

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Escola De Direito, Turismo e Museologia

Departamento de Direito

Carolina Belisário d'Araujo Couto

**PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE:
contributo para o estudo da participação administrativa procedimental com a finalidade
de otimizar a fase de planejamento das contratações públicas**

Ouro Preto

2019

Carolina Belisário d'Araújo Couto

**PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE:
contributo para o estudo da participação administrativa procedimental com a finalidade
de otimizar a fase de planejamento das contratações públicas**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Federico Nunes de Matos.

Área de Concentração: Direito Administrativo.

Ouro Preto

2019



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Carolina Belisário d'Araujo Couto

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE:

contributo para o estudo da participação administrativa procedimental com a finalidade de otimizar a fase de planejamento das contratações públicas

Membros da banca

Federico Nunes de Matos - Doutor - UFOP
André de Abreu Costa - Doutor - UFOP
Bárbara Cândido de Carvalho - Mestranda - UFOP

Versão final
Aprovado em 12 de dezembro de 2019

De acordo

Professor (a) Orientador (a) Federico Nunes de Matos



Documento assinado eletronicamente por **Federico Nunes de Matos, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 16/12/2019, às 14:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0028365** e o código CRC **7B838553**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.203998/2019-16

SEI nº 0028365

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

AGRADECIMENTOS

A jornada é longa, mas felizmente pude contar com o apoio de muitas pessoas especiais.

Primeiramente, agradeço à minha família, em especial à minha mãe Kátia, por ser o alicerce de tudo e a fonte do amor mais puro.

Ao meu orientador, Dr. Federico Nunes Matos, pela dedicação ao nobre ato de ensinar.

Ao Matheus, pela companhia eterna e pelo exemplo de foco e motivação.

Aos amigos e colegas com quem convivi durante estes anos pelo apoio, força e cumplicidade, que tornaram esta caminhada mais leve.

*Compreendi, então, que a vida não é uma sonata que, para realizar a sua beleza,
tem de ser tocada até o fim.
Dei-me conta, ao contrário, de que a vida é um álbum de mini-sonatas.
Cada momento de beleza vivido e amado, por efêmero que seja, é uma experiência
completa que está destinada à eternidade [...] (ALVES, 1998).*

RESUMO

O presente trabalho objetiva compreender o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) com a finalidade de apontar os possíveis riscos para o interesse público. Identificada a problemática da deficiência de planejamento na fase interna das contratações públicas, o PMI figura como alternativa viável para aumentar a qualidade das informações disponíveis na tomada das decisões administrativas. Por meio de estudos, projetos, levantamentos e investigações, os particulares podem sugerir e propor ideias nos estágios preparatórios das concessões, contribuindo para viabilizar a participação administrativa e efetivar a atuação dialógica da administração pública com os administrados, exigência inafastável ao Estado Democrático de Direito. Com base na elaboração de projetos de infraestrutura e de estudos ambientais, jurídico, orçamentários e de engenharia, pode-se entrever a viabilidade de possível licitação, sem, contudo, onerar excessivamente os cofres públicos no que tange à contratação de especialistas técnicos. Em que pese as vantagens do procedimento, é preciso advertir, no entanto, para a questão do exagero participativo, sob a qual a participação, pelo viés da assimetria de informações, impede o desenvolvimento da atividade administrativa eficiente e fornece contexto capaz de ferir o princípio democrático pelo qual outrora se legitimou. Neste cenário, com a finalidade de mitigar os riscos da captura do interesse público, urge propor alternativas em relação à disciplina legal deste procedimento, fornecendo modelagem contratual pautada em parâmetros de transparência, isonomia e controle, em sintonia com os princípios constitucionais norteadores da atuação estatal.

Palavras-chave: Procedimento de Manifestação de Interesse. Participação Administrativa. Administração Pública.

ABSTRACT

This paper aims to understand the Expression of Interest Procedure (PMI) in order to point out the possible risks to the public interest. Identifying the problem of planning deficiency in the internal phase of public hiring, the PMI is an innovative alternative to increase the quality of information available in making administrative decisions. Through studies, projects, surveys and investigations, individuals can suggest and propose ideas in the preparatory stages of the concessions, contributing to enable the administrative participation and effect the dialogical action of the public administration with the administrated ones, inseparable demand to the Democratic Rule of Law. Based on the elaboration of infrastructure projects and environmental, legal, budgetary and engineering studies, the feasibility of a possible bid can be glimpsed, without, however, placing excessive burdens on the public coffers regarding the hiring of technical specialists. In spite of the innovations and advantages of the procedure, however, it is necessary to warn about the issue of participatory exaggeration, under which participation, due to information asymmetry, impedes the development of efficient administrative activity and provides a context that can hurt the democratic principle by which it was once legitimized. In this context, it is urgent to propose alternatives in relation to the legal discipline of this procedure, providing contractual modeling based on transparency, isonomy and control parameters, in line with the constitutional principles that guide state action, in order to mitigate the risks of capturing the public interest.

Keywords: Expression of Interest Procedure. Administrative Participation. Public administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
Art.	Artigo
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Social
CNI	Confederação Nacional da Indústria
MIP	Manifestação de Interesse Privado
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PPP	Parceria Público Privada
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 REVISÃO TEÓRICA: CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA.....	11
2.1 Das transformações do Estado e do Direito Administrativo	11
2.2 Do estudo do direito econômico.....	15
2.3 Da participação administrativa procedimental	17
3 A ETAPA PREPARATÓRIA DO PROCESSO LICITATÓRIO	20
3.1 Da necessidade de planejamento	20
3.2 A fase preparatória das licitações nas Concessões e nas PPP's.....	21
3.3 O que é Procedimento de Manifestação de Interesse	24
3.4 A previsão legal do procedimento no ordenamento	26
3.4.1 <i>Regulamentação no âmbito federal</i>	26
3.4.2 <i>Regulamentação no âmbito estadual e municipal</i>	30
4 O RISCO AO INTERESSE PÚBLICO	32
4.1 O risco da captura do interesse público nas interações público-privadas	32
4.2 O risco da captura do interesse público pela assimetria de informações	33
4.3 A assimetria de informações e o Procedimento de Manifestação de Interesse	35
4.4 O risco de diminuição da competitividade nas licitações públicas.....	36
4.5 O risco da desconfiança no Poder Público e da apropriação indevida dos estudos ...	37
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo parte de perspectiva dialética que busca observar os interesses públicos e privados sob a ótica da consensualidade. A partir da noção de que os empreendimentos públicos carecem de profundidade de informações na fase de planejamento das licitações, o objetivo é compreender e analisar o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), instrumento regulamentado pelo Decreto n.º 8.428/2015 (BRASIL, 2015), a fim de propor alternativas para o aprimoramento e otimização da fase preparatória das concessões comuns, patrocinadas e administrativas.

Neste sentido, a problemática central deste trabalho se estabelece a partir da falta de planejamento das contratações públicas, que oneram excessivamente os cofres públicos e impedem que a relação público-privada produza bons resultados. Sob a ótica da participação administrativa procedimental e da possibilidade de aproveitamento dos estudos técnicos elaborados pelos particulares interessados, questiona-se se o PMI figuraria como alternativa viável para evitar a descontinuidade e insucesso muitas vezes verificados em obras e serviços públicos.

A pesquisa versará sua atuação por meio de observação direta do objeto, a partir da análise de doutrina, livros, artigos periódicos, dissertações e teses. Trata-se de abordagem metodológica exploratória e bibliográfica a fim de auferir os seguintes objetivos específicos: a) o apontamento sobre a viabilidade de o PMI ser encarado como instrumento de atuação democrática; b) a compreensão dos dispositivos legais, principalmente de âmbito federal, mas também estaduais e municipais, que façam referência ao PMI; c) o apontamento sobre a viabilidade de o PMI ser utilizado como instrumento para manter a transparência, o planejamento e o controle da Administração Pública; d) a identificação dos riscos prováveis de seu uso; e) a formulação de propostas para mitigar os possíveis riscos encontrados.

Ainda, serão analisadas perspectivas multidisciplinares acerca do objeto a ser analisado. Neste trabalho serão tratados alguns conceitos básicos de economia, história e sociologia. Com o intuito de apontar o caráter inovador do procedimento, o capítulo 2, “Revisão teórica: contextualização do tema”, abordará as transformações da atuação estatal ao longo dos séculos até a consolidação do paradigma Estado Regulador. Serão descritas as exigências deste novo modelo de Estado e seu papel de fomentar, fiscalizar e planejar a economia. Ainda, serão assinaladas algumas das diretrizes da Análise Econômica do Direito, a fim de sistematizar o dever do Estado e de suas instituições, bem como de suas atuações enquanto influenciadores diretos da economia.

Para a análise de como se estrutura o PMI na ordem jurídica brasileira, serão observados os elementos estritamente jurídicos por meio de interpretação teleológica dos dispositivos. No capítulo 3, “A etapa preparatória do processo licitatório”, serão descritos os pressupostos necessários ao procedimento, objetivando-se encontrar, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, padrões e diferenciações existentes nas regulamentações federais, estaduais e municipais acerca da temática;

Em relação aos riscos derivados da atuação participativa, o capítulo 4, “O risco ao interesse público” abordará os desafios exigidos na prática da Administração Consensual no que tange ao PMI. Serão analisados, em síntese, o risco da captura por meio da assimetria de informações, o risco da diminuição da competitividade nas licitações e o risco da apropriação indevida dos estudos realizados pelos particulares. Ademais, pretende-se promover contributo ao estudo dos riscos, com o intuito de mitigá-los.

Por fim, serão apresentadas as considerações a fim de apontar a viabilidade do emprego do PMI enquanto instrumento otimizador da fase de planejamento das concessões e das parcerias público-privadas, levando em consideração o contexto teórico ora apresentado.

2 REVISÃO TEÓRICA: CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

2.1 Das transformações do Estado e do Direito Administrativo

É fato notório que o Estado, tal como conhecemos, assumiu diferentes formas e funções, de acordo com o contexto econômico e político instaurado. Ora prosperou a função do Estado Liberal em oposição ao Estado Absolutista arcaico, ora prosperou o Estado Social em oposição ao Estado Liberal desigual.

Certamente, os modelos existentes vigoraram em virtude da relação dialética entre Estado e sociedade. Ao encontrar a problemática do modelo anterior, buscou-se no novo modelo alternativa capaz de promover a ruptura daquilo que se buscava superar. No modelo de Estado Liberal, Resende (2003, p. 22) explica que o papel do Direito Administrativo se cingia a garantir a liberdade do indivíduo por meio de mínimas interferências. Na visão da autora, a separação entre as esferas públicas e privadas, nesta época, era bem delimitada, sendo a esfera privada fundada na livre iniciativa e a esfera pública condensada em relações de autoridade e coerção, exigidas para garantir a centralidade e o poder do Estado (RESENDE, 2003, p. 23).

No modelo do Estado Social, por outro lado, emergiu a necessidade de corrigir a desigualdade advinda das falhas de mercado. Apesar do êxito no enfrentamento do paradigma anterior, Resende (2015, p. 26) argumenta que a gama de funções desempenhadas pelo Estado durante este período gerou a expansão da máquina administrativa, não vindo, entretanto, acompanhada da efetiva realização das demandas sociais. A autora (RESENDE, 2015, p. 25) aponta ainda para certa ingerência do direito público no âmbito do direito privado, incorrendo, como afirma Estorninho (1999, p. 340), na publicização da vida privada.

O Estado Regulador surge também nesta dicotomia e visa corrigir as distorções do Estado Social. Schiefler (2013, p. 69) observa que, atualmente, o Estado se preocupa em materializar, de forma eficiente, o atendimento das necessidades dos indivíduos por meio de interferências pontuais, com o objetivo de efetivar direitos. Sendo assim, para delimitar as funções desse novo modelo de Estado, a Constituição de 1988, em seu artigo 174, discriminou os seus valores institucionais: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988).

Extraí-se do ordenamento pátrio a necessidade de que o Estado se imbua de ferramentas capazes de viabilizar o atendimento ao interesse público por meio da atividade econômica e da prestação de serviços públicos. Nesta direção, ainda que o Estado Regulador não atue

diretamente nas relações econômicas, deve agir de forma a planejar, incentivar e fiscalizar as atividades delegadas à iniciativa privada.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (1995) elenca objetivos que devem ser perseguidos pela Regulação Econômica e, dentre eles, inclui-se a promoção de inovações por meio de incentivos de mercado. Neste sentido, para garantir o equilíbrio econômico financeiro, faz-se necessário que o Estado reúna rede de incentivos capaz de promover a segurança para a delegação de algumas de suas atividades.

De outro lado, ocorre que as multifacetadas responsabilidades do Estado Regulador não permitem que os projetos e decisões sejam propostos apenas unilateralmente, haja vista a necessidade recorrente de consultar especialistas de vários setores do conhecimento. Nesta perspectiva, ante a inevitabilidade da colaboração na preparação e organização de projetos que atendam o interesse público, surge a necessidade de delegar funções que exijam conhecimento especializado, fato que pode impulsionar, inclusive, a expansão do caráter participativo da atuação estatal.

Resende (2015, p. 26) argumenta que, no Estado Social, a ingerência da vida pública advinda do alargamento das funções administrativas não foi acompanhada da ampliação da participação nas decisões estatais. Neste viés, o Estado Regulador propõe a correção das falhas de participação dos paradigmas anteriores, sobretudo na fase de planejamento, que por sua vez, se mostra a mais conveniente para a abertura ao diálogo.

A autora adverte que a tomada de decisão unilateral pela Administração traz, entre outros problemas, o desconhecimento da realidade comercial e a falta ou inexistência de capacitação técnica necessária para a tomada de decisão que exige o equilíbrio de inúmeras variáveis (RESENDE, 2015, p. 59). Ao não consultar os especialistas, a Administração assume o risco de ter que suportar o encarecimento excessivo das contratações e, por conseguinte, elevar as tarifas cobradas dos usuários de serviços públicos. De outro modo, ao promover a abertura excessiva à participação com a finalidade de impulsionar o desenvolvimento das atividades econômicas, assume-se o risco da captura econômica pelos entes regulados.

Ante o exposto, apesar de o Estado Regulador ter surgido em face da dialética resultante dos paradigmas anteriores, necessário reconhecer também as imperfeições e deficiências desse novo modelo estatal, bem como estudar ferramentas que o capacitem a enfrentar os desafios da contemporaneidade. Como destaca Luiz Alberto da Silva:

O Estado Regulador pode ser concebido como uma fusão conceitual entre os dois tipos de Estados anteriores, o Liberal e o Social: liberal na medida em que diversas atribuições de índole econômica antes desempenhadas pela esfera estatal foram

passadas para a atividade privada; social na medida em que o objetivo de bem-estar social perseguido pelo Estado Social continua presente no Estado Regulador. Resta, no momento, estudar as suas deficiências e propor a correção de rumos a fim de que o Estado Regulador possa aperfeiçoar-se na direção de atender o interesse público em sua atuação. **Uma das maiores deficiências que a doutrina já identificou no Estado Regulador é aquele que se refere ao risco de sua captura pelos entes regulados.** (SILVA, 2017, p. 44, grifo nosso).

É neste contexto que se analisará a viabilidade do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), etapa preparatória do planejamento das licitações públicas, bem como se aprofundará as noções relativas às suas vantagens, riscos e desafios, mormente no que diz respeito à neutralização de fatores capazes de promover a captura do interesse público. Para tanto, necessário perpassar também pelas transformações do direito administrativo.

Baptista (2003, p. 10) assevera que, em que pese o Direito Administrativo ter surgido como ramo do direito público, buscou-se desde muito cedo fórmulas tradicionais do direito privado que ensejassem a regulação das relações jurídicas administrativas, a fim de explorar meios para que a Administração figurasse em posições desprovidas de seu poder de império.

Com o desenvolvimento do Estado Social, na segunda metade do século XX, a Administração passou a adentrar em domínios que, antes, no Estado Liberal, não ousava intervir, sobretudo no que se refere ao exercício de atividades econômicas. Anos depois, com a crise do Estado Social, a autora (BAPTISTA, 2003, p. 11) observa que em vez de insurgir o retorno da Administração ao âmbito do direito essencialmente público, aumentou-se o fenômeno batizado pela doutrina como “fuga para o direito privado”¹, insurgindo formas de realização de atividades públicas por pessoas privadas, por meio de privatizações e parcerias das mais diversas naturezas”.

Em seu livro “*Transformações do Direito Administrativo*”, Baptista (2003) chega a duas conclusões acerca desse embate público-privado. A primeira é a inevitabilidade de certa diversidade de regimes dentro do próprio Direito Administrativo. Matos (2015, p. 215) adverte, todavia, que em meio a esta diversidade, é preciso impor limites na divisão entre o direito público e o direito privado para que sejam reconhecidas as peculiaridades próprias da atuação estatal. De acordo com a teoria da atribuição, para esta separação ser bem-sucedida, é necessário fazer o raciocínio de qual sujeito, potencialmente, a norma jurídica se dirige (*apud* WOLF, 2015, p. 215). Para Matos, a referida teoria é a que melhor representa este exercício:

¹ A expressão “fuga para o direito privado”, elaborada originalmente por Fritz Fleiner (1928), é usada para caracterizar “[...] situações nas quais a Administração Pública adota as formas de organização e/ou as formas de atuação jurídico-privadas, para com isso se furtar ao regime público a que normalmente está sujeita”. (ESTORNINHO, 1999, p. 17).

Entre as concepções teóricas que buscaram explicar a separação entre o direito público e o privado, a teoria da atribuição é a que fornece o critério mais adequado para explicar a atuação administrativa sob regime de direito privado, ao admitir que a administração pública possa ser submetida às mesmas normas que disciplinam o comportamento dos demais sujeitos de direito, sem que isso represente o afastamento da sua finalidade precípua — a consecução do interesse público. (MATOS, 2015, p. 215).

Em resumo, o entendimento é de que a atuação estatal sob o regime de direito privado pode e deve existir, contanto que sua separação seja bem delimitada, afastando-se a possibilidade de confusão dos encargos exigidos pelo Estado. Desta forma, o Direito Administrativo figura como direito especial, não obstante, porém, que siga as normas que disciplinam o comportamento dos demais sujeitos de direito, tutelados por normas que se dirigem às pessoas privadas.

Cumprido pontuar, neste sentido, que mesmo sob o regime do direito privado, a Administração não se equipara às pessoas privadas, reconhecendo-se, inequivocamente, a vinculação permanente aos direitos fundamentais. No entanto, ante a problemática de fluidez das relações sociais e jurídicas, necessária a assimilação de métodos institucionais que dizem respeito ao aperfeiçoamento do controle, o aumento da eficiência e a difusão de procedimentos participativos, capazes de legitimar as decisões dos entes públicos e possibilitar a transparência das interações.

A segunda conclusão de Baptista (2003, p. 16-17) é a constatação de que o Direito Administrativo se encontra desatualizado frente às novas formas de execução das atividades públicas advindas do Estado Social e que continuaram a surgir no âmbito do Estado Pós-Social. Tornou-se consenso o fato de que hoje não é possível conceber função unilateral à Administração. Ao revés, o que se nota é a multilateralidade das funções desempenhadas. O desafio, então, se compreende na busca de informações úteis para o gerenciamento e planejamento da vida pública e na abertura aos procedimentos participativos, tendo como principal prioridade a realização do interesse público.

Reconhecida as transformações do Direito Administrativo e a dicotomia entre direito público e privado, observa-se que o estudo deste fenômeno se orienta pela necessidade de aprimoramento da relação público-privada, que sabemos ser complexa. Busca-se, em suma, estudar os encargos e desafios atuais, principalmente no que se refere aos procedimentos participativos, bem como delimitar as ferramentas úteis para neutralizar os riscos envolvidos e capacitar a Administração para resgatar o seu poder de domínio, sem, contudo, enfraquecer o caráter democrático-participativo.

Nesta linha de raciocínio é que o presente estudo busca-se ater, haja vista a necessidade cada vez maior de capacitar a Administração para realizar, incentivar, planejar e fiscalizar esferas da vida pública cada vez mais difusas, como é o caso da atividade econômica.

2.2 Do estudo do direito econômico

Dentre os direitos especiais estudados, Baptista (2003, p. 25) analisa a disciplina típica da nova feição do Estado contemporâneo regulador e fomentador da economia: o direito econômico. Este ramo figura-se como a fusão da economia com o direito e tem por objetivo capacitar os operadores do Direito a ponderarem suas posições, levando em consideração a repercussão de suas decisões na economia.

A obra “*Análise Econômica do Direito*” de Richard Posner (1972 *apud* SILVA, 2018, p. 41), jurista e economista norte-americano, explora a temática das repercussões das decisões judiciais na economia e aborda as ferramentas disponíveis ao Direito capazes de interferir positiva ou negativamente na eficiência do mercado, na oferta de bens públicos e na alocação de recursos. Segundo Posner (1972), o Direito deve ser analisado do ponto de vista da sua eficácia prática e não somente sob o prisma de seus princípios isoladamente, sem nenhuma interação com o mundo econômico.

Nota-se, desta forma, que as ciências econômicas passaram a estudar nos últimos anos, mais profundamente, “[...] a atividade produtiva não somente sob o aspecto do preço, mas considerando a alocação de recursos conforme as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos” (CAMINHA; LIMA, 2014). À lume desta conjuntura, é preciso fazer o movimento contrário a fim de estudar a atividade jurídica não somente sob o aspecto das leis e princípios, mas considerando seu impacto na atividade econômica.

Alguns conceitos são necessários para a exploração desta intersecção. Inicialmente, cumpre conceituar os custos de transação. Sabe-se que toda transação ou relação contratual possui custo capaz de condicionar as escolhas das partes envolvidas. Para a ciência econômica, os custos de transação correspondem à indicação das despesas materiais, do tempo e da energia necessários a conseguir acordo sobre determinado direito. Em outras palavras, como observa Giuseppe Bellantuono (2005), os custos “[...] compreendem todos os obstáculos que as partes devem enfrentar quando buscam estabelecer relações negociais no mercado” (BELLANTUONO, 2005 *apud* CAMINHA; LIMA, 2014).

Na esteira da teoria econômica do contrato, o conceito de custos de transação está relacionado aos custos de redação do clausulado, aos custos de disciplina contratual e às contingências imprevistas, estando, ainda, condicionado as assimetrias e insuficiências advindas da ignorância racional, as diferenças de poder negocial ou de mercado (ARAÚJO, 2007 *apud* CAMINHA; LIMA, 2014). Neste estudo, iremos nos ater aos riscos da assimetria informacional em contratos de concessões e parcerias público-privadas, capazes de desvirtuar as decisões dos administradores, redirecionando-as para seus próprios interesses.

No que diz respeito à assimetria informacional, a análise econômica do direito (AED) prevê que “As assimetrias informacionais impactam na formação da vontade negocial. A quantidade de dados disponíveis em relação ao objeto negociado, assim como o custo para a obtenção de informações adicionais, forma o contexto psicológico dos contratantes.” (RIBEIRO; KLEIN, 2016, p. 62).

Em breve síntese, observa-se que a limitação da racionalidade dos agentes econômicos pode decorrer do desequilíbrio de informações, fazendo com que uma das partes da relação negocial seja oportunista a outra carente de conteúdo. Nessa perspectiva, os preços e tarifas se descolam dos custos de transação, o que faz com que a negociação daí derivada seja considerada positiva não pelo resultado econômico, mas pelo ganho de bem-estar (RIBEIRO; KLEIN, 2016, p. 63). Ou seja, os custos de transação podem elevar ou diminuir a precificação, bem como produzir amostra qualitativa a respeito da adesão à relação contratual.

Sabendo disso, a corrente do *Law and Economics* propõe ser necessário sedimentar instituições fortes que consigam enxergar os custos eminentes e futuros, com o intuito de equilibrar os interesses das partes. Ressalte-se que em contratos que envolvem o interesse público, a elevação dos custos deve ser cuidadosamente estudada caso a caso, dada a complexidade das relações envolvidas e a repercussão na esfera social.

Sob este olhar, de acordo com Caminha e Lima (2014), vislumbra-se que o Judiciário, enquanto instrumento de alocação de incentivos que, como visto, configuram exigências do Estado Regulador, tem o papel de buscar o estímulo de comportamentos cooperativos a fim de reduzir os custos de transação.

Ante o exposto, observa-se que a interseção entre Direito e Economia é útil ao presente estudo à medida que fornece elementos extrínsecos ao contrato, mas que nele influem diretamente. A interdisciplinaridade presente na corrente da AED, moldam o olhar para novo método de análise do comportamento humano quando de sua tomada de decisões.

2.3 Da participação administrativa procedimental

A participação administrativa se configura como o despertar para a democratização das práticas da vida pública e das atividades administrativas. Diante da nova feição do Estado contemporâneo, as “[...] formas tradicionais de legitimação democrática – restritas à representação política através do parlamento e da chefia do Executivo – tornaram-se insuficientes” (BAPTISTA, 2003, p. 29). Neste contexto, a busca por procedimentos participativos se fundamenta precipuamente na legitimação da própria atividade administrativa.

A legitimação pode ser observada, sobretudo, a partir do apontamento proposto por D. J. Galligan (*apud* NETTO, 2009, p. 84), de que os administrados devem poder influenciar nos processos que lhes vão afetar. É a partir desta visão que o estudo da participação, de acordo com Netto (2009, p. 85), enfrenta o dogma da separação entre Estado e sociedade e busca a superação dos modelos contratuais passados, de forma a enxergar na participação um dos elementos da vida política.

A lógica unilateral e impositiva da atividade administrativa figura-se, atualmente, como algo – quase – ultrapassado. Após a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) e com a introdução dessa discussão no Brasil pela doutrina, tornou-se cada vez mais recorrente a investigação do fenômeno e de sua amplitude jurídica, o que proporciona, gradativamente, a difusão de procedimentos dialógicos. Importante frisar que, como destaca Netto (2009, p. 87), apesar da ausência de previsão constitucional de direito à participação, nada impede o seu reconhecimento a partir dos princípios que orientam o princípio democrático, como a dignidade da pessoa humana, o direito de petição, entre outros.

Nota-se, inclusive, que a Constituição Federal equipara o direito à participação aos direitos fundamentais de forma implícita em seu art. 5º (BRASIL, 1988). Há, para a doutrina, forte aproximação do instituto ao direito à liberdade e ao princípio do contraditório e ampla defesa, devido a noção de que as pessoas devem ter o direito de defender e promover os seus próprios interesses. Em suma, a participação está diretamente relacionada ao direito de “ser ouvido” pelo poder público, o que por sua vez, está fortemente ligado aos princípios democráticos liberais.

É de Marcos Bombardelli (1996 *apud* BAPTISTA, 2003, p. 149) a definição da participação enquanto dimensão da liberdade do cidadão, haja vista a possibilidade de expressão, perante a Administração, da própria individualidade, de modo a permitir a satisfação de suas necessidades e o reconhecimento de sua dignidade. Desta feita, os módulos negociais pautados na lógica da paridade e horizontalidade entre a administração e os particulares

originam relações mais profundas, em que as necessidades são expostas e as particularidades reveladas. Isto é importante inclusive para controlar e fiscalizar àqueles particulares que buscam, unilateralmente, a satisfação de seus próprios interesses, uma vez que a abertura consensual promove a translucidez das intenções.

Neste sentido, a partir da concepção de que a lei não dá conta de reger todos os aspectos da vida pública e diante da complexidade e do dinamismo das relações político-sociais, há a ascensão de provável espaço em branco para a atividade reguladora do administrador. Assim, quanto menos a norma do ordenamento pátrio mostra-se capaz de gerenciar todos os aspectos da vida pública, mais os administradores podem recair em decisões arbitrárias. Com base nisso, percebe-se que quando as decisões se esvaziam de fundamentação legal e os agentes públicos se guiam por princípios discricionários, surge o déficit democrático ora identificado.

Segundo Patrícia Baptista:

(...) nas últimas décadas, filósofos políticos, jusfilósofos e juristas vêm manifestando a confiança no desenvolvimento de técnicas de participação, diretas ou não, como forma de superação do déficit democrático. Sustentam que somente o envolvimento dos cidadãos nos processos administrativos, através da introdução de estruturas dialógicas, aumentará o nível de legitimação, hoje tão baixo, das decisões administrativas (BAPTISTA, 2003, p. 127-128).

Vale dizer que, além do aspecto de legitimação democrática, existem múltiplos benefícios advindos da abertura aos interessados na tomada de decisões públicas. David Duarte (1996, p. 160) indica funções importantes como: a) o fornecimento de informações e proteção jurídica; b) a compensação; c) a prevenção de expectativas decisórias; d) a concretização de sistema comunicacional; e e) a concretização do bem comum. Por meio da participação, os administrados têm a possibilidade de defender suas posições subjetivas e trazer informações, ideias e visões diversificadas sobre os interesses envolvidos.

Em relação ao fornecimento de informação e à proteção jurídica, verifica-se que tais funções perpassam valores sociais e individuais, ora de abertura, ora de tutela. Dessa forma, tanto se permite que o procedimento atinja esferas coletivas, garantindo a imparcialidade e a tomada de decisão que leva em conta a diversidade de interesses, tanto se permite que atinja a esfera individualista e garantística, de forma que o indivíduo seja protegido de possível decisão que não lhe abarca, respeitando-lhe suas singularidades.

No que diz respeito à compensação, insiste-se novamente na premissa de que a participação promove a compensação do déficit democrático decorrente do sistema representativo. Havendo a harmonização do poder dos particulares frente o poder estatal, é

possível legitimar o sistema político e viabilizar os espaços de discricionariedade com a intervenção de múltiplos agentes. Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 92) adverte, contudo, que a participação não deve ser exigível somente diante de condutas administrativas marcadas pela discricionariedade, mas também quando está em jogo conduta vinculada, ainda que possa haver amplitude e consequências diversas.

Além disso, é autoexplicativo o que David Duarte (1996) denomina como a prevenção de expectativas decisórias, concretização de sistema comunicacional e a concretização do bem comum. Decorre diretamente do caráter participativo a abertura de canal de comunicação que previne expectativas decisórias e atinge o bem-estar coletivo, ante a possibilidade de intervenção direta ou indireta nas decisões afetadas.

Portanto, pode-se afirmar que a participação é instrumento capaz de aumentar a quantidade das informações disponíveis para a tomada das decisões e, por esta razão, possibilita o aumento de sua qualidade. Salienta-se, de outro modo, que essa correlação não é necessária e causal, tendo em vista que o aumento quantitativo de informações pode causar o efeito contrário, desvirtuando a Administração para o objetivo de alcançar o interesse público.

Apesar das dificuldades apontadas, à lume da perspectiva ilustrada, é incontroverso a possibilidade que se abre aos administrados e futuros contratados de poderem influenciar e conhecer o processo decisório completo, elevando o nível de cumprimento das obrigações e garantindo que as decisões sejam mais transparentes, controladas e fiscalizadas por toda a estrutura que envolve os empreendimentos públicos.

3 A ETAPA PREPARATÓRIA DO PROCESSO LICITATÓRIO

3.1 Da necessidade de planejamento

A temática central deste primeiro debate subsiste na necessidade de planejamento do processo licitatório, iniciando-se na identificação do interesse público a ser perseguido e findando-se na fixação de critérios objetivos que procederão da outorga. Parte-se, primeiramente, do pressuposto de que a Administração não possui alternativa senão a busca de informações, estudos e projetos acerca do objeto a ser licitado.

Dados da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e do Ministério do Planejamento, em 2018, desenvolvidos a partir de 2.796 (duas mil setecentos e noventa e seis) obras paralisadas mostram que o Brasil investe pouco em infraestrutura e parte do que investe acaba desperdiçado em obras paralisadas, que consomem recursos e não geram benefícios (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018, p. 11). As paralisações, por sua vez, são consequência das falhas básicas de planejamento e gestão, sendo que as principais causas diagnosticadas se referem a: I) motivo técnico. II) abandono pelas empresas. III) problemas orçamentários/financeiros. Muitas dessas falhas são, desta forma, nítidas consequências da ausência de fase preparatória bem elaborada.

De acordo com o estudo:

As causas dessas paralisações são variadas. Várias delas refletem a falta de um planejamento adequado. Esse problema se revela na descontinuidade do financiamento, que aparece como item importante em levantamentos do Ministério do Planejamento e do TCU, mas também na má qualidade dos projetos de engenharia, na complicada execução das desapropriações, na dificuldade de obter licenças ambientais e nas interrupções resultantes de interferências que não são previamente equacionadas. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018, p. 95).

Ademais, o estudo demonstra que o grande impasse a ser enfrentado é a identificação tardia de problemas técnicos, orçamentários e organizacionais que, por não terem sido identificados no início do processo licitatório, oneram excessivamente a relação contratual, diminuindo a lucratividade da empresa concedente que, por sua vez, muitas vezes acaba interrompendo a prestação de serviço prematuramente.

Ainda sobre o estudo supramencionado, têm-se que:

Outros dois fatores que parecem contribuir para a recorrência de paralisações são a existência de recursos humanos e técnicos insuficientes nos órgãos executores, especialmente em governos subnacionais, no caso de pequenas obras, e o mau

funcionamento dos órgãos de controle internos, o que faz com que os problemas só sejam identificados quando as obras já estão em andamento. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018, p. 96).

Sob esta ótica, nota-se como a fase de planejamento das licitações, em que os estudos e projetos vêm à tona, é fundamental para a delimitação do objeto do certame e a formulação de hipóteses acerca de sua viabilidade. Neste sentido, relevante identificar vias alternativas capazes de facilitar o processo de planejamento e ensejar o diálogo para a obtenção de informações e documentos necessários, que, consequentemente, podem otimizar a fase executória da licitação.

3.2 A fase preparatória das licitações nas Concessões e nas Parcerias Público-Privadas (PPP's)

Nos termos do art. 5º da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões de Serviço Público), o Poder Concedente deverá publicar previamente ao lançamento do edital, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo (BRASIL, 1995).

Por outro lado, nas licitações a serem lançadas com base na Lei nº 11.079/2004 (Lei de PPP's), o artigo 10º preceitua que a abertura do processo licitatório está condicionada a: I) autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade de contratação; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetam as metas de resultados fiscais previstas; II) a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato; III) declaração do ordenador das despesas de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias; IV) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento do contrato; V) seu projeto estar previsto no plano plurianual em vigor; 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; VII) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, sempre que o objeto do contrato exigir (BRASIL, 2004).

Observa-se, portanto, que tanto na Lei de Concessões (BRASIL, 1995) quanto da Lei de PPP's (BRASIL, 2004), muitos são os encargos exigidos na fase preparatória, antes mesmo da publicação do edital que dará ensejo ao certame.

Conforme observa Lucas Rocha Furtado:

A maioria dos estudiosos do tema defende que a licitação somente se inicia quando se divulga (por meio de publicação de edital ou da fixação do convite no quadro de avisos da repartição pública) o seu instrumento convocatório. A prática administrativa demonstra o contrário. Todos que lidam em seu dia a dia com licitações sabem que muito tem que ser feito anteriormente à divulgação do instrumento convocatório, nesta que se denomina fase interna da licitação. (FURTADO, 2013, *apud* LIMA, 2005, p. 40).

Para fase preparatória bem estruturada, faz-se necessário, sobretudo, atenção no ato de planejar. Deve-se primeiramente, identificar a necessidade pública a ser satisfeita, bem como observar as demandas e ansiedades da população local. O olhar atento às demandas é eficiente na medida que perpassa valores de participação, diálogo, transparência e confiança mútua, indispensáveis em qualquer relação contemporânea, seja jurídica, política ou negocial.

Constata-se que “[...] há a necessidade de se ponderar, zelosamente, sobre a licitação e o que, concretamente, perde-se e se ganha com a transferência de determinadas atividades a particulares no longo prazo.”² (LIMA, 2015, p. 46). Lima (2015, p. 44) afirma ser necessário realizar estudos e trabalhos que forneçam a estruturação ou modelagem do projeto, o que também se observa expressamente na previsão legal.

Em segundo momento, conforme o mesmo autor, torna-se importante a elaboração de estudos de impacto orçamentário a respeito da contratação e da disponibilidade financeira para fazer frente ao seu desenvolvimento a longo prazo. Ainda, necessário apurar o valor tarifário a ser enfrentado pelos usuários, para que haja demanda e fruição de quem necessita. Por fim, fundamental identificar os riscos inerentes à contratação, que, conforme alerta Lima (2015, p. 42) podem culminar em desinteresse técnico e/ou financeiro da iniciativa privada e gerar impacto negativo aos usuários, caso haja a descontinuidade ou interrupção da prestação do serviço.

Os estudos e trabalhos, na perspectiva do autor, podem ser elaborados diretamente pelo Poder Público, por meio de contratação de consultores ou, ainda, pela abertura aos particulares interessados. Se realizada pela própria Administração, a demanda por empregos das mais diversas áreas se elevam exponencialmente. Torna-se necessário contratar engenheiros, economistas, administradores, contadores, arquitetos, biólogos, advogados, assistentes técnicos, entre outros. Neste sentido, a Administração Pública deve se capacitar de uma gama de *expertises* para a elaboração de documentos, licenciamentos e projetos.

² O autor cita o estudo de Marçal Justen Filho e adverte que a decisão de contratar não pode ser vista apenas como um ato de vontade. “Não constitui apenas uma decisão política. Não se deve admitir que o Estado decida pela delegação aos particulares sem que, previamente, tenha avaliado todas as questões técnicas econômicas e jurídicas envolvidas”. (JUSTEN FILHO, 2003 *apud* LIMA, 2015).

Há casos em que, pela grandeza do projeto, a Administração não consegue captar o corpo técnico necessário para coordenar e planejar a outorga. Nestes casos é preciso que haja a associação a órgãos ou entidades competentes, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Social - BNDES, responsável pelo fomento de projetos de infraestrutura que podem ser objeto de concessões públicas e PPP's.

De outro modo, o planejamento também pode ocorrer por meio da contratação de consultores. No que se refere a contratação para a prestação destes serviços, necessário que se observe a Lei n.º 8.666/1993, mais especificamente o seu art. 7º (BRASIL, 1993). Cabe esclarecer que, nestes casos, os particulares contratados não poderão participar de futura licitação envolvendo a execução de obra ou serviço objeto do estudo, permitindo-se a sua participação apenas no que diz respeito às funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, desde que exclusivamente à serviço da Administração.

Vale dizer também que as licitações para contratação de serviços técnicos profissionais especializados deverão ser celebradas, preferencialmente, na modalidade de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, §1º da Lei n.º 8.666/1993). Porém, igualmente poderá o Poder Público contratar na modalidade de concorrência e, ainda, por inexigibilidade de licitação (art. 25, II, da Lei n.º 8.666/1993), desde que o objeto licitado seja de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização³.

Sobre este tema, leciona Carvalho Filho:

Não obstante, é mister consignar que, a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração. Desse modo, cabe ao Tribunal de Contas atuar com vigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude da notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público representação no sentido de ser promovida a responsabilização penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade ou incompetência. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 285).

Nesta abordagem, observa-se que para a contratação de consultores especializados, muitos são os encargos e custos para os cofres públicos. Aliado a isso, têm-se a dificuldade em promover o controle do desvio de finalidade das decisões, tendo em vista a discricionariedade do Poder Público para eleger o profissional de notória especialização.

³ A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero. (CARVALHO FILHO, 2019).

3.3 O que é Procedimento de Manifestação de Interesse

Dada a complexidade do tema e a latente necessidade de planejamento e participação na fase interna das concessões, estabeleceu-se outra forma de acesso aos estudos e trabalhos técnicos que a Administração Pública pode se valer: o Procedimento de Manifestação de Interesse, disciplinado pelo art. 21 da Lei n.º 8.987/1995, que prevê:

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. (BRASIL, 1995).

Mais recentemente, foi publicado o Decreto Federal n.º 8.428/2015, pioneiro na utilização da nomenclatura Procedimento de Manifestação de Interesse para caracterizar este instrumento (BRASIL, 2015)⁴.

Em suma, o PMI é instrumento utilizado pela administração pública, que permite a interação desta com o setor privado na fase de planejamento das concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas. Por meio de estudos, projetos, levantamentos e investigações, os particulares, sejam eles pessoa físicas ou jurídicas, podem sugerir e propor ideias nos estágios preparatórios das concessões, abrindo espaço para o aprimoramento da participação administrativa. Neste sentido, o instrumento permite a efetivação da atuação consensual da administração pública com os setores da sociedade que, como visto anteriormente, é exigência inafastável ao Estado Social e Democrático de Direito.

Por meio do PMI:

(...) o Poder Público instaura, de ofício ou a pedido dos interessados, procedimento administrativo para que realizem estudos (jurídicos, de engenharia, orçamentários, econômico-financeiros, ambientais e demais trabalhos técnicos) e preparem documentos correlatos que possam embasar a outorga de projetos de relevância pública (ou mesmo apontem para a sua inviabilidade), passíveis de transferência de sua execução à iniciativa privada, por meio de concessões ou permissão, nos termos de Lei federal 8.987/1995 e da Lei federal 11.079/2004 (LIMA, 2015, p. 27).

Esta relação dialógica permite o aprofundamento do entendimento mútuo entre os atores sociais e aumenta as informações disponíveis à Administração, melhor capacitando-a para

⁴ Vale dizer, sobretudo, que antes do Decreto Federal n.º 8.428/2015 (BRASIL, 2015), o Decreto n.º 5.977/2006 (BRASIL, 2006), que vigorava à época, possibilitava a apresentação de estudos pelos particulares nas concessões patrocinadas. Este Decreto, contudo, não utilizou a nomenclatura Procedimento de Manifestação de Interesse para denominar esta interação.

tomada de decisões. A possibilidade de colaboração nas atividades a serem desenvolvidas por empresas e pessoas especializadas, bem como no engenho das possíveis formas de execução, pode aumentar a qualidade do serviço ou do produto licitado. Ressalta-se que, embora a quantidade de informações disponíveis possa se elevar, as decisões públicas não podem, em nenhuma hipótese, serem imotivadas ou não transparentes, sob pena de invalidação do procedimento (LIMA, 2015, p. 28).

No que diz respeito a sua natureza jurídica, Moreno (2016, p. 72) explica que se trata de autorização atípica, dado o seu caráter contratual. Respeitando o que preceitua a doutrina acerca dos contratos administrativos, observa-se que não se trata de contrato comutativo por não haver contrapartida certa, garantia de equilíbrio econômico-financeiro, fixação de prazos e nem penalidades em caso de descumprimento. Além disso, destaca que se trata de procedimento de natureza colaborativa e não competitiva.

O PMI pode ser espontâneo, ou seja, instaurado por órgão ou entidade do Poder Público, ou provocado por algum particular interessado. Neste último caso, a doutrina cunhou o nome de MIP (Manifestação de interesse privado) para diferenciá-lo do procedimento espontâneo. O MIP, por sua vez, é procedimento anterior ao PMI, que se origina por ato de manifestação dos particulares e não exige que Administração oportunize a outros interessados a apresentação de propostas sobre o mesmo tema, sob o qual foi provocada.

Não obstante a abertura para a possibilidade à participação administrativa, o MIP não permite o ingresso de outros interessados quando de seu aceite. Ora, como visto anteriormente, a participação não cumpre seu papel quando ela não é estendida a todos os interessados de forma isonômica, o que impossibilita, ainda, o controle e a fiscalização dos interessados.

Em todo caso, porém, o ato deve ser público e motivado, o que impõe certo controle da atuação estatal pela sociedade. Isto porque os atos administrativos promovem a transparência das relações público-privadas e facilitam o controle.

Nas palavras de Lima:

O PMI corrobora esses aspectos em sede da construção das justificativas para a realização de concessões e permissões. A eventual participação de interessados nessa construção deverá ser autorizada às claras, de forma isonômica, e as escolhas realizadas, devidamente motivadas. Isso porque todos os interessados deverão ter o direito igualitário de participar do procedimento instaurado pela Administração Pública, independentemente de ser realizado de ofício ou a pedido de outras pessoas da iniciativa privada (LIMA, 2015, p. 84).

O substrato é, portanto, segundo Resende (2015, p. 47), o levantamento de informações indispensáveis que poderão dar sustentação às escolhas públicas e à possível outorga, capazes

de contribuir para solucionar a problemática da ausência ou insuficiência de corpo técnico capaz de identificar, priorizar, preparar e adquirir projetos de grandes obras e serviços. Estas informações, por sua vez, podem ser das mais variadas áreas de conhecimento, como estudos técnicos de engenharia e arquitetura, de demanda, ambientais, econômico-financeiros e jurídico-regulatórios, a depender do escopo do objeto que se visa conceder (MORENO, 2016, p. 84-85).

3.4 A previsão legal do procedimento no ordenamento

3.4.1 Regulamentação no âmbito federal

O PMI, no âmbito federal, está disciplinado atualmente no art. 21 da Lei n.º 8.987/1995 (BRASIL, 1995) e no Decreto n.º 8.428/2015 (BRASIL, 2015). Vale destacar que os aeroportos de Guarulhos, Brasília, Viracopos, Galeão e Confins são alguns exemplos da utilização do procedimento para a estruturação de projetos pelo ente federal.

De início, vamos nos ater ao estudo do artigo 21, responsável por trazer à tona o dever de publicidade e o de ressarcimento dos dispêndios que tenham sido utilizados no decorrer dos estudos (BRASIL, 1995). O dever de publicidade, em que os documentos atinentes aos estudos, investigações e projetos deverão estar à disposição dos interessados, é a chave para que o PMI esteja bem estruturado. Havendo publicidade no decorrer do procedimento, as informações instituídas nos pareceres e relatórios podem ser acessadas por qualquer um que as solicite, oportunizando a isonomia necessária para a participação bem-sucedida e contribuindo para a transparência na fase de planejamento, que, como visto, é indispensável nesta etapa preparatória.

Em relação ao ônus do ressarcimento, têm-se que este será sustentado pelo vencedor da licitação. Ou seja, há enorme economia ao Poder Público, vez que transfere aos particulares interessados o dever de arcar com os custos do anteprojeto. Ora, vale dizer novamente que se a Administração optasse por contratar os consultores externos fora do Procedimento, recairia sobre o Poder Público o dever de arcar com tais despesas.

Do mesmo modo, o ressarcimento dos dispêndios pelo vencedor da licitação promove a segurança necessária para que os particulares forneçam os estudos. Como o reembolso está assegurado por força legal, impede-se que haja o enriquecimento ilícito e a apropriação indevida dos estudos.

O artigo 21 da Lei de Concessões, contudo, requer complementação de outros dispositivos, tendo em vista que não detalha se há autorização para os participantes do procedimento concorrerem à licitação do projeto estudado (BRASIL, 1995). Com o fim de esclarecer tal ponto, pode-se afirmar que o complemento pode ser extraído do art. 31 da Lei n.º 9.074/1995, que dispõe: “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.” (BRASIL, 1995).

A partir da previsão deste instituto no diploma legal que complementa à Lei de Concessões de Serviços Públicos (BRASIL, 1995), surge, para alguns autores, novo modelo de consenso entre a Administração e os administrados. Enquanto a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/1993) vedava expressamente a participação dos particulares envolvidos da fase de planejamento no procedimento licitatório, a nova Lei (BRASIL, 1995) os permite. Esta pequena alteração muda completamente a forma como o particular lidará com a fase interna, tendo em vista o novo despertar para a sua relevância.

Para definir que o PMI é cabível para as licitações previstas na modalidade de parcerias público privadas, foi publicado o Decreto n.º 5.977/2006 (BRASIL, 2006), de âmbito federal, responsável por delimitar os contornos do PMI no contexto das PPP's. Quando da vigência deste decreto, havia, entretanto, o requisito de que, para que fosse autorizada a instauração do PMI no contexto federal, o projeto objeto de futura licitação deveria ser definido como prioritário sob a égide da Administração Pública Federal (LIMA, 2015, p. 106). Embora o Decreto n.º 5.977/2006 (BRASIL, 2006) tenha sido publicado visando as concessões administrativas e patrocinadas, o Tribunal de Contas da União (TCU) estendeu a aplicabilidade também para as concessões comuns.

Mais recentemente, em 2015, foi promulgado o Decreto n.º 8.428/2015 (BRASIL, 2015), que revogou o Decreto n.º 5.977/2006 (BRASIL, 2006). Em que pese também procure regulamentar o PMI no âmbito federal, amplia expressamente seu uso para além das parcerias público privadas e concessões e permissões de serviços públicos, alcançando também arrendamento de bens públicos e concessão de direito real de uso (art. 1º do Decreto n.º 8.428/2015).

Contudo, muito embora haja a ampliação do uso, o novo Decreto delimita exceções à sua aplicação, disciplinadas no § 3º do artigo 1º, qual sejam: I - procedimentos previstos em legislação específica, inclusive os previstos no art. 28 da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996 ; e II - projetos, levantamentos, investigações e estudos elaborados por organismos

internacionais dos quais o País faça parte e por autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista (BRASIL, 2015). De acordo com Schwind e Reisdorfer (2015), a normativa, ao vedar a sobreposição do Decreto sobre legislação específica, observa a autonomia das estruturas regulatórias que já operam a lógica que inspira o PMI a partir das regras peculiares vigentes em cada setor.

Em relação ao inciso II, nota-se que o entendimento consolidado é de que as relações diplomáticas e as relações entre os próprios órgãos da Administração não poderão ser objeto de PMI. Acredita-se que a justificativa está ligada a tentativa de esquivar-se de possível suscitação de conluio ou corrupção ou, ainda, impedir óbice às relações diretas entre órgãos e instituições do direito público.

O art. 3º dispõe que o PMI será aberto mediante chamamento público, a ser promovido pelo órgão ou pela entidade que detenha competência para a abertura, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada (BRASIL, 2015). Caso seja provocada, deverá conter a descrição do projeto, com o detalhamento das necessidades públicas a serem atendidas e do escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos necessários. Vale dizer que nos casos em que o PMI seja instaurado por provocação dos interessados, igualmente deverá haver chamamento público com o objetivo de conferir publicidade e assegurar o tratamento isonômico de todos que porventura almejem apresentar propostas e manifestações.

Dentre os diversos dispositivos inovadores do novo Decreto, o § 6º do art. 4º merece destaque (BRASIL, 2015). Ele prevê que o edital de chamamento público poderá condicionar o ressarcimento dos projetos, levantamentos, investigações e estudos à necessidade de sua atualização e adequação, até a abertura da licitação do empreendimento. Sendo assim, caso não haja o aperfeiçoamento do trabalho desenvolvido com as devidas atualizações e adequações até a efetivação da licitação, o vencedor da licitação tem a prerrogativa de obstar o ressarcimento do trabalho.

Isto contribui para que o trabalho seja devidamente elaborado e reajustado sempre que necessário, sem prejuízo de complementação posterior de ressarcimento pelo vencedor da licitação (art. 15, § 6º). É perceptível, a partir deste dispositivo, que o intuito da norma é que os interessados participem efetivamente durante toda a fase preparatória até o momento da efetiva licitação (BRASIL, 2015). Necessário, entretanto, que os incentivos sejam compatíveis com a expectativa de contrapartida dos particulares, tendo em vista a necessidade de vinculação destes por longo período.

Sobre este tema:

Há dúvidas inclusive sobre a possibilidade de estabelecimento de um marco temporal para o condicionamento. Isso porque a necessidade de adaptações e atualizações pode se tornar necessária em função da demora da própria Administração na implementação do projeto. Essa vinculação do interessado, por longo período, pode ser um fator de desestímulo à participação da iniciativa privada em procedimentos de manifestação de interesse. De todo modo, quanto maiores forem as incertezas (e os possíveis riscos), tornar-se-á ainda mais relevante que o edital não apenas aluda à sistemática de ressarcimento pelas atividades demandadas posteriormente, como também esclareça como a sistemática será operada. (WALBACH; REISDORFER. 2015).

Nesta esteira, vislumbra-se a necessidade de que o edital seja apto a prever as várias nuances existentes no contrato de longo prazo, inclusive acerca da necessidade de atualizações e adequações constantes, o que muitas vezes poderá exigir o “retrabalho” dos interessados.

Apesar de muito recente e pouco explorado na prática, observa-se que o novo diploma trouxe grandes avanços para o aperfeiçoamento do procedimento. Mais Moreno destaca evoluções quanto:

(i) a regulamentação mais clara dos limites do diálogo que pode (e deve) ser mantido entre os setores público e privado durante a elaboração dos estudos preparatórios de concessões; (ii) a previsão expressa de que os PMI não estão restritos à elaboração de projetos de PPP; (iii) a eliminação de qualquer dúvida que pudesse pairar sobre a possibilidade de privados provocarem a abertura de PMI; (iv) a fixação de parâmetros mínimos para a publicação do chamamento público. (MORENO, 2016, p. 80).

Neste sentido, perfilha-se o entendimento de que a grande vantagem de regulamentar a relação pública-privada é reconhecer a necessidade do diálogo entre tais agentes desde a elaboração dos estudos até a publicação do edital, bem como organizar os parâmetros e critérios que estimulam esta interação tão pouco aproveitada na sistemática dos procedimentos, sem, contudo, deixar de estabelecer limitações.

Além disso, dispor de autorização legal desta prática pode contribuir para trazer mais segurança jurídica e transparência a esta interação. Isto se justifica porque “[...] muitas vezes é necessário um reforço positivista para que o agente público faça, sem medo e às claras, aquilo que sempre esteve autorizado a fazer.” (MORENO, 2016, p. 80).

Posto isso, frente ao reconhecimento das vantagens inerentes ao PMI, pretende-se que este adquira as bases necessárias para a construção de um Direito Administrativo Consensual, sobretudo a partir da análise crítica acerca dos riscos de captura.

3.4.2 Regulamentação no âmbito estadual e municipal

Diante das regulamentações dos entes estaduais e municipais, observa-se a princípio, que a normatização se dá de maneira heterogênea entre eles, inclusive com a utilização de diferentes nomenclaturas para o que o presente estudo denomina de PMI. Contudo, a partir da publicação do Decreto nº 8.428/2015 (BRASIL, 2015), muito do que antes estava previsto nessas regulamentações estão sendo influenciados pela nova redação federal, o que encaminha os ordenamentos para a homogeneidade e promove maior segurança jurídica.

Dados do Observatório de Parcerias Público-Privadas (PEREIRA, 2011) demonstram que entre o ano de 2007 até junho de 2013, foram realizados 101 (cento e um) procedimentos de manifestação de interesse em diversos estados brasileiros para prever a viabilidade de concessões patrocinadas. Contudo, destes 101 (cento e um) procedimentos analisados, apenas 20 (vinte) alcançaram a fase de licitação (RESENDE, 2015, p. 67). Essa demora para que produza efeitos pode desengajar a atuação dos particulares na produção dos estudos.

Insta destacar também, como observa Moreno (2016, p. 99) que alguns órgãos e entes públicos, como é o caso do Estado de São Paulo e Rio de Janeiro, estabeleceram procedimento de concorrência para a fase de chamamento público. Assim sendo, apenas ao vencedor será outorgada a autorização para desenvolver os estudos, o que a doutrina cunhou o nome de “autorização única”. Acredita-se que esta orientação busca, sobretudo, tentar solucionar a problemática do ressarcimento dos estudos, tendo em vista a relação de direta dependência entre o ressarcimento e a autorização.

Em outras palavras, só é possível ressarcir o órgão, instituição ou pessoa física que provê os estudos a partir de sua autorização pelo Poder Público. Entretanto, torna-se inviável autorizar todas as provocações e participações dos interessados, fato que pode dificultar, portanto, o seu ressarcimento.

Outro problema ser enfrentado pelas regulamentações acerca do tema em todo o país é a questão da isonomia. A provocação de Moreno (2016, p. 101) é a seguinte: diante do recebimento de pedidos de autorização para desenvolvimento de determinado estudo, ou do recebimento de estudos prontos, a Administração Pública é obrigada a publicar chamamento público, com vistas a oportunizar a terceiros o desenvolvimento de estudos relativos ao mesmo objeto?

Para ele (MORENO, 2016, p. 101), a resposta é não, tendo em vista que haveria a mobilização de todo o maquinário público para prosseguir com a demanda que não é originariamente priorizada pelo Poder Público. Ora, neste raciocínio, o autor defende que os

princípios da publicidade e da impessoalidade devem ser sopesados com o da eficiência (MORENO, 2016). Desta maneira, projetos que não estão na pauta pública e não incutem qualquer interesse público não merecem tanto destaque e mobilização.

Contudo, firma-se o entendimento de que para que a participação seja legítima, faz-se necessário conceder oportunidades iguais para todos os interessados diante da mesma matéria a ser abordada. Isto não significa, entretanto, que o Poder Público deve aceitar e autorizar todos os projetos que lhe são apresentados. Porém, uma vez autorizado, é dever da Administração promover o devido debate público acerca da temática a ser dirimida.

Acertada é afirmação do autor quanto a finalidade da escolha do PMI pelos entes públicos (MORENO, 2016). Ele afirma:

A Administração possui várias formas de conceber um bom projeto. Pode fazê-lo por seu corpo técnico, pela contratação de consultorias nos termos da Lei no 8.666/1993, por meio de convênios ou termos de cooperação. A escolha pelo PMI em detrimento das demais alternativas deve se dar em função das principais finalidades desse instrumento e, dentre elas, está a obtenção do máximo de contribuições para que a Administração possa escolher as mais adequadas às finalidades públicas. (MORENO, 2016, p. 106).

Sendo assim, o caráter multidisciplinar e amplificado sob o qual o PMI é apto a alcançar é o que justifica a sua escolha, razão pela qual observa-se a necessidade de manter inflamado o caráter participativo-democrático.

4 O RISCO AO INTERESSE PÚBLICO

4.1 O risco da captura do interesse público nas interações público-privadas

Entendida a incontroversa natureza jurídica da participação e seu caráter essencialmente democrático, passa-se a analisar os riscos advindos de sua implementação, principalmente nas hipóteses em que há elevado interesse econômico, como é o caso do Procedimento de Manifestação de Interesse. Vislumbra-se, neste sentido, que “[...] as potencialidades da participação e sua natureza de direito fundamental não devem obscurecer a necessidade de seu estudo crítico” (NETTO, 2009, p. 120).

Insta dizer que, paradoxalmente, os efeitos colaterais indesejados da participação procedimental surgem no bojo das próprias características que a tornam virtuosa. A aproximação dos setores público e privado e a consequente interação entre eles, como visto anteriormente, proporciona de um lado a possibilidade de equilíbrio dos interesses envolvidos e, de outro, o risco da captura do interesse público.

Em primeiro lugar, cumpre pontuar que o termo “captura” surge inicialmente no contexto das agências regulatórias nos Estados Unidos com a Teoria da Regulação Econômica de Stigler (*apud* SILVA, 2018, p. 47). A teoria ganha notoriedade na Universidade de Chicago, com os questionamentos de Stigler acerca da regulação do estado na economia mediante a transição do Estado executor para o Estado regulador. Busca-se, em suma, analisar como o Estado regulador, responsável pela defesa do interesse público ante as falhas do mercado, torna-se incapaz de realizar tal tarefa quando está diante do interesse de grandes indústrias.

De acordo com Justen Filho

A doutrina cunhou a expressão “captura” para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura se configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 369-370).

Em suma, pretende-se explicar quais grupos de interesses costumam receber os benefícios e quais costumam arcar com os ônus, bem como quais são os efeitos da captura sobre a alocação de recursos públicos. Para tanto, como ressalta Posner (2004, p. 59), parte-se do

pressuposto de que os homens perseguem seus interesses de forma racional, o que permite prever e analisar os comportamentos dos agentes econômicos.

Ao compreender os agentes econômicos envolvidos na estrutura racional de oferta e demanda e perceber o comportamento político também sob tal ótica, verifica-se, na visão de Ianoni (2017, p. 329), dois lados que se retroalimentam: pelo lado da demanda estão os grupos de interesse ligados à diversas indústrias e empresas que almejam benefícios e concessões que lhes sejam mais lucrativas e enxergam na regulação econômica o meio para alcançá-los. Tais grupos conhecem os interesses políticos e lhes oferecem vantagens em troca de políticas regulatórias. De outro lado, tem-se os políticos, cientes da estrutura econômica supra mencionada, e que, portanto, dispõem-se a barganhar o interesse coletivo.

Peltzman (1976) baseou-se no estudo de Stigler (1971) e foi além: formulou modelo no qual o Estado regulador, na figura de seus representantes, busca maximizar a estrutura econômica de grupos de interesse com o intuito de firmar apoio político para permanecer em seu cargo. Visualizou, por meio deste modelo, que quanto maior a riqueza dos grupos de interesse, maior o apoio político envolvido.

Em outras palavras, o fenômeno da captura se estabelece quando há a combinação dos seguintes componentes negativos: a) agentes privados com altíssimo poder econômico; b) agências reguladoras com excessiva autonomia ante o poder político instituído (SILVA, 2017, p. 46).

Netto (2009, p. 133) constata que com o surgimento destes atores privados cada vez mais poderosos, observa-se a frágil posição da Administração como guardião do interesse público e árbitra entre interesses privados concorrentes. Tal circunstância pode advir, mormente, da insuficiência de meios da administração e da abertura inadequada ao consenso. Ou seja, incumbe à Administração Consensual o estudo dos riscos de captura e de alternativas para mitigá-los.

Vale destacar que, apesar de o estudo da captura ter nascido propriamente no contexto das agências reguladoras, iremos nos apropriar da teoria para analisar a fase preparatória das concessões públicas, mais especificamente o Procedimento de Manifestação de Interesse.

4.2 O risco da captura do interesse público pela assimetria de informações

Com relação à insuficiência dos meios anteriormente apontada, Netto (2009, p. 133) explica que, cada vez mais, as áreas de atuação administrativa se expandem e diversificam. Tendo em vista a dificuldade de o setor público superar a diversidade de produtos e serviços

ofertados pelo setor privado aos consumidores, a função principal da administração pública passa a ser, como visto, a reguladora. A captura, então, segundo a autora, encontra ambiente propício e favorável no esvaziamento dos recursos materiais, logísticos, financeiros e humanos da Administração, que, por sua vez, dispõem os particulares.

Ressalte-se que a falta de conhecimento técnico dos agentes públicos nos mais variados setores corrobora para a vulnerabilidade da Administração diante da necessidade cada vez mais expressiva de realizar contratos com a iniciativa privada. O resultado disso é que a Administração passa a contratar serviços sem o conhecimento técnico e o traquejo necessários para negociá-lo, senão vejamos:

(...) Esta [a captura econômica] se origina, primariamente, do fato de que a iniciativa privada, a fim de otimizar a sua prestação de serviços, aplica-se a realizar estudos e pesquisas com o objetivo de obter novas tecnologias para utilização no seu ramo de atuação. Esse fato tende a distanciar o ente regulado do ente regulador em termos de conhecimento tecnológico em sua esfera de atividade, o que possibilita que o ente regulador seja capturado pelo ente regulado. **Esse conhecimento técnico do mercado regulado superior ao das agências reguladoras frequentemente obriga as agências reguladoras a recorrerem às empresas privadas em busca de informações que subsidiem as suas tomadas de decisões.** (...) (SILVA, 2017, p. 52, grifo nosso).

Neste cenário, o “diálogo” e o “consenso”, objetivos maiores da participação administrativa procedimental, favorecem, de forma desequilibrada, a parte que detém a informação. A doutrina concede, para tanto, o termo “assimetria de informações” como uma das causas para a captura econômica dos entes reguladores.

Ocorre que a omissão ou manipulação de informações fundamentais para a realização do contrato (custo, demanda, nível tecnológico, previsões econômicas, entre outros) direcionam a tomada de decisões pela Administração. Dessa forma, a incompleta ou inadequada percepção das prioridades pelos agentes públicos pode gerar graves distorções e trazer, por exemplo, benefícios fiscais capazes de aumentar as tarifas cobradas pelos usuários dos serviços regulados.

O desvio do interesse coletivo favorece, então, seletos grupos de interesse que detém a informação técnica necessária para realizar a obra ou o serviço, resultando, simultaneamente, em danos aos usuários do produto sob o qual foi feita a concessão.

4.3 A assimetria de informações e o Procedimento de Manifestação de Interesse

No caso do PMI, Resende (2015, p. 187) nota que um dos fatores que justifica a sua existência é, justamente, a percepção da assimetria de informações entre os setores público e privado. Busca-se a cooperação da iniciativa privada desde a fase de planejamento das licitações para que toda a elaboração do projeto leve em consideração as informações mais precisas e atualizadas existentes.

Esta análise pode levantar a falsa impressão de que, justamente por este ser o fim maior do procedimento, o risco da captura tende a se elevar. Entretanto, pode ser percebido o efeito exatamente oposto: havendo transparência no procedimento, a administração torna-se apta para analisar propostas e estudos de diferentes entes particulares, aumentando o leque de informações dos agentes públicos para a tomada da decisão acertada.

Aliando a concorrência na apresentação dos estudos com modelos contratuais pautados em princípios constitucionais administrativos, verifica-se a possibilidade da capacitação técnica indispensável aos agentes públicos, e por conseguinte, o manejo de informações elementares como custo, demanda, logística, previsões econômicas, para a escolha do melhor projeto.

Ademais, ressalta-se que a fase de elaboração de projetos, por ser preliminar ao contrato, não vincula totalmente a Administração à escolha manipulada por interesses privados, visto que a apresentação dos estudos não necessariamente levará a um contrato firmado.

Entretanto, apesar das possíveis vantagens, Resende adverte que “[...] o PMI possibilita que o administrador amplie seu espectro de informações, mas ao mesmo tempo pode facilitar a cooptação da administração pública pelo setor privado” (RESENDE, 2015, p. 183). Desta forma, para evitar a cooptação pelo setor privado, propõe-se que o procedimento seja o mais detalhado possível, com manifesta indicação acerca das expectativas, objetivos e metodologia almejados pela Administração Pública por meio da possível contratação.

Pereira (2011, p. 11) argumenta que quanto menor o espaço para que o setor privado reforce a superioridade de informações que detém, menor será o risco de captura do interesse público pela assimetria de informações. A transparência, portanto, deve vincular todas as fases da licitação, sobretudo a fase introdutória, vez que é nela que se iniciará a relação negocial e a interação público-privada.

Nesta toada, solução viável para neutralizar os riscos apontados é a capacitação dos agentes públicos para a tomada de decisões que envolvam atores privados poderosos. Sendo assim:

Para afastar os riscos da monopolização da vontade administrativa por interesses corporativos é indispensável, antes de tudo, que a Administração não seja considerada mais um dentre os participantes do processo. Ao contrário, mostra-se necessário que esteja em condições de ‘captar interesses públicos e de efetivamente impô-los’. Na verdade, à Administração Pública redirecionada para o momento participativo deve ser atribuído um papel atuante e interventor. Mais do que a simples mediação de interesses contrapostos, cabe-lhe garantir e estimular a atuação dos interessados menos organizados, assim como realizar uma filtragem adequada de todas as manifestações colhidas no processo participativo. (BAPTISTA, 2003, p. 165).

Vale, contudo, destacar, como mostra Pereira (2011, p. 04), que as experiências brasileiras com o PMI não se preocupam com objetivo de que tal instrumento contribua para a redução da assimetria de informação entre o setor público e privado, já que o PMI tem sido utilizado, principalmente, para satisfazer demandas de curto prazo.

4.4 O risco de diminuição da competitividade nas licitações públicas

Segundo Resende (2015, p. 190), certamente os particulares que participam do Procedimento de Manifestação de Interesse ou que fornecem estudos e projetos que futuramente poderão ser empregados na modelagem contratual, sairão, em alguma medida, com vantagens no certame. Isto porque o autor do projeto, ao deter informações privilegiadas, supostamente terá mais condições de oferecer a proposta mais vantajosa à Administração.

Para garantir a concorrência quando há algum interessado que participou da fase de elaboração do projeto, é imprescindível novamente que haja transparência nas demais fases. Ou seja, deve haver a comunicação acerca de todas as informações trocadas na fase preparatória ao restante dos candidatos. Além disso, faz-se necessário que os demais concorrentes gozem de prazo razoável para a análise de tais informações antes do prazo para o oferecimento de propostas.

Neste sentido, Schiefler (2013, p. 222) entende que a publicidade integral dos estudos é capaz de mitigar o risco da diminuição da competitividade no processo licitatório. Sendo assim, mais uma vez, conclui-se que a transparência, advinda da ampla e irrestrita publicidade, é o meio pelo qual deve perpassar todas as fases das concessões e parcerias privadas, devendo a Administração ser responsável por direcionar e gerir o procedimento de forma a advertir, informar e precaver os futuros impasses que poderão surgir.

4.5 O risco da desconfiança no Poder Público e da apropriação indevida dos estudos

Há, ainda, o risco de que os estudos apresentados pelos particulares sejam apropriados por terceiros ou pela Administração de forma indevida ou até mesmo ilícita. O aproveitamento dos estudos, sem o devido ressarcimento, pode acarretar prejuízo patrimonial aos autores. Como o cálculo para auferir o lucro se faz presente em todas as condutas dos particulares, é possível – e provável – que muitos deixem de participar do procedimento pela falta de confiança nas instituições envolvidas.

Dados levantados pelo Observatório das Parcerias Público Privadas salientam que, no Brasil, diversos projetos que foram objetos de PMI ainda não chegaram à fase de consulta pública, o que desincentiva a iniciativa privada que se engajou na realização dos projetos (RESENDE, 167). Soma-se a isso a completa insegurança em relação ao ressarcimento dos estudos, que, por sua vez, como afirma Resende (2015, p. 206), dificulta o engajamento dos particulares na elaboração de projetos oportunos.

Por este motivo, a prática do PMI exige, assim como nos demais contratos realizados no Estado Democrático de Direito, a confiança mútua, a boa fé e a segurança jurídica. Ressalta-se, contudo, que por ser contrato que envolve interesse público, deve-se atentar, ainda mais que nos contratos privados, para a segurança jurídica. Conforme argumenta Bandeira de Mello:

O chamado princípio da “segurança jurídica”, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é indisputavelmente, um dos mais importantes. Posto que um altíssimo percentual das relações compostas por sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir, e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações dessa natureza constituídas. (MELLO, 2009, p. 169).

Uma alternativa para neutralizar o risco da desconfiança é a promoção de sinais, pela Administração, que demonstrem a preocupação com o uso indevido dos estudos, como a observância de determinado período de carência para promover a licitação do objeto proveniente do estudo. Propõe Schiefler:

Em alguns países, a rejeição da Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), que é o documento pelo qual o particular provoca a Administração Pública a promover um PMI sobre determinado assunto, exige da Administração que a rejeitou a observância de um período de carência, sob o qual não poderá lançar licitação pública que envolva aquele objeto, justamente para resguardar a eventual apropriação indevida dos estudos. (SCHIEFLER, 2013).

Nesta linha de abordagem, Resende (2015, p. 193) observa ser fundamental que a decisão pela instauração do procedimento esteja condicionada à necessidade e ao interesse real da administração naquele projeto, embora inexista a obrigatoriedade da realização da licitação posterior à apresentação dos projetos.

Na hipótese de, após colhidas as informações e apresentados os projetos, caso entenda a Administração que não há interesse público para executá-los, deve a Administração, segundo o autor, igualmente fundamentar a decisão e propor forma para que os estudos apresentados não vaguem sem os devidos créditos. Assim, maior será a segurança jurídica e a confiança mútua para viabilizar a participação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do modelo de Estado que elegemos, a participação, o incentivo e o planejamento se apresentam na sociedade como novos valores institucionais, fornecendo elementos extrínsecos à relação contratual, mas que nela crescem substancialmente. Verificou-se, contudo que em que pese os incentivos no Brasil serem comumente formulados a partir da ótica limitada de subsídios e incentivos – sobretudo – fiscais, os incentivos adequados perpassam valores como: fortalecimento das instituições, isonomia, segurança jurídica, concorrência e transparência.

Neste sentido, a metodologia utilizada para entender o comportamento dos agentes econômicos nas negociações e no fornecimento de informações úteis para o planejamento da vida pública mostrou-se essencial ao trabalho a fim de analisar os riscos advindos da abertura inadequada ao consenso.

A partir da análise da assimetria de informações, em que um lado da relação figura em condição de carência de informações sobre o objeto a ser licitado e o outro lado é oportunista, observou-se que a relação decorrente do procedimento participativo analisado apresenta riscos ao interesse público. Lado outro, o PMI foi categorizado como instrumento apto a explorar a capacidade técnica dos particulares, de sorte que as informações profissionais cheguem aos agentes públicos antes da publicação do edital de licitação.

Observa-se, também, que além das vantagens advindas da legitimação democrático-participativa, o PMI figura como alternativa para descentralizar as funções da Administração e reduzir os custos aos cofres públicos no que se refere aos investimentos dispendidos em obras paralisadas ou malsucedidas.

No que se refere ao campo teórico, nota-se a necessidade de separação bem delimitada entre o direito público e o direito privado, de forma a impossibilitar que tais concepções se confundam. Adverte-se, contudo, que esta divisão deve ser posta aos particulares desde o momento introdutório da relação público-privada, com o objetivo de dar enfoque aos encargos exigidos pelo Estado na promoção dos direitos fundamentais.

A partir do discernimento, desde a fase de planejamento das contratações, de que os entes estatais buscam alcançar o interesse público por meio de sistema de incentivos, é provável que o risco de cooptação pelos agentes regulados seja contido. Isto porque, pela percepção de que o Poder concedente busca otimizar a relação contratual, os particulares podem visualizar que os benefícios oriundos da relação podem se estabelecer não pelo aumento do bem-estar de cada parte envolvida, mas pelo ganho econômico mútuo.

Ademais, o presente trabalho leva-nos a inferir que, ainda que os deveres do Estado Regulador estejam bem determinados no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que as mudanças de cognição oriundas deste novo paradigma, bem como a abertura à participação sejam, mesmo que lentamente, acolhidas e integradas na sociedade. Desta forma, a participação, utilizada de forma isonômica e com análise de riscos, permite a moralidade e a legitimidade das decisões que envolvem interesses difusos.

Por todo o exposto, entende-se que, por mais que o procedimento apresente vantagens oriundas da participação, ante a possibilidade da tomada de decisão embasada na diversidade de informações e na ponderação de interesses, há uma série de desafios a serem observados. A captura do interesse público pela assimetria de informações, o risco da apropriação indevida dos estudos, a falta de competitividade no processo licitatório e o ressarcimento dos estudos são algumas das problemáticas encontradas.

Por fim, insta dizer, sobretudo, que a análise do Procedimento de Manifestação de Interesse não se esgota neste estudo. Torna-se necessário maior aprofundamento no tema, de modo a adentrar as noções de isonomia e transparência nos processos licitatórios. Entretanto, neste trabalho buscou elucidar as atuais preocupações com o PMI, com base em pesquisa bibliográfica e teórico-dedutiva.

REFERÊNCIAS

ALVES. **Concerto para Corpo e Alma**. 17. ed. [S.l.]: Papyrus, 1998.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 9, 04 dez. 2006.

BRASIL. Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 06 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez 2004.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.978, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 465, 10 jan. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10125, 8 jul. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 28653, 27 dez. 1996.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./ jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007. Acesso em: 23 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Grandes Obras Paradas**: como enfrentar o problema? Brasília: CNI, 2018.

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

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

IANONI, Marcus. Interesses Financeiros e captura do Estado no Brasil. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 37, n. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010131572017000200324&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 15 set. 2019.

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

LAVOURINHA, Andréa Romualdo. **Procedimento de manifestação de interesse**: interesse de quem? 2013. Monografia (Especialização em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12668/Andrea%20R.%20Lavourinha.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 set. 2019.

MATOS, Frederico Nunes de. Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob regime de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 207-242, set./dez. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORENO, Mais. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2847910/mod_resource/content/1/mais%20moreno%20-%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20do%20administrativo%20no%20processo%20de%20elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20contratos%20de%20ppp.pdf . Acesso em: 05 nov. 2019.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation. Paris: OECD, 1995.

PEREIRA, Bruno Ramos. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informações entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público privado? **O Observatório das Parcerias Público Privadas**, [S.l.], 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2227494/mod_resource/content/1/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf. Acesso em: 04 set. 2019.

RESENDE, Mariana Bueno. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):** uma reflexão à luz da Constituição da República de 1988. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-A3XHDU>. Acesso em: 18 set. 2019.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):** solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107525/318832.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 set. 2019.

SCHIWIND, Rafael Walbach; REISDORFER, Guilherme F. Dias. O decreto 8.428/15 e a nova regulamentação do procedimento de manifestação de interesse (PMI) no âmbito Federal. **Migalhas**, [S.l.], 30 abr. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI219690,11049-O+decreto+842815+e+a+nova+regulamentacao+do+procedimento+de>. Acesso em: 08 out. 2019.

SILVA, Luiz Alberto da. **A Teoria da Captura:** O dilema entre o interesse público e o interesse privado. 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=30185&idprograma=40001016051P7&anobase=2017&idtc=20>. Acesso em: 20 nov. 2019.