



Mudanças na manifestação de interesse diante do decreto 10.104/2019



Cristiana Fortini
professora

Foi publicado no Diário Oficial da União de 07/11/2019 o Decreto Federal

nº 10.104/2019, que promoveu alterações no Decreto Federal nº 8.428/2015, regulamentador do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI a ser observado na esfera federal.

O procedimento de manifestação de interesse – PMI consiste em um instrumento propiciador da cooperação privada na construção do ato convocatório e anexos de um eventual procedimento licitatório, por meio do qual a administração pública, a partir da exposição de suas demandas, recebe estudos, levantamentos, investigações ou projetos que deverão, para fins de real aproveitamento, passar pelo crivo do ente demandante. O fundamento legal encontra-se sobretudo no art. 21^[1] da Lei nº 8.987/1995, a Lei das Concessões.

Vale dizer, o PMI possibilita que a administração pública, reconhecendo sua limitação em , isoladamente, construir os documentos necessários que balizarão possível futuro certame e a contratação pretendida, realize chamamento público para o desenvolvimento de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a estruturação desses empreendimentos. Nestes termos, é importante instrumento dialógico à disposição da administração pública brasileira.

No que tange às alterações promovidas pelo Decreto nº 10.104/2019, a primeira modificação se deu na redação do caput do art. 1º do Decreto 8.428/2015, ampliando sobremaneira o que pode ser objeto do PMI.



Com efeito, a redação anterior dispunha que os estudos apresentados pela iniciativa privada subsidiariam 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”. Com a alteração promovida em 2019, o objeto dos estudos será subsidiar a administração pública na estruturação de “desestatização de empresa e de contratos de parcerias, nos termos do disposto no §2º do art. 1º da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016”.

Neste ponto cumpre rememorar que contratos de parceria, nos termos da Lei nº 13.334/2016, criadora do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, são “a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante” (art. 1º, §2º, Lei nº 13.334/2016).

Ou seja, com a alteração do Decreto, os contratos de parceria abrangem os institutos jurídicos outrora previstos na redação original, mas não se limitam a estes. Mas não foi só, já que a alteração legislativa ampliou a possibilidade de uso do PMI para mais uma importante hipótese, qual seja, a estruturação de desestatização de empresa estatal – sociedade de economia mista ou empresa pública, o que é consentâneo ao atual movimento legislativo brasileiro pela desestatização e pelo primado de um modelo de Estado regulador.

A segunda importante alteração promovida pelo Decreto publicado em 07/11/2019 é relativa à inclusão do §5º no art. 1º do Decreto regulamentador do PMI, passando a dispor que o processo de seleção de pessoa física ou jurídica para apresentação dos estudos, projetos, levantamentos ou investigações poderá ser anterior à fase de autorização.

Cumpre rememorar que o PMI pode ser utilizado também para atualização, complementação ou revisão de projetos, estudos, investigações ou levantamentos já existentes, desdobrando-se em três fases: (i) a abertura, caracterizada pela publicação de edital de chamamento público, (ii) a autorização para apresentação dos estudos pela iniciativa privada, e, por fim (iii) a avaliação, seleção e aprovação. Nesse sentido, a alteração promovida permite que a seleção do parceiro privado e dos projetos, estudos, investigações ou levantamentos apresentados, ou seja, a terceira fase do PMI, ocorra antes mesmo da segunda fase, que é a autorização para contratação pela autoridade competente.

A terceira modificação promovida pelo Decreto nº 10.104/2019 está diretamente relacionada à segunda: o inciso I do artigo 6º passou a prever que a autorização poderá ser conferida com exclusividade ou a número limitado de interessados, o que antes era expressamente vedado pelo decreto regulamentador. Para essa restrita hipótese de exclusividade ou limitação de interessados se aplicará a inversão de fases de seleção e de autorização, conforme se depreende da remissão expressa feita no §5º do art. 1º ao art. 6º, inciso I, ambos do Decreto nº 8.428/2015.



A quarta alteração promovida se deu pela inclusão de parágrafo único no art. 10 do Decreto nº 8.428/2015. Trata-se de alteração também decorrente da modificação que suprimiu a proibição de restrição da autorização, para passar a permitir que ela se dê com exclusividade ou a número limitado de interessados. Nestes termos, o artigo 10, que dispõe sobre os critérios para avaliação e seleção dos estudos, passou a determinar em seu parágrafo único que na hipótese de autorização exclusiva ou a número limitado de interessados a seleção deverá considerar um ou mais critérios dentre (i) experiência profissional comprovada, (ii) plano de trabalho e (iii) avaliações preliminares sobre o empreendimento.

Por fim, a última alteração foi a revogação do §6º do art. 15 do Decreto nº 8.428/2015. O §6º permitia que em caso de alterações ou correções nos estudos, projetos, levantamentos ou investigações contratados, após a conclusão da seleção, o parceiro privado autorizado poderia apresentar novos valores para o ressarcimento de seus gastos. Essa autorização foi suprimida do regulamento.

Diante das alterações supramencionadas, verifica-se o declarado propósito de aumentar as possibilidades de uso desse importante instrumento à disposição da administração pública brasileira. Outro propósito declarado foi a adequação do regulamento à possibilidade de autorização com exclusividade ou restrição a número limitado de interessados. Esta merece reflexão.

Por um lado, importante limitar-se a oferta de estudos, projetos, levantamentos ou investigações a público alvo com adequada capacitação técnica e econômica para tanto, afinal, trata-se de estudos dispendiosos e que requerem elevada expertise técnica. De todo modo, isso é conciliável com PMI em que há participação e autorização plurais. À redação anterior do Decreto não se poderia atribuir a responsabilidade pela eventual baixa qualidade de participantes. A exclusividade também, por si só, nada garante.

Fato é que a exclusividade pode ser, ainda que assim possa não parecer, um atrativo a mais à iniciativa privada. A exclusividade pode florescer o interesse do mercado e endereça-lo à administração pública, diante de chances mais reais de influenciar um possível novo edital, além de potencializar a chance de ressarcimento.

Por outro lado, considerando sobretudo a possibilidade de participação em futura eventual licitação – a despeito da ausência de preferência – de se ponderar possíveis fragilidades, tais como a captura dos gestores públicos demandantes e a prática de atos coibidos pela Lei Anticorrupção brasileira, a exemplo da frustração ao caráter competitivo da licitação.



Efetivamente, a aproximação entre público e privado traz consigo riscos de condutas antiéticas e atos de corrupção, o que, por outro lado, não pode ser força motriz a impedir avanços no sistema de contratação pública brasileira[2].

Ademais, exclusividade em PMI não é uma novidade no ordenamento brasileiro. A exemplo, o Decreto nº 61.371/2015 do Estado de São Paulo permite que a autorização seja dada com ou sem exclusividade [3]. Neste caso, a exclusividade será baseada em critérios como vantajosidade, economicidade e tecnicidade da contratação, tendo por objetivo “ensejar à Administração Pública o máximo de subsídios e o mínimo de custos com o monitoramento e acompanhamento do desenvolvimento da modelagem”[4]. Trata-se de ato discricionário[5], o que não significa dizer possa ser imotivado, da Administração Pública estadual a outorga com ou sem exclusividade, cabendo o destaque de que a exclusividade conferida não impede que o gestor público colha contribuição de demais interessados na modelagem do empreendimento, inclusive mediante novo chamamento público[6]. De se ressaltar, ademais, que a norma paulista veda que o autorizado de forma exclusiva participe de eventual licitação futura resultante dos respectivos estudos, ainda que por meio de consórcios ou atividades de consultoria[7].

O Decreto nº 44.565/2007 de Minas Gerais é omissivo quanto ao ponto, assim como o são o Decreto nº 21.377/2009 de Rondônia, a Resolução CGPPP-RS nº 02/2013 do Rio Grande do Sul e o Decreto nº 2.889-R/2011 do Espírito Santo por exemplo, enquanto o Decreto nº 45.294/2015[8] do Estado do Rio de Janeiro e o Decreto nº 14.657/2011[9] do Município de Belo Horizonte determinam que a autorização apenas seja concedida sem exclusividade.

Cumprir rememorar que o avançar do tempo e a consolidação do viés democrático impuseram a maior permeabilidade da administração pública pela iniciativa privada, buscando-se um viés de administração pública gerencial. O cenário das contratações públicas naturalmente seria afetado, sendo o procedimento de manifestação de interesse – PMI um dos ápices dessa aproximação[10]. Isso porque, conforme já mencionado, se trata de instituto jurídico em que a administração pública, reconhecendo suas limitações, se vale da cooperação com a iniciativa privada que, por sua vez, interessa-se pela possibilidade de remuneração pelos estudos, projetos, investigações ou levantamentos fornecidos caso o certame público efetivamente seja realizado e seja bem sucedido com a celebração de um contrato. A iniciativa privada pode ter outro importante ganho, qual seja, a licitação ocorrer, dela participar e vir a ser contratada.

Além do mais, é um procedimento que pode ser vantajoso para o Poder Público, afinal, se valerá da expertise da iniciativa privada sem dispendir direta e imediatamente de recursos públicos, já que a remuneração será arcada pelo vencedor da licitação que se valeu dos estudos então fornecidos. Não se olvida, neste ponto, do gasto público “indireto”, já que o licitante irá inserir em seu preço os dispêndios com os estudos contratados.



De se ressaltar, outrossim, que o PL n° 1.292/1995, em avançado processo legislativo no Congresso Nacional, avança na ideia de diálogo, participação e consensualidade^[11] entre administração pública e iniciativa privada. A Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n° 1.292-F de 1995 do Senado Federal, prevê no artigo 77 que o procedimento de manifestação de interesse terá a natureza jurídica de procedimento auxiliar das licitações e contratações públicas, em conjunto com institutos como credenciamento, pré-qualificação, sistema de registro de preços e registro cadastral.

O PMI regulado em linhas gerais no art. 80 do PL n° 1.292/1995 mantém a essência atual, inclusive no que tange à disponibilização dos estudos, ao ressarcimento pelo vencedor da licitação, à ausência de direito de preferência em eventual procedimento licitatório e a não vinculação da administração pública à realização da licitação. Pela proposta do projeto de lei que revogará a Lei n° 8.666/1993, a Administração poderá solicitar à iniciativa privada a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública. A solicitação se dará por meio de PMI, que continuará sendo instaurado mediante a publicação de edital de chamamento público.

Dispõe a proposta de nova lei geral de licitações brasileira que a aceitação dos produtos e serviços advindos do PMI será precedida de parecer fundamentado da Administração, no qual se demonstrará que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

Relevante novidade proposta pelo PL 1.292/1995 é a limitação do PMI a *startups*. As *startups* foram definidas pelo projeto de lei como os “microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto” (§4º, art. 80). Para que o PMI se restrinja a esse público alvo a seleção deverá fundamentar-se em métricas objetivas que propiciem a demonstração de atendimento das necessidades da administração pública.

A despeito dos avanços, algumas questões ainda não foram equacionadas, tais como o estabelecimento de critérios objetivos para a remuneração dos estudos, ou mesmo a necessária transparência dos procedimentos de manifestação de interesse realizados pelo Poder Público.

Há uma série de procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e de manifestações de interesse privado (MIP) dos quais emergiram estudos e projetos que, todavia, não foram utilizados parcial ou totalmente em procedimentos licitatórios, não porque rejeitados, mas porque o Poder Público não avançou. Há situações em que sequer se promoveu a análise crítica do material disponibilizado, revelando-se um desinteresse em se prosseguir.



Sabe-se que o particular assume o risco de investir na preparação de estudos, já que apenas se houver futuro certame e a celebração do contrato dele resultante haverá a contraprestação pelo trabalho executado. Mas, a ausência de obrigação de remunerar pelo trabalho executado tem sido, na prática, compreendida pelo Poder Público como uma oportunidade de solicitar apoio técnico ou recebê-los quando a iniciativa parte do particular, sem que exista uma prévia e real reflexão sobre a possibilidade de progredir futuramente com a instauração de um certame.

Endereçar esse assunto é importante e não se identifica mudança a esse respeito e nem perspectivas de que a nova lei de licitações assim avance.

Ainda que não se cogite de transformar o certame em algo cogente, o princípio da confiança objetiva reclama postura leal por parte da administração pública. O que se pretende é evitar que se iluda a iniciativa privada, sem que exista avaliação prévia minimamente madura por parte do ente estatal sobre o interesse real na pavimentação da futura licitação.

Diante do exposto, conclui-se que o Decreto nº 10.104/2019 promoveu importantes alterações no decreto federal regulamentador, sendo as alterações também compatíveis e consentâneas com o propósito dialógico e inovador que a nova lei de licitações pretende encampar, sem, no entanto, equacionar todas as polêmicas referentes ao procedimento de manifestação de interesse – PMI.

[1] 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.

[2] Pensando por essa ótica, a modalidade diálogo competitivo também não seria proposta no ordenamento jurídico pelo PL nº 1292/1996.

[3] Artigo 14 – A autorização para a elaboração de estudos será pessoal e intransferível, podendo ser conferida com ou sem exclusividade, nos termos do que dispuser o edital de chamamento público, e:

I – não gerará qualquer benefício em eventual licitação do empreendimento;

II – não obrigará a Administração Pública a realizar a contratação da parceria modelada;

III – não implica, em nenhuma hipótese, responsabilidade da Administração Pública perante terceiros por atos praticados pelo destinatário da autorização;



[4] Artigo 13 – Caberá ao CGPPP ou ao CDPED deliberar quanto à concessão de autorização exclusiva, de acordo com critérios de vantajosidade, economicidade e tecnicidade, especialmente para ensejar à Administração Pública o máximo de subsídios e o mínimo de custos com o monitoramento e acompanhamento do desenvolvimento da modelagem.

§ 1º – A deliberação prevista no “caput” deste artigo deverá ser objeto de proposta fundamentada do Grupo de Trabalho.

§ 2º – A outorga de autorização exclusiva não impede a Administração Pública de colher a contribuição de demais interessados sobre a modelagem do empreendimento, inclusive mediante novo chamamento público.

[5] Artigo 2º – Para os fins deste decreto, considera-se: XIV – Autorização: ato administrativo discricionário outorgado, com ou sem exclusividade, a fim de que o destinatário possa elaborar estudos para subsidiar a Administração Pública na elaboração de parcerias;

[6] Art. 13 § 2º – A outorga de autorização exclusiva não impede a Administração Pública de colher a contribuição de demais interessados sobre a modelagem do empreendimento, inclusive mediante novo chamamento público.

[7] Artigo 17 – Analisados os requerimentos de autorização, o Grupo de Trabalho elaborará nota técnica, a ser submetida à apreciação do Secretário Executivo, que emitirá termo de autorização aos requerentes que atenderem ao disposto no artigo 15 deste decreto. § 4º – O destinatário de autorização exclusiva deverá apresentar declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, incluídos consórcios ou atividades de consultoria, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos.

[8] Art. 13. A autorização para apresentação de Estudos Técnicos: I – será conferida sem exclusividade;

[9] Art. 5º A autorização da MIP será concedida sem caráter de exclusividade e: [...]

[10] SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e BUENO, Mariana. De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas. 1ed.BH: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 145-175.

[11] FORTINI, Cristiana. O avanço do diálogo competitivo no substitutivo apresentado ao PL 6.814/17. CONJUR, 24/05/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/interesse-publico-oavanco-dialogo-competitivo-substitutivo-pl681417>. Acesso em: 10/11/2019.

Date Created

28/11/2019