocação de dúvidas e de certezas comportáveis". Mas não só isso, a dogmática moderna representa também o acréscimo ou redução da complexidade das decisões possíveis. Por fim, Karl LARENZ ressalta que para o jurista atual não basta se limitar ao previamente estabelecido, mas sim em "possibilitar a distância crítica, em organizar níveis de reflexões, motivos, de ponderações de proporção, meios pelos quais o material jurídico é controlado para além do que previamente estabelecido" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 319 e ss.).

552 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido.* Coimbra: Almedina, 2003. p. 101.

553 Vasco Pereira da SILVA afirma que: "A Administração concertada manifesta-se, além disso, na procura constante da aceitação e da consensualidade, mesmo quando sejam utilizadas formas de actuação de tipo unilateral. Busca do consenso, que implica a existência de mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados na formação das decisões administrativas, e que faz da regulação do procedimento administrativo uma preo-

administrativa voltada para a consensualidade nas decisões, típica do direito administrativo moderno, corrobora para a busca de uma nova legitimação, por meio da regulação do procedimento, o que representa um dos escopos da dogmática moderna.

6.2 Dogmática da decisão administrativa

As mudanças nas formas de atuação da Administração Pública atual implicam a necessidade de repensar as bases fundamentais do direito administrativo moderno e, com isso, as linhas mestres que conduzem a decisão administrativa.

Como foi possível verificar no subitem anterior, mesmo a dogmática tradicional passou por mudanças importantes, o que trouxe influências para a decisão jurídica. Contudo, as mudanças parecem ter sido ainda mais profundas nas formas de atuação administrativas, requerendo que elas sejam refletidas nas ferramentas utilizadas pelos agentes públicos para exercerem suas funções.

A Administração de polícia que atuava de forma autoritária, por meio do ato administrativo, passa a atuar por meio do contrato e de forma cada vez mais consensual, diante da não subsistência das suas formas tradicionais de atuação.

No âmbito da Administração autoritária, a forma de aplicação do direito tinha por fundamento uma Administração agressiva e que não tinha por objetivo precípuo a conferência de prestações ou benefícios aos particulares.

Com isso, tratava-se de uma atuação mais intrusiva aos indivíduos ou "desfavorável"[554] ou, ainda, não vantajosa, como denomina Vasco PEREIRA DA SILVA, baseado nas ideias de Maurice HAURIOU e Heike FABER.

Dessa forma, a dogmática da decisão administrativa tradicional se fundou na função de polícia e na atuação isolada e autoritária da

---

cupação da dogmática moderna, interessada na obtenção de uma «legitimação» da actividade administrativa pela via do procedimento" (*Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 106-107).

554 Ver mais em SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 100.

Administração Pública, desconsiderando, sobremaneira, o indivíduo e sua eventual intervenção no processo de decisão, sendo que esse indivíduo, com o advento de uma Administração prestacional, passa a exigir a concretização de seus direitos por parte de uma atuação mais social e vantajosa da Administração Pública.

Assim, a atuação administrativa deixa de atuar apenas de forma intrusiva e passa a ser, também, fonte de realização de direitos individuais, como explica Vasco PEREIRA DA SILVA:

> A conceptualização do acto favorável ficará, portanto, dependente de uma mudança de modelo de Estado, com o advento da Administração prestadora. Agora, o particular, numa situação de dependência perante a Administração, não somente deseja que a Administração actue, como solicita mesmo essa intervenção. O acto administrativo deixou de ser visto apenas como uma agressão da esfera individual, para passar a ser igualmente um instrumento de satisfação de interesses individuais.[555]

Nessa esteira de mudanças, a dogmática tradicional que fundava a decisão administrativa não mais se sustenta. É necessário fazer uso de outras ferramentas de atuação, como a aproximação a instrumentos de direito privado, a aproximação aos indivíduos e entidades privadas, facultando uma abertura ao consenso, e a utilização de instrumentos contratuais.

A partir da constatação dessa nova realidade, tanto a doutrina como os próprios aplicadores do direito se viram diante do desafio de repensar as estruturas do direito administrativo moderno e, mesmo, o arcabouço normativo que ainda refletia as bases autoritárias de atuação administrativa.[556]

---

555 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 100.

556 Para uma análise mais pormenorizada, ver SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 103 e ss. O autor, na mesma linha, também complementa que a Administração prestadora passa a atuar de forma mais flexível e diversificada: "Mudança radical dos quadros da dogmática tradicional, no que respeita às formas de actuação, é a que decorre da utilização de meios não autoritários por parte da Administração. Diferentemente da Administração agressiva, que fazia do acto de autoridade o instrumento privilegiado (e

A aproximação a instrumentos de direito privado[557] pode ser verificada nas próprias formas de organização da Administração, quando passa a criar sociedades de economia mista, fundações e associações privadas, mas com fins públicos, bem como em sua atuação, quando se utiliza de bens e serviços regrados tipicamente pelo direito privado, como contratos de seguros, de aluguéis ou de utilidades como telefonia, água e luz de seus prédios administrativos.

Já a utilização de instrumentos contratuais, em substituição ao ato administrativo, tem por exemplos clássicos: (i) a realização de acordos que substituem a abertura de processos administrativos sancionadores ou, ao menos, que, no âmbito destes, substituem a aplicação da penalidade por uma composição acertada, com a assunção de compromissos futuros de fazer ou não fazer e/ou, mesmo, pecuniários;[558] e, (ii) negociação de compra de um imóvel com o proprietário, em vez da expedição de um ato de expropriação, entre outros.

Vê-se, por meio dessa contratualização, a superação de antigos pressupostos fundamentais [quase dogmas] que regiam o direito administrativo, como a flexibilização da supremacia do interesse público, da ideia de que o exercício de poder não é negociável e, mesmo, da própria dicotomia entre público e privado.

Ao contrário, presencia-se o surgimento de uma administração concertada. O contrato administrativo já não goza de total exorbitância,[559] bem como se aproxima mais do contrato entre particulares.

Para além da aproximação de instrumentos de direito privado e da contratualização, é importante destacar também o fenômeno da

---

praticamente exclusivo) da sua intervenção, a Administração prestadora tende cada vez mais a flexibilizar e a diversificar os seus modos de actuação, substituindo o uso de meios autoritários por outras formas de agir mais consensuais".

557 Sobre este tema ver a obra de Maria João ESTORNINHO. *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*.

558 Ver mais em PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordos na Administração Pública* cit.

559 Nesse sentido, ver ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 144-145.

[33] Idem, p. 144.

consensualidade, embora este esteja nomeadamente inter-relacionado aos outros dois fenômenos.

Como já visto no Capítulo 2, a consensualidade floresce no âmbito da abertura da Administração Pública a uma maior proximidade com os indivíduos e com entidades privadas. Nessa abertura, facultase espaço para a participação destes na atuação administrativa.

A participação pode ocorrer de diversas formas, como, por exemplo, por meio da oitiva do interessado no curso do processo administrativo, a exemplo do que ocorre nos julgamentos das agências nos EUA (vide *case Goldberg vs Kelly*). No Brasil, essa participação pode ocorrer (i) pela realização de audiências públicas antes de procedimentos licitatórios de concorrência,[560] (ii) seja na discussão de orçamento participativo,[561] (iii) audiência de alteração de planos diretores,[562] (iv) nas *Manifestações de Interesse*, temática objeto desta tese,[563] entre outros.[564]

O caminho em direção à consensualidade pela Administração Pública é marcado pela busca da aceitação dos indivíduos, que passaram a exigir a prestação administrativa voltada à satisfação dos

---

560 Lei de Licitações, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993: "Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea 'c' desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados".

561 O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) estabelece a realização de debates, audiências e consultas públicas para a gestão participativa do orçamento. "Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea *f* do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal".

562 Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001: "Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (...) § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade".

563 Para mais detalhes, conferir Capítulo 2 e também em: VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de *Manifestação de Interesse* (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) cit., p. 183 e ss.

564 Ver Capítulos 1 e 2 para mais detalhes.

seus interesses individuais. Dessa forma, contando com a colaboração dos particulares, a atuação administrativa está mais propensa a obter *legitimação*.

Como bem explicitam Vitor SCHIRATO e Juliana Bonacorsi de PALMA,

> Mostra-se, neste cenário, paulatinamente mais eficaz e mais necessária a adoção de mecanismos consensuais pela Administração Pública na realização de suas atividades, com a finalidade de se garantir maior eficácia às relações jurídico-administrativas, uma vez que decisões formadas por consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que decisões impostas unilateralmente.[565]

Adicionalmente ao ganho de legitimidade, a atuação tende a ser mais eficaz e amoldada à necessidade pública da sociedade, a qual teve oportunidade de participar e expressar aprovação ou consternações em relação ao objeto da participação.

É nesse sentido que a dogmática da decisão administrativa atual é desafiada. E isso porque, no conceito de dogmática adotado nesta tese – qual seja, o de definição de regras e princípios para obtenção da decisão –, a dogmática da decisão administrativa precisará abarcar esses novos fenômenos no processo de tomada de decisão. E não é só. É necessário retirar do conjunto dogmático o ranço de autoridade típico da dogmática tradicional e que só subsistirá num primeiro momento, naquelas atuações estritamente de polícia.

É o que Vasco PEREIRA DA SILVA, em reflexão sobre as ideias de Niklas LUHMANN, afirma quando expressa:

> Assim, quer se trate de uma decisão unilateral, quer de uma decisão contratual, a participação dos particulares no procedimento administrativo é a garantia de uma maior ponderação de todos

[565] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 71, out.-dez. 2009.

> os interesses envolvidos e de uma decisão administrativa mais correcta e eficaz, porque mais facilmente aceite pelos destinatários.[566]

A partir disso, a decisão final da Administração Pública, que se concretizava por meio do ato administrativo, perde sua força, como um ato último triunfante, para voltar os holofotes para aquilo que ocorre durante o processo e se coordena para o alcance do resultado final, a decisão.

Essa é, em suma, a chamada "crise"[567] do ato administrativo e que, inclusive, leva Vasco PEREIRA DA SILVA a intitular sua pesquisa, na forma jocosa que lhe é peculiar, como "Em Busca do Acto Administrativo Perdido".

A partir da constatação da insuficiência da dogmática tradicional, doutrinadores europeus, em especial alemães, passaram a propor soluções que envolviam, em geral, a criação de uma nova dogmática que atendesse à nova forma de atuação prestacional da Administração Pública, e: (i) a convivência dos dois regimes, com grande destaque, ainda, para a utilização dos atos administrativos; (ii) a convivência dos dois regimes, mas com uma aplicação residual da dogmática tradicional, só para aqueles atos de autoridade propriamente; e, por fim, (iii) o abandono da dogmática tradicional, com enfoque na criação de uma nova baseada: (a) na relação jurídica que fundamenta a atuação administrativa; ou, (b) no procedimento intrínseco à atuação administrativa.[568]

No caso da solução exposta em (i), adotada tipicamente pelos franceses,[569] embora haja o reconhecimento da necessidade de

---

566 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 107.

567 O autor explica: "Está-se, pois, perante uma crise do acto administrativo, a qual não resulta apenas da proliferação de novas, e muito frequentes, formas de actuação distintas, mas decorre também de ter passado a considerar a decisão final da Administração apenas como 'um momento' da actuação administrativa, que tem que ser entendida em função daquilo que a precede, assim como das ligações jurídicas a que dá origem, ou de que é o resultado, e não como uma realidade isolada, final e perfeita (dir-se-ia que 'caída do céu aos trambolhões')" (SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 109-110).

568 Para aprofundamento do tema, ver SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 111 e ss.

569 Idem, p. 112-113.

redefinição do conceito de ato administrativo, este ainda é visto como figura central na atuação administrativa. Por essa razão, entende-se que não seria a solução mais adequada à temática das *Manifestações de Interesse*, tipicamente uma forma consensual de atuação, bem como às outras formas mais modernas do agir administrativo.

Já a solução exposta em (ii), que tem em FORSTHOFF seu principal defensor,[570] reconhece mudança de enfoque da atuação administrativa e, por conseguinte, a necessidade de construção de um regime administrativo que se adeque a essa nova realidade. Ao mesmo tempo, reconhece que a dogmática clássica pode continuar a ser aplicada na atuação autoritária da Administração Pública.

Nessa medida, a solução (ii) exigiria, portanto, a convivência de uma dualidade de regimes, o que poderia dificultar a sua aplicação prática pelo agente público. Ou seja, em algumas situações o agente público não saberia se deveria agir de forma consensual ou seguir a linha autoritária.

Entende-se que essa é a atual realidade da dogmática administrativa brasileira e talvez esse seja um *step* necessário para se alcançar a solução mais adequada, que, a nosso ver, é a reformulação completa das bases fundantes do agir administrativo, que é justamente o que se defende na solução (iii).

A solução (iii), tanto na perspectiva da relação jurídica, como na do procedimento, projeta a necessidade de reestruturar a dogmática tradicional administrativa em busca de uma nova dogmática que atenda às novas realidades do Estado prestador e constitutivo, bem como que preserve a sua unidade. É o que Vasco PEREIRA DA SILVA explica: "(...) as alterações decorrentes do modelo de Estado social implicam a necessidade de encontrar uma alternativa à dogmática tradicional, obrigando a recentrar e refundar o Direito Administrativo".[571]

Segundo o viés da relação jurídica, exposto em (a), o relacionamento entabulado entre a Administração Pública e os privados deveria ser o centro da nova estruturação da dogmática administrativa, substituindo-se ao ato administrativo, o qual só é capaz de capturar

---

570 Idem, p. 115.

571 Idem, p. 116. Ver mais também nas p. 118 e ss.

um momento específico e não a relação que o fundamenta e que se perpetua, na maioria das vezes, após o ato.

Em relação ao viés do procedimento, exposto em (b), este trata o procedimento como núcleo do novo direito administrativo, já que se amoldaria tanto às formas de atuação autoritária, como às prestacionais e mais complexas, estabelecendo a concatenação de atos e comportamentos[572] que comporão o procedimento e resultarão na decisão.

Vasco PEREIRA DA SILVA entende que as duas perspectivas, uma mais subjetiva e outra mais objetiva, não são excludentes, mas sim o contrário, se complementam, e explica:

> Creio, no entanto, que apesar de a relação jurídica e o procedimento serem apresentados como noções-chave de duas vias alternativas de renovação dogmática do Direito Administrativo, não constituem realidades ou conceitos, em si mesmos, excludentes ou incompatíveis, pelo que, de acordo com a orientação que me parece mais correcta, deve-se partir de uma orientação "subjectivista", de consideração da relação jurídica como conceito central do Direito Administrativo da actualidade e, simultaneamente, entender e valorizar o procedimento como o "quadro", ou "o pano de fundo", onde se estabelecem e desenvolvem relações jurídicas administrativas.[573]

De modo a preservar o foco desta tese, não serão pormenorizados os meandros dessas teorias, as quais foram profundamente avaliadas por Vasco PEREIRA DA SILVA. Contudo, faz-se relevante considerar que não se acredita numa ruptura total de um padrão para a simples adoção de um novo modelo a partir de um marco temporal. Todas essas

---

572 Nessa linha, Vasco Pereira da SILVA defende que, "Na verdade, o procedimento administrativo regula a tomada de decisões autoritárias e unilaterais, mas também estabelece os comportamentos administrativos que antecedem a celebração de contratos, assim como determina as formalidades ou precauções a seguir em actuações administrativas de caráter técnico" (*Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 121).

573 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 121-122.

mudanças são fruto de um processo de evolução da Administração Pública e que vai se construindo conforme esse desenvolvimento.

Na perspectiva de uma nova dogmática, embora haja concordância desta pesquisadora em relação à complementariedade da teoria da relação jurídica e do procedimento, como sustenta Vasco PEREIRA DA SILVA, entende-se que o núcleo central da nova dogmática está no procedimento, como defende LUHMANN,[574] se apoiando nos autores italianos.[575]

Conquanto se reconheça a grande relevância de uma Administração mais próxima dos administrados, de modo a atender às demandas dos exigentes indivíduos que compõem a atual sociedade – o que também se defende nesta tese –, a subjetivação das relações da Administração Pública não deve ser o enfoque principal da reconstrução das bases do direito administrativo, mas, sim, devendo a esta se integrar.

E isso porque não se pode deixar de considerar a finalidade de realização dos interesses públicos e do bem comum, pressupondo uma certa objetividade da Administração Pública, o que se concretiza por meio do procedimento.

Nessa mesma linha, Jacqueline MORAND-DEVILLER defende a prevalência da "objetividade e neutralidade" do direito administrativo e a integração do agir subjetivo da Administração a ele:

> A objetividade e a neutralidade do direito administrativo na busca do "bem comum" se impõem. Todavia, esse princípio não impede de modo algum que os direitos subjetivos venham a ser mais bem cuidados por uma Administração que se despoje de seu autoritarismo e de sua condescendência. Não existe oposição, mas integração e, como já foi dito, trata-se de tornar a Administração muito mais titular de deveres que

[574] Niklas LUHMANN defende que a dogmática moderna centra-se em uma releitura do papel da função da verdade. Aqui entra em cena o procedimento como forma de construção da decisão (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento* cit., p. 24 e *ss.*

[575] Sobre este ponto, o autor menciona a doutrina de CASSESE e NIGRO.

> detentora de direitos, evolução que se aplica ao próprio cidadão.[576]

Apesar de destacar a posição da relação jurídica como base para uma nova dogmática, como já dito, Vasco PEREIRA DA SILVA reconhece a importância do procedimento,[577] e explica que a atuação administrativa voltada para a consensualidade nas decisões, típica do direito administrativo moderno, corrobora para a busca de uma nova legitimação, por meio da regulação do procedimento.

Com isso, vê-se que o procedimento nada mais é do que um dos escopos da dogmática moderna. Além disso, é parte integrante da decisão administrativa, a qual é resultado dele.[578]

Assim, para fins desta tese, o enfoque no procedimento será adotado como fundamento da reestruturação da dogmática administrativa moderna. Nomeadamente, avaliar-se-á o procedimento envolvido nas *Manifestações de Interesse*, já que se acredita que o seu aprimoramento pode resultar na melhoria da decisão administrativa e, por consequência, nos próprios fins das *Manifestações de Interesse*.

6.3 A decisão administrativa como resultado do procedimento

O procedimento é um instrumento por meio do qual a Administração Pública atua, culminando num resultado "decisão", a qual se materializará num ato administrativo, num contrato, ou mesmo

---

576 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder Público, serviço público: crise e conciliação. (original: Puissance publique, service publique: crise et apaisement – Tradução Patrícia Baptista). *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 4, p. 400-401, out.-dez. 2006.

577 Vasco Pereira da SILVA afirma, ainda avaliando a posição de Niklas LUHMANN, que: "A Administração concertada manifesta-se, além disso, na procura constante da aceitação e da consensualidade, mesmo quando sejam utilizadas formas de actuação de tipo unilateral. Busca do consenso, que implica a existência de mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados na formação das decisões administrativas, e que faz da regulação do procedimento administrativo uma preocupação da dogmática moderna, interessada na obtenção de uma «legitimação» da actividade administrativa pela via do procedimento" (*Em busca do acto administrativo perdido* cit., p. 106-107).

578 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 91.

numa norma, quer seja de caráter social, quer seja de caráter mais intrusivo.[579]

Com isso, a consideração do procedimento como elemento central da nova dogmática administrativa permite o remodelamento do direito administrativo, ampliando as possibilidades de forma de atuação da Administração Pública, bem como viabilizando uma maior segurança jurídica nessa atuação.

Essa nuclearidade se justifica (i) pelo aumento das funções sociais da Administração Pública, passando a uma atuação mais prestacional; (ii) pelo aumento da insegurança jurídica em relação aos comandos normativos que, por vezes, são demais abstrato ou ainda preservam um ranço do autoritarismo; e, por fim, (iii) o aprimoramento das formas de controle.

Não se pode olvidar, também, que toda a reestruturação emergiu da necessidade de relativização da atuação autoritária da Administração, destacando as relações jurídicas[580] construídas entre Administração Pública e indivíduos,[581] de modo a prestigiar seus interesses coletivos e seus direitos fundamentais.

Assim, é a partir da conciliação entre objetivação e subjetivação do agir administrativo que se geram possibilidades de resultados mais apropriados, ou, por que não dizer, de decisões mais adequadas. Nessa linha, explica David DUARTE:

---

579 Idem, p. 93.

580 David DUARTE destaca ainda que: "o decaimento do dogma do acto definitivo e executório, por exemplo, que na sua qualidade histórica do momento paradigmático da função tem aglutinado a compreensão da acção administrativa, faz com que o eixo do direito administrativo contemporâneo se desloque do acto para as próprias relações jurídico-administrativas e, como refere GOMES CANOTILHO, para a fenomenologia procedimental do desenvolvimento da acção" (*Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 87).

581 David DUARTE explica: "A relação de proximidade continuada que o procedimento propicia com os interessados no objecto procedimental, e assim porque o procedimento aparece como condição *sine qua non* da participação, permite que a categoria jurídica em causa se substitua à ideia autoritária de resolução do caso concreto, aparecendo como um meio de diálogo interactivo" (*Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 96).

> A consolidação do procedimento administrativo como categoria jurídica autónoma (...) é reforçada pelo fator contextual da crescente centralidade do procedimento no pensamento jurídico-público, nomeadamente na sua relação de topo com os direitos fundamentais, através da consideração do procedimento como uma forma de garantia do aumento da probabilidade (*Wahrscheinlichkeit*) de um resultado jurídico conforme.[582]

Como já dito no item anterior, essa abertura do procedimento à subjetivação faz com que a decisão final adquira maior legitimação,[583] como um sentimento individual de capacidade de influência no resultado final e, ainda, como redutor da frustração de expectativas.[584]

O procedimento, que possui natureza dinâmica e amoldável, visa a conferir maior ordem ao agir administrativo. Retira o enfoque da decisão final e ressalta aquilo que ocorre durante o procedimento, por meio de sucessivos momentos, que se desenvolvem ao longo do tempo e que são direcionados a um objetivo.[585]

Como se sabe, muitas são as situações do mundo fenomênico e alguns são os possíveis resultados decisórios, de acordo com a complexidade dos fatos e das normas aplicáveis, sendo certo que a finalidade do procedimento é justamente alcançar algum desses possíveis resultados.

---

582 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 86.

583 Niklas LUHMANN defende que "(...) procedimentos legalmente organizados podem contribuir ou mesmo levar à legitimação de opções obrigatórias do ponto de vista jurídico" (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 7).

584 Niklas LUHMANN fala de "enfraquecimento de expectativas" (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 170).

585 Ver mais em David DUARTE, o qual também explica: "A categoria procedimento não consubstancia, assim, uma noção substancial, na medida em que representa apenas um fenómeno que se desenvolve no tempo, em sucessivos momentos, fenómeno dirigido a um determinado objectivo, que pode ser individualizado na produção do efeito jurídico que a Administração deve realizar" (*Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 91).

Entretanto, o fato de o procedimento ser direcionado a um objetivo não pode ser confundido com a necessária abertura daquele às alternativas de decisão final. Caso contrário, o procedimento servirá como uma ficção justificadora de uma decisão previamente escolhida, perdendo-se a avaliação dos momentos intermédios que podem resultar em diversas possibilidades de decisões mais acuradas.

O procedimento será uma espécie de estação de tratamento por meio da qual as situações fáticas e os comandos legais possivelmente consagráveis vão sendo filtrados, até que se alcance a coordenação interpretativa de aplicação de direito.[586] É o que David DUARTE, referenciando as ideias de Walter SCHMIDT, chama de "tratamento da informação".[587]

É comum, também, se pensar que decisão significa escolha, contudo nem sempre existe clareza das alternativas, dos elementos existentes e de todos os contratempos que podem influenciar o objetivo. Ao contrário, os conflitos não são simples, os riscos são existentes e a insegurança caracteriza o procedimento complexo da decisão.[588]

Contudo, é justamente no tratamento das informações, ou seja, na seleção das situações factuais relevantes, no filtro dos fatores de influência social, econômica, política e tecnológica,[589] e na

---

586 É a ideia que defende também Niklas LUHMANN: "(...) o próprio procedimento não constitui um critério de verdade, mas favorece a correção da decisão; que possibilita e canalize a comunicação; que garante a realização das decisões, independentemente do fato de que a lógica funcione e permita ou não os cálculos apenas das soluções exatas; e que contribui para abolir as perturbações previsíveis" (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 17).

587 O autor complementa: "Esta substancialização da noção de procedimento resulta do facto, complementarmente, de que a direcção da defesa é efectuada através do tratamento da informação, como o conjunto de elementos do preceito jurídico e das situações da vida que devem ser subsumidas na norma em causa" (*Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 96).

588 Para Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, a decisão é um "procedimento complexo em face de situação caracterizada pela insegurança" (*Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação cit., p. 307).

589 NEVES, António Castanheira. O "Jurisprudencialismo" – Proposta de uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito. In: SANTOS COELHO, Nuno M. M.; SILVA, Antônio Sá da. (org.) *Teoria do Direito – Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?* – Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 60.

coordenação destes perante o sistema normativo, que se irá contribuir para a redução da insegurança, bem como para outros ganhos.

Assim, muitas decisões intermediárias podem estar contidas num procedimento, até que se alcance a decisão final, já que se trata de um processo complexo.

Outra característica relevante do procedimento da decisão administrativa é que ele possua parâmetros de limitação temporal, de modo a perseguir um resultado,[590] para evitar que caia num paradoxo cíclico, sem alcançar solução possível, bem como evitar a influência da burocracia, ou mesmo da procrastinação premeditada.

Com isso, vê-se que a estrutura sistêmica de um procedimento pressupõe uma organização "normativa",[591] no sentido de estabelecer regras gerais e válidas que direcionem os comportamentos esperados e os ritos a serem percorridos em determinados tipos de procedimento e que serão, abstratamente, aplicados aos procedimentos semelhantes.

Niklas LUHMANN e David DUARTE defendem essa ordenação, na medida em que pode resultar numa melhor ordenação da ação administrativa. Este último autor explica:

> (...) a concepção formal que equaciona o procedimento como uma realização progressiva da previsão chama a atenção, desde logo, para as virtualidades de ordenação e de concretização do direito que o procedimento contém. O procedimento administrativo, para além de uma função organizatória natural, tem também uma

---

590 Nesse sentido, Niklas LUHMANN explica que "Os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração" (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 39).

591 Niklas LUHMANN afirma que "A estrutura de um sistema de procedimento é, primeiramente, delineada por normas jurídicas gerais, válidas para diversos procedimentos. Estas normas não constituem, porém, o procedimento propriamente dito e uma justificação por recurso a elas não constitui a legitimação pelo procedimento. Contudo, elas reduzem a tal ponto o número ilimitado de formas possíveis de comportamento, que se torna possível (...) definir a sua temática e os seus limites". Em continuação, "Os procedimentos pressupõem sempre uma organização básica, sendo possíveis só como sistemas parciais dum sistema maior, que lhes sobrevive, que os representa e que lhes mantém determinadas regras de comportamento" (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 40-41).

> função ordenadora, na medida em que confere *ordem à administração em acção*.[592]

É claro que alguns procedimentos poderão requerer um proceder mais simples ou uma antecipação da decisão final, em razão de alguma urgência que assim justifique. Nesse sentido, Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR classifica o processo de decisão em: "satisfação imediata" e "satisfação mediata".[593]

Segundo o autor, o processo de decisão que pretenda uma *satisfação imediata* é aquele que tenta conformar a decisão por meio do afastamento de propostas incompatíveis e que podem ocorrer por um compromisso, uma conciliação ou mesmo um resultado, de modo a evitar maiores conflitos ou danos.[594]

Já no caso dos processos de decisão mediatas, que são as decisões em geral, serão consideradas o que o autor denomina como "incompatibilidades de segundo grau".[595] Nesse caso, serão avaliados todos os conflitos existentes, bem como todas as expectativas envolvidas no procedimento: expectativas dos interessados, sociais, políticas, econômicas e jurídicas.

Nessa última classificação, tem-se uma visão mais abrangente do procedimento de decisão, o que reflete a complexidade do procedimento decisório, em especial o da decisão administrativa. É o que defende Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR: "Essa visão alargada da decisão permite ver que se trata de um procedimento dentro de um processo, portanto muito mais complexo que uma deliberação individual fizesse crer".[596]

E, por consequência, é necessária a orientação das etapas do procedimento em direção ao seu objetivo de modo a encerrar o conflito.

---

592 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 90. Ver mais em LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento* cit., p. 40 e ss.

593 Para uma análise mais pormenorizada, ler FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação cit., p. 306-307.

594 Idem, p. 306.

595 Idem, p. 307.

596 Ibidem.

Historicamente, como já foi colocado anteriormente, o conceito de decisão estava limitado à avaliação do ato final, como a seleção de uma das possibilidades existentes, menosprezando-se os demais momentos. É o que explica Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR: "(...) a decisão aparece como ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais".[597]

Contudo, o evoluir do conceito da decisão, a partir da ampliação de seu prisma de análise, fez com que fosse valorada a existência de dois momentos nucleares do procedimento: o pré-decisório e o da decisão em si, e é em volta desses dois núcleos que o procedimento irá principalmente se estruturar.[598]

Assim, no momento pré-decisório é necessário realizar a colheita das informações e materiais necessários e, a partir disso, transformar os elementos de incompatibilidade em um extrato passível de decisão.

Já a decisão carrega em si o resultado final encontrado para o objeto, além de seus fundamentos, e, também, nas palavras de David DUARTE, "visa estabelecer a causalidade decisória por via do estabelecimento dos meios para se atingir o fim pretendido".[599] Ou seja, ao contrário do momento pré-decisório, trata-se de um momento estático.[600]

Embora esses dois momentos possuam características diversas, é fácil reconhecer a dependência mútua[601] existente entre eles no atual agir administrativo. E isso porque uma decisão, sem sua devida instrução, pode ser vista como abusiva e ilegítima pelos seus sujeitos passivos.

Da mesma forma, o momento pré-decisório só existe em função da teleologia envolvida no procedimento, momento em que se

---

597 Idem, p. 306.

598 Ver mais em DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 99 e ss.

599 Idem, p. 99.

600 Idem, p. 99 e ss.

601 David DUARTE denomina essa relação como um "condicionamento recíproco" ou "interconexão" (*Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 100-101).

projetam as possíveis soluções para o conflito submetido à decisão e em que se trabalham os elementos que conferirão maior correção a ela, se bem manejada a instrução.

Nessa linha, David DUARTE considera que, embora a decisão final seja um momento estático, é essa *interconexão*[602] entre os dois momentos que confere a dinâmica do procedimento de decisão como um todo:

> O procedimento administrativo é uma estrutura dinâmica, mas no sentido em que se lhe reconhecem as virtualidades de recepção e transformação de elementos exteriores que são canalizados, através do seu conflito interno, até a decisão, que vem, de certa forma, consubstanciar a transformação final desses elementos progressivamente interiorizados.[603]

Assim, pode-se sintetizar que a estrutura do procedimento é formada nuclearmente por dois momentos, o *pré-decisório*, em que se adotam decisões preliminares e parciais, por meio da instrução dos elementos relevantes, de forma a promover o alcance da *decisão final*.[604]

Uma questão bastante aventada nas discussões sobre as novas formas das relações administrativas e, por consequência, da nova dogmática administrativa, em revisão, se relaciona à conveniência e à eficácia de se procedimentalizar ou não determinados tipos de atuação da Administração Pública.

Há quem possa argumentar que a procedimentalização e a organização que lhe é inerente são ineficazes, já que a ordenação

---

602 Termo adotado pelo autor.

603 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 104-105.

604 No mesmo sentido, Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR considera que a decisão é correlata a conflito e este pode ser compreendido como "o conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade de enfoque dos interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados de solução" (*Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação cit., p. 307).

normatizada poderia paralisar a atuação administrativa, na medida em que concebe a existência de uma estrutura genérica e que se aplica aos mais diferentes casos.

Antes de se ponderar essas críticas, vale retomar aquilo que já se abordou neste capítulo: na nova dinâmica da atuação administrativa, o procedimento é parte estruturante e inerente da decisão.

Não se pode mais admitir decisões autoritárias e infundadas do agente público, senão aqueles atos puramente de polícia[605] e, especialmente, em situações emergenciais. Do contrário, todas as instâncias de controle tenderão a questioná-la, nomeadamente aquele exercido pelos próprios cidadãos.

Pois bem, uma eventual crítica com base na opinião de "engessamento" da atuação administrativa enveredaria pelos argumentos de que a criação de normas de ordenação acabaria por regrar demasiadamente o agir administrativo, retirando-lhe a capacidade de flexibilizar escolhas que acabam por adaptar o agir às situações fáticas.[606]

Nesse âmbito, o agente público deveria seguir fielmente o detalhado procedimento e, caso não o fizesse, estaria sujeito às responsabilidades legais do descumprimento. Desse modo, a crítica atinge a limitação a que estaria sujeito o agente público.

Da mesma forma, há quem entenda que a aplicação genérica do procedimento, ainda que a situações iguais, seria imprópria. É o caso da teoria jurisprudencialista de António CASTANHEIRA NEVES,[607] a qual requer respostas diferentes e concretas para

---

605 Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que o poder de polícia (enquanto maneira da proteção do interesse da coletividade) visa a "restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre [do administrado] exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então a polícia administrativa constitui-se uma atividade orientada para a contenção dos comportamentos dos administrados". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo* cit, 30. ed., p. 700).

606 NEVES, António Castanheira. O "Jurisprudencialismo" – Proposta de uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito. In: SANTOS COELHO, Nuno M. M.; SILVA, Antônio Sá da. (org.) *Teoria do Direito – Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?* – Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves cit, p. 45.

607 Em síntese, o jurisprudencialismo é uma proposta que enxerga o Direito a partir dos problemas de ordem prática, e não a partir da norma, tais como as teorias clássicas sugerem. Assim, almeja-se a solução na direta assunção do problema, mediando o "problema" com o "siste-

problemas iguais, como bem explica Antônio Sá da SILVA: "É que para o jurisprudencialismo o direito é uma experiência concreta, histórica e problematicamente situada que sugere diferentes respostas para problemas iguais".[608]

Como contraponto a essas duas críticas, que de certa maneira se complementam, entende-se que a procedimentalização da decisão administrativa é o instrumento mais útil para se buscar uma decisão mais adequada à legislação, às necessidades da sociedade, mais bem recebida pelos cidadãos e mais apta aos mecanismos de controle.

A ideia é a criação de um *framework normativo* do procedimento decisório que seja aplicável a determinados tipos de decisão administrativa que tenham naturezas semelhantes, já que, como explicam Carlos Ari SUNDFELD e Floriano de Azevedo MARQUES NETO, ao fazerem propostas de melhoria para a decisão pública, "a incerteza jurídica é a porta de entrada de violações aos direitos. Necessário, pois, melhorar o ferramental que permita assegurar segurança e previsibilidade tanto na ação do Poder Público quanto na sua relação com os indivíduos".[609]

---

ma". Nesse viés, Antônio Castanheira NEVES afirma: " *O problema, por seu lado, manifesta o caso jurídico no seu sempre novum de sentido concretamente problemático e sistematicamente irredutível. O juízo, por último, é chamado a assumir a normatividade jurídica oferecida primae facie pelo sistema e a projetá-la como solução na decisão jurídica-normativa do caso, obedecendo para tanto – ponto capital – a duas exigências diferenciáveis, mas a integrar dialéticamente na decisão judidicativa, pois haverá de ser tanto normativo-juridicamente fundado (em referência ao sistema) como problemático-concretamente adequado (em referência ao caso decidendo), e operará segundo um esquema metódico complexo em que se reconhecerá também a sua irredutível constitutividade normativo jurídico*." (***Teoria do Direito***: *O direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo, uma resposta possível?* cit., p. 71-72.)

608 SILVA, Antonio Sá da. A imaginação literária e o direito: a (im)possibilidade de um modelo jurídico-decisório nos argumentos de A. Castanheira Neves e de Martha C. Nussbaum. In: SANTOS COELHO, Nuno M. M.; SILVA, Antônio Sá da. (org.) *Teoria do Direito – Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?* – Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 218.

609 SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278. Os autores fazem um completo diagnóstico dos fatores de distorção da atividade decisória administrativa, quais sejam: (i) o alto grau de indeterminação de normas públicas; (ii) a relativa incerteza quanto ao próprio conteúdo da norma; (iii) a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; (iv) a dificuldade do poder público obter o cumprimento voluntário e rápido de obrigações por terceiros, o que acarreta inefetividade de políticas públicas; (v) a

Esse quadro de normas não pode ser excessivamente detalhado, petrificando comportamentos a serem adotados.[610] É imprescindível a existência de certa margem de discricionariedade, mas, ao mesmo tempo, esse *framework* não pode ser extremamente amplo, já que o agir administrativo pressupõe uma dose de ordem, dada a criatividade interpretativa do agente público e o grau de indeterminação das normas de direito público.[611]

Numa forma concisa e abstrata, pode-se dizer que o procedimento deve conter, portanto, as fases que precisam ser cumpridas, os elementos formadores de convicção que devem ser percorridos, os princípios norteadores, os prazos-limite de tramitação e as competências internas dos órgãos/agentes envolvidos.

Numa linha de proposição de diretrizes, Carlos Ari SUNDFELD e Floriano de Azevedo MARQUES NETO sugeriram mudanças no anteprojeto de lei de alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para dispor sobre os seguintes pontos: (i) a consagração de princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões calcadas em normas indeterminadas; (ii) os particulares terem o direito à transição adequada quando criadas novas situações jurídicas; (iii) o estabelecimento de regime jurídico de negociação entre autoridades públicas e particulares; (iv) a criação de ação civil pública declaratória de validade, com efeito *erga omnes*, para dar estabilidade a atos; (v) o impedimento de invalidação de atos em geral por mudança de orientação; (vi) a disciplina dos efeitos da invalidação de atos em geral; (vii) o impedimento de responsabilização injusta da autoridade em caso de revisão das suas decisões; (viii) a imposição de consulta

---

instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior; (vi) os efeitos negativos indiretos de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar o cumprimento das obrigações); (vii) o modo autoritário como são concebidos e editados as normas pela Administração.

610 Nessa linha, Niklas LUHMANN defende que: "Aqui existe um erro óbvio a ser evitado: um procedimento não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que a única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma função específica. Fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independentemente das consequências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação" (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 37).

611 Ver mais em SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle cit., p. 278 e ss.

pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos; (ix) a determinação de compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados aos envolvidos.[612]

Uma normatização em abstrato, estruturada de forma assemelhada, permite que o procedimento decisório trabalhe diante de *múltiplas realidades procedimentais*,[613] majorando a sua capacidade de se amoldar aos diferentes objetos envolvidos no conflito a ser decidido.

Assim, a partir do procedimento decisório, aumentam-se as chances de atendimento dos interesses públicos. Além disso, reduz-se o medo e a incerteza dos sujeitos passivos da decisão derivados do desconhecimento do rito, dando-lhes elementos de recorribilidade e trazendo maior segurança para a própria atuação do agente público, o qual terá maior fiança nos elementos pressupostos de sua decisão.

Relevante, também, retomar a ideia inicial de que a procedimentalização serve como contramão a decisões autoritárias, permitindo uma maior participação dos privados no seu desenvolver.

Essa abertura do momento pré-decisório à participação se tornou essencial aos procedimentos, na medida em que passou a ser exigida pelos próprios cidadãos, especialmente em objetos mais complexos e que têm uma maior capacidade de gerar impactos à sociedade.

Todavia, não há modelo perfeito. Conforme observa Niklas LUHMANN, seria utópica uma *organização ótima de decisão*[614] administrativa, e isso porque, quanto maior a complexidade dos sistemas (social, econômico, político e outros) envolvidos, maior a necessidade de normatização do procedimento, o que decerto diminui a possibilidade de participação do cidadão.[615]

---

612 Idem, p. 280 e ss. [Foi transcrita a integralidade da ideia dos autores com pequenas alterações do texto, apenas para melhor ajuste à redação aqui proposta].

613 Termo utilizado por David DUARTE. Ver mais em *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório cit., p. 99.

614 Termo adotado pelo autor (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 168).

615 Ver mais em LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento* cit., p. 167 e ss. O autor argumenta, ainda, que: "Quanto maior for a complexidade dum sistema, complexidade que deve ser reduzida por processos internos, tanto mais obrigatória se torna uma legalidade es-

O desafio mais producente parece ser o encontro do ponto zero do pêndulo, ou seja, o equilíbrio entre normatização procedimental, participação e finalidade. Do contrário, a tentativa de um modelo irreprochável pode acabar sendo, de fato, paradoxal.

6.4 A decisão administrativa de contratar e de delegar serviços e obras públicas

Até então, foi possível avaliar as decisões jurídicas e as decisões administrativas de forma ampla. Como se sabe, na atuação administrativa, variadas decisões administrativas são necessárias e estas possuem naturezas diferentes e, portanto, requerem procedimentos específicos.

Entretanto, de acordo com o corte metodológico proposto para esta pesquisa, é preciso avançar e se aproximar mais das decisões objeto desta tese, as decisões nas *Manifestações de Interesse*.

Como já se expressou no início deste texto, nada impede que existam *Manifestações de Interesse* como *mecanismo indutor*[616] de serviços[617] e obras realizados diretamente pela Administração Pública sem que sejam delegados, que nada mais seria do que a abertura para solicitação de modelagens ou o recebimento espontâneo destas de entes privados.

Contudo, dificilmente entes privados teriam interesse em ofertar propostas para prestações realizadas diretamente pela Administração Pública, já que não teriam a chance de serem delegatários daquele

---

sencial própria do sistema, que requere consideração das formas de organização e de processo. Com isso se torna cada vez mais difícil e constitui uma sobrecarga para a racionalidade exequível exigir ainda dos processos administrativos funções legitimadoras. Dificilmente a disposição dos passos de decisão, do ponto de vista dum aprofundamento racional do problema e de oportunidades maiores para resultados úteis, tal como aqueles a que ambiciona a moderna investigação da organização da teoria de decisão, poderá adotar uma forma que apresente simultaneamente uma situação ótima quanto a um efeito de propaganda e proporcione ao cidadão o sentimento de ser interveniente num assunto próprio. É precisamente perante os olhos do público que se separam, dum lado a eficiência, e de outro o valor de satisfação ou legitimação da decisão" (*Legitimação pelo procedimento* cit., p. 168).

616 O termo é adotado por SAADI, Mário. *O procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro* cit., p. 27.

617 Serviço é aqui tido em sentido amplo, não se limitando a serviços públicos e englobando inclusive a operacionalização, gerenciamento e manutenção de obras.

serviço ou obra, além de que essa prática nada mais seria do que a contratação de uma consultoria especializada, ainda que por meio de uma seleção qualitativa e quantitativa diversa daquela prevista na Lei n. 8.666/1993.

Vale apenas relembrar que, num contrato de empreitada, baseado na Lei n. 8.666/1993, o projeto a ser executado deve ser apresentado pela própria Administração Pública, a qual poderá fazê-lo por meio de seu corpo técnico, de órgãos ou entidades públicos parceiros, contratar uma consultoria especializada ou, mesmo, contar com a ajuda de profissionais do mercado. Todavia, aquele que participar da elaboração direta ou indireta do projeto estará impedido de participar da licitação, conforme preceitua o art. 9º, I e II, dessa lei.[618]

Considerando esses fatores, o foco desta tese estará restrito às *Manifestações de Interesse* prévias a contratos delegados. Para tanto, é preciso entender melhor (i) o que está englobado no conceito de delegação; e, (ii) como se dá a escolha administrativa de delegar determinada função, serviço ou obra.

O ponto de partida para a decisão administrativa de delegar ou não um serviço, obra ou atividade de interesse público parece ser a própria compreensão da atuação administrativa, a qual determinará quão propensa estará a Administração Pública a confiar a execução de serviços e obras a entidades exógenas à sua estrutura.

E essa acepção se fez muito clara no evoluir da atuação administrativa, como já destacado no Capítulo 2, desde o liberalismo até os dias atuais. O Estado que era mínimo e atuava predominantemente por meio de *atos administrativos*, passa a ser intervencionista,[619] se agigantando, na expectativa de atender os anseios dos cidadãos,

---

618 "Art. 9.º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado. (...)".

619 Ver mais em OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. *Caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 34 e ss.

os quais passaram a exigir cada vez mais qualidade e variedade de prestações.

Nesse contexto, a Administração Pública, que ainda atuava de forma direta, passa a experimentar uma crescente dificuldade de atender a todos os reclames. A figura do Estado, representada por um polvo com diversos tentáculos,[620] passa a não ter tentáculos suficientes para atuar em tantas frentes.

Logicamente, a ampla atuação administrativa leva a uma exaustão de *capacity* orçamentário, de pessoal e, mesmo, de planejamento administrativo-organizacional.

Numa busca de soluções possíveis, vários fenômenos de privatização[621] emergem desse cenário: (i) utilização crescente de institutos do direito privado, em especial, o contrato; (ii) aproximação da atuação administrativa a entidades privadas; (iii) desintervenção estatal, por meio da despublicização de alguns serviços e mesmo de algumas atividades econômicas com a transferência de empresas públicas para o controle de empresas privadas; entre outros.[622]

Ou seja, fundada na necessidade de reduzir o escopo de atuação administrativa, passa-se a relevar o papel das entidades privadas e depositar nelas a prestação de serviços e obras que antes estavam adstritos à Administração Pública, a admitir mais as suas

---

620 A metáfora do Estado como um ser com diversos tentáculos que exerceriam seu poder nas mais variadas esferas é retratada na obra de Thomas Hobbes, que compara o Estado ao Leviatã (HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1984. p. 61).

621 Entende-se privatização aqui em sua acepção mais ampla, como sendo a aproximação da Administração Pública ao mundo privado.

622 Phillip J. COOPER, sobre a realidade americana, explica os tipos de fenômenos ocorridos no país: "The move to deregulate, the drive for privatization, the effort to contract out more for public service delivery, the increased use of contract-type service evaluation by public sector 'customers', the effort to reduce the size of the government, the encouragement to let market forces loose on matters previously the province of direct government action, the reorientation of public agencies as brokers rather than direct service providers, the call for a move to public/private partnerships, the call for replacement of enforcement and adjudication by negotiation and alternative dispute resolution, are only some of the many changes in the way we govern and are governed that have emerged as driving forces since the late 1970s" (*Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers cit., p. 47).

contribuições, bem como a absorver institutos que pudessem resgatar a Administração Pública da crise do seu agigantamento.[623]

Isso significa uma grande alteração no agir administrativo, no processo decisório de sua atuação e, por consequência, uma necessária mudança no próprio Direito Administrativo.

Nesse contexto, a delegação de serviços e obras públicas se tornou cada vez mais o cotidiano da Administração Pública e uma viável saída à necessária desoneração pública. Hoje, contudo, com o evoluir do conceito, a delegação deixa de ter tanto esse viés de desintervenção para buscar outros ganhos mais atrelados à eficiência e à própria organização administrativa.

Com o passar dos anos e com a transformação dos objetos de contratação pública, as formas de delegação foram se tornando mais variadas e complexas, de modo a melhor conformar a atuação administrativa às novas realidades.

Embora a Constituição Federal brasileira preveja normas sobre delegação de serviços e obras públicas de forma, a princípio, restritiva, ao mencionar expressamente apenas as concessões e permissões no art. 175[624] e, além destas, a autorização, no art. 21,[625] não parece ser

---

[623] Nesse sentido, Paulo OTERO sintetiza: "Ainda em sentido muito amplo, a privatização da Administração Pública traduz o conteúdo de uma política de orientação decisória que, visando reduzir a organização e a actuação do poder administrativo ou a esfera de influência directa do Direito Administrativo, reforça o papel das entidades integrantes do sector privado ou do seu direito na respectiva actuação sobre certas áreas, matérias ou bens até então objeto de intervenção pública directa ou imediata" (Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública cit., p. 36).

[624] "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

[625] Aquelas previsões relacionadas a setores específicos, como, por exemplo, o de telecomunicações, os especificados no inciso XII e aqueles atrelados a atividades nucleares:

"Art. 21. Compete à União: (...)

XI – explorar, diretamente ou mediante *autorização, concessão ou permissão*, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [destaques nossos]

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 8, de 15/08/1995)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

essa a intenção do legislador. Doutrinadores, como Alexandre Santos de ARAGÃO e Marçal JUSTEN FILHO, defendem que as previsões constitucionais do art. 175 e do art. 21 devem ser compreendidas de forma ampla.[626]

Essa amplitude de interpretação que deve ser dada aos preceitos constitucionais faculta uma adaptação das delegações de serviços e obras públicas às novas formas de atuação da Administração Pública, as quais são dinâmicas. Entretanto, não há exatamente um consenso na doutrina em relação às exatas medidas do instituto das delegações.[627]

Considerando o objetivo de possibilitar a utilização ampla das *Manifestações de Interesse*, já apresentado no Capítulo 3, englobando, assim, diversos tipos de contratos públicos, se faz necessária a adoção também ampla do conceito de delegação de serviços públicos.

Há uma intersecção entre os conceitos de delegação, concessão e parcerias e, por conta disso, uma certa divergência nas suas aplicações pela doutrina. Assim, necessária a delimitação da amplitude do conceito a ser adotado nesta tese.

---

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...)".

626 Alexandre Santos de ARAGÃO defende que: "O fato de a Lei Maior prever nominalmente as concessões e permissões (arts. 21 e 175), não exclui outras espécies de contratos de delegação. E mais, a própria concessão prevista constitucionalmente pode ser compreendida em seu sentido amplo, equivalente a qualquer espécie de delegação contratual de serviços públicos" (Delegações de serviço público. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 16, p. 2, nov.-dez.-jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016. Ver mais também em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* cit., p. 386 e ss.).

627 Alexandre Santos de ARAGÃO exclui, por exemplo, os convênios, conforme segue: "Quando o Ente Público incumbido do serviço público continuar prestando-o, mas como objeto de um convênio, tal como evidenciado no art. 241 da Constituição Federal, não haverá delegação. O convênio *in casu* seria apenas um mecanismo de exercício coordenado por mais de uma pessoa jurídica de atividades comuns ou complementares. Contrariamente, se o Ente Público incumbido do serviço deixar de prestá-lo diretamente para, por exemplo, passar a financiar entidade conveniada para fazê-lo, estaremos diante de uma delegação de serviço público, ainda que bem distinta da concessão, em razão, por exemplo, da possibilidade de denúncia unilateral por qualquer das partes sem indenização" (Delegações de serviços públicos cit., p. 45).

Especialmente no que tange ao conceito de concessões, com a criação das concessões administrativas e patrocinadas da Lei das PPP – Lei n. 11.079/2004 –, o conceito de concessões ampliou-se ainda mais, se aproximando do conceito tradicionalmente adotado para a delegação de serviço público.

Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO, a concessão pode ser entendida como "o gênero de arranjos contratuais para a delegação, aos particulares, do exercício de uma atividade ou de um direito especial com vistas a atingir objetivos públicos".[628] Já segundo Alexandre Santos de ARAGÃO, a concessão é a

> delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.[629]

Com isso, as concessões englobam as concessões comuns de serviços e de obras públicas, e as de uso de bem público (Lei n. 8.987/1995), as concessões administrativas e patrocinadas (Lei n. 11.079/2004), a concessão de exploração de atividade econômica monopolizada pelo Estado,[630] a concessão portuária (Lei n. 12.815/2013), a concessão nas telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), mineral (Lei n. 7.805/1989), de águas (Decreto n. 24.643/1934 e suas posteriores alterações), entre outras. Vê-se, portanto, a grande abrangência do conceito de concessões, o qual goza de uma melhor delimitação normativa em relação aos dois outros institutos.

---

628 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. 2013. Tese apresentada ao concurso para o provimento de cargo de professor titular – Curso da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 27.

629 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público cit., p. 3.

630 O exemplo mencionado por Alexandre Santos de ARAGÃO é o de loteria e a exploração e produção de petróleo. Ver mais em Delegações de serviço público cit., p. 5 e ss.

Já o conceito de parcerias[631] pode ser aferido em diferentes sentidos: (i) entre entes públicos, sendo a parceria muitas vezes formalizada por acordos de cooperação ou consórcios públicos, na forma da Lei n. 11.107/ 2005; ou, (ii) parcerias público-privadas, as quais podem ter uma acepção ampla e uma restrita.

Em sua acepção ampla, parcerias público-privadas podem englobar todos os tipos de relação entre Poder Público e entidades privadas, tenham eles caráter comutativo ou de comunhão de esforços.[632] Nesse sentido, já se pôde explicitar esse entendimento antes, na oportunidade da pesquisa de mestrado:

> As parcerias público-privadas podem denotar todas as parcerias existentes entre o Poder Público e o setor privado, abarcando as concessões de serviço público (em seu sentido amplo), as empreitadas de obras públicas, e as privatizações em sentido estrito (aquelas em que há a transferência de ativos públicos para o setor privado), convênios, organizações sociais, dentre outros. No entanto, este conceito amplo das Parcerias Público-Privadas possui um caráter mais *sociológico e político*.[633]

---

631 Para maior aprofundamento do tema, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13 e ss.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as concessões administrativas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13 e ss.; e, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública* cit., p. 22-23.

632 Phillip J. COOPER destaca que, pela circunstância que leva o poder público a contratar uma parceria, dessa relação sempre se denotará uma interdependência mútua, diferentemente do que ocorre numa relação puramente comercial: "Indeed, the very term 'partnership' turns out, when carefully considered, to raise some cautions about the care required for good contractual working relationships. In truth, when government comes to rely on contracting to the point that it cannot deliver services itself, the situation is more like a set of alliances in which both the public sector and the contractors operate under conditions of mutual interdependence. It is far more than a simple business relationship as that concept is often understood by the public" (*Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers cit., p. 87-88).

633 VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. *Estado e entidades privadas: mãos dadas para a prossecução dos fins públicos nas PPPs? – O paradigma das experiências brasileira e português-comunitárias*. Dissertação apresentada para fins de obtenção do grau de Mestre

Em seu sentido estrito, de acordo com as previsões legais, as quais podem abranger dois tipos: (i) parcerias público-privadas são as concessões administrativas e patrocinadas, regidas pela Lei n. 11.079/2004, tendo, assim, um conceito juridicamente delimitado; e, (ii) os termos de parcerias das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), formalizadas no âmbito da Lei n. 9.790/1999.

No que concerne ao conceito de delegação,[634] que ora se faz de interesse, este se atrela ao ato de delegar a particulares um serviço ou obra pública, ou atividade econômica ou social de interesse público, integral ou parcialmente, desonerando parte de sua execução de algum ente ou entidade do setor público, seja por uma questão orçamentária, de eficiência ou, mesmo, de melhor organização administrativa.

Nesse sentido, a delegação pode ser traduzida em diversos instrumentos jurídicos, tais como: todas as formas de concessões, conforme os exemplos *supra*, permissões,[635] autorizações, termos de cooperação, contrato de gestão, de parcerias e outros.

Assim, pretende-se aqui a adoção de conceito amplíssimo de "delegação". Com efeito, ao conferir a ela conceito amplo, faz-se com que a delegação seja bastante aproximada do conceito de parcerias da Administração Pública apresentado por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: "as várias modalidades de ajuste entre os setores público e privado para a consecução de objetivos comuns (...)".[636]

Apesar da semelhança entre os dois conceitos, na acepção ampla de *parceria* pode-se englobar o conceito de privatização *stricto sensu*, ou seja, a transferência de ativos do poder público para privados, o qual não se enquadra no conceito de *delegação*.

---

em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa-PT, 2010. p. 45.

634 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo* cit., 30. ed., p. 256.

635 Alexandre Santos de ARAGÃO define as permissões como "a modalidade de delegação de serviço público apropriada quando os bens empregados na prestação do serviço público forem de valor diminuto, ou se, ainda que possuam um valor considerável, tenham uma vida útil curta ou possam ser empregados pelo particular em outras atividades econômicas que não constituam serviços públicos" (Delegações de serviço público cit., p. 20).

636 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública* cit., p. 22-23.

Se todo o emaranhado de acepções e de instrumentos jurídicos, por um lado, justifica a múltipla conceituação pela doutrina e sua utilização desordenada, por outro, destaca o traço comum da materialização da atual proximidade entre Administração Pública e entidades privadas.

Delegar, portanto, significa a transferência de parcela do poder e de responsabilidade da execução de alguma competência pública, seja ela exclusiva ou não, incumbindo ao privado-delegatário a execução daquela função que lhe foi confiada.

Vale apontar que a delegação agrega tão somente o exercício, e não a titularidade do serviço, obra ou atividade de interesse público.[637] Por essa razão, a Administração Pública deve exercer direção sobre a boa prestação do delegatário, podendo fiscalizar, alterar as condições da prestação e, inclusive, retomar o serviço ou obra.

Considerando-se genericamente, o objeto da delegação envolverá serviços, obras e atividades econômicas de interesse público.[638] E dessa forma serão tratadas no curso do tema das delegações. Porém, é necessário um olhar mais próximo em cada uma dessas três categorias.

Os serviços delegados podem ser aqueles definidos legalmente como serviços públicos titularizados pelo Estado e que, para que possam ser executados por terceiros, devem passar por uma delegação. Outros serviços, ainda que não considerados públicos e que não sejam exclusivamente titularizados pelo Estado, podem ser delegados por envolver o uso de um bem público.

As atividades de monopólio constitucional, embora não possam ser consideradas serviços públicos, podem ter parcela de sua operação delegada a particulares, como é o caso das loterias e da exploração e produção de petróleo.

---

637 Nesse sentido, explica Alexandre Santos de ARAGÃO: "Os serviços concedidos à iniciativa privada não perdem a sua natureza pública: à iniciativa privada é delegado o seu mero exercício, permanecendo o serviço sob a titularidade estatal exclusiva, nos termos do art. 175 da Constituição Federal" (Delegações de serviço público cit., p. 3).

638 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo* cit., p. 233.

Alguns casos de delegação de atividades não se enquadram em nenhuma das opções *supra*. São atividades que poderiam ser exercidas pelo próprio Estado e, também, pelo próprio particular, os quais resolvem executá-la conjuntamente para o fim de obter maior efetividade ou por envolver algum setor gerido pelo Estado. Essas atividades são, comumente, sociais, envolvendo cultura, meio ambiente, saúde, educação, mobilidade, entre outros.

Essas atividades devem ser sempre de interesse público e podem ser efetivadas por diferentes tipos de delegação e de contratos, a depender das normas de regência: contrato de gestão das organizações sociais (Lei n. 9.637/1998), termos de parcerias das OSCIPs (Lei n. 9.790/1999), termos de cooperação, convênio de cooperação técnica ou outras denominações subjacentes. A Administração Pública pode, ainda, delegar as atividades de monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto da parceria no caso de Organização da Sociedade Civil (Lei n. 13.019/2014).

Assim, por meio desses instrumentos, vê-se uma clara união de esforços entre Administração Pública e entidades privadas com vistas a alcançar um fim comum e determinado, o qual deve ser de interesse público, sem prejuízo de envolver indiretamente interesses privados marginais.[639]

Embora Alexandre Santos de ARAGÃO entenda só haver delegação nos casos em que o serviço objeto do convênio deixa de ser exercido pelo ente público convenente, o qual passa a financiar a entidade conveniada para prestá-lo, serão considerados aqui como delegação, na medida em que são utilidades que poderiam ser providas pelo Estado e, ainda que parcialmente, serão executadas também por um ente privado conveniado.

---

[639] São exemplos os projetos de *Bike sharing*, já mencionados no Capítulo 3, a gestão de hospitais por Organizações Sociais, como é o caso do Hospital Municipal M'Boi Mirim – Dr. Moysés Deutsch, sob a gestão do Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim – CEJAM. Ver mais em: <http://www.hospitalmboimirim.com.br/site/ohospital_gestao.html>. Acesso em: 1º dez. 2016. Outro exemplo é o projeto "Câmeras Cidadãs", parceria que objetiva partilhar as imagens de câmeras de monitoramento e segurança externas das agências bancárias do Itaú com os sistemas de segurança de algumas Prefeituras, como é o caso da Prefeitura de Campinas, objeto de Termo de Cooperação. Ver mais em: <http://www.hospitalmboimirim.com.br/site/ohospital_gestao.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

Em outros casos, o objeto de delegação não é a atividade ou o serviço em si, mas sim a administração do estabelecimento público em que ele é prestado, como uma forma de gestão administrativa e financeira mais eficiente. Como exemplo, podem-se citar centros de saúde/hospitais, escolas e até mesmo penitenciárias. É o que Alexandre Santos de ARAGÃO denomina de *gerência privada de estabelecimentos públicos*.[640]

Outras delegações envolverão o uso do bem público com a prestação de alguma utilidade de interesse público agregada, é o caso da concessão de uso de espaço público para instalação de estações de aluguel de bicicleta do Rio de Janeiro.[641]

Serão desconsideradas as concessões, permissões e autorizações de uso de bens públicos para desempenhos de atividades privadas, sem que haja uma utilidade de interesse público como seu principal acessório,[642] já que estas não serão objeto de *Manifestações de Interesse*.

Da mesma forma, não serão incluídos no conceito de interesse público os consórcios públicos e os acordos-programa entre entes federados ou entre entidades do setor público, já que, também, não serão objeto de *Manifestações de Interesse*.

Nesse momento, cumpre, então, explorar o que compõe a decisão administrativa de confiar a um ente exógeno à sua estrutura a execução de parcela desse serviço, obra ou atividade de interesse público.

Para além da macroconcepção da atual Administração Pública e de sua típica atuação, a qual faculta uma maior propensão à delegação de suas funções, vários outros fatores influenciam nessa decisão: administrativo, político, financeiro-orçamentário, econômico, jurídico e social.

---

640 Ver mais em ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público cit., p. 42 e ss. O autor ainda destaca a semelhança entre o instituto e a concessão administrativa, sendo que esta goza de proteções para o parceiro privado, o que são mais relativizadas na gerência privada de estabelecimentos públicos.

641 BIKE RIO. Disponível em: <http://www.mobilicidade.com.br/bikerio.asp>. Acesso em: 1º dez. 2016.

642 São exemplos as permissões para instalação de banca de jornal nas ruas ou a concessão de espaços em Mercados Municipais, as quais, porventura, podem ter outra formalização como "permissão", para a instalação de bancas de frutas, verduras, laticínios e outros.

Do ponto de vista do *fator administrativo*, pode significar a redução da atuação direta em determinadas atividades que, muitas vezes, serão melhor realizadas por privados-delegatários que tendem a possuir *know-how* para a tarefa que lhe foi transferida. Significa, também, uma redução do poder estatal, o que pode se justificar numa opção de organização administrativa, em que a Administração Pública irá direcionar os seus esforços para outras atividades que requeiram sua atuação direta.

Muitas vezes, o fator administrativo está atrelado ao *fator econômico* que privilegia a eficiência administrativa.[643] A eficiência aqui pode ser entendida pela equação de maiores ganhos para os interesses públicos, sejam eles qualitativos ou quantitativos, com o dispêndio de menos recursos.[644]

Permite agregar, também, a capacidade de geração de resultados ou ganhos para o projeto, os quais podem se reverter em melhorias para a própria utilidade ou, mesmo, em redução tarifária para os usuários.

Já o *fator político* pode representar diferentes elementos, como a agenda de governo daquele governante que está sob o comando do Estado, ou, por outro lado, a vontade política de delegar como forma de agraciamento de alianças políticas com entidades privadas ou como recompensa por um apadrinhamento político recebido,[645] o que desvirtua completamente a finalidade do instituto.

---

643 John D. DONAHUE, ao tratar da decisão de privatizar, destaca que, se bem feita a privatização [o que se pode espelhar nesta pesquisa para os casos de delegação, já que o auto trata da privatização em seu sentido amplo], esta pode resultar no alargamento dos ganhos de eficiência: "When it works well, privatization can boost efficiency through accelerated innovation, more appropriate technologies or management styles, or a more sensible scale of operation. It can clarify the public purpose by passing mandates through the focusing filter of explicit contracts. It can allow for more flexibility and variety in public services, spare public managers from occupying themselves directly with peripheral functions, and improve spending decisions by highlighting costs" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 217).

644 Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que o princípio da eficiência é uma ramificação do princípio da "boa administração" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de direito administrativo*** cit., 30. ed., p. 125).

645 Celso Antônio Bandeira de MELLO critica o art. 50 da Lei n. 9.784/1999, já que esse dispositivo tem um rol taxativo que não inclui atos praticados em benefício de determinado agente por motivos puramente partidários/politicos e complementa, afirmando que: "cumpre não esquecer que são também muito temíveis os favoritismos em prol de apaniguados ou correli-

Exemplos do primeiro elemento podem ser identificados com certa facilidade na recente história política brasileira. Muitas vezes, o programa de governo está pautado justamente num incentivo à delegação de serviços e obras ou, ao contrário, tem como uma das metas a internalização de atividades que estão sendo exercidas por privados.

Recentemente, como já destacado no Capítulo 3, quando da assunção interina da Presidência da República em razão do processo de *impeachment*, a primeira providência de Michel Temer foi promulgar Medida Provisória para regular a "ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada", por meio de contratos de parceria: a MP n. 727/2016[646] – convertida na Lei n. 13.334/2016.

Regressando um pouco mais no tempo, é possível identificar no governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) uma grande tendência de diminuição da atuação estatal, como forma de tentar solucionar a crise fiscal existente à época. Para tal, (i) operaram-se ações de desestatização; (ii) ocorreu a promulgação da Lei n. 8.987/1995, para regular o art. 175 da Constituição Federal, e da Lei n. 9.074/1998, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; e (iii) se deu a edição da Lei n. 9.472/1997, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação.

Como exemplo oposto, tem-se a retomada de alguns serviços antes delegados, seja por meio de encampação ou via reassunção após o seu prazo de vigência. Alguns exemplos podem ser vistos desde o início do século XX até os dias atuais: (i) a encampação em favor da União da rede "ferro-viaria" arrendada à época à *Compagnie Auxiliaire de Chemis de Fer au Brésil*,[647] a qual passou a ter gestão

---

gionários politicos" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de direito administrativo*** cit., 30. ed., p. 125).

646 Publicada no *Diário Oficial da União* no dia 12 de maio de 2016, edição extra, um dia após assumir o mandato temporário de Presidente da República, com o afastamento da então Presidente Dilma Roussef, que era Ré no processo de *Impeachment*. Posteriormente, em 31 de agosto de 2016, a Presidente Dilma Rousseff perde o mandado presidencial de forma definitiva, assumindo, pois, Michel Temer. No dia 13 de setembro de 2016, a referida Medida Provisória foi convertida em Lei.

647 A encampação foi realizada pelo Decreto n. 14.222, de 18 de junho de 1920. "Resolve encampar a rêde ferro-viaria arrendada á Compagnie Auxiliaire de Chemis de Fer au Brésil. O

do Estado do Rio Grande do Sul, ocorrida em 1920; (ii) a retomada de bens da Companhia de Eletricidade do, à época, território do Amapá pela União em 1974, com intuito de repassá-los à guarda da ELETRONORTE, a qual receberia em outorga de concessão para a prestação dos mesmos serviços;[648] (iii) a retomada de gestão de praças de pedágio no Estado do Rio Grande do Sul em 2013,[649] entre outros exemplos.

Outro influenciador importante é o *fator financeiro-orçamentário*, o que significa a falta de capacidade ou a limitação financeira para executar o serviço, obra ou atividade diretamente.[650] Essa restrição pode ser efetiva (ausência de caixa) ou legal, quando as leis orçamentárias impedem que a despesa possa ser incluída no orçamento, porque irá exceder os limites de gastos previstos nas leis orçamentárias e de responsabilidade fiscal[651] ou irá ultrapassar a meta fiscal.

Sob a ótica do *fator jurídico*, as delegações em geral são contratações complexas, de longo prazo – especialmente nas diversas

---

Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil, com o fim de facilitar a normalização dos transportes a cargo da rêde ferro-viaria arrendada á Compagnie Auxiliaire de Chemins de Fer au BrésiI, resolve, de accôrdo com a autorização constante do n. XXVI do art. 53 da lei n. 3.991, de 6 de janeiro do corrente anno, encampar a mesma rêde de estradas de ferro e transferir ao Governo do Estado do Rio Grande do Sul os contractos a que se referem os decretos ns. 2.830, de 12 de março de 1898, 5.548, de 6 de junho de 1905, 6.673, de 3 de outubro de 1907, e 9.101, de 8 de novembro de 1911, na conformidade das clausulas abaixo (...)". Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14222-18-junho-1920-570070-publicacaooriginal-93248-pl.html>. Acesso em: 1º jun. 2014.

648 Ver mais no Decreto n. 74.303/1974. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/ fed/decret/1970-1979/decreto-74303-19-julho-1974-422828-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 1º jun. 2016.

649 Ver mais detalhes em: <http://ww2.rs.gov.br/noticias/1/118524/Empresa-Gaucha-de-Rodovias-assume-um-total-de-14-pracas-de-pedagio-no-dia-6-de-janeiro/11/189//>. "Com o término do programa estadual de concessão de rodovias, a Empresa Gaúcha de Rodovias (EGR) assume no dia 6 de janeiro a administração de 14 pedágios ao encampar as praças de Viamão, na ERS-040, Santo Antônio da Patrulha, na ERS-474, Gramado, na ERS-235, Três Coroas, na ERS-115, e São Francisco de Paula, na ERS-235. 'Ao todo, a EGR vai cuidar de cerca de 950 quilômetros de rodovias', resumiu o presidente da empresa, Luiz Carlos Bertotto. 'Estamos começando a entrar na fase da plena operação da empresa'". Acesso em: 1º jun. 2016.

650 Alexandre Santos de ARAGÃO, ao tratar da concessão, afirma que: "(...) o poder público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em relação aos quais não tem condições financeiras ou não entende ser conveniente prestar diretamente" (Delegações de serviço público cit., p. 3).

651 Lei Complementar n. 101/2000.

modalidades de concessão[652] – e com variadas formas de gestão de riscos, o que acabará por influenciar na escolha de como executar aquela função pública.

Na verdade, a primeira análise a ser feita do *fator jurídico*, como influência à decisão de delegar, é mesmo a viabilidade jurídica da norma constitucional ou infraconstitucional-administrativa que permite ou não que aquele determinado serviço, obra ou atividade seja confiado a terceiros externos à estrutura administrativa. E isso faz ainda mais sentido quando se pensa em atividades não delegáveis ou monopolizadas que só poderão ser delegadas de acordo com rígidas restrições.[653]

Por fim, vale destacar o *fator social*, fenômeno que ganhou maior amplitude a partir da crescente participação social.

É inegável o efeito dos reclames da sociedade na gestão cotidiana da Administração Pública. Umas com maior ressonância do que outras, mas que têm a capacidade de direcionar algumas ações do Estado.

Do ponto de vista das delegações, vê-se que o fator social pode influir na exigência de maior enfoque em determinadas áreas essenciais e indelegáveis, como segurança pública, por exemplo, requisitando, ainda que indiretamente, que outras tarefas sejam conduzidas por entidades privadas. Um exemplo disso pode ser vislumbrado no caso já citado do projeto "Câmeras Cidadãs" , em que as imagens capturadas por câmeras externas de agências bancárias são disponibilizadas em tempo real para algumas Prefeituras com o objetivo de reforçar o monitoramento que os centros de segurança pública realizam nas ruas.[654]

---

652 Marçal JUSTEN FILHO, ao tratar da decisão de delegar, expõe as implicações jurídicas inerentes e observa: "Do ponto de vista jurídico, pactua-se contratação com prazos usualmente longos (especialmente por se tratar de concessão). Isso importa necessidade de avaliação de todas as questões jurídicas. O contrato deve ser bem elaborado, albergando soluções para circunstâncias cuja ocorrência seja previsível. Nos casos de contratos de duração, tem de considerar-se a probabilidade de modificação das circunstâncias existentes à época de sua elaboração" (*Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 201).

653 Nesse sentido, é possível mencionar o exemplo dos serviços de segurança ofertados pela iniciativa privada, conforme prevê a Portaria n. 387 do Departamento da Polícia Federal.

654 Ver mais em: <http://www.campinas.sp.gov.br/noticias-integra.php?id=19488>. Acesso em: 1º dez. 2016.

Outra influência social a ser aqui relevada é a constante solicitação para que o Estado providencie utilidades que facilitem o dia a dia dos cidadãos – usualmente tecnológicas –, mas que a Administração Pública, por si só, não teria como exercer ou não as teria como prioridade.

Alguns exemplos podem ser mencionados, como: (i) a instalação de bicicletários pelas grandes cidades, especialmente próximo aos principais pontos de conexão com os transportes públicos;[655] (ii) a automatização das autorizações de uso das vias públicas para estacionamento e da cobrança do respectivo preço público, conhecida em algumas cidades como "zona azul";[656] (iii) academias públicas;[657] e, (iv) o provimento de internet sem fio (*wi-fi*) gratuita em locais públicos e turísticos, como praças, calçadão da praia,[658] entre outros.

Nesses exemplos, o clamor da sociedade para a providência dessas utilidades fez com que a Administração Pública, que não as tinha como prioridade ou não possuía os recursos necessários para efetivá-las, buscasse parcerias com entidades privadas para que aquelas utilidades pudessem ser disponibilizadas para a sociedade.

---

655 Como exemplo, é possível citar o plano de mobilidade urbana de São Paulo que visa a integrar o sistemas cicloviários com o transporte público coletivo. Como uma das frentes, é possível citar o uso de bicicletas compartilhadas e a criação de ciclofaixas. Vide mais em: PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Plano de mobilidade urbana de São Paulo: modo bicicleta.* Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/planmobsp-rev002_1428005731.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

656 No Recife, há o sistema automatizado de zona azul: "Zona Azul Eletrônica". Ver mais em: <http://ww2.mobilicidade.com.br/zaerecife/home.asp>. Acesso em: 1° dez. 2016.

657 Visando a fomentar hábitos de vida saudáveis, diversas cidades do Brasil aderiram ao projeto de academias públicas ao ar livre. A cidade do Rio de Janeiro tem o projeto "Academia Carioca", que inclui aulas de capoeira, grupos de caminhada etc. Outras cidades, como Maceió e Salvador, têm projetos nessa mesma linha, cada qual com suas particularidades. Para conferir os projetos, ver: Rio de Janeiro/RJ – <http://www.rio.rj.gov.br/web/sms/academia-carioca>; Maceió/AL – <http://www.maceio.al.gov.br/semel/noticias/prefeito-inaugura-academia-maceio-na-orla-de-jatiuca/>; e Salvador – <http://www.ibahia.com/detalhe/noticia/salvador-conta-com-espacos-e-academias-ao-ar-livre-para-se-exercitar/>. Todos com acesso em: 1º dez. 2016.

658 A Prefeitura de São Paulo criou o programa WiFiLivreSP, o qual visa a disponibilizar internet gratuita e de qualidade, por meio de um sinal wi-fi (sem fio) em praças da capital. Esse projeto faz parte de um programa de inclusão de digital e já está presente em 120 pontos (PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Programa WiFi Livre SP*. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/inclusao_digital/index.php?p=152219>. Acesso em: 1º dez. 2016).

A partir da análise desses fatores, pode-se verificar que a decisão de delegar serviços, obras e atividades de interesse público é complexa[659] e não pode ser puramente jurídica, ou puramente política, ou puramente econômica, e assim por diante. É inerente à tomada da decisão de delegar a análise de todos os possíveis fatores influenciadores, em razão de todas as implicações que dela podem advir.

Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO defende que não se pode conceber uma decisão de delegar sem que tenham sido feitas todas as análises técnicas:[660]

> A decisão de contratar, portanto, não representa apenas um "ato de vontade". Outorgar concessão ou permissão não se constitui apenas em opção política. A escolha entre desempenhar diretamente ou delegar a particulares depende de outros fatores. Precisa retratar a correta cognição da realidade, especialmente do ponto de vista técnico. Não se admite que o Estado decida-se pela delegação aos particulares sem que, previamente, tenha avaliado todas as questões técnicas econômicas e jurídicas envolvidas.[661]

---

659 John D. DONAHUE trata da dificuldade da decisão de privatizar, ponderando a complexidade inerente ao domínio público e a imprudência de simplesmente considerar a entrega privada como a melhor solução em todos os casos: "Delegating tasks to profit-seekers can make public action less awkward – more efficient, more accountable, more firmly under the citizenry's control – when contracts can be clearly written and fairly enforced, and when supliers' effort to affect decisions can be contained. It would be wrong, and wasteful, to deny the considerable potential of privatization in these cases. But it would be reckless to claim that private delivery is any sweeping remedy for the fundamental complexity of the public realm" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 223).

660 Nessa mesma linha, mas numa análise mais concreta, Mário SAADI defende que: "Caso se decida pela prestação indireta, por meio de concessão, outorgada com base na Lei federal 8.987/1995 ou na Lei federal 11.079/2004, o esquema contratual proposto deverá ser capaz de, a um só tempo, conferir atratividade ao projeto, garantir a remuneração do capital investido, proporcionar segurança aos investidores e financiadores e, principalmente, assegurar a adequada prestação dos serviços ofertados ais usuários e a consecução das finalidades públicas que permeiam a sua execução" (*O procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro* cit., p. 29).

661 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público* cit., p. 201.

Outro aspecto a ser considerado na decisão de delegar é a antecipação do tipo de delegação a ser escolhido, o que não deixa de ser também um *fator jurídico* da análise.

A decisão de delegar acaba por se conectar, de certa maneira, com a análise das possíveis modalidades de delegação para o caso concreto. Isso porque muitos dos elementos que serão avaliados para a decisão acabam por direcionar o tipo de delegação.

Num exemplo hipotético, tem-se o *fator financeiro-orçamentário* que envolverá, obrigatoriamente, a análise dos gastos de mão de obra para a reforma de um prédio administrativo. Essa avaliação considerará o custo de envio da equipe interna de obras da Prefeitura, o gasto de remuneração para um contrato de empreitada (não delegados), ou a vantajosidade de se delegar por meio de uma concessão administrativa, já que a concessão comum e a patrocinada se mostrariam inaplicáveis a esse caso, dada a inexistência de tarifas.

Por fim, devem também ser consideradas nessa decisão de delegar as seguintes análises: (i) identificação da necessidade pública a ser satisfeita; (ii) elaboração dos estudos de impacto orçamentário; (iii) apuração dos eventuais valores tarifários que possam ser cobrados na prestação do serviço; (iv) determinação do montante de contraprestação pública, de subsídios e de aporte de recursos que porventura se façam necessários; (v) identificação dos riscos inerentes à execução da atividade;[662] entre outros.

---

[662] Sobre este ponto, ver mais em SAADI, Mário. *O procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro* cit., p. 42.

7 ANÁLISES PARA A DECISÃO DE SOLICITAR MODELAGENS DE PROJETO DE UMA NECESSIDADE PÚBLICA VIA PMI

(7.1) O que deve ser considerado pela Administração Pública? (7.2) Por que lançar o edital de PMI vis-à-vis a possibilidade de provocar a apresentação de uma MIP por entidades privadas.

7.1 O que deve ser considerado pela Administração Pública?

Vários são os fatores que devem ser considerados pela Administração Pública nessa primeira fase de decisão. Diz-se primeira fase, pois é a primeira das decisões nas *Manifestações de Interesse* e, sobretudo, nos processos de contratação pública.

O planejamento do que, como, quando e com quem contratar é extremamente importante para o sucesso da atuação administrativa prestacional. Dessa forma, o bom desenvolvimento dessa fase prévia é bastante determinante para a realização de utilidades públicas.

Nesse sentido, essa primeira linha de decisão envolverá alguns desses quesitos, para além de servir de antevisão em relação aos demais.

Significa escolher seguir com os meios tradicionais de desenvolvimento de projetos ou via *Manifestações de Interesse*.

7.1.1 O motivo para a Administração Pública não desenvolver a modelagem completa do projeto internamente

Para a realização de uma licitação, a Administração Pública pode desenvolver nas suas estruturas internas a modelagem do projeto ou, ainda, fazê-lo por meio da contratação de consultorias especializadas.

Contudo, pode também decidir realizar o desenvolvimento da estruturação do projeto, de forma parcial ou completa, por meio de mecanismo consensual, as *Manifestações de Interesse*.

Em outras palavras, a decisão pode envolver o não desenvolvimento *completo* da modelagem internamente, já que as *Manifestações de Interesse* podem, de alguma forma, ser combinadas com estudos internos e com parcela de estudos advinda de consultoria externa.[663]

Como afirma Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER:

> As formas tradicionais de estruturação das concessões e de parcerias público-privadas continuam válidas mesmo quando se promover o Procedimento de *Manifestação de Interesse*. A Administração Pública pode elaborar os seus estudos e projetos, de forma direta (servidores) ou indireta (consultores), para confrontar e amalgamar com o material elaborado em Procedimento de *Manifestação de Interesse*.[664]

Vale observar que a escolha da forma de estruturação da contratação é bastante relevante e deve ser feita de modo consciente pela Administração Pública, ou seja, ponderando todos os fatores que se interligam a essa decisão.

E isso porque a falha na elaboração de uma modelagem de contratação pode resultar em severos danos para o interesse público,[665]

---

663 PEREIRA, Bruno Ramos; VILLELA, Mariana; SALGADO, Valério. *PMI e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: o monólogo ou diálogo público-privado*. Observatório das PPP. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relatório-sobre-os-pmis-nos-estados-0>. Datado de 12/09/2012, com atualização datada de 20/06/2013. Acesso em 08 abr. 2016.

664 SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 132.

665 Phillip J. COOPER destaca a importância das escolhas feitas durante o processo de planejamento e de delineamento de projetos, na medida em que podem afetar toda a estrutura e o caráter da relação jurídica a ser estabelecida. Essas escolhas mostram-se de difícil alteração no curso do contrato: "The process of planning for and shaping a contract relationship involves a series of trade-offs. The choices made at this stage affect the structure and character of the relationship in ways that may be difficult to change later in the process" (*Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers cit., p. 86).

já que o edital de licitação tenderá a ter especificações a mais ou a menos do que o necessário.

A precária elaboração de projetos a serem licitados certamente resultará em menos competição, aumento de preços e a futura necessidade de adequação do projeto na sua fase de execução, o que significa dispêndio de tempo e dinheiro.[666]

Além disso, a precariedade do Edital gerará efeitos mediatos, ou seja, não só para aquele contrato específico, mas também ocasionará um ciclo de desconfiança para com as entidades privadas potencialmente interessadas em contratar com o poder público, diminuindo a concorrência dos certames subsequentes.

Assim, a melhor especificação das tarefas a serem desempenhadas pelo futuro contratante, aliada à sua previsão temporânea e antecipada (vis-à-vis a todas as necessidades de alteração ocorridas durante os contratos por erros no projeto básico e executivo), alargará o interesse do setor privado, permitirá que os agentes públicos foquem mais nos fins pretendidos, em vez de nos meios, resultando num maior estímulo de abertura à participação também no momento preparatório do Edital.[667]

De todo modo, não é a intenção desta pesquisa a desqualificação da Administração Pública e de seus agentes para o exercício das funções que se atrelam à modelagem de projetos. Contudo, considerados todos os riscos relacionados a projetos de alta complexidade, é difícil que órgãos internos da administração disponham de todo o aparato necessário para garantir qualidade e eficiência do projeto.

---

666 Nesse mesmo sentido, Phillip J. COOPER observa que: "Of course, an agency that undershoots with its specifications for equipment or in its statement of services in the hope of obtaining lower bids often finds out that it would have saved money in the long run if it had moved up a notch in the capability of equipment or type of services in the first place" (*Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers cit., p. 79).

667 Para mais detalhes, ver John D. DONAHUE. Sobre as vantagens de melhor especificação do Edital, o autor defende que: "The more precisely a task can be specified in advance and its performance evaluated after the fact, the more certainly contractors can be made to compete; the more readily disappointing contractors can be replaced (or otherwise penalized); and the more narrowly government cares about ends to the exclusion of means, the stronger becomes the case for employing profit seekers rather than civil servants" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 80).

E não se trata apenas de uma questão técnica, já que muitos órgãos e entidades públicas são extremamente capacitados e contam com profissionais qualificados em suas equipes. Trata-se, muitas vezes, de estrutura e organização administrativa.

Deve-se considerar que, como diagnostica John D. DONAHUE, as estruturas funcionais do setor público divergem em muitos aspectos daquelas praticadas nas empresas privadas, tornando a eficiência desse time mais incerta e imprecisa para a condução interna de atividades que passam a ser delegadas: é mais difícil de policiar a performance das equipes nas estruturas de subordinação; os administradores públicos não interferem nas contratações de funcionários, seja em relação à quantidade de funcionários[668] ou ao perfil a ser contratado,[669] e existe menos ingerência de direcionamento das funções, até porque é um ambiente bastante burocrático para se criar incentivos e sanções atrelados ao desempenho.[670]

Com isso, torna-se árduo o trabalho do administrador público que pretende estabelecer equipes internas, com múltiplas especialidades, aptas a desenvolver modelagens mais complexas e que contemplem objetos diversos.

E, ainda que seja possível, o administrador deverá considerar o quanto será conveniente reunir os esforços dessa equipe para a elaboração de modelagens, em vez de sua dedicação no

---

668 A contratação de funcionários está limitada pelas normas de responsabilidade fiscal (Lei Complementar n. 101/2000 – art. 18) e, ainda que o ente público esteja dentro do limite percentual estabelecido pela lei, está sujeito às restrições orçamentárias disponíveis. É notório o peso da máquina administrativa, especialmente o dispêndio com salários.

669 Excepciona-se a nomeação de pessoas a cargos de confiança que, regra geral, são de livre nomeação e exoneração em razão das funções desempenhadas. Normalmente, são cargos de mais alto escalão e que possuem a pessoalidade e confiança necessárias do administrador público para o desempenho das atividades.

670 Ver mais em John D. DONAHUE. O autor destaca que: "Civil servants also much prefer efficiency to waste, to be sure, but their interest in policing the details of subordinate's performance is usually less tangible and less focused. More importantly, public managers usually lack the rights to select and to direct subordinates that private owners enjoy. Civil service regulations, established as barriers against favoritism and corruption, often make it difficult to control public workers through selective incentives or sanctions. Multiple mandates and constraints on management, even if imposed in sincere efforts to codify the complex criteria for public action, make efficiency measures ambiguous and imprecise" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 90 e ss.).

acompanhamento de outros projetos em andamento, de procedimentos internos e em garantir que os fins pretendidos sejam alcançados.

Assim, parece que a chave para o melhor desempenho de eficiência[671] é a avaliação de quanto valor pode a equipe interna agregar àquela modelagem específica, sem que isso resulte em outras perdas significativas. Ao mesmo tempo, deve considerar também a maior especialidade privada, flexibilidade de contratação de terceiros, se necessário, e de estabelecimento de metas de resultado possa melhor contribuir para aquele projeto em questão.[672]

Como bem pondera John D. DONAHUE, "If a private organization can do the job better or cheaper, with no fewer positive side effects and no more negative ones than the public alternative, then private delivery is superior; otherwise, not".[673]

Não se deve olvidar, contudo, que as mesmas razões que levam à "terceirização"[674] da modelagem de projetos não podem ser encaradas como uma forma de desonerar os agentes públicos do conhecimento inerente àquela obra ou serviço. É essencial que esses agentes públicos sejam capacitados e detenham o conhecimento

---

671 John D. DONAHUE defende que, diante das especialidades próprias do setor público e do setor privado, o desafio será combinar a atuação direta de servidores internos da administração quando o procedimento justo seja mais relevante ao caso e de entidades privadas quando eficiência for mais necessária: "An openness to privatization by no means implies contempt for government bureaucracy. Productive efficiency is simply not the cardinal virtue of civil service organization. Public agencies characteristically are structured to guarantee due process and administrative fairness, to ensure that all considerations get proper weight and that no citizen's right are violated. Governmental institutions hew to these values for excellent reasons. But such an orientation is at odds with the unencumbered administrative flexibility and concentrated decision-making authority that allows for the fastest technical adaptation and the greatest devotion to cost control. Different organizational designs have different virtues and defects. The tricks is to match the design to the task, choosing civil servants where procedural fairness matters most, choosing profit-seekers where productive efficiency matters most" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 216).

672 Claramente, parte-se aqui do pressuposto de que é possível a realização da modelagem por agentes exógenos à Administração Pública, sem que, com isso, existam perdas de segurança nacional, de captura do interesse público, entre outros fatores relevantes.

673 DONAHUE, John D. *The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 221. Numa tradução livre da citação: Se uma organização privada pode fazer o trabalho melhor ou mais barato, com não menos efeitos colaterais positivos e não mais negativos do que a alternativa pública, então o fornecimento privado é superior; caso contrário, não.

674 Leia-se externa à estrutura pública responsável pelo projeto.

requerido para avaliar os projetos, formular proposições, ajustes e diligências necessárias e tomar as decisões subsequentes.

7.1.2 Viabilidade temporal de realizar o procedimento

O Tempo – Olavo Bilac[675]
Sou o tempo que passa, que passa
Sem princípio, sem fim, sem medida
Vou levando a Ventura e a Desgraça,
Vou levando as vaidades da Vida
A correr, de segundo em segundo
Vou formando os minutos que correm...
Formo as horas que passam no mundo,
Formo os anos que nascem e morrem.
Ninguém pode evitar os meus danos...
Vou correndo sereno e constante:
Desse modo, de cem em cem anos,
Formo um século e passo adiante.
Trabalhai, porque a vida é pequena
E não há para o tempo demora!
Não gasteis os minutos sem pena!
Não façais pouco caso das horas!

"Não gasteis os minutos sem pena! Não façais pouco caso das horas!", e, nas belas palavras de Olavo Bilac, é que relevamos a importância do tempo. O tempo para a Administração Pública, por vezes, será determinante para o alcance do interesse público buscado ou mesmo para evitar gastos orçamentários desnecessários pela ausência de uma utilidade pública.

O planejamento de projetos de grande complexidade, como os de infraestrutura, por exemplo, demanda bastante tempo e, muitas vezes, a coordenação de diferentes frentes de desenvolvimento da modelagem pela Administração Pública.

A escolha da Administração Pública em desenvolver a modelagem de uma necessidade pública por meio de *Manifestações*

---

675 BILAC, Olavo. O tempo. *Poesias infantis*. Disponível em: <http://www.unicamp.br/iel/memoria/Ensaios/LiteraturaInfantil/Poesias%20Infantis/Pi24.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

de Interesse terá sempre de considerar o quesito tempo. Por vezes, ele será um elemento de alavancagem e, por outras, será elemento desfavorável nas *Manifestações de Interesse*. ["Sou o tempo que passa, que passa; Sem princípio, sem fim, sem medida; Vou levando a Ventura e a Desgraça (...)"[676]].

Num olhar em perspectiva, as *Manifestações de Interesse* podem significar uma economia de tempo para a Administração Pública, na medida em que os projetos, se bem conduzidos, tendem a reunir todas as frentes de desenvolvimento da modelagem, a ter mais qualidade, requerendo menos revisões durante sua execução, e a estar mais alinhados à expectativa social.

Do ponto de vista orçamentário, também pode servir como um elemento de economia de tempo,[677] pois não envolve o comprometimento do orçamento público, o que, em geral, requer a abertura de créditos adicionais nas dotações orçamentárias e que, portanto, exige autorizações legislativas[678] ou, ainda que já previstos em orçamento, o processamento necessário para a realização da despesa pública.

Entretanto, num menor espectro, focado apenas no momento do desenvolvimento do projeto, a avaliação temporal da realização de uma *Manifestação de Interesse* pode se mostrar desvantajosa. Tal constatação se revela ainda mais verdadeira quando se consideram os casos de urgência na execução da obra ou serviço. ["Vou correndo sereno e constante: Desse modo, de cem em cem anos, formo um século e passo adiante"[679]].

Isso porque as *Manifestações de Interesse* irão requerer um prazo para a sua realização. No caso de uma PMI, é necessário considerar o tempo de: (i) elaboração do edital; (ii) publicação na Imprensa Oficial; (iii) realização do cadastramento e do pedido de autorização,

---

676 BILAC, Olavo. O tempo cit.

677 Nesse mesmo sentido, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER destaca: "O não comprometimento imediato de recursos orçamentários, como antes exposto, também atribui celeridade à estruturação do projeto de concessão comum ou de parceria público privada" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 177).

678 Lei n. 4.320/2000: "Art. 42. Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executive".

679 BILAC, Olavo. O tempo cit.

se houver, conforme estipulado no edital;[680] (iv) recebimento e responsabilidade por eventuais pedidos de esclarecimento sobre os pontos trazidos pelo edital; (v) recebimento das propostas, de acordo com o prazo estipulado em instrumento normativo ou edital;[681] (vi) avaliação técnica interna das propostas ofertadas pelos servidores; (vii) realização de eventuais ajustes necessários; (viii) tomada da decisão final.

Já no caso da recepção de uma MIP, será necessário observar o tempo de: (i) realização de uma análise inicial sobre o objeto, valorando a necessidade pública identificada na proposta; (ii) avaliação acerca da conveniência de seguir a modelagem por meio de *Manifestações de Interesse* e não internamente; (iii) elaboração do edital de chamamento; (iv) publicação do chamamento público na Imprensa Oficial, requerendo que outros interessados apresentem propostas; (v) recebimento das propostas, de acordo com o prazo estipulado em instrumento normativo ou edital; (vi) avaliação técnica interna das propostas ofertadas pelos servidores; (vii) realização de eventuais ajustes necessários; (viii) tomada da decisão final.

"A correr, de segundo em segundo, vou formando os minutos que correm... Formo as horas que passam no mundo, formo os anos que nascem e morrem".[682]

---

680 Segundo Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER, esse prazo costuma levar de 15 a 45 dias, variando de acordo com a complexidade do objeto do estudo e e dos documentos solicitados. Já Bruno Ramos PEREIRA, Mariana VILELLA e Valério SALGADO referenciam suas experiências de pesquisa afirmando que esse prazo não costuma ultrapassar 30 dias, sendo em muitos casos de 15 dias. É importante que, decidindo seguir via *Manifestação de Interesse*, a Administração Pública faculte prazo razoável para que os eventuais interessados consigam preparar documentação e informações iniciais necessárias, de modo a não restringir a competição por ausência de prazo hábil de preparação. Mais detalhes em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 338 e ss.; e PEREIRA, Bruno Ramos; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. *Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados – relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação de PMI* cit., p. 17 e ss.

681 Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER destaca que a amplitude desse prazo "deve variar em razão da complexidade, das articulações e das licenças necessárias para a implementação dos estudos autorizados" e, baseando-se na pesquisa de Bruno Ramos PEREIRA, Mariana VILLELA e Valério SALGADO, esse costuma variar de 60 a 240 dias (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 339).

682 BILAC, Olavo. O tempo cit.

De acordo com a legislação estadual e municipal analisada, pode-se verificar que não há especificação do prazo para a apresentação de propostas; por outro lado, essas legislações preveem prazo de solicitação de informações, que é, em geral, de 10 dias.[683] Já o Decreto n. 8.428/2015 estipula que o prazo desenvolvimento da principal parte das *Manifestação de Interesse* (leia-se apresentação de requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos) não pode ser inferior a 20 dias, contados da publicação do edital. Além disso, o referido Decreto dispõe que o edital pode prever demais prazos intermediários para a apresentação de informações complementares.[684]

Com isso, vê-se que o agente público deverá considerar o tempo como um elemento importante em sua decisão. Entretanto, é apenas diante das características do caso concreto que se poderá identificar os eventuais impactos do tempo para o seu pleno desenvolvimento.

É claro que o aspecto positivo, supramencionado, deve ser sempre ponderado pelo agente público, já que uma maior urgência para iniciar o processo licitatório pode levar a uma falsa sensação de economia de tempo,[685] exigindo, no futuro, um prazo maior para revisões e correções do projeto e reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

683 Veja como exemplos o Decreto do Estado do Rio Grande do Norte n. 25.422/2015, art. 20; e o Decreto do Estado do Pará n. 1.242/2015, art. 11.

684 Decreto n. 8.428/2015: "Art. 4º O edital de chamamento público deverá, no mínimo: (...)

§ 3º O prazo para apresentação de requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos não será inferior a vinte dias, contado da data de publicação do edital.

§ 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".

685 Seguindo o mesmo racional, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER pondera que: "Registre-se, contudo, que a estruturação dos projetos por alguma das vias tradicionais pode, eventualmente, representar alternativa mais célere do que o Procedimento de *Manifestação de Interesse*. Anote-se, no entanto, que, muito comumente, a celeridade das vias tradicionais se dá em troca da qualidade do projeto, seja em termos de eficiência econômica (quando o projeto apresentado não deriva de um processo adequado de elaboração técnica), seja em termos de legitimidade democrática (quando o projeto apresentado carece de correspondência aos interesses da coletividade que serão afetados)" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 177-178).

"Trabalhai, porque a vida é pequena, e não há para o tempo demora!".[686]

De modo geral, é imprescindível que o agente público tenha o maior volume de informações à sua disposição, balanceado com a sua necessidade em questão, com o que assegurará uma maior clareza na sua decisão de seguir ou não via *Manifestação de Interesse*.

7.1.3 Viabilidade financeira do projeto para custear o reembolso

Como já mencionado no Capítulo 5, o autorizatário que tiver seus estudos aproveitados como base para o projeto licitado, fará jus a um justo ressarcimento. Nesse sentido, a justeza do ressarcimento é questionada e algumas propostas de melhorias são feitas.

Contudo, tal ressarcimento não pode ser exorbitante ou divergir da realidade aplicável ao caso concreto. E isso porque, mesmo que indiretamente, há custos a serem suportados pelo erário e pela sociedade.

De acordo com as normas vigentes sobre as *Manifestações de Interesse*, o custo do reembolso é feito pelo licitante vencedor em favor do autor da modelagem. Considerando isso, é certo que o licitante vencedor incluirá tal custo no preço estipulado pela obra ou serviço no seu lance (ou *bid*).

Antes da licitação, esse valor já estará delimitado e irá compor o *valuation* realizado para aquela determinada obra ou serviço. E assim deve fazer, sob pena de pôr em risco o lucro a ser obtido na execução do objeto da licitação ou, pior, impor balanço deficitário do projeto para o contratado.

Nesse sentido, cabe ainda destacar que o valor de ressarcimento a ser contabilizado no *valuation* pode ser acrescido do custo da antecipação desses valores. Diga-se antecipação, já que o edital de licitação deve exigir que o pagamento do reembolso ocorra como condição precedente para a assinatura do contrato administrativo decorrente do certame.

---

[686] BILAC, Olavo. O tempo cit.

Ora, o licitante vencedor deverá arcar com o custo do reembolso antes da assinatura do contrato, e que pode ser expressivo, a depender do caso concreto, sem que tenha qualquer remuneração em vista.[687] Vale destacar que o início da execução de um contrato é aquele que, usualmente, concentra a maior parte dos investimentos pelos concessionários/parceiros privados.

Dessa forma, tudo indica que o contratado incluirá tais custos de reembolso nos montantes de empréstimos a serem obtidos para execução do contrato. Com isso, devem-se somar ao valor de ressarcimento as taxas de juros aplicáveis à operação de crédito, mais os impostos incidentes, o que resultará num *custo efetivo de ressarcimento*, para o licitante vencedor, maior do que o valor inicial indicado no instrumento editalíceo.

A partir da inclusão de tal *custo efetivo de ressarcimento* no preço global da obra ou serviço, o que se reflete no lance apresentado na licitação, por consequente, esse custo estará contido no valor de remuneração do contratado.

Ampliando-se o espectro da remuneração, vê-se que o contratado é remunerado pela contrapartida pública (nas PPP) e/

---

687 A Lei de PPP (Lei n. 11.079/2004), a partir da alteração trazida pela Lei n. 12.766/2012, previu a possibilidade de antecipação de alguns valores de contrapartidas públicas na fase de investimento privado, de modo a balancear mais a matriz de custo dos projetos, além de ter clarificado mais os impactos tributários desses valores (arts. 6º e 7º).

"Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: (...)

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. (Incluído pela Lei n. 12.766, de 2012)

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do *caput* do art. 18 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012. (Incluído pela Lei n. 12.766, de 2012)

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. (Incluído pela Lei n. 12.766, de 2012)

§ 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas. (Incluído pela Lei n. 12.766, de 2012)".

ou pelas tarifas a serem cobradas dos usuários. Portanto, esse *custo efetivo de ressarcimento* estará embutido nessa remuneração.

Com isso, é imperioso que o projeto tenha viabilidade econômica para suportar esse valor a ser incluído no cálculo da remuneração. Caso venha a ser objeto da contrapartida pública, esta deve ser planejada e contar com uma análise de impacto orçamentário, já que não onerará o orçamento atual, mas indiretamente comprometerá ainda mais o orçamento futuro. Além disso, deverá constar das dotações orçamentárias seguintes, como naturalmente a contrapartida pública já deve constar.

No caso de a remuneração advir de tarifas a serem cobradas dos usuários, seja exclusivamente ou não, é necessária a realização prévia de estudo de adequação de todos os custos efetivos, diante da expectativa tarifária a ser obtida com aquele serviço. Caso esse estudo não seja efetuado, ou não ocorra de maneira apropriada, e, na prática, as tarifas não se convertam na remuneração esperada, há grande risco de solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro no curso do contrato.

Por fim, vale mencionar também os custos de transação para a Administração Pública, os quais devem ser estimados e mensurados nas análises financeiro-orçamentárias de viabilidade de realização das *Manifestações de Interesse*, conforme mencionado no Capítulo 5.

7.1.4 Expertise adequada da Administração Pública para avaliar as propostas a serem oferecidas

Como destacado no início deste capítulo, e também no Capítulo 5, a ausência de especialização técnica, de mão de obra suficiente e mesmo a escolha de gerenciamento das atividades administrativas são alguns dos motivos que levam a Administração Pública a não conduzir internamente, ou não somente internamente, a modelagem de projetos, especialmente os de grande vulto e complexidade.

Entretanto, a Administração Pública precisará ter *expertise* para elaborar o edital, para dialogar com os particulares durante a elaboração dos estudos, esclarecendo dúvidas e solicitando adequações necessárias. Ao fim dessa fase, precisará avaliar as modelagens

apresentadas, fazendo um juízo técnico delas e chegando à sua decisão final.

Isso significa que a Administração Pública não pode ficar alheia ou distante durante todo o desenrolar do processo de *Manifestação de Interesse*. Seus servidores precisarão fazer esse acompanhamento de perto e com credenciais para uma análise crítica.

No caso de o objeto da modelagem requerer algum conhecimento muito específico que a Administração Pública não detenha em seu quadro funcional, nem em nenhum outro órgão que possa ser parceiro para a análise, será requisitada a contratação de consultores especializados que garantam o bom acompanhamento da *Manifestação de Interesse* e o *know-how* necessário para subsidiar, imparcialmente, a decisão administrativa.

Essa característica reforça o viés consensual das *Manifestações de Interesse*, em razão de pressupor um diálogo e uma atuação próxima com os particulares envolvidos na elaboração das propostas.

7.1.5 A existência de diversos agentes econômicos no mercado que possam ter interesse em participar da PMI

A decisão de realizar uma *Manifestação de Interesse*, conforme já destacado neste Capítulo, depende da análise das opções existentes para a Administração Pública realizar uma modelagem, quais sejam: (i) realizar internamente, seja dentro do próprio órgão, agência ou empresa estatal, isoladamente ou contando com o apoio de outro ente público dotado de conhecimento especializado, a exemplo do BNDES;[688] (ii) contratar prestação de serviço de consultoria para o desenvolvimento ou o subsídio à Administração Pública no desenvolvimento da modelagem; ou, (iii) utilizar de *Manifestação de Interesse*, seja lançando um edital de PMI, seja aceitando propostas não solicitadas (MIP).

Caso a Administração venha a se utilizar da última alternativa, esta pressuporá a verificação da existência plural de competidores

---

[688] SAADI, Mário. *O procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro* cit., p. 30.

(*players*) no mercado. A pesquisa de concorrência é medida inerente ao procedimento nas *Manifestações de Interesse*, como reflexo análogo do princípio da licitação expresso na Constituição Federal brasileira,[689] bem como do princípio da igualdade e da ampla concorrência.[690]

Pode-se dizer que as *Manifestações de Interesse*, de algum modo, antecipam uma concorrência que normalmente só ocorreria na licitação e, por meio do diálogo e do consenso, buscam melhor alcançar o interesse público pretendido.[691]

Por essa razão, a existência plural de particulares interessados em colaborar com a Administração Pública no desenvolvimento de modelagens de projetos de interesse público contribui para o aumento da competição e, portanto, a tendência é que os particulares se

---

689 "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

690 Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta a competititvidade e a isonomia como princípios cardeais da licitação e acrescenta que a competitividade descende da própria isonomia, já que é um requisito necessário para garantiar a própria existência do procedimento (*Curso de direito administrativo* cit*,* 30. ed. p. 547-548). Já Joel Menezes NIEBUHR explicita que o princípio da competitividade exige que a Administração Pública "fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhe são encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público". (*Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 46.

691 Comungando do mesmo entendimento, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER expõe que: "o Procedimento de *Manifestação de Interesse* desloca a competição entre particulares interessados em contratar com a Administração Pública a uma etapa anterior à licitação. Essa competição e a inexistência de obrigação por parte da Administração Pública de utilizar os estudos no Procedimento de *Manifestação de Interesse* conferem benesse teórica essencial: embora cada particular interessado tenha o propósito de influenciar a modelagem final com os seus interesses, ao mesmo tempo, para que seus estudos sejam selecionados, encontram-se amarrados a uma realidade que deve ser consensual e mutuamente benéfica, que é potencializada com a competição entre os particulares participantes" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 162).

esforcem para apresentar projetos mais competitivos, sob pena de não ser escolhido ou de ser sumariamente rejeitado.[692]

Modelagens mais competitivas geram mais qualidade e, como consequência provável, melhores projetos, contratos, e suas execuções.

É claro que, de modo geral, ao se pensar em uma necessidade pública que possa gerar uma *Manifestação de Interesse* futura, o agente público provavelmente já possui um conhecimento prévio do mercado objeto da obra ou serviço, podendo vislumbrar possíveis *players* ou a ausência deles.

Ou, ainda, o objeto específico das *Manifestações de Interesse* pretendidas pode dispensar a outorga de múltiplas autorizações de estudos. Assim, a Administração Pública pode fazer escolha baseada naquilo que melhor se adequar à conveniência e oportunidade daquele caso determinado.

Entretanto, será imperiosa a verificação formal e procedimentada de possíveis interessados a ofertar modelagens diversas, garantindo-se, assim, a melhor escolha de acordo com os interesses públicos em questão. Como será melhor detalhado adiante, essa verificação se dará por meio do Edital de PMI, solicitando a apresentação de projetos, ou com o lançamento do chamamento público, após a recepção de uma proposta não solicitada, convocando possíveis interessados a apresentarem propostas de modelagem para aquela mesma obra ou serviço objeto da MIP.

Ambos os processos convocatórios delinearão as condições gerais do objeto da *Manifestação de Interesse*, bem como o prazo para a apresentação da proposta e demais informações relevantes.

Em atenção a esses processos convocatórios, as entidades privadas interessadas apresentarão seus projetos de modelagem e se submeterão à decisão final da Administração Pública acerca das modelagens ofertadas.

---

[692] Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER defende que "quanto maior o número de participantes do Procedimento de *Manifestação de Interesse*, mais harmônico deverá ser o projeto apresentado pelo particular, pois mais alto será o risco de rejeição do material caso não se coadune com o que foi requerido pela Administração Pública" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 162).

Entretanto, após o decurso do prazo estipulado no processo convocatório, é possível que nenhum competidor ofereça projetos ou, ainda, se chegue à conclusão de que só existe um competidor apto (ou apto e interessado) para a realização da modelagem pretendida.

Nesse último caso, não haverá uma multiplicidade de competidores e a decisão final do agente público estará restrita à verificação de se a proposta apresentada cumpre as condições estabelecidas no instrumento convocatório e, nomeadamente, se atende à necessidade pública pretendida.

Esse é o caminho regular da verificação da pluralidade ou não de competidores. E, na sequência, da decisão de outorga múltipla ou única de autorizações de estudo.

Contudo, se o objeto da *Manifestação de Interesse* for de *expertise* exclusiva de algum agente econômico do mercado, e esse fato for notório, a realização do chamamento público será sabidamente frustrada desde a sua concepção. O resultado da convocação terá como participante apenas o único *player* que detém a *expertise* ou, ainda, nenhum participante, caso esse único *player* não apresente proposta. Poderá, assim, ser considerado sem propósito.

É claro que é preciso sempre observar se a exclusividade observada advém do fato de a modelagem para obra ou serviço requerer uma tecnologia ou um saber muito específico ou se, inapropriadamente, é resultado de uma especificação excessivamente detalhista do que se deseja contratar.

Entretanto, se a exclusividade for passível de verificação, vale a análise prévia do agente público sobre a pertinência da realização de uma *Manifestação de Interesse* (PMI ou MIP), ou se, porventura, seria uma melhor opção seguir pela via da contratação da consultoria, com dispensa ou inexigibilidade de licitação,[693] diante da exclusividade observada. Essa ponderação deve ser feita caso a caso, tendo em vista

---

[693] A determinação será feita a partir do objeto da modelagem, já que em alguns casos de serviços de tecnologia se enquadram nas causas de dispensa de licitação, do art. 24, XXVIII e XXXII, da Lei n. 8.666/1993, por exemplo. Entretanto, os demais objetos têm de ser enquadrados na norma de conteúdo aberto do *caput* do art. 25, ou nos incisos I e II do mesmo artigo.

"Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

as implicações de remuneração e de atuação futura no contrato que dela podem resultar.

Vale lembrar que a exclusividade, no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação,[694] deverá ser comprovada por meio de certificação de entidades competentes ou de especialistas da área ou, mesmo, com a apresentação de pedido/registro de patentes ou outros meios que sirvam para tal fim

As implicações de remuneração são relevantes, na medida em que, no caso da *Manifestação de Interesse*, a remuneração será, na quase totalidade dos casos, custeada pelo futuro licitante vencedor, caso haja o aproveitamento do projeto e ele seja incorporado, ainda que parcialmente, ao objeto da licitação.

E isso ocorre, também, porque as legislações federal e algumas locais, como a do Estado do Paraná, no art. 21, § 1º, do Decreto n. 6.823/2012, vedam que o ente público arque com o ressarcimento dos custos.[695] Ou seja, a Administração Pública não terá de custear com

---

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (...)

XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica".

"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; (...)".

694 Maria Sylvia Zanella DI PIETRO pontua a diferença conceitual entre os dois institutos de contratação direta: "A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável" (*Direito administrativo* cit., p. 392).

695 "Art. 21. Os valores relativos a projetos, estudos, levantamentos ou investigações selecionados conforme este Decreto serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que efetivamente utilizados no eventual certame.

valores presentes ou futuros de remuneração daquele que desenvolver a modelagem do projeto, não comprometendo o orçamento público.

Entretanto, embora não se comprometa orçamento público diretamente, é preciso observar que esse custo assumido pelo concessionário será, de algum modo, considerado no montante de sua remuneração. Isso significa que o valor que terá de desembolsar para ressarcimento do autor do projeto nas *Manifestações de Interesse* será incorporado nas tarifas a serem cobradas dos usuários e/ou na parcela de contraprestação pública nas PPP.[696]

Já no caso da consultoria, a Administração Pública contratará a prestação de serviço de desenvolvimento ou subsídio ao desenvolvimento de modelagem e deverá arcar com o custo de remuneração da consultoria, o que comprometerá o orçamento público, por vezes, em valores significativos.

Embora considere as vantagens da contratação de consultoria, no sentido de assegurar maior autonomia de gerenciamento e maior imparcialidade da atuação do contratado, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER destaca as desvantagens:

> Uma desvantagem que se pode apontar deste modelo é a necessidade de comprometer o orçamento para a contratação de consultorias especializadas. É plausível supor que nem sempre a Administração Pública terá condições de assumir o investimento necessário para conduzir uma modelagem completa com consultores especializados. Diga-se, aliás, que o custo desses projetos é significativo. (...) São custos de alçada milionária que, sobretudo para os entes federativos

§ 1º Em nenhuma hipótese será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projeto, estudo, levantamento ou investigação".

696 Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER afirma que: "De todo modo, convém registrar que embora os custos sejam repassados ao vencedor da licitação pública, esses valores serão posteriormente amortizados pela contraprestação da Administração Pública (em caso de parceria público-privada) e pelas tarifas pagas pelos usuários; a transferência de custos é indireta e temporária, pois. Então, a final, a principal vantagem é o não comprometimento de recursos orçamentários, que alavanca as possibilidades contratuais da Administração Pública, por antecipar ações que de outra forma não conseguiria implementar" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 175).

> com menor capacidade econômica, dificilmente poderão ser recebidos sem maiores embaraços para o orçamento.[697]

É claro que a Administração Pública pode prever na futura licitação que o licitante vencedor deverá ressarcir a Administração Pública em relação aos custos dispendidos na modelagem[698] ou, ainda, prever que o pagamento será feito diretamente pelo licitante vencedor. Todavia, neste último caso, a Administração Pública deverá reconhecer em seu orçamento a entrada dos recursos pagos diretamente pelo licitante vencedor como receita de ressarcimento de custos e, também, a saída dos valores pagos à consultoria contratada como despesa de custeio, tendo em vista que a obrigação jurídica de pagamento é sua, advinda do contrato de prestação de serviços, ainda que com o ressarcimento do licitante vencedor.

No que se refere à atuação futura na licitação e no contrato público, os quais resultarão do objeto da modelagem, são relevantes as diferenças existentes. No caso da contratação de consultoria, o autor do projeto,[699] seja ele pessoa física ou jurídica, ficará impedido de participar da licitação ou execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens que sejam necessários.[700]

---

697 Ver mais em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 121-122.

698 Nessa linha, ver o art. 21 da Lei n. 8.987/1995: "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".

699 Inclui o projeto básico ou executivo.

700 Essa é a norma expressa do art. 9º da Lei n. 8.666/1993:

"Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; (...)

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. (...)

Esse impedimento do art. 9º da Lei n. 8.666/1993 se estende também à empresa em que o autor do projeto for "dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% de ações com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado".[701] É claro que a relação entre o autor do projeto e a empresa deve ser relevante e substancial para que esteja impedida, já que a intenção do legislador é evitar o favorecimento e a vantagem competitiva daquele que conhece o projeto em detalhes.[702]

O autor do projeto poderá atuar na licitação ou na execução apenas a serviço da Administração Pública como consultor, técnico, supervisor ou exercendo funções assemelhadas. Ou, em casos de devidamente justificados e comprovados, pode haver a contratação direta desse autor do projeto, caso se enquadre em alguma das hipóteses do art. 24 ou 25 da Lei n. 8.666/1993.[703]

Já no caso das *Manifestações de Interesse*, o autor da modelagem poderá participar da licitação, conforme regra do art. 31 da Lei n. 9.074/95,[704] e, caso se sagre vencedor, da execução do contrato.

---

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

701 Art. 9º, II, da Lei n. 8.666/1993.

702 Marçal JUSTEN FILHO destaca o intuito da vedação ampla prevista no art. 9º: "O texto chega a ser repetitivo, demonstrando a intenção de abarcar todas as hipóteses possíveis. Deve-se nortear a interpretação do dispositivo por um princípio fundamental: existindo vínculos entre o autor do projeto e uma empresa, que reduzam a independência daquele ou permitam uma situação privilegiada para essa, verifica-se o impedimento. (...) A questão será enfrentada segundo o princípio da moralidade" (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* cit., p. 190).

703 Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO destaca a possibilidade da ocorrência dessa situação, hipótese em que não há uma violação à norma contida no art. 9º: "É possível que a causa jurídica da dispensa ou da inexigibilidade exista antes ou independente da elaboração do projeto. Nesse caso, não incide o impedimento. Um exemplo permite compreender o raciocínio. Suponha-se que uma certa tecnologia seja de titularidade privativa de uma determinada empresa. A Administração realizará a contratação direta com fundamento no art. 25, inc. I, da Lei n. 8.666. Se a Administração contratar o único empresário em condições de executar a obra para elaborar os projetos básico e executivo, é evidente que o impedimento examinado não se aplicará" (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* cit., p. 187).

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

Como parêntese necessário à melhor compreensão do que se pretende aqui apresentar, vale observar que uma eventual *expertise* exclusiva para o desenvolvimento da modelagem não significa, necessariamente, exclusividade para executar a obra ou o serviço, que pode contar com outras empresas interessadas no procedimento licitatório.

Nesse caso, a Administração Pública deverá disponibilizar para os demais licitantes a maior quantidade possível de informações e documentos que subsidiem a elaboração de uma proposta competitiva, de modo a minimizar as diferenças de conhecimento que certamente existem entre aquele que elaborou o projeto e aquele que só teve acesso ao seu resultado final.

Com isso, essa não assimetria pode ser minimizada pela Administração, na medida em que haja chance de obtenção do mesmo grau de conhecimento.

Ao analisar a Medida Provisória n. 727/2016, sobre o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), publicada pelo então governo interino de Michel Temer,[705] o Professor Carlos Ari SUNDFELD faz uma crítica a algumas desvirtuações práticas ocorridas nas *Manifestação de Interesse*, afirmando que: "PMIs têm servido, em vários casos, para direcionar licitações e reduzir competição, sem que essa colaboração privada na preparação do projeto traga reais ganhos de qualidade para os empreendimentos".[706]

No cenário dessas disposições da MP n. 727 – posteriormente alteradas pela Lei n. 13.334/2016, que a converteu em Lei –, a preocupação de Carlos Ari SUNDFELD se mostrava bastante relevante. Todo e qualquer direcionamento verificável deve ser repelido pelos órgãos de controle, posto que resultará na diminuição ou eliminação da concorrência e, a longo prazo, acabará por transformar o mercado num jogo de cartas marcadas.

---

[705] Publicada na edição extra do *Diário Oficial da União* de 12/05/2016 e convertida na Lei n. 13.334/2016.

[706] SUNDFELD, Carlos Ari. Desafios do Governo Temer para recuperar a regulação e as parcerias: as respostas da MP 727. *Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/carlos-ari-sundfeld/desafios-do-governo-temer-para-recuperar-a-regulacao-e-as-parcerias-as-respostas-da-mp-727>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Vê-se, portanto, que os impactos de remuneração e de atuação futura na licitação e execução do contrato podem determinar a decisão administrativa de realizar ou não uma *Manifestação de Interesse* nos casos em que não exista uma diversidade de *players* no mercado.

Assim, nessa primeira linha de decisão, o agente público deverá estar atento a essas preocupações e se munir de todos os insumos possíveis para fundamentar suas escolhas e a maior vantajosidade para os interesses públicos envolvidos.

Por outro lado, se a exclusividade não decorrer de uma limitação jurídica (como ocorre num caso de patente de tecnologia, por exemplo), a realização de um PMI, com lançamento de edital, pode servir de estímulo para que outras entidades privadas busquem desenvolver aquele *know-how* específico e estejam aptas a participar desta ou de futuras modelagens. Com isso, o efeito é a diminuição da dependência da Administração a um só *player*.

A própria abertura para a construção de uma modelagem em diálogo com a Administração Pública, por si só, já estimula a participação de particulares que, por vezes, num modelo fechado, não teriam interesse em apresentar proposta, já que o formato contratual não lhes parece vantajoso.[707]

A existência de diversos *players* é sempre saudável à competição e, por conseguinte, para a busca pela maior vantajosidade.[708]

Sob o prisma interno da Administração, quanto mais existir e for propagado o senso de ampla e justa competição, mais se desenvolverá a real concorrência entre as entidades privadas potencialmente interessadas em contratar com o poder público, o

---

[707] Ver mais em SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 179 e ss.

[708] Destacando também a importância da ampla competição nas PMI, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER defende que: "Aumentar a competitividade da licitação pública é um dos meios mais eficientes que a Administração Pública dispõe para aproximar o contrato de concessão aos interesses dos usuários, uma vez que quanto maior for a competição entre os licitantes, maior a tendência de que os preços praticados pelos licitantes sejam reduzidos e que as propostas técnicas sejam mais apuradas" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 180).

que, numa análise perspectiva, resultará em melhores contratações e melhor realização dos interesses públicos.[709]

Nessa mesma linha, Phillip J. COOPER defende que é possível se obter o melhor negócio para o poder público, bem como servirá para estimular os "licitantes" derrotados a participarem novamente dos próximos certames: "If there is a sense of open and fair competition such that everyone involved feels that there was an honest attempt to get the best deal for the public, unsuccessful bidders are more likely to consider reentering the competition when the time comes to rebid the contract".[710]

Outros aspectos relevantes para o estímulo da existência de vários *players* e da competição são a difusão da transparência do procedimento, bem como a sua condução pautada na competência e profissionalismo.[711] Isso significa exercer o princípio da meritocracia e da transparência nos negócios públicos, de modo que a empresa que se dedicar a oferecer melhores modelagens, buscando diminuição de custos, riscos e a melhor forma de atender àquela necessidade pública, terá a certeza de ter reais chances de vencer a disputa.

Ou seja, as entidades privadas terão a segurança de investir seu tempo, seu pessoal e seu dinheiro para desenvolver um projeto competitivo – melhor negócio público –, já que a decisão será clara e pautada em critérios técnicos, econômicos e políticos justos, e não por favoritismo ou corrupção.

---

709 Nessa mesma linha, John D. DONAHUE destaca a importância da competição para obtenção de maiores ganhos de eficiência: "The third lesson concerns the cardinal importance of competition. Organizations (including public ones) that must match the pace set by ambitious rivals are virtually always more efficient than organizations (include private ones) that are secure against challenge" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 218).

710 COOPER, Phillip J. *Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers cit., p. 78.

711 Phillip J. COOPER destaca também a importância dos dois aspectos de competência e profissionalismo para o estímulo a novos licitantes: "Providing evidence of competence and professionalism at every stage of the contract process is a way to ensure that more firms will want to bid in the future" (*Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers cit., p. 78).

7.2 Por que lançar o Edital de PMI vis-à-vis a possibilidade de provocar a apresentação de uma MIP por entidades privadas?

Nas conversas mantidas entre a Administração Pública e particulares é possível que a Administração Pública provoque particulares de sua "predileção" a apresentarem MIP de uma necessidade pública que ambos discutem em vez de lançar um edital de PMI.

E por que a Administração Pública o faria? Dois podem ser os principais motivos: (i) terceirizar o detalhamento da modelagem daquela necessidade pública, eximindo a Administração Pública de dedicar seu tempo, dinheiro e quadro funcional para desenvolver aquela ideia; e, (ii) para que o *framework* a ser apresentado como objeto do edital de chamamento público esteja nos moldes da empresa de sua predileção, ou seja, ela dá o tom das exigências a serem solicitadas para outros eventuais interessados.

No caso da aqui chamada "terceirização" da função, não se vislumbra propriamente uma ilegalidade em tal fato. Por vezes, a Administração Pública pode entender aí uma economia financeira ou de pessoal ou mesmo verificar que aquele particular terá muito mais condições técnicas de trazer o melhor delineamento para aquela modelagem.[712] Fato esse que não exime a Administração de avaliar detalhadamente aquilo que for por ele apresentado, especialmente buscando identificar se o projeto, nos moldes apresentados, se presta para os fins de atingir aquele interesse público, possíveis impropriedades, exigências exacerbadas, entre outros.

O ponto de fragilidade é, como já destacado em outras oportunidades,[713] a falta de capacidade institucional da Administração Pública para tanto, o que pode resultar na captura do interesse público pelo mercado.

---

[712] Várias legislações estaduais e municipais permitem a oferta de projetos, inclusive como forma de propulsionar uma PMI. A título de exemplificação, é possível citar o Decreto n. 61.371/2015 de São Paulo, o Decreto n. 14.360/2015 do Mato Grosso do Sul e o Decreto n. 16.522/2015 da Bahia, com suas alterações posteriores. Adicionalmente, o Decreto Federal n. 8.428/2015 também dispõe sobre a mesma matéria.

[713] Ver Capítulo 5.

A solução seria impedir a MIP? Não parece ser a melhor opção. Eliminar a existência de conversas prévias mantidas entre Administração Pública e particulares também é algo impossível de se realizar, bem como seria medida antidemocrática e contrária a tudo que se defende nesta tese.

Por outro lado, fechar os olhos para a existência desses fatos, sem que haja fiscalização e controle de atos, com vistas a identificar possíveis direcionamentos e irregularidades, é essencial. Isso pode ser feito por meio da avaliação pormenorizada dos chamamentos públicos publicados, com a verificação de possíveis exigências incoerentes, desarrazoadas ou que indiquem o tendenciamento do procedimento.

Na prática, essa análise acaba por ser feita também pelos demais interessados, acadêmicos, qualquer do povo e pelos órgãos de controle. É claro que um agente inserido no mercado que represente concorrência àquele que ofertou a MIP terá, muitas vezes, mais condições de identificar particularidades que possam vir a representar algum tipo de direcionamento da proposta apresentada.

8 ANÁLISES PARA A DECISÃO SOBRE UMA MIP RECEBIDA

(8.1) Razões para a rejeição preliminar de uma modelagem recebida; (8.2) A decisão de prosseguir o procedimento a partir de uma MIP recebida; (8.3) Adequação do objeto da modelagem ao formato de delegação e à modalidade contratual pretendida.

A maior parte das considerações feitas no capítulo anterior sobre a decisão de realizar uma PMI é aplicável ao caso das MIP. Como destacado no início desta pesquisa, o racional que envolve as PMI e as MIP são bastante similares, resguardam os mesmos objetivos e, portanto, devem ter as mesmas linhas gerais de procedimento.

Entretanto, nas diferenças existentes entre os institutos, uma das mais marcantes está na decisão sobre uma MIP recebida, especialmente quanto a aceitar ou não aquela modelagem voluntariamente ofertada.

Ou seja, diversamente do que ocorre nas PMI, a decisão primeira não será a de solicitar a apresentação de propostas de modelagens em vez de seguir pelos meios tradicionais de desenvolvimento de projetos, mas, sim, acolher ou não um projeto não solicitado, observando-se a necessidade pública a ser atendida e, depois, decidir sobre a melhor forma de modelagem daquele projeto, se pela via colaborativa ou por meio dos modelos tradicionais. Embora essas decisões sejam praticamente concomitantes, elas envolvem diferentes análises, sendo esta última mais parecida com aquela que se faz nas PMI.

O que há de comum nessas duas decisões iniciais é a necessidade de que o agente público e/ou seus servidores possuam algum conhecimento prévio, ainda que geral, sobre o objeto da proposta ofertada, de modo que possam fazer o primeiro dos filtros de interesse ou, ainda, que tenham meios de subcontratar pessoa com o conhecimento necessário para avaliar aquela modelagem.

Assim, se faz relevante despender algumas páginas para tratar especificamente das decisões iniciais nas MIP, especialmente

com foco naquilo que deve ser considerado pelo agente público, de modo a tentar alcançar a melhor decisão possível ao interesse público pretendido.

8.1 Razões para a rejeição preliminar de uma modelagem recebida

O marco inicial de uma MIP ocorre no momento do protocolo da proposta pela entidade do setor privado proponente no órgão ou entidade do setor público destinatário do projeto ou por algum dos meios eletrônicos ou postais por este disponibilizados. Ou seja, o ato de recebimento da proposta consagrará o início do procedimento que culminará numa decisão, seja ela preliminar ou final.

Isso significa defender que, qualquer que seja o embasamento legal para que o particular apresente a proposta não solicitada à Administração Pública – seja uma legislação que preveja o delineamento do procedimento, seja o mero exercício do direito de petição à Administração Pública, na forma do art. 5º, XXXIV[714] –, levará a Administração ao dever de decidir e de fundamentar e publicizar a sua decisão, qualquer que seja ela.[715]

Após o recebimento da proposta não solicitada, o agente deverá perpassar alguns passos de análise. Essa análise poderá conter alguns filtros iniciais, de modo a evitar o desperdício de tempo e dinheiro da Administração em um projeto nitidamente impróprio.

---

[714] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)".

[715] Se a Administração Pública tem o dever de decidir, de maneira reflexa, o proponente tem o direito de ver a sua proposta analisada e respondida, direito esse que deriva do próprio direito de petição assegurado pela Constituição Federal. Contudo, para que possa exercê-lo plenamente, é necessário que o proponente tenha cumprido corretamente o seu direito de petição, o que significa: ter apresentado ao órgão ou entidade devidos a sua proposta; preenchendo os requisitos exigidos pelo instrumento legal de regência, entre outros.

Assim, pode-se dizer que os primeiros filtros[716] seriam: (i) avaliar se o objeto da proposta corresponde a uma necessidade pública e, em caso positivo, se é passível de tratamento por aquele órgão ou entidade pública; (ii) avaliar se o objeto é legal e compatível com o interesse público; e, (iii) avaliar se a necessidade pública está entre as prioridades identificáveis pela Administração Pública.

Na hipótese de qualquer desses filtros iniciais apontarem para a impropriedade do projeto recebido, não seria aconselhável o aprofundamento da análise do projeto pela Administração Pública, já que isso implicaria o dispêndio de recursos públicos desnecessariamente.

Por outro lado, caso o projeto se apresente de interesse, superando esses filtros iniciais, outras gamas de avaliações deverão ser realizadas durante o aprofundamento da análise do projeto pelos servidores responsáveis.

Nesse sentido, serão elencados os principais pontos de atenção e tecidos comentários sobre os mais relevantes. A Administração Pública, portanto, deverá avaliar:

(i) *as condições de habilitação do ofertante do projeto* – esse item é de bastante relevo nas *Manifestações de Interesse*, em razão dos riscos que podem significar nas relações a serem mantidas entre poder público e entidades privadas.[717] Assim, caso a empresa não cumpra as condições básicas de habilitação e integridade normalmente aplicáveis às contratações públicas ou, ainda, a empresa conste em alguma das listas que restrinjam a contratação pelo poder público, o projeto não poderá ser aceito pela Administração Pública, já que não poderá estabelecer uma relação jurídica com a empresa, nem remunerá-la

---

716 Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA, ao abordar a definição de possível modelo de regulação, mencionam o Decreto-Lei Português n. 226-A/2007 no tocante à previsão da rejeição inicial do projeto: "A autoridade competente aprecia o pedido apresentado, verificando se existem causas que obstem desde logo à abertura do procedimento, nomeadamente o incumprimento de alguma das condições referidas no art. 10 de que depende a emissão do título, a sua inoportunidade ou inconveniência para o interesse público ou, ainda, o facto de se pretender atribuir essa utilização por via da iniciativa pública" (TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 560).

717 Ver Capítulo 9.

por qualquer serviço que venha a prestar ou mesmo reembolsá-la pelo projeto apresentado. Nada impede que, em casos como esses, a Administração Pública se utilize da ideia da necessidade pública que se pretende atender e realize uma PMI, ou produza uma modelação pelos meios tradicionais. Claramente, não poderão ser utilizadas as criações constantes do projeto que gozem de proteção de direitos autorais;

(ii) *se a proposta é muito favorável ao ofertante ou a algum* player *específico* – esse aspecto é relevante e, na maioria da vezes, só será detectável por profissional técnico especializado. Caso seja detectado o direcionamento do projeto para determinado *player*, seja ele o ofertante ou um terceiro, o projeto não poderá ser aceito sem que sejam alteradas as condições que restrinjam a ampla concorrência;

(iii) *se o projeto traz os elementos mínimos necessários para a sua compreensão ou para a apreensão da necessidade pública a ser atendida* – a proposta tem que trazer de forma clara e compreensiva as necessidades públicas que se pretendem atender, bem como as vantagens e desvantagens para o interesse público. Assim, a proposta deverá ter os pilares básicos de sua sustentação enquanto obra/serviço de interesse público, bem como a forma de sua viabilidade financeira e, na medida do possível, perpassar os riscos que envolvem o projeto;

(iv) *se o projeto apresentado expressamente viola ou implicará em violação futura de direitos de terceiros (autorais, de personalidade, de propriedade, entre outros), sendo que tal violação é irreparável ou insanável* – na medida em que a violação de direitos de terceiros for irreparável, ou seja, que não haja a possibilidade de aquisição desse direito de terceiro, a Administração Pública não poderá aceitar a proposta apresentada;

(v) *se a proposta envolve obra/serviço ou atividade de interesse público que não justifique a delegação, mas tão somente o fomento ou alguma forma de autorização de uso de espaço público* – tal análise irá impor ao agente público uma avaliação pormenorizada sobre a possibilidade de seguir com a MIP como forma de modelagem. Isso porque alguns projetos irão requerer apenas a expedição de algum ato unilateral da Administração Pública, como uma autorização não exclusiva, ou exigirão cooperação entre as partes, ainda que submetida à prévia concorrência (um chamamento público, por exemplo).

Todas as situações exemplificativas *supra* podem levar à rejeição preliminar da proposta não solicitada. Quanto antes verificadas as hipóteses *supra*, melhor para a condução do negócio público, seja porque a Administração Pública não irá dispender recursos desnecessariamente, seja porque poderá providenciar as alterações e diligências necessárias para o aproveitamento do projeto.

No caso de rejeição total do projeto, a Administração Pública deverá devolver o projeto ao ofertante, com todo o seu conteúdo, e justificar o motivo de sua decisão.

8.2 A decisão de prosseguir o procedimento a partir de uma MIP recebida

Superadas as análises iniciais, as quais podem levar a Administração a rejeitar preliminarmente uma proposta não solicitada, esta deve decidir se pretende prosseguir com o procedimento da MIP, se deseja realizar a modelagem pelas vias tradicionais ou, ainda, se avaliará o projeto, mas ao fim decidirá não prosseguir com o procedimento.

Como já mencionado no subitem *supra*, caso a Administração decida não prosseguir com o procedimento, por qualquer motivo, seja por uma intercorrência ocorrida, seja porque chegou à decisão de não ser uma prioridade, seja porque as condições orçamentárias ou de risco se mostraram desfavoráveis, a Administração Pública deverá devolver o projeto ao ofertante, com todo o seu conteúdo, e justificar o motivo de sua decisão.

Já no caso de decidir que o projeto é relevante para o interesse público, o agente público terá à sua disposição duas principais opções: seguir pelos métodos tradicionais de desenvolvimento de modelagem ou seguir pelo instrumento da MIP.

Essas duas macro-opções, portanto, exigirão uma escolha do agente público. Se decidir seguir pelos métodos tradicionais, prosseguirá com o desenvolvimento da modelagem de forma interna ou contratará um consultor para prosseguir com o desenvolvimento do projeto.

Para além das ponderações já discutidas para essa mesma escolha no caso das PMI,[718] o agente público deverá considerar que será necessário reembolsar o autor do projeto pelas partes deste que forem aproveitadas para a continuidade do desenvolvimento do projeto internamente ou por meio de consultor contratado.

Em projetos que envolvam arquitetura e engenharia, deverá ser considerada a criação técnica do projeto apresentado, sendo que, dificilmente, será possível realizar alterações futuras no projeto, já que estas demandarão a anuência do arquiteto ou engenheiro responsável pelo projeto original.

Vale observar que, se a opção for a contratação do proponente do projeto como consultor externo, seja pessoa física ou jurídica, essa contratação exigirá prévia realização de procedimento competitivo, ainda que possa vir a ser dispensado ou inexigido, nas formas da Lei n. 8.666/1993.[719]

A outra opção possível é a de prosseguir com o procedimento da MIP. Sendo essa a decisão, o agente público terá que: (i) preparar edital de chamamento público que traga o delineamento do que se espera na proposta de modelagem a ser apresentada; (ii) publicar o edital, estipulando prazo e as condições para que eventuais outros interessados apresentem o projeto; (iii) eventualmente, realizar audiências públicas para discutir as estipulações feitas no edital de chamamento público; (iv) receber as solicitações de autorização de estudo, por meio da análise das propostas; (v) outorgar autorizações; (vi) manter conversas durante o desenvolvimento de estudos; (vii) analisar as propostas e solicitar eventuais diligências; (viii) decidir sobre a proposta que traz a melhor modelagem para a necessidade pública a ser atendida, expondo os motivos que fundamentaram a sua decisão.

A proposta original, que impulsionou a realização do procedimento, servirá, assim, como ponto de partida para a Administração Pública, que se embasará nos seus moldes gerais para a elaboração do chamamento público. Ou seja, é a proposta não solicitada que põe a engrenagem da consensualidade para funcionar.

---

[718] Ver Capítulo 7.

[719] Arts. 24 e 25.

É o conteúdo da proposta, aliado à própria natureza da necessidade pública que se pretende atingir, que determinará muito da decisão administrativa de prosseguir a modelagem por meio de uma *Manifestação de Interesse* – nesse caso, uma MIP.

Por mais que se trate de uma decisão "interlocutória",[720] esta representa uma decisão bastante importante e pode gerar consequências procedimentais e, especialmente, materiais, na medida em que poderá impactar o resultado da obra ou serviço.

Assim, o agente público terá de considerar para essa decisão: a viabilidade temporal e financeira de seguir o procedimento de MIP, a existência de *expertise* interna no seu corpo técnico para análise e acompanhamento dos projetos que venham, porventura, a ser oferecidos ou, ao menos, em órgão ou entidades parceiras. Caso não existam técnicos aptos a fazer esse acompanhamento, deverão ser considerados os custos de contratação de especialista para auxiliar na condução o procedimento.

Outro aspecto importante é também a existência ou não de outros *players* no mercado para a realização daquela modelagem. Nesse sentido, seguir com o MIP se mostrará inadequado se, notória e comprovadamente, só houver uma empresa apta a realizar a modelagem, ou seja, aquela que ofereceu o projeto à Administração Pública.

Assim como observado nos Capítulos 5 e 7, essa exclusividade de atuação deve ser sempre parametrizada em elementos mais gerais e indispensáveis da obra, serviço ou atividade a ser contratada. Não pode ser considerada quando estiver atrelada a elementos deveras específicos ou acessórios do projeto.

Por fim, o agente público deverá considerar aquelas que, em geral, são apontadas como vantagens relacionadas às *Manifestações de Interesse*, observando em que medida podem resultar em benefícios para o caso concreto.

Nessa linha, impõe-se analisar se o fato de lançar chamamento público e solicitar outras propostas sobre aquele específico objeto

---

[720] Diz-se interlocutória por ser a decisão que ocorre durante o procedimento e que tem por finalidade a adequação procedimental. Não se trata, portanto, de decisão final, o que só ocorrerá após o recebimento das propostas e em que serão avaliadas comparativamente e em perspectiva.

poderá gerar ganhos de qualidade, financeiro e, até mesmo, outras alternativas de execução, tecnologia, entre outros.[721]

Outra indagação a ser feita é se o projeto representa obra, serviço ou atividade de grande complexidade e se o fato de submetê-lo a discussão e de ter variadas propostas pode trazer uma maior adequação do projeto à necessidade pública a ser atendida.[722]

E, ainda, deve-se avaliar o grau de controvérsia envolvido no objeto da obra, serviço ou atividade, já que submeter o projeto à ampla apreciação e à oferta de propostas de entidades privadas pode aumentar a receptividade do projeto pela sociedade beneficiária.[723]

Vale apenas observar que esses critérios não precisam ser cumulativos e a legislação conferiu uma margem de discricionariedade nessa avaliação do agente público, de forma a melhor contemplar as flexíveis situações concretas que podem surgir no âmbito de uma proposta não solicitada.

8.3 Adequação do objeto da modelagem ao formato de delegação e à modalidade contratual pretendida

Outro aspecto que deve ser considerado na decisão prévia da Administração ao receber uma proposta não solicitada é se a modelagem contida na proposta contempla uma obra, serviço ou atividade de interesse público que possa ser objeto de delegação.[724]

---

721 Nesse sentido, John D. DONAHUE diz que o setor privado, ao ter um relacionamento colaborativo com o governo, consegue trabalhar melhor com recursos limitados, possui mais acesso à informação, pode gerar melhores resultados e, mesmo, conferir mais legitimidade ao projeto (DONAHUE, John D. *Collaborative governance:* private roles for public goals in turbulent times cit, p. 11).

722 "And (government) carrying on their tasks (...) enter into contract with private firms to help them secure their public objetives. In a word, governmental programas are large, their subject matter is diverse, and they come in many different shapes and sizes" (DONAHUE, John D. *Collaborative governance:* private roles for public goals in turbulent times cit., p. 10). Ver mais em DONAHUE, John D. *Collaborative governance:* private roles for public goals in turbulent times cit., p. x – foreword.

723 Ver mais em DONAHUE, John D. *Collaborative governance:* private roles for public goals in turbulent times cit., p. 122 e ss.

724 Para mais detalhes, relembrar o Capítulo 6.

A despeito do que ocorre no caso das PMI, a proposta não solicitada deverá trazer os elementos que demonstrem que aquela necessidade pública identificada pode ser contratada por meio de alguma das formas de delegação.

Como a iniciativa do projeto não advém da própria Administração Pública, o ofertante do projeto deve, portanto, ter o cuidado de delimitar a forma de delegação do contrato, de modo que o procedimento possa ser seguido por *Manifestação de Interesse*.

Caso o delineamento do projeto não mostre a viabilidade da sua execução por alguma das formas de delegação, a Administração Pública terá de realizar a aquisição do projeto por meio da contratação de consultoria ou alguma outra forma que se coadune com as normas de direito administrativo.

Além de demonstrar a viabilidade de delegação do projeto oferecido, o projeto deverá trazer também os insumos que permitam identificar o(s) tipo(s) de contratação que podem ser utilizados naquela delegação.

Na maior parte das vezes, essa constatação poderá ser feita nos estudos de viabilidade técnica. Contudo, pode ser antecipada a partir da análise de risco e da análise de remuneração e orçamentária do projeto.

Todos esses elementos contribuirão para a decisão administrativa de seguir pelo procedimento da MIP, se assim se mostrar viável no caso concreto.

9 A [AINDA DEFICITÁRIA] DECISÃO ADMINISTRATIVA NAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE*

(9.1) Da decisão administrativa inadequada nas *Manifestações de Interesse*; (9.2) Risco de conflito de interesses e de corrupção na decisão administrativa.

Como visto até este momento, muitas são as possíveis decisões administrativas que se inserem no âmbito do procedimento das *Manifestações de Interesse*. O sucesso destas e, por consequência, da futura contratação almejada está diretamente conectado ao bom manejo dessas decisões.

A boa gestão do procedimento leva a uma melhor estruturação das análises necessárias pela Administração Pública para a tomada das decisões numa PMI e numa MIP. E isso porque a boa gestão pressupõe a análise crítica de todos os elementos que estão na mesa de discussão, a seleção de suas características relevantes vis-à-vis as regras e os princípios que norteiam a atuação administrativa, a ponderação dos riscos sobressalentes nos estudos e a tomada consciente da decisão necessária.

Como visto na Parte II desta pesquisa, muitos são os problemas teóricos e práticos identificados pelos estudiosos do tema. Muitas também são as possíveis soluções aventadas, como já analisado naquela oportunidade.

Entretanto, o que se propõe nesta pesquisa é a melhoria da decisão administrativa, e do processo que a compõe, como forma de gerar benefícios ao procedimento das *Manifestações de Interesse* como um todo.

É claro que essa medida não põe termo a todas as fragilidades apontadas e existentes nesse mecanismo de consensualidade, o que seria até utópico, mas pode favorecer sobremaneira o atingimento dos

objetivos traçados no procedimento, bem como garantir a qualidade da estruturação desenvolvida por meio dele.

Já se percorreu, até aqui, os aspectos importantes das decisões administrativas, e a maior parte dos elementos que influem na decisão das *Manifestações de Interesse*. Cabe, agora, tentar conectar todos esses aspectos e, por fim, avaliar os impactos da não observância do procedimento na tomada de decisões nas *Manifestações de Interesse*.

9.1 Da decisão administrativa inadequada nas *Manifestações de Interesse*

Muitas podem ser as razões da inadequação da decisão administrativa nas *Manifestações de Interesse*. Esta pode advir de uma inconstitucionalidade ou ilegalidade, quando do descumprimento de princípios ou regras sobre a atuação administrativa ou, mesmo, específicas das *Manifestações de Interesse*. A inadequação pode se dar, também, por ausência de conveniência e oportunidade, quando deixa de servir ao interesse público pretendido ou deixa de ser uma prioridade governamental, seja por uma decisão de política pública ou orçamentária.

Além das causas *supra*, mais claramente classificadas como decisões inadequadas, serão consideradas como "inadequadas", ainda, para fins de tratamento nesta pesquisa, as decisões que gerem algum tipo de responsabilidade para a Administração Pública ou para os privados que colaborarem com a Administração Pública nas *Manifestações de Interesse*.

Para tanto, as decisões inadequadas merecem nossa atenção pelas nuances envolvidas e os possíveis efeitos delas decorrentes.

9.1.1 Responsabilidades

O tema da responsabilidade do Estado foi um dos temas de maior evolução no direito administrativo, percorrendo desde a teoria da irresponsabilidade do Estado, passando pela teoria civilista, da culpa

do serviço público, até a teoria do risco integral, as quais deixarão de ser abordadas por fugirem ao escopo deste estudo.[725]

A partir desse *background* conceitual, faz-se necessário discutir as responsabilidades relacionadas às *Manifestações de Interesse*.

a) **Responsabilidade sobre a outorga ou não de autorização**

A outorga de autorização de estudos é decisão discricionária da Administração Pública. Sob seu crivo, serão avaliados critérios objetivos, estipulados claramente no edital de chamamento público, e outros de ordem subjetiva.

Assim como nos atos discricionários, em geral, essa decisão não é passível de revisão quanto ao seu mérito, mas tão somente quanto à forma, finalidade, competência e legalidade.[726]

Nesse sentido, algumas legislações subnacionais sobre as *Manifestações de Interesse* prescrevem a vedação de recurso contra a decisão de outorga ou não de autorização.[727]

Contudo, essa vedação de recurso não pode ser encarada de forma absoluta. Se a Administração se utilizar da decisão de outorga, ou da sua negativa, para praticar um *desvio de poder*, ou seja, pretender fim diferente daquele previsto em lei; ou, ainda, se valer de motivos falsos para justificar sua escolha (*teoria dos motivos determinantes*), tal decisão estará sujeita à revisão administrativa e judicial.[728]

Adicione-se a isso a regra do art. 56 da Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999), que garante o direito de

---

[725] Ver mais em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 703 e ss.

[726] A título exemplificativo, é possível citar o Decreto n. 6.823/2012, e alterações seguintes, do Paraná, que veda recurso de mérito e permite apenas impugnações de estrita ilegalidade.

[727] O Decreto de Santa Catarina n. 962/2012 proíbe a apresentação de recurso às decisões administrativas. Por sua vez, os normativos do Distrito Federal (Decreto n. 36.554/2015), da Bahia (Decreto n. 16.522/2015, alterado pelo Decreto n. 16.760/2016) e do Pará (Decreto n. 1.242/2015) aceitam o recurso quanto ao mérito das decisões, estabelecendo inclusive o prazo para sua interposição.

[728] Ver mais sobre desvio de poder e teoria dos motivos determinantes em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 226.

recurso em face das razões de legalidade e de mérito das decisões administrativas.[729]

Vê-se, portanto, que a discricionariedade não é ilimitada, estando sempre sob os ditames da legalidade e do objetivo último de alcance dos fins públicos identificados.

Outro viés importante e que merece nossa consideração é a isenção de responsabilidade administrativa prevista no art. 6º, § 1º, do Decreto n. 8.428/2015, que estabelece que a autorização de estudos não implica, em nenhuma hipótese, responsabilidade da Administração Pública "perante terceiros por atos praticados pela pessoa autorizada".

Ora, a isenção de responsabilidade deve aqui ser vista com certas reservas. Não há como deixar de vislumbrar uma corresponsabilidade administrativa se houver, no objeto do estudo para o qual se solicitou autorização, manifesta ilegalidade, com potenciais efeitos danosos a terceiros.

É claro que não se pode aplicar aqui a teoria do risco integral, atribuindo uma responsabilidade objetiva à Administração Pública pelos atos praticados pelo autorizado. Contudo, não se pode isentar a responsabilidade subjetiva.

É por essa razão que se concorda com o entendimento de Tiago DUARTE, ao analisar a decisão de contratar, quando expõe que:

> A decisão de contratar é assim, em resumo, independentemente do que dela diga o legislador, a quem não cabe proceder a qualificações, um acto administrativo imediatamente impugnável, sempre que possa ser, imediatamente lesivo para os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, independentemente dos subsequentes actos procedimentais, nomeadamente do acto de adjudicação.[730]

---

[729] "Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito".

[730] DUARTE, Tiago. A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos. *Estudos da Contratação Pública – I*. Organização Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 178.

Em outras palavras, não importa que o legislador tente isentar a responsabilidade ou ditar o momento em que ela será imediata, especialmente em relação ao potencial de lesividade que possa causar, por exemplo, o afastamento da concorrência indevido.

Não se pode escapar à análise de erros de estruturação do autorizatário que venham a ser constatados durante a licitação, ou mesmo durante a execução do contrato. O autor do projeto deve ser responsável pela qualidade dos estudos e da estruturação modelada.

Apesar de o projeto ter passado pelo crivo técnico da Administração Pública, seu autor do projeto não pode se imiscuir de sua responsabilidade pelo projeto e, certamente, responderá pelos vícios nele contidos e por eventuais danos causados a terceiros, na forma da legislação civil.

De forma complementar, e independentemente da responsabilidade estabelecida no Código Civil – que se aplicará aos vícios contidos no projeto –, o termo de autorização de estudos deveria deixar clara essa responsabilidade, bem como o dever de correção ou de complementação dos estudos, caso a falha seja identificada num tempo razoável e corresponda à parcela utilizada do projeto.

Outra questão comumente aventada é se existe responsabilidade da Administração Pública perante aquele para quem se outorgou a autorização. Como previsto no Decreto Federal, não há direito à remuneração, nem a vantagens no processo licitatório subsequente, e sequer à obrigatoriedade de realização desse certame.

Da mesma forma, por conta da precariedade que envolve a autorização de estudos, esta pode ser *cassada*, no caso de descumprimento de seus termos; *revogada*, no caso de perda do interesse público ou desistência do autorizatário; ou, ainda, *anulada*, em caso de vício no procedimento.

Em resumo, ao obter a autorização de estudos, o autorizatário tem apenas a expectativa de direito de ter seus estudos analisados pela Administração Pública, bem como de obter uma decisão motivada e transparente sobre eles.

Por outro lado, apesar da precariedade inerente à autorização, considerando o nível de investimentos e de comprometimento

normalmente envolvidos por parte dos autorizatários privados no desenvolvimento de estudos nas *Manifestações de Interesse*, deve haver responsabilidade e boa-fé da Administração Pública em alterar qualquer dessas condições no procedimento.

Em suma, pode-se dizer que há a necessidade de observância de um dever de *lealdade procedimental*[731] pela Administração Pública, sob a ótica da melhor condução possível do procedimento, com base na responsabilidade, na boa-fé e na justeza.

b) **Decisões não isonômicas ou sem motivação**

Da mesma forma, decisões que promovam algum tipo de desigualdade ilegal ou que não cumpram a motivação necessária estão sujeitas à revisão e responsabilização do seu agente competente.

E isso porque a motivação é um dever jurídico inerente à decisão administrativa, de modo a demonstrar a conformação da atividade administrativa decisória à observância dos direitos fundamentais e dos fins de interesse público, bem como permitir o exercício de controle social, orgânico e judicial.

É por essa razão que Ciro Di Benatti GALVÃO destaca que a *sustentabilidade decisória* depende da argumentação jurídico-normativa utilizada, de modo a evitar a violação subjetiva dos cidadãos de forma irresponsável.[732]

---

[731] O termo é também utilizado por Ciro Di Benatti GALVÃO ao analisar, com base nas lições de David WRIGHT, as relações de respeito que devem existir entre Poder Público e cidadãos. Ver mais em: *O dever jurídico de motivação administrativa:* parâmetro objetivo para a racionalidade decisória dos atos administrativos restritivos de direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 61.

[732] Sobre esse ponto, o autor destaca que, "Como o dever jurídico abordado no presente trabalho é o 'dever de motivação decisória', dirigido à Administração Pública e aos seus órgãos, no que tange, especialmente, à tomada de decisões administrativas restritivas, crê-se que a sustentabilidade decisória estará adstrita à argumentação jurídico-normativa utilizada, evitando-se a violação das esferas subjetivas dos indivíduos de maneira irresponsável e inconsequente. A coercibilidade e a possibilidade de eclosão de alguma sanção para a estrutura administrativa, a qual este ônus se impõe, também está condicionada à existência ou não das razões justificadoras da decisão a ser elaborada e executada" (GALVÃO, Ciro Di Benatti. *O dever jurídico de motivação administrativa:* parâmetro objetivo para a racionalidade decisória dos atos administrativos restritivos de direito cit., p. 57).

Assim, como forma de preservação da isonomia no procedimento, bem como do fiel cumprimento de seus fins, a motivação se revela como um dever a ser cumprido voluntariamente pela Administração Pública em suas decisões nas *Manifestações de Interesse*, sejam elas quais forem.

c) Momento da responsabilidade das decisões administrativas nas *Manifestações de Interesse*

Várias são as decisões administrativas envolvidas nos procedimentos das *Manifestações de Interesse*. Algumas delas estão concentradas numa fase interna desse procedimento, outras naquilo que pode se considerar como a sua externalização.

Tiago DUARTE se propôs a tentar entender o momento do nascedouro da responsabilidade em relação à decisão de contratar, tendo em vista a norma do artigo 36, n. 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP) português que determina que o procedimento de formação do contrato inicia-se com a decisão de contratar.[733] Nesse sentido, diferencia a fase pré-contratual (ou interna) da fase externa do procedimento que envolve essa decisão.

Com isso, objetiva entender a partir de que momento "a Administração se encontra já vinculada perante os particulares à decisão que tomou, podendo vir a ser responsabilizada no caso de pretender alterar ou revogar essa mesma decisão".[734]

Compõem, assim, a fase interna todos os atos mandatórios para a formação do convencimento administrativo quanto à necessidade da contratação, do que contratar e como contratar.

No mesmo sentido, e fazendo referência às doutrinas de Sérvulo CORREIA e de Mario Esteves de OLIVEIRA e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, o autor explica que esse ato inicial envolve a identificação de uma necessidade, a análise dos interesses públicos envolvidos, e que sejam de atribuição do Estado, e a determinação do procedimento e do contrato mais idôneos, por meio dos quais se escolhe a quem e como atribuir aquela utilidade.

---

[733] DUARTE, Tiago. A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos cit., p. 149 e 153.

[734] DUARTE, Tiago. A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos cit., p. 155.

Assim, na segmentação feita por Tiago DUARTE, as *Manifestações de Interesse* se inserem integralmente na fase interna do processo de formação da decisão de contratar.

A partir da identificação dos momentos que marcam essa decisão de contratar, Tiago DUARTE sustenta que a recorribilidade da decisão é possível desde o momento em que ela seja publicitada[735] [ou de quando essa publicização deveria ter ocorrido[736]], posicionamento aqui partilhado.

A partir desse entendimento, o autor critica a norma do artigo 36, n. 1, do CCP, já que é de difícil determinação onde e em que momento ocorreu essa decisão. E vai além ao sustentar que o CCP deveria ter sido claro em relação aos atos que dão início aos procedimentos; aos requisitos de fundamentação; e publicidade das decisões (de contratação, de escolha do procedimento, de autorização de despesa, que podem ser autônomas).

Normalmente, a decisão de contratar se materializa por meio da publicação do edital de licitação, mas pode ocorrer em momento anterior com a publicização dos atos relacionados a audiências e consultas públicas, por exemplo.

Com isso, e tomando por base a analogia do momento, a partir do qual as decisões de contratar tornam-se oponíveis aos direitos e interesses porventura ofendidos com seu conteúdo e efeitos, faz-se relevante questionar: (i) a existência das *Manifestações de Interesse*, no âmbito da fase pré-contratual, tem o poder de alterar o nascedouro da decisão de contratar? (ii) a partir de quando as decisões contidas nas *Manifestações de Interesse* estão passíveis de recurso?

Em relação ao ponto (i), entende-se que a resposta é negativa. E isso porque, mesmo a decisão final das *Manifestações de Interesse*

---

735 O autor expõe seu entendimento nos seguintes termos: "somos do entendimento de que, até que a posição da Administração, em matéria de decisão de contratar e de escolha do procedimento pré-contratual, seja publicitada, não estão ainda criados quaisquer direitos ou interesses legalmente protegidos na esfera jurídica dos particulares, que, naturalmente, desconhecem a sua existência, sendo lícito à Administração alterar, as vezes que quiser, as suas pré-decisões" (DUARTE, Tiago. A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos cit., p. 156).

736 Já que há o dever de explicitação das decisões administrativas (art. 48 da Lei n. 9.784/1999), essa decisão está apta a produzir efeitos externos, pelo que deve ser publicizada.

sendo favorável à utilização do estudo desenvolvido mediante autorização, ela, por si só, não inaugura o procedimento de licitação que se seguirá.

Corrobora esse argumento o fato de essa decisão não obrigar a Administração Pública a licitar, tendo em vista a possibilidade de eventual desistência posterior. Em outras palavras, a decisão de aprovação dos estudos não vincula a Administração, nem significa a decisão de contratar.

Essa decisão de contratar apenas se materializará com a abertura do procedimento licitatório (ou por meio de outro ato que externalize essa mesma decisão), pois, embora também seja passível de revogação, expõe a manifesta intenção de contratar, com a indicação do que e como fazê-lo, iniciando o procedimento de seleção daquele que executará o objeto da contratação.

No que se refere à questão (ii), concorda-se com a analogia do entendimento de Tiago DUARTE no sentido de que as decisões nas *Manifestações de Interesse* estão passíveis de contestação quando se exterioriza ou deveriam se exteriorizar. Até esse momento, a decisão pode ser alterada sem que essa alteração gere uma responsabilidade administrativa. Explica o autor:

> Até ser exteriorizada essa decisão, o que não tem necessariamente que acontecer apenas com a publicação do anúncio, poderá a Administração alterar livremente as decisões (prévias) que tomar quanto à necessidade de contratar com terceiros, bem como quanto ao procedimento pré-contratual mais adequado.[737]

Assim, transportando esse racional para a realidade das *Manifestações de Interesse*, até que se exteriorize a decisão de publicar um chamamento público para recebimento de solicitações de autorização de estudo, essa escolha administrativa pode ser alterada livremente.

---

[737] DUARTE, Tiago. A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos cit., p. 158.

Da mesma forma ocorre com a decisão final de escolha de um estudo em detrimento do outro. Até que a Administração Pública exteriorize sua decisão final, poderá manejar as possibilidades que tem à sua disposição para que faça sua escolha da forma mais consciente e adequada ao interesse público que se pretende atender.

9.1.2 Prestação de contas e controle

O que se propôs até aqui tem por objetivos últimos a melhoria das *Manifestações de Interesse* e, por consequência, a melhoria das contratações públicas que sejam precedidas desses procedimentos e, ao fim e ao cabo, a melhoria das obras e serviços públicos colocados à disposição dos cidadãos.

Em termos de proposição acessória, mas que corrobora inexoravelmente para o alcance dos mencionados objetivos, o aprimoramento dos mecanismos de controle e de prestação de contas mostra-se como medida obrigatória nas *Manifestações de Interesse*.

E isso porque o controle efetivo é mecânica essencial para verificar a conformidade da atuação administrativa às normas e princípios que a regem,[738] tutelando os interesses da sociedade e permitindo a correção dos atos necessários ou, quando não for possível, a aplicação das sanções cabíveis. A atuação administrativa está sujeita a falhas e, na medida em que a Administração Pública age em representação à sociedade para efetivar necessidades coletivas, deve prestar contas e se sujeitar à fiscalização. É o que pondera John D. DONAHUE:

> A special burden of accountability accompanies grants of public authority. This is so far three potent reasons. First, some of the most crucial functions of any society must be carried out collectively. Because weighty choices are at stake,

[738] Para maior aprofundamento sobre a conceituação e tipologia do controle, ver MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. p. 30 e ss. Como acepção ampla, a Professora conceitua o controle como "a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente".

> we worry about accountability in public tasks. Second, the public at large – precisely because it is so large and diverse a category – is particularly exposed to failures by authorities to take into account its interests. Third, the individual is inherently vulnerable before the powers of government in ways that history richly illustrates, and that the Constitution (and America's other defining documents) seek ingeniously to remedy. While accountability is a fundamental aspect of social existence, it is most often seen as a problem in the area of government.[739]

Em outras palavras, a realização do controle é essencial para a manutenção do regime democrático, na medida em que assegura o fiel cumprimento da representação política e o equilíbrio de poderes no Estado brasileiro, na ideia de *checks and balances*.[740]

Da mesma forma, se bem realizado, cumpre função importante de garantia e de estímulo dos mecanismos de consensualidade, zelando pelo bom uso da atuação concertada.

Nesse contexto, Juliana Bonacorsi de PALMA, ao avaliar o controle dos acordos substitutivos, explicita que:

> atualmente a supervisão dos atos se encontra em contexto mais complexo, que envolve temas como capacidade institucional, eficiência da organização administrativa, qualidade técnica dos provimentos e, mesmo, usurpação de competência administrativa (...) Além da obrigatoriedade

---

739 DONAHUE, John D. *The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 11.

740 Conforme preleciona Celso Antônio Bandeira de MELLO: "Dentro dessa construção ideológica (que um só homem não pode deter de forma absoluta todos os poderes consigo, pois isso seria uma opressão) que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se os exercícios dessas aludidas funções (julgar, legislar e administrar) entre os diferentes órgãos. (...) Essa solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos de início, do explícito propósito de compor os chamados pesos e contrapesos, mecanismo por meio do qual se atribui a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se adquirir um equilíbrio melhor articulado entre os chamados poderes, isto é, entre os órgãos do poder, pois, na verdade, o Poder é uno" (*Curso de direito administrativo* cit., 30. ed., p. 32).

> constitucional e legal, o controle da consensualidade também se mostra relevante para a garantia da regularidade deste modo de ação administrativa bem como da credibilidade dos acordos substitutivos, na medida em que diminuem os riscos de captura.[741]

Embora as considerações da autora tenham sido voltadas para os acordos substitutivos, a analogia é perfeita às *Manifestações de Interesse*, enquanto mecanismo consensual, tal qual aqueles.

Contudo, trata-se de tarefa cada vez mais complexa, na medida em que envolve a institucionalização de mais e mais órgãos e entidades responsáveis pelo controle, uma velocidade informacional ampla, na era da sociedade digital, assim como a função de garantir a eficácia da atuação concertada da Administração Pública.

Não obstante a sua importância, a ponderação feita por Juliana Bonacorsi de PALMA, no sentido de que esse controle deve ser balanceado e bem realizado, sob pena de colocar em xeque a competência dos órgãos e entidades administrativas e, mesmo, a utilidade dos instrumentos consensuais, também é bastante relevante.[742]

O controle da decisão administrativa nas *Manifestações de Interesse* não é tarefa fácil para os órgãos de controle; na medida em que estes se propuserem a realizar a análise de legalidade, legitimidade e economicidade[743] dos procedimentos, o que exigirá capacitação para o exercício dessa atividade fiscalizatória.

Alguns órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, possuem estrutura mais preparada para a avaliação de determinados objetos, já que procedem a análises semelhantes de licitações e contratos públicos. Contudo, se o objeto do estudo das

---

741 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública* cit., p. 286.

742 Ver mais em PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública* cit., p. 286.

743 Constituição Federal: "Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder".

Manifestações de Interesse envolver obra ou serviço inovador, com uso de novas tecnologias, entre outros, o órgão de controle provavelmente não deterá o conhecimento necessário para realizar uma fiscalização efetiva.

Por essa razão, também, que se defendeu anteriormente, (i) a boa organização do procedimento nas *Manifestações de Interesse*, bem como, (ii) a relevância de decisões bem motivadas e transparentes, de modo a evidenciar mais claramente os pressupostos percorridos pelo agente público na tomada de sua decisão.

Com isso, minimiza-se a assimetria informacional que porventura exista nos órgãos de controle que, embora tenha multidisciplinariedade, muitas vezes não possuem corpo técnico capacitado, ou em quantidade suficiente, para uma análise crítica e pormenorizada de critérios específicos que embasaram a decisão administrativa.

Essa medida de mitigação de assimetrias é verdadeira tanto para os controles internos da Administração, quanto para os externos, como os Tribunais de Contas, Ministérios Públicos e, até mesmo, o controle social.[744]

Outra vantagem que deve ser destacada é a realização do controle nas *Manifestações de Interesse* como forma de atuação próxima e, de certo modo, legitimadora do que e como se pretende licitar e contratar.

A realização do controle nessa fase precedente do procedimento de contratação pública pode favorecer a realização de ajustes necessários vislumbrados pelos órgãos de controle como forma de aprimorar a estruturação do projeto, em fase especialmente destinada para isso.

Nesse sentido, há ganhos inquestionáveis de tempo e mesmo de custos, mitigando o risco de paralisação de processos licitatórios e, mesmo, de contratos, por conta de problemas já identificáveis

---

[744] Nessa mesma linha, Gustavo Henrique Carvalho SCHIEFLER explica que: "Assim, pelo Procedimento de *Manifestação de Interesse*, que expõe ao público todo o processo de formação da licitação pública e do contrato administrativo, há também a aproximação informacional necessária para o controle, seja o controle social ou dos órgãos competentes" (*Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)* cit., p. 167).

desde a fase de *Manifestação de Interesse*. Como defende Marcos NÓBREGA, ao tratar da realização antecipada do controle: "é na verdade um grande instrumento 'poupador' de custos de transação durante a fase de execução contratual".[745]

Assim, a efetivação do controle sobre a decisão administrativa nas *Manifestações de Interesse*, ainda que ele não seja vinculativo,[746] tende a evitar futuras análises do projeto e, mesmo, paralisações de certame durante a fase licitatória e após a formalização do contrato.

A partir do cumprimento de todas as etapas do procedimento e da existência dos insumos necessários para o entendimento dos pontos relevantes da modelagem, o controle passa a ser exercido de forma mais eficiente, contribuindo sobremaneira para a melhoria da qualidade das decisões administrativas e das *Manifestações de Interesse*.

9.2 Risco de conflito de interesses e de corrupção na decisão administrativa

As decisões administrativas estão sempre sujeitas a influências internas e externas. Essas influências podem ter caráter complementar, na medida em que subsidiem técnica ou opinativamente a tomada dessa decisão, mas, por outro lado, podem ter caráter intrusivo, quando

---

745 Ver mais em NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 410.

746 Sobre esse ponto, Floriano de Azevedo MARQUES NETO dispõe: "Outro ponto criticado à basta, na exata medida em que mal compreendido, diz com o controle de resultados. Aqui surpreende a verdadeira aversão que os agentes de controle têm com qualquer vinculação ao pragmatismo ou compromisso consequencialista. Porém é descabida a crítica de que este princípio serviria para legitimar qualquer desvio ou ilegalidade que resultasse em proveito para a coletividade. Muitos leem o dispositivo constante do art. 50, III, quase como uma reapresentação do nefasto corolário do 'rouba mas faz'. A crítica não procede. Verificar o resultado é a um só tempo (i) ampliar o escopo de atuação dos órgãos de controle que devem trabalhar também com a análise de custobenefício da ação administrativa (controle de eficiência e efetividade) e (ii) dotar a atividade de controle de alguma responsividade, obrigando a que cada medida adotada no controle seja precedida de um relatório de impacto, no qual sejam perquiridos os efeitos e consequência de sua adoção. Ter compromisso com os resultados (e não pressupor aceitável qualquer ato irregular porque efetivo) é na verdade tirar o controle do autismo institucional e, por conseguinte, fortalecêlo" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>. Acesso em: 23 maio 2013, p. 25).

pretenderem manipular ou mesmo substituir o juízo decisor do agente público competente.

Vale destacar que a decisão administrativa, diferentemente da decisão jurídica, tem em seu cerne o elemento político,[747] já que está sempre inserida no âmbito da execução da função pública, cujo objetivo é, direta ou indiretamente, a concretização dos fins públicos.

Para além daquelas decisões de gestão burocrática, e que tem por fim imediato a movimentação da máquina pública no dia a dia,[748] as demais decisões administrativas servirão de instrumento para a realização de planos de governo e, nomeadamente, a execução de políticas públicas, como, por exemplo, na decisão de contratar.

No procedimento da tomada de decisão serão considerados os aspectos técnicos específicos, orçamentários, de pessoal, de políticas públicas e uma análise de *value for money*, ou seja, uma análise de custo-benefício daquela determinada utilidade objeto da decisão.

Como já foi dito, essa decisão é privativa do agente público competente[749] e não pode ser objeto de influências intrusivas. É importante destacar, mais uma vez, que a maior abertura para procedimentos consensuais na atuação administrativa significa munir a Administração Pública de conteúdos técnicos ou de anseios sociais, que visam apenas a subsidiar uma decisão mais eficiente e legitimada.[750]

---

747 John D. DONAHUE explica que o sonho de uma decisão administrativa livre da influência da política é um mito. Ressalta que é possível, no máximo, melhorar a qualidade da política e sua menor influência a fatores de manipulação: "The dream of purifying public choices into a kind of arithmetic purged of politics will forever elude us. We can, at best, improve the quality of the politics – make it less fractious, more efficient in its use of available truth, less vulnerable to manipulation and obfuscation" (*The privatization decision:* public ends, private means cit., p. 17).

748 São exemplos a mudança de lotação de um servidor de uma secretaria para outra, a atribuição de uma função de confiança para um servidor de carreira ou mesmo a nomeação de um Secretário de Governo.

749 Vale observar que há casos em que se permite a delegação ou a avocação do poder decisório. Ver mais em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrative* cit., 30. ed., p. 521; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrative* cit., p. 368.

750 Nessa linha, ver também Susan ROSE-ACKERMAN. Em seu post publicado no RegBlog, a autora destaca alguns elementos que colaboram para a redução do risco de corrupção em contratos e aborda o papel da decisão administrativa. Para tanto, destaca a importância da transparência, *inputs* oficiais e *feedbacks* da sociedade: "The best reforms involve the redesign of programs to simplify and accelerate the processing of applications, to reduce scar-

A maculação do procedimento e, por consequência, da decisão administrativa por influências intrusivas pode ocorrer tanto em atuações unilaterais, como em processos dialógicos. Não pode haver ilusões quanto a isso. Sendo até mais provável a sua ocorrência em atuações unilaterais, na medida em que estão mais distantes dos olhares populares. Nesse sentido, em qualquer dos casos, só a transparência pode mitigar a ocorrência dessas influências e aprimorar o controle. É o que explica Roberto LIVIANU:

> A visibilidade maior advém da maior transparência, fator vital para o controle da corrupção. Há expectativa social pela prestação de contas (*accountability*), dever da esfera pública (...) A opacidade aliada à concentração de poder criam o ambiente perfeito para a corrupção, sendo conhecida a famosa equação de Robert Klitgaard, segundo a qual: **monopólio + poder discricionário – transparência = CORRUPÇÃO**.[751] (grifos originais)

Cumpre observar, ainda, que, diferentemente dos riscos apontados nos diagnósticos da Parte 2, em que se destacam várias situações que poderiam ocasionar a captura do interesse público pelo mercado, no caso das denominadas influências intrusivas, tem-se a promoção, a conivência ou, no mínimo, a negligência do agente público em relação à ilegalidade.

Uma das razões que se aponta para o surgimento das *Manifestações de Interesse* é justamente a de institucionalizar a participação privada nos processos de estruturação de contrato que,

---

city, and to limit discretion. For example, government contracting agencies could, as far as possible, buy standard goods at the competitive prices produced by the private market with a burden of proof on purchasing departments to justify a demand for specialized goods. Administrative law principles of transparency, public input, and official feedback to citizens are the foundation of anti-corruption efforts" (*Corruption and government*. Disponível em: <http://www.regblog.org/2016/04/27/rose-ackerman-corruption-and-government/>. Acesso em: 1º dez. 2016).

751 LIVIANU, Roberto. *Corrupção* – incluindo a Lei Anticorrupção. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 158.

por vezes, aconteciam no *back stage* da atuação administrativa e propiciava a ocorrência de favoritismos e corrupção.

Para evitar esse risco, o legislador poderia adotar postura mais rígida e simplesmente proibir ou restringir a aproximação entre Estado e iniciativa privada, nas *Manifestações de Interesse*, com a pretensa justificativa de proteção ao interesse público.

No entanto, parece que o interesse público de maior relevo escolhido foi o de incentivar a qualidade e o avanço tecnológico de obras e serviços públicos, com eventual economicidade financeira para a Administração Pública (e justa remuneração do parceiro privado), além de promover igualdade de condições, ampla transparência e concurso público.[752]

Se, por um lado, não se pode incentivar o pensamento retrógrado e preconceituoso sobre a proximidade de relações público-privadas representar contaminação do interesse público; por outro, não se pode, também, ignorar sua chance de ocorrência.

Várias são as formas possíveis de maculação da decisão administrativa. Sob o viés interno, ou em outras palavras, do próprio setor público, o agente decisor está sujeito à manipulação de outros órgãos, entidades ou autoridades públicas que queiram fazer valer a sua vontade, seja qual for a motivação.

Em geral, trata-se de influência de poder que tem por causa, essencialmente, as conexões políticas existentes, seja pela nomeação de cargos políticos, conchavos entre partidos, apadrinhamento político e inúmeras outras situações constantemente verificadas no Brasil.

---

752 Comungam também deste entendimento Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA, ao destacar que: "Por outras palavras, com o estabelecimento de regras específicas admitindo a apresentação de 'Propostas Não Solicitadas' e prevendo uma tramitação própria para a respectiva análise e posterior concretização, pretende incentivar-se os agentes privados a, na perspectiva interessada de virem a ser destinatários de uma decisão pública de adjudicação de uma proposta por si concebida e desenvolvida, tomar a iniciativa de expor as suas ideias quanto à implementação de projectos públicos relevantes, viabilizando-se, por essa via, o acesso à Administração Pública não apenas a soluções técnicas inovadoras do sector privado, como a soluções financeiras mais convenientes para os orçamentos públicos" (Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 534).

De outro norte, a influência intrusiva pode ser externa e vir do mercado com participação direta ou negligente da Administração Pública.[753] Há participação direta nos casos de favorecimento indevido[754] de empresas ou terceiros, conflito de interesses quando há algum tipo de benefício indevido para o próprio agente público, familiares ou pessoa a ele relacionada e corrupção ativa ou passiva.

A participação indireta ou negligente da Administração Pública pode ocorrer nos casos de ilícitos à concorrência, como a formação de cartel ou conluios na fase de chamamento público ou, até mesmo, na licitação subsequente, com vistas à obtenção de alguma vantagem indevida.

Isso pode ocorrer com a estruturação deliberadamente errônea do projeto, superfaturando produtos ou serviços inerentes à sua execução, ou que direcionem de alguma forma algum insumo para a sua realização, como, por exemplo, tecnologias específicas, ou outras possíveis formas de macular o procedimento.

Diz-se indireta ou negligente a ocorrência de participação ou de uma ciência velada da Administração Pública, já que esta, em geral, possui meios para evitar a ocorrência de ilegalidades relacionadas ao processo de estruturação dos projetos, mas não o faz por economia de recursos ou por falta de capacidade institucional.[755]

Em outras palavras, a Administração Pública deve atuar de forma próxima e ativa na realização de estudos por meio de *Manifestações de Interesse* de modo a evitar a captura do interesse público pelo mercado, bem como para evitar influências intrusivas

---

[753] Vale aqui mencionar o Projeto de Lei de iniciativa popular que se encontra em discussão no Senado Federal até a presente data e que foi criado por membros do Ministério Público Federal, mais conhecido como 10 medidas contra corrupção. Ver mais sobre a proposta original em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>. Acesso em: 10 abr. 2016. É interessante notar que o projeto contava com diversas iniciativas para tentar identificar as más práticas dos agentes administrativos. Algumas até de questionável constitucionalidade, como o "teste de integridade". Sobre o assunto, ver mais no artigo publicado por esta pesquisadora no Blog de Regulação, mantido pela Universidade da Pennsylvania: VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. *Solving Brazil's Bribery Scandals*. Disponível em: <http://www.regblog.org/2016/04/14/vieira-solving-brazils-bribery-scandals/>. Acesso em: 1º dez. 2016.

[754] O favorecimento deve ser sempre caracterizado como indevido, ou seja, aquele que, seguidas as condições normais de concorrência, não seria atingido.

[755] Ver mais detalhes no Capítulo 5.

que acabem por comprometer a qualidade e a imparcialidade de sua decisão.

Nesse sentido, Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA destacam a importância da implementação prática do princípio da imparcialidade e da adoção de medidas efetivas para eliminação jurídica de qualquer ato que possa violar esse princípio. E os autores complementam:

> Ou seja, importa assegurar a inexistência de fundados riscos ou suspeições quanto à isenção e objectividade da entidade adjudicante quando da elaboração das peças concursais. Neste sentido, cumpriria estabelecer algumas regras relativas à elaboração dessas peças, estabelecendo-se a proibição de qualquer intervenção, nesse âmbito, por parte do *primeiro proponente* (...).[756]

Outra possibilidade é a ocorrência de conversas extraoficiais, que desrespeitem a publicidade necessária do procedimento. Com isso, as *Manifestações de Interesse* teriam função meramente simbólica, como uma maneira "pró forma" de se mostrar abertos à participação.

Admitir tais relações extraoficiais seria um retrocesso para as práticas que a institucionalização do procedimento das *Manifestações de Interesse* tentou evitar.

Embora não se tenha dados científicos ou exemplos concretos que possam confirmar ou não a sua ocorrência no passado, o que se escuta nos bastidores de mercados relevantes, como o de infraestrutura, por exemplo, revela que essas práticas eram comuns[757]

Ocorre que a utilização de conversas e o recebimento de apoio da iniciativa privada de modo extraoficial desrespeitam a isonomia

---

[756] TORGAL, Lino; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*) cit., p. 565.

[757] Ao tratar da cultura da corrupção no Brasil, Roberto LIVIANU afirma que, "Na realidade brasileira, muitos desvios têm evidenciado esta perda de valores e do sentido existencial coletivo e a própria perda da linha divisória entre o público e o privado, herdada do patrimonialismo clientelista, prevalecendo sempre o sentido existencial puramente instantâneo e individualista" (*Corrupção* – incluindo a Lei Anticorrupção cit., p. 164).

e a publicidade, bem como podem propiciar o direcionamento dos procedimentos (*Manifestações de Interesse* ou licitações) ou, mesmo, a ocorrência de contratação direta,[758] baseada em justificativas insustentáveis juridicamente.[759]

Situações como essas representam a frustração do caráter competitivo exaltado pelo dever de licitar[760] previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal,[761] e que deve ser observado nas contratações públicas, gerando um desequilíbrio entre os próprios competidores privados, mas também causando maior onerosidade para a Administração Pública.

A Lei n. 8.666/1993 tipifica como crime as condutas de dispensar ou inexigir licitações fora das hipóteses previstas em lei, bem como de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório.[762]

---

758 Sobre estas desvirtuações, John HODGES afirma que: "In some countries private companies submitting unsolicited proposals often did so in an attempt to avoid a competitive process to determine the project developer. If successful, they were then able to finalize project details with the government though exclusive negotiations behind closed doors" (Unsolicited Proposals: The issues for Private Infrastructure Projects. *Public Policy for the Private Sector*. The World Bank Group. Note number 257. March, 2003. Disponível em: <http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/257Hodge-031103.pdf>. Acesso em: 8 out. 2011, p. 1-2).

759 Pode-se aqui pensar na utilização indevida do conceito amplo de "inviabilidade de competição", previsto no *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, cuja redação estabelece: "É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição". Como defende a maioria da doutrina, trata-se de dispositivo aberto em que apenas se elenca, de forma exemplificativa, hipóteses de inexigibilidade de licitação nos seus incisos. É o que defende Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em *Direito administrativo* cit., p. 404; e Marçal JUSTEN FILHO, em *Curso de direito administrativo* cit., p. 501.

760 Ainda que a licitação não siga exatamente os moldes da Lei n. 8.666/1993.

761 "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

762 "Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Contudo, o legislador brasileiro, baseado em alguns casos paradigmáticos ocorridos no País,[763] se preocupou também com a correlação dos ilícitos atrelados à licitação e o tema da corrupção.

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

763 Vários são os exemplos que são divulgados na mídia e no site da Controladoria-Geral da União (CGU):

Notícia site G1.com de 25/03/2014:

"**MP denuncia 30 executivos de 12 empresas por cartel no Metrô e CPTM**

O Ministério Público de São Paulo (MP-SP) anunciou nesta terça-feira (25) que denunciou 30 executivos de 12 empresas do setor de transportes por crime de cartel e irregularidades em 11 licitações. No total, são cinco denúncias envolvendo contratos com o Metrô ou a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM). As licitações investigadas foram realizadas entre 1998 e 2008, quando o estado de São Paulo foi governado por Mário Covas, Geraldo Alckmin e José Serra, todos do PSDB.

(...)

A investigação começou a partir de um acordo de leniência (ajuda nas investigações) feito em 2013 entre umas das empresas acusadas de participar do suposto cartel, a Siemens, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão ligado ao Ministério da Justiça.

O desdobramento das investigações mostrou, no entanto, que o esquema poderia estar funcionando muito antes da denúncia feita pela Siemens. O suposto pagamento de propinas a governos no Brasil pela empresa Alstom teria tido início em 1997, segundo apuração iniciada pela Justiça da Suíça".

Ver mais em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/03/mp-denuncia-30-executivos-de-12-empresas-por-cartel-no-metro-e-cptm.html>. Acesso em: 4 jul. 2014.

Notícia site da CGU de 07/05/2013:

"**CGU participa da operação Martelo para desarticular esquema de corrupção em licitações**

A Controladoria-Geral da União (CGU), a Superintendência Regional da Polícia Federal no Amazonas e a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) realizaram hoje (07/05) a Operação Martelo, com objetivo de combater a corrupção e o desvio de recursos públicos em vários órgãos e entidades ligados às áreas de saúde e educação localizados na região Norte do país, dentre os quais Fundação Nacional de Saúde (Funasa), Universidade Federal do Amazonas (Ufam), Instituto Federal do Amazonas (Ifam), e o Instituto Federal de Rondônia (Ifro). Estão relacionados à operação processos de licitações e contratos públicos que superam o montante de R$ 40 milhões".

Ver mais em: <http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2013/noticia05113.asp>. Acesso em: 4 jul. 2014.

Notícia site da CGU de 13/05/2010:

Com isso, a nova Lei n. 12.846/2013, conhecida como "Lei anticorrupção", foi além do escopo da corrupção propriamente dita (vide suborno, contratação de intermediários "laranjas", entre outros) e estabeleceu que são, também, *atos lesivos contra a Administração Pública* os mais variados tipos de fraude e de frustração de licitações e contratos administrativos,[764] inclusive o ilícito específico de "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público".

"**Operação desarticula esquema de fraudes em municípios do Ceará**

A Operação Certame decorre de inquérito policial instaurado em 2008 para apurar reiteradas fraudes em licitações de obras e serviços nos municípios de Aurora e Ipaumirim. As práticas ilícitas têm a participação de servidores públicos e empresários, e já gerou desvio/malversação de recursos públicos no valor aproximado de R$ 5 milhões.

O investigado principal é um vereador do município de Aurora, que detém influência sobre vários servidores municipais para obtenção de vantagens ilícitas nas licitações. Segundo se apurou nas investigações, o político coordena um grupo de servidores, sobretudo nos municípios de Aurora e Ipaumirim, que fornecem documentação de empresas para fraudar e/ou direcionar licitações".

Ver mais em: <http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2010/noticia05910.asp>. Acesso em: 4 jul. 2016.

764 "Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: (...)

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública".

Inescapável, também, seria o enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa das condutas do agente público e daqueles que se beneficiaram indevidamente do ato praticado.[765]

Algumas medidas poderiam ser adotadas para evitar a contaminação das decisões administrativas, tais como (i) melhoria da capacitação institucional da Administração Pública; (ii) aumento da transparência e da fundamentação das decisões nas *Manifestações de Interesse*; (iii) promoção da isonomia e imparcialidade durante o procedimento;[766] (iv) melhoria da qualidade da definição dos objetivos do procedimento e, por consequência, dos estudos apresentados; (v) outorga de autorizações de forma mais criteriosa, de modo a limitar o número de autorizatários ao quanto necessário para o objeto do procedimento; (vi) maior aproximação entre os órgãos e entidades condutores dos procedimentos e os autorizatários para realização dos estudos; (vii) aprimoramento da prestação de contas e do controle interno, externo e social; entre outros.

---

765 Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/1992: "Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei".

766 Interessante mencionar o exemplo do Estatuto da Pennsylvania, que impõe que leis municipais prevejam a exigência de divulgação sobre doações e apoios financeiros realizados por pessoas que respondam à PMI [53 P.S. § 895.705-A (2016)].

10 DA MELHORIA DA QUALIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NAS *MANIFESTAÇÕES DE INTERESSE*

Depois de percorrer o universo da dogmática da decisão jurídica e da decisão administrativa, como contexto necessário para concluir que a decisão administrativa é o resultado de um procedimento, aproximou-se o olhar para as decisões administrativas de contratar e delegar, para então alcançar a delimitação principal deste estudo: as decisões nas *Manifestações de Interesse*.

Nesse espectro, foram avaliados os pontos de relevo a serem considerados pela Administração Pública na decisão de realizar uma PMI – muitas que podem ser replicadas na decisão de aproveitar e dar seguimento a uma MIP recebida –, e, posteriormente, enveredou-se pelos aspectos específicos da decisão de aceitar uma MIP recebida.

Por fim, perpassaram-se as nuances do manejo deficitário das decisões nas *Manifestações de Interesse* e os seus efeitos, tanto em relação às variadas responsabilidades que podem gerar para a Administração Pública, ao dever de *accountability* e aos riscos de conflito de interesses e de corrupção que sempre orbitam esses procedimentos e que devem ser expurgados de todas as formas possíveis.

Conectando-se aos problemas atualmente identificados nas *Manifestações de Interesse*, e já debatidos no Capítulo 5, conclui-se que a melhoria das decisões administrativas é medida indispensável ao aprimoramento desses mecanismos e, por consequência, das contratações públicas deles decorrentes.

Além disso, outro efeito mostra-se inevitável. A melhoria das *Manifestações de Interesse* tende a ocasionar o aumento da utilização desses mecanismos e, portanto, da participação dos cidadãos no desempenho das funções públicas, o que se entende como medida salutar para o desenvolvimento da sociedade e, mesmo, das infraestruturas necessárias.

Entretanto, melhorar a decisão administrativa não significa apenas refinar a tomada de decisão pelo agente decisor. Significa, também, apurar todo o procedimento que precede essa decisão.

É preciso se valer do método, como forma de concatenar as fases que se desencadeiam no procedimento. E isso porque mostra-se a metodologia mais apropriada para se atingir uma decisão adequada à situação concreta. Adicionalmente, o dever de motivação se cumprirá por meio não só da apresentação das razões de decidir, mas também das ferramentas utilizadas para a interpretação dos fatos relevantes, a partir do conjunto normativo aplicável, e da construção lógica adotada na utilização do ferramental disponível para essa decisão.

Como já destacado no capítulo 6, a utilização da metodologia no procedimento tem o poder de gerar uma maior padronização das decisões administrativas em casos semelhantes; melhor demonstração da fundamentação adotada e do caminho percorrido até ela; e, por fim, um controle mais efetivo, o que favorece todas as partes envolvidas.

Não se pode olvidar o benefício da flexibilidade existente no procedimento e que confere ao agir administrativo a possibilidade de se amoldar à realidade fenomênica e às suas transformações, tudo dentro da legalidade prevalecente.

Com isso, fica destacada a nova realidade da dogmática moderna que se baseia, primordialmente, no procedimento.

Além disso, o procedimento deverá refletir a relevância das relações jurídicas envolvidas, por meio de uma atuação administrativa mais próxima dos administrados, conferindo-lhe legitimidade.

Dessa forma, ressalta-se o papel de filtro depurador que o procedimento deve desempenhar para o atingimento de sua finalidade, o que será refletido na decisão administrativa dele resultante. E, na medida em que se bem calibrar as engrenagens desse filtro, serão obtidas melhores decisões administrativas.

A nosso ver, a boa calibragem das peças desse filtro depende diretamente da observância dos princípios e, em especial, das normas de regência desse procedimento.

Vale ponderar, contudo, que a defesa da normatização do procedimento objetiva tão somente o estabelecimento de um *framework*

para o seu desenvolvimento, concretizando regras limitadoras para a sua boa e isonômica condução.

Essas regras não podem, contudo, ser demasiadas, sob o risco de eliminar a discricionariedade necessária. Devem apenas conferir organização normativa, a partir da amplitude dos princípios, para delimitar os aspectos temporais, de publicidade de materialização da isonomia, entre outros.

Nesse sentido, uma das conclusões a que se chega nesta pesquisa é que as normas brasileiras analisadas têm diversas oportunidades de melhoria no estabelecimento desse *framework*. Serve de exemplo a ausência de um limite temporal para a tomada das decisões nos procedimentos das *Manifestações de Interesse*.

Aliás, algumas dessas normas inclusive admitem a inexistência de uma decisão administrativa num certo prazo, o que deve ser entendido pelos interessados como uma negativa à(s) proposta(s) apresentada(s).[767] Observa-se, portanto, que nesse exemplo a ausência de delimitação normativa quanto aos limites do procedimento leva ao descumprimento dos princípios regentes da decisão administrativa: direito de resposta, motivação, transparência, entre outros.

Adicionalmente, faz-se relevante que as decisões administrativas, de contratar/delegar, bem como aquelas inerentes às *Manifestações de Interesse*, sejam tomadas conscientes de todos os riscos envolvidos naquela decisão, sendo certo que uma decisão isente de risco é inexistente. Partindo-se desse pressuposto, a correta identificação desses riscos, suas ponderações, e a adoção dos elementos de mitigação serão cruciais para a obtenção de uma decisão administrativa adequada.

Isso significa perpassar todos os fatores de influência da decisão: administrativo, político, financeiro-orçamentário, econômico, ambiental, jurídico e social, entre outros. E mais, os fatores que influenciam a seguir ou não uma *Manifestação de Interesse*, tais como o temporal, de sustentabilidade financeira, tecnicidade etc..[768]

---

767 Decreto n. 2.889-R/2011, art. 19-A, § 4º. Ver mais no capítulo 3.

768 Ver mais no capítulo 7.

Assim, o procedimento e a decisão dele resultante devem ser planejados, organizados, metodológicos, conscientes e com finalidades devidamente identificadas e perseguidas.

O bom desenvolvimento desses pressupostos solucionam ou, ao menos, mitigam a realização desnecessária ou indesejada de procedimentos de *Manifestação de Interesse*, má elaboração dos instrumentos de solicitação de proposta e de avaliação daquelas oferecidas espontaneamente pelas entidades privadas, erros de modelagem, entre outros problemas identificados no capítulo 5.

Isso significa que há grande relevância, também, nas decisões iniciais tomadas nas *Manifestações de Interesse*, que por vezes não gozam da mesma atenção das decisões finais, nem pela Administração Pública, nem mesmo pelos órgãos de controle. Estas são relevantes na medida em que podem trazer mais clareza sobre a necessidade ou não do procedimento vis-à-vis os investimentos de tempo, dinheiro público e do corpo técnico administrativo.

Além da decisão inicial, deve-se estimular o aprimoramento das decisões intermediárias e da decisão final, de modo a ter um melhor desempenho do procedimento e, por consequência, um melhor delineamento da eventual futura licitação e contrato.

A Administração Pública deve se atentar, ainda, para as responsabilidades que possui em relação ao procedimento e às decisões nas *Manifestações de Interesse*. Há aqui também oportunidades de melhoria, na medida em que uma maior clareza das responsabilidades da Administração e de seus agentes competentes poderia diminuir o número de decisões inadequadas.

Do mesmo modo, a melhoria do procedimento e da decisão como um todo favorece a governança pública, as prestações de contas e, ainda, o exercício do controle, tanto pelos agentes internos quanto pelos agentes externos à estrutura administrativa.

Adicionalmente, dificulta-se e há a tendência de mitigação de influências intrusivas nas decisões administrativas e que se

materializam principalmente por conflitos de interesse e corrupção, um dos grandes problemas enfrentados na sociedade brasileira.[769]

Dessa forma, há nas melhorias apontadas, portanto, efetivos ganhos ao agir público, analisando-se de maneira ampla, e para as contratações públicas que decorrem desses mecanismos, num olhar mais específico.

[769] Vide operações da Polícia Federal como Lava-jato, Zelotes, entre outras, o que tem levado diversos políticos e grandes empresários a virarem réus em ações criminais, a serem condenados, alguns inclusive cumprindo ordens de prisão. Ver mais em VIEIRA, Livia Wanderley de B. M. *Solving Brazil's Bribery Scandals* cit.; e, ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government* cit.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Muitos podem ser os mecanismos de contribuição das entidades privadas para o alcance dos fins públicos. Em tempos de atuação administrativa cada vez mais próxima dos administrados – o que é fruto da transformação pela qual vem passando o direito administrativo –, novas formas de participação, de parceria, de contratação, de acordos etc., entre Administração Pública e sociedade, se desenvolvem.

As *Manifestações de Interesse* representam uma das possíveis formas dessa aproximação. Quando bem manejadas, podem contribuir sobremaneira para o alcance dos fins públicos, especialmente nos casos em que o seu objeto envolve contratações com modelagens complexas.

Contudo, encontrar o formato ideal para a boa condução dos procedimentos nas *Manifestações de Interesse* não é tarefa fácil. Vários são os modelos e regimes coexistentes e, igualmente, muitos são os problemas identificados pelos estudiosos em relação à sua prática e, mesmo, à teoria, conforme expusemos no Capítulo 5.

Como já apresentado, parece boa a predisposição governamental em estruturar projetos por meio das *Manifestações de Interesse*. Da mesma forma, há aparente abertura dos agentes econômicos em colaborar com a Administração Pública no desenvolvimento desses projetos.

Apesar do entusiasmo público e privado, poucos procedimentos foram levados adiante e se converteram em licitações e contratos no Brasil. Nesse contexto, os estudiosos sustentam que as adversidades teóricas e práticas identificadas é que acarretam essa baixa conversão.

A partir desse diagnóstico, propusemos a melhoria das decisões administrativas nas *Manifestações de Interesse*, e do seu procedimento inerente, como instrumento principal de resolução ou, ao menos, mitigação desses problemas.

Temos a consciência de que essa proposta não tem o condão de resolver todas as adversidades que envolvem o tema, mas enxergamos

no aprimoramento da decisão e do procedimento a melhor possibilidade de aperfeiçoar as *Manifestações de Interesse* e, com isso, alcançar os fins públicos almejados.

Dessa forma, identificamos as oportunidades de evolução das decisões administrativas e dos procedimentos. Essas oportunidades se revelaram tanto no campo normativo, quanto no próprio desenvolver do procedimento, a partir do permissivo interpretativo das normas já existentes. Algumas se mostram de resolução fácil e imediata.

Com isso, há ganhos ao agir público, e as *Manifestações de Interesse* se potencializam como mecanismos consensuais de alcance dos fins públicos, por meio de contratações mais eficientes, com concreto custo-benefício, sustentáveis no ciclo de vida do seu objeto e que efetivam interesses públicos.

Como forma de chegar a essa síntese conclusiva, perpassamos várias conclusões setoriais, ao longo deste trabalho, e que merecem ser resgatadas no fechamento deste estudo:

- os princípios constitucionais do direito de petição e de participação e as normas do art. 21 da Lei n. 8.987/1995 e do art. 31 da Lei n. 9.074/1995, que acabam tendo força de norma geral – embora tenham por escopo as concessões comuns –, conferem guarida para a utilização das *Manifestações de Interesse*, independentemente da existência de norma específica;

- a existência de norma específica tende a representar uma melhor disciplina do mecanismo, mas não é condição precedente para a sua utilização;

- esses permissivos se aplicam às PMI, MIP e outros mecanismos alternativos de colaboração de entidades privadas para a estruturação de objetos de contratação pública, conforme abordado no Capítulo 3;

- há permissivo legal para uma ampla utilização das *Manifestações de Interesse* em vários tipos de contratação pública, sendo necessário e conveniente ampliar o seu escopo de utilização;

- embora haja permissão legal para essa ampla utilização, deve-se fazer uma análise de custo-benefício no caso concreto, de modo a identificar se há vantajosidade na adoção desses mecanismos;

- apesar da disciplina jurídica e da boa predisposição pública e privada para a utilização das *Manifestações de Interesse*, ainda persistem vários desafios práticos e legais que precisam ser enfrentados para que esses mecanismos possam trazer as contribuições esperadas para as contratações públicas, de modo a servir de suporte ao desenvolvimento nacional e aos anseios da sociedade;

- as *Manifestações de Interesse* comportam diversas decisões administrativas: iniciais, interlocutórias e finais;

- a Administração Pública reveste seu agir público cada vez mais a partir das relações de proximidade com os cidadãos (subjetivação do agir);

- essa relação de proximidade gera ganhos de legitimidade, eficiência e de alcance dos fins de interesse público;

- a legislação americana avaliada, bem como os autores estrangeiros pesquisados, e que se dedicaram a estudar mecanismos assemelhados em outros países, não trouxeram elementos relevantes para as decisões administrativas nas *Manifestações de Interesse* no Brasil, embora tenham trazido interessantes reflexões sobre os procedimentos, as quais foram pontuadas em capítulo específico;[770]

- os mecanismos assemelhados identificados no exterior possuem, em geral, escopo mais amplo do que os PMI e MIP e, muitas vezes, envolvem a contratação direta daquele que propôs o estudo para a sua execução;

- a relação existente entre Administração Pública e entida-

[770] Ver Capítulo 4.

de privada, em colaboração para o desenvolvimento de estudos, é de autorização, sendo unilateral, discricionária e precária, embora imponha direitos e deveres aos autorizatários e à própria Administração;

- urge combater os altos custos transacionais e as assimetrias informacionais criadas nas *Manifestações de Interesse*;

- a outorga única ou múltipla da autorização de estudos, bem como a sua outorga total ou segmentada devem ser decisões discricionárias da Administração Pública, que, diante da situação concreta, pode entender por um dos modos disponíveis, desde que motive a sua escolha, bem como seja transparente em relação a essa decisão;

- deve, também, ser objeto da discricionariedade administrativa a estipulação de vedação ou não à participação do proponente vencedor na licitação subsequente. Contudo, essa decisão deve ficar expressa no edital de chamamento público;

- é necessária a delimitação de parâmetros gerais e uma boa identificação dos objetivos pretendidos pela Administração Pública nas *Manifestações de Interesse*, mantendo-se, contudo, a abertura para novas ideias da iniciativa privada, como forma de melhoria da qualidade dos estudos apresentados;

- devem ser mantidos diálogos constantes entre corpo técnico e autorizatários, de modo a garantir a adequação dos estudos elaborados à necessidade pública que se pretende sanar;

- é relevante investir na capacitação técnica dos agentes públicos envolvidos nas *Manifestações de Interesse*, como forma de evitar a captura do interesse público pelos privados, bem como gerar melhores conduções dos procedimentos e tomadas de decisão;

- *direito de ressarcimento*: alguns ajustes em relação a esse aspecto se mostram imprescindíveis: (i) regras mais claras; (ii) expressa garantia de atualização monetária dos valores de ressarcimento; (iii) previsão editalícia que condicione a assinatura do contrato licitado ao ressarcimento dos valores dos estudos realizados; e, (iv) a compensação justa em razão do risco do procedimento ao proponente vencedor, desde que essa compensação esteja dentro dos parâmetros de razoabilidade;

- deve-se aprimorar a motivação e a transparência das decisões administrativas;

- a decisão administrativa não pode se afastar dos anseios da sociedade. Nas *Manifestações de Interesse*, isso não poderia ser diferente;

- a nova dogmática administrativa, que funda a reconstrução das bases do direito administrativo contemporâneo, tem como seu elemento estruturante o procedimento;

- as normas analisadas não trazem parâmetros claros para a tomada da decisão administrativa e vários dos problemas identificados poderiam ser solucionados com a criação de normas-quadro;

- as normas-quadro não podem ser demasiadamente específicas, sob pena de eliminar a discricionariedade administrativa necessária, mas devem gerar organização normativa, partindo da amplitude dos princípios, em direção à delimitação dos aspectos temporais, de publicidade de materialização da isonomia etc. Concluímos que há oportunidades de melhoria nas legislações nacionais, nesse sentido;

- a má condução do procedimento e da decisão administrativa gera efeitos, tanto em relação às variadas formas de responsabilidade da Administração, como em relação risco de conflitos de interesses e de corrupção, os

quais devem ser prevenidos de todas as formas possíveis;

- a melhoria das decisões administrativas é medida indispensável ao aprimoramento desses mecanismos e, por consequência, das contratações públicas deles decorrentes;

- melhorar a decisão administrativa não significa apenas avançar em relação à tomada de decisão pelo agente decisor, mas também apurar todo o procedimento que precede essa decisão;

- a utilização da metodologia no procedimento tem o poder de gerar uma maior padronização das decisões administrativas em casos semelhantes; melhor demonstração da fundamentação adotada e do caminho percorrido até ela; e, por fim, um controle mais efetivo, o que favorece todas as partes envolvidas;

- as decisões administrativas nas *Manifestações de Interesse* devem ser tomadas de forma consciente em relação aos riscos envolvidos: deve-se identificá-los, ponderá-los e adotar as medidas necessárias de mitigação desses riscos. Não se pode esquecer de considerar os fatores de influência da decisão, quais sejam: administrativo, político, financeiro-orçamentário, econômico, ambiental, jurídico, temporal, técnico e social;

- a partir disso, diz-se que o procedimento e a decisão dele resultante devem ser planejados, organizados, metodológicos, conscientes e com finalidades devidamente identificadas e perseguidas.

A partir do exposto, chega-se à conclusão geral de que as melhorias apontadas nas decisões e nos procedimentos nas *Manifestações de Interesse* geram, portanto, efetivos ganhos ao agir público, analisando-se de maneira ampla, e para as contratações públicas que decorrem desses mecanismos, sob olhar mais específico.

Com isso, entende-se possível que as *Manifestações de Interesse* produzam verdadeiras contribuições para o alcance dos fins públicos.

Além dessas conclusões aqui expostas, neste texto foram abordados diversos outros temas que, de algum modo, se conectam às *Manifestações de Interesse* e podem trazer benefícios para esses mecanismos. Alguns não foram retomados nesta síntese conclusiva por escapar ao objetivo principal da tese.

Certo é que, apesar de estarmos nas linhas finais deste texto, ainda há muito para se aprofundar e refletir acerca das relações público-privadas e, em especial, sobre o desenvolvimento de modelagens de projetos por meio das *Manifestações de Interesse* e dos contratos firmados na sequência desses mecanismos.

O encerramento das considerações que aqui se faz decorre tão somente de uma delimitação temporal e subjetiva. Com isso, esta autora ambiciona prosseguir no curso dessas investigações no futuro, bem como almeja que as páginas aqui escritas sirvam de provocação e estímulo para que outros pesquisadores possam, também, continuar a debater e aprofundar estas questões.

To be continued...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALVARENGA, José Eduardo de. *Parcerias público-privadas* – comentários à Lei Brasileira. São Paulo: Editora M. A. Pontes, 2005.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I.

AMIOT, Jessica. *Les Partenariats Public-Privé à Travers le Spectre de la Nouvelle Gestion Publique – Étude de Cas: L'Autoroute 30*. Mémoire de la Maîtrise en Science Politique. Université du Quebec à Montreal. Disponível em: <http://www.archipel.uqam.ca/1803/1/M10722.pdf>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as concessões administrativas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Delegações de serviço público. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvaor, n. 16, nov.-dez.-jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ASNER, Michael. *Unsolicited proposals: turning problems into op-*

portunities. Disponível em: <http://www.summitconnects.com/Articles_Columns/PDF_Documents/200312_10.pdf>. Acesso em: 8 out. 2011.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias público-privadas:* instrumento de uma nova governação pública. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização* – as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

_____. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BELÉM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse como meio de participação do privado na estruturação de projetos de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, ano 12, n. 135. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=89096>. Acesso em: 11 nov. 2015.

BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro*. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 2015.

BILAC, Olavo. O tempo. *Poesias infantis*. Disponível em: <http://www.unicamp.br/iel/memoria/Ensaios/LiteraturaInfantil/Poesias%20Infantis/Pi24.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CABRAL, Nazaré da Costa. As parcerias público-privadas. *Cadernos IDEFF*, Coimbra: Almedina, n. 9, 2009.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. I.

CARVALHO, Andre Castro. Participação da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: a regulamentação das formas de Manifestação de Interesse. Texto veiculado pelo autor para discussão, por ocasião do curso de Direito Administrativo e Infraestrutura da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, em 20 de agosto de 2013.

CASSAGNE, Ezequiel. La función consultiva jurídica em la Administración Pública Argentina. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução:* estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAUPERS, João. Introdução à ciência da Administração Pública. Lisboa: Âncora, 2002.

_____. *Introdução ao direito administrativo*. 5. ed. Lisboa: Âncora, 2000.

CHEW, Andrew. Use of unsolicited proposals for new projects – the approaches in Australia. In: *European Procurement & Pub. Private Partnership Law Review*. EPPL, 2015.

COOPER, Phillip J. *Governing by Contract:* Challenges and Opportunities for Public Managers. Public Affairs and Policy Administration Series. Washington, D.C.: CQ Press, 2002.

CORREIA, José Manoel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo: Malheiros, v. 48, 2004.

_____. *Parcerias na Administração Pública* – concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 191, jan.-mar. 1993.

DONAHUE, John D. *Collaborative Governance: private roles for public goals in turbulent times*. New Jersey: Princenton University Press, 2011.

DONAHUE, John D. *The privatization decision:* public ends, private means. United States: Basic Books, 1989.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa* – a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Procedimentalização, participação e fundamentação:* para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUARTE, Tiago. A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos. *Estudos da Contratação Pública – I*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance* – financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged*, *buy-out* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado* – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito europeu dos contratos público* – um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREEMAN, Jody. The private role in public governance in New York. *University Law Review*, vol. 75, 2000. Disponível em: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-75-3-Freeman_0.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

FREITAS, Marina Cardoso de. *As autorizações administrativas no direito brasileiro*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Mestre. São Paulo, 2016.

GALVÃO, Ciro Di Benatti. *O dever jurídico de motivação administrativa:* parâmetro objetivo para a racionalidade decisória dos atos administrativos restritivos de direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

GAROFANO, Rafael Roque. *Contratualidade administrativa:* abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GARSSE, Steven Van. *Public-private partnerships, concessions and public procurement law*. Disponível em: <http://www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2016.pdf>.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos:* o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Reimpressão da edição de outubro de 2005. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 6.

_____; SAADI, Mário. O Procedimento de Manifestação de Interesse. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015.

GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève. Avec la collaboration de Gilles Dumont. *Droit du Service Public*. 2. ed. Paris: Montcherestien (coll. Domat), 2007

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria. Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.* São Paulo: Editora Abril Cultural, 1984.

HODGES, John. Unsolicited Proposals. Competitive Solutions for Private Infrastructure. *Public Policy for the Private Sector*. The World Bank Group. Note number 258. March, 2003. Disponível em: <http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/258Hodge-031103.pdf>. Acesso em: 8 out. 2011.

_____. Unsolicited Proposals: The Issues for Private Infrastructure Projects. *Public Policy for the Private Sector*. The World Bank Group. Note number 257. March, 2003. Disponível em: <http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/257Hodge-031103.pdf>. Acesso em: 8 out. 2011.

_____; DELLACHA, Georgina. Unsolicited Infrastructure Proposals: How some Countries Introduce Competition and Transparency. *PPIAF Working Paper*, n. 1. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/142981468777252745/pdf/417300Unsolici1als0PPIAF0101PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Produto Interno Bruto dos Municípios – 2012.* Contas Nacionais n. 43. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91152.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2016.

JÈZE, Gaston. *Les Contrats Administratifs:* De l'État, des départements, des communes et des établissements publics. Paris: Libraire-Éditeur, 1927.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, vol. 26, 1999.

_____. *Curso de direito administrativo.* 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELMAN, Steve. Public Management needs help! Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/FS/skelman/Public_Management_Needs_Help__Kelman_AMJ_v48-no6-Dec2005.pdf>. Acesso em: 10 abr.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva & C.ª editores, 1938.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law.* Global Administrative Law Project da Universidade de Nova York. Disponível em: <http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2008.

KUMARASWAMY, M.; ANVUUR, A.; RAHMAN, M. *Balancing Contractual and Relational Approaches for PPP Success and Sustainability*. Disponível em: <http://www.hku.hk/cicid/3_events/32/papers/9.pdf>.

LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LINDITCH, Florian. *Le Droit des Marchés Publics*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2009.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção* – incluindo a Lei Anticorrupção. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARCOS, Ana Belén Casares. El ressurgir jurídico de la concesión de obras públicas a iniciativa particular. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, jun. 2007. Disponível em: <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/5.pdf>. Acesso em: 9 out. 2011.

_____. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular:* tramitación, adjudicación y garantia contractual de la calidad. Madrid: Editora Montecorvo, 2007.

_____. *La selección y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas a iniciativa particular*. Disponível em: <http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/4_SEGUNDO%20ACCESIT.PDF>. Acesso em: 8 out. 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese apresentada ao concurso para o provimento de cargo de professor titular – Curso da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

_____. *Bens p*úblicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Fundamentos e conceituação das PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução:* estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, ano 9, n. 100. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>. Acesso em: 23 mai. 2013.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

_____. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Administração Pública ainda sem democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo: vol. 23, n. 256, mar/abr, 1986.

_____. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

_____. Público-privado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: 1995.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Notas sobre a parceria público-privada. *Direito & Cidadania – Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, n. 01, 2006.

_____. Prestação de serviços públicos e administração indireta. 2. ed. 3. tir. São Paulo: RT, 1987.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais* – introdução geral. Apontamento das aulas. Lisboa: 1999.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. t. II e III.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços públicos e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Direito & Cidadania: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, n. 01, 2006.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Contratação de serviço de consultoria para estruturação de projeto de infraestrutura: Qual o melhor caminho. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Poder Público, serviço público: crise e conciliação. (original: Puissance publique, service publique: crise et apaisement – Tradução Patrícia Baptista). *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, out.-dez. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

MOREIRA, Vital. A tentação da "Private Finance Iniciative" (PFI). *A mão visível* – em parceria com Maria Manuel Leitão Marques. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MORENO, Maís. *A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP.* Dissertação de Conclusão de Mestrado em Direito da Universidade de São Paulo. Defesa: São Paulo, 2016.

MUKAI, Toshio. Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEVES, António Castanheira. O "Jurisprudencialismo" – Proposta de uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito. In: SANTOS COELHO, Nuno M. M.; SILVA, Antônio Sá da. (org.) *Teoria do Direito – Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?* – Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Luís Valente de. *A reinvenção da função pública: da burocracia à gestão*. Organização Elias Quadros. 3º Encontro INA

Lisboa, 14, 15 de março de 2002 – Fundação Gulbenkian. Edição INA – Instituto Nacional de Administração.

OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. *Legalidade e Administração Pública* – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

PACE JUNIOR, Mario José. *O Processo de Manifestação de Interesse – PMI e o devido processo legal.* Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) para obtenção do Título de especialização em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação da PUC-COGEAE, sob a orientação do Professor Ms. Alexandre Levin. São Paulo, 2013.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de Conclusão de Mestrado em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: defesa em 26 de fevereiro de 2010.

_____. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAVANI, Sergio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emílio de (coords.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006.

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?*. Datado de

22/11/2011. Disponível em < https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em 1º dez. 2016.

_____; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. *Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados – Relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI*. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relatório-sobre-os-pmis-nos-estados-0>. Datado de 12/09/2012, com atualização datada de 20/06/2013. Acesso em 08 abr. 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática:* institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das Parcerias Público -Privadas (PPPs). *Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro*, São Paulo: Malheiros, vol. 140, ano XLIV, out.-dez. 2005.

PINTO, Mario Engler Junior. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 13, ano 4, jan.-mar. 2006.

POLTRONIERI, Renato. No contexto histórico brasileiro. *Conexão Migalhas. PPPS – Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Millenium, ano 1, n. 1, 2006.

POMBEIRO, António A. Figueiredo B. *As PPP/PFI – Parcerias Público-Privadas e a sua auditoria*. Coleção Auditoria. Lisboa: Áreas Editora, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. v. I.

QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do direito administrativo* – o direito administrativo português na perspectiva comunitária. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direito da União Européia* – direito constitucional e administrativo da União Européia. Coimbra: Almedina, 2004.

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 (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os Procedimentos de *Manifestação de Interesse* (PMI) e as Propostas Não Solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Parcerias público-privadas:* reflexões sobre os 10 anos da Lei n. 11.079/2004. São Paulo: RT, 2015.

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

RODRIGUES, Diego; NUNO, Fernando. *Dicionário Larrouse da língua portuguesa.* 1. ed. São Paulo: Larrouse do Brasil, 2005.

RODRIGUES, Pedro Nuno. As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular. *Revista de Direito Público e Regulação*. CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista_dpr/revista_3.pdf>. Acesso em: 5 out. 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government.* Disponível em <http://www.regblog.org/2016/04/27/rose-ackerman-corruption-and-government/>. Acesso em: 1] dez. 2016.

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

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

_____. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação

de Conclusão de Mestrado em Direito da Universidade de Santa Catarina. Defesa: Florianópolis, 10 de maio de 2013.

SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social: direito administrativo em evolução? In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução:* estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Fórum, vol. 20, ano 5, out.-dez. 2007.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out.-dez. 2009.

SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Sweet & Maxwell. Office for official publications of the European Communities. Luxembourg: 1992.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo administrativo em evolução. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução:* estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SIDOU, J. M (org.). *Dicionário Jurídico.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Antonio Sá da. A imaginação literária e o direito: a (im) possibilidade de um modelo jurídico-decisório nos argumentos de A. Castanheira Neves e de Martha C. Nussbaum. In: SANTOS COELHO, Nuno M. M.; SILVA, Antônio Sá da. (org.) *Teoria do Direito – Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?* – Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

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

_____. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise* – ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Viagem pela Europa das formas de actuação administrativa. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, Braga, vol. 58, jul.-ago. 2006.

SIMÕES, Jorge Abreu. *A reinvenção da função pública:* da burocracia à gestão. Organização Elias Quadros. 3º Encontro INA Lisboa, 14.15 Março 2002 – Fundação Gulbenkian. Edição Instituto Nacional de Administração – INA. Lisboa: 2002.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral* – contratos públicos – Tomo III – actividade administrativa. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2008.

_____; _____. *Direito administrativo geral* – introdução e princípios fundamentais – tomo I. 3. ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2010.

STRAUSS, Peter l. *Administrative Justice in the United States.* Durham: Carolina Academic Press, 2002.

STUBER, Walter Douglas. O programa brasileiro de parcerias público-privadas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, vol. 33, ano 9, jul.-set. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Desafios do Governo Temer para recuperar a regulação e as parcerias: as respostas da MP 727. *Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/carlos-ari-sundfeld/desafios-do-governo-temer-para-recuperar-a-regulacao-e-as-parcerias-as-respostas-da-mp-727>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2013.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coords.). *Parcerias público-privadas:* um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. O contrato nas parcerias público-privadas numa perspectiva de direito e economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 13, ano 4, jan.-mar. 2006.

TORGAL, Lino. A imprevisão na fase de formação dos contratos públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução:* estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____; FONSECA, Marisa Martins. Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*). *Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

VELOSO, Teresa Cláudia Jordão Carvalheiro de Castro. *Parcerias Público-Privadas institucionalizadas*. Dissertação apresentada na conclusão do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2007.

VIANA, Cláudia. *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. *Estado e entidades privadas: mãos dadas para a prossecução dos fins públicos nas PPPs? – O paradigma das experiências brasileira e português-comunitárias*. Dissertação apresentada para fins de obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa-PT, em 2010. Dissertação disponível para consulta na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

_____. *Solving Brazil's Bribery Scandals.* Disponível em: <http://www.regblog.org/2016/04/14/vieira-solving-brazils-bribery-scandals/>. Acesso em: 1º jun. 2016.

_____; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul.-dez. 2012.

VIEIRA, Pedro Siza. O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas. *Estudos de Contratação Pública – I.* Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

Sites da Internet:

Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil – Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. IFC – *International Finance Corporation.* Disponível em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/81443e004b76437cac08fd08bc54e20b/Estruturacao+de+Projetos+de+PPP+e+Concessao+no+Brasil.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 8 abr. 2016.

Legislação histórica no site da Câmara Federal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14222-18-junho-1920-570070-publicacaooriginal-93248-pl.html>. Acesso em: 1º jun. 2014.

Notícias do Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://ww2.rs.gov.br/noticias/1/118524/Empresa-Gaucha-de-Rodovias-assume-um-total-de-14-pracas-de-pedagio-no-dia-6-de-janeiro/11/189//>. Acesso em: 1º jun. 2016.

<http://www.mobilicidade.com.br/bikerio.asp>. Acesso em 1° dez. 2016.

<http://socialstockexchange.com/about-ssx/us/>. Acesso em: 1º nov. 2016.

<http://oglobo.globo.com/economia/privatizacoes-ganharam-forca-partir-dos-anos-90-10448501>. Acesso em: 12 nov. 2016.

<http://www.culturafgm.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=431&Itemid=1>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<http://www.verdeperto.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=9>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<http://www.verdeperto.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_

content&view=article&id=4&Itemid=11>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/06/governo-temer-quer-propor-mudancas-na-lei-de-licitacoes.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nova-noticia,1824792>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,atraso-em-seis-obras-do-pac-provoca-perda-de-r-28-bilhoes,185889>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.capemessenger.co.za/2016/09/22/cape-town-stops-n1-n2-tolling/>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.ces.uc.pt/aigaion/attachments/lDL932008.pdf-1fb5086df04508a29f7586df264b9d2a.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<https://www.itau.com.br/_arquivosestaticos/RI/pdf/pt/Itau_RAC_2015_port.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://movimentoconviva.com.br>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<https://www.eoibelgrade.gov.in/pdf/Public_Invitation_Development_Area_Amaravati_Capital_city_pst220716.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=pt>. Acesso em: 14 nov. 2016.

<http://www.campinas.sp.gov.br/noticias-integra.php?id=19488>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<http://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.hospitalmboimirim.com.br/site/ohospital_gestao.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.treasury.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0003/22683/Unsolicited_Proposals_Guideline_August_2012.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3112200411.htm>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform-Guide-ES-final-lowres.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<https://www.treasury.qld.gov.au/publications-resources/project-assessment-framework/mlp-brochure-final.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.maceio.al.gov.br/semel/noticias/prefeito-inaugura-academia-maceio-na-orla-de-jatiuca/>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publico-privadas/noticias-e-eventos/noticias/bernardo-primeira-ppp-federal-podera-sair-em-abril.>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/planmobsp-rev002_1428005731.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/inclusao_digital/index.php?p=152219>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/comunicacao/noticias/?p=163878>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/pinheiros/termo_de_cooperacao/index.php?p=30522>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://ww2.mobilicidade.com.br/zaerecife/home>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.rio.rj.gov.br/web/sms/academia-carioca>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://ppp.gov.ph/?page_id=27634>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.ibahia.com/detalhe/noticia/salvador-conta-com-espacos-e-academias-ao-ar-livre-para-se-exercitar/>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1385589184662&ssbinary=true>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.gidb.org/acts-policies-gid-act-amndmnt>. Acesso em: 1º dez. 2016.

<http://www.vale.com/PT/investors/Equity-debt/debentures-non-convertible/9EmissaoDebenturesNaoConversiveisDocs/150811 –

Roadshow Debentures vf.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2016.

Portal Radar PPP. <https://www.radarppp.com>.

Portal PPP Brasil. <http://www.pppbrasil.com.br/portal/>.

Legislação e documentos da União Europeia:

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões sobre as Parcerias Público-Privadas e o direito comunitário sobre contratos públicos e concessões. COM (2005) 569 final – Bruxelas, 15.11.2005. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0569&from=PT>. Acesso em: 14 nov. 2016.

Diretiva 2014/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Bruxelas, 26.2.2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EM>. Acesso em: 14 nov. 2016.

Explanotory note – Competitive Dialogue – Classic Directive. CC/2005/04_rev – Bruxelas, 5.10.2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

Livro Verde sobre PPP – COM (2004) 327 final – Bruxelas, 30.4.2004. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=PT>. Acesso em: 14 nov. 2016.

ANEXO I – QUADRO ANALÍTICO: LEIS FEDERAL, ESTADUAIS E DO DISTRITO FEDERAL

MACROITEM	DETALHAMENTO
ENTES	União
	Região
	- Nome do Estado
INSTRUMENTO NORMATIVO	Decreto
	Resolução de Conselho ou Comitê Gestor
	[Não há legislação]
PMI/MIP/AMBOS	MIP
	PMI
	AMBOS
	[Não há legislação]
TIPOS DE CONTRATO	Concessão comum
	Concessão administrativa
	Concessão patrocinada
	Concessão de obra pública
	Concessão de direito real de uso
	Concessão de serviços públicos
	Arrendamento de bens públicos
	Permissão comum
	Permissão de serviços públicos

	Outros negócios públicos-privados que em função de seu caráter estratégico, complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos e incertezas, adotem estrutura jurídica semelhante aos modelos contratuais
	Particular pode propor projetos de infraestrutura que não se enquadrem nesses modelos
REEMBOLSO	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DO REEMBOLSO	Análise do detalhamento trazido sobre o reembolso por cada legislação
	Em todos os normativos, a Administração é desincumbida de despesas
LIMITAÇÃO NA LICITAÇÃO	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DA LIMITAÇÃO NA LICITAÇÃO	Análise do detalhamento trazido sobre a limitação da participação do proponente/autorizatário na futura licitação sobre o tema por cada legislação
	Possibilidade ou não de conferência de preferência ou direito de exclusividade na contratação
RESPONSABILIDADE PARA O OFERTANTE	SIM

	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DA RESPONSABILIDADE PARA O OFERTANTE	Análise do detalhamento previsto sobre a responsabilidade do ofertante em cada legislação
	Responsabilidade sobre atos praticados pelo autorizatário
	Responsabilidade pela veracidade das declarações
DISPONIBILIDADE PARA CONSULTA GERAL	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DA DISPONIBILIDADE PARA CONSULTA GERAL	Análise do detalhamento trazido sobre a possibilidade de consulta aos projetos propostos por cada legislação
EXIGÊNCIAS PARA O EDITAL DE PMI	Análise dos quesitos exigidos para os editais de PMI por cada legislação
REGISTRO PRÉVIO PARA ENVIO	SIM
	NÃO
	Não menciona
	Análise sobre a necessidade de um requerimento de autorização para apresentação de projeto
PROPRIEDADE INTELEC-TUAL	SIM
	NÃO
	Não menciona

DETALHAMENTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	Análise do detalhamento trazido sobre os direitos de propriedade intelectual por cada legislação
	Transferência ou cessão dos direitos autorais à Administração
PARÂMETRO PARA A DECISÃO INICIAL	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DO PARÂMETRO PARA A DECISÃO INICIAL	Análise do detalhamento previsto sobre a "decisão inicial" da Administração por cada legislação
PARÂMETRO PARA A DECISÃO INTERMEDIÁRIA	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DO PARÂMETRO PARA A DECISÃO INTERMEDIÁRIA	Análise do detalhamento trazido sobre a "decisão intermediária" da Administração por cada legislação
PARÂMETRO PARA A DECISÃO FINAL	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DO PARÂMETRO PARA A DECISÃO FINAL	Análise do detalhamento trazido sobre a "decisão final" da Administração por cada legislação
DECISÃO SINGULAR OU COLEGIADA	COLEGIADA
	SINGULAR

	SINGULAR / COLEGIADA
	Não menciona
DETALHAMENTO DA DECISÃO	Análise do detalhamento previsto sobre o(s) responsável(eis) pela tomada de decisões por cada legislação
COMENTÁRIOS GERAIS	Análise dos dispositivos que não se enquadravam nos demais tópicos e que forssem de interesse à pesquisa

ANEXO II – QUADRO ANALÍTICO: LEIS MUNICIPAIS

MACROITEM	DETALHAMENTO
ENTES	Região
	– Nome do Município
INSTRUMENTO NORMATIVO	Decreto
	Lei Municipal
PMI/MIP/AMBOS	MIP
	PMI
	PMI Interfederativo
	AMBOS
TIPOS DE CONTRATO	Concessão comum
	Concessão administrativa
	Concessão patrocinada
	Concessão de obra pública
	Concessão de uso de bens públicos
	Concessão de direito real de uso
	Concessão de serviços públicos
	Concessão urbanística
	Arrendamento de bens públicos
	Permissão comum
	Permissão de serviços públicos

	Termo de autorização precário
	Termo de acordo
	Termo de cooperação
	Termo de cooperação e patrocínio
	Convênio
	Doação de bens e serviços
	Termo de adoção
	Estabelecimento de parceria com a iniciativa privada
	Quaisquer instrumentos de política urbana e de gestão ambiental
	Operações urbanas consorciadas
	Áreas de intervenção urbana
	Áreas de estruturação local
	Quaisquer outros modelos contratuais
REEMBOLSO	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DO REEMBOLSO	Análise do detalhamento previsto sobre o reembolso por cada legislação
LIMITAÇÃO NA LICITAÇÃO	SIM
	NÃO
	Não se aplica

	Não menciona
DETALHAMENTO DA LIMITAÇÃO NA LICITAÇÃO	Análise do detalhamento previsto sobre a limitação da participação do proponente/autorizatário na futura licitação sobre o tema por cada legislação
	Possibilidade ou não de conferência de preferência ou direito de exclusividade na contratação
RESPONSABILIDADE PARA O OFERTANTE	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DA RESPONSABILIDADE PARA O OFERTANTE	Análise do detalhamento previsto sobre a responsabilidade do ofertante por cada legislação
	Responsabilidade sobre atos praticados pelo autorizatário, pelos danos causados, pela preservação e manutenção
	Responsabilidade pela veracidade das declarações
DISPONIBILIDADE PARA CONSULTA GERAL	SIM
	NÃO
	Não menciona

DETALHAMENTO DA DISPONIBILIDADE PARA CONSULTA GERAL	Análise do detalhamento previsto sobre a possibilidade de consulta aos projetos propostos por cada legislação
EXIGÊNCIAS PARA O EDITAL DE PMI	Análise dos quesitos exigidos para os editais de PMI por cada legislação
REGISTRO PRÉVIO PARA ENVIO	SIM
	NÃO
	Não menciona
	Análise sobre a necessidade de um requerimento de autorização para apresentação de projeto
PROPRIEDADE INTELECTUAL	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	Análise do detalhamento previsto sobre os direitos de propriedade intelectual por cada legislação
	Transferência ou cessão dos direitos autorais à Administração
PARÂMETRO PARA A DECISÃO INICIAL	SIM
	NÃO
	Não menciona

DETALHAMENTO DO PARÂMETRO PARA A DECISÃO INICIAL	Análise do detalhamento previsto sobre a "decisão inicial" da Administração por cada legislação
PARÂMETRO PARA A DECISÃO INTERMEDIÁRIA	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DO PARÂMETRO PARA A DECISÃO INTERMEDIÁRIA	Análise do detalhamento previsto sobre a "decisão intermediária" da Administração por cada legislação
PARÂMETRO PARA A DECISÃO FINAL	SIM
	NÃO
	Não menciona
DETALHAMENTO DO PARÂMETRO PARA A DECISÃO FINAL	Análise do detalhamento previsto sobre a decisão "final" da Administração por cada legislação
DECISÃO SINGULAR OU COLEGIADA	COLEGIADA
	SINGULAR / COLEGIADA
	Não menciona
DETALHAMENTO DA DECISÃO	Análise do detalhamento previsto sobre o(s) responsável(eis) pela tomada de decisões por cada legislação

COMENTÁRIOS GERAIS	Análise dos dispositivos que não se enquadravam nos demais tópicos
OBJETIVOS	Análise dos objetivos pretendidos com o estabelecimento da parceria com o particular detalhados por cada legislação
CONDIÇÕES/RESTRIÇÕES	Análise das condições e restrições impostas aos contratados/parceiros da Administração por cada legislação
INCUMBÊNCIAS DO ÓRGÃO OU COMISSÃO DELIBERATIVA	Análise das incumbências atribuídas às Comissões deliberativas por cada legislação
SINALIZAÇÃO E PUBLICIDADE	Análise da possibilidade de publicidade e mensagens indicativas da parceria, bem como as respectivas dimensões e restrições, previstas por cada legislação
PROCEDIMENTO	Análise do detalhamento do procedimento de escolha dos projetos descrito por cada legislação
CADASTRO DOS BENS	Análise das exigências feitas para formação, manutenção e divulgação, pela Administração, de um cadastro de bens e áreas disponíveis para parcerias descritas por cada legislação

FISCALIZAÇÃO	Análise da responsabilidade pela supervisão e fiscalização da parceria dispostas por cada legislação
PRAZO	Análise dos prazos máximos e possibilidade de prorrogação da parceria atribuídos por cada legislação
RESCISÃO	Análise da possibilidade de revogação ou rescisão da parceria prevista por cada legislação

ANEXO III – LEGISLAÇÃO LOCAL CITADA

1) DECRETO N. 52.062, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2010 – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Confere nova regulamentação ao artigo 50 da Lei n. 14.223, de 26 de setembro de 2006, o qual dispõe sobre a celebração de termos de cooperação com a iniciativa privada, visando à execução e manutenção de melhorias urbanas, ambientais e paisagísticas, bem como à conservação de áreas municipais, em consonância com o disposto no artigo 24 da Lei n. 14.517, de 16 de outubro de 2007; acresce o § 3º ao artigo 2º do Decreto n. 40.384, de 3 de abril de 2001, que dispõe sobre a doação de bens e serviços e o estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada; revoga o Decreto n. 50.077, de 6 de outubro de 2008.

GILBERTO KASSAB, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei,

D E C R E T A:

Art. 1º. A celebração de termos de cooperação de que trata o artigo 50 da Lei n. 14.223, de 26 de setembro de 2006, passa a ser regida pelas regras gerais e específicas estabelecidas neste decreto.

Art. 2º. Para os fins do artigo 50 da Lei n. 14.223, de 2006, e da aplicação deste decreto, consideram-se melhorias urbanas, paisagísticas e ambientais os projetos, obras, serviços, ações e intervenções, relativos a bens públicos municipais e a bens privados ou públicos, inclusive federais e estaduais, tombados em caráter provisório ou definitivo, ou preservados, nos termos da legislação municipal, estadual ou federal pertinente, que resultem no atendimento do interesse público e na melhoria da qualidade da vida urbana, observadas as diretrizes do artigo 4º da lei supracitada.

Art. 3º. Os titulares das Secretarias, Subprefeituras, Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista do Município, no âmbito das respectivas competências, poderão celebrar

termos de cooperação com a iniciativa privada, visando à execução e manutenção de melhorias urbanas, ambientais e paisagísticas, bem como à conservação de áreas municipais, atendido o interesse público.

§ 1º. A celebração de termos de cooperação dependerá de prévia anuência da Subcomissão prevista no artigo 6º deste decreto.

§ 2º. Caberá aos órgãos e entes mencionados no "caput" deste artigo a instrução, análise, celebração, controle e fiscalização dos termos de cooperação que tenham por objeto bens públicos que se encontrem sob sua exclusiva administração, cujos procedimentos administrativos internos, fluxo dos pedidos protocolados e atribuições das unidades competentes poderão ser disciplinados por portaria específica expedida pelos respectivos titulares.

§ 3º. Caberão à São Paulo Urbanismo as competências previstas no § 2º deste artigo relativamente aos termos de cooperação que envolvam projetos, obras, serviços, ações e intervenções referentes aos bens tombados ou protegidos, privados ou públicos federais e estaduais, mencionados no artigo 2º deste decreto.

Art. 4º. Também dependerá de prévia anuência da Subcomissão prevista no artigo 6º deste decreto a celebração dos termos de doação de bens e serviços e de estabelecimento de parceria com a iniciativa privada, na hipótese de inserção do nome do doador, patrocinador, copatrocinador, conveniado, colaborador ou apoiador, de que trata o § 2º do artigo 2º do Decreto n. 40.384, de 3 de abril de 2001.

Art. 5º. Os termos de cooperação deverão atender os requisitos e normas estabelecidos neste decreto, tendo prazo máximo de validade de 3 (três) anos, contados da data de sua assinatura.

§ 1º. No caso de bens tombados ou protegidos, tanto públicos como privados, o prazo de validade dos respectivos termos de cooperação sujeita-se ao cronograma das obras de restauro ou conservação, observado o prazo máximo previsto no "caput" deste artigo.

§ 2º. Findo seu prazo de validade, os termos de cooperação não serão renovados automaticamente, devendo as novas propostas, inclusive a apresentada pelo atual ou pelo anterior cooperante, atender integralmente o disposto neste decreto.

§ 3º. Considera-se cooperante a pessoa física ou jurídica que celebra termo de cooperação com o Poder Público, desde que atendidas as disposições deste decreto.

Art. 6º. Para os fins deste decreto e considerando o disposto no artigo 35 da Lei n. 14.223, de 2006, fica mantida a Subcomissão instituída nos termos do artigo 4º do Decreto n. 50.077, de 6 de outubro de 2008, no âmbito da Comissão Permanente de Proteção à Paisagem Urbana – CPPU, composta por 3 (três) de seus membros, a qual terá as seguintes atribuições específicas:

I – opinar, fundamentadamente, sobre os bens públicos e privados referidos no artigo 2º deste decreto, que forem objeto de propostas de cooperação, e sobre propostas de doação de bens e serviços e de parcerias com a iniciativa privada de que trata o artigo 4º, atentando para suas características próprias e peculiaridades, bem como de seu entorno, ouvidos o Departamento do Patrimônio Histórico – DPH, da Secretaria Municipal de Cultura, e o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo – CONPRESP sempre que se tratar de bem tombado ou protegido;

II – analisar propostas e respectivas minutas de termos de cooperação envolvendo os bens públicos e privados referidos no artigo 2º deste decreto, assim como de doação de bens e serviços e de parcerias com a iniciativa privada de que trata o artigo 4º, aprovando a que melhor atender ao interesse público, de acordo com os critérios previstos no artigo 7º, ouvidos o DPH e o CONPRESP sempre que se tratar de bem tombado ou protegido;

III – manifestar-se sobre a possibilidade de cooperação, de doação de bens e serviços e de parceria com a iniciativa privada de que trata o artigo 4º, tendo por objeto bens públicos não especificados neste decreto, mediante proposta do titular do respectivo ente ou órgão público;

IV – estabelecer, na análise das propostas apresentadas e atentando para as características próprias e peculiaridades do bem e de seu entorno, regras diferenciadas para o tamanho, tipo e quantidade de placas informativas de cooperação, de doação de bens e serviços e

de parceria com a iniciativa privada de que trata o artigo 4º, mediante a devida justificativa técnica;

V – propor, analisar e deliberar sobre novas formas para as mensagens indicativas de cooperação;

VI – propor, analisar e deliberar sobre eventos de significativo interesse público, quando estiverem inseridos no âmbito de um termo de cooperação;

VII – solicitar, quando entender necessário, a manifestação da CPPU, bem como de outros órgãos ou entes.

§ 1º. A Subcomissão será integrada pelo representante da São Paulo Urbanismo na CPPU, que a coordenará, e por mais 2 (dois) membros indicados pelo Presidente daquele colegiado.

§ 2º. A proposta de termo de cooperação somente será submetida à autorização do Prefeito após a anuência da Subcomissão.

Art. 7º. Em consonância com o § 1º do artigo 50 da Lei n. 14.223, de 2006, deverão ser considerados, na análise das propostas de cooperação, de doação de bens e serviços e de parceria com a iniciativa privada de que trata o artigo 4º, os seguintes critérios, sem prejuízo de outros aspectos a serem também avaliados em cada caso:

I – o valor dos investimentos referentes aos serviços e/ou obras a serem promovidos pelo proponente;

II – proposta de redução da área de exposição permitida nas mensagens indicativas de cooperação.

Art. 8º. Incumbe aos titulares dos órgãos e entes referidos no "caput" do artigo 3º deste decreto elaborar e manter cadastro atualizado dos bens públicos sob sua administração e disponíveis para cooperação, contendo informações sobre seu estado de conservação, área ou extensão, equipamentos e mobiliários urbanos neles existentes, bem como sobre os serviços a serem prestados pelos cooperantes.

§ 1º. As informações constantes do cadastro referido no "caput" deste artigo serão publicadas, semestralmente, no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo na Internet e no Diário Oficial da Cidade de São Paulo.

§ 2º. A critério do titular do órgão público ou ente mencionado no "caput" deste artigo, a publicação da listagem de bens disponíveis para cooperação poderá ser acompanhada de chamamento para a apresentação de propostas de cooperação por eventuais interessados.

Art. 9º. Tanto no caso de pessoa física quanto no de pessoa jurídica, deverá ser apresentada carta de intenção indicando o bem público municipal objeto da proposta de cooperação, que poderá constar ou não do cadastro de bens públicos do ente ou órgão competente, previsto no artigo 8º.

§ 1º. Tratando-se de pessoa física, a carta de intenção deverá ser instruída com:

I – cópia do documento de identidade;

II – cópia da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF;

III – cópia de comprovante de residência;

IV – envelope lacrado, contendo a proposta de manutenção e/ou de realização das obras e/ou serviços, seus respectivos valores e a descrição das melhorias urbanas, paisagísticas e ambientais, devidamente instruída, se for o caso, com projetos, plantas, croquis, cronogramas e outros documentos pertinentes, bem como o período de vigência da cooperação.

§ 2º. Tratando-se de pessoa jurídica, a carta de intenção deverá ser instruída com:

I – cópia do registro comercial, certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado, ato constitutivo e alterações subsequentes ou decreto de autorização para funcionamento, conforme o caso;

II – cópia da inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ;

III – envelope lacrado, contendo a proposta de manutenção e/ou de realização das obras e/ou serviços, seus respectivos valores e a descrição das melhorias urbanas, paisagísticas e ambientais, devidamente instruída, se for o caso, com projetos, plantas, croquis e outros documentos pertinentes, bem como o período de vigência da cooperação.

Art. 10. A celebração dos termos de cooperação referentes a bens públicos municipais observará os seguintes procedimentos:

I – o interessado deverá apresentar sua carta de intenção, conforme disposto no artigo 9º, nos órgãos públicos ou entes mencionados no "caput" do artigo 3º, ambos deste decreto;

II – a carta de intenção, os documentos e o envelope lacrado contendo a descrição e o valor das obras ou serviços serão imediatamente autuados, sendo que o envelope permanecerá lacrado e acompanhará o processo, devendo a unidade de autuação rubricá-lo e certificar seu recebimento nos autos, encaminhando-o à unidade competente;

III – no prazo máximo de 7 (sete) dias, o ente ou órgão competente deverá expedir comunicado destinado a dar conhecimento público da carta de intenção, contendo o nome do proponente e o objeto da cooperação, a ser afixado na sede do órgão ou ente e publicado no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo na Internet e no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, abrindo-se o prazo de 3 (três) dias úteis, contados da data da referida publicação, para que outras pessoas possam manifestar seu interesse quanto ao mesmo objeto e atender os requisitos do artigo 9º deste decreto;

IV – decorrido o prazo estipulado no inciso III do "caput" deste artigo sem manifestação de outros interessados, o envelope será aberto e seu conteúdo juntado ao processo, analisando-se a viabilidade da proposta, consultados, sempre que necessário, os órgãos competentes;

V – se previamente aprovada a proposta, o processo, com a minuta prévia do termo de cooperação, será encaminhado pelo titular do ente ou órgão público competente à manifestação da Subcomissão prevista no artigo 6º deste decreto;

VI – caso obtenha a anuência da Subcomissão, o processo será encaminhado para autorização do Prefeito e, em seguida, para assinatura do termo de cooperação pelo titular do ente ou órgão público competente; em caso de rejeição, será determinado o arquivamento do processo;

VII – na hipótese de haver mais de um interessado na cooperação, deverá ser apresentada a mesma documentação

especificada no artigo 9º deste decreto; abertos os envelopes lacrados, será aprovada a proposta que melhor atender ao interesse público, de acordo com os critérios constantes do artigo 7º, mediante decisão fundamentada;

VIII – em caso de empate, a proposta será escolhida por meio de sorteio, a ser realizado em sessão pública, na sede do órgão ou ente, em data e horário previamente divulgados por publicação no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo na Internet e no Diário Oficial da Cidade de São Paulo;

IX – logo após a celebração, o termo de cooperação deverá ser publicado pelo ente ou órgão competente, na íntegra, no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data de sua assinatura, de conformidade com o artigo 50 da Lei n. 14.223, de 2006;

X – após a publicação, a Subcomissão deverá ser informada, pelo ente ou órgão competente, da celebração do termo de cooperação, com a exata localização, área, número de placas, valor de investimento e manutenção, para fins de georreferenciamento e posterior acompanhamento.

§ 1º. Quando as propostas de cooperação envolverem projetos urbanísticos, a critério da Subcomissão, poderá ser consultada a São Paulo Urbanismo, à qual, juntamente com os órgãos competentes, caberá definir o projeto a ser adotado, compatibilizando as propostas de acordo com o interesse público.

§ 2º. Os projetos de melhorias urbanas, ambientais e paisagísticas e as mensagens indicativas objeto de termos de cooperação deverão ser compatíveis com os demais elementos do mobiliário urbano.

§ 3º. As propostas de cooperação envolvendo bens tombados por lei municipal deverão ser aprovadas pelo Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo – CONPRESP e pelo Departamento do Patrimônio Histórico – DPH, da Secretaria Municipal de Cultura – SMC, de acordo com a Lei n° 10.032, de 27 de dezembro de 1985, com a redação conferida pela Lei n° 10.236, de 16 de dezembro de 1986; na hipótese de bens tombados por lei federal ou estadual, ou enquadrados

nas Zonas Especiais de Preservação Cultural – ZEPEC, as propostas de cooperação deverão ser aprovadas pelos órgãos competentes.

Art. 11. As propostas de termos de cooperação relativas aos bens tombados ou protegidos, tanto privados quanto públicos municipais, estaduais e federais, restringir-se-ão às hipóteses de conservação ou restauro do bem e correspondente instalação de tela de proteção ou de tapume, com a inserção de mensagem indicativa de cooperação que deverá respeitar a proporção máxima de:

I – 10% (dez por cento) da área total da tela de proteção em apenas uma das fachadas;

II – 10% (dez por cento) da área total dos tapumes.

Parágrafo único. Os percentuais previstos nos incisos I e II do "caput" deste artigo são percentuais máximos, mesmo na hipótese de mais de um cooperante patrocinador da obra, sendo estabelecidos pela Subcomissão, em consonância com o disposto no artigo 7º deste decreto.

Art. 12. Observadas as normas previstas no artigo 11 deste decreto, as propostas de termo de cooperação relativas aos bens tombados ou protegidos, privados ou públicos federais e estaduais, deverão ser apresentadas na São Paulo Urbanismo, devidamente instruídas com:

I – cópia do documento de identidade e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF de todos os proponentes (proprietário do bem e cooperantes patrocinadores); se qualquer dos interessados for pessoa jurídica, cópia do registro comercial, certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado, ato constitutivo e alterações subsequentes ou decreto de autorização para funcionamento, conforme o caso, e cópia da inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ ou, na hipótese de bem público de outras esferas, certidão do titular do órgão declarando poderes de administração do bem e cópia do diário oficial pertinente que comprove sua nomeação;

II – identificação do bem e cópia de documentos comprobatórios de sua propriedade, bem como projetos, plantas, croquis, desenhos, cronogramas físico e financeiro e outros documentos pertinentes, relativos tanto à obra, já com a devida aprovação dos órgãos de

proteção do patrimônio competentes, quanto à tela de proteção ou tapume;

III – a São Paulo Urbanismo verificará se os requisitos formais previstos nos incisos I e II deste artigo acham-se atendidos e, em caso afirmativo, encaminhará a proposta, acompanhada da respectiva minuta do termo de cooperação, ao DPH e ao CONPRESP, bem como à posterior análise da Subcomissão a que se refere o artigo 6º deste decreto;

IV – caso obtenha a anuência da Subcomissão, "ad referendum" da CPPU, o processo será encaminhado para autorização do Prefeito e, em seguida, para assinatura do termo de cooperação pelo titular da São Paulo Urbanismo; em caso de rejeição, será determinado o arquivamento do processo;

V – logo após a celebração, o termo de cooperação deverá ser publicado pela São Paulo Urbanismo, na íntegra, no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data de sua assinatura, de conformidade com o artigo 50 da Lei n. 14.223, de 2006;

VI – após a publicação, a Subcomissão deverá ser informada, pela São Paulo Urbanismo, da celebração do termo de cooperação, com a exata localização, área e número de placas, para fins de georreferenciamento e posterior acompanhamento.

Art. 13. Tratando-se de bem público municipal não cadastrado nos termos do artigo 8º deste decreto, o ente ou órgão público competente deverá efetuar o levantamento das informações sobre seu estado de conservação, área ou extensão, equipamentos e mobiliários urbanos nele existentes, no prazo de 10 (dez) dias contados da autuação da carta de intenção e previamente à expedição do comunicado destinado a dar conhecimento público da proposta.

Art. 14. Nos termos do disposto no § 1º do artigo 50 da Lei n. 14.223, de 2006, e no artigo 7º deste decreto, a colocação de mensagens indicativas de cooperação obedecerá aos seguintes parâmetros:

I – para os canteiros centrais e laterais de vias públicas com largura menor que 1,5m (um metro e cinquenta centímetros), será permitida a colocação de, no máximo, 1 (uma) placa indicativa

para cada 100m (cem metros) lineares de extensão, com dimensões máximas de 0,60m (sessenta centímetros) de largura por 0,40m (quarenta centímetros) de altura, afixada à altura máxima de 0,50m (cinquenta centímetros) do solo;

II – para praças e áreas verdes, com ou sem denominação oficial, e canteiros centrais e laterais de vias públicas com largura igual ou maior que 1,5m (um metro e cinquenta centímetros), será permitida a colocação de 1 (uma) placa com dimensões máximas de 0,60m (sessenta centímetros) de largura por 0,40m (quarenta centímetros) de altura, afixada à altura máxima de 0,50m (cinquenta centímetros) do solo, a cada 1.500m² (mil e quinhentos metros quadrados).

§ 1º. Quando o projeto incluir a implantação de projeto paisagístico que contenha vegetação arbórea significativa ou melhorias que foram objeto de análise e aprovação pela Subcomissão, será permitida a colocação de uma placa indicativa adicional, com dimensões máximas de 0,60m (sessenta centímetros) de largura por 0,40m (quarenta centímetros) de altura, afixada à altura máxima de 0,50m (cinquenta centímetros) do solo, dando-se prioridade a seu cooperante na análise das propostas de cooperação subsequentes para o mesmo local.

§ 2º. Em nenhuma hipótese, o número de placas indicativas de cooperação será superior a 10 (dez), em áreas de até 15.000m² (quinze mil metros quadrados).

§ 3º. Em áreas superiores a 15.000m² (quinze mil metros quadrados), os parâmetros serão definidos pela Subcomissão prevista no artigo 6º deste decreto.

§ 4º. Em nenhuma hipótese, as placas indicativas de cooperação serão luminosas.

§ 5º. Caso a geometria da área gere dúvidas sobre o número de placas indicativas permitidas, caberá à Subcomissão decidir.

Art. 15. As placas com mensagens indicativas de cooperação deverão conter as informações sobre o cooperante e os dados da cooperação celebrada com o Poder Público Municipal, na forma estabelecida pela Subcomissão.

Parágrafo único. São consideradas informações sobre o cooperante aquelas que o identifiquem, como o nome da empresa, razão social ou nome fantasia, constante do CNPJ, Junta Comercial ou contrato de franquia, sendo admitida a referência a seus produtos, serviços e endereço eletrônico, conforme modelo aprovado pela Subcomissão para o termo de cooperação.

Art. 16. Na análise das propostas apresentadas, considerando as características próprias e peculiares do bem público ou privado e de seu entorno, a Subcomissão prevista no artigo 6° deste decreto poderá estabelecer regras diferenciadas para o tamanho, tipo e quantidade de placas informativas de cooperação, mediante a devida justificativa técnica.

Art. 17. As propostas de termos de cooperação tendo por objeto bens não especificados neste decreto deverão ser submetidas à análise e anuência da Subcomissão prevista no artigo 6° deste decreto.

Art. 18. Os cooperantes serão os únicos responsáveis pela realização dos serviços descritos no termo de cooperação, bem como por quaisquer danos causados à Administração Pública Municipal e a terceiros.

Parágrafo único. Para a realização dos serviços, o ente ou órgão público competente exigirá, quando entender necessário, a presença de responsáveis técnicos devidamente inscritos no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA.

Art. 19. No caso de descumprimento do termo de cooperação, o cooperante será notificado para, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, comprovar a regularização dos serviços, sob pena de rescisão do termo de cooperação.

Art. 20. Encerrada a cooperação que envolva bem público municipal, as melhorias dela decorrentes passarão a integrar o patrimônio público municipal, sem qualquer direito de retenção ou indenização, devendo as placas ser retiradas no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas.

Parágrafo único. Encerrado o prazo previsto no “caput” deste artigo ou havendo rescisão, nos termos do artigo 19 deste decreto, as placas não retiradas serão consideradas anúncios irregularmente

instalados, ficando sujeitas às penalidades previstas na Lei n° 14.223, de 2006.

Art. 21. A rescisão do termo de cooperação poderá ser determinada por ato unilateral e escrito, devidamente justificado, do titular do ente ou órgão público competente, em razão do interesse público.

Art. 22. Incumbe aos titulares dos entes e órgãos públicos referidos no "caput" do artigo 3º deste decreto elaborar e manter cadastro atualizado dos termos de cooperação celebrados.

Parágrafo único. O cadastro de que trata o "caput" deste artigo deverá ser disponibilizado no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo na Internet, contendo as seguintes informações:

I – número do termo de cooperação;

II – órgão público ou ente municipal;

III – nome e demais dados de identificação do cooperante;

IV – objeto e escopo da cooperação;

V – número de placas indicativas da cooperação;

VI – data da publicação do termo de cooperação e respectivo prazo de vigência.

Art. 23. Ficam mantidos os termos de cooperação já firmados, bem como as propostas analisadas e aprovadas pelo Prefeito, sob a vigência dos Decretos n. 49.245, de 25 de fevereiro de 2008, e n. 50.077, de 6 de outubro de 2008.

Art. 24. O artigo 2º do Decreto n. 40.384, de 3 de abril de 2001, que dispõe sobre a doação de bens e serviços e o estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada, passa a vigorar acrescido de § 3º, com a seguinte redação:

"Art. 2º. .....

§ 3º. Na hipótese de que trata o § 2º deste artigo, a celebração dos termos de doação de bens e serviços e de estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada dependerá também de prévia anuência da Subcomissão prevista no artigo 6º do Decreto n. 52.062,

de 30 de dezembro de 2010, observado o disposto nos incisos I, II, III e IV do "caput" do referido dispositivo."

Art. 25. Os casos omissos serão analisados e deliberados pela Subcomissão prevista no artigo 6º deste decreto.

Art. 26. Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogado o Decreto n. 50.077, de 6 de outubro de 2008.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 30 de dezembro de 2010, 457º da fundação de São Paulo.

GILBERTO KASSAB, PREFEITO

LUIZ LAURENT BLOCH, Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano – Substituto

RONALDO SOUZA CAMARGO, Secretário Municipal de Coordenação das Subprefeituras

CARLOS AUGUSTO MACHADO CALIL, Secretário Municipal de Cultura

NELSON HERVEY COSTA, Secretário do Governo Municipal

Publicado na Secretaria do Governo Municipal, em 30 de dezembro de 2010.

Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos / cadlem/integra.asp?alt=31122010D%20520620000>. .Acesso em: 01 dez. 2016.

2) DECRETO N. 23.820 DE 21 DE MARÇO DE 2013 – MUNICÍPIO DE SALVADOR/BA

Institui o programa verde perto e dá outras providências.

O PREFEITO MUNICIPAL DO SALVADOR, CAPITAL DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto nos incisos XVII e XIX, do art. 71 da Lei Orgânica do Município do Salvador,

Considerando que os espaços e equipamentos públicos são indispensáveis para o bem estar, o lazer e a qualidade de vida da população dos centros urbanos;

Considerando que a construção, reforma e manutenção das áreas para adoção requer elevado dispêndio de recursos por parte da Prefeitura, nem sempre disponíveis, o que impossibilita que se atenda à demanda de obras e serviços que a Comunidade reclama;

Considerando que a união de esforços entre o Poder Público e a Sociedade Civil, através da iniciativa privada e grupos sociais organizados, é um dos caminhos para prover o Município de espaços e equipamentos públicos conservados e atrativos, contribuindo para o embelezamento da Cidade e para o uso de seus moradores. DECRETA:

Art. 1º Fica instituído o PROGRAMA VERDE PERTO com a finalidade precípua de promover a participação dos munícipes e entidades privadas – pessoa jurídica ou entidade do terceiro setor legalmente constituída, para, em parceria com o Poder Público Municipal, realizar construção, reforma e manutenção de espaços e equipamentos públicos.

Parágrafo Único – Está ainda compreendida no programa, a adoção de espaços e equipamentos públicos que integram o patrimônio do Município do Salvador, por pessoas físicas ou jurídicas, observadas as disposições deste Decreto.

Art. 2º Constituem-se objetivos do PROGRAMA VERDE PERTO:

I – Buscar a sustentabilidade do Município;

II – Melhorar a qualidade de vida dos habitantes;

III – Valorizar a paisagem urbana;

IV – Oferecer espaços diferenciados voltados ao lazer, ao bem estar e ao convívio social;

V – Incentivar o uso e ampliar a freqüência nesses espaços;

VI – Garantir espaços de lazer e esporte, que incentivem a melhoria das condições de saúde física e mental da população;

VII – Adequar e preservar os espaços públicos e equipamentos, com vistas ao incremento do turismo local;

VIII – Fomentar o engajamento social e a atuação conjunta com o Poder Público Municipal na execução das ações de construção, reforma e manutenção dos espaços e equipamentos públicos do Município;

IX – Adaptar os espaços e equipamentos públicos já existentes às normas de acessibilidade universal.

Art. 3º Caberá à Secretaria Cidade Sustentável – SECIS a coordenação geral do PROGRAMA VERDE PERTO.

Art. 4º Os projetos e obras de construção, reforma e manutenção de espaços e equipamentos públicos do Município, devem observar os seguintes requisitos.

I – as normas urbanísticas e ambientais;

II – as condições de acessibilidade universal;

II – o estímulo à ampliação de áreas verdes;

IV – observância de diretrizes técnicas para reforma e construção a partir de normas de sustentabilidade.

Parágrafo Único – Os projetos das intervenções a que se referem o caput deste artigo, serão elaborados preferencialmente pela Fundação Mário Leal Ferreira – FMLF, ou por terceiros após aprovação da mesma.

Art. 5º Fica criada Comissão Especial vinculada à Secretaria Cidade Sustentável – SECIS, constituída por um representante da Secretaria Cidade Sustentável – SECIS, um representante da Casa Civil, um representante da Secretaria Municipal de Urbanismo e Transporte – SEMUT, um representante da Secretaria Municipal da Infraestrutura e Defesa Civil – SINDEC, um representante da Fundação Mário Leal Ferreira – FMLF, um representante da Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município – SUCOM, um representante da Superintendência de Conservação e Obras Públicas do Salvador – SUCOP, um representante da Companhia de Desenvolvimento Urbano de Salvador – DESAL, com os respectivos suplentes, para, sob a presidência do primeiro, analisar, aprovando ou

não, as propostas das entidades interessadas, na forma do edital de chamamento público.

Parágrafo Único – No caso da adoção de espaços com natureza ou destinação específica, deverá a Comissão Especial consultar o órgão competente responsável pela gestão.

Art. 6º O Poder Público municipal, por intermédio da Secretaria Cidade Sustentável – SECIS, definirá e divulgará todos os equipamentos e espaços públicos disponíveis para adoção, após manifestação da Coordenadoria de Administração de Patrimônio, da Secretaria Municipal da Fazenda – CAP/SEFAZ.

Art. 7º O procedimento para a adoção de espaços e equipamentos públicos que integram o patrimônio do Município de Salvador, por pessoas físicas ou jurídicas, sem contrapartida, deverá observar os princípios que regem a Administração Pública, em especial os da impessoalidade, igualdade e da publicidade.

§ 1º O procedimento referido no caput deste artigo, iniciar-se-á com a publicação prévia, por três vezes consecutivas, do respectivo edital de chamamento público no Diário Oficial do Município e se ultimará com a assinatura do Termo de Adoção.

§ 2º Todos os espaços a serem adotados serão indicados nos Editais de Chamamento Público.

Art. 8º O Adotante deverá indicar os espaços e equipamentos públicos que pretende adotar e apresentar os seguintes documentos:

a) Pessoa jurídica:

I – Documentos de Identificação: ato constitutivo em vigor, devidamente registrado e CNPJ;

II – Certidões negativas de Tributos e Contribuições Federais e da Dívida Ativa da União (ambas solicitadas junto ao Ministério da Fazenda – Receita Federal e Procuradoria Geral da Fazenda, respectivamente) e do Município do Salvador.

b) Pessoa física:

I – Documentos de Identificação – Identidade e CPF;

II – Comprovação de endereço;

III – Certidões negativas de Tributos e Contribuições Federais e da Dívida Ativa da União (ambas solicitadas junto ao Ministério da Fazenda – Receita Federal e Procuradoria Geral da Fazenda, respectivamente), bem como da Fazenda Municipal.

Parágrafo Único – Poderá a pessoa interessada, física ou jurídica, adotar mais de uma área, ou consorciar-se para esses objetivos.

Art. 9º As pessoas físicas e entidades interessadas que tiverem sua proposta aprovada pela Comissão Especial assinarão com o Poder Público Municipal, por intermédio da Secretaria Cidade Sustentável – SECIS, Termo de Adoção, contemplando a identificação da área, responsabilidades e o prazo de vigência, assumindo todos os custos inerentes ao objeto adotado.

§ 1º As benfeitorias e acessões físicas realizadas na área, por força do Termo de Adoção, passam a integrar o patrimônio do Município, não gerando qualquer direito a ressarcimento pelas despesas realizadas ou indenizações de qualquer ordem.

§ 2º A área adotada permanecerá sob a fiscalização do Poder Público Municipal.

§ 3º A adoção não gera qualquer direito à exploração comercial/econômica e/ou publicitária no local.

Art. 10 Na hipótese de existir, para a mesma área, mais de um candidato à adoção e não houver possibilidade de adoção conjunta, de forma a compatibilizar interesses, será escolhido aquele que, em novo prazo fixado, oferecer projeto que contemple mais vantagens ao objeto adotado, conforme se dispuser no Edital de Chamamento.

Art. 11 Ao adotante, de acordo com a legislação em vigor e critérios a serem definidos no Termo de Adoção, será autorizada a instalação de placa alusiva à sua cooperação, sem ônus para o Poder Público, vedada mensagem publicitária de qualquer natureza.

§ 1º As especificações técnicas da placa serão definidas no Termo de Adoção.

§ 2º Fica vedada a instalação de publicidade nas áreas adotadas, salvo àquelas, anteriormente contratadas pelo Município.

Art. 12 O adotante não poderá impedir o uso do espaço ou equipamento público pelos munícipes em geral.

Art. 13 O adotante receberá do Município o título de Bem-te-vi, que será disciplinado pela Comissão Especial mencionada no art. 5º deste Decreto.

Art. 14 Caberá à Secretaria Municipal da Infraestrutura e Defesa Civil – SINDEC, por intermédio da Superintendência de Conservação de Obras Públicas – SUCOP, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das normas técnicas referentes a manutenção e conservação dos espaços/equipamentos adotados.

Art. 15 Caberá a Secretaria Municipal de Urbanismo e Transporte – SEMUT, através da Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município – SUCOM, o licenciamento e fiscalização das execuções das obras realizadas pelo adotante.

Art. 16 Ficam revogados os Decretos ns. 16.332/2006 e 19.852/2009.

Art. 17 Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

GABINETE DO PREFEITO MUNICIPAL DE SALVADOR,
em 21 de março de 2013.

ANTONIO CARLOS PEIXOTO DE MAGALHÃES NETO
Prefeito
JOÃO INÁCIO RIBEIRO ROMA NETO
Chefe de Gabinete do Prefeito
ALBÉRICO MACHADO MASCARENHAS
Chefe da Casa Civil
JOSÉ CARLOS ALELUIA COSTA
Secretaria Municipal de Urbanismo e Transporte
PAULO SÉRGIO DE NORONHA FONTANA
Secretário Municipal da Infraestrutura e Defesa Civil
IVANILSON GOMES DOS SANTOS
Secretário Cidade Sustentável

Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a2/ba/s/salvador/decreto/2013/2408/ 24075/decreto-n-24075-2013-institui-o-programa-de-adocao-de-equipamentos-culturais-e-turisticos-e-da-outras-providencias?q=24075>. .Acesso em: 01 dez. 2016.

3) DECRETO N. 24.075 DE 23 DE JULHO DE 2013 do MUNICÍPIO DE SALVADOR.

Institui o Programa de Adoção de equipamentos culturas e turísticos e dá outras previdências.

O PREFEITO MUNICIPAL DO SALVADOR, CAPITAL DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto nos incisos XVII e XIX, do art. 71 da Lei Orgânica do Município do Salvador,

Considerando que Salvador é conhecida como a "Capital cultural do país";

Considerando a importância do fortalecimento da identidade cultural que engloba necessariamente a questão do patrimônio, funcionando como elemento fortalecedor da identificação com a comunidade, cultura e tradição, e que permitem ao mesmo tempo realizar o elo entre passado e presente e agir como instrumento de coesão e sentimento de pertença e continuidade histórica;

Considerando a necessidade de desenvolvimento do turismo sociocultural na Cidade, resgatando seus potenciais atrativos turísticos e sua expressiva riqueza cultural, contribuindo para a valorização da cultura local e, ao mesmo tempo, apresentando-se como uma nova alternativa de geração de emprego e renda para os munícipes;

Considerando que recuperação e manutenção dos equipamentos culturais e turísticos requer elevado dispêndio de recursos por parte da Prefeitura, nem sempre disponíveis, DECRETA:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Adoção de Equipamentos Culturais e Turísticos com a finalidade de promover a participação de entidades privadas para, em parceria com o Poder Público Municipal, realizar a recuperação e a manutenção de equipamentos culturais e turísticos de Salvador.

Art. 2º Constituem-se objetivos do Programa de Adoção de Equipamentos culturais e turísticos:

I – valorização do patrimônio histórico e arquitetônico;

II – resgatar o convívio social e a cultura local;

III – promover condições efetivas para a manutenção dos bens e valores culturais de forma contínua e eficaz;

IV – redefinir a função dos equipamentos culturais e turísticos em relação à Cidade e em relação aos seus munícipes;

V – incentivar o uso e ampliar a frequência nesses espaços;

VI – estimular a atividade cultural e turística;

VII – fomentar o uso econômico, cultural e social.

Parágrafo Único – A coordenação geral do Programa de Adoção de equipamentos culturais e turísticos será exercida pela Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Turismo e Cultura – SEDES.

Art. 3º Os projetos e obras de recuperação e manutenção dos equipamentos culturais e turísticos do Município devem atender aos seguintes requisitos:

I – as normas urbanísticas, ambientais, de segurança e higiene do trabalho;

II – as condições de acessibilidade universal;

III – observância de diretrizes técnicas para reforma e construção.

Parágrafo Único – Os projetos das intervenções a que se refere o caput deste artigo serão elaborados preferencialmente pela Fundação Mário Leal Ferreira – FMLF ou por terceiros após aprovação da mesma.

Art. 4º Fica criada uma Comissão Especial, vinculada à Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Turismo e Cultura – SEDES com a finalidade de analisar, aprovando ou não, as propostas das entidades interessadas, apresentadas na forma do edital de

chamamento público, constituída por representantes, titular e suplente, dos seguintes órgãos e entidades municipais:

I – um da Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Turismo e Cultura – SEDES, que a presidirá;

II – um da Casa Civil;

III – um da Fundação Gregório de Mattos – FGM;

IV – um da Fundação Mário Leal Ferreira – FMLF;

V – um da Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município – SUCOM;

VI – um representante da Superintendência de Conservação e Obras Públicas do Salvador – SUCOP.

Art. 5º O Poder Público municipal, por intermédio da Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Turismo e Cultura – SEDES, definirá e divulgará todos os equipamentos culturais e turísticos disponíveis para adoção.

§ 1º O procedimento para a adoção referida no caput deste artigo, terá início com a publicação prévia, por três vezes consecutivas, do respectivo edital de chamamento público no Diário Oficial do Município e se ultimará com a assinatura do Termo de Adoção.

§ 2º Todos os equipamentos culturais e turísticos a serem adotados serão indicados nos Editais de Chamamento Público.

Art. 6º A pessoa jurídica interessada deverá indicar os equipamentos que pretende adotar e apresentar os seguintes documentos:

I – Documentos de Identificação: ato constitutivo em vigor, devidamente registrado e CNPJ;

II – Certidões negativas de Tributos e Contribuições Federais e da Dívida Ativa da União (ambas solicitadas junto ao Ministério da Fazenda – Receita Federal e Procuradoria Geral da Fazenda, respectivamente) e do Município do Salvador.

Parágrafo Único – Poderá o interessado adotar mais de um equipamento, parte dele ou consorcia-se na adoção.

Art. 7º As entidade interessadas, que tiverem suas propostas aprovadas pela Comissão Especial, assinarão com o Poder Público Municipal, por intermédio da Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Turismo e Cultura – SEDES, Termo de Adoção, contemplando a identificação da área, responsabilidades e o prazo de vigência, assumindo todos os custos inerentes ao objeto adotado.

§ 1º As benfeitorias e acessões físicas realizadas na área e nos equipamentos, por força do Termo de Adoção, passam a integrar o patrimônio do Município, não gerando qualquer direito a ressarcimento pelas despesas realizadas ou indenizações de qualquer ordem.

§ 2º Na hipótese em que equipamentos pertencentes a outros entes sejam contemplados por este Decreto, em decorrência de termo de cessão, permissão ou autorização de uso, as benfeitorias e acessões físicas realizadas em suas respectivas áreas, passam a integrar o patrimônio do titular de origem.

§ 3º A área adotada permanecerá sob a fiscalização do Poder Público Municipal.

Art. 8º Na hipótese de existir, para a mesma área, mais de um candidato à adoção e não houver possibilidade de adoção conjunta, de forma a compatibilizar interesses, será escolhido àquele que, em novo prazo fixado, oferecer projeto que contemple mais vantagens ao objeto adotado, conforme se dispuser no Edital de Chamamento.

Art. 9º Ao adotante, de acordo com a legislação em vigor e critérios a serem definidos no Termo de Adoção, será autorizada a instalação de placa alusiva à sua cooperação, sem ônus para o Poder Público, vedado mensagem publicitária de qualquer natureza.

Parágrafo Único – As especificações técnicas da placa serão definidas no Termo de Adoção.

Art. 10 O adotante receberá do Município o selo de Reconhecimento Sociocultural, que será conferido pela Comissão Especial mencionada no art. 5º deste Decreto.

Art. 11 Caberá à Secretaria Municipal da Infraestrutura e Defesa Civil – SINDEC, por intermédio da Superintendência de Conservação de Obras Públicas – SUCOP, acompanhar e fiscalizar

o cumprimento das normas técnicas referentes à manutenção e conservação dos espaços/equipamentos adotados.

Art. 12 Caberá a Secretaria Municipal de Urbanismo e Transporte – SEMUT, através da Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município – SUCOM, o licenciamento e fiscalização das execuções das obras realizadas pelo adotante.

Art. 13 Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

GABINETE DO PREFEITO MUNICIPAL DE SALVADOR, em 23 de julho de 2013.
ANTONIO CARLOS PEIXOTO DE MAGALHÃES NETO
Prefeito
JOÃO INÁCIO RIBEIRO ROMA NETO
Chefe de Gabinete do Prefeito
ALBÉRICO MACHADO MASCARENHAS
Chefe da Casa Civil
GUILHERME CORTIZO BELLINTANI
Secretário Municipal do Desenvolvimento, Turismo e Cultura

Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2013/2382/23820/ decreto-n-23820-2013-institui-o-programa-verde-perto-e-da-outras-providencias?q= 23820>. .Acesso em: 1º dez. 2016.