

O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E A ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO: UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA

EXPRESSION OF INTEREST PROCEDURE AND ASYMMETRIC INFORMATION: A DIALOGIC PERSPECTIVE

Maria Marconiete Fernandes Pereira*

RESUMO

O presente artigo aborda as transformações do Direito Administrativo pela instituição das parcerias público privadas, inseridas numa realidade de atividades econômicas dos serviços públicos, em razão do afastamento do Estado da execução direta das atividades públicas. A assunção da iniciativa privada em prestação de serviços públicos assegurou uma aproximação dialógica com a Administração Pública no âmbito do procedimento administrativo de licitação. Por fim, analisa as transformações da atuação administrativa nas parcerias público privadas, especificamente na escolha pública do Procedimento de Manifestação de Interesse executado pela iniciativa privada. O problema fundamental da pesquisa é identificar os riscos e incertezas provocados pela assimetria de informação no procedimento de manifestação de interesse configurando, enfim, diálogos necessários. Em suma, quanto aos fins, utiliza a metodologia lógico-dedutiva com pesquisa bibliográfica, partindo da análise contextualizada das transformações do direito administrativo para as transformações do procedimento administrativo licitatório.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Parceria Público Privada; Assimetria de Informação; Diálogos.

ABSTRACT

This paper discusses the changes of Administrative Law by the institution of private public partnerships, inserted into a reality of economic activities of public services, as a function of absence from State under direct implementation of public activities. The assumption of private sector in providing public services ensured a dialogic approach to public administration in the administrative bidding procedure. Finally, it analyzes the change of the administrative performance in public-private partnerships, specifically public choice of Expression of Interest procedure accomplished by the private sector. The fundamental problem is identify the risks and uncertainties caused by information asymmetry in the Expression of Interest procedure, finally, dialogue needed. Overall, as to the purposes, it uses the logical-deductive methodology with bibliographic research, based on the contextual analysis of the changes of administrative law for the changes of administrative bidding procedures.

Keywords: Administrative Law; Public Private Partnership; Asymmetric Information; Dialogues.

* Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Contabilidade e Auditoria Pública pela UFPB. Bacharela em Ciências Contábeis pela UFPE e em Direito pela UNIPÊ. Auditora de Contas Públicas da Controladoria Geral do Estado da Paraíba.

1 INTRODUÇÃO

Os Estados diante das dificuldades de recursos financeiros e da capacidade institucional em atender ou suprir as demandas da sociedade em infraestruturas públicas, procura um estreitamento relacional com a iniciativa privada com a finalidade de prestação de serviços públicos. Essas transformações foram impulsionadas a partir da reforma do Estado que promoveram mudanças nas formas de atuação do Estado através da delegação de serviços, as concessões.

As concessões de serviços públicos no ordenamento brasileiro vêm sofrendo nos últimos anos, e, influenciando, o direito administrativo e o direito positivo, especificamente a partir da escolha pública da instituição da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a parceria público privada.

Nesse contexto, o papel do Estado brasileiro começa a ser redesenhado frente à intervenção na ordem econômica, com interferência direta na atividade econômica numa concepção da economia de mercado. Um dos fundamentos da ordem econômica da Constituição Federal de 1988 é a projeção da livre iniciativa como agente econômico, dentro do balizamento normativo autorizado pelo sistema jurídico, assegurando ao Estado o papel de agente fomentador da atividade econômica.

Diante disso, a intervenção do Estado passa a ser modificada na maneira de atuar sobre a economia, tendo em vista que a exploração das atividades econômicas passa a ser delegada ao particular, enquanto que somente o Estado poderá explorá-la quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Por sua vez o papel econômico pode ser considerado um dos aspectos mais relevantes para empreender a capacidade de fomento dos governos e a vida econômica das sociedades.

Segundo Joseph E. Stiglitz (2000, p. 14) há uma difusão de pensamento que os mercados e as empresas privadas constituem o cerne do êxito de uma economia, enquanto que o Estado desempenha um papel importante como complemento do mercado. Essa dimensão encaminha a uma das variáveis contundentes no dimensionamento da atuação do Estado nas atividades econômicas, em que a produção direta nos diversos serviços públicos não atendia as expectativas de demandas da sociedade.

Nessa perspectiva o Estado se aproxima cada vez mais da iniciativa privada através das parcerias público privadas, para implementação de projetos de alta complexidade, envolvendo desde a formatação do projeto até a gestão final do empreendimento. Sendo que,

na fase interna do procedimento administrativo licitatório a Administração Pública possibilita a participação ativa do setor privado por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse.

A finalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse aponta um diálogo entre Administração Pública e iniciativa privada, em que seja possível garantir a participação do setor privado para viabilizar estudos, projetos, levantamentos ou investigações de viabilidades econômicas para futura instauração da licitação e contratação. Esta escolha pública pelo via do Procedimento de Manifestação de Interesse instaura um ambiente de riscos e incertezas, principalmente pelo escopo de diferentes níveis de assimetria informacional entre os agentes.

Nesse sentido, a presente pesquisa buscará delimitar o objeto a partir do estudo da contextualização das transformações do Direito Administrativo em direção à instituição das parcerias público privadas, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em que se destaca a participação da iniciativa privada no bojo do procedimento administrativo de licitação. A escolha pública desta participação na fase interna com propósitos de elaboração do Procedimento de Manifestação de Interesse manifesta uma evolução da atuação administração e de diálogos necessários para atenuar a assimetria de informação.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM DIREÇÃO AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

A dinâmica das reformas políticas, além da influência do fenômeno da globalização, impulsionou alterações substanciais na atuação do Estado, principalmente a partir do final do século passado. Nesta conjuntura, identifica-se um processo construtivo de aproximação entre o Estado e a iniciativa privada nas atividades públicas envoltos na ampliação da prestação de serviços públicos.

Diante disso, constatou-se o surgimento das parcerias que diversificaram os modos de prestação de serviços públicos abrangendo “os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes envolvendo, assim, uma pluralidade de atores” (MEDAUAR, 2003, p. 213).

Acontece que a aproximação também revela outra faceta na forma de atuar da Administração Pública, as formas de atuação do setor privado. Essa aproximação refere-se à contratualização, tendo como ponto central a passagem da Administração autoritária à Administração consensual, uma vez que as tarefas do Estado se alargam, mas também

identifica o aparecimento de uma nova mentalidade (ESTORNINHO, 2009, p. 44) da atuação nas atividades públicas. Cabe ressaltar que trata-se de uma forma de administração nova, em que os tradicionais métodos de autoridade são revestidos em outra maneira de atuar de autoridade, surgindo, então, as alternativas dialógicas no âmbito das decisões unilaterais processuais administrativas.

Nesse sentido, as novas tendências chegam à dogmática procedimentalista administrativa, que revela a necessidade de oxigenação de suas etapas de maneira a experimentar um paradigma do espaço público interno para um novo espaço de diálogo. Isto se deve ao retorno da concessão repaginada de instrumentos capazes de alterações que implicam uma verdadeira subversão dos quadros teóricos tradicionais da Ciência jurídico-administrativa (FERRARA, 1985, p. 2).

A renovação das concessões ocorreu em decorrência da conjuntura da crise fiscal e orçamentária do Estado, que levaram forçosamente a reforma do Estado com a reestruturação do setor público e a oportunidade de criação de formas institucionais inovadoras (COUTINHO, 2002, p. 68). A nova modelagem das concessões traz também outras implicações decorrentes do aprimoramento do instituto de incertezas e um ambiente do risco em suas aplicações e relações, levando a conjuntura de parcerias entre o poder público e o setor privado.

As transformações foram possíveis pela modificação ideológica constitucional, permitindo a desestatização de atividades e o afastamento do Estado da condição de agente principal da atividade econômica. Nesse ínterim suprimem monopólios, inserem entes reguladores e inicia um processo de nova leitura do instituto da concessão, por meio da edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (BRASIL, 1995).

Havia uma disposição política de assegurar o programa de desestatização, por isso, considerou-se que sem um normativo que assegurasse os direitos dos concessionários, regime de tarifas, direitos e deveres das partes, empreendimento por risco e conta do concessionário, prazo limitado de exploração sem exclusividade, igualdade a todos de participação no processo licitatório, não haveria possibilidade de êxito no programa (CAVALCANTI, 2013, p. 244).

Cabe ressaltar que a tônica da década de oitenta foi a crise fiscal com dívidas exorbitantes e desequilíbrios dos orçamentos por parte dos governos, influenciando na capacidade de investimentos em serviços públicos direcionados ao desenvolvimento, uma vez que “uma crise fiscal significa que o Estado não dispõe de recursos para financiar novas

políticas econômicas; irá repercutir no plano social, conseqüentemente provocará uma crise de legitimidade” (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 122).

Ademais, a influência do fenômeno da globalização nesse processo de mudança de buscar alternativas de investimentos toma como parâmetro a idealização dos modelos dos governos da Inglaterra e dos Estados Unidos, com prognósticos de um estado excessivamente grande e dispendioso. Essas alternativas tinham a finalidade de propiciar uma reengenharia de gestão, baseada nas ideias neoliberais, no percalço para diminuir o Estado e, ao mesmo tempo, promover programas destinados ao desenvolvimento.

A ênfase recai sobre a parceria entre o setor público e o privado, que tem a concessão um instituto representativo de prestação de serviços públicos por delegação. As parcerias na formatação de concessões demonstra ser uma alternativa de atividade de gestão pública, de forma instrumental, haja vista a sua função de atender às necessidades coletivas com qualidade. Modelo este que assenta, agora, na possibilidade de cooperação com o setor privado, mas com o intuito de atrair recursos financeiros para investimentos em atividade de serviços públicos.

Nesse sentido, a ênfase de colaboração entre a iniciativa privada e a Administração Pública surgem as concessões especiais - administrativa e patrocinada – disciplinadas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP), no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 2004). Acende, então, uma necessidade de instrumentalizar a prestação de serviços através da interação entre o poder público e a iniciativa privada buscando, desta feita, eficiência e qualidade.

3 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICITAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

A Administração Pública tem a função administrativa de atender as necessidades operacionais e de investimentos, para isso, utiliza-se do instrumento da licitação pública conforme disposição constitucional do art. 37, inciso XXI:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com

cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, o procedimento licitatório é uma regra com a finalidade de assegurar igualdade a todos àqueles que se habilitem em atender ao chamamento para suprir as necessidades da Administração Pública. No entanto, a Administração para garantir tal desiderato atravessa algumas etapas: i) identifica a necessidade pública em função do interesse público; ii) instaurar o procedimento licitatório através da motivação decorrente da necessidade; e, iii) levantar todos os custos e benefícios do objeto; e, iv) identifica o alcance do beneficiamento do objeto. Estas são formalidades necessárias para determinação de cumprir sua finalidade de atender a necessidade pública.

Segundo comando normativo licitatório “o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública” (BRASIL, 1993). Contudo, toda a formalidade tem o propósito mediato a instauração do procedimento licitatório e imediato atender a contratação de um objeto, compras, bens, serviços, concessões, etc.

Acontece que a nova agenda da Administração Pública, em virtude das transformações decorrentes da reforma do Estado e novos institutos jurídicos de contratação, provocou uma alteração substancial na procedimentalização de contratação. Uma vez que cada vez mais verifica-se uma aproximação do Estado e a iniciativa privada para assunção de atividades públicas, seja no âmbito econômico seja no âmbito social, em decorrência das múltiplas demandas da sociedade.

Nesse sentido, o planejamento de contratações públicas precisa ser otimizado. Nessa otimização, a Administração Pública empreende “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo” (MELLO, 2008, p. 477), em que faz parte do planejamento governamental para definir o objeto da contratação. Ademais, cada ato cumpre uma função determinada que compõe a estrutura do *modus operandi* da contratação, uma vez que toda a concepção das variáveis econômicas e sociais são concebidas. Apesar de que a sistematização dessa estrutura foi alterada com a instituição das parcerias público privadas, já que pode ser provocada pela própria Administração como também de interessados, a iniciativa privada.

Vale ressaltar as argumentações de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 80) que:

A proceduralização das ações administrativas, o estabelecimento de certos procedimentos instrumentais para a tomada de decisões, visa a amparar tanto o cidadão quanto a coletividade, mas não pode levar ao ponto em que já se chegou no processo judicial, onde, muitas vezes, o direito material a ser defendido ou exercitado fica em segundo plano, quando não é até mesmo sepultado por uma avalanche de questiúnculas procedimentais irrelevantes. O processo deve ser um meio seguro de realização do direito, não de sua negação. O princípio da informalidade significa que devem ser observadas as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza e da segurança jurídicas e ao atingimento dos fins almejados pelo sistema normativo. Deve-se dar maior prestígio ao espírito da lei do que à sua literalidade no tocando ao item estabelecido pela norma jurídica disciplinadora do processo.

Cabe ressaltar que o procedimento administrativo licitatório compreende duas fases distintas: a fase interna e a fase externa. A fase interna, que se caracteriza de atos administrativos essenciais à divulgação do aviso da licitação; e a fase externa, que diz respeito à exteriorização de atos através da publicidade de forma igualitária para interessados em participar desse processo.

A fase interna geralmente inicia com abertura do processo licitatório, sendo condicionada a autorização da autoridade competente devidamente justificada em viabilidades técnicas, econômicas e fiscais. Esta autorização deverá ser fundamentada em estudos que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação e identifique as razões pela opção da forma de parceria público privada (BRASIL, 2004). A demonstração da viabilidade econômica do objeto considera o *value for money*, isto é, o custo *versus* benefícios para implementação da futura contratação, em que se cotejem os resultados na prestação de serviços de acordo com os valores de mercado do setor específico do projeto, metodologias de execução, entre outras particularidades pertinentes.

O prazo do empreendimento também chama a atenção em relação ao impacto orçamentário nos exercícios seguintes, em que deva vigorar o contrato em razão da contraprestação do ente público ao parceiro privado, uma vez que poderá comprometer a dívida pública. Essa adequação se coaduna com as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que disciplina nos casos das despesas criadas ou aumentadas que poderão afetar as metas de resultados fiscais. Uma leitura do art. 16 da Lei de Responsabilidade identifica-se que há uma obrigação dos efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Ademais a obrigação se materializa pela elaboração de estimativa que

esse impacto orçamentário-financeiro nos exercícios seguintes do período em vigor do contrato, uma vez que as obrigações contraídas deverão ser de acordo com a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento do contrato (BRASIL, 2000).

Além do mais, a implementação de uma parceria público privada somente será autorizada se houver previsão do objeto no plano plurianual do ente federativo promotor da licitação, se são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e se estão previstas na lei orçamentária anual.

Acrescente-se, ainda, a exigência da minuta do edital e do 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. Segundo Cristiana Fortini (2013, p. 11) estes procedimentos estão em consonância com princípios constitucionais da transparência e do controle social.

Na fase externa, o procedimento licitatório abrange etapas partindo da divulgação do edital, com o chamamento para os licitantes oferecerem suas propostas de acordo com o pactuado e disponibilizado no Procedimento de Manifestação de Interesse; passando pela fase de qualificação das propostas e habilitação, culminando com a adjudicação e homologação do objeto de acordo com as normas editalícia.

Neste trabalho, a ênfase recairá sobre a importância da fase interna no processo de formatação licitatória, especificamente do Procedimento de Manifestação de Interesse.

4 PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

As relações entre Administração Pública e a iniciativa privada se traduz com o momento que “o actual Estado administrativo encontra-se confrontado com uma sociedade ao mesmo tempo dividida e relutante em delegar a resolução dos seus interesses e conflitos em aparelhos rígidos, legitimados pelos mecanismos partidários e representativos”(ANTUNES, 1989, p. 77).

Diante disso, identifica-se uma democracia administrativa, no âmbito do procedimento licitatório, que permite a cooperação do privado numa formação do direito à

participação administrativa. Segundo entendimento de Odete Medauar (2003, p. 230), a participação administrativa relaciona-se o respeito ao interesse público de maneira compartilhada com a sociedade e as práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses.

No argumento de Caio Tácito (1997, p. 6) para quem “a moderna tendência do direito público marca [...] a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesses público”. Nesse compasso, em relação aos procedimentos licitatórios tradicionais, especificamente na fase interna, não se vislumbrava a participação democrática administrativa. Desta maneira, os estudos técnicos eram executados nas licitações e contratações tradicionais pelo próprio corpo técnico do Estado, sem a participação da iniciativa privada.

No âmbito das parcerias público privadas há uma diversidade de áreas envolvidas, variáveis de diversos segmentos, aliada às inovações tecnológicas. Assim, a Administração Pública dar início a um processo de chamamento com o intuito de permitir ao setor empresarial privado, que apresentem estudos e projetos para produzir internamente todos os documentos necessários a impulsionar a licitação da parceria público privada (GUIMARÃES, 2013, p. 75).

Observa-se que há dentro da própria fase interna uma abertura à participação da iniciativa privada, portanto, uma publicidade de atos que fundamenta o denominado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Portanto, um ambiente de aproximação entre a Administração Pública e a iniciativa privada, em consonância com as diretrizes constitucionais da Ordem Econômica brasileira, para fins de estruturação de projetos de concessões de parcerias público privadas visando uma contratação futura. Cabe ressaltar que é “um instrumento utilizado pela Administração Pública antes da fase de elaboração de editais e contratos de concessão” (GUIMARÃES NETO; BATISTA, 2010, p. 3), isto é, antes da fase externa propriamente dita.

O Procedimento de Manifestação de Interesse previsto, primeiramente, na Lei de Concessão Comum, Lei n. 8.985/1995, em que propõe:

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 no edital. (BRASIL, 1995)

É um procedimento administrativo decorrente da aproximação da Administração Pública e a iniciativa privada para investimentos em obras e serviços, que necessita de um planejamento a nível de projetos viáveis a serem levados a efeitos, em termos de uma visão moderna de empreendimentos empresariais públicos. Esta visão tem como fator de decisão da autoridade competente pública em promover o chamamento público para que a iniciativa privada atenda de maneira espontânea participar dessa conjuntura.

Ademais, “[n]as licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básicos ou executivos podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços” (BRASIL, 1995). Desta feita, o objetivo do Procedimento de Manifestação de Interesse deve ser o de orientar a participação empresarial na estrutura de projetos de parcerias público privadas, para fins de executar estudos técnicos, ambientais, econômicos, jurídicos ou de engenharia, para o desenvolvimento do projeto de interesse público que se pretenda implantar (GUIMARÃES NETO; BATISTA, 2010, p. 4).

Os estudos de viabilidade de um projeto da magnitude de uma parceria público privada podem ser compreendidos como “análises e avaliações do ponto de vista técnico, legal e econômico e que promove a seleção e recomendação de alternativas para a concepção dos projetos” (BONATTO, 2012, p. 204), em que seja possível verificar custos, se os investimentos são executáveis, o impacto socioambiental do empreendimento, a relação custo benefício, prazo de execução, origem dos recursos para realiza-los, a legislação compatível ao objeto pretendido, além da indicação da contraprestação.

O normativo de parceria público privada, Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, enfatiza no art. 3º a aplicação adicional e subsidiária do dispositivo art. 21 da Lei nº 8.987/95, as concessões administrativas e patrocinadas, referindo-se ao procedimento de manifestação de interesse. A regulamentação ocorreu através do Decreto Federal nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006, destinado à apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, a serem utilizados em modelagens de parcerias público privadas já definidas como prioritárias no âmbito da administração pública federal.

Cabe ressaltar que a autorização para o Procedimento de Manifestação de Interesse possui algumas peculiaridades, tais como: i) não gerará nenhuma obrigação futura de licitação

e contratação; ii) sempre sem exclusividade; iii) não conferirá direito de preferência para outorga da concessão; iv) não criará por si só qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração; e, v) será de forma pessoal e intransferível (BRASIL, 2006).

Ademais, a abrangência dos estudos técnicos se limita a não alcançar a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, como diretriz de contratação de parceria público privada. Desta feita, observa-se que os estudos de viabilidade técnica não poderão ser desenvolvidos para todas as áreas, uma vez que a própria legislação de PPPs disciplina sua delimitação, conforme inciso III do art. 4º (BRASIL, 2004).

As normas definidoras do PMI não detalham a procedimentalização do julgamento das propostas ofertadas pela iniciativa privada, mas identificam-se algumas diretrizes de atuação da Administração Pública, tais como:

- i) Atendimento ao princípio da publicidade dos estudos a serem requeridos;
- ii) Delimitação da necessidade pública a ser alcançada pelo escopo dos estudos;
- iii) Liberdade técnica à iniciativa privada de sugerir possibilidades de solução a áreas abrangidas com a parceria;
- iv) Estipulação de valor máximo para eventual ressarcimento dos projetos que não poderá ultrapassar 2,5% do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação da respectiva parceria público privada;
- v) Indicação do prazo máximo para apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações de acordo com a complexidade, as articulações e as licenças necessárias para sua implementação;
- vi) Não há exigência prévia de disponibilidade orçamentária, uma vez que os valores relativos aos estudos selecionados serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação.

A escolha da autoridade competente também deverá ser motivada, em que fique demonstrada às razões fáticas da necessidade em conferir à iniciativa privada a assunção dos estudos, projetos, levantamentos ou investigações para possível licitação de parceria público privada. É cediço que o corpo técnico da própria Administração Pública não possui uma capacidade multidisciplinar de especialistas para todas as áreas, uma vez que a tecnologia em megaprojetos e em projetos de altas complexidades têm sido o fator preponderante em relação a custos e benefícios. Aliada a isso, cada área tem sua metodologia baseada em técnicas

próprias para solução de empreendimentos como os de concessões, por isso a justificativa da escolha deverá ser fundamentada em ganhos de eficiência e de resultados.

No entendimento de Bruno Ramos Pereira (2011, p. 7), a opção pela adoção do Procedimento de Manifestação de Interesse implicará, de um lado, no fornecimento de subsídios para a estruturação mais ágil de um projeto de infraestrutura, o instrumento, por outro lado, tende a ser conduzido e intelectualmente liderado pelo setor privado, o que poderia reforçar a assimetria de informação entre os setores público e privado. A assimetria decorreria justamente do responsável intelectual dos estudos no âmbito privado, uma vez que a escolha pública não recaiu na escolha dos servidores públicos.

Segundo o regulamento federal para apresentação do procedimento de manifestação de interesse, Decreto Federal nº 5.977/2006, deverão ser pautados de métodos de avaliação capaz de assegurar resultados consistentes, em que:

Art. 10. A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados, parcial ou integralmente, na eventual licitação, serão realizadas conforme os seguintes critérios:

I - consistência das informações que subsidiaram sua realização;

II - adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor;

III - compatibilidade com as normas técnicas emitidas pelos órgãos setoriais ou pelo CGP;

IV - razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares;

V - compatibilidade com a legislação aplicável ao setor;

VI - impacto do empreendimento no desenvolvimento sócio-econômico da região e sua contribuição para a integração nacional, se aplicável;

VII - demonstração comparativa de custo e benefício do empreendimento em relação a opções funcionalmente equivalentes, se existentes. (BRASIL, 2006).

5 A ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO: Diálogos

A participação da iniciativa privada em prestação de atividades públicas estabelece uma aproximação entre Estado e mercado, mas também sucede uma concepção de fuga para o direito privado. O diálogo na esfera do direito administrativo estabelece uma atuação paradigmática entre o público e o privado permeado de interesses antagônicos. Por sua vez, há indícios suficientes de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas, mas promover um compartilhamento de responsabilidades entre os atores institucionais, iniciativa privada,

sociedade civil e Estado, tendo como fim o interesse público traduzido em benefícios à coletividade (OLIVEIRA, 2012, p. 84-85). Por conseguinte, em sede do procedimento licitatório através da atuação da Administração em que permite racionalmente a interação público-privado, uma vez que facilita um processo de flexibilidade de finalidades fundamentais para a formatação de uma licitação.

Nesse sentido, as necessidades são invariáveis e universais, o que se transforma, na verdade, são os meios utilizados para a satisfação delas (BOBBIO, 1997, p. 18). Assim, pode-se perceber que uma necessidade básica é aquela cuja satisfação enseja a alteração ou reorganização de algumas das funções do sistema ou de aplicação de um determinado regime legal. Os diversos documentos legais foram reorganizados e reinterpretados ao longo do tempo para aplicação mais adequada das necessidades humanas a partir da construção de seus interesses.

Nessa conjuntura, a atuação administrativa se coaduna com o Estado contemporâneo que promove o exercício do direito de participação na Administração Pública, imanentes de uma capacidade conferida ao Estado de agente conciliador, estabelecendo canais de participação e interlocução com seus atores (OLIVEIRA, 2012, p. 6). Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2012, p. 5) identifica um processo de diálogo, em que põe em relevo uma nova configuração da função administrativa, propondo, por conseguinte, readequações na estrutura e gestão administrativas.

O procedimento administrativo para fins de manifestação de interesse para estudos de parcerias público privadas representa esse momento da função administrativa, quando, efetivamente convoca a iniciativa privada participar da construção fundamental para implementar o projeto de concessões desse tipo. Por sua vez, a concepção do direito de participação democrática confere uma legitimidade de “submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência” (MOREIRA NETO, 1992, p. 18).

Vale salientar a possibilidade de riscos e incertezas nesse ambiente de uma economia de informação, apesar de reconhecer a inovação administrativa. Extraindo-se da concepção dos contratos empresariais uma distinção singular sobre risco e incerteza, na qual o risco, numa visão econômica, faz parte intrinsecamente da relação jurídica, conhecido e valorado pelo contratante; diferente da incerteza, instigada pela instabilidade econômica de um determinado país, decorrente da inconsistência de suas estruturas sociais (RIIBEIRO; VIANNA, 2008, p. 177)

A concepção das incertezas está ligada à condução do negócio, visto que a visão empresarial estará voltada para os aspectos de mercado. Nesse caso, a avaliação da perspectiva empresarial será pautada em suas variantes em relação aos aspectos da segurança contratual, os investimentos necessários e os riscos envolvidos, identificados de acordo com a *expertise* de cada parte, público e privado, além de considerar a capacidade de reembolso do usuário e do próprio empresário diante de sua margem de lucro do negócio.

O ambiente do diálogo entre a Administração Pública e o particular possui um cenário marcado por assimetria de informações – a princípio, o mercado conhece melhor o objeto dos projetos que o Estado, além de revelar uma importância de incentivos eficazes, sob pena de não atrair os particulares (ARAÚJO, 2012, p. 9).

Nesse sentido, um aspecto a ser destacado refere-se à possibilidade de desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas. No primeiro momento, entre a Administração Pública e o autor executor do procedimento de manifestação de interesse. No segundo momento, entre o autor executor do procedimento de manifestação de interesse e o licitante da parceria público privada, nesse caso com duas consequências: i) se o autor for o ganhador-licitante, o conflito de assimetria de informação recairá em dois momentos: o *ex ante*, provocando impacto na execução do contrato; e *ex post*, na configuração da incompletude contratual; ii) se o autor não for o ganhador-licitante, o impacto contratual será considerável permeando uma incompletude contratual e de perdas ao parceiro privado, conseqüentemente ao usuário como consumidor final.

A assimetria informacional existente após o contrato – neste caso, após a autorização dada pela Administração – especialmente quanto ao monitoramento das ações do agente gera outro problema. Pode ser que, por conta da impossibilidade de aferição do comportamento do agente, este mude seu comportamento, a fim de maximizar seu ganho, diminuindo o esforço no adimplemento de suas obrigações se isso é indiferente à percepção das vantagens que lhe são garantidas pelo contrato (ARAÚJO, 2012, p. 11).

Outro aspecto a ser considerado refere-se à publicidade dos procedimentos, uma vez que os potenciais parceiros somente poderão elaborar suas propostas após uma análise minuciosa e criteriosa das informações, ocasionando a restrição de divulgação ativa que inibirá a participação dos licitantes (PEREIRA; VILELLA; SALGADO, 2012, p. 12). Diante disso, pode-se identificar duas situações: i) restringir a participação de outras empresas, visto que o autor do procedimento irá concorrer com informações privilegiadas; ii) dirigismo da licitação.

Ademais, a complexidade do projeto e a incerteza dos eventos propostos poderão recair sobre os resultados a serem almejados. Além do oportunismo que influencia diretamente na informação deturpada e a inserção de elementos, bem como a capacidade de cumprimento do futuro contratante, uma vez que o autor do PMI poderá não fazer parte da execução do contrato. Neste caso, identifica-se a motivação do autointeresse, buscando auferir renda das suas vantagens informacionais (NÓBREGA, 2012, p. 407), principalmente na previsão dos modelos tecnológicos desenvolvidos pela própria empresa.

O oportunismo manifesta-se justamente diante das assimetrias de informações existentes entre o privado e a Administração Pública, no caso “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” (BRASIL, 2006). Neste caso, os avaliadores poderão não ter a capacidade suficiente para detectar todas as informações centrais do projeto, em relação aos custos operacionais e as estruturais que incidirão no certame licitatório.

Finalmente, cabe destacar que o normativo criou um ambiente propício para favorecer a assimetria de informações quando permite, isto é, não confere o direito de recursos na esfera administrativa quanto ao mérito da avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito da comissão (BRASIL, 2006). Essa subjetividade direciona a uma contraposição dos novos caminhos da atuação administrativa em consonância com os ditames do direito administrativo contemporâneo, em que o diálogo entre os atores torna-se um ponto central do procedimento licitatório.

6 CONCLUSÃO

Nestes termos, e a título de conclusão, a atuação administrativa conduz a uma aproximação entre os atores, público e privado, conseqüentemente a uma assimetria de informação no âmbito do procedimento de manifestação de interesse. A assimetria de informação compreende uma ferramenta relevante da realidade jurídica de efeitos consideráveis na relação contratual.

Além disso, o risco em estudo de viabilidade é uma realidade em que pode ser possível avaliar “se o setor público que ser o principal ator durante a estruturação de um

projeto de PPP ou se o setor público aceitou ter papel coadjuvante em tal processo” (PEREIRA, 2011, p. 18).

Por fim, cabe reconhecer a importância do procedimento de manifestação de interesse, uma vez que trouxe avanços institucionais, principalmente na seara licitatória e enfaticamente na fase interna do procedimento administrativo com vistas à licitação e posterior contratação. Esta é uma racionalidade de um processo meramente técnico de conceitos jurídicos, que reforçam uma Administração consensual com motivação de uma realidade fática construída a partir de uma lei com a capacidade de mudar a relação do público e privado.

De toda a sorte, cabe sintetizar as principais conclusões do trabalho:

- i) O Procedimento de Manifestação de Interesse se revela uma inovação operacional do procedimento interno de propostas para possível contratação;
- ii) As análises multidisciplinares podem identificar a ideologia constitucional-administrativa e sua instrumentalidade numa concepção material do Direito Administrativo contemporâneo, visando desempenhar a consensualidade e o diálogo, fundamentados em princípios da motivação administrativa, economicidade e transparência;
- iii) Identifica-se que o paradigma cultural em relação à chamada Fase Interna do procedimento licitatório, até então não tinha uma exposição de importância aos interessados externos;
- iv) Inseridos nesses impactos também se pode considerar a diminuição da assimetria de informação, além da composição dos riscos, que refletem na composição dos preços tarifários, bem como dos instrumentos de desempenho com parâmetros objetivos;
- v) Pode-se conceituar o procedimento de manifestação de interesse como um procedimento administrativo de chamamento aos particulares, que tenham interesse em participar, por sua conta e risco, sem exclusividade, com vistas a apresentarem estudos, levantamentos consistentes e venham subsidiar a realização do procedimento licitatório, sob o auspício do regime do direito público.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

ARAÚJO, Thiago. Aprendendo a pedir: contribuições da AED no desenho de Procedimentos de Manifestação de Interesse prévios a PPPs mais eficientes. Apresentação no *V Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia*. Recife, 24 a 26 de outubro de 2012.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade, para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONATTO, Hamilton. *Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Decreto Federal nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 1º de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 7 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: jul. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: 34, 1996.

CAVALCANTI, Francisco. Da limitação das parcerias público provadas ao modelo de concessões. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno (Coord.). *Estudios Latinoamericanos sobre Concesiones Y PPP*. Salamanca: Ratio Legis, p. 237-262, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 67-69, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRARA, Rosario. *Gli Accordi tra i Privati e la Pubblica Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1985.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORTINI, Cristiana. Licitação nas Parcerias Público-Privadas. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 137, p. 9-22, maio, 2013.

GUIMARÃES NETO, Mario Queiroz; BATISTA, Adrian Machado. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): diálogos com a iniciativa privada. *III Congresso Consad de Gestão Pública*, 2010. Disponível em: http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_44/procedimento_de_manifestacao_de_interesse_dialogos_com_a_iniciativa_privada.pdf. Acesso em: 19. jun. 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada. *Revista de Contratos Públicos –RDC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 3, p. 73-97, mar./ago., 2013.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Econômica no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria Público-Privada ao Desenvolvimento: uma abordagem necessária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, v.60, p. 83-112, 2012.

_____. Participação Administrativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, ano 3, set./out./nov, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-henrique-justino-de-oliveira/participacao-administrativa>. Acesso em: 14. maio. 2014.

PEREIRA, Bruno Ramos. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?*. Observatório das Parcerias Público Privadas. 2011. Disponível em: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/PMI%20e%20assimetria%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20-%20PPP%20Brasil.pdf>. Acesso em: 21. jun. 2014.

_____; VILELLA, Mariana; SALGADO, Valério. Procedimento de Manifestação de Interesse nos Estados. Relatório sobre projetos de PPP em fase de estruturação via PMI. 2012. Disponível em: <http://pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-relat%C3%B3rio-sobre-os-pmis-nos-estados-0>. Acesso em: 12. jun. 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 6, n. 24, out./dez., 2008.

STIGLITZ, Joseph E. *La economia del sector público*. Tradução: Maria Esther Rabasco y Luis Toharia. Columbia University. Antoni Bosch:editor, 2000.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p.1-6, jul./set. 1997.