



FACULDADE BAHIANA DE DIREITO
Pós-Graduação em Direito

DANILO COSTA LUIZ

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE:

Reflexões e diálogos a luz da legislação brasileira.

Salvador- Bahia

2018



DANILO COSTA LUIZ

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE:

Reflexões e diálogos a luz da legislação brasileira.

Monografia, apresentada ao Programa de Pós Graduação em direito da Faculdade Baiana de Direito, como parte das exigências para a obtenção do título de Pós-Graduado em Direito Público.

Salvador- Bahia

2018

A Deus, que se mostrou criador, que foi criativo.
Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me
deu coragem para questionar realidades e propor
sempre um novo mundo de possibilidades.

RESUMO

O procedimento de manifestação de interesse (PMI) é o instrumento utilizado pela administração pública brasileira que permite a interação com o setor privado na fase de planejamento das concessões tradicionais de serviços públicos e parcerias público-privadas, por meio da apresentação ao Estado de estudos, investigações, levantamentos e projetos, que poderão embasar futura licitação. O presente trabalho destina-se a apresentar os principais aspectos do Procedimento de Manifestação de Interesse, tomando por base diálogos e discussões presentes na doutrina e jurisprudência acerca do instituto, sua regulamentação e inovações presentes no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, parte-se para a análise da constitucionalização do direito administrativo, a evolução da participação da iniciativa privada nos processos de parcerias público-privadas e as implicações que derivam da Constituição Federal de 1988, na base estrutural da Administração Pública à transição democrática com vistas a efetivação de direitos fundamentais e da participação democrática com base na consensualidade. Seu objetivo é viabilizar a modelagem de projetos de infraestrutura sem onerar os cofres públicos e sem requerer expertise técnica pública. Busca-se ressaltar o potencial democrático do instituto, levantando elementos cruciais para o atingimento de seu propósito, uns já abraçados pela prática administrativista, outros poucos ventilados. Concentramos nossas reflexões em quatro instrumentos que permitem a aproximação dos administrados na modelagem dos contratos de concessão administrativa e patrocinada, quais sejam, o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a consulta pública, a audiência pública e o roadshow.

Palavras-chave: Procedimento de Manifestação de Interesse, Constitucionalização do Direito Administrativo, Constituição da República de 1988, participação popular, Interesse público e privado sustentabilidade, concessões, parcerias público-privadas, transparência.

ABSTRACT

The Expression of Interest (PMI) procedure is the instrument used by the Brazilian public administration that allows interaction with the private sector in the planning phase of the traditional concessions of public services and public-private partnerships, through the presentation to the State of studies, investigations, surveys and projects, which may support future bidding. The present work is intended to present the main aspects of the Manifestation of Interest Procedure, based on dialogues and discussions present in the doctrine and jurisprudence about the institute, its regulations and innovations present in the legal order of the country. In order to do so, the analysis of the constitutionalisation of administrative law, the evolution of the participation of the private initiative in the processes of public-private partnerships and the implications deriving from the Federal Constitution of 1988, on the structural basis of the Public Administration for the democratic transition with views the realization of fundamental rights and democratic participation based on consensuality. Its objective is to enable the modeling of infrastructure projects without burdening the public coffers and without requiring public technical expertise. It seeks to emphasize the democratic potential of the institute, raising crucial elements for the attainment of its purpose, some already embraced by the administrative practice, others few ventilated. We focus our reflections on four instruments that allow the approximation of those managed in the modeling of administrative and sponsored concession contracts, namely the Expression of Interest Procedure (PMI), the public consultation, the public hearing and the roadshow.

Key words: Proceedings of Expression of Interest, Constitutionalisation of Administrative Law, Constitution of the Republic of 1988, popular participation, Public and private interest, concessions, public-private partnerships, transparency.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. UMA SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	9
2.1 Concessões e Direito administrativo no século XIX.....	9
3. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE	16
3.1 Delimitação Conceitual.....	16
3.2 Dinâmica do PMI	22
3.3 Principais características do PMI	26
4. O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	32
4.1 Princípios norteadores.....	38
4.1.1 Direito a participação	38
4.1.2 Interesse publico	41
4.1.3 Igualdade, isonomia, imparcialidade e impessoalidade.....	43
4.2 Regulamentação federal	44
5. CONSULTA PÚBLICA	48
5.1 Delimitação conceitual	48
5.2 Contratos de PPP	50
5.2.1 Prazos da consulta pública em contratos de PPP.....	52
5.2.2 A divulgação da consulta pública nos processos de elaboração de contratos de PPP.....	53
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	61

1.INTRODUÇÃO

A ideia inicial deste trabalho surgiu com a experiência profissional em Consórcios Públicos e Procedimentos de Manifestação de Interesse no interior do estado da Bahia. No atual momento em que o Estado brasileiro se encontra, a Administração Pública necessita do auxílio do Setor Privado para a efetivação das políticas públicas no Brasil e para melhorar a infraestrutura. As Concessões de Serviço Público e Parcerias Público-Privadas surgem nesse contexto como mecanismos de facilitar o desenvolvimento de obras e serviços no cenário nacional. O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é um instrumento potencial para institucionalizar o diálogo entre o setor público e o privado. Nessa via, esse estudo pretende analisar o PMI, suas características, origem, sua regulamentação e compatibilização com a legislação nacional, com comentários e discursões ressaltando seus benefícios para o Administrador Público.

A relevância do estudo é percebida em razão da crescente utilização do procedimento de manifestação de interesse no Brasil nos últimos anos. Observa-se que “grandes projetos de infraestrutura no Brasil já foram implementados – ou estão em vias de serem licitados – a partir da observância de um procedimento pré-contratual marcado pela colaboração dos interessados”.¹

Considerando a forma de organização proposta para a presente pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, visto que a partir de um conhecimento amplo e geral busca-se chegar às especificidades do tema para ao fim responder o problema proposto. O tipo de pesquisa é explicativo, uma vez que o enfoque consiste em conhecer, interpretar e relacionar o objeto de pesquisa, gerando hipóteses por meio de silogismo.

Cabe aqui atentar para a restrição do estudo nesse trabalho, o PMI apresenta-se como instrumento rico em conclusões e discursões, aqui buscou-se tratar principalmente das controvérsias e evoluções do instituto quando analisado frente a Constituição Federal de 1988, os princípios constitucionais, decretos e as principais divergências doutrinárias. Mesmo sabendo que grande parte das premissas, dos raciocínios e das conclusões deste

¹ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) – Os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada In: Revista Brasileira de Infraestrutura, n.º 2 – jul./dez. de 2012. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80807>>. Acesso em: 06 de dez. de 2017.

trabalho também seriam aplicáveis a outras espécies de contratos administrativos. Para tanto, recorreremos à pesquisa doutrinária e normativa e, quando necessário para demonstrar as aplicações práticas desses instrumentos, recorreremos também à jurisprudência.

No primeiro capítulo deste trabalho são apresentados um recorte histórico dos antecedentes históricos, conhecendo assim as nuances e eventos que antecederam ao surgimento do PMI, passando principalmente pelo momento de constitucionalização do direito administrativo, vivenciado com o advento da Constituição Federal de 1988, trabalha-se o surgimento das concessões e o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse.

No segundo capítulo são trabalhados os principais conceitos produzidos pela doutrina e jurisprudência acerca do tema pesquisado. Este capítulo destina-se a delimitar um conceito chave para o Procedimento de Manifestação de Interesse, aqui será tratado os diversos posicionamentos conceituais do PMI, suas divergências e os pontos de equilíbrio entre eles. Adentrando também a sua dinâmica, principais características e procedimentos. Já que as características do procedimento podem de um lado levar o administrador público ao atingimento do propósito democrático do referido instrumento, e por outro lado podem concatenar o desvirtuamento desta iniciativa.

Adentrando ao terceiro capítulo, nos depararemos com o objeto principal desse trabalho, qual seja a evolução e regulamentação do PMI no ordenamento jurídico brasileiro. Estuda-se aqui o procedimento de manifestação de interesse na administração brasileira, por meio da análise dos regimentos federais, e dos princípios constitucionais aplicados. Busca-se apresentar as principais divergências legislativas, os problemas doutrinários apontados acerca da interação entre o setor público e privado na tomada de decisões pelo Estado.

No quarto e quinto capítulo, faremos uma análise dos instrumentos de participação pré-contratuais previstos na legislação federal ou inseridos na praxe da Administração Pública, quais seja a consulta pública e a audiência pública, demonstrando os pressupostos legais que autorizam ou obrigam a sua adoção e seus modos de funcionamento, cumpre-nos delimitar os momentos específicos do processo de elaboração dos contratos de PPP que pretendemos abordar.

A presente pesquisa não pretende esgotar todo o conteúdo resultante do debate sobre o tema, mas sim, apresentar uma perspectiva ampla sobre um instrumento que se encontra em uso crescente no cenário da administração pública atual.

2. UMA SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Antes de adentrar a qualquer assunto de fato, principalmente no que tange os assuntos relacionados ao direito brasileiro, é de suma importância adentrarmos na análise dos antecedentes históricos, conhecendo assim as nuances e eventos que antecederam ao surgimento de tal instituto

As cogitações históricas, políticas e ideológicas não são, *enquanto tais*, atribuição específica dos juristas. Contudo, o Direito é fruto de produção cultural, longamente sedimentada, sendo por vezes impossível compreendê-lo sem situá-lo dentro da história. (SUNDFELD, 2010, p. 29)

O estudo do direito, não se restringe as cogitações jurídicas. Sendo necessário a busca em suas dimensões correlatas para compreender sua multidisciplinariedade em face da complexidade por ele apresentada.

O Procedimento de Manifestação de Interesse, imerso no instituto das concessões, “não se resume a uma modalidade de atuação jurídica da Administração, mas retrata certas necessidades econômicas e práticas do Estado.” (GUIMARÃES, 2012a, p. 16).

Acredita-se que parte de sua natureza se constitui em seus aspectos históricos e, em grande parte, são carreados aos seus novos institutos, como o Procedimento de Manifestação de Interesse, entende-se que “[a] hermenêutica das concessões, e dos contratos administrativos em geral, não deve se realizar enclausurada no ambiente puro do direito” (GUIMARÃES, 2012a, p. 16).

O presente tópico faz a exposição de aspectos contextuais históricos, econômicos e políticos que acompanharam o direito administrativo brasileiro e o instituto das concessões desde o século XIX, com o propósito de empenhar esforços para alcançar os melhores meios de interpretação do direito contemporâneo.

2.1 Concessões e Direito administrativo no século XIX

Importa ao interesse público que a ação administrativa não seja entorpecida em sua marcha, como aconteceria, se fosse outorgado ao poder judiciário (cujo característico é independência) o direito de ter a espada e a balança alçadas sobre a cabeça do Governo, chamá-lo todos os dias a Juízo, e atacá-lo de frente. (*Vicente Pereira do Rego, autor do primeiro livro de direito administrativo brasileiro, em 1860, §103, grafia da época*)

O surgimento do direito administrativo no Brasil, como ramo autônomo do direito, se deu em meados do século XIX, quando o governo vigente se estruturava como uma monarquia parlamentar constitucional, sob a égide da Constituição de 1824 e influxo dos princípios inspiradores da Revolução Francesa (DI PIETRO, 2002, p. 8-9).

O conteúdo do *interesse público* era vinculado ao *interesse do Estado*. Logo quando os interesses da Administração Pública estavam envolvidos em contenciosos, submetiam-se ao *Conselho do Estado* em última instância. À época, existia uma *jurisdição administrativa* para tratar dos conflitos entre os interesses privados e os interesses públicos (REGO, 1860, §9; RIBAS, 1866, p. 110), sem prejuízo da eventual intervenção do chefe do Poder Executivo. O julgamento da contraposição de interesses privados com o interesse do Estado era competência da jurisdição administrativa, e ao Poder Judiciário cabiam apenas às esferas penais e civis (RIBAS, 1866, p. 162).

Extrai-se da lição de Vicente Pereira do Rego (1860, §9): “Já vimos que a Administração contenciosa é a que julga os interesses privados que se prendem á ação administrativa. Abre-se o meio contencioso, todas as vezes que o interesse privado é ferido por uma decisão procedente d’uma autoridade que está sob a alçada do Conselho do Estado. ”

Ressaltado por Vicente Pereira do Rego (1860, §81), havia algo de enigmático em conceder à própria Administração o direito de julgar os seus interesses. Apesar de questionável essa era um fato não discutido, o que era previsível em decorrência do poder que revestia a Administração sobre os particulares, principalmente frente a hierarquia do seu Imperador:

A quem deverá, pois, pertencer o direito de julgar o contencioso administrativo? Julgar-se-á a Administração a si mesma? Não cabe aqui discutir estas questões, aliás de grande interesse. Limitar-nos-emos a indicar os argumentos invocados a favor da Administração para julgar o contencioso administrativo, como mais valiosos.

As passagens mostram direito administrativo iniciante, com uma autoridade desde já exercida pela Administração Pública. Há aqui uma construção doutrinária do direito administrativo brasileiro do século XIX, que defendia uma Administração Pública intocável até mesmo perante o Poder Judiciário e Legislativo.

Sob os primórdios do direito administrativo, Gustavo Binenbojm (2008, p.1-2) diz que não há como concebê-lo como se tivesse sido forjado com ideais liberais e com o propósito único de conter e submeter a Administração Pública à legislação. Segundo ele, contrariamente, a sua construção, parte de dentro da própria jurisdição administrativa francesa – e irradiando efeitos para o Brasil –, não defender as garantias e os direitos individuais, mas, após a queda do Antigo Regime, a imunidade do Poder Executivo diante dos demais poderes e do controle do cidadão.

O século XIX foi marcado pela autoridade do Estado sobre os cidadãos mesmo após a proclamação da república, que, quiçá, ensejou o exercício de uma autoridade ainda maior (BARBEIRO e CANTELE, 2008, p. 239-260), não seria errado sustentar que as primeiras características do instituto das concessões de bens para a exploração de serviços ao Estado, em território brasileiro, num sentido amplíssimo, foram inauguradas com as capitanias hereditárias. Afinal de contas, os donatários (concessionários) receberam a outorga real para explorar a terra descoberta, por conta e risco, desde que a povoassem e a protegessem, sob o risco de serem retomadas pelo reino (VICENTE DO SALVADOR, 1627, p. 23). No entanto, àquela época sequer existia a noção moderna de Estado, o que dizer de Administração Pública ou de serviços públicos. As referidas relações era mais negociais. Vale a transcrição:

Ao contrário do que muitas vezes se pode dar a entender, a gestão das infraestruturas no Brasil começou a ser feita preponderantemente pela iniciativa privada, mediante o instituto da concessão que adotava o sistema de custo, pelo qual o concessionário privado faria jus a receber em tarifa ou diretamente do Poder Público as quantias necessárias para cobrir os seus custos acrescidas de determinada margem de lucro.

Foi com a vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil que se começou a pensar sobre os serviços públicos de infraestrutura urbana. A nobreza portuguesa, não suportando o odor e a insalubridade na cidade do Rio de Janeiro, pressionou o rei para que tomasse providências. O rei, sem recursos para financiar as infraestruturas, apelou para os traficantes de escravos, que possuíam recursos, mas nenhum *status*, o que o Rei tinha de sobra para conceder-lhes (títulos de nobreza, recepções no palácio etc.). [...]

No Império, foram feitas as primeiras concessões, ainda baseadas na ideia de concessão para utilização do domínio público, sobretudo de ferrovias. O

primeiro marco legal sobre concessões foi a Lei Geral 641, de 1852, que autorizava o Governo Federal a conceder a construção e exploração de uma ferrovia entre as províncias do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, estabelecendo as seguintes cláusulas básicas: prazo de 90 anos para o “privilégio” de não haver outras linhas em 31 quilômetros de cada lado; cessão gratuita dos terrenos públicos necessários à construção da linha de ferro; poder de desapropriação sobre terras particulares; isenção do imposto de importação sobre os equipamentos e insumos necessários à prestação do serviço; direito de cobrar tarifa em valor não superior ao valor cobrado anteriormente nos demais meios de transporte, fixada em comum acordo com o Governo; garantia de rentabilidade mínima (garantia de juros) de 5% ao ano, devendo a concessionária, por outro lado, repassar ao Poder Concedente o que excedesse os dividendos de 8% ao ano e reduzir as tarifas; e direito de resgate e reversão da concessão ao Estado, observadas as condições contratuais. (ARAGÃO *in* RIBEIRO, 2011, p. xxiii-xxiv)

O instituto das concessões, resgataram, alguns diplomas normativos bastantes e até mais antigos. Assim sendo, o primeiro marco legal sobre concessões, diferente do que escreveu Alexandre dos Santos Aragão (*in* RIBEIRO, 2011, p. xxiii-xxiv), a “Lei Geral nº 641”, de 26 de junho de 1852. Há que se perceber que se tratava de *decreto específico* e não de *lei geral*. O próprio nome “Lei Geral” não consta dos registros oficiais do diploma, existiram inúmeros decretos específicos, como este no aspecto jurídico, em períodos anteriores ao ano de 1852. Cabendo aqui citar o Decreto nº 34/1833, Decreto nº 24/1835, do Decreto de 30 de junho de 1835 e do Decreto nº 101/1835, todos expedidos ao tempo do período regencial (entre a abdicação de Pedro I e a maioridade de Pedro II). A descrição é válida para contextualizar a origem das concessões no Brasil e reflete o que se encontrou de mais antigo sobre o tema.

O Decreto nº 24/1835, autorizou a concessão de privilégio a Companhia “Rio Doce”, ou outra companhia na falta dela, para navegar com barcos a vapor, ou superiores, pelos rios Doce e seus afluentes até a província da Bahia, esses barcos deveriam ser tripulados e hastear a bandeira brasileira. Foi autorizada cobrar taxas para a navegação em determinado trecho do Rio Doce. Além disso, concedeu-se à Companhia o privilégio de isenção sobre a importação de máquinas, barcos a vapor e artefatos de metal, também por cinco anos.

Seriam cedidos a Companhia gratuitamente, terrenos para que fossem construídas estradas, pontes, diques ou represas, segundo o referido decreto. Estabeleceu-se, ao fim dos quarenta anos, o direito de reversão dos bens ao Estado, sem indenização, obrigando-se a Companhia a entregar em bom estado. Sobre aquela concessão, ainda cabe frisar o trecho referente que valor do frete, do pedágio e do direito de passagem poderia ser fixado pela Companhia, mediante aprovação do Governo. E os terrenos cedidos à Companhia seriam revertidos ao Governo se, no prazo de sete anos, não houvesse a habitação por colonos europeus em escala superior a sessenta casas por légua quadrada.

O Decreto nº 101/1835, por sua vez, autorizou o Governo a conceder a uma ou mais Companhias, que fizerem uma estrada de ferro da Capital do Império para as de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia, o privilégio exclusivo, por quarenta anos, para o transporte de gêneros e passageiros.

Barão de Mauá foi o empreendedor brasileiro responsável pelas seguintes e principais concessões: a Companhia de Iluminação a Gás do Rio de Janeiro (1851), a Estrada de Ferro de Petrópolis (1852), a Estrada de Ferro Santos-Jundiaí (1855) e o cabo submarino para o sistema de telégrafos (1872), para ficar em quatro exemplos. Os historiadores relatam que a concessão do cabo submarino, marco inicial das comunicações telegráficas no Brasil, foi concedida a ele por influência do Barão do Rio Branco. Conta-se que, na inauguração, assistiram ao Imperador brasileiro enviar mensagens à rainha da Inglaterra e que, à época, “havia uma corrida de personalidades ilustres à cata de concessões oficiais que lhe permitissem ganhar dinheiro, inclusive com a transferência para terceiros” (ALZUGARAY, 1998, p. 24,29).

A vinculação de encargos sociais como dever do Estado brasileiro só ingressou no ordenamento jurídico através da Constituição Federal de 1934, que trouxe seção constitucional da Ordem Econômica e Social – um reflexo direto da socialização dos direitos consagrada na Constituição do México de 1917 e na Constituição alemã de Weimar, em 1919 (TÁCITO, 1997, p. 400). Ainda a respeito das concessões, a partir da década de 1930, houve um notável *declínio teórico e prático do instituto*, em prestígio à assunção da prestação desses serviços pelo próprio Estado brasileiro, com vistas, sob o aspecto de legitimidade constitucional, à efetivação dos direitos sociais.

O artigo 175 da Constituição Federal, foi o marco constitucional dos serviços públicos no Brasil, dispondo que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. ”

Pode-se dizer então que esse dispositivo, fundou os serviços públicos da forma que se apresenta na contemporaneidade, extraindo-se claramente as assertivas de que os serviços públicos são estatais, e que seu titular sempre será uma entidade pública e em regra sujeitos ao regime de direito público. (SILVA, 2012, p. 721); a titularidade do serviço público não significa que o Estado tenha que prestá-lo diretamente; antes, está obrigado a discipliná-lo e a promover-lhe a prestação, o que pode ocorrer por terceiros por ele confiados (BANDEIRA DE MELLO, p. 689). Sendo que desse ponto extrai-se o fundamento das concessões.

Quanto aos serviços públicos, Constituição Federal atribui a titularidade de alguns desses serviços aos entes federativos. Sem prejuízo as possibilidades de prestação em regime ordinário, quando for a opção mais coerente com o interesse público. O artigo 21 da Constituição Federal, a título de exemplo, em seus incisos XI e XII conferiram à União a competência privativa para a prestação de alguns serviços públicos, logo cabe a União presta-los diretamente ou, indiretamente, mediante delegação: (i) telecomunicações; (ii) radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (iii) serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidro energéticos; (iv) navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; (v) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; (vi) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; (vii) portos marítimos, fluviais e lacustres.

Quanto aos serviços públicos de titularidade exclusiva da União e cuja prestação é indelegável, também estão positivados no art. 21 da Constituição Federal, tais como: (i) defesa nacional; (ii) serviço postal e correio aéreo nacional; (iii) emissão de moeda; (iv) organização e manutenção da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal; (v) serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; (vi) defesa contra calamidades públicas; (vii) execução dos serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (viii) serviços e instalações

nucleares de qualquer natureza, em regime de monopólio sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados.

Segundo Bandeira de Melo, inexistente um rol exaustivo dos serviços públicos, (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 695), cabe ainda destacar a Lei Federal nº 7.783/1989, que dispõe acerca do exercício do direito de greve e elenca alguns dos serviços públicos essenciais, cuja prestação não pode ser interrompida, mesmo que a prestação não seja privativa do Estado.

Lei Federal nº 7.783/1989

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI - compensação bancária.

Como uma definição funcional, atualmente serviços públicos são considerados como aqueles sujeitos ao regime de direito público por força de lei, em tese, por sua concepção formal, em uma análise a luz direito administrativo do século XXI, os serviços públicos devem representar as utilidades indispensáveis à dignidade da pessoa humana,

diretriz máxima dos direitos fundamentais, da qual extrai-se, também, a busca pela efetivação das finalidades republicanas do Estado brasileiro.

3. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

3.1 Delimitação conceitual do PMI

O procedimento de Manifestação de Interesse pode ser de forma resumida conceituado como um procedimento administrativo atual que a estimula particulares a apresentarem estudos e projetos, por conta e risco, com o objetivando respaldar projetos de concessões comuns e de parcerias público-privadas.

A maior peculiaridade jurídica do Procedimento de Manifestação de Interesse é que não está regulamentado em pormenores pela lei, embora sua existência seja legalmente permitida. Trata-se de instituto que ganhou corpo com a prática administrativa. A sua regulamentação é espraiada pela Administração Pública, porquanto resultante em maior parte de decretos regulamentadores. Daí a dificuldade, senão impossibilidade, para extrair elementos conceituais definitivos para o Procedimento de Manifestação de Interesse. É instituto ainda em desenvolvimento, embora com bases definidas. SCHIEFLER, 2013,p. 125)

Em conceito amplo O PMI seria um procedimento administrativo consultivo, que se sujeita ao regime de direito público, destacando os princípios e valores da Constituição Federal, utilizado pela a Administração Pública, que organiza, regulamenta e oportuniza aos particulares, elaborarem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas, em regra por via de concessão comum e de parceria público-privada, sendo que necessário que sejam apresentados estudos e projetos específicos, com diretrizes predefinidas, úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem garantia de ressarcimento pelos dispêndios, adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, inexistindo também vantagem formal de um participante sobre outros.

SCHIEFLER que propõe o seguinte:

O Procedimento de Manifestação de Interesse, como instituto de direito administrativo, está condicionado à observância das normas de direito público.

Além das regras propriamente ditas, veiculadas em lei ou em decretos regulamentadores, a condução do Procedimento de Manifestação de Interesse subordina-se aos valores e aos princípios norteadores da atividade administrativa, com destaque para a conteúdo normativo da Constituição Federal. Dentre esses princípios, reconhece-se com maior ênfase a irradiação de efeitos jurídicos daqueles já conhecidos da doutrina das licitações públicas, que, como o Procedimento de Manifestação de Interesse, também é procedimento administrativo fundado na isonomia e na busca de soluções para o interesse público. Os princípios pertinentes às licitações públicas aplicam-se em sua maioria ao Procedimento de Manifestação de Interesse, pois emanam efeitos para todos os processos de contratações públicas, incluindo, por evidência, as concessões comuns e parcerias público-privadas. (SCHIEFLER, 2013, p. 303- 304)

Existem diversas nomenclaturas no ordenamento brasileiro, que designam o procedimento de elaboração de estudos para contratos públicos desenvolvido com a colaboração dos administrados, com fulcro no artigo 21 da Lei nº 8.987/1993 e no artigo 31 da Lei no 9.074/1995. Podemos aqui destacar o procedimento de manifestação de interesse)², manifestação de interesse privado (MIP)²⁵, solicitação de manifestação de interesse (SMI)²⁶, propostas não solicitadas (PNS)²⁷, o procedimento de autorização dos estudos (PAE)²⁸. Existem diplomas que também fazem uso duas ou mais nomenclaturas ao referirem ao mesmo instrumento³.

Segundo, Juliana Bonacorsi de Palma:

Outras formas de participação dos particulares na estruturação dos projetos de infraestrutura [...] correspondem ao procedimento de manifestação de interesse (PMI) e à apresentação de propostas não solicitadas (PNS) no curso do procedimento interno. [...] A diferença fundamental entre ambos corresponde à iniciativa da participação administrativa. No PMI a iniciativa é do

² Fazem uso da expressão —procedimento de manifestação de interessell os seguintes diplomas: Decreto nº 16.002/2015, do estado do Piauí; Decreto nº 45.294/2015, do estado do Rio de Janeiro; Decreto nº 25.422/2015, do estado do Rio Grande do Norte; Decreto nº 1.242/2015, do estado do Pará; Decreto nº 36.554/2015, do Distrito Federal; Resolução nº 002/2013, do estado do Rio Grande do Sul; Resolução nº 01/2012 CGPB, do estado da Paraíba; Decreto nº 6.823/2012, do estado do Paraná; Decreto nº 16.559/2012, do estado de Rondônia; Decreto nº 962/2012, do estado de Santa Catarina; Decreto nº 2.889-R/2011, do Espírito Santo; Decreto nº 7.365/2011, do estado de Goiás; Decreto nº 926/2011, do estado do Mato Grosso; Decreto nº 12.653/2011, do estado da Bahia; Decreto nº 30.328/2010, do estado do Ceará; Resolução nº 001/2008, do estado de Sergipe; e Decreto nº 44.565/2007, do estado de Minas Gerais.

³ Podemos citar como exemplo o Decreto do estado do Rio de Janeiro nº 45.294/2015, de 24 de junho de 2015, o qual alberga tanto a expressão —procedimento de manifestação de interessell (artigo 5º, inciso I) quanto a denominação —manifestação de interesse privadoll (artigo 5º, inciso II).

Poder Público, que publica um ato – geralmente intitulado —chamamento público— – convidando a apresentação de projetos, estudos, dados, levantamentos e demais informações úteis à modelagem do projeto. No caso das propostas não solicitadas, é o particular interessado que apresenta, por vontade própria, projetos, estudos, dados, levantamentos e demais informações úteis à modelagem do projeto.⁴

Para Livia Wanderley de Barros Maia Vieira e Rafael Roque Garofano:

[...] A Administração tanto pode provocar um chamamento público para que os interessados possam apresentar propostas em condições previamente estabelecidas (Procedimento de Manifestação de Interesse), como pode facultar ao próprio particular que apresente sugestões de —com— deve ser prestado um serviço ou obra pública, na maior expressão de colaboração – as Propostas Não Solicitadas.⁵

Nos casos de iniciativa do Poder Público, Tarcila Reis e Eduardo Jordão optam por designar como PMI, sendo MIP a designação utilizada nos casos em que a iniciativa é do setor privado⁶. Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Mário Márcio Saadi Lima, afirmam que:

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

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

O PMI provocado, também conhecido como MIP, seria iniciado a partir da provocação do particular interessado, mediante requerimento de autorização

⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.).

⁵ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e de propostas não solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura* – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80807>>. Acesso em: 16 nov. 2017. p. 184.

⁶ REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 207-232. p. 208.

endereçado ao órgão ou entidade competente, para realizar os estudos e preparar os documentos que possam embasar a outorga.⁷

Há, contudo, uma variedade de nomenclaturas utilizadas nos diversos diplomas normativos, a doutrina ao tratar do tema insiste em uma classificação, que por esses e outros motivos não restará em sucesso. Sendo mais plausível adotar um só nome para designar o procedimento de elaboração de contratos público, e a partir daí, estudar as nuances desse instituto.⁸

Nesse sentido Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer também anota que —*Não há, pelo menos por enquanto, uniformidade terminológica em torno destas figuras. No âmbito do presente artigo, serão adotadas as expressões PMI e PNS. [...] as PNS também nsão denominadas como 'manifestação de interesse da iniciativa privada – MIP [...] ou 'PMI espontâneo[...].* REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-206. p. 188.)

As normas, apesar de adotarem igual nomenclatura possuem procedimentos, distintos, aqui cabe ressaltar que em grande maioria aos privados cabe apenas apresentar os *pedidos de autorização* para o desenvolvimento de estudos, e não *estudos propriamente prontos*. A partir desse pedido, a Administração nega a autorização, confere a autorização apenas ao solicitante ou oportuniza aos demais interessados. Assim, portanto, estaríamos diante de uma PNS⁹

A doutrina sobre o tema, traz algumas tentativas de conceituação do PMI. Segundo Vera Monteiro:

⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. O procedimento de manifestação de interesse. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 153-176. p. 159-160. Destaque original.

⁸ Nesse sentido Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer também anota que —*Não há, pelo menos por enquanto, uniformidade terminológica em torno destas figuras. No âmbito do presente artigo, serão adotadas as expressões PMI e PNS. [...] as PNS também nsão denominadas como 'manifestação de interesse da iniciativa privada – MIP [...] ou 'PMI espontâneo[...].* REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-206. p. 188.)

⁹ A partir desse pedido, a Administração (i) nega a autorização, (ii) confere a autorização apenas ao solicitante ou (iii) oportuniza aos demais interessados. Nesses casos, estaríamos diante de uma PNS?

PMI é espécie de procedimento administrativo, inaugurado e conduzido por órgão público (da administração direta ou indireta), para obter, de interessados, estudos, dados informações, projetos, enfim, informações técnicas sobre determinado negócio de interesse público e privado¹⁰

Conceituação que, não se apresenta integralmente correta, visto que, em consonância com as regulamentações e o próprio artigo 5º da Lei de Processo Administrativo: —*O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado*. Por isso, não nos parece correto dizer que o procedimento é inaugurado por órgão público, visto que essa inauguração também pode se fundar da iniciativa de particulares.

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Mário Márcio Saadi Lima:

O hodiernamente denominado —Procedimento de Manifestação de Interesse – PMIII configura-se como instrumento pelo qual pessoas físicas e jurídicas formalizam seu interesse em propor estudos, projeto e soluções para o Poder Público, com o objetivo de embasar a realização de licitações para outorga de concessões ou permissões.¹¹

Para Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer:

O procedimento de manifestação de interesse e os procedimentos relativos às propostas não solicitadas correspondem a figuras de caráter processual por meio das quais os particulares submetem à Administração Pública, desde investigações, estudos e levantamentos preliminares até projetos de interesse público contratáveis.¹²

Aqui não nos parece adequada uma diferenciação do procedimento em procedimento de manifestação de interesse e procedimento relativo à proposta não solicitada, principalmente sobre porque a separação em PMI e PNS não é aderente com

¹⁰ MONTEIRO, Vera. Contratação de serviço de consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: qual o melhor caminho? In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 143-152. p. 145.

¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. O procedimento de manifestação de interesse. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 153-176. p. 154. Sublinhamos.

¹² REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-206. p. 187. Sublinhamos.

as a maioria das normas regulamentadoras do procedimento⁴¹, nem mesmo com o Decreto Federal.

A conceituação proposta por Livia Wanderley de Barros Maia Vieira e Rafael Roque Garofano, as PMI e PNS:

[...] podem ser conceituadas como manifestações, solicitadas ou espontâneas, na fase pré-contratual, em que a iniciativa privada coopera com subsídios para a realização de uma atribuição pública que tende a ser executada em colaboração com um particular [...].¹³

Para Mario José Pace Junior, o PMI:

[...] é o procedimento de seleção utilizado pela Administração Pública para a escolha discricionária de possíveis interessados (pessoas físicas ou jurídicas) em apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações, os quais, dependendo da conveniência do órgão interessado, poderão ser utilizados total ou parcialmente para modelagens de PPPs, sendo que a remuneração somente se aperfeiçoará após a definição e pelo licitante vencedor da licitação da concessão.¹⁴

Diante das diversas tentativas de classificação, aquela que nos parece mais plausível é a de Juliana Bonacorsi de Palma, que afirma que:

Qualquer tentativa conceitual minimalista dos instrumentos de participação dos —particulares interessados— na elaboração de projetos de PPP – PMI e PNS – é despicienda. Uma conceituação jurídica depende da estrita investigação de regime jurídico e da prática do instituto objeto de análise. Como analisei, o direito administrativo brasileiro não comporta um modelo uniforme de mecanismos de participação de particulares interessados na elaboração de projetos de PPP e, mais, trata-se de um modelo em experimentação.¹⁵

¹³ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e de propostas não solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura* – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80807>>. Acesso em: 16 nov. 2017. p. 192.

¹⁴ PACE JUNIOR, Mario José. *O processo de manifestação de interesse – PMI e o devido processo legal (Lei n. 11.079/04 e Decreto n. 5.977/06)*. 2013. 82 f. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 41.

¹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.).

Assim analisando, podemos resumir como os procedimentos administrativos, que objetivam colher contribuições dos administrados no processo de elaboração de contratos de PPP, fundado em preceitos e princípios constitucionais e na Lei de PPP, na Lei de Processo Administrativos, nos artigos 21 da Lei nº 8.987/1995 e 31 da Lei nº 9.074/1995.

[...] PMI, traduzidos na ideia de se permitir, antes da fase de contratação, a possibilidade de empresas privadas apresentarem estudos, projetos, levantamentos, investigações que poderão ser, futuramente, utilizados pelo Poder Público para modelar o objeto.¹⁶

3.2 Dinâmica do PMI

O PMI é sem dúvidas, procedimento administrativo que visa a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos relativos à estruturação de projetos públicos, afirmação essa que se extrai do artigo 2º da Lei nº 11.922/2009. Esse procedimento pode ser¹⁷ regulado pelos Poderes Executivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e inicia-se em regra com uma autorização, conferida com fulcro no princípio da autonomia contratual. É de fato um processo autônomo, que não necessariamente culminará em um processo licitatório¹⁸.

Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113-142. p. 121.

¹⁶ GARCIA, Flávio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o procedimento de manifestação de interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95992>>. Acesso em: 11 nov. 2017. p. 3. Conforme veremos no subcapítulo 5.2, essa definição não se distancia daquela constante do Projeto de Lei nº 559/2013: —XLIV - procedimento de manifestação de interesse - processo administrativo de chamamento público destinado à apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a Administração Pública na estruturação de empreendimentos de interesse público; Acesso em 2 dezembro de 2017.

¹⁷ —O reconhecimento da natureza procedimental do PMI termina por afirmar o princípio do contraditório no relacionamento entre Poder Público e particulares quando da elaboração de projetos de PPP. Isso significa, em termos operacionais, que se constrói efetivo debate em torno dos estudos, levantamentos e propostas apresentados pelo particular interessado visando à melhor modelagem do projeto de PPP. Tal compreensão do PMI parte novamente do pressuposto de que este procedimento não consiste em uma licitação alternativa de projetos em que a Administração não arca com os custos. O contraditório, inerente a qualquer processo conduzido pela Administração Pública, determina o **direito de resposta** do Poder Pública aos particulares [...]. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113-142. p. 125. Destaque original.

¹⁸ Causa estranhamento a afirmação proferida pelo ministro Relator Walton Alencar Rodrigues no sentido de que —Mesmo a elaboração de minutas de edital e de contrato de concessão pode ser objeto de estudos preliminares, bastando que a decisão seja, ao final, tomada pelas autoridades regulatórias, ainda que estas

O PMI, apesar de receber um grande número de processos administrativos, não necessariamente se findará com uma licitação, podendo assim ficar integrado ao processo administrativo licitatório, junto com as outras documentações relativas à preparação da concessão. Entende-se que o PMI não tem a natureza de procedimento propriamente competitivo, pois

[...] a ampla participação propiciada pelo teor da Lei federal de processo Administrativo parte do pressuposto de que o PMI consiste em efetiva arena de diálogo entre Poder Público e privado, e não mera licitação alternativa de projetos.¹⁹

Para determinar a natureza do procedimento como competitivo, não basta o fato de a autorização ser conferida, em grande parte vezes, sem exclusividade²⁰. O objetivo de

venham a se basear nos subsídios fornecidos pelo estudo em questão para a tomada de decisão. Juridicamente, isso **não configura que o autor do estudo terá 'participado da fase interna de licitação'**.ll. TCU, nos autos do TC nº 012.687/2013-8. Plenário. 8, Relator: Walton Alencar Rodrigues, Data da sessão: 28 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20151103/AC_2732_43_15_P.doc>. Acesso em: 7 jan. 2018. Destaque original. Entendemos que o autor dos estudos participa — e participa ativamente — da fase interna da licitação, quando os estudos desenvolvidos em sede de PMI são aproveitados na concorrência.

¹⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Governança pública nas parcerias público-privadas: o caso da elaboração consensual de projetos de PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 113-142. p. 124. Diferente, parece-nos, o regime das *unsolicited proposals* e dos diálogos concorrenciais (ou competitivos) do direito europeu. Os diálogos concorrenciais, previstos na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, são, em termos gerais, processos públicos que envolvem o debate sobre a definição do escopo, das obrigações e da melhor forma de contratação. São fortemente marcados por etapas de negociação contratual (pré e pós-adjudicatórias) que —[...] *todos os países integrantes da União Europeia tem o dever de implementar, em seus respectivos processos de contratação pública* [...].ll. MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado. *Revista de Contratos Públicos*, ano 2, n. 2, set./fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=86115&idPublicacao=66>>. Acesso em: 7 jan. 2018. Já as *unsolicited proposals*, no entendimento de Bruno Gazzaneo Belsito, seriam mais semelhantes ao nosso PMI justamente por se configurarem como —*expedientes não concorrenciais*.ll. BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O procedimento de manifestação de interesse/PMI na estruturação de contrato de concessão: exame crítico e proposta de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro*. 2015. 319 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 112-162.

²⁰ Bruno Gazzaneo Belsito entende que —*O PMI é um instrumento de caráter concorrencial*.ll. BELSITO, Bruno Gazzaneo. *O procedimento de manifestação de interesse/PMI na estruturação de contrato de concessão: exame crítico e proposta de aperfeiçoamento do instrumento no direito brasileiro*. 2015. 319 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 303. Gustavo Henrique de Carvalho Schiefler é enfático ao afirmar que o PMI —[...] *desloca a competição entre os particulares interessados em contratar com a Administração Pública a uma etapa anterior à licitação* [...]. 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. 500 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. p. 197. Nesse sentido, vide também a manifestação do ministro Weder de Oliveira, para quem —*A via da autorização para obtenção desses estudos é, sem nenhuma dúvida, um processo competitivo*

um PMI deve ir além do mero ressarcimento. Como destaca Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer:

[...] instrumentos como o PMI e a PNS fundamentam-se em um conjunto de vantagens possíveis ao Poder Público. Em primeiro lugar, o recurso a essas figuras se justifica em relação da economia de tempo e de recursos. [...]. Em segundo lugar, tais procedimentos permitem um diagnóstico de mercado. [...]. Em terceiro lugar, esses procedimentos propiciam maior controle sobre as interações havidas com os particulares interessados. [...].

Em síntese, esses procedimentos permitem compatibilizar os objetivos de aperfeiçoamento da atividade administrativa e de persecução da eficiência, de um lado, com a institucionalização de regras e de controle sobre o diálogo estabelecido com os particulares interessados. Não é excessivo dizer que o caráter procedimental da interlocução entre os interessados e o Poder Público constitui, enfim, um reforço da garantia de legalidade, na medida em que opera inclusive como compensação da discricionariedade administrativa usualmente característica à concepção de empreendimentos de interesse público.²¹

Nesse diapasão, o ministro Weder de Oliveira, se coloca afim de enxergar competição entre os estudos, e não entre as empresas:

[...] Ainda em relação ao argumento da EBP, é bom frisar que, realmente, o vetor determinante para a outorga da autorização não é a competitividade'. Mas a competitividade é o aspecto mais relevante na seleção de estudos que subsidiarão os processos licitatórios de outorgas. E tais estudos, por óbvio, decorrem das autorizações que foram concedidas. Menos autorizações concedidas implicarão menos estudos e, por conseguinte, menor competição e redução do leque de opções apresentadas ao poder público.

Ressalto: a competitividade desejada não se dá entre empresas, mas entre diferentes estudos produzidos por várias empresas.²²

qualitativo.ll. TCU. Acórdão nº 1.155/2014, TC nº 012.687/2013-8. Plenário. Relator: ministro Weder de Oliveira. Sessão de 7 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140522/AC_1155_15_14_P.doc>. Acesso em: 10 dez. 2017. p. 47.

²¹ REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-206. p. 190-191. Sublinhamos.

²² TCU. Acórdão nº 1.155/2014, nos autos do TC nº 012.687/2013-8. Plenário. Relator: ministro Weder de Oliveira. Sessão de 7 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/>

Porém, cabe aqui reconhecer que esse posicionamento não é, exatamente por utilizar diferentes critérios ao qualificar a natureza do procedimento. Temos para nós que, se tivermos que selecionar algum critério para determinar a natureza do procedimento. Com base em todo visto até aqui nessa pesquisa, podemos afirmar que a natureza do PMI é de processo colaborativo, e não competitivo, e visa direcionar o seu uso corretamente. Processo colaborativo no qual serão estabelecidas relações contratuais atípicas com um ou com mais autorizados, e esses vínculos relacionais entre os particulares e o Poder Concedente, estabelecidos no interior dos PMIs, serão dotados de caráter colaborativo.

Na prática o PMI pode ser um processo competitivo de fato, porque alguns chamamentos preveem a autorização única. Segundo o posicionamento do ministro Walton Alencar Rodrigues, proferido no Acórdão nº 1.155/2014:

O sentido da expressão —autorização, contido no art. 21 da Lei 8.987/95, nada tem que ver com o típico ato discricionário, a facultar a realização de atividades, ou a utilização de bens públicos, no interesse predominante de determinado particular.

Na verdade, não seria possível apreender o sentido real do dispositivo legal sem inseri-lo no contexto em que ele será aplicado. Tampouco seria possível, atualmente, analisar isoladamente o ato administrativo, sem considerar que ele será praticado dentro de procedimento administrativo que, por isso mesmo, deve observar, com rigor, os ditames constitucionais.

Ademais, é preciso sempre lembrar que, na atual concepção de Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal passa a ser núcleo irradiador de toda a normatividade estatal, com forte impacto no direito administrativo moderno, que deixa de ter em seu núcleo o ato administrativo para consagrar o processo administrativo.²³

judoc/Acord/20140522/AC_1155_15_14_P.doc.>. Acesso em: 10 dez. 2017, em especial o voto do ministro Weder de Oliveira. Sublinhamos.

²³ Acórdão nº 1.155/2014, nos autos do TC nº 012.687/2013-8. Plenário. Relator: ministro Weder de Oliveira. Sessão de 7 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140522/AC_1155_15_14_P.doc>. Acesso em: 10 dez. 2017. p. 3. Destaque original, sublinhamos. No caso em tela, o ministro concluiu pela inexistência de danos ao erário e recomendou a regulamentação da matéria, nos termos do disposto no Acórdão

Para o ministro, não se pode reduzir o processo de manifestação de interesse a um mero ato de autorização. Preocupando-se também em registrar que os atos administrativos não devem ser —autistas²⁴, mas desenvolvidos fundados em um processo orientado pelos princípios constitucionais e firmado no dialógico. Afirma ainda que —[...] o ato administrativo [...] será praticado dentro de procedimento administrativo [...]”²⁵. Procedimento administrativo esse que se faz como um vínculo relacional colaborativo bilateral, ou multilateral (Administração Pública e vários autoritários).

Concluimos ainda com a necessária distinção, entre o PMI e as chamadas autorizações. O PMI é um procedimento de natureza colaborativa, distanciando-se da competição. Ao passo que as autorizações são contratos administrativos atípicos estabelecidos no interior desse procedimento onde os vínculos ali firmados possuirão esse mesmo caráter colaborativo.

3.3. Principais características do PMI

O procedimento de manifestação de interesse (PMI) surge no bojo da administração pública consensual, marcada pela adoção de “técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva unilateral da Administração Pública”.²⁶

É um instrumento presente na Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos²⁷ possibilitando à administração pública obter do setor privado estudos, investigações, levantamentos e projetos, para embasar a modelagem de futura contratação. Objetiva a legitimidade das decisões, através da participação dos interessados, visando alcançar uma atuação estatal eficiente por meio da colaboração privada. A necessária eficiência na administração pública deixou de ser uma dúvida, com

²⁴ Sobre o tema, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113

²⁵ Acórdão nº 1.155/2014, nos autos do TC nº 012.687/2013-8. Plenário. Relator: ministro Weder de Oliveira. Sessão de 7 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140522/AC_1155_15_14_P.doc>. Acesso em: 10 dez. 2017, p. 84. Destaque original, sublinhamos.

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 22

²⁷ 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).

Emenda Constitucional nº 19/98, que incluiu de forma expressa a eficiência como princípio informador da atuação administrativa²⁸.

A conceituação de eficiência engloba “vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade.”²⁹ No exercício de suas funções o administrador público, tanto em relação ao Estado quanto no que se refere aos cidadãos “deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis”³⁰.

Na administração gerencial moderna, segundo preceitua Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Abandona-se a ideia de que a gestão da coisa pública basta ser eficaz, ou seja, consista apenas em desenvolver processos para produzir resultados. A administração pública gerencial importa-se menos com os processos e mais com os resultados, para que sejam alcançados com o menor custo, no mais curto lapso de tempo e com a melhor qualidade possíveis.³¹

A Lei 8.987/95 foi editada, em que se contexto onde se discutia a forma de atuação estatal, admitindo-se importância da colaboração privada também na fase de planejamento das contratações públicas, o que foi positivado no art. 21, 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.

²⁸ Sobre a importância do princípio, leciona Onofre Alves Batista Júnior que o princípio da eficiência “vem em socorro ao Direito Administrativo, como vetor instrumental reitor da atuação administrativa, para configuração de uma AP que possa dar atendimento aos auspícios maiores cravados na Carta Constitucional, que coloca como valor fulcral a dignidade da pessoa humana e que firma como programa a edificação de um Estado Democrático de Direito. Favorece, assim, o traçado de um Estado que não pode entregar para a sociedade civil a responsabilidade pelo atendimento dos mínimos existenciais, mas que, ao contrário, deve assumir sua missão fundamental e se estruturar para o cumprimento de seu desiderato fulcral de atendimento das necessidades sociais”. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 538)

²⁹ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100

³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 375.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, out./dez. de 1998. p. 39.

Ainda sendo relevante as palavras de Augusto Neves Dal Pozzo eliminando dúvidas acerca da nomenclatura ao afirmar que:

Procedimento de Manifestação de Interesse, nessa perspectiva, é um rótulo convencionado para identificar o conjunto de normas que estabelece o rito procedimental a ser observado pela Administração sempre que pretender obter da iniciativa privada colaboração técnica para modelagens de concessões e Parcerias Público-Privadas. (2014, p. 57)³²

O procedimento de manifestação de interesse, visa uma atuação legítima, transparente e eficiente, em consonância com os princípios informadores da atuação estatal. E visa promover a participação de pessoas físicas ou jurídicas estranhas ao aparato estatal nas etapas prévias à celebração dos acordos. O instrumento permite que a atuação estatal, amparada nas diversas informações e opiniões colhidas no setor privado, exigindo ainda, publicidade dos atos e fundamentações clara das decisões, permitindo visibilidade e controle das soluções escolhidas pela administração. Além de que adicionou eficiência, solucionando os limites de projetos estruturantes e dilemas relacionados a escassez de recursos orçamentários em grandes projetos, tudo isso ao agregar a utilização dos conhecimentos, técnicas e ideias do setor privado na modelagem de licitações e contratação públicas.

A Lei 8.666/93 já previa a atuação privada, consensualmente, através da submissão do edital à audiência pública em licitações ou para conjuntos de licitações simultâneas ou sucessivas, cujo o valor estimado fosse superior a cem vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" da lei (um milhão e quinhentos mil reais).³³ Com audiências públicas, busca-se “assegurar a transparência da atividade administrativa, permitindo-se a ampla discussão do administrador com a comunidade”³⁴. Logo:

³² DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

³³ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados (BRASIL, 1993).

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos*. 2014. p. 700.

Deve-se ter em conta que a audiência busca esclarecer à sociedade acerca do objeto licitado e fornece aos administradores informações que contribuam para o processo de tomada de decisão de modo a melhor atender aos anseios sociais. Entretanto, não é seu pressuposto de validade que todos os participantes do evento saiam satisfeitos com as respostas ou convencidos da necessidade da realização da licitação³⁵.

Tidas como o embrião do PMI, as audiências públicas presentes no artigo 39 da Lei 8.666/93 podem ser “em momento posterior à opção administrativa pelo modelo de concessão e à definição do objeto e da ‘melhor’ formatação para a parceria a ser celebrada com a iniciativa privada”.³⁶ A moderna concepção de atuação administrativa valoriza a colaboração privada, evitando assim, eventuais equívocos que uma decisão unilateral poderia gerar, o que contribui para a formação de uma decisão mais completa e eficiente, embasada em ampla discussão e ponderação dos interesses envolvidos.³⁷ Assim:

Abandona-se a perspectiva de que o próprio ente contratante tem a solução para todo e qualquer projeto estruturante dotado de maior complexidade e inicia-se um saudável percurso de construção coordenada, coletiva e consensualizada do objeto, com a participação direta dos operadores econômicos, sociedade e usuários; afinal, serão estes diretamente afetados pelos impactos que contratos de infraestrutura duradouros podem produzir ao longo dos anos. O acréscimo de *legitimidade, transparência e democratização* da escolha pública regulatória contratual é evidente, porquanto objeto de relações dialógicas que amadurecem e qualificam a racionalidade do processo decisório e das opções eleitas conformadoras do interesse público. Reduz-se, em alguma medida, a relação assimétrica típica das imposições unilaterais e imperativas do Direito Administrativo de matriz francesa, com a compreensão

³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.100/2005. 1ª Câmara. Rel. Ministro Marcos Bemquerer Costa. Sessão: 7 de junho de 2005.

³⁶ VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Infraestrutura* – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 2 jul. / dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=80807>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

³⁷ MELO, Cristina Andrade. A participação popular nos contratos administrativos. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÉDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45.

contemporânea de que o interesse público não é mais homogêneo, tampouco unitário.³⁸

As novas tecnologias, sua complexidade e o custo elevado da elaboração de projetos de infraestrutura complexos que envolvem conhecimentos interdisciplinares. Dentre outros fatores, reforçam os governos que não possuem capacidade técnica e financeira suficientes para identificar, priorizar, preparar e adquirir projetos relacionados a obras e serviços, públicos ou não. Marçal de Justen Filho, adverte que a preparação inadequada de um projeto se reflete em uma contratação com diversos impasses e problemas, logo pode-se afirmar que a principal questão para a realização satisfatória de um contrato administrativo é eliminar a ocorrência de dificuldades futuras, sendo “imprescindível dedicar à etapa interna preliminar a atenção adequada e necessária.”³⁹ Reafirmando que:

A experiência mostra que a maioria dos projetos de infraestrutura que se revelaram infrutíferos tiveram como causa principal a falta de planejamento adequado. A insuficiente reflexão acerca dos aspectos jurídicos, econômicos e operacionais que norteiam os referidos projetos propiciou um indesejável afastamento do interesse público protegido, gerando gargalos no setor, os quais atormentam a vida cotidiana dos particulares. É preciso enfatizar a fase de planejamento da modelagem, pois não resta dúvida que seu aperfeiçoamento propicia a obtenção dos resultados pretendidos e a diminuição drástica dos problemas ocorridos durante a execução contratual. Já dizia o velho brocardo: “é melhor prevenir do que remediar”.⁴⁰

Para Gustavo Henrique Carvalho Schiefler o PMI é:

O procedimento administrativo consultivo, sujeito ao regime de direito público, com ênfase para os princípios e valores da Constituição Federal, por meio do qual a Administração Pública organiza em regulamento a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas, geralmente por via de

³⁸ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=181532>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 203.

⁴⁰ DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 63.

concessão comum ou de parceria público-privada, requerendo, para tanto, que sejam apresentados estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem que seja garantido o ressarcimento pelos respectivos dispêndios, a adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, tampouco qualquer vantagem formal do participante sobre outros particulares⁴¹.

A participação privada na fase inicial da licitação (planejamento e preparação) não é nova, visto que geralmente a administração não possui informações necessárias para construir a soluções que atenda suas demandas e as demandas sociais. Dessa forma, o PMI aparece como um instrumento potencial para dinamizar a atividade administrativa ao passo em que promove ao setor privado contribuir nas soluções acerca das formas eficazes para atingir determinado interesse público. Soluções e projetos “que são muitas vezes de forma velada, ou simplesmente informalmente, oferecidas ao Poder Público como instrumento para demonstração das suas vantagens e estímulo ao engajamento na sua execução.”⁴² Nesse ponto, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler defende os benefícios do PMI, e afirma que:

Caso não haja uma regulamentação para institucionalizar a forma como esse auxílio é prestado pelos particulares, os estudos e os projetos com vistas à estruturação de licitações públicas continuarão sendo oferecidos e aceitos pela administração pública sem qualquer processualização, sem qualquer transparência, sem qualquer isonomia, sem qualquer controle – o que tende à corrupção e não guarda conformidade com o ordenamento.⁴³

Ao definir as finalidades almejadas com a implementação do empreendimento por meio do Estado, caberá agora ao, o setor privado apresentar os projetos e apontar as adequadas soluções com base nos estudos e informações por eles adquiridas e, após analisar, caberá a administração decidir pela opção mais adequada ao interesse público⁴⁴. A institucionalização de um procedimento em que os interessados apresentem estudos, investigações, levantamentos e projetos com previsão de regras de

⁴¹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro: 2014. p. 97

⁴² RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 333.

⁴³ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro: 2014. p. 148.

⁴⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011p. 169

transparência, publicidade e ampla participação ressalta a preocupação com a lisura do diálogo público-privado.

Merece destaque entre as características o fato de que o particular tem responsabilidade exclusiva na elaboração dos estudos, além de estar ausente toda e qualquer obrigatoriedade de remuneração pelas propostas apresentadas, já que essa é um encargo do vencedor da licitação, ausente também o direito à realização de certame para contratação do objeto do PMI. Dentre as características cabe ressaltar que é possível, a princípio que os particulares autores dos estudos participem de eventual licitação⁴⁵, sem que lhes reconheça qualquer vantagem formal na licitação⁴⁶; A administração pública edital de chamamento público para que os particulares interessados requeiram autorização para realizar estudos, investigações, levantamentos e projetos sobre determinado empreendimento e, ao final, seleciona as propostas adequadas⁴⁷, sendo possível a escolha de mais de um estudo, ou que sejam selecionados apenas algumas partes, existindo ainda a possibilidade de que a administração não adote nenhum dos estudos apresentados.

O PMI é um hábil para facilitar à participação do cidadão “que assume posturas proativas perante uma Administração Pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade”⁴⁸. Sendo elemento de efetivação de uma participação cidadã, “em que os participantes têm voz ativa na condução da função administrativa, de forma a legitimar as decisões estatais a partir de suas manifestações”.⁴⁹

4. O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

⁴⁵ Observa-se que os decretos e editais podem prever a impossibilidade de participação na futura licitação.

⁴⁶ Embora não sejam concedidas vantagens formais na futura licitação, vantagens fáticas podem ocorrer caso o modelo proposto pelo particular seja escolhido, permitindo-lhe apresentar proposta mais vantajosa em decorrência do conhecimento mais aprofundado do projeto.

⁴⁷ Observa-se que a possibilidade de apresentação espontânea pelo particular não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro de forma uniforme. O Decreto Federal 5.977/2006, que vigorou até abril de 2015, vedava a instauração do procedimento mediante provocação privada. No mesmo sentido, alguns decretos estaduais e municipais.

⁴⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 166-167.

⁴⁹ DAL POZZO, Augusto Neves. Procedimento de manifestação de interesse e o planejamento estatal de infraestrutura. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, jun. 2014. Disponível em: <<http://bid.editorafor.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119928>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

O procedimento de manifestação de interesse surgiu no ordenamento jurídico brasileiro na Lei 8.987/95, como reflexo da auto avaliação promovida pelo Estado, que passou a repensar suas prioridades, reconhecendo as vantagens da presença privada nos serviços públicos e obras a eles relacionadas, havendo ganho de eficiência, diante da atuação eivada de liberdade do particular, propiciando melhores preços e maior avanço tecnológico. De forma que:

Concessão caracteriza-se essencialmente por ser uma modalidade de contrato administrativo pela qual o poder público delega (sem dele abdicar) o poder-dever de oferecer uma atividade considerada serviço público para a fruição direta do usuário, atribuindo-se à particular prerrogativa para organizar e gerir a forma de sua prestação (desempenhada por sua conta) e assumindo os riscos preconizados no instrumento de delegação.⁵⁰

O foco da Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos é principalmente o gerenciamento e investimento do particular em serviços públicos autossustentáveis, antecedidos ou não de obras públicas, nos quais a remuneração do particular se dá mediante tarifa paga pelos usuários, acrescidas de outras fontes alternativas.⁵¹ Segundo Vera Monteiro:

A concessão de serviço público, que existe desde o século XIX no Brasil, é um dos temas tradicionais do direito administrativo e tem sido objeto de novas regras, novos usos políticos e de reformulação de posições doutrinárias. Seu objeto sempre foi o assim chamado serviço público, porque ele sempre exigiu grande investimento e pessoal técnico especializado na sua prestação. A técnica concessória foi pensada para permitir que o Poder Público transferisse o ônus do financiamento e sua execução ao setor privado, em geral via contratos de longo prazo, por meio dos quais o privado se remunerasse pela tarifa paga pelo usuário. O serviço de transporte ferroviário e o fornecimento de água foram os primeiros a serem prestados utilizando esse modelo contratual.⁵²

⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário, In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004. p. 44-345.

⁵¹ FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Giannetti Campos. Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 285.

⁵² MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11.

Entre o século XIX e a década de 1930, as concessões no Brasil eram instrumentos de desenvolvimento nacional: “criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica e de serviços de transporte coletivo” e eram necessárias pois garantiam segurança de amortização do investimento aos investidores internacionais, protegendo-os de eventual concorrência, diante da carência de recursos técnicos e capital nacional para implantação de projetos de infraestrutura.⁵³

Em decorrência da instabilidade econômica na década de 30, proveniente da intervenção direta do Estado na atividade econômica e das guerras mundiais, houve um declínio na utilização das concessões, em principal na Era Vargas, com a criação de diversas empresas estatais para prestação de serviços públicos.⁵⁴ Na década de 80, com a edição da Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), o instituto retoma, objetivando:

(a) reduzir os compromissos de investimento direto do Estado em setores nos quais é viável a exploração pela iniciativa privada, (b) permitir a concentração do Estado no provimento de serviços que não gerem retornos suficientes para interessar a iniciativa privada. Além disso, (c) buscou-se utilizar os recursos obtidos com as alienações estatais e outros bens públicos para abatimento da dívida pública. E, por fim, (d) pretendeu-se beneficiar a sociedade e o Estado com o aumento de eficiência trazida pela gestão privada dos serviços.⁵⁵

O procedimento de manifestação de interesse previsto no artigo 21 da Lei 8.987/95, estabelece importante regra de publicidade dos estudos de viabilidade e da

⁵³ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos*. Malheiros. São Paulo: 2007. p. 37

⁵⁴ “Apesar desse crescimento da atuação do Estado como promotor das utilidades públicas, seja diretamente, seja por descentralização, o direito positivo não deixou de conter disposições consagrando o instituto da concessão como veículo para promoção do interesse público. Exemplo disso é o que dispunha o Decreto-Lei nº 200, de 1967, cujo artigo 10, §7º, determinava que, quando possível, a administração deveria desobrigar-se da execução material das tarefas de sua competência, recorrendo à execução ‘indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução’.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo horizonte: Fórum, 2015. p. 105).

⁵⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos*. Malheiros. São Paulo: 2007. p. 38-39.

etapa de estruturação da licitação⁵⁶ prevendo a possibilidade de que os estudos sejam ressarcidos pelo vencedor da futura e eventual licitação. Logo diz que:

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.

Ao passo que a Lei 8.987/95, prevê a atuação da administração e do setor privado na “formulação de projetos e na definição de soluções para a realização de empreendimentos públicos. Ao Estado caberia apenas apontar as finalidades buscadas e avaliar a solução mais adequada ao interesse público”⁵⁷. Como se ve a inovação reside na possibilidade de constar no edital da licitação a obrigatoriedade de o vencedor da futura e eventual licitação ressarcir os dispêndios.⁵⁸ Prevê é um ato administrativo unilateral, que consistente em autorização para os particulares realizarem estudos, onde terão a possibilidade de serem ressarcidos pelo vencedor da licitação.

Logo os particulares apresentam estudos para futuras concessões por sua conta e risco, não há contrapartida pela administração, mas sim possibilidade de ressarcimento, no caso de serem utilizados como base para futura licitação. O direito ao reembolso, com avaliação justa, transparente, constitui-se como incentivo aos particulares para que se empenhem na elaboração de estudos, investigações, levantamentos, projetos, desenvolvendo ideias para aprimorar a atuação estatal.

A Lei Federal 9.074/95, complementando o disposto na Lei Geral de Concessões de Serviços Público, estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, presente no artigo 31, que os autores ou responsáveis

⁵⁶ Nesse sentido: Cármen Lúcia Antunes Rocha ensina que “No art. 21, aquela lei [a Lei de Concessões] dispõe sobre o direito do cidadão de ter acesso aos ‘estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização’. Esses dados são importantes para o exercício do controle e fiscalização dos atos do Poder Público pelo cidadão, que somente pode participar da gestão da coisa pública, com efetividade, pelo conhecimento pleno e correto do quanto se pratique no desempenho das atividades que lhe são inerentes” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 135-136).

⁵⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas Concessões de serviços públicos e parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 169.

⁵⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 333.

economicamente pelo projeto básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços, “a regra vigente na Lei de Licitações afastava da fase de estudos empresas cuja expertise poderia beneficiar a administração pública, gerando melhores projetos públicos”.⁵⁹ Enfatiza a conveniência da cooperação, na estruturação de projetos de empreendimentos públicos pela iniciativa privada, permitindo que as pessoas que desenvolveram o projeto participem da licitação.⁶⁰

Identifica-se, um contraste entre a legislação sobre concessões de serviços públicos e a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), que veda no seu artigo 9º a participação direta ou indireta dos autores do projeto básico ou executivo na licitação na execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários. Com o surgimento da Lei 11.079/2004 institui-se as Parcerias Público-Privadas, prevendo no artigo 3º, caput e §1º⁶¹, a aplicação do artigo 21 da Lei 8.987/95 às concessões patrocinada e administrativa.

A Lei Geral de Parcerias Público-Privadas foi promulgada com o objetivo de suprir o déficit de infraestrutura no país. Nesse cenário, as PPPs “surgem como uma tentativa de o Estado e a iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infraestruturas”⁶². Segundo leciona Cristiana Fortini:

As Parcerias Público-Privadas foram introduzidas no Brasil como forma de resolver um problema de déficit de infraestrutura, bem como de obter financiamento, atraindo capital de longo prazo. Trata-se de ferramenta contratual que, se corretamente empregada e modelada, poderá favorecer o Poder Público e, por conseguinte, a coletividade, na medida em que

⁵⁹ REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 217.

⁶⁰ LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 143.

⁶¹ “Art. 3º. As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. § 1º. As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.” (BRASIL, 2004).

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As PPPs e as concessões administrativas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 33.

contribuirá para a prestação de serviços, público e não públicos, agregados ou não a obras públicas⁶³.

O procedimento de manifestação de interesse está previsto também na Lei 11.922/2009, que sobre o objeto do estudo, dispõe que:

Art. 2o Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada.⁶⁴

A utilização do procedimento de manifestação de interesse foi potencializada pelo Decreto Federal 5.977/06. Decorrente do decreto federal se seguiram vários decretos estaduais⁶⁵ e municipais. Em 2015 foi editado o Decreto Federal 8.428, de 2 de abril, que dispõe sobre o procedimento de manifestação de interesse revogando o Decreto Federal 5.977/06. O mesmo se aplica à Administração Pública Federal e não há um regramento nacional detalhado sobre o procedimento.

4.1 Princípios norteadores

Finalmente os princípios gerais do Direito administrativo, como todos os verdadeiros princípios de Direito, são fundados na razão, justiça e equidade, independentemente da utilidade pública. Mas logo que há uma Lei direta e positiva, a Administração faz d'ella aplicação geral com uma rigorosa racionalidade. (Vicente Pereira do Rego, 1860, p. 8, grafia da época)

⁶³ FORTINI, Cristiana. Licitação nas Parcerias Público-Privadas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 137, maio 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=94024>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

⁶⁴ BRASIL, 2009.

⁶⁵ Possuem normas sobre procedimento de manifestação de interesse nas seguintes unidades federativas brasileiras. São elas: Alagoas (Decreto Estadual nº 4067/2008), Bahia (Decreto Estadual nº 12.653/2011), Ceará (Decreto Estadual nº 30.328/2010), Espírito Santo (Decreto Estadual nº 2.889-R /2011), Goiás (Decreto nº 7.365/2011), Mato Grosso (Decreto Estadual nº 926/2011), Mato Grosso do Sul (Lei Estadual 4.303/2012), Minas Gerais (Decreto Estadual nº 44.565/2007), Paraíba (Resolução do Conselho Gestor nº 01/2012), Pará (Resolução CGPA nº 2/2013), Paraná (Decreto Estadual nº 6.823/2012), Pernambuco (Resolução Normativa do Conselho Gestor 001/2006), Rio de Janeiro (Decreto Estadual nº 43.277/2011), Rio Grande do Norte (Decreto Estadual nº 21.377/2009), Rio Grande do Sul (Resolução CGP nº 02/2013), Rondônia (Decreto nº 16.559/ 2012), Santa Catarina (Decreto Estadual nº 962/2012), São Paulo (Decreto Estadual nº 57.289/2011), Sergipe (Resolução CGP nº 01/2008) e no Distrito federal (Decreto nº 28.196/2007). (MADRONA HONG MAZZUCO Sociedade de Advogados. *Cartilha MIP*. Participação da iniciativa privada na modelagem de projetos de infraestrutura. 2014. p. 8). Disponível em <http://mail.mhmlaw.com.br/mkt/info/Cartilha_MIP_INFRAMHM.pdf>. Acesso em: 25 janeiro 2018.

O Procedimento de Manifestação de Interesse subordina-se as regras de direito administrativo, veiculadas em lei, decretos regulamentadores, aos valores e aos princípios norteadores da atividade administrativa, com destaque para a conteúdo normativo da Constituição Federal⁶⁶.

Como o Procedimento de Manifestação de Interesse, tem natureza administrativa fundado na isonomia e na busca de soluções para o interesse público, os princípios pertinentes às licitações públicas aplicam-se em grande parte a ele. Nesse momento, iremos então oferecer destaque para a parte desses princípios.

4.1.1 Direito a participação

O direito a participação popular na Administração Pública é fundamento no Procedimento de Manifestação de Interesse, merecendo grande destaque também no processo de elaboração dos contratos de PPP, na consulta pública, audiência pública e do Road show. Sobre o princípio da participação na Constituição Federal, Marcos Augusto Perez faz referência:

[...] ainda que não contasse com nenhuma referência expressa no Texto Constitucional Brasileiro de 1988 (ao avesso do que verdadeiramente ocorre, [...]), deduziríamos a presença implícita de norma constitucional autorizante da criação de institutos de participação popular na Administração Pública, através dos princípios democráticos e do Estado de Direito, princípios básicos de organização do Estado Brasileiro, conforme definido pelo art. 1º da Constituição Federal.⁶⁷

⁶⁶ Como ensina Luiz Henrique Urquhart Cademartori (2008, p. 78), a diferença quanto à natureza dos valores e dos princípios reside no *caráter axiológico* dos primeiros frente ao *caráter deontológico* (o dever ser) dos últimos. Nada obstante, há uma vinculação intrínseca entre os valores e princípios, que compartilham conteúdo qualitativo. O dever jurídico de materializar um determinado valor qualifica-se como um princípio, razão pela qual é seguro afirmar que o “o gradual atendimento dos valores tem o seu equivalente ao gradual atendimento dos princípios”. Os princípios, justamente por carregarem a ideia de um *dever ser*, são empregados na argumentação jurídica com maior frequência. Note-se, à vista disso, que um mesmo conteúdo pode ser traduzido ao mesmo tempo como princípio e como valor, pelo que a adoção desses termos ao longo do presente estudo se deu conforme a melhor oportunidade.

⁶⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 74. Para o autor, o princípio da participação popular —[...] *pode ser caracterizado como: implícito, pois não se encontra arrolado no caput do art. 37 ou em qualquer norma constitucional de forma expressa, mas é desvendado a partir da combinação de diversas normas constitucionais (art. 37, § 3º, art. 10, art. 29, X, entre outras); derivado (subprincípio), pois conectado a outros princípios constitucionais, notadamente, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio da eficiência administrativa e estruturante da atividade da Administração*

Afirmando ainda:

[...] a participação administrativa, em termos constitucionais, representa bem mais que um emaranhado de regras esparsas autorizantes da adoção de institutos participativos em situações específicas. Trata-se, a participação administrativa, de um autêntico princípio constitucional.⁶⁸

A Constituição Federal ao tratar do direito de participação, confere aos indivíduos subordinados a ela a efetivação das prestações positivas e negativas do Estado, sobre o tema Luís Roberto Barroso afirma:

[...] as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma.⁶⁹

O artigo 37, parágrafo 3º, da Constituição Federal, trata da participação popular:

Art. 37. [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

*Pública em diversos graus, pois conduz à formação de processos de decisão e de divisão de funções.*II. (Idem, p. 85, destaque original).

⁶⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 80. Sublinhamos.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 223

A lacuna legal, aqui existente, não implica a impossibilidade do exercício desse direito, visto ser a eficácia do artigo 37, parágrafo 3º, da Constituição Federal plena, logo ainda que inexista lei que regulamente o direito de participação esta será aplicada.

As especificidades das possibilidades de participação popular constam exemplificadas nos incisos do artigo 37, parágrafo 3º. No caput contempla-se uma participação proativa, onde os futuros usuários de uma utilidade pública contribuem na formatação do modo como ela será concebida, implantada e explorada, colaborando na forma de participação integradora. A amplitude do parágrafo 3º, se mostra na Lei 13.019/2014, que cuida do regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil e Decreto nº 8.243/2014, onde ambos reconhecem o de participação do cidadão e a necessidade de integrar os mecanismos de participação social, assim como a Lei no 11.922/2009, que, no seu artigo 2º, delegou aos entes federados a regulamentação do PMI.

Portanto, com entendimento coadunado com Marcos Augusto Perez, podemos entender que os institutos de participação popular⁷⁰:

[...] possibilitam aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa por meio: 1. Da colaboração entre a sociedade e a Administração; 2. Da busca da adesão ou do consentimento do administrado em relação às iniciativas público-administrativas; 3. Da instituição de procedimentos que visem à consensualidade entre administrados e Administração e, afinal, 4. Da maior abertura e transparência dos processos decisórios.⁷¹

⁷⁰ Paulo Modesto propõe diferenciar a —participação administrativall da —participação popularll nos seguintes termos: —A **participação administrativa**, ou a **participação no âmbito da administração**, [considerada em sentido amplo], **corresponde a todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado. Mas participação popular na administração pública é conceito necessariamente mais restrito: trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo**.ll. MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2018. Destaque original.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 37-44, jul./dez. 1998. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018. p. 37-38; PEREZ,

Porém, como alerta Paulo Modesto:

É ingenuidade supor que o incremento da participação popular na administração pública possa ser isolado da questão da participação popular nos demais setores do Estado ou reduzido a uma questão meramente jurídica, relacionada unicamente à definição de instrumentos normativos de participação. A participação popular é sobretudo uma questão política, relacionada ao grau de desenvolvimento e efetivação da democracia. O aparato jurídico é incapaz de induzir a participação popular; mais ainda, freqüentemente cumpre papel inverso, dificultando a participação, estabelecendo mecanismos de neutralização e acomodação extremamente sutis.⁷²

Luigi Bobbio afirma que —[...] a democracia participativa é particularmente exposta à contraposição entre concessões procedimentais (ou melhor, processuais) e concessões substanciais [...] ⁷³. No contexto da democracia participativa, como um instrumento de —[...] libertação das coações do mercado [...] ⁷⁴, o PMI poderia parecer um instrumento de participação paradoxal. Porém, para além do fato de ser a participação um direito de todos os administrados, há que se lembrar que a consulta pública também se apresenta como um instrumento de participação popular, presente durante o processo de elaboração dos contratos de PPP, com a vocação de influenciar as decisões com os interesses dos demais atingidos pela futura concessão.

Não restam dúvidas que os PMIs, assim como as consultas públicas, as audiências públicas e os Road shows são manifestações das diferentes feições do princípio da participação popular tomado em seu sentido amplo, visto que são instrumentos que —[...]

Marcos Augusto. A audiência pública no direito administrativo brasileiro. In: FORTINI, Cristina; IAVENGA, Miriam Mabem (Org.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 101-116. p. 101-102.

⁷² MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

⁷³ BOBBIO, Luigi. Dilemmi della democrazia partecipativa. *Rivista Democrazia e Diritto*, n. 4, p. 11-26, 2006. Disponível em: <http://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_Rivista.aspx?IDArticolo=30582&idRivista=116>. Acesso em: 22 dez. 2017. p. 12. Tradução livre. No original: —*La democrazia partecipativa è particolarmente esposta alla contrapposizione tra concezioni procedurali (o meglio: processuali) e concezioni sostanziali*.ll.

⁷⁴ Nesse sentido, ver MAGNAGHI, Alberto. Dalla partecipazione all'autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale. *Democrazia e Diritto*, n. 3, p. 134-150. Apud BOBBIO, Luigi. Dilemmi della democrazia partecipativa. *Rivista Democrazia e Diritto*, n. 4, p. 11-26, 2006. Disponível em: <http://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_Rivista.aspx?IDArticolo=30582&idRivista=116>. Acesso em: 22 dez. 2017. p. 13.

visam instruir o pleno exercício da democracia, nos Estados contemporâneos [...]”⁷⁵. São instrumentos complementares, e que se prestam a viabilizar os anseios de diferentes grupos, por diferentes meios, o que nos emprestamos das palavras de Fábio Konder Comparato, para afirmar que consistem em —[...] fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação.⁷⁶

4.1.2 Interesse público

Há uma grande dificuldade de se definir interesse público, as análises e conceituações variam de acordo com a metodologia. Assim sendo, o interesse público é conceito abstrato, aberto e em transformação. Na ordem jurídica vigente, o interesse público encontra-se em consonância e compartilha os âmbitos conceituais da busca pela eficácia dos direitos fundamentais⁷⁷ e dos princípios e valores cultivados pela Constituição Federal. Desta feita, carece de sentido versar sobre o interesse público sem vinculá-lo imediatamente aos direitos fundamentais, em suas dimensões de salvaguarda e de promoção da liberdade dos indivíduos, em sentido o sentido mais amplo possível⁷⁸.

O interesse público e os interesses dos cidadãos, no direito administrativo contemporâneo é visto como princípio reciprocamente identificável, que não pode ser concebido como instrumento retórico para legitimar interesses do Estado contrapostos aos interesses dos particulares. O interesse público, não pode ter potencial de derrogar direitos fundamentais dos indivíduos. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, “é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que

⁷⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 71.

⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

⁷⁷ Leia-se, a esse respeito do compartilhamento conceitual entre o interesse público e os direitos fundamentais, o comentário de Emerson Gabardo (2009, p. 296): “Sendo assim, ontologicamente o princípio da supremacia do interesse público não pode contrariar os direitos fundamentais sob pena de se descaracterizar.”

⁷⁸ Leia-se o comentário de Daniel Sarmiento (2008, p. 83,85): “Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público. [...] Ademais, com o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira, de direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), esta convergência se acentua, pois nestes casos o interesse da coletividade já é, por si só, direito fundamental, existindo plena identidade conceitual entre ambos.”

estiver disposto na Constituição, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado. ”⁷⁹

O Estado como representante dos da coletividade, deve sujeitar-se aos princípios e valores da Constituição Federal, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais. A legitimidade dos atos administrativos permanece condicionada à rígida observância do interesse público, interesses esses que devem ser universalizados. Porém esse interesse público, não se encontra apartado dos interesses individuais, pois é originado justamente deles e somente por eles legitimado⁸⁰. Por isso existem limitações naturais ao exercício das atividades da Administração Pública com o intuito de garantir a execução dos direitos inalienáveis do indivíduo a fim de prover a todos os assegurados na Constituição Federal a dignidade como objetivo imprescindível.

Os interesses privados assegurados pela Constituição Federal devem ser entendidos como componentes do conceito de interesse público, onde estariam desde sua base atrelados a sua supremacia sobre o interesse privado. Logo não há por que sustentar uma supremacia de um conceito sobre outro se existe fluidez entre eles⁸¹.

Em essência os interesses individuais partem do princípio de o direito a não sofrer violência injusta. Logo aquele que não violentar direito alheio, não poderá ser violentado nos seus direitos, para não configurar a injustiça, o que se aplica à Administração Pública, que não poderá causar dano permanente ao particular que não causou qualquer violência sobre direitos alheios, para que assim houvesse uma legitimidade plena do Estado.

Deve a Administração Pública não violar direitos fundamentais do indivíduo, devendo destinar tratamento isonômico a todos os particulares, submetendo-se aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e tantos outros extraídos do direito administrativo e constitucional, nos seus atos e na

⁷⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo (2011, p. 69)

⁸⁰ Veja-se o comentário de Paulo Ricardo Schier (2010, p. 219): “Parte-se da idéia de que são os direitos fundamentais, de certa maneira fundados na noção de dignidade da pessoa humana, que justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação. Assim, não há Estado, ou ao menos o Estado Democrático de Direito, desvinculado de uma justificação ética. Ele não é e nem pode ser, destarte, um fim em si mesmo.”

⁸¹ É também o comentário de Floriano Peixoto Marques de Azevedo Neto (2011, p. 17): “O que pretendo destacar aqui é que (i) todo interesse público acaba por se confundir com o interesse privado de parcela dos administrados e que (ii) não existe qualquer contradição em envolver os particulares na promoção de metas e objetivos de interesse público, mormente quando estes se traduzem na produção e disponibilização de utilidades públicas para fruição da população.”

fundamentação de suas decisões administrativas, cabendo a ela o fomento na busca pelos direitos fundamentais, ora incluídos os direitos sociais prestacionais.

Em resumo o princípio do interesse público impõe ao Estado o dever de promover adequadamente suas competências, respeito aos valores e princípios do direito, sobremodo aqueles encartados pela Constituição Federal, como os que serão expostos na sequência⁸².

4.1.3 Igualdade, isonomia, imparcialidade e impessoalidade

O princípio da igualdade/isonomia representa o símbolo da democracia, determinante para que todos os interessados em colher benefícios da Administração Pública sejam tratados de forma isonômica/igual (NIEBUHR, 2011, p. 42). O artigo 5º da Constituição Federal reconhece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, dentre outros direitos, a inviolabilidade do direito à igualdade.

O Procedimento de Manifestação de Interesse, não traz qualquer diferenciação aos participantes, logo todos devem receber o mesmo tratamento da administração, o que coaduna com o que leciona Juarez Freitas (2009, p.23):

(c) o direito à administração pública imparcial, isto é, aquela que não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (reduzidas das desigualdades injustas)

Em regra, deve-se atentar a observância máxima da isonomia em todo o procedimento, excepcionalmente os tratamentos desiguais em procedimentos administrativos abertos e participativos serão admitidos quando medida legítima em favor do interesse público. Em se tratando de PMI a Administração Pública deve garantir que

⁸² A vinculação da Administração Pública a conteúdos axiológicos do direito é reconhecida pela doutrina jurídica brasileira mais antiga: "Quando a administração trata de organizar os serviços publicos, não deve postergar as vantagens delle em atenção ás predilecções ou anti-pathias politicas; quando se occupa com a execução de um preceito legislativo, não deve sophistica-lo, torcê-lo, ou illudi-lo para comprazer ao sistema preferido pelo governo; quando se acha em presença dos cidadãos, dos seus direitos e obrigações, deve, como verdadeira magistratura, fazer respeitar esses direitos e cumprir essas obrigações, colocando a sua rectidão e imparcialidade acima de todas as considerações da politica. (RIBAS, 1866, p. 60-61, grafia da época)

todos os interessados tenham a mesma oportunidade de participar da elaboração dos estudos e projetos, repassando as informações que subsidiam a futura concessão, ou parceria público-privada de forma igual a todos os participantes.

A imparcialidade e da impessoalidade são essenciais para o alcance da isonomia, logo só é possível tratar com igualdade, promovendo tratamento impessoal e imparcial a todos. O relacionamento entre agentes públicos e particulares deve ser impessoal, não conferindo nenhuma vantagem aos participantes, o agente público deve agir distanciado de interesses próprios mais sim em nome e nos interesses da Administração Pública.

4.2 Regulamentação Federal

O PMI encontra-se regulado pelo Decreto no 8.428/2015, anteriormente teve sua regulamentação funda no Decreto no 5.977/2006. A substituição foi recomendada pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.155/2014⁸³.

Na ocasião, os ministros recomendaram à Casa Civil que avaliasse —[...] a necessidade de regulamentar o artigo 21 da Lei 8.987/1995, estabelecendo diretrizes gerais para atuação dos diversos órgãos que possam utilizar a prerrogativa de autorizar a elaboração de estudos de viabilidade de projetos de concessão de serviços públicos.⁸⁴

O TCU, recomendou à União a fixação de diretrizes do PMI, bem como que regulamentasse os procedimentos relacionados às autorizações para realização de estudos sobre arrendamentos portuários e concessões⁸⁵. A recomendação foi atendida pela a União publicando um novo decreto e por consequência alguns entes federativos passaram a alterar suas regulamentações como forma de compatibilizá-las as diretrizes federais presentes no novo decreto.

⁸³ TCU. Acórdão nº 1.155/2014, nos autos do TC nº 012.687/2013-8. Plenário. Relator: ministro Weder de Oliveira. Sessão de 7 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140522/AC_1155_15_14_P.doc>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁸⁴ Também foi recomendado que a Casa Civil orientasse os órgãos da Administração Pública a, caso pretendessem emitir novas autorizações antes de ser editada a regulamentação do artigo 21 da Lei nº 8.987/1995, adotar as disposições do Decreto nº 5.977/2006.

⁸⁵ TCU. Acórdão nº 1.155/2014, nos autos do TC nº 012.687/2013-8. Plenário. Relator: ministro Weder de Oliveira. Sessão de 7 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140522/AC_1155_15_14_P.doc>. Acesso em: 05 dez. 2017. p. 87.

O Decreto nº 8.428/2015 trouxe importantes alterações, mas que não se apresentam como mudanças substanciais. Quanto a unilateralidade do procedimento, podemos entender que o particular é convidado a se manifestar no procedimento para fins de complementação de dados e informações — não há, efetivamente, uma interação horizontal⁸⁶. Quanto a inadmissibilidade de oposição de recurso em face do mérito da decisão de avaliação e seleção, o que afirma o fato de ser a qualificação do PMI um instrumento não consensual, explica Juliana Bonacorsi que os termos do artigo 11 do antigo decreto⁸⁷ não permaneceram no novo dispositivo, o que não deixa margens para continuidade do tema. Entende-se então que o recurso administrativo é cabível e a resposta a ele, um direito do administrado, logo o PMI tem natureza processual, e sua avaliação é um ato administrativo sujeito ao regime geral de controle⁸⁸.

⁸⁶ A redação do antigo Decreto no 5.977/06 determinava que —*Art. 9º A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações apresentados serão realizadas por comissão integrada pelos membros do Grupo Executivo da CTP e representantes indicados pelos órgãos setoriais. § 1º Caso os projetos, estudos, levantamentos ou investigações apresentados necessitem de maiores detalhamentos ou correções, a Secretaria-Executiva do CGP abrirá prazo para reapresentação.* II. Sublinhamos. O mesmo espírito foi mantido no Decreto no 8.428/15: —*Art. 9º A avaliação e a seleção de projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados serão efetuadas por comissão designada pelo órgão ou pela entidade solicitante. § 1º O órgão ou a entidade solicitante poderá, a seu critério, abrir prazo para reapresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados, caso necessitem de*

⁸⁷ O artigo 11 dispunha que —*A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito da comissão não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito* II. Sobre esse artigo, também Guilherme Fredhercio Dias Reisdorfer tecia acirrada crítica: —*A incidência do devido processo administrativo passa também pela admissibilidade de impugnação dos atos praticados pelo órgão ou entidade que promova a licitação. Porém, essa premissa não tem sido observada em alguns casos. Como se vê do art. 11 do Dec. 5.977 [...]. Trata-se de solução que não se coaduna com o regime aplicável ao PMI. Afigura-se questionável que norma infralegal venha a restringir o direito ao recurso administrativo, ainda mais quando tal faculdade se encontra consagrada de forma ampla pela Lei federal 9.784/1999.* II. REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-206. p. 201. A expressa previsão sobre a impossibilidade de ingresso de recurso administrativo contra a escolha da pessoa jurídica ou física que fornecerá os estudos no PMI também foi objeto de análise por parte de Mario José Pace Junior, que dedicou sua monografia ao tema. (PACE JUNIOR, Mario José. *O processo de manifestação de interesse – PMI e o devido processo legal (Lei n. 11.079/04 e Decreto n. 5.977/06)*. 2013. 82 f. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013). O autor entende que o antigo decreto, ao proibir o recurso administrativo, —*[...] nada fez do que prever o óbvio [...]* II (p. 75), na medida em que o mérito da decisão ao qual alude o art. 11 do antigo decreto estaria totalmente ligado à conveniência e à oportunidade do ato administrativo. Para o autor, sempre seria possível recorrer dos aspectos formais da decisão e —*[...] até para que não pairassem incertezas sobre a legalidade do Regulamento do PMI, seria melhor que não houvesse tal redação, limitando o ingresso do Recurso Administrativo, quanto ao mérito. Pelo contrário, o ideal é que o regulamento tivesse a previsão de ingresso do Recurso Administrativo, com a estipulação de oportunidades e prazos, sob pena de dar uma conotação autoritária para os atos decisórios.* II (p. 76).

⁸⁸ —*Tanto a aplicação dos critérios que norteiam a decisão quanto a sua motivação serão – como ocorre em relação a qualquer ato administrativo e nos mesmos limites – objetos de controle, tanto administrativo quanto jurisdicional.* II REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os

Quanto ao particular no âmbito do PMI, percebe-se um formalismo aplicado, registrado no artigo 3º, agora presente no artigo 5o do novo diploma⁸⁹, ainda pode-se dizer que o decreto no 8.428/2015, adicionou exigências formais aos particulares, porém, mesmo existentes estas não possuem caráter excessivas. As exigências prestam-se em sua maioria para fins de cadastrais, e como critérios para facilitar a interação entre os agentes durante o PMI.

O novo diploma significou avanços em direção ao aperfeiçoamento do procedimento, oriundos de experimentos tipicamente contratuais, apesar do Decreto Federal no 8.428/2015 não objetivar conceder ao PMI natureza de um acordo integrativo e induzir um novo modo de celebrar contratos com a Administração. O Decreto Federal de 2015 trouxe importantes inovações, dentre as quais podemos destacar: a regulamentação mais clara dos limites do diálogo entre os setores público e privado durante a elaboração dos estudos preparatórios de concessões; a previsão expressa de que os PMI não estão restritos à elaboração de projetos de PPP (o antigo Decreto Federal nº 5.977/2006 previa que todos os estudos de PPP deveriam ser promovidos pelo Comitê Gestor de PPP federais (CGP), engessando, assim, a atuação dos demais entes da Administração Federal); a eliminação das dúvidas sobre a possibilidade de privados provocarem a abertura de PMI; a fixação de parâmetros mínimos para a publicação do chamamento

procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-206. p. 202.

⁸⁹ — Art. 5º O requerimento de autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado conterá as seguintes informações: I - qualificação completa, que permita a identificação da pessoa física ou jurídica de direito privado e a sua localização para eventual envio de notificações, informações, erratas e respostas a pedidos de esclarecimentos, com: a) nome completo; b) inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ; c) cargo, profissão ou ramo de atividade; d) endereço; e e) endereço eletrônico; II - demonstração de experiência na realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos similares aos solicitados; III - detalhamento das atividades que pretende realizar, considerado o escopo dos projetos, levantamentos, investigações e estudos definidos na solicitação, inclusive com a apresentação de cronograma que indique as datas de conclusão de cada etapa e a data final para a entrega dos trabalhos; IV - indicação de valor do ressarcimento pretendido, acompanhado de informações e parâmetros utilizados para sua definição; e V - declaração de transferência à administração pública dos direitos associados aos projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados. § 1º Qualquer alteração na qualificação do interessado deverá ser imediatamente comunicada ao órgão ou à entidade solicitante. § 2º A demonstração de experiência a que se refere o inciso II do caput poderá consistir na juntada de documentos que comprovem as qualificações técnicas de profissionais vinculados ao interessado, observado o disposto no § 4º. § 3º Fica facultado aos interessados a que se refere o caput se associarem para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos em conjunto, hipótese em que deverá ser feita a indicação das empresas responsáveis pela interlocução com a administração pública e indicada a proporção da repartição do eventual valor devido a título de ressarcimento. § 4º O autorizado, na elaboração de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, poderá contratar terceiros, sem prejuízo das responsabilidades previstas no edital de chamamento público do PMI. II

público⁹⁰ e a autorização para que os privados realizem alterações nos estudos após a sua primeira entrega, trazendo conforto para que os agentes públicos possibilitando que os projetos possam ser aperfeiçoados para contemplar as alterações que se façam necessárias em decorrência de fatos supervenientes entre os quais podemos citar as audiências ou consultas públicas ou das recomendações de órgãos de controle.

A introdução expressa do constante diálogo necessário entre os agentes públicos e privados, durante todas as fases do PMI⁹¹, foi um dos maiores ganhos que o Decreto Federal nº 8.428/2015 ofereceu⁹². Apesar de ser claramente imprescindível a interação entre os agentes públicos e privados para que a formalização dos estudos possua amparo legal, ter a previsão que expressa autorizando a prática, no âmbito do PMI, traz notável contribuição para o alcance dos princípios de transparência e de segurança jurídica, eliminando assim também, todo e qualquer medo de o agente público a manter esta interação estivesse ferindo o princípio da legalidade administrativa.

O novo decreto também foi eficaz ao trazer expressamente a previsão de que o PMI não está restrito às PPP, a restrição essa, que anteriormente foi fruto de diversas críticas, a exemplo do que se depreende das colocações de Caio de Souza Loureiro:

Muito embora a regulamentação do PMI esteja quase que totalmente voltada às PPP's, é necessário que o instituto também seja aplicado nas concessões comuns. Não apenas por haver autorização legislativa neste sentido, mas também porque a limitação apenas ao universo das PPP's restringe

⁹⁰ Para uma análise dos critérios de seleção dos interessados que podem constar dos chamamentos públicos, ver REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-206. p. 197-198.

⁹¹ Esse limite não é dado expressamente pelo novo decreto, porém, após a publicação do edital, parece-nos inconcebível que as empresas privadas que participaram da elaboração dos estudos (e que podem, portanto, ter se tornado licitantes) auxiliem a alteração dos documentos do projeto para atender às demandas decorrentes, por exemplo, de impugnações, esclarecimentos ou de comandos dos órgãos de controle. Em princípio, esse raciocínio não se aplicaria a estudos que tivessem sido desenvolvidos por pessoas que não se tornassem licitantes após a publicação do edital.

⁹² Nesse sentido, merecem destaques os artigos 8o (—O Poder Público poderá realizar reuniões com a pessoa autorizada e quaisquer interessados na realização de chamamento público, sempre que entender que possam contribuir para a melhor compreensão do objeto e para a obtenção de projetos, levantamentos, investigações e estudos mais adequados aos empreendimentos de que trata o art. 1o) e os parágrafos 5o e 6o do artigo 15 (—Art. 15 Concluída a seleção dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos, aqueles que tiverem sido selecionados terão os valores apresentados para eventual ressarcimento, apurados pela comissão. § 5o Concluída a seleção de que trata o caput, a comissão poderá solicitar correções e alterações dos projetos, levantamentos, investigações e estudos sempre que tais correções e alterações forem necessárias para atender a demandas de órgãos de controle ou para aprimorar os empreendimentos de que trata o art. 1o § 6o Na hipótese de alterações prevista no § 5o, o autorizado poderá apresentar novos valores para o eventual ressarcimento de que trata o caput.)).

demasiadamente os benefícios do PMI. É bom lembrar, inclusive, que um determinado projeto que tenha sido concebido inicialmente como uma PPP acabe se mostrando viável e mais oportuno como uma concessão comum, a partir da evolução dos estudos de viabilidade. De modo que seria absurdo abdicar dos estudos já elaborados apenas porque o projeto não será contratado como uma PPP, e sim como uma concessão comum.⁹³

Outra mudança que representa um avanço ao instituto, foi a previsão estendeu ao PMI a utilização em projetos de concessão ou permissão de serviços públicos, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso⁹⁴. Destaca-se também a fixação de parâmetros mínimos para a publicação do chamamento público no artigo 4º, essas diretrizes conferem conforto ao gestor público, especialmente àqueles que se paralisam diante da ausência de comandos expressos, ajudando a diminuir dúvidas e inseguranças, pois o tratamento de diversas questões já estará anunciado no próprio chamamento.

O Decreto Federal no 8.428/2015 englobou artigos que melhoraram o ambiente das contratações, sanando diversas dúvidas e questionamentos, porém outros vários entraves ao uso do PMI continuam sem resposta.

5. CONSULTA PÚBLICA

5.1 Delimitação conceitual

A consulta pública é instrumento que visa a dar ampla publicidade e transparência à licitação pública. De igual sorte que as audiências públicas, aquelas são instrumentos de garantia da gestão democrática, previstos, inclusive, pelo *Estatuto das Cidades*,⁹⁵

⁹³ LOUREIRO, Caio de Souza. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI): avanços e necessidades*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148799,61044-Procedimento+de+manifestacao+de+interesse+PMI+avancos+e+necessidades>>. Acesso em: 20 de nov. de 2017.

⁹⁴ —Art. 1º Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.

⁹⁵ Lei Federal nº 10.257/2001

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: [...]

presentes no artigo 37, parágrafo 3º, bem como no direito de petição, definido no artigo 5º, inciso XXXIV, letra a ambos da Constituição Federal.

Encontra a consulta pública, embasamento legal fundamental, na Lei de Processo Administrativo, que, em seu artigo 31, prevê a sua realização nos seguintes termos:

[...] quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

A submissão prévia à consulta pública em projeto de parceria público-privada está prevista como obrigatória no inciso VI do artigo 10 da Lei Federal nº 11.079/2004:

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

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

Recentemente instituídos, a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, através do Decreto nº 8.243/2014, que em seu corpo definiu consulta pública em seu artigo 2º, inciso IX, como:

[...] mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação.

José dos Santos Carvalho Filho sintetiza os objetivos da consulta pública nos seguintes termos:

Pela consulta pública, a Administração procura obter a opinião pública de pessoas e entidades sobre determinado assunto de relevância discutido no processo, formalizando-se as manifestações através de peças formais instrutórias.⁹⁶

Segundo Marcos Augusto Perez, o procedimento objetiva que:

[...] no prazo determinado pela Administração [...], todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam, informações e resolvam dúvidas a seu respeito.⁹⁷

A consulta pública objetiva atribuir legitimidade⁹⁸ a certas decisões da Administração, baseado em uma análise de considerações escritas, oferecidas pelos indivíduos, que se manifestam individualmente ou em grupo. As consultas públicas devem ser realizadas em hipóteses de processos de concessão administrativa ou patrocinada, onde sua realização é obrigatória.

A consulta pública se distingue dos plebiscitos ou referendos sobretudo porque nelas o peso das manifestações dos indivíduos não é o mesmo, ou seja, cada manifestação pode influenciar em graus distintos a decisão do Estado.⁹⁹

De certo que a consulta pública é um ato mais formal, se distinguindo da audiência pública por ser formalizada por atos escritos, e não orais. Ademais, —[...] a consulta pública geralmente se prolonga por diversos dias e semanas, enquanto a audiência pública se concentra, em regra, em algumas horas [...] ¹⁰⁰.

5.2 Contratos de PPP

Segundo o os termos do art. 31 da Lei de Processo Administrativo, a consulta pública é um ato discricionário, porem nada impede que o Legislador, através de norma

⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 996.

⁹⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 177.

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

⁹⁹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230.

¹⁰⁰ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 239.

especial, preveja consultas públicas obrigatórias.¹⁰¹ . Em se falado de PPPs, o agente público tem o dever de realizar a consulta pública, visto que a Lei nº 11.079/2004, no artigo 10, inciso VI, estabeleceu como requisito de validade do procedimento licitatório da PPP submissão da minuta do edital à consulta pública.

Benedicto Porto Neto destaca que a imprecisão do dispositivo não traz prejuízo à sua compreensão: sendo a consulta pública condição para a válida realização de licitação, sem ela o procedimento é viciado.¹⁰² A exigência objetiva aumentar a transparência do processo de contratação, além de dar publicidade às intenções do Poder Público em celebrar o contrato e às condições em que quer fazê-lo¹⁰³, assegura a ampla concorrência e permite que os interessados no contrato aperfeiçoem os seus termos¹⁰⁴ e controlem a formação de vontade da Administração estampada no edital.¹⁰⁵

Dentre os demais mecanismos de participação, a consulta pública nos processos de elaboração dos contratos de PPP desempenha importância especial, visto ser sua realização obrigatória por força de lei. Os demais como o PMI, roadshow, e outros mecanismos instaurados com fulcro no artigo 33 da Lei de Processo Administrativo de realização facultativa, com destaque a audiência pública, que também não é tida como obrigatória, por não ser expressamente prevista no artigo 10 da Lei de PPP, como condição para publicação do edital. A consulta pública, segundo Gustavo Henrique Carvalho Schiefler, apresenta margem restrita de participação, se comparada ao PMI.

Destaque-se, em comparação com o Procedimento de Manifestação de Interesse, que não obstante as audiências públicas e as consultas públicas possam representar institutos de participação na preparação de concessões comuns e parcerias público-privadas, a intervenção do particular se dá em momento posterior à consolidação das modelagens, o que significa dizer que a

¹⁰¹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230.

¹⁰² PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 138-156. p. 147.

¹⁰³ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 265.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 265.

¹⁰⁵ PORTO NETO, Benedicto. Licitação para contratação de parceria público-privada. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 138-156. p. 147.

possibilidade de influenciá-las com seus interesses é substancialmente reduzida.¹⁰⁶

Em tese, podemos concluir que o PMI não tem o potencial de reduzir o poder de influência dos administrados nas consultas e audiências, inclusive é inócua a comparação entre os dois mecanismo de participação, para discrepância de seus objetivos.

5.2.1 Prazos da consulta pública em contratos de PPP

Os prazos para o oferecimento de alegações escritas pelos indivíduos serão definidos pela autoridade competente para tanto e, desde que devidamente fundamentado, poderá ser prorrogado¹⁰⁷. Trata-se portanto de um ato discricionário, porém essa liberdade é reduzida no âmbito das consultas públicas, quando em discute-se projetos de PPP, já que a Lei de PPP, artigo 10, inciso VI, determina para o ato de divulgação da consulta pública prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, e que o fim da consulta pública, deve ocorrer em no mínimo sete dias antes da data prevista para a publicação do edital.

O legislador ao regular prazos mínimos objetivou garantir tempo para os administrados tomarem conhecimento das informações da concessão e formularem suas contribuições dentro de um prazo razoável de análise e reflexão, além de incentivar a Administração a cumprir com o seu dever de analisar e responder fundamentadamente todas as contribuições recebidas.

No que tange ao prazo de sete dias, esse apresenta-se em muitos casos escasso, não sendo suficiente para a mobilização da Administração em face das contribuições. Apesar de o prazo mínimo ser escasso, este não pode ser pretexto para a administração não exercer o seu dever de resposta, visto que cabe a autoridade competente, sempre que julgar necessário, a fixação de prazos maiores que os mínimos.

¹⁰⁶ 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. 500 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. p. 161.

¹⁰⁷ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 236.

5.2.2 A divulgação da consulta pública nos processos de elaboração de contratos de PPP

A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos. A Lei no 11.079/2004, determina no inciso VI do artigo 10, a publicação do convite da consulta pública na imprensa oficial, devendo o chamamento conter justificativa para a contratação, identificação do objeto, prazo de duração do contrato e o seu valor estimado.

O artigo 17 do Decreto nº 8.243/2014, traz algumas diretrizes para a realização das consultas públicas realizadas nos processos de elaboração de contratos de PPP. Quais sejam a disponibilização prévia dos documentos que serão objeto da consulta, contendo uma linguagem simples e objetiva, dos estudos e do material técnico utilizados como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e da análise de impacto regulatório, quando houver, a utilização da internet e de tecnologias de comunicação e informação, a sistematização das contribuições recebidas e a publicidade de seus resultados.

Quanto a disponibilização prévia dos documentos que serão objeto da consulta, temos que essa orientação é originada do direito fundamental de acesso à informação, presente no artigo 3º, inciso II, da lei de Acesso a Informação, que prevê a divulgação de informações de interesse público, independente de solicitação, como diretriz de atuação da Administração Pública. Objeto também de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, que afirma que a divulgação de políticas públicas de maior apelo e impacto social devem ser divulgadas em foco e linguagem adequados.

Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.¹⁰⁸ Os requisitos de divulgação denotam a preocupação do legislador com (i) a garantia de ampla participação, impondo a necessidade de disponibilização dos documentos relativos ao objeto da consulta em linguagem simples e objetiva; a manutenção da isonomia e da transparência, e o compromisso com os resultados, ao fixar que os documentos objeto da

¹⁰⁸ Para aprofundamento sobre o dever de extração e o dever de apresentação de resultados, ver NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 248-250.

consulta devem ser disponibilizados em tempo hábil para permitir a efetiva participação facilitando, dessa forma, o controle sobre as decisões adotadas.

A inspiração das audiências públicas brasileiras encontra fundamento no right to a fair hearing, que traz a materialização do direito de o cidadão ser ouvido pela Administração Pública antes da adoção de alguma medida que possa causar impacto na sua esfera jurídica de interesses¹⁰⁹.

A previsão normativa de audiências públicas, tem seu primeiro marco no direito brasileiro com a Resolução nº 01, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, consignando a utilização das audiências públicas para discussão do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) no seu artigo 11, parágrafo 2º¹¹⁰. A regulamentação de audiências públicas, ingressou no ordenamento brasileiro com a Resolução nº 09, de 3 de dezembro de 1987, do mesmo Conselho¹¹¹. Onde fixou-se os objetivos da audiência pública, os requisitos e o rito para sua realização. Vejamos o que diz de Carlos Ari Sunfeld sobre o tema:

O fenômeno das audiências públicas [...] é contemporâneo do surgimento da grande discussão sobre Direito Ambiental. Quando se começou a reconhecer que a Administração tinha um grande papel em matéria de Direito Ambiental e, depois, na Defesa do Consumidor, resolveu-se introduzir o dever de fazer audiências públicas.¹¹²

¹⁰⁹ MELO, Cristina Andrade. *A audiência pública na função administrativa*. 2012. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. p. 57.

¹¹⁰ —Art. 11. [...] § 2º Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou a SEMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA.¶

¹¹¹Nesse sentido, MELO, Cristina Andrade. *A audiência pública na função administrativa*. 2012. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. p. 46; e SILVA, Laís Sales do Prado; SANTOS, Murillo Giordan; PAULINO, Virgínia Juliane Adami. Audiências públicas: histórico, conceito, características e estudo de caso. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, out./dez. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=238283>>. Acesso em: 18 dez. 2017. Fazendo menção à importância das audiências públicas em matéria ambiental, vejam-se OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 135, p. 271-282, jul./set. 1997. p. 279; e PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 169.

¹¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre o Estado e cidadão. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, n. 23, p. 39-51, 2006.

O PMI, a consulta pública e o direito de manifestação dos interessados na audiência pública decorrem do direito de participação e de petição presentes na Constituição Federal, ainda podemos destacar como integrante o princípio da participação, materializado nas audiências públicas, o que segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Cabe não olvidar que a audiência pública configura excelso instrumento de participação cidadão na tarefa administrativa concretizando [...] o sempre desejado propósito de fortalecimento democrático das relações entre Estado e cidadão e de legitimação da atuação Administrativa.¹¹³

Augustín Gordillo sobre o fundamento prático da audiência pública. O autor entende que:

[...] o fundamento prático do requisito da audiência pública ou privada dentro da garantia do devido processo é duplo. Serve, por um lado, a) ao interesse público de que não se produzam atos ilegítimos e b) ao interesse dos particulares de poder influenciar com seus argumentos e provas antes da tomada de uma determinada decisão e serve também, empiricamente, c) as autoridades públicas, para diminuir os possíveis riscos de erros de fatos ou de direito em suas decisões, com o conseguinte benefício na eficiência de suas ações e o consenso que elas podem acarretar na comunidade.¹¹⁴

Gustavo Henrique Justino de Oliveira assinala que:

É mediante a realização dessas audiências que se garante um direito fundamental dos cidadãos, que é o direito de ser ouvido, o direito de poder

¹¹³ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 222.

¹¹⁴ GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-6. Tradução livre. No original: —[...] *el fundamento práctico del requisito de la audiencia pública o privada dentro de la garantía del debido proceso es doble. Sirve por un lado a) al interés público de que no se produzcan actos ilegítimos, y b) al interés de los particulares de poder influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma de una decisión determinada y sirve también, empíricamente, c) a las autoridades públicas para disminuir el riesgo de posibles errores de hecho o de derecho en sus decisiones, con el consiguiente beneficio en la eficacia de sus acciones y el consenso que ellas puedan acarrear en la comunidad.*ll.

opinar, de modo eficaz, notadamente a respeito daqueles assuntos que interessam à coletividade.¹¹⁵

A Constituição da República apresenta diversos momentos em que a audiência pública pode se fazer presente. A Lei nº 9.784/1999, já previa o instituto em seu artigo 32 e, assim como fez com a consulta pública, facultou à autoridade administrativa a sua realização nos seguintes termos: —[...] antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

O Decreto nº 8.243/2014 trouxe a definição legal do instituto das audiências públicas no artigo 2º como “[...] mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais [...].”

Para a doutrina¹¹⁶, a definição trazida por Marcos Augusto Perez diz que:

[...] o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa.¹¹⁷

A audiência pública é mais interativa e mais dinâmica que a consulta pública [...] ¹¹⁸ assim, o dinamismo e o baixo grau de formalização resultam exatamente em dúvidas e questionamentos sobre a utilização do instituto, principalmente se comparado à consulta pública. Porém o baixo grau de formalização não compromete o instrumento, ao passo que a discricionariedade do gestor público pode ser perfeitamente manejada para

¹¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 135, p. 271-282, jul./set. 1997. p. 276.

¹¹⁶ Ou, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, —[...] a audiência pública (que, em última instância, é também forma de consulta) se destina a obter manifestações orais e provocar debates em sessão pública especificamente designada para o debate acerca de determinada matéria. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 996.

¹¹⁷ PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 168.

¹¹⁸ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 239.

possibilitar outras formas de se atingir os objetivos da audiência pública. Conforme entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

1. O objetivo da audiência de EIA/RIMA é possibilitar a participação popular em assuntos relacionados ao meio ambiente [...] 2. Iniciada a audiência pública EM 17.12.2008, compareceram mais de 300 participantes, o que inviabilizou o prosseguimento da mesma no local designado, porquanto vários outros interessados permaneceram fora do recinto. 3. Redesignada a audiência para o dia 24 de janeiro de 2008, em local mais amplo, com publicação no Diário Oficial do Estado, no Jornal "O Estado de São Paulo" e em jornais locais, além de informes na Rádio Capital e na Rádio local "Z", compareceram mais de 600 pessoas, com lista de 483 pessoas das quais 55 se manifestaram, com tendo a audiência se estendido por cerca de 07 horas. 4. Foi exatamente o adiamento da audiência que possibilitou a ampla participação popular e o extenso debate que, como dantes afirmado, se estendeu por quase 07 horas, garantindo total legitimidade ao processo. 5. O simples fato de a legislação não prever o desdobramento da audiência não significa que ela não possa ocorrer. É o interesse público quem dita tais regras. O que a legislação veda é a surpresa, a surdina, simulacro de audiência visando burlar o interesse da coletividade. 6. Apelação que se nega provimento.¹¹⁹

Gustavo Henrique Justino de Oliveira acrescenta que a audiência pública:

“desde que obrigatória, a realização da audiência pública será condição de validade do processo administrativo em que está inserida. Caso não implementada, ao arrepio da determinação legal, o processo estará viciado, e a decisão administrativa correspondente será inválida.¹²⁰

Pra Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

[...] a consulta pública tem como pressuposto o interesse geral, basicamente. Já na audiência pública o pressuposto é a relevância da questão, motivadamente aferida e proclamada, não importando seja o tema envolvido de interesse geral ou não. Discordamos, pois, frontalmente

¹¹⁹ TRF3, Processo nº 000453857.2008.4.03.6100/SP (2008.61.00.0045380/SP), relator juiz federal convocado Rubens Calixo. Data da decisão: 7 de julho de 2011.

¹²⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 135, p. 271-282, jul./set. 1997. p. 278.

daqueles que só veem na base da audiência pública interesse difuso ou coletivo (é a opinião, dentre outros, de Lúcia Valle Figueiredo). Para nós, mesmo que o interesse em tela seja restrito aos envolvidos no processo administrativo, o impacto econômico da decisão ou a mera potencialidade de reflexo sobre futuras discussões análogas do que se vier a decidir já legitima a convocação de audiências públicas.¹²¹

¹²¹ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 222.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a temática do Procedimento de Manifestação de Interesse, com o intuito de discutir e expor as implicações do PMI no direito administrativo e na legislação brasileira. Abordou-se inicialmente a evolução do direito administrativo a inclusão do instituto no ordenamento jurídico. Para isso, o primeiro capítulo partiu da exposição de aspectos contextuais históricos, econômicos e políticos que acompanharam o direito administrativo brasileiro e o instituto das concessões desde o século XIX, com o propósito de empenhar esforços para alcançar os melhores meios de interpretação do direito contemporâneo.

A luz direito administrativo do século XXI, os serviços públicos devem representar as utilidades indispensáveis à dignidade da pessoa humana, diretriz máxima dos direitos fundamentais, da qual extrai-se, também, a busca pela efetivação das finalidades republicanas do Estado brasileiro.

Em que pese a sua evolução na legislação pátria, concluímos que o art. 31, da Lei Federal nº 9.074/1995, admitiu que os autores de projetos básicos ou executivos ou os economicamente responsáveis pelos projetos participassem da licitação ou da execução de obras ou serviços. Quanto a autorização jurídica para elaboração dos estudos de viabilidade por particulares a participar da licitação para contratação de PPP ou concessão, a existe a algum tempo, o art. 21, da Lei 8.987/1995, trouxe a possibilidade de autorização concedida pelo poder público ao ente privado para elaboração de estudos, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, estipulando ainda que os custos incorridos na elaboração de estudos sejam ressarcidos pelo vencedor da licitação

Com força do que prevê o art. 3º, da Lei 11.079/04, os arts 21, 31, e outros da Lei Federal nº 9.074/1995 aplicam-se às PPPs, é permitido à Administração Pública autorizar a particulares a execução de estudos técnicos, inclusive jurídicos, ambientais, econômicos ou de engenharia, que possam lastrear decisão de executar determinado projeto, sem que esses particulares se tornem impedidos de participar da licitação posterior, objetivando então incentivar a elaboração de projetos, um dos desafios ao provimento de infraestrutura e serviços de qualidade e no país.

Partiu-se então para a conceituação do Procedimento de Manifestação de Interesse, onde ficou evidenciado ser esse um ponto de grandes divergências doutrinárias, assim alcançamos o conceito equilibrado, onde podemos resumir PMI como os procedimentos administrativos, que objetivam colher contribuições dos administrados no processo de elaboração de contratos de PPP, fundado em preceitos e princípios constitucionais, na Lei de PPP, na Lei de Processos Administrativos, nos artigos 21 da Lei no 8.987/1995 e 31 da Lei no 9.074/1995, traduzidos na ideia de se permitir, antes da fase de contratação, a possibilidade de empresas privadas apresentarem estudos, projetos, levantamentos, investigações que poderão ser, futuramente, utilizados pelo Poder Público para modelar o objeto. Tem natureza administrativa fundado na isonomia e na busca de soluções para o interesse público, os princípios pertinentes às licitações públicas aplicam-se em grande parte a ele.

Foi abordado ainda a importância dos princípios norteadores da atividade administrativa para o desenvolvimento do Procedimento de Manifestação de Interesse. O procedimento de manifestação de interesse, visa uma atuação legítima, transparente e eficiente, em consonância com as bases informadoras da atuação estatal.

A presente pesquisa buscou analisar o Procedimento de Manifestação de Interesse a luz da legislação brasileira. Assim posto o PMI, a consulta pública e o direito de manifestação dos interessados na audiência pública decorrem do direito de participação e de petição presentes na Constituição Federal. Chegamos então a conclusão de que Decreto nº 8.428/2015 trouxe importantes alterações, mas que não se apresentam como mudanças substanciais.

No que tange a unilateralidade do procedimento, podemos entender que o particular é convidado a se manifestar no procedimento para fins de complementação de dados e informações não há, efetivamente, uma interação horizontal.

Quanto a inadmissibilidade de oposição de recurso em face do mérito da decisão de avaliação e seleção, o que afirma o fato de ser a qualificação do PMI um instrumento não consensual, nos termos do artigo 11 do antigo decreto não permaneceram no novo dispositivo, o que não deixa margens a para continuidade do tema. Entende-se então que o recurso administrativo é cabível e a resposta a ele, um direito do administrado, logo o

PMI tem natureza processual, e sua avaliação é um ato administrativo sujeito ao regime geral de controle.

Quanto ao particular no âmbito do PMI, percebe-se um formalismo aplicado, registrado no artigo 3º, agora presente no artigo 5º do novo diploma, ainda pode-se dizer que o decreto no 8.428/2015, adicionou exigências formais aos particulares, porém, mesmo existentes estas não possuem caráter excessivas. As exigências prestam-se em sua maioria para fins de cadastrais, e como critérios para facilitar a interação entre os agentes durante o PMI. De qualquer maneira essa é um mecanismo de importante destaque para a administração pública, o uso adequado poderá trazer ganhos expressivos aos estados e municípios, principalmente, pois ao possibilitar o uso da expertise da iniciativa privada nos projetos públicos adiciona-se eficiência, qualidade e celeridade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BELSITO, Bruno Gazzaneo. O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro. 2015. 317 p. Dissertação (mestrado em direito). Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (Orgs.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77-90.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/ abril/ maio, 2008a. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 17 set. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b. 897 p. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível na Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 13 de novembro de 2017.

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. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>> Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>> Acesso em: 17 set. 2017..

_____. Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9636.htm>> Acesso em: 17 set. 2017.

_____. 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. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>> Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Decreto-lei 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>> Acesso em: 17 set. 2017.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito. 1ª ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003. 196 p. CARVALHO, André Castro.

A participação proativa e reativa da iniciativa privada em projetos de infraestrutura no Brasil: um estudo sobre as manifestações de interesse da iniciativa privada/MIPs e os Procedimentos de Manifestação de Interesse. In SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.) Contratos Públicos e Direito Administrativo/ Malheiros, 2015. 480 p.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. 2014. 379 p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Elementos de Direito Administrativo. 2016. 236 p. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Lisboa/Portugal: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2017, p. 575- 605. Disponível na Internet: <<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_0575_0604.pdf>> Acesso em 26 de outubro de 2017.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. Il Gattopardo. Feltrinelli Editore, 2002. 186 p
NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Bruno Ramos. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado? 2011. 18 p. Disponível na Internet: 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 24 de set de 2017.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 24, jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31258>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SAADI, Mário. O Procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 2014. 240 p. Dissertação (mestrado em direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Procedimento de Manifestação de Interesse (pmi): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. 2013. 500 p. Dissertação (Mestrado em

Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

SUNDFELD. Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. 191 p.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. Revista de Direito Administrativo, nº 209, Editora Renovar, Rio de Janeiro, julho/setembro, 1997, p. 02.

VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia; GAROFANO, Rafael Roque. Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS) – Os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada In: Revista Brasileira de Infraestrutura, n.º 2 – jul./dez. de 2012. Belo Horizonte: Fórum. 2012. P. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80807>>. Acesso em: 05 dez. 2017