

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

Mario José Pace Junior

**O Processo de Manifestação de Interesse – PMI e o Devido Processo Legal**

**(Lei n. 11.079/04 e Decreto n. 5.977/06)**

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

Mario José Pace Junior

**O Processo de Manifestação de Interesse – PMI e o Devido Processo Legal**

**(Lei n. 11.079/04 e Decreto n. 5.977/06)**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de especialização em Direito Administrativo no Curso de Pós Graduação PUC-COGAE, sob a orientação do Prof. Ms. Alexandre Levin.

São Paulo

2013

À

Banca Examinadora

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Administrativo:

**O Processo de Manifestação de Interesse – PMI e o Devido Processo Legal (Lei n. 11.079/04 e decreto n. 5.977/06)**

Autor: Mario José Pace Junior

Orientador: Prof. Ms. Alexandre Levin

Comissão Julgadora: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

A Banca após examinar o candidato considerou-o \_\_\_\_\_,  
atribuindo-lhe a nota \_\_\_\_\_.

À Deus, o que seria de mim sem a fé que tenho.

Aos meus amados pais (Mario e Vera) e irmãos (Marcelo e Leandro) que me auxiliaram para que pudesse ter chegado até aqui.

A minha esposa (Gabriela), que sempre esteve ao meu lado com muita paciência, carinho e me apoiando nos momentos mais difíceis.

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo a análise de um tema pouco, ou quase nada debatido na doutrina, que é o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI. A importância de tal debate reside no fato do PMI compor parte do processo que irá resultar na concessão, administrativa ou patrocinada, de que trata a Lei das Parcerias Público Privadas – PPP n. 11.079/04. Nesse sentido destaca-se que a PPP é um dos meios mais utilizados e visados para efetuar a ampla reforma de infraestrutura tão almejada na atualidade brasileira, o que majora a importância do PMI, uma vez que, é este procedimento que pode dar início ao processo, não podendo, portanto, padecer de ilegalidades, dúvidas ou incertezas. O PMI foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de PPP ao possibilitar a utilização de um mecanismo previsto no artigo 21 da Lei de Concessão n. 8.987/95. Tal mecanismo, o qual serviu de inspiração para o PMI, consiste no fato do órgão público poder, mediante autorização, possibilitar a terceiro efetuar projetos, estudos, levantamento ou investigações que irão compor o projeto básico da futura concessão, sendo que o ressarcimento pelo dispêndio de tais atividades será efetuado pelo licitante vencedor. Em decorrência da previsão deste mecanismo na Lei de PPP, foi posteriormente editado no âmbito federal o Decreto Regulamentador n. 5.977/06, o qual dispôs sobre o procedimento de PMI, trazendo os atos que compõe o referido procedimento de forma pormenorizada. Contudo, mesmo detalhando o procedimento, algumas das condições ali estabelecidas podem suscitar dúvidas com relação à sua legalidade. Visando debater tal tema, sem poder contudo abordar todos os tópicos controversos, o presente estudo elegeu um deles, qual seja, a previsão do Decreto do PMI em dispor sobre a impossibilidade de ingresso de recurso administrativo contra decisões ocorridas no âmbito do PMI, e cotejou a viabilidade desta previsão frente ao princípio do devido processo legal. Ao fim, verifica-se que, efetuada uma interpretação conforme da norma administrativa, a mesma poderá conviver sem ofensa ao regramento jurídico.

**Palavras chave:** Parcerias Público Privadas. Procedimento de Manifestação de Interesse. Concessão. Autorização. Ressarcimento. Procedimento. Devido processo legal.

## ABSTRACT

The main aim of the present essay is that of analysing a theme which is hardly ever discussed within doctrine, which is the Expression of Interest Process (EIP). The importance of such a discussion lies in the fact that the EIP is part of the proceedings that shall result in the administrative or sponsored concession addressed in the Law of Public-Private Partnerships (PPPs), Law No. 11,079/04. In this regard, we must mention that the PPP is one of the most commonly used and sought means to implement the widespread reorganisation of infrastructure, wanted so much in Brazilian reality nowadays, which makes the EIP even more important, as it is this procedure that can start off the process, and therefore must not have any illegalities, uncertainties or doubts. The EIP was introduced in the Brazilian judicial system by the Law of PPPs, on making it possible to use a mechanism planned by Article 21 of the Law of Concession, No. 8,987/95. This mechanism, which was an inspiration for the EIP, consists of the fact that the Government organisation may, through special authorisation, make it possible for a third party to implement projects, studies, surveys or investigations which shall be part of the basic project of the future concession, and the reimbursement of the expenses incurred for such activities shall be made by the winning bidder. As a result of the forecast of the presence of this mechanism within the Law of PPPs, Regulatory Decree No. 5,977/06 was later brought out at federal level; this Law set regulations about the EIP procedure, bringing details of the acts that make up the aforementioned procedure. However, even with details of the procedure, some of the conditions established therein could bring doubts concerning their legality. Seeking to discuss this issue, but without the possibility of addressing all controversial topics, the present study selected one of them, namely the plans for the EIP Decree to regulate the impossibility of lodging an administrative appeal against decisions made within the scope of the EIP, and also considered the feasibility of this planning considering the principle of due process of law. In the end, it was observed that, with an interpretation having been made in compliance with the administrative regulations, this can exist without any violation of judicial rules.

**Key Words:** Public-Private Partnerships, Expression of Interest Procedures. Concession. Authorisation. Reimbursement. Procedures. Due Process of Law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS – PPPs</b>	13
2.1 O Surgimento das PPPs e as Justificativas Econômico-Financeiras	13
2.2 O Surgimento do Processo de Manifestação de Interesse – PMI	16
2.2.1 O lastro Constitucional	19
2.2.2 A contratação de autor de estudos sob a égide da Lei n. 8.666/93	24
2.2.3 Processo de Manifestação de Interesse e a Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95)	32
2.2.4 Processo de Manifestação de Interesse e Contratação Integrada (Lei n. 12.462/11)	36
<b>3 DO PROCESSO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) E SUA REGULAMENTAÇÃO</b>	41
3.1 Conceito de Processo de Manifestação de Interesse – PMI	41
3.2 Requisitos para o procedimento	42
3.3 Da Autorização	47
3.4 Da Remuneração	54
<b>4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PROCESSO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE</b>	58
4.1 Origem do Princípio do Devido Processo Legal e sua Extensão	58
4.1.1 Origem Histórica	58

4.1.2 Breve Consideração sobre o Processo Administrativo	60
4.1.3 Do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Âmbito do Devido Processo Legal Administrativo	62
4.2 Processo e Procedimento Administrativo	64
4.3 Outros Fundamentos para o Contraditório e a Ampla Defesa	66
4.3.1 Da Lei do Processo Administrativo	66
4.3.2 Do Direito de Petição	69
4.4 O Processo de Manifestação de Interesse e o Cotejo com o Devido Processo Legal	71
4.5 Da Impossibilidade de Recurso Administrativo contra o “Mérito”	74
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>78</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>80</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Trata-se o presente estudo sobre o instituto denominado Processo de Manifestação de Interesse - PMI<sup>1</sup>.

O interesse em abordar e aprofundar o tema, surge com o gradativo aumento da busca pela Administração Pública em valer-se do referido instituto, e as dúvidas que permeiam sua utilização frente ao cotejo com os princípios norteadores da Administração Pública.

A utilização do PMI pela Administração Pública tem como principal finalidade sanar a carência do ente para realizar parte de suas atribuições quando da elaboração de estudos preliminares e projeto básicos que poderão compor Editais de concessão<sup>2</sup>.

Parece-nos que referida busca, qual seja, a de repassar atribuições que seriam *a priori* do próprio ente administrativo, tem sido algo recorrente por parte do Poder Executivo, tanto na esfera municipal, quanto na estadual ou federal.

No presente estudo monográfico o enfoque será dado na esfera federal, por meio da análise da Lei Federal n. 11.079/04, suas posteriores alterações e sua regulamentação (Decreto n. 5.977/06), por ter sido esta legislação a trazer no ordenamento jurídico pátrio o PMI como um procedimento específico de seleção de terceiros interessados em realizar atividades que auxiliarão a Administração Pública na modelagem e viabilidade de PPPs, mediante apresentação de estudos, projetos, levantamentos e investigações, sem a aplicação da Lei n. 8.666/93.

Entretanto, vez ou outra será feita menção a outras legislações dos demais entes federativos, seja por destacar a disseminação do instituto, seja por algum ente ter enfatizado ou diferenciado mais a utilização do PMI.

---

<sup>1</sup> Em que pese se utilizar durante todo o estudo monográfico a expressão PMI para designar o Processo de Manifestação de Interesse, objeto do presente estudo, cumpre consignar que existem alguns entes que adotam terminologia distinta. É o caso, por exemplo, do Governo do Estado de São Paulo que pelo decreto regulamentador n. 57.289/11 adotou o nome MIP que é a sigla utilizada para Manifestação da Iniciativa Privada para o procedimento prévio para PPP, descrito na Lei Paulista n. 11.688/04 (Lei de PPP do Estado de SP). Contudo, ressalvadas questões peculiares de cada ente federativo, trata-se do mesmo instituto, aqui tratado.

<sup>2</sup> Conforme se verá adiante, a concessão mencionada neste estudo inclui preponderantemente as ditas concessões patrocinadas e administrativas, introduzidas pela Lei n. 11.079/2004, sendo que a concessão comum, asseverada na Lei n. 8.987/95, será aplicada em regime de exceção, apenas quando for expressamente mencionada pela expressão "concessão comum".

Nesse sentido mister esclarecer que foi o artigo 3º da Lei n. 11.079/04, ao importar a redação do artigo 21 da Lei n. 8.987/95, que possibilitou a criação do PMI em PPPs. Vejamos:

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.

**§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.**

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa. (destaques e grifos nossos)<sup>3</sup>

Pela redação trazida alhures, primeiramente, constata-se que a ideia e os contornos de um PMI ora em análise, são originários da Lei de concessão comum. Outra questão importante é o fato da Lei n. 11.079/04 prever expressamente que os seus dispositivos não são aplicáveis aos casos descritos na Lei n. 8.987/95, o que enseja, ao menos no âmbito federal, a impossibilidade de aplicação do Decreto regulamentador do PMI da Lei de PPPs para as concessões comuns<sup>4</sup>.

O regulamento supramencionado foi inserido no ordenamento jurídico Brasileiro pela edição do Decreto n. 5.977/06<sup>5</sup>, o qual dispôs no âmbito federal sobre os parâmetros e contornos para realização do PMI.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 11.079/04. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>4</sup> Em que pese essa situação ocorrer no âmbito federal, encontra-se em legislações de outros entes federados a possibilidade do Decreto que regulamenta a PMI para PPPs aplicar-se para as concessões comuns, daquele ente. É o caso, e.g., do Estado de Minas Gerais que mediante a edição do Decreto n. 44.565/07, regulamentou de uma só vez o PMI para a Lei de Concessão Comum e de PPPs, aplicando-se a ambos os casos. Destarte, o PMI é aplicável para todos os casos de concessões (comuns, patrocinadas e administrativas), bem como para permissões de serviço público.

<sup>5</sup> Referido Decreto: "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 n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei n. 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.". BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

Assim, nota-se que o PMI frente à Parceria Público Privada – PPP na esfera federal, vem sendo aplicado pelo Administrador Público como parte dos procedimentos de contratação, ou pelo menos como procedimento específico em fase preliminar a este.

Para tanto, o estudo abordará os dispositivos do Decreto regulamentador do PMI federal (Decreto n. 5.977/06), apresentando de forma sucinta seus artigos, bem como ressaltando ponto sobre o qual entende-se que possa pairar maior controvérsia, sendo este esmiuçado em capítulo específico.

Ademais, como corriqueiramente ocorre com muitos dos institutos que surgem no ordenamento jurídico brasileiro, parece-nos que a legislação carece de maior regulamentação ou, alternativamente, de incrementos e ajustes para sua utilização, sob pena de ser interpretada de forma a ferir alguns princípios norteadores da Administração Pública.

Portanto, sendo o PMI um procedimento que vem sendo utilizado com certa frequência para escolha de terceiro para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações que poderão compor o projeto básico das PPPs em todo o território nacional, e sendo as PPPs um dos mecanismos eleitos para incrementar uma das questões mais deficitárias do país, qual seja, a infraestrutura, imprescindível que o PMI encontre amparo legal no ordenamento jurídico pátrio.

Veja-se que o PMI, configurado como um dos alicerces para o procedimento que vem sendo responsável pela “reforma” de infraestrutura em nível nacional, não pode ser interpretado de forma que padeça de vícios que possibilitem questionar a legitimidade de todos os atos subsequentes, dando a referido ato, como parte do processo de concessão, um efeito “dominó” de dúvidas e incertezas.

Destarte, o estudo vem abordar o tema PMI trazendo à discussão alguns pontos para conhecimento e amadurecimento da relação entre Administração e administrado, visando observar se há atos carecedores de maior regulamentação ou de necessidade de aplicação de procedimentos adicionais, a fim de mitigar a possibilidade do efeito “dominó” acima referenciado.

Neste esteio, o presente estudo visará não somente fazer apontamentos sobre referido instituto, como também efetuar reflexões sobre uma questão específica, que parece no mínimo controversa, qual seja, o fato do procedimento de

escolha da pessoa jurídica ou física que fornecerá o projeto, estudo levantamento ou investigação para modelagem da PPP prever a impossibilidade de ingresso de recurso administrativo pelo interessado perante a Administração Pública.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS - PPPs

Antes de serem apresentadas as considerações sobre o PMI, mister apresentar breve relato sobre as Parcerias Público Privadas e alguns dos motivos que levaram à sua criação no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, conforme já asseverado, o PMI surge de forma mais intensa com o advento das PPPs.

### 2.1 O Surgimento das PPPs e as Justificativas Econômico-Financeiras

Pois bem, tendo em vista o fato da disponibilidade de recursos públicos para investimentos em infraestrutura ser escassa e insuficiente para atender toda a demanda existente no país, bem como que a busca por alternativas que viabilizem a realização de projetos de infraestrutura no curto prazo é um dos maiores desafios enfrentados pelo setor público brasileiro, desde o início da década de 1990 o governo brasileiro tem buscado alternativas para viabilizar investimentos em infraestrutura e melhorar a eficiência da máquina pública.

Como tentativa de solução, a opção que vem sendo adotada é a participação do setor privado em atividades antes totalmente geridas pelo setor público.

Foi a partir de 1995, que esse processo foi intensificado pelo Governo com a criação do Conselho Nacional de Desestatização (CND) e com a aprovação da Lei de Concessões n. 8.987/95. Esse processo de transferência de empresas públicas para o setor privado ficou limitado às estatais que possuíam viabilidade econômica e despertavam interesse dos investidores privados. As empresas ou os serviços que não eram autossustentáveis permaneceram em poder do setor público.

Uma das restrições da Lei de Concessões n. 8.987/95 refere-se à participação financeira do setor público na concessão, isto é, a Lei não admite que haja contraprestação pecuniária do Estado<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Neste íterim cumpre esclarecermos que a questão aqui tratada é de contraprestação do Poder Público frente à execução de serviços pelo concessionário. Isto porque, na concessão comum é possível ocorrer o subsídio financeiro do Estado para tornar a tarifa módica. Assim, o subsídio se constitui numa situação que pode vir ocorrer em caráter transitório. Já a contraprestação na PPP tem

Há quem advogue que essa restrição existente na Lei de Concessões tem dificultado a continuidade do processo de transferência dos serviços públicos ao setor privado. A aprovação de leis como a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/03, Resolução n. 43 do Senado Federal<sup>7</sup>, além das exigências do Programa de Ajuste Fiscal firmado entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, impuseram uma série de limitações ao endividamento público, com o objetivo de criar uma cultura de responsabilidade no gerenciamento das fontes e usos dos recursos públicos disponíveis.

Neste cenário de demanda crescente de investimentos e escassez de recursos públicos surge a opção das PPPs. Esse novo conceito de concessão de serviços públicos<sup>8</sup>, aplicado com grande sucesso na Europa desde o início da década de 1990, principalmente na Inglaterra, apresenta-se como uma opção para a realização dos investimentos em infraestrutura.

Algumas das inovações trazidas pelas PPPs são:

- a) Gerenciamento de riscos: alocação dos riscos do projeto entre os setores público e privado, considerando a capacidade de mitigação de cada risco entre os entes;
- b) Previsão de pagamento de contrapartidas do setor público ao setor privado para viabilizar os projetos;
- c) Remuneração do privado atrelada à qualidade do serviço (Quadro de Indicadores de Desempenho - QID): indicadores de desempenho que buscam alinhar os interesses do governo e do ente privado e servem para controlar a qualidade dos serviços prestados;
- d) O ente público define o serviço desejado e o ente privado decide como fornecer esse serviço.

Experiências internacionais têm mostrado que a iniciativa privada gera grandes economias graças à gestão empresarial, podendo executar, contratar e/ou supervisionar com maior eficiência e dinamicidade os projetos e intervenções

---

caráter permanente e previamente definido os montantes e as oportunidades em que se realizará (de regra, mensal).

<sup>7</sup> Referida resolução “Dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências.”

necessárias à implantação da infraestrutura e sua posterior operação e manutenção, uma vez que a iniciativa privada não está sujeita a determinados procedimentos por demais burocráticos, nem tampouco às incertezas orçamentárias.

Ou seja, na PPP o privado ficará responsável pelo projeto, construção, financiamento, operação e manutenção dos sistemas no longo prazo.

A realização do Projeto pelo setor público implicaria em uma maior burocracia e, conseqüentemente, em prazos maiores e custos mais elevados. Caso o Estado opte pela realização do projeto pela forma tradicional, ou seja, mediante licitação de obra pública, poderiam ser necessários os seguintes passos<sup>9</sup>:

- a) Licitação do projeto básico;
- b) Licitação do projeto executivo;
- c) Licitação da obra; e
- d) Licitação para fiscalização e supervisão da obra.

Considerando só os prazos legais, cada processo licitatório, na modalidade concorrência, com certeza demoraria mais de 3 meses<sup>10</sup>, e mesmo que as licitações para contratação de fiscalização e supervisão da construção ocorressem paralelamente à seleção para construção, o processo, caso corresse sem grandes percalços no caminho, demandaria, sendo muito otimista, 1 ano<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Esclarece-se que a própria Administração poderia executar partes deste processo, como por exemplo, a elaboração do projeto básico. Contudo, é muito comum em projetos que envolvam a realização de concessão que o poder concedente destine a terceiro a execução do projeto básico, uma vez que em muitos casos trata-se de projetos complexos e que, por vezes, a Administração Pública não possui em seu quadro técnico pessoas que detenham todo o conhecimento técnico para elaboração completa do projeto básico. Ademais, de regra, a decisão de efetuar a concessão advém do fato de que o Estado não está executando o serviço a contento. Assim, deixar a execução do projeto básico a quem já não está executando a contento talvez não se demonstre interessante. Veja que muitas vezes o que se quer exatamente é “quebrar o paradigma existente”, sendo interessante o recebimento de *inputs* da iniciativa privada, justamente para tentar alterar o cenário atual, o qual já não vem se demonstrando satisfatório.

<sup>10</sup> Nesse cálculo estão apenas os 45 dias necessários entre a publicação do edital e a entrega de propostas e o prazo de 30 dias úteis destinados aos recursos (são 5 dias úteis para razões + 5 dias úteis para contrarrazões, sendo que isso é oportunizado nas decisões dos 3 envelopes entregues: habilitação, técnica e preço, ou seja, multiplica-se por 3). Ou seja, só de prazo legal temos 90 dias. Contudo, é óbvio que o processo é muito mais moroso que isso, pois existe o tempo gasto para elaboração do edital, colher dotações orçamentárias, autorizações (jurídico e de autoridade competente), feriados, tempo gasto para análise e resposta de cada um dos recursos, prazo para divulgar as decisões no diário oficial, eventuais diligências, sem falar se houver impugnações e medidas judiciais.

<sup>11</sup> Vejamos que 1 (um) ano é um cenário extremamente otimista, pois são 3 licitações seguidas, e uma ocorrendo em paralelo, considerando que só de prazo legal calculamos 3 meses, o que nos leva a 9 meses apenas de cumprimento de prazos legais. Portanto, nos restariam 3 meses para todas as

Além do prazo, é preciso considerar também os altos custos envolvidos na realização de quatro processos licitatórios de considerado grau de complexidade, ou seja, para cada intervenção/obra a ser realizada, todos os procedimentos listados acima precisariam ser observados.

Em que pese boa parte da doutrina dispensar muitas críticas ao modelo de PPP<sup>12</sup>, o presente estudo não tem como condão se debruçar sobre tais questões que reiteradamente surgem no meio acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, sob pena de desvirtuamento do tema proposto, mas sim apenas sobre o PMI como possibilidade de ser parte integrante do procedimento da PPP. Isto porque, conforme dito outrora, o PMI é um procedimento pouco discutido, carecendo de material que aborde o tema, e que tem sido utilizado pela Administração Pública com uma certa frequência, levando-nos a crer, por conseguinte, ser merecedor de análise.

## 2.2 O Surgimento do Processo de Manifestação de Interesse - PMI

Conforme mencionado alhures, a utilização do PMI em todo território nacional tem aumentado significativamente, sem que boa parte da doutrina e tão pouco a jurisprudência tenham se debruçado sobre as questões que envolvem especificamente este referido instituto.

Conforme se verificou sobre a possibilidade de utilização do PMI pelo artigo 3º da Lei de n. 11.079/04<sup>13</sup>, a ideia deste procedimento já era conhecida e mencionada no artigo 21 da Lei de Concessão n. 8.987/95<sup>14</sup>.

---

demais providências citadas na referência anterior (e.g. autorizações, julgamentos, divulgações), para os 4 processos.

<sup>12</sup> Interessante ressaltar que as críticas vão desde a utilização equivocada do termo “concessão”, pois a PPP pode-se caracterizar como simples contrato de prestação de serviços, como as alegadas inconstitucionalidades elencadas por Celso Antonio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, sobre a previsão de **vinculação de receitas** (em ofensa ao art. 167, IV, da CF), a instituição/utilização de **fundos especiais** (ofensa aos arts. 37; 100; 165, §9º, II; 167, II, IV, e VII, todos da CF e art. 36 do ADCT), criação de **empresa estatal garantidora** (ofensa ao sistema de satisfação de créditos disposto no art. 110 da CF), **arbitragem** (por tratar-se de bens indisponíveis – *res extra commercium*) e **transferência do controle da SPE para o financiador** (ofensa ao art. 37, XXI da CF, por transferir o controle da sociedade para entidade que não comprovou ter os requisitos técnicos e de idoneidade financeira e regularidade fiscal e jurídica).

<sup>13</sup> Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei

Portanto verifica-se que o PMI, ora em análise, é inspirado em instituto já existente no ordenamento jurídico, só que submetido apenas ao conceito de concessão e permissão de serviços públicos (disposições da Lei n. 8.987/95) e sem regulamentação específica. Agora, com o advento da Lei de PPP surge o PMI aplicável às concessões administrativa e patrocinada e com o contorno definido pela edição do regulamento do executivo (Decreto n. 5.977/06).

A realização do PMI justifica-se em virtude da constatação de falta de aparato técnico por parte da Administração Pública, sendo assim incapaz de dar suporte mínimo à definição do contorno de um objeto licitável.

Veja que tal premissa não necessariamente significa dizer que a Administração Pública é ineficiente. Isto porque algumas contratações que se fazem necessárias para ampliação da infraestrutura podem necessitar de especificações tão especializadas que dificilmente encontrarão no quadro público profissional com a técnica requerida, nem tampouco justificarão a contratação de referidos profissionais, uma vez que sua utilização se dará de forma sazonal, não sendo viável, portanto, possuir e manter nos quadros da Administração Pública estrutura humana e física para elaboração do projeto, estudo, levantamento ou investigação necessárias para modelagem e viabilidade de um projeto específico (e.g. estudos de *project finance*).

Assim, do ponto de vista econômico e estratégico, parece razoável a contratação de empresa ou profissional que detenha referida *expertise* para, no lugar do Poder licitante, efetuar os estudos que antecedem a licitação para o objeto perquirido.

Ressalte-se que referida contratação, qual seja, contratação de pessoa física ou jurídica para elaboração de projeto básico<sup>15</sup> já era prevista no artigo 9º da Lei n.

---

n. 9.074, de 7 de julho de 1995. BRASIL. Lei n. 11.079/04. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Importante destacar que para realização de obras é necessários ter o projeto básico e o projeto executivo, ocorre que não raro o projeto executivo está inserido na contratação do projeto básico, uma vez que é estudo mais simples. O Projeto executivo trata das normatizações técnicas expedidas pela ABNT para referido tipo de projeto, enquanto que o projeto básico são todos os elementos totais

8.666/93, bem como no artigo 21 da Lei n. 8.987/95, o qual inclusive é utilizado como referência pela Lei n. 11.079/04 e, mais recentemente, está inserido no âmbito da contratação integrada prevista no artigo 9º da Lei n. 12.462, de 05 de agosto de 2011, o qual instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

Contudo, o conceito proposto pelo PMI, regulamentado pelo Decreto n. 5.977/06, além de ser procedimento específico a ser utilizado nos casos de PPPs, possui distinções marcantes das trazidas pela Lei n. 8.666/93 e pelo RDC, conforme poderá se verificar na evolução histórica do instituto que será vista a seguir.

Entretanto, para uma compreensão mais ampla, mister tecer relato, primeiramente, sobre a competência legislativa para editar normas de referido teor.

---

e suficientes para caracterizar e possibilita a execução da obra. Veja-se a definição dada pela própria Lei n. 8.666/93:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

**IX - Projeto Básico** - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

**X - Projeto Executivo** - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;(destaques de agora). BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

## 2.2.1 O lastro Constitucional

Quando se discorre sobre o PMI, a sua aplicabilidade automaticamente remete a quatro legislações especiais, que recorrentemente são atreladas ao referido instituto, quais sejam, a Lei n. 8.666/93, a Lei n. 8.987/95, e as Leis n. 11.079/04 e n. 12.462/11, que respectivamente dispõem sobre contratação pública, concessão e parcerias público privadas.

Notório que referidas leis têm algo em comum, uma vez que tratam sobre formas de contratação do Estado com particulares (contrato administrativo<sup>16</sup>).

Destarte, natural que as Leis possuam mesma origem permissiva constitucional, qual seja, o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal. Senão vejam-se:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;<sup>17</sup>

Pela leitura do dispositivo, é possível verificar-se perfeitamente que cabe à União legislar sobre normas gerais referentes às licitações e contratações. Assim,

---

<sup>16</sup> Cumpre ressaltar entendimento de doutrinadores, e.g. Celso Antonio Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini, que entendem que a Concessão e Permissão não se caracterizam como sendo contratos administrativos, uma vez que são figuras complexas e tipificadas pela sujeição especial. Ato contínuo, não estaria estampado na Constituição Federal de quem seria a competência legislativa para tratar dos temas e nem tampouco se referida competência seria privativa, concorrente ou residual. Entretanto há outros doutrinadores que entendem que a concessão é uma modalidade de contrato administrativo, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho, o qual conceitua concessão de serviço público, como sendo “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certas atividades de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário” e permissão de serviços público como sendo “o contrato administrativo através do qual o Poder público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto à fixação do valor das tarifas.” (*Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. e atual. até 31-12-2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 306 e 343).

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

tratando-se todas as legislações mencionadas alhures como formas de contratação, as mesmas subordinam-se ao referido dispositivo Constitucional.

No que tange ao instituto da concessão, o qual está mencionado tanto na Lei n. 8.987/95 como na posterior Lei n. 11.079/04, a Constituição tratou, em seu artigo 175, de dispor especialmente sobre ele. Vejamos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, **na forma da lei**, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (o destaque não faz parte do original)<sup>18</sup>

Assim, a “lei”, à qual a Carta Magna atribui a competência de dispor sobre concessão, são em verdade as Leis n. 8.987/95 e n. 11.079/04, que dispuseram sobre as formas de concessões (comum, patrocinada e administrativa). Já a licitação, também citada pela norma, como é sabido, é disciplinada pela Lei n. 8.666/93 e, para situações excepcionais<sup>19</sup>, pela Lei n. 12.462/11.

Entretanto, apesar do fato da União ter a competência de fixar ditas normas gerais, cabe aos demais entes federativos estipularem suas próprias legislações, desde que obedecidas às normas gerais disciplinadas pelas Leis Nacionais.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>19</sup> Ditas excepcionais, pois a aplicação da Lei n. 12.462/11, *a priori*, seria apenas para as contratações que visam dar suporte à realização dos jogos olímpicos, copa do mundo, copa das confederações e obras de infraestrutura e serviços para determinados aeroportos. Contudo, salienta-se que leis posteriores, quais sejam, Lei n. 12.688/12 e n. 12.745/12, já incluíram a este rol de hipóteses a possibilidade de contratações nos casos, respectivamente, das ações integrantes do PAC e de obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS. Ver-se-á quais serão as próximas inclusões ou, ainda, o que poderá ser vinculado às ações do PAC, como forma de alargar a submissão ao RDC em detrimento da Lei n. 8.666/93. Mais recente ainda foi editada a nova Lei dos Portos (Lei n. 12.815/13 e o Decreto n. 8.033/13) que prevêem sobre a possibilidade do RDC ser utilizado para as licitações de concessão e arrendamento de que trata a legislação.

O jurista Marçal Justen Filho em sua clássica obra “Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, discorre sobre a questão das “normas gerais” e competência legislativa, asseverando:

A interpretação da fórmula “normas gerais” tem de considerar a tutela constitucional à competência local. É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa. A competência legislativa sobre o tema não é privativa da União. Se a competência para disciplinar licitação e contratação administrativa fosse exclusiva da União, a CF/88 não teria aludido a “normas gerais” e teria adotado cláusulas similares às previstas para o Direito Civil, Comercial, Penal etc. Não foi casual o art. 22 ter distribuído essas competências em dois institutos. No inc. I, alude-se a competência privativa para dispor amplamente sobre todas as normas acerca de certos campos (Direito Civil, Comercial, Penal etc.); já o inc. XXVII trata da competência privativa para dispor apenas sobre normas gerais;. A vontade constitucional, portanto, é de ressaltar a competência dos demais entes federais para disciplinar a mesma matéria.

Logo, apenas as “normas gerais” são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante, exercendo competência legislativa irreduzível para dispor acerca das normas específicas. A expressão “norma geral” pressupõe a existência de “norma especial”. Portanto, a União não dispõe de competência privativa e exclusiva para legislar sobre licitações e contratos administrativos. Os demais entes federativos também dispõem de competência para disciplinar o tema.

Significa afirmar que o conceito de “norma geral sobre licitações e contratos administrativos” é limitado, sem que tais limites possam ser ignorados pela União.<sup>20</sup>

Tal fato encontra guarida, dentre outros, no artigo 18<sup>21</sup> da Constituição Federal, em atendimento à autonomia dos entes federativos, os quais devem ter a possibilidade de legislar cada um sobre sua organização e conviverem harmonicamente, em respeito ao pacto federativo.

Nesse sentido converge o posicionamento do doutrinador supracitado:

---

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 17.

<sup>21</sup> TÍTULO III - Da Organização do Estado

CAPÍTULO I - DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

A reserva de competência local para dispor sobre licitações e contratos administrativos relaciona-se, em primeiro lugar, com a organização federativa do Estado brasileiro. Um dos princípios constitucionais mais relevantes é o da Federação, e adotar estrutura federativa acarreta decorrência inafastável. Assegura-se a cada ente federal uma margem de autonomia mínima. Não haverá federação real e efetiva quando um ente for dotado de competência para interferir sobre os serviços e os interesses pertinentes a outro ente. Bem por isso, ser o Brasil uma Federação significa que a União não pode dispor acerca da estrutura organizacional interna e dos assuntos de peculiar interesse de Estados, Distrito Federal e Municípios.

[...]

Portanto, o conceito de norma geral não é sobreponível ao de Federação. As competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas através de lei da União, destinada a veicular normas gerais. Em termos ainda mais diretos: norma geral não é instrumento de restrição da autonomia federativa.

Daí se extrai que todas as regras acerca de organização, funcionamento e competências dos organismos administrativos não se incluem no âmbito de normas gerais. A lei federal disciplina o procedimento administrativo e as competências, mas não institui órgãos nem interfere sobre os assuntos de peculiar interesse local. É inadmissível considerar-se como norma geral uma regra acerca de gestão de bens públicos de entes federativos. Por exemplo, a natureza federativa do Estado brasileiro exclui o cabimento de que a União estabeleça regras acerca de doação de bens estaduais ou municipais.<sup>22</sup>

A questão também é abordada por Toshio Mukai em sua obra que comenta as legislações sobre PPPs nos âmbitos Federal e Estadual:

Tem-se indagado se seria constitucionalmente legítimo que os Estados-membros e/ou Municípios instituíam, por leis próprias, o instituto da parceria público-privada.

Não temos, de nossa parte, dúvida nenhuma ao afirmar a constitucionalidade dessas leis. Em primeiro lugar, porque se trata de matéria de direito administrativo e, portanto, o tema recai sobre a competência privativa de cada ente federativo.

Destarte, as leis estaduais que criaram as PPPs são constitucionais, posto que podem e têm fundamento no art. 25, que dá competência aos Estados-membros para atuar (e legislar) em tudo que não lhes seja vedado pela Constituição (§1º). Os Municípios, se quiserem, podem instituir as PPPs com fundamento no art. 30 da CF, em especial nos incs. I e II.

---

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 17.

No que diz respeito apenas ao aspecto financeiro e econômico, os Estados-membros, no caso presente, estão atrelados à competência concorrente do art. 24 da CF, que reza: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e Municípios e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, *financeiro*, penitenciário, *econômico* e urbanístico.”

E, em se tratando de matérias concorrentes nesses dois aspectos, os Estados-membros podem legislar plenamente sobre elas, com base no §3º do art. 24 (“Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”), mas, sobrevindo lei federal dispendo diferentemente sobre esses dois aspectos, as leis estaduais a ela deverão se submeter (art. 24, § 4º).

Quanto às licitações e contratos, essas leis estaduais deverão se enquadrar nas normas gerais da lei federal, e, assim, quanto a esses dois aspectos, nada haverá de ilegal nelas. Podem, inclusive, dispor sobre assuntos específicos não cuidados na nova lei federal, porque, nesse caso, não estarão ofendendo normas gerais. Além disso, no que não contrariar a futura lei federal, deverão os Estados (ou Municípios) utilizar disposições da Lei 8.666/1993.<sup>23</sup>

No mesmo sentido segue orientação assente no Supremo Tribunal Federal – STF, conforme se verifica na ementa e manifestação do relator Ministro Joaquim Barbosa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO/MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas*: comentários à Lei Federal n. 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e à Lei Municipal de Vitória/ES. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p.1-2.

<sup>24</sup> RE 423.560 MG. Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe 19/06/2012.

Diante do exposto acima, verifica-se que Constituição Federal dá à União a competência para legislar sobre normas gerais aplicáveis às contratações com a Administração Pública, sendo que, aos demais entes administrativos é possível legislar sem que desobedeçam às normas gerais em vigor.

Ademais, frisa-se que as normas sobre licitações e concessões são submetidas ao regime acima trilhado e, o mais importante para o presente estudo é o fato de que o PMI, como um procedimento que antecede as futuras contratações de concessão, está inserido como parte desta construção lógica, sendo procedimento previsto pela Lei n. 11.079/04.

### **2.2.2 A contratação de autor de estudos sob a égide da Lei n. 8.666/93**

Efetuada este exercício sobre competência legislativa, mister tecer relato ao fato, já mencionado, de que a ideia de um PMI já existia em legislação pátria, neste caso, de forma ainda mais embrionária, na própria Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), a qual prevê a possibilidade jurídica de contratação de interessado para elaboração de projeto básico para compor licitação.

Referido procedimento, que guarda semelhança à ideia central do PMI, encontra-se consubstanciado no artigo 9º da Lei n. 8.666/93, nestes termos:

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

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

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

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

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como

encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.<sup>25</sup>

Da leitura dos dispositivos acima, é possível extrair, principalmente, da redação dos incisos I e II, a previsão expressa sobre a possibilidade do projeto básico ou executivo ser elaborado por terceiros alheios à Administração Pública, podendo ser executado por pessoa jurídica ou física.

Contudo, o mais interessante é o previsto no parágrafo segundo, o qual normatiza, em conjunto com os insertos dos incisos I e II, a transferência do encargo da execução do projeto executivo para o licitante, ou seja, a questão guarda semelhança com o instituto do PMI, uma vez que este prevê a transferência do encargo de se efetuar o projeto executivo para o licitante, enquanto que na PPP transfere-se o encargo do pagamento do autor do projeto (terceiro) para o licitante.

Ora, diante da análise supramencionada é certo que não se pode atribuir ao PMI o rótulo de instituto inaugural que vem inovar no ordenamento jurídico, vez que alguns contornos já eram previstos na legislação pátria. Entretanto, há alguns traços que claramente separam o rito adotado numa contratação de terceiro, sob a égide da Lei n. 8.666/93, daquele trazido com o advento da Lei n. 11.079/04.

A primeira distinção reside no fato da Lei n. 8.666/93 prever a possibilidade do próprio contratado executar apenas o projeto executivo em conjunto com o objeto principal da licitação, não estendendo tal possibilidade para o projeto básico, o qual é o principal ponto a ser discutido no caso do PMI.

Nesse sentido, cumpre mencionar que o conceito de projeto básico<sup>26</sup> e de projeto executivo é dado pela própria Lei n. 8.666/93, em seu artigo 6º, incisos IX e X:

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>26</sup> Marçal JUSTEN FILHO assevera que “O projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução. Deve evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras; que todas as soluções técnicas possíveis foram cogitadas, selecionado-se a mais conveniente; que os prazos para execução foram calculados; que os reflexos sobre o meio ambiente foram sopesados etc. Inclusive questões jurídicas deverão ser cogitadas, na medida em que serão fornecidos subsídios para o plano de licitação.” Já no que concerne ao projeto executivo, dispõe que “(...) o projeto executivo pressupõe o pleno conhecimento da área em que a obra será executada e de todos os fatores específicos necessários à atividade de execução da obra. O projeto executivo exaure todas as cogitações abstratas e genéricas

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;<sup>27</sup>

Outra distinção está na questão procedimental, isto porque no PMI há um procedimento de escolha específico para a contratação de terceiro que irá realizar o projeto, estudo, levantamento ou investigação mencionado em Lei (artigo 3º da Lei n. 11.079/04) e regulado por Decreto (Decreto n. 5.977/06).

Já na hipótese descrita na lei de licitações, como a contratação de autor de projeto básico e executivo está sendo descrita no contexto e sobre auspício da Lei n.

---

atinentes à obra, de modo a permitir uma atividade de pura execução do referido objeto". (*Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 129-130)

<sup>27</sup> BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

8.666/93, por óbvio que o mesmo deve seguir os mesmos ditames e critérios utilizados nesta Lei, ou seja, o mesmo procedimento da Lei de Licitações, que estipula modalidades, forma de participação, pagamento, reajustes, hipóteses de sanções, rescisão e recurso administrativo.

Assim, há um procedimento de contratação preliminar que antecede a contratação principal, cada qual obedecendo ao rito de um procedimento licitatório, nos moldes da Lei n. 8.666/93.

Destarte, em situações em que se justifique a necessidade de contratação de um terceiro para elaboração de um projeto básico, para que posteriormente se junte ao Edital da contratação principal, haverá a realização de 2 (duas) licitações, uma subsequente à outra.

À título exemplificativo, imaginemos a hipótese em que a Administração Pública necessite construir, *e.g.*, um presídio em determinada localidade, mas que não possua a qualificação técnica dentro do quadro de empregados que compõe aquele ente administrativo para efetuar tal construção. Logo, terá que licitar para que acudam interessados em executar tal obra.

Ocorre que, como é sabido, para se licitar obra de tal monta, imprescindível que se anexe junto ao Instrumento Convocatório o projeto básico, que irá trazer todos os requisitos e características mínimas necessárias à execução da obra ou serviço<sup>28</sup>.

Cumpra abrir parênteses para citar posição doutrinária, a qual confirma a importância do projeto básico:

---

<sup>28</sup> O disposto na Lei n. 8.666/93 não dá margem há dúvidas quanto à obrigatoriedade da existência prévia de projeto básico ou executivo previamente aprovada pela autoridade competente. Vejamos o dispositivo:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

(...)

**§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:**

**I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;”** (destaque de agora) BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

Nenhuma licitação para obras e serviços pode fazer-se sem projeto básico (ou equivalente, quando o objeto não envolver atividades de engenharia). Mas é insuficiente a mera elaboração do projeto básico. Faz necessária sua aprovação, por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avaliá-lo e verificar sua adequação às exigências legais e aos interesses supraindividuais. A autoridade, ao aprovar responsabiliza-se pelo juízo de legalidade e de conveniência adotado. Será competente para aprovar o projeto básico a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou do serviço a que tal projeto se refere.

[...]

O projeto básico deverá ser colocado à disposição dos interessados em participar da licitação. Essa regra tem diversas finalidades. Evita que o projeto seja elaborado em momento posterior ao início da licitação. Assegura aos interessados a possibilidade de preparação adequada, mas também lhes atribui a função de colaborar com a Administração. Verificando defeitos, desvios ou imperfeições, deverão apontá-los<sup>29</sup>.

Ademais, inúmeros são os julgados do Tribunal de Contas da União - TCU que corroboram a necessidade e importância de prévio projeto básico. Observe-se:

Projeto básico é a peça fundamental para a demonstração da viabilidade e conveniência da contratação. Por meio do projeto básico é que a administração discrimina o objeto pretendido, os resultados esperados, tempo e forma de execução. Conforme preleciona Marçal Justen Filho, mesmo nas contratações diretas, é exigido “um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível (...). Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação”. Faz todo sentido, até mesmo porque os procedimentos licitatórios devem ter sempre o mesmo início.

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão. **(Acórdão 994/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar.)**

---

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 137-138.

Na realidade, o projeto básico de um certame licitatório, nos moldes preconizados na Lei de Licitações, não é exigência meramente formal, para que se proceda às licitações de obras, nos termos do inciso I do § 2º do art. 7º da mesma lei. A meu ver, a minúcia do inciso IX do art. 6º do Estatuto Licitatório revela a importância do tema para uma contratação, no sentido de que o projeto básico deve representar uma projeção detalhada do futuro contrato, com elementos suficientes para caracterizar a obra ou serviço a ser executado e informações relevantes sobre a viabilidade e a conveniência técnica e econômica do empreendimento examinado.

Vícios de imprecisão no projeto básico de uma licitação podem ensejar não apenas violação aos princípios da isonomia e da obtenção da melhor proposta, mas também distorções no planejamento físico e financeiro inicialmente previsto, com alterações contratuais supervenientes, que, em muitos casos, apenas aumentam a necessidade de aporte de recursos orçamentários e retardam a conclusão dos serviços. (...)

O inciso IX do art. 6º da Lei n. 8.666/1993, ao definir os parâmetros para elaboração do projeto básico de uma licitação, dispõe que tal projeto será “elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento...”. (...)

Logo, a elaboração do EIA/RIMA para a obtenção da licença ambiental previa, nas hipóteses relacionadas na Resolução Conama n. 1/1986, deve, necessariamente, preceder a conclusão do projeto básico da licitação, como requisito indispensável para a definição dos elementos necessários e suficientes para caracterizar obra ou serviço potencialmente danoso ao meio ambiente. Isso porque, nessa licença são definidos requisitos condicionantes para as próximas fases de elaboração e contratação do projeto. **(Acórdão 1847/2005, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)**

Abstenha-se de licitar obra ou serviço sem a prévia aprovação de projeto básico, que defina as características, referências e demais elementos necessários à perfeita compreensão, pelos interessados, dos trabalhos a realizar, em atendimento as exigências do art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei no 8.666/1993. **(Acórdão 717/2005, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)**

Não obstante a necessidade de projeto básico, conforme já mencionado, o projeto executivo também pode ser requerido, conforme posição consolidada no órgão de controle da União:

O ponto questionado pela representante diz respeito à exigência Editalícia de que os licitantes apresentassem, junto com a proposta de preços, o projeto executivo da obra. Em seu entender, a demanda afrontaria dispositivo da Lei n. 8.666/1993 que faculta a exigência de projeto executivo somente do contratado (art. 9º, § 2º), sendo, dessa maneira, restritivo ao caráter competitivo da licitação. (...)

**Os projetos básico e arquitetônico da obra foram licitados em separado, tendo-se sagrado vencedora** (...). Ato contínuo, foi lançada a concorrência que ora se analisa, tendo por escopo a construção do prédio que ira abrigar a futura sede (...), demandando da licitante a apresentação, juntamente com a proposta de preços, do projeto executivo, sob pena de desclassificação do certame. (...)

O jurista Marçal Justen Filho alerta para o fato de que, lamentavelmente, no Brasil, as obras são licitadas, no mais das vezes, sem a existência de um projeto executivo prévio, o que impossibilita a avaliação da compatibilidade dos custos com o interesse coletivo (Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 10ª Edição, São Paulo, 2004, pág. 109). De qualquer sorte, o projeto executivo constitui-se em detalhamento do projeto básico, determinando, de forma minuciosa, as condições de execução.

É dizer, trata-se de etapa complementar, não havendo sentido que seja deixado a cargo do projeto executivo a definição de itens essenciais como a construção de vigas, colunas, fundações (estrutura) e rede de água e esgoto.

A Lei n. 8.666/1993 (art. 6º, inciso IX) é clara ao determinar que o projeto básico deva possibilitar a avaliação do custo da obra. Parece-me temerário crer que se possa estabelecer o custo do empreendimento em foco, sem que os projetos de estrutura, água e esgoto e elétrico estejam completamente especificados no projeto básico. (...)

Ademais, devo dizer que o entendimento deste Tribunal é no sentido de que **o projeto executivo, quando não for licitado de forma separada,** deve constar como encargo do contratado, por preço previamente fixado pela Administração (Acórdão no 452/2008 Plenário). Nesse sentido, não é cabível demandar do licitante que elabore o projeto executivo.

A exigência é restritiva ao caráter competitivo que deve nortear as licitações da Administração. Cabe destacar a apresentação de propostas por, somente, duas empresas. O objeto licitado, embora de alto valor, não é de elevada complexidade. Trata-se da construção de um prédio público, não me parecendo razoável crer que somente duas firmas do Estado do Amazonas teriam condições de dar cabo de tal tarefa. Se a Administração deve precaver-se de eventuais aventureiros que se lançam nas licitações sem condições de executar o objeto pretendido, como dito pelos responsáveis, também é certo que não há de se afastar das balizas legais impostas, mormente, quando tal possibilidade enseja o risco de aumento excessivo no custo da obra. **(Acórdão 80/2010 Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer)** (grifo nosso)

Imperioso trazer à lume os destaques da citação acima, para demonstrar a possibilidade fática que pode ocorrer pelo desdobramento da situação hipotética, ora narrada.

Assim, continuando a hipótese da construção do presídio, o qual prescindirá de um prévio projeto básico e de um projeto executivo, imaginemos que a Administração Pública não tenha corpo técnico para sequer elaborar o projeto básico, seja por que o projeto requer conhecimentos muito específicos, seja por tratar-se de um município pequeno que não possui profissionais com referida capacidade.

Com efeito, antes de se inaugurar a licitação para construção da obra, deverá ser aberta uma licitação para seleção de empresa ou profissional que elabore o projeto básico que irá compor a licitação principal.

Destarte, sob a égide da Lei n. 8.666/93 poderá ocorrer a realização de dois procedimentos licitatórios subseqüentes.

Já o procedimento de PMI, nos moldes que veremos neste estudo e em conformidade com a Lei n. 11.079/04 e Decreto n. 5.977/06, traz uma possibilidade distinta da acima narrada, não com relação à desnecessidade de realizar dois procedimentos para seleção, mas no que se refere à forma como ocorrerá a seleção do interessado.

Porquanto nas contratações comuns será utilizado o procedimento preconizado na Lei n. 8.666/93, nas contratações que se dediquem às concessões administrativa e patrocinada (PPPs) deverão ser invocados os ditames do regulamento da Lei n. 11.079/04, o qual adota procedimento peculiar (PMI).

Pois bem, feitas essas considerações sobre a contratação de terceiros para execução de projeto básico constante na Lei n. 8.666/93, passemos a tecer relato sobre a comparação feita entre o PMI e o disposto na Lei de Concessões (Lei n. 8.985/95).

### 2.2.3 Processo de Manifestação de Interesse e a Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95)

Da mesma forma do previsto na Lei de Licitações, a Lei n. 8.987/95 prevê a possibilidade de terceiro elaborar estudos, investigações, levantamentos e projetos que irão compor o edital de concessões. Observe-se:

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<sup>30</sup>.

Fator interessante, agora sim inovador na legislação brasileira, e que inspirou o PMI, objeto do presente estudo, é a previsão da possibilidade de escolha, mediante autorização, de interessados para elaboração de “estudos, projetos, levantamentos e investigações”.

Tal situação é comentada pelo jurista Jacintho Arruda Câmara, ao fazer uma comparação entre a Lei de Concessões e a da PPP:

Também é oportuno destacar a abertura que a lei proporciona à participação da iniciativa privada na propositura de soluções para o serviço a ser licitado. Frise-se que esse elemento é fundamental na caracterização de uma PPP. De fato, nessa fórmula de atuação conjunta entre o Poder Público e a iniciativa privada propõe-se a participação dos particulares inclusive 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.

[...]

Além disso, a legislação sobre concessões alterou uma regra geral do procedimento de licitações adotado no país, segundo a qual o responsável pela elaboração do projeto a ser licitado não pode participar de sua execução. A Lei 9.074, de 7.7.1995, editada em complementação à Lei 8.987/1995, para disciplinar o regime geral das concessões, autorizou expressamente que o autor do projeto pudesse participar da licitação para concessões ou permissões de obra ou serviço público.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

O acima exposto demonstra que a filosofia PPP já poderia – e pode – ser implementada com base na Lei Geral de Concessões, editada há 10 anos. De fato, ela já foi em relação a determinados empreendimentos públicos (concessões de serviços públicos ou obras públicas) mesmo que, à época, não fosse empregado o rótulo “PPP” em tais contratações.(...).<sup>31</sup>(grifos nossos)

Portanto, caso o poder concedente não utilize do seu quadro de servidores para efetuar as ações necessárias para preparação do projeto básico que irá compor o instrumento convocatório da concessão, poderá autorizar que os estudos, projetos, levantamentos investigações sejam executado por outrem (iniciativa privada).

Note-se que a expressão autorização, no contexto do direito administrativo, é conhecida como ato unilateral, o que pode levar à interpretação de que a escolha do interessado para elaboração do estudo se dá por ato discricionário do ente administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello define a autorização como: “o ato unilateral pelo qual a Administração discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização para exploração de jazida mineral”<sup>32</sup>.

E é justamente este ponto – o da discricionariedade na escolha do autor do estudo existente na lei de concessões – que se assemelha com as características do PMI, objeto do presente estudo.

Assim, como a lei dispôs que a escolha do particular dar-se-á por autorização, a mesma poderá ocorrer de forma discricionária pela Administração Pública.

Percebe-se que a Lei n. 8.987/95, a fim de atenuar o fato da escolha se dar de forma discricionária, previu em seu artigo 21 que o pagamento do autor das atividades a serem prestadas dar-se-á pelo licitante vencedor do certame da concessão.

Tal disposição, numa análise perfunctória, causa a falsa impressão de que a Administração Pública não irá se onerar com referido pagamento, sendo possível

---

<sup>31</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviços Público e as Parcerias Público Privadas. In. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57.

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 430.

que a escolha se dê discricionariamente por autorização. Em outras palavras, como não há dispêndio por parte da Administração Pública não seria necessário licitar.

Entretanto, a alegação de que a Administração Pública não irá despender recursos na escolha do autor do projeto não é verdadeira, uma vez que os custos do pagamento do autor do estudo, projeto, levantamento ou investigação estarão embutidos no preço dos licitantes interessados na concessão, ou seja, repassados aos custos da execução do contrato de concessão.

Portanto, o fato de não envolver pagamento por parte da Administração Pública, por si só, não justificaria a escolha do autor mediante autorização, em detrimento, e.g., de um procedimento de seleção.

A par desta questão, o que é possível visualizar na escolha dessa sistemática de atrelar o pagamento a fato futuro é uma vantagem formal para a Administração Pública. Isto porque, o empenho de dotação orçamentária que deveria ser realizado em atendimento ao artigo 60 da Lei n. 4.320/64<sup>33</sup>, para cobrir os custos da referida contratação, não se faz necessária mais naquele momento, uma vez que não haverá dispêndio por parte da Administração Pública. Em verdade, conforme dito, haverá o gasto, mas somente será devido se efetivamente realizada a licitação e após a adjudicação do objeto licitado ao futuro concessionário.

Entende-se que tal protelação à necessidade de empenho é valiosa no sentido de que é muito mais fácil angariar recursos e verbas orçamentárias para projetos que já estejam devidamente com sua viabilidade definida, do que para outros que ainda deverão ter que passar por todo esse desenho.

Teoricamente, aqueles menos familiarizados com a prática dos “bastidores” de uma análise prévia a um procedimento licitatório, podem não entender a consequência da questão. Contudo, os profissionais que atuam junto à Administração Pública sabem da dificuldade de ter a devida dotação orçamentária para cobrir gastos com projetos que possam ser de grande valia para comunidade, principalmente ao final e em vésperas de virada de exercícios fiscais.

---

<sup>33</sup> A Lei n. 4.320/64 é que “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”. Dispõe o art. 60: “É vedada a realização de despesa sem prévio empenho”. BRASIL. Lei n. 4.320 de 17 de março de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

Assim, inegável que o fato de ter a necessidade de dotação orçamentária apenas quando da definição da realização efetiva da concessão, de fato, traz uma vantagem para Administração Pública.

Nesse diapasão, relevante à Administração Pública ter ciência de antemão sobre a possibilidade de inviabilidade de determinados projetos, que se imaginavam totalmente viáveis, sem a necessidade de empenhar recursos orçamentários, nem tampouco “desperdiçá-los”<sup>34</sup>.

Desse modo, há quem defenda o instituto previsto no artigo 21 da Lei n. 8.987/95, por entender que é medida “compatível com o resguardo do patrimônio público”. É o caso do jurista Carlos Pinto Coelho Motta, que ao comentar o artigo 21 da Lei de concessões afirma:

Traz uma inovação: os dispêndios porventura realizados ou autorizados pelo poder concedente em funções da licitação devem ser ressarcidos pelo licitante vencedor, desde que especificados no edital.

Entendo, a propósito, que o correto ressarcimento feito pelo concessionário ou permissionário acentua o caráter desestatizador de tais institutos, compatível com o resguardo do patrimônio público.

Embora a lei não o deixe claro, entendo que, pela importância de tais valores e sua publicidade, a divulgação correta dos valores de ressarcimento deve ser feita; ou no momento do cumprimento dos atos ditados pelo art. 5º, ou na audiência pública, ou ainda no edital, sob pena de omissão e conseqüente nulidade.<sup>35</sup>

Diante do exposto, o que se consegue verificar, portanto, é que na legislação de concessão houve menção à possibilidade de autorizar um terceiro a realizar os estudos, projetos, levantamentos ou investigações que irão compor o projeto básico da licitação para concessão, bem como que os custos para pagamento pela

---

<sup>34</sup> Cumpre abrir parênteses para afirmar que o fato do projeto ter se demonstrado inviável e valores terem sido gastos para tanto, não significa dizer que os recursos foram desperdiçados, isto porque faz parte de qualquer empresa prospectar negócios que visem o seu aprimoramento e não rara à vezes os mesmos acabam por não se demonstrarem frutíferos. Em que pese tal frustração, o processo acaba por auxiliar no amadurecimento da instituição. Contudo, é lógico que se é possível efetuar tais prospecções e maturidade da instituição sem custos, com certeza nos parece mais benéfico, ainda mais quando estamos tratando de recursos públicos.

<sup>35</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico: impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 6 ed. Ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 788.

elaboração do referido serviço será ressarcido pelo licitante vencedor da futura concorrência, conforme será estipulado no próprio edital.

Questão interessante é que perante a União o artigo 21 da Lei de Concessão não foi regulamentado da forma que veremos para os casos de PPPs, o que pode gerar algumas incertezas, do ponto de vista de legalidade, com relação à utilização do instituto para as concessões, sob a égide da Lei n. 8.987/95.

#### **2.2.4 Processo de Manifestação de Interesse e Contratação Integrada (Lei n. 12.462/11)**

Por fim, cumpre tecer relato diferenciando o instituto do PMI e a contratação integrada que alude o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, inserido no ordenamento jurídico com o advento da Lei n. 12.462/2011 e regulamentado pelo Decreto n. 7.581/2011.

Como já visto no PMI, a utilização de estudos, projetos, levantamentos ou investigações entregue por terceiro servirá para compor, total ou parcialmente, como base do projeto básico a ser licitado.

Assim, embora não haja proibição do autor do projeto participar da futura licitação, poderá não ser necessariamente quem irá, ao mesmo tempo, elaborar o projeto básico e executá-lo.

Já a contratação integrada, que alude a Lei do RDC, consiste na escolha (mediante procedimento licitatório) de interessado que, além de executar o objeto licitado, deverá providenciar previamente o projeto básico e executivo. Veja-se os dispositivos da Lei do RDC:

Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

[...]

IV - empreitada integral;

[...]

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto<sup>36</sup>.

O legislador ampliou a atuação do licitante inserindo uma obrigação adicional. Ocorre que tal possibilidade pode vir a ocasionar dificuldades para aferir a proposta mais vantajosa, por deficiência na possibilidade de se efetuar a “comparação objetiva”. Tal entendimento é perfilhado por Augusto Neves Dal Pozzo ao comentar a Lei do RDC quando assevera que:

À primeira vista, parece bastante discutível a constitucionalidade desse dispositivo trazido pelo art. 8º, inciso V, e art. 9º do RDC. Isso porque o processo licitatório tem como premissa a *comparação objetiva* entre as propostas oferecidas pelos que disputam o certame.

Se a Administração Pública deixar de estabelecer, de maneira completa, o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que está pretendendo contratar, não haverá torneio possível, pois, em verdade, estarão sendo oferecidas propostas para alguma coisa que não se sabe ao certo o que efetivamente é: tratar-se de um pressuposto lógico do certame.

E as consequências são absolutamente nefastas, pois essa imprecisão possibilita o oferecimento de propostas com valores que podem ser ínfimos e, portanto, *inexeqüíveis* de plano, ou então propostas com valores muito acima daqueles que efetivamente se poderiam conseguir, caso estivesse bem delineado o objeto da contratação a ser entabulada<sup>37</sup>.

No mesmo sentido a questão vem sendo discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4645) ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelos partidos políticos, PSDB, DEM e PPS, que questionam a Lei n. 12.464/2011,

---

<sup>36</sup> BRASIL. Lei n. 12.462 de 4 de agosto de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>37</sup> DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In CAMMAROSANO, Márcio, DAL POZZO, Augusto Neves, VALIM, Rafael. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71.

resultante da conversão da Medida Provisória n. 527/2011. Além dos vícios formais no tocante a conversão da Medida Provisória, os três partidos argumentam que o novo regime de contratação pública instituído pela Lei n. 12.462/2011 não estaria de acordo com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nem com os princípios da eficiência, moralidade e publicidade.

Os autores da ADI alegam desrespeito à Constituição atinente à essência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, principalmente aos artigos que delegam ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável, que estabelecem presunção de sigilo do custo das obras, que permitem contratação integrada para a realização de obras e serviços de engenharia, que estabelecem remuneração variável para obras e serviços públicos e que dispensam publicação em diário oficial.

Não obstante, a questão vem à tona também com o advento da legislação que possibilitou a aplicação do RDC às licitações e contratos de obras da Copa de 2014 e das Olimpíadas 2016. Desta feita foi o procurador-geral da República, Roberto Gurgel, quem ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4655), a qual foi distribuída por prevenção para o Ministro Luiz Fux, tendo em vista a existência da outra ADI já mencionada.

Na presente ADI foram atacados vários pontos, dentre os quais a possibilidade da contratação integrada. Um artigo veiculado no portal de notícias do Supremo Tribunal Federal que trata sobre a questão assevera:

O procurador-geral informa que a norma questionada resultou da conversão em lei da Medida Provisória 527/11, editada originalmente para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. No curso da tramitação da MP na Câmara, o deputado José Guimarães (PT-CE) incluiu os dispositivos sobre o regime diferenciado de contratação.

Gurgel afirma que a inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória viola o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes, já que as MPs são de iniciativa exclusiva do presidente da República.

(...)

#### **Vícios materiais**

Ao longo da ADI, que tem 35 laudas, o procurador-geral afirma que os dispositivos da Lei 12.462/11 que tratam do RDC são inconstitucionais porque ferem os balizamentos que necessariamente

devem ser observados pelas normas infraconstitucionais que regulam as licitações e os contratos administrativos no país.

[...]

Segundo ele, essa regra não é respeitada na Lei 12.462/11 porque a norma não fixa parâmetros mínimos para identificar as obras, os serviços e as compras que deverão ser realizadas por meio do RDC. “Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Executivo”, conclui.

[...]

O procurador-geral questiona os dispositivos da lei que conferem à Administração o dever de adoção preferencial do regime de “contratação integrada” e “empreitada integral” de obras e serviços de engenharia, o que implica uma única licitação para projeto básico, projeto executivo e execução de obras e serviços. Nessa modalidade de contratação, não é preciso definir previamente o objeto das obras e serviços.

“A definição prévia do objeto (da obra ou serviço) é um imperativo decorrente do princípio da isonomia dos concorrentes, pois é a partir dele que as diversas propostas podem ser objetivamente comparadas”, explica. Gurgel ressalta que a Lei de Licitações (Lei 8.666/93) define exhaustivamente o que vem a ser o objeto da licitação de obras e serviços, que na norma é chamado “projeto básico”.

Por exemplo, a Lei de Licitações determina que o “projeto básico” é o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço objeto da licitação, elaborado de forma a assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

No caso do RDC, informa Gurgel, “a definição das características e do valor das obras contratadas somente serão aferíveis após assinado o contrato e realizado o projeto básico pela pessoa contratada”.

O procurador-geral identifica ainda um outro desvirtuamento dos propósitos da licitação no modelo adotado pelo RDC: a possibilidade que se concentrem num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra ou do serviço. Gurgel afirma que isso afronta a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade.

[...]

### **Danos ambientais**

O procurador-geral afirma também que a lei, na parte que prevê a adoção de medidas mitigadoras e compensatórias para obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais ou culturais, não pode ser interpretada no sentido de que sejam dispensadas exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a

possibilidade de realização da obra ou da atividade. (grifos aditados)<sup>38</sup>

Diante do exposto nota-se que a problemática envolvendo a contratação integrada é oriunda de questões que não são atinentes ao procedimento envolvendo o PMI.

Portanto, embora o RDC tenha trazido no plano legislativo<sup>39</sup> tal regime, o qual insere a possibilidade de inclusão do projeto básico na execução do licitante vencedor, tal situação não se confunde com o PMI. Neste será divulgado o projeto básico a todos os interessados para que no edital de concessão tenham acesso a um mesmo projeto com os parâmetros únicos e pré-definidos para possibilitar um julgamento objetivo.

Feitas essas considerações acerca da evolução histórica passemos a aprofundar sobre o PMI e sua regulamentação.

---

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758>. Acesso em 01/06/2013.

<sup>39</sup> Vale a pena destacar que a contratação integrada já vinha sendo executada anteriormente a edição da Lei do RDC. Isto porque o regulamento de contratação da PETROBRÁS, em que pese a discussões sobre sua constitucionalidade, já previa essa possibilidade. Portanto, a Lei do RDC nada mais fez do que importar o instituto.

### 3 DO PROCESSO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) E SUA REGULAMENTAÇÃO

#### 3.1 Conceito de Processo de Manifestação de Interesse - PMI

Da análise da legislação que norteia o PMI é possível se obter uma conceituação a seu respeito, que assevera que este é o procedimento de seleção utilizado pela Administração Pública para 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.

Cumprе salientar que a remuneração dar-se-á total ou parcialmente, na proporção da utilização do produto escolhido pelo órgão público pela execução dos trabalhos e pelo vencedor da licitação da concessão, sendo que os valores a serem remunerados pelo licitante vencedor serão devidamente divulgados quando do lançamento do edital.

Não menos importante, ressalte-se que o PMI visa aferir e demonstrar a eventual viabilidade<sup>40</sup> de um projeto necessário à coletividade, bem como despertar interesse da iniciativa privada em participar da futura licitação já que precedido de estudo galgado em empresas com *expertise* reconhecidas pelo mercado.

Portanto, do resultado do projeto, estudo, levantamento ou investigação a ser escolhido e autorizado pelo ente administrativo, é natural que muitas vezes se origine o projeto básico<sup>41</sup> que será utilizado no Edital de Licitação para escolha do licitante para prestação de serviço da futura concessão<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Importante mencionar que num mesmo projeto a viabilidade poderá ter, dependendo da necessidade/carência do ente administrativo, um enfoque técnico, econômico-financeiro e/ou jurídico. Por isso que, não rara às vezes, o projeto é feito mediante consórcio de pessoas jurídicas/físicas.

<sup>41</sup> Entende-se que a expressão correta seria a elaboração de **antepro** projeto básico pelo fato de que a elaboração do projeto básico é atividade privativa da Administração Pública, ou seja, em última análise, ainda que o estudo realizado pelo particular esteja em perfeitas condições para ser licitado, tal condição só poderá ser determinada após análise e homologação da autoridade administrativa

Trata-se, portanto, de procedimento que antecede a licitação para concessão, uma vez que o produto originado pelo PMI poderá integrar, no todo ou em parte, o instrumento convocatório na forma de projeto básico, na futura licitação a ser realizada.

Importante mencionar que, com o advento do Regulamento do PMI na esfera federal, o qual se deu pelo Decreto n. 5.977/06, o mesmo delimitou o alcance do PMI para a iniciativa privada (pessoas físicas e jurídicas), ficando submetidos a outro procedimento os estudos, projetos, levantamentos e investigações efetuados por organismos internacionais e pela Administração Direta e Indireta. É o que dispõe o artigo inaugural do regulamento:

Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, **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.

Parágrafo único. A apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações elaborados por organismos internacionais dos quais o Brasil faça parte, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista submete-se a regime próprio. (grifos e destaques nossos)<sup>43</sup>

### 3.2 Requisitos para o procedimento

Como visto, no âmbito federal, diferentemente do que ocorreu com a Lei n. 8.987/95, foi editado para as PPPs decreto regulamentando o procedimento que visa autorizar a iniciativa privada realizar, estudos, projetos, levantamentos e

---

competente, nos termos da Lei de regência, sendo que somente após referido ato administrativo é que o ante projeto básico terá status de projeto básico definitivo.

<sup>42</sup> Em que pese o foco deste estudo não ser dispor sobre a concessão comum, mister abrir um parêntese para mencionarmos que o PMI também poderá vir preceder a permissão de serviços públicos e não somente a concessão. Contudo, enfatiza-se que tal possibilidade só é plausível naqueles entes federados que possuem tal permissivo legal, uma vez que, conforme já explanado anteriormente, a Lei Federal n. 11.079/04 dispõe expressamente sobre impossibilidade de sua utilização para os casos de concessão comum e permissão de serviços públicos.

<sup>43</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

investigações, a fim de que pudesse ser realizada a modelagem da Parceria Público Privada. Isso se deu com o advento do Decreto n. 5.977/06 (art. 1º supratranscrito).

O regulamento estabeleceu o procedimento<sup>44</sup> a ser adotado e, conforme será apresentado adiante, elenca alguns requisitos que buscam possibilitar a sua realização.

Inicialmente, importante destacar que para o PMI ser publicado deverá prescindir de análise do Grupo Executivo da Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas – CTP, que autorizará o Comitê Gestor de Parceria Público Privada – CGP<sup>45</sup> a dar início ao procedimento. Para tanto, o projeto, estudo, levantamento ou investigação deverá estar com o escopo delimitado e ser objeto de ampla divulgação aos interessados. É o que dispõe o artigo 2º do Decreto n. 5.977/06, *in verbis*:

Art. 2º O Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal - CGP, por meio de sua Secretaria-Executiva, após a manifestação favorável do Grupo Executivo da Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas - CTP, poderá solicitar projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem a modelagem de parceria público-privada já definida como prioritária.

§ 1º A solicitação deverá:

I - delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, podendo restringir-se a indicar tão-somente o problema que se busca resolver com a parceria, deixando à iniciativa privada a possibilidade de sugerir diferentes meios para sua solução;

---

<sup>44</sup> Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro “O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. Nem sempre a lei estabelece procedimentos a serem observados necessariamente pela Administração; nesse caso, ela é livre na escolha da forma de atingir os seus objetivos, o que normalmente ocorre quando se trata de fase interna de desenvolvimento do processo, não atingindo direitos dos administrados. Em outras hipóteses, a lei estabelece uma **sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final**; nesse caso, existe o **procedimento**, cuja observância gera a ilegalidade do ato da Administração. Em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos contratos públicos, nos processos disciplinares.” (*Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo : Atlas, 2009, p. 620).

<sup>45</sup> Tanto o CGP como o CTP, em atendimento ao artigo 14 da Lei n. 11.079/04, foram instituídos pelo Decreto n. 5.385/05. BRASIL. Decreto n. 5.385 de 4 de março de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

II - indicar prazo máximo para apresentação dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações e o valor nominal máximo para eventual ressarcimento;

III - indicar o valor máximo da contraprestação pública admitida para a parceria público-privada, sob a forma de percentual do valor das receitas totais do eventual parceiro privado; e

IV - ser objeto de ampla publicidade, mediante publicação no Diário Oficial da União e, quando se entender conveniente, na *internet* e em jornais de ampla circulação.<sup>46</sup>

Do artigo acima transcrito extrai-se a preocupação do executivo em delimitar o escopo dos projetos, estudos, levantamentos e investigações, indicar o prazo máximo para sua apresentação, o valor que a iniciativa privada entende que é devido pelo trabalho, o valor de contraprestação máxima do ente público em relação às receitas do parceiro privado da PPP, bem como a preocupação em dar a devida publicidade ao PMI, a fim de que todos os interessados possam participar da seleção.

Cumpre abrir um parêntese para mencionar questão interessante. Trata-se da estipulação do percentual máximo de 30% (trinta por cento) de contraprestação pública em relação à receita do parceiro privado. Nota-se que, apesar do decreto dispor que o montante seria no máximo de 30% (trinta por cento), tal questão é meramente orientativa, uma vez que a CGP poderá decidir em sentido contrário, conforme se depreende da leitura do artigo 2º:

Art. 2º

[...]

§ 3º Salvo decisão em contrário do CGP, a contraprestação pública nas parcerias público-privadas cujos estudos sejam recebidos nos termos deste Decreto não poderá exceder a trinta por cento do total das receitas do eventual parceiro privado<sup>47</sup>.

Portanto, trata-se de ato praticado no exercício de competência discricionária, em que cabe ao administrador, verificada a subsunção do fato à norma, segundo

---

<sup>46</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>47</sup> Ibidem.

critério de conveniência e oportunidade, escolher a medida mais razoável e proporcional ao caso concreto.

Nesse sentido cumpre abrir um parêntese, primeiro para se enfatizar a correta utilização da expressão ao comentar sobre discricionariedade, isto porque, conforme leciona Augustín Gordillo, “a *competência* é sempre *regrada*, e por isso se mostra equívoco o uso das expressões ‘ato regrado’ e ‘ato discricionário’, pois o correto é dizer ‘atos ditados no exercício das faculdades regradas’ em “atos ditados no exercício de faculdades discricionárias”<sup>48</sup>.

Em segundo lugar, para esclarecer que a discricionariedade - neste caso - ocorre pelo fato do regulamento prever a possibilidade do aplicador do direito, diante do fato concreto, escolher pela estipulação do limite (de 30% - trinta por cento da contraprestação pública) ou de se for o caso de majorá-lo, segundo critério de conveniência e oportunidade. Assim, nos valendo dos ensinamentos do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello entende-se que o caso, ora em comento, é discricionário em decorrência do “comando da norma”. A respeito das “causas” normativas geradoras da discricionariedade o jurista assevera:

As considerações precedentes autorizam-nos a afirmar que a discricionariedade pode decorrer:

*I) da hipótese da norma, (...)*

*II) do comando da norma, quando nele se houver aberto para o agente público, alternativas de conduta, seja (...) (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias*<sup>49</sup>.

Dando prosseguimento, o Decreto estipula hipóteses em que possibilita o Grupo Executivo da CTP alterar condições e requisitos a serem obedecidos na apresentação de projetos, estudos, levantamentos e investigações a serem apresentados pela iniciativa privada:

---

<sup>48</sup> GORDILLO, Augustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 8 ed.. Buenos Aires: *Fundación de Derecho Administrativo*, 2003, Parte general, cap. X, p. 17;30.

<sup>49</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed., 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

Art. 2º

[...]

§ 5º Quando instado a se manifestar sobre a solicitação de projeto à iniciativa privada, o Grupo Executivo da CTP poderá:

I - determinar, em cada caso, a redução do limite estabelecido no § 3º;

II - recomendar ao CGP que aumente, para um dado caso, o limite estabelecido no § 3º;

III - recomendar em um caso concreto que a solicitação restrinja-se a estudos preliminares sobre a viabilidade do projeto, hipótese em que a aprovação da solicitação dos demais estudos, investigações, levantamentos e projetos dependerá das conclusões obtidas pelo CGP a partir dos estudos preliminares apresentados<sup>50</sup>.

Ato contínuo, diante dos requisitos mínimos para chamamento dos interessados a participarem do PMI, conforme elencado acima, e estando o chamamento devidamente divulgado, a iniciativa privada poderá apresentar requerimento demonstrando seu interesse em participar do PMI. Para tanto, o Decreto exige as seguintes providências preliminares:

Art. 3º As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada que pretendam apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações deverão protocolizar, na Secretaria-Executiva do CGP, requerimento de autorização no qual constem as seguintes informações:

I - qualificação completa do interessado, especialmente nome, identificação (cargo, profissão ou ramo de atividade), endereço físico e eletrônico, números de telefone, fax e CPF/CNPJ, a fim de permitir o posterior envio de eventuais notificações, informações, erratas e respostas a pedidos de esclarecimentos;

II - demonstração da experiência do interessado na realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações similares aos solicitados;

III - indicação da solicitação do CGP que baseou o requerimento;

IV - detalhamento das atividades que pretendem realizar, considerando o escopo dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações 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.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

§ 1º Qualquer alteração na qualificação do interessado deverá ser imediatamente comunicada à Secretaria-Executiva do CGP.

§ 2º Serão recusados requerimentos de autorização que não tenham sido previamente solicitados pelo CGP ou que tenham sido apresentados em desconformidade com o escopo da solicitação<sup>51</sup>.

Após o cumprimento dos itens acima, que basicamente consistem na apresentação da qualificação do interessado, suas credenciais (comprovação de experiências anteriores compatíveis com o objeto do PMI) e detalhamento das atividades que pretende executar, é que haverá a autorização para apresentação do projeto, estudo, levantamento ou investigação, ou seja, preenchidos os requisitos acima os interessados estarão “habilitados”.

### 3.3 Da Autorização

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, autorização é o ato unilateral pelo qual a Administração discricionariamente faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário.<sup>52</sup> É o caso da autorização para exploração de jazida mineral, por exemplo.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que autorização possui mais de uma acepção possível, quais sejam:

Num primeiro sentido, designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos

[...]

Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício de atividade ou prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes à tutela do bem comum.

[...]

---

<sup>51</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>52</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 430.

Na segunda acepção, autorização é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário.

Trata-se da **autorização de uso**.

Na terceira acepção autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, à título precário. Trata-se da **autorização de serviço público**.<sup>53</sup>

Em que pese compreender que a primeira acepção supratranscrita é a que mais se enquadra na autorização referida no decreto do PMI, impende trazer à lume observação novamente da jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma vez que pertinente ao presente caso. Senão vejamos:

[...] muitas vezes os vocábulos são utilizados sem muita precisão conceitual, como ocorre, especialmente, com a autorização, a permissão e a licença, nem sempre empregadas com as características que são apontadas. Por exemplo, a autorização nem sempre é precária; às vezes, é outorgada com características que aproxima das relações contratuais; (...) É do direito positivo que se tem que tirar as respectivas características em cada caso. No entanto, o usos indevido dos vocábulos no direito positivo não impede que se apontem as características dos institutos no âmbito doutrinários. [...]<sup>54</sup>

Oportuno ainda o pensamento de Carlos Pinto Coelho Motta que, ao comentar a autorização no contexto de serviços públicos, cita legislação que traça algumas características da autorização muito aplicável à ora em discussão.

A autorização, ainda usada de maneira eventual e emergencial, é forma unilateral, discricionária e precária de delegação de serviços públicos. Não se confunde com a concessão ou a permissão. Sua base legal encontra-se no art. 21, XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 8/95.

Em nível infra constitucional, a matéria é tratada na Lei 9.074/95, voltada para a área de transporte.

O instituto da autorização é abordado, em maiores detalhe, nos arts. 43 a 49 da Lei 10.233, de 5/7/01.

---

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 226.

<sup>54</sup> Idem, p. 225.

Tendo os arts. 13 e 14 dessa Lei sofrido acirrada bateria de vetos, sobrevive a caracterização de autorização situada especificamente no art. 43, incisos I a III:

“Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I – independe de licitação;

II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.”<sup>55</sup>

Destaque-se o fato do autor estar fazendo menção à Lei n. 10.233/01, que trata sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, é possível verificar a similitude de características destacadas neste estudo até o momento, e conforme ainda será visto adiante.

Pois bem, críticas à parte com relação ao fato da realização dos estudos, projetos, levantamentos ou investigações ocorrerem mediante autorização, pelo disposto na legislação, Lei n. 11.079/05 e pelo Decreto n. 5.977/06, verifica-se que a autorização que recairá sobre a escolha do particular, guarda certa correlação com algumas das características acima citadas pela doutrina colacionada. Isto porque, a escolha dos interessados se dará no exercício da competência discricionária e de forma precária, uma vez que a mesma pode ser revogada a qualquer instante, bem como o interessado poderá desistir das atividades a qualquer momento. Observe-se os dizeres do regulamento:

Art. 4º Na elaboração do termo de autorização, a Secretaria-Executiva do CGP deverá reproduzir pelo menos as condições estabelecidas na solicitação, podendo especificá-las, inclusive quanto às atividades a serem desenvolvidas, ao limite nominal para eventual ressarcimento e aos prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações.

Art. 5º A autorização para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações:

I - será conferida sempre sem exclusividade;

---

<sup>55</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico: impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 9 ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 754-755.

- II - não gerará direito de preferência para a outorga da concessão;
- III - não obrigará o Poder Público a realizar a licitação;
- IV - não criará por si só qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração;
- V - será pessoal e intransferível.

Parágrafo único. A autorização para a realização de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não implica, em hipótese alguma, co-responsabilidade da União perante terceiros pelos atos praticados pela pessoa autorizada.

[...]

Art. 6º As autorizações poderão ser revogadas ou anuladas em razão de:

- I - descumprimento dos termos da autorização;
- II - descumprimento de prazo para reapresentação determinado pela Secretaria-Executiva do CGP, conforme previsto no § 2º do art. 9º deste Decreto;
- III - superveniência de dispositivo legal que, por qualquer motivo, impeça o recebimento dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, ou incompatibilidade com a legislação aplicável;
- IV - ordem judicial;
- V - outros motivos previstos em direito.

Parágrafo único. No caso de descumprimento dos termos da autorização, a pessoa autorizada será notificada, mediante correspondência com aviso de recebimento, da intenção de revogação da autorização e de seus motivos se não houver regularização no prazo de quinze dias.

[...]

Art. 8º A pessoa autorizada poderá desistir a qualquer tempo de apresentar ou concluir os projetos, estudos, levantamentos ou investigações, mediante comunicação por escrito à Secretaria-Executiva do CGP.

Parágrafo único. Após trinta dias da comunicação da desistência, se não forem retirados pela pessoa autorizada, os documentos eventualmente encaminhados à Secretaria-Executiva poderão ser destruídos.

[...]

Art. 15. Os autores ou responsáveis economicamente pelos estudos, projetos, levantamentos e investigações apresentados conforme este Decreto poderão participar, direta ou indiretamente, da eventual licitação ou da execução de obras ou serviços.

Parágrafo único. Considera-se economicamente responsável a pessoa, física ou jurídica, que tenha contribuído financeiramente, por qualquer meio e montante, para o custeio da elaboração de estudos,

projetos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em eventual licitação para contratação de parceria público-privada.<sup>56</sup>

Cotejando os conceitos trazidos pela doutrina com a redação dos artigos 4º ao 6º do Decreto n. 5.977/06 compreende-se ser possível o enquadramento da espécie de ato administrativo a ser expedido pelo órgão, como sendo de autorização, uma vez que a escolha dos interessados se dará no exercício da competência discricionária e de forma precária (podendo ser revogada a qualquer instante), bem como pelo fato do interessado poderá desistir das atividades a qualquer momento. Tal afirmação, conforme será visto logo adiante, será corroborada pelos requisitos para aferição dos projetos, estudos, levantamento e investigações apresentadas descritos no artigo 10 do Decreto do PMI.

Além disso, o Decreto elucida questões importantes e ao mesmo tempo controversas até então, quais sejam, a possibilidade do autor do projeto, estudo, levantamento ou investigação poder participar da futura licitação (artigo 15), e ao mesmo tempo não garantir preferência alguma na futura licitação de concessão (artigo 5º, II), bem como a disposição do parágrafo único do artigo 5º, que determina que União não será em hipótese alguma co-responsável perante terceiros pelos atos praticados pela pessoa autorizada.<sup>57</sup>

A discussão sobre a possibilidade de participação do autor de projeto básico em futuros procedimentos licitatórios não é nova. Tal possibilidade há muito é expressamente vedada pela Lei n. 8.666/93<sup>58</sup>, e a alteração dessa situação (com exceção aos casos de concessão), ocorreu de forma inaugural com o advento da Lei

---

<sup>56</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>57</sup> Característica que envolve o PMI é que os serviços executados, quais sejam, os projetos, estudos, levantamentos e investigações, além de passar pelo crivo da própria Administração Pública, são submetidos a todos os interessados participantes da concorrência, oportunidade em que o estudo passará quase que por uma sabatina de empresas que irão ingressar na disputa.

Ao analisar o Edital, mais especificamente o projeto básico que conterà os projetos, estudos, levantamentos e investigações, qualquer interessado poderá formular questionamentos e até impugná-lo. Destarte, caso existam falhas devidamente identificadas ou até sugestões de melhoria, haverá tempo hábil para analisá-las e corrigi-las, mitigando, assim, as hipóteses em que na prática sejam atribuídas responsabilidade, tanto à Administração Pública quanto ao autor da PMI.

<sup>58</sup> Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

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

[...]

n. 12.462/11 (Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), a qual possibilitou para os casos previstos nesta legislação, que o autor do projeto básico participasse dos certames. Referida previsão trouxe muita discussão no mundo jurídico e que perdura até os dias de hoje.

Inclusive a questão já foi suscitada outrora ao mencionarmos a ADI 4655 ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que o procurador geral da República, dentre outros pontos, atacou o permissivo da Lei n. 12.462/11 que possibilita que se concentrem num mesmo contratante o projeto básico e a execução da obra ou do serviço, afrontando a finalidade do procedimento licitatório, que é a ampla competitividade.

Note-se que, para quem entende que a previsão deveria ser vedada, acredita-se que o autor do projeto básico concorrerá no certame de posse de informações privilegiadas e consequente vantagem diante de outros participantes, o que culmina na afronta ao princípio da isonomia. Já quem defende tal possibilidade, argumenta que os interessados terão possibilidade de analisar todos os termos do projeto básico, com antecedência suficiente para mitigar a alegada vantagem do autor, não caracterizando, portanto, tal afronta principiológica.

Fato é que a questão também é posta de forma idêntica no caso do PMI, uma vez que este possibilita expressamente todos os autores ou responsáveis economicamente pelo projeto, estudo, levantamento e investigação a participaram da futura licitação de concessão.

Juarez Freitas comenta essa questão:

No que diz com a característica (q), em função de veto presidencial, a PPP admite que o interessado privado elabore o projeto básico, não apenas o projeto executivo. Urge trazer à colação as razões do veto ao inciso II do art. 11: “As parceiras público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública (exigível, assim, execução mais célere, econômica e qualificada dos projetos). Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração dos projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado.” Não há maior dúvida que se tem aqui a tentativa de ruptura com algo tido historicamente como indelegável no bojo da Lei de Licitações: na tradição, somente seria delegável o projeto executivo. Creio que não custa rever a matéria, desde que o Poder Concedente

estabeleça as diretrizes de modo seguro e sem vestígio de direcionamento<sup>59</sup>. (g.a.)

Por fim, conforme anunciado anteriormente, imperioso destacar que o Decreto n. 5.977/06 trouxe critérios norteadores para escolha do(s) terceiro(s) que efetuará(ão)<sup>60</sup> o projeto, estudo, levantamento ou investigação. É o que dispõe os artigos 9º e 10. Senão vejamos:

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.

§ 2º A não-reapresentação no prazo indicado pela Secretaria-Executiva do CGP permitirá revogar a autorização.

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.

<sup>59</sup> FREITAS, Juarez de. O Novo Modelo de Parcerias Público-Privadas (PPPs) No Brasil: Características E Regulação. In *Repositório da Universidade de Coruña (RUC)* Disponível em <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2406/1/AD-9-21.pdf> , acesso em 02 de junho de 2013, p. 15.

<sup>60</sup> Cumpre recordar que a Administração Pública poderá escolher mais de um autorizado, aproveitando apenas parte do projeto, estudo, levantamento ou investigação efetuado pelos terceiros.

Art. 11. 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.(destaques de agora) <sup>61</sup>

Da análise dos critérios trazidos pelo Decreto n. 5.977/06 (notadamente os incisos, I, II, IV e VI do artigo 10) nota-se claramente a existência de expressões que não envolvem um aspecto objetivo na análise, quais sejam, “consistências das informações”, “melhores práticas”, “razoabilidade dos valores” e “impacto do empreendimento no desenvolvimento sócio-econômico”.

É fato que o interessado estará diante de situações que envolvem noções imprecisas. Assim, mais uma vez, se está diante de uma atuação discricionária, vez que a legislação, diante da utilização de noções imprecisas, possibilitou que o administrador poderá aceitar mais de uma solução juridicamente válida.

Em que pesem os critérios apresentados pelo Decreto, o ponto de maior preocupação é o disposto no artigo 11, também citado acima.

Isto porque o dispositivo elimina qualquer possibilidade do interessado questionar administrativamente eventual decisão que no mérito tenha sido objeto de dúvida. Tal disposição, pode causar espanto para os profissionais do direito, por eventual ofensa aos princípios e legislações aplicáveis à espécie. Destarte, tal questão será enfrentada em capítulo específico.

### **3.4 Da Remuneração**

No tocante à remuneração do autor da elaboração do produto, resultado do PMI, destaca-se que a mesma poderá ocorrer mediante ressarcimento pelo vencedor da futura licitação<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>62</sup> Tal obrigatoriedade é oriunda do próprio texto do art. 21 da Lei n. 8.987/95, e em obediência ao princípio da tripartição dos poderes, o mesmo foi replicado pelo art. 14 do n. 5.977/06. Vejamos: Art. 14. Os valores relativos a projetos, estudos, levantamentos ou investigações selecionados conforme este Decreto serão ressarcidos exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que efetivamente utilizados no eventual certame.

Ademais, o ressarcimento pode ser realizado somente na proporção do aproveitamento do produto elaborado pelo interessado. Isto porque, a Administração Pública poderá, ao seu critério, aproveitar somente parte do estudo realizado pelo interessado, sendo devida apenas uma quota parte da remuneração. Tal afirmativa é extraída das disposições do regulamento do PMI federal (Decreto n. 5.977/06), conforme segue colacionado transcrição do texto:

Art. 11. 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.

§ 1º Será selecionado um projeto, estudo, levantamento ou investigação em cada categoria, **com a possibilidade de rejeição parcial de seu conteúdo, caso em que os valores de ressarcimento serão apurados apenas com relação às informações efetivamente utilizadas em eventual licitação.**

§ 2º Caso a comissão entenda que nenhum dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações apresentados atende satisfatoriamente ao escopo indicado na autorização, não selecionará qualquer deles para utilização em futura licitação, hipótese em que todos os documentos apresentados poderão ser destruídos se não forem retirados em trinta dias a contar da data de publicação da decisão.(destaque aditado)<sup>63</sup>

O ressarcimento é um dos pontos peculiares da PMI, e tendo em vista que a Administração Pública não está obrigada a utilizar o produto, há possibilidade de não haver contrapartida pela entrega do projeto, estudo, levantamento ou investigação, ou seja, o dispêndio de horas de trabalho fica sob risco do interessado em participar do PMI.

Assim, resta clara a possibilidade da não realização do ressarcimento, uma vez que os estudos, investigações, levantamentos, projetos poderão ser totalmente

---

§ 1º Em nenhuma hipótese será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projeto, estudo, levantamento ou investigação.

§ 2º O edital para contratação da parceria público-privada conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações utilizados na licitação.

BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>63</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

rejeitados pela Administração Pública ou o PMI poderá ser revogado, segundo critério de conveniência e oportunidade, não gerando ao interessado, qualquer direito de ressarcimento ou indenização. O artigo 7º do Decreto n. 5.977/06 ampara tais peculiaridades:

Art. 7º Autorizações revogadas ou anuladas não geram direito de ressarcimento dos valores envolvidos na elaboração de projetos, estudos, levantamentos ou investigações.

Parágrafo único. A comunicação da revogação ou anulação da autorização será efetuada por escrito, mediante correspondência com aviso de recebimento.

Art. 8º A pessoa autorizada poderá desistir a qualquer tempo de apresentar ou concluir os projetos, estudos, levantamentos ou investigações, mediante comunicação por escrito à Secretaria-Executiva do CGP.

Parágrafo único. Após trinta dias da comunicação da desistência, se não forem retirados pela pessoa autorizada, os documentos eventualmente encaminhados à Secretaria-Executiva poderão ser destruídos.<sup>64</sup>

Frisamos que o valor a ser remunerado é estipulado pelo ente administrativo<sup>65</sup> e dará ao autor a possibilidade de recusar a remuneração, hipótese em que a Administração Pública terá que descartar o trabalho e poderá selecionar outros projetos, estudos, levantamentos ou investigações. É o que dispõe o artigo 13 do Decreto Federal que regulamenta a PMI:

Art. 13. Concluída a seleção dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações, os que tiverem sido selecionados terão os valores apresentados para eventual ressarcimento analisados pela comissão.

§ 1º Caso a comissão conclua pela incompatibilidade dos valores apresentados com os usuais para projetos, estudos, levantamentos

---

<sup>64</sup> BRASIL. Decreto N. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>65</sup> Segundo o §2º do art. 2º do Decreto 5.977/06, o mesmo dispõe que: "O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto de projetos, estudos, levantamentos ou investigações não poderá ultrapassar **dois e meio por cento do valor total estimado dos investimentos** necessários à implementação da respectiva parceria público-privada." (g.a.) BRASIL. Decreto N. 5.977 de 1º de dezembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

ou investigações similares, deverá arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento.

§ 2º O valor arbitrado pela comissão poderá ser rejeitado pelo interessado, hipótese em que não serão utilizadas as informações contidas nos documentos selecionados, os quais poderão ser destruídos se não forem retirados em trinta dias a contar da data da rejeição.

§ 3º Na hipótese do § 2º, faculta-se à comissão escolher outros projetos, estudos, levantamentos ou investigações dentre aqueles apresentados para seleção.

§ 4º O valor arbitrado pela comissão deverá ser aceito por escrito, com expressa renúncia a quaisquer outros valores pecuniários.<sup>66</sup>

Na hipótese da remuneração ser devida, a mesma deverá estar prevista no edital de licitação da concessão, a fim de que o futuro concessionário tenha prévio conhecimento do referido dispêndio que terá quando lhe for adjudicado o objeto.<sup>67</sup>

Ultrapassada a análise dos principais aspectos que envolvem o PMI, será abordado a seguir ponto que se compreende ser passível a fragilização do instituto, e que poderia ser gerador do efeito “dominó” já alertado anteriormente. Trata-se de alusão da aplicabilidade do devido processo legal, com todas (ou parte) de suas nuances, frente à previsão expressa de impossibilidade de ingresso de recurso administrativo, de que trata o artigo 11 do Decreto n. 5.977/06.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>67</sup> Fato curioso e que a legislação não dispõe reside na hipótese do vencedor da licitação ser o próprio autor do projeto no âmbito do PMI. Nessa situação, como ficaria o ressarcimento? Nesse caso, nota-se que há o direito ao ressarcimento, contudo na prática seria totalmente plausível que o autor abrisse mão dos valores, uma vez que este seria ao mesmo tempo o pagador e receptor.

## 4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PROCESSO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

### 4.1 Origem do Princípio do Devido Processo Legal e sua Extensão

#### 4.1.1 Origem Histórica

Para que se possa apresentar a conexão entre o princípio do devido processo legal e o PMI, mister preliminarmente tecer relato mediante intróito elucidativo sobre o devido processo legal e sua evolução até que se alcance o elo entre o princípio e o instituto, objeto do presente estudo.

Pois bem, historicamente o princípio do devido processo legal (ou *due process of law*) remonta à época feudal, em meados dos anos de 1.215, em que João-Sem-Terra foi obrigado, mediante Magna Carta, a assegurar aos barões que nenhum homem livre seria privado da liberdade ou da propriedade sem que se submetesse as conformidades da *law of the land* (“lei da terra”).

Tal disposição, em verdade, assegurava aos barões ao menos um julgamento e possibilidade de defesa contra os atos arbitrários da coroa, em atendimento ao citado *law of the land*, substrato do *common law*<sup>68</sup>. Mais tarde o *law of the land* passou a designar-se, na Inglaterra, como *due process of Law* e posteriormente também pelos estadunienses, os quais, primeiramente, aplicaram apenas como um direito processual (*procedural due process*) e depois como garantia substantiva (*substantive due process*).<sup>69</sup>

É interessante lembrar que o princípio do devido processo legal originariamente tinha a sua aplicação no âmbito do Direito Penal, mormente ao direito de defesa. No Brasil, desde antes de 1988 já existia a aplicação doutrinária e jurisprudencial do princípio ao ramo do Direito Administrativo, mas a evolução da

---

<sup>68</sup> Como se sabe o *common law* tem como característica a aplicação do direito com base em julgados e precedentes já sedimentados nos tribunais.

<sup>69</sup> Segundo forte entendimento doutrinário brasileiro, o devido processo legal tem uma dupla acepção. Um seria o sentido processual onde o objeto de incidência é a processualidade propriamente dita, enquanto que no sentido substancial (ou material) seria o conjunto de princípios e regras que regem o próprio conteúdo, com por exemplo o contraditório e ampla defesa.

cláusula se consagrou com o advento da atual Constituição Federal de 1988, a qual estampou de forma mais explícita a sua aplicação. É o que dispõe o artigo 5º, LIV, da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (grifo aditado)<sup>70</sup>

Foi com o advento deste mandamento constitucional, diga-se incluído dentro dos direitos individuais e coletivos, que lhe permitiu ser utilizado, segundo Dinorá Adelaide Mussetti Grotti, nos aspectos processual e substantivo:

Pela inscrição do devido processo legal com espaço próprio e autônomo no elenco dos direitos individuais e coletivos, pelos princípios da Lei Maior consagra como fundamentos da República, pelos objetivos que elege e pelo realce atribuído ao controle da constitucionalidade pelo poder Judiciário, pode-se assegurar sua acolhida nos dois aspectos, isto é, em termos processuais e substantivos, como ocorre no Direito norte-americano.

O princípio se caracteriza pela sua excessiva abrangência. As interferências que dele se podem tirar são, no fundo, ilimitadas. Algumas delas vêm desdobradas na própria Constituição como direitos autônomos nos parágrafos subseqüentes. São exemplos que aparecem no mesmo artigo 5º: o direito de petição aos Poderes Públicos (XXXIV), a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão (XXXV), o Juiz natural (XXXVII). Assim também o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, vêm assegurando em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja acusados ou litigantes (LV).<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>71</sup>GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Pública*, vol. 06, nº. 22, p.1 18-128, jan-mar/1998, p. 119-120.

Assim, impende afirmar que o contraditório e a ampla defesa fazem parte do aspecto substantivo do devido processo legal, uma vez que são desdobramentos do *due process of law*. Segundo Vladimir da Rocha França o princípio do contraditório integra o devido processo legal administrativo, obrigando assim a Administração a cientificar os administrados sobre a existência e também sobre o conteúdo dos processos que versem sobre seus interesses individuais<sup>72</sup>.

Destarte, verifica-se que dentro do aspecto substantivo (ou material) do princípio encontram-se outros, sendo que se dará destaque ao princípio do contraditório e ampla defesa, uma vez que são os que mais convém ao presente estudo.

#### 4.1.2 Breve Consideração sobre o Processo Administrativo

O processo administrativo atualmente<sup>73</sup> tem sido objeto de diversos estudos pela doutrina, que em sua grande maioria, o define como sendo um conjunto ordenado de atos administrativos visando um fim conclusivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello define como sendo “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”<sup>74</sup>.

Lucia Valle Figueiredo com o objetivo de fazer o leitor visualizar o que seria o processo leciona que “processo é o caminhar para a frente, a fim de se chegar a determinado termo, a determinado ponto”.<sup>75</sup> Já Sérgio Ferraz dispõe que:

O Processo, instrumento (meio técnico) estatal de composição de interesses ou direitos intersubjetivos, compõe-se (procedimento) de um conjunto de atos sucessivamente ordenados, teleologicamente

---

<sup>72</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 37/03, p. 122.

<sup>73</sup> Na verdade os estudos sobre processo administrativos ganharam mais corpo com o advento das legislação que regulam o processo administrativo, como por exemplo, a Lei Estadual Paulista 10.177/98 e a Lei Federal n. 9.784/99, ambas disciplinando em seu âmbito o processo administrativo.

<sup>74</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 477.

<sup>75</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e o Devido Processo Legal. Rio de Janeiro: *Revista de Direito Administrativo* (RDA) n. 209, p. 15.

predeterminados: a entrega de um direito (ou interesse) a quem dele for (ou puder ser) titular (do domínio ou do exercício). Por isso mesmo, o processo está subdividido em fases, cada qual com seus prazos (tempo) de produção, sempre impelindo a relação jurídica para a frente (pro-curso = processo), impedindo o retorno do procedimento a etapas já ultrapassadas (preclusão).<sup>76</sup>

No que tange aos princípios basilares do processo administrativo, perfilha-se<sup>77</sup> do entendimento de que estes compreendem o: 1) princípio da audiência do interessado; 2) princípio da acessibilidade; 3) princípio da ampla instrução probatória; 4) princípio da motivação, 5) princípio da revisibilidade; 6) princípio da representação e assessoramento, 7) princípio da lealdade e boa-fé, 8) princípio da verdade material, 9) princípio da oficialidade, 10) princípio da gratuidade e 11) princípio do informalismo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>78</sup>, ao qual se subsidiou para elencar os princípios, apenas os oito primeiros se aplicam a todo e qualquer procedimento, sendo que os princípios da oficialidade<sup>79</sup> e da gratuidade<sup>80</sup> não se aplicariam para aos procedimentos *ampliativos*, e o princípio do informalismo<sup>81</sup> não se aplicaria apenas aos procedimentos *concorrenciais*. Tal observação, conforme se verá adiante, contribuirá significativamente, para o enquadramento dos princípios a serem aplicados ao PMI.

Mister relembrar que o processo administrativo, com o contraditório e a ampla defesa, foi inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Surgiu, dessa

---

<sup>76</sup> FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: Prazos; Preclusões. *Revista Trimestral de Direito Público* (RTDP) nº 26, p. 55.

<sup>77</sup> Tendo em vista que os doutrinadores elencam vários princípios do direito administrativo para compor o processo administrativo, sendo que em uma ou outras vezes usam terminologias distintas - mas que, na sua grande maioria, essencialmente buscam a mesma proteção - preferimos por utilizar das lições de Celso Antonio Bandeira de Mello por sua precisão e brilhantismo na escolha das palavras segunda a etimologia e abrangência, bem como na forma clara e sucinta de classificação do processo administrativo.

<sup>78</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 491-492.

<sup>79</sup> Referido princípio determina que será encargo da Administração a mobilização do procedimento. Assim, justifica-se a sua não aplicação nos casos em que o interesse for exclusivamente do Administrado e este fique inerte diante da necessidade de praticar algum ato de seu interesse, podendo - assim - a Administração Pública encerrar o processo.

<sup>80</sup> Como se trata de busca de ampliação de direito não parece ser obrigatória a aplicação da gratuidade, mas apenas modicidade em eventual cobrança de taxa.

<sup>81</sup> O informalismo significa que a Administração Pública não deverá se ater a rigorismos formais, muito semelhante ao formalismo aludido por Hely Lopes Meirelles. Neste caso, nos processos concorrenciais, o mesmo não seria cabível, uma vez que ofenderia outro princípio de maior jaez, qual seja, o da igualdade entre os concorrentes que buscaram cumprir com a formalidade necessária.

maneira, um devido processo legal administrativo, garantia contra as arbitrariedades e tiranias do poder público.

Observa-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, determina “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Assim, diante do estabelecido na Carta Magna, pode-se dizer que o processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo.

Importante asseverar que o princípio da garantia do devido processo legal deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo administrativo, de sorte que ninguém será privado de seus direitos.

Destarte, o contraditório e a ampla defesa contribuem para que a instrução do processo busque a verdade, para que os fatos sejam mais precisos, e para que possam ensejar uma decisão mais correta.

Conclui-se que a atuação da Administração Pública deve ser exercida em favor do administrado mediante processo justo e segurança nos trâmites, impedindo-se decisões arbitrárias, efetivando o princípio constitucional da igualdade, do contraditório, da ampla defesa, e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

#### **4.1.3 Do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Âmbito do Devido Processo Legal Administrativo**

O princípio do contraditório e o da ampla defesa estão umbilicalmente ligados entre si de forma que a convivência de um depende de outro, nos dizeres de Ada Pellegrini “é do contraditório que brota a própria defesa. Mas também se pode dizer que a defesa é que garante o contraditório”<sup>82</sup>.

Mediante o contraditório e ampla defesa é que o interessado deverá ter o direito de contradizer o alegado por algumas das partes (contraditório), utilizando, para tanto todos os meios permitidos por lei (ampla defesa), devendo, *e.g.*, ter

---

<sup>82</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990. P. 4-6.

acesso às informações, podendo requerer a apresentação de provas (lícitas), fazer representar-se por advogado<sup>83</sup>.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Exige:

1. Notificação dos atos processuais à parte interessada;
2. Possibilidade de exame das provas constantes do processo;
3. Direito de assistir à inquirição de testemunhas;
4. Direito de apresentar defesa escrita<sup>84</sup>.

Como visto o Contraditório e a Ampla Defesa encontram assento no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Assim, primeiro ponto passível de se aferir da leitura deste diploma constitucional é a inovação de prever explicitamente a extensão das garantias do devido processo legal aos *processos administrativos*.

De grande importância destacar que tais garantias não estão limitadas apenas aos processos administrativos punitivos, mas também ao não-punitivos, conforme leciona Dinorá Adelaide Mussetti Grotti:

Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos procedimentos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente “litigantes”, quer dizer, sempre que houver controvérsia, conflito de interesse, contenda. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois nesse caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face,

---

<sup>83</sup> Importante mencionarmos a malfada súmula vinculante n. 5 do STF, a qual dispõe que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Nesse sentido, que parte da doutrina entende que tal súmula deve ser entendida em termos, a fim de não prejudicar interessado que não tenha conhecimento técnico sobre a matéria abordada na sindicância.

<sup>84</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 628.

numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide<sup>85</sup>.

Conseqüentemente, constata-se a aplicação do contraditório e da ampla defesa aos processos administrativos, o que é de suma importância para o presente estudo, pois representa uma forma de garantia de controle dos Administrados contra atos da Administração.

Diante do exposto chega-se à conclusão de que aos processos administrativos estão assegurados o contraditório e a ampla defesa. Entretanto, poderia ser questionado se referido princípio não seria aplicável aos **procedimentos** administrativos, mas apenas aos **processos** administrativos, uma vez que esta é a expressão utilizada pelo legislador originário.

Tal alegação não parece prevalecer, conforme será visto em seguida.

## 4.2 Processo e Procedimento Administrativo

Considerando as características acima mencionadas, fica a dúvida acerca da aplicação do princípio do devido processo legal aos procedimentos administrativos. Isto porque, conforme se verifica na seção anterior e também na leitura de doutrinas, legislações correlatas e jurisprudências, há utilização por vezes da expressão processo e, por vezes, procedimento.

Contudo, embora ambos termos – processo e procedimento – não possuam conceitos idênticos, adere-se à corrente que entende que as expressões podem ser utilizadas como sinônimas.

Contrário a esta ideia está Carvalho Filho que considera que, embora não sejam figuras antagônicas - muito pelo contrário, tratam-se de figuras intrinsecamente ligadas - há distinção entre as expressões.

A noção de *procedimento*, porém, é diversa. CALMON DE PASSOS averba que "*procedimento é o processo em sua dinâmica, é o modo*

---

<sup>85</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Pública*, vol. 06, n. 22, p.1 18-128, jan-mar/1998, p. 121.

*pele qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo.*” A idéia formulada pelo grande processualista é bastante precisa e indica a mecânica do processo, vale dizer, o modo e a forma pelos quais se vão sucedendo os atos do processo. A noção de processo implica objetivo, fim a ser alcançado; é noção teleológica. A de procedimento importa meio, instrumento, dinâmica, tudo enfim que seja necessário para se alcançar o fim do processo. Em suma, o sentido de procedimento revela a própria sequência ordenada de atos e de atividades produzidos pelos interessados para consecução dos objetivos do processo.

(...)

Essa é a razão por entendemos inadequada a expressão *procedimento administrativo* como substituta de *processo administrativo*, como propõe alguns estudiosos que não aceitam esta última expressão. São coisas inteiramente diversas. Denominar-se o processo administrativo de *procedimento administrativo* é focar apenas um aspecto daquele, qual seja, o relativo a dinâmica do processo<sup>86</sup>.

De forma semelhante Sérgio Ferraz, ao explorar a temática, em suma diz que: “permitimo-nos ter por equivocado usar o título *procedimento administrativo* para nominar, a um só tempo, o processo e o procedimento (em sentido estrito) administrativo”.<sup>87</sup>

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, em que pese distinguir as duas expressões<sup>88</sup>, conclui sobre a possibilidade de usar ambos indistintamente, entendimento ao qual se adere no presente estudo. É o que dispõe em sua clássica obra Curso de Direito Administrativo:

Não é o caso de armar-se um “cavalo de batalha” em torno de rótulos. Sem embargo, cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é “processo”, sendo “procedimento” a modalidade ritual de cada processo. É provável, ou ao menos, muito possível, que a partir da lei federal, em sintonia com ela, comece a se disseminar no País a linguagem “processo”. Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente

<sup>86</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. e atual. até 31-12-2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 972.

<sup>87</sup> FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: Prazos; Preclusões. *Trimestral de Direito Público* (RTDP) nº 26, p. 54.

<sup>88</sup> Salienta-se que o autor afirma que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*, sendo que *processo*, no Brasil, é o *nomem juris* utilizado para os casos de contencioso (ex. tributário e disciplinar). Contudo, a terminologia mais correta, segundo ele, é a de *processo*, sendo procedimento a modalidade de rito do processo.

terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos **indiferentemente** uma ou outra<sup>89</sup>. (grifo e o destaque nossos)

Observe-se que, a par de tais distinções, não há como negar que o devido processo legal é aplicado a ambos os casos, ou seja, no caso de procedimento ou processo administrativo; isto porque, conforme cediço, ambos estão intrinsecamente ligados.

### **4.3 Outros Fundamentos para o Contraditório e a Ampla Defesa**

#### **4.3.1 Da Lei do Processo Administrativo**

Os fundamentos apresentados nos itens anteriores já são, *per si*, suficientes para fundamentar a aplicação do *due process of law*, juntamente com o princípio do contraditório e ampla defesa. Entretanto, mister tecer relato sobre a Lei n. 9.784/99 que dispõe sobre o Processo Administrativo Federal.

Referida legislação corrobora o até aqui exposto no que concerne aos direitos do devido processo legal disciplinando e enfatizando a matéria.

Cumprir recordar que, da mesma forma que o presente estudo foca sua análise nas legislações de âmbito federal, coerentemente apenas a Lei de Processo Administrativo no âmbito federal merecerá atenção, embora existam outras legislações disciplinando seus respectivos entes federativos.

A Lei n. 9.784/99 já em seus primeiros artigos dá o tom de sua amplitude e traz em seu bojo os princípios debatidos até o momento:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

[...]

---

<sup>89</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 478.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

[...]

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

## CAPÍTULO II

### DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

[...]

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1. Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2. Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

[...]

## CAPÍTULO XV

## DO RECURSO ADMINISTRATIVO E DA REVISÃO

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.<sup>90</sup>

Dos artigos pinçados da Lei resta indiscutível a obediência do Administrador Público aos direitos percorridos nesta seção deste estudo. Nesse sentido já se pronunciou Rafael Munhoz de Mello:

A Lei n. 9.784/99 privilegiou os princípios de ampla defesa e do contraditório, dedicando-lhes atenção em diversos dispositivos, a começar pelo *caput* do art. 2º, que os arrola entre os princípios que devem ser observados pela Administração Pública. O referido dispositivo ainda assegura aos particulares de modo genérico, o direito à comunicação, à apresentação de alegações finais e à produção de provas (parágrafo único, inciso X), essenciais à fiel observância da ampla defesa e do contraditório<sup>91</sup>.

E que não se alegue o princípio da especialidade para fulminar a aplicação desta lei geral perante outras especiais, *e.g.*, o Decreto do PMI, isto porque no que tange ao aspecto espacial é possível se afirmar que os dispositivos da Lei n. 9.784/99 - além de terem aplicação de forma integral a todos os procedimentos administrativos - aplicam-se subsidiariamente àqueles procedimentos administrativos que detenham legislação específica. É o que dispõe Lei n. 9.784/99: “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

Assim, em sendo omissa a lei específica que trata sobre determinado procedimento administrativo observar-se-á os ditames da Lei n. 9.478/99.

Nota-se que a legislação traz à tona princípios tão bem sedimentados no ordenamento jurídico pátrio que poderão servir inclusive para aplicação a outros entes federados. Tal situação já foi trazida pela doutrina e confirmada pelo Poder Judiciário.

<sup>90</sup> BRASIL. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>91</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei n.º 9.794/99. *Revista de Direito Administrativo (RDA)* n.º 227, p. 157.

A Lei de Processo Administrativo torna explícitos princípios cuja incidência deriva diretamente da própria Constituição, de observância obrigatória em todas e qualquer atividade administrativa. Logo, os princípios constitucionais explicitamos através da Lei n.º 9.784 nunca poderiam deixar de ser respeitados pelos demais entes federais: não porque esse diploma tenha natureza de lei complementar, nem porque veicule “normas gerais”, mas por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição. Sob esse ângulo, o aplicador (em qualquer segmento da federação encontra na Lei n.º 9.784/99 uma espécie de “confirmação” do conteúdo da Constituição. As regras meramente procedimentais, porém, retratam o poder de auto-organização atribuído a todo e qualquer ente federativo. Nesse sentido, há precedente do STJ, no julgamento do REsp n.º 676.394-RS.<sup>92</sup>

Portanto, verifica-se que a Lei de Processo Administrativo também poderá ser aplicada a qualquer procedimento administrativo, como o PMI, desde que de forma subsidiária.

#### **4.3.2 Do Direito de Petição**

Não obstante os direitos assegurados pela Constituição Federal em seus incisos LV e LVI, do artigo 5º, bem como na Lei n. 9.784/99, salutar mencionar que os dispositivos mencionados não esgotam a possibilidade da Administração Pública rever seus atos por provocação do Administrado<sup>93</sup>.

Isso porque, em casos em que há claro equívoco na situação fática, é defeso ao Administrado recorrer-se a outro dispositivo da Lei Maior para apresentar seu pleito. Trata-se do artigo 5º XXXIV da Constituição Federal que determina no Capítulo I, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, inserto no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que:

---

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11 ed São Paulo: Dialética, 2009, p.100.

<sup>93</sup> Afirma-se por provocação do Administrado porque de ofício é possível que a Administração Pública invoque o princípio da autotutela contemplado na Súmula nº 473 do STF, nos seguintes termos: “A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em qualquer caso, a apreciação judicial.”

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder<sup>94</sup>.

Assim, havendo direito que em determinada situação ampare o Administrado, ao mesmo deverá ser dada oportunidade de se manifestar e que sua manifestação seja devidamente analisada.

Rafael Munhoz traça um paralelo entre o princípio da revisibilidade, inerente ao devido processo legal, e o direito de petição, asseverando que no caso do processo administrativo, o princípio da revisibilidade é imposição lógica que decorre da estrutura hierarquizada da Administração Pública. Prossegue o autor afirmando que o órgão administrativo superior deve rever os atos do inferior, se ilegais:

Trata-se de *dever-poder* que não pode ser descurado pelo agente administrativo.

Por outro lado, a Constituição Federal garante aos particulares o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea a), que deverá desencadear a instauração de um processo e a prolação de uma decisão. Desse modo, a parte que se sentir lesada por ato praticado em processo administrativo tem o direito de encaminhar petição ao órgão superior, que o invalidará se estiver configurada ilegalidade, não sendo possível a convalidação.<sup>95</sup>

No mesmo sentido já se manifestou Dinorá Adelaide Mussetti Grotti:

O direito de interpor recurso administrativo independe de previsão expressa em lei ou demais normas, visto ter respaldo no direito de petição, consignado pela CF, art. 5º, XXXIV, a, integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, nos processos

---

<sup>94</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

<sup>95</sup> MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei n.º 9.794/99. *Revista de Direito Administrativo (RDA)* n.º 227, ano, p. 167.

administrativos o direito está baseado na garantia da ampla defesa, como uma de suas conseqüências.<sup>96</sup>

Destarte, se constata mais um dispositivo, do qual o Administrado pode se socorrer diante de situação que julgue estar sendo lesado, e que possui berço no *due process of law*.

#### **4.4 O Processo de Manifestação de Interesse e o Cotejo com o Devido Processo Legal**

Efetuada as análises quanto a conceituação e características do PMI – nos capítulos iniciais deste estudo - bem como do devido processo legal - apresentado neste capítulo - insta proceder o cotejo entre as duas análises a fim de abordar a questão que, a nosso ver, é de extrema importância no procedimento de PMI e que sua Lei e o Decreto Regulamentador deixaram de contemplar, qual seja, a possibilidade dos interessados apresentarem recursos frente ao ato de autorização da Administração Pública.

A expressa previsão sobre a impossibilidade de ingresso de Recurso Administrativo no PMI poderá suscitar desobediência ao princípio do devido processo legal, por descumprir os preceitos do contraditório e ampla defesa, e, portanto, é merecedor de maior destaque neste estudo.

A impossibilidade de recorrer de decisão de escolha do interessado em apresentar seus estudos, projetos, levantamentos, investigações num contexto de PMI pode ofender de forma axiológica o ordenamento jurídico pátrio.

Isto porque o princípio do contraditório e ampla defesa estão intrinsecamente ligados ao devido processo legal, sendo que este é totalmente aplicado ao Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

Lembremos que o PMI, como o próprio nome diz, é procedimento, uma vez que é composto de um conjunto de atos ordenados, os quais têm como fim a

---

<sup>96</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Pública*, vol. 06, nº. 22, p.1 18-128, jan-mar/1998, p. 125.

escolha de interessado a apresentar projetos, estudos, levantamentos ou investigações.

Para demonstrar a subsunção entre o PMI e a aplicação dos princípios que regem o procedimento administrativo vale a pena observar a classificação dada aos procedimentos. Desse modo, pode-se confirmar a ideia de que o contraditório e a ampla defesa – sendo um dos princípios aplicáveis ao procedimento administrativo – são de observância necessária ao PMI.

Portanto, no que tange à espécie de processos, conforme classificação proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello em sua obra Curso de Direito Administrativo<sup>97</sup>, o PMI, com suas características já asseveradas nos capítulos anteriores, é classificado como um procedimento *externo*, uma vez que há participação de administrados e não se perfazendo somente por atos ligados “à vida intestina da Administração”.<sup>98</sup> (procedimento interno).

Além de ser um procedimento *externo* é um procedimento “em vista de ato *ampliativo*”<sup>99</sup> - pois ao interessado lhe será concedido um direito<sup>100</sup>, mediante uma autorização.

Além disso, a provocação, ou seja, o surgimento do procedimento se dá mediante *iniciativa da Administração*<sup>101</sup>, a qual publicou o PMI, o qual tem caráter *competitivo*, pois é um procedimento *concorrencial*.

Compreende-se ser concorrencial, pois poderá existir mais de um interessado no PMI, e a escolha de um poderá culminar na rejeição dos demais, frente uma oportunidade de negócio que pode vir a se aperfeiçoar quando da concessão, mediante o ressarcimento do futuro concessionário.

Com relação ao enquadramento concorrencial insta necessária observação quanto à duas questões. A primeira é deixar claro que o fato da Administração poder

---

<sup>97</sup> Ver capítulo VIII pags. 476/501 in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 489.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> Conforme já visto o direito será de apresentar projeto que poderá ser utilizado como projeto básico de uma licitação de concessão.

<sup>101</sup> Cumpre tecer relato para o fato de existirem PMIs em outros entes federados, no qual é possível que a iniciativa se dê pelo próprio interessado. Contudo, em que pese tal possibilidade, entendemos que a conclusão para esta como para a classificação acima será a mesma, tendo em vista o caráter concorrencial existente.

utilizar parte de cada projeto de PMI apresentado por todos os interessados (podendo assim, hipoteticamente, mesclar todos os projetos apresentados) não tira deste procedimento o caráter concorrencial, uma vez que, além desta situação ser apenas uma possibilidade, é fato que aos participantes sempre será mais interessante ter seu projeto aceito na sua integralidade, o que faz que a concorrência esteja sempre presente neste procedimento.

Outra questão é sobre o ressarcimento, o qual ainda que a legislação não o tornasse obrigatório – como ocorre no Estado de Minas Gerais<sup>102</sup> - ainda sim pode-se afirmar que mesmo com a ausência deste fator (ressarcimento) não deixaria de aparecer interessados em participar do PMI e a concorrência estaria presente. O interesse na PMI sem a existência do ressarcimento deriva do fato de que muitos interessados que participam dos PMIs têm como objetivo firmar contratos paralelos de assessoria com futuros concorrentes da concessão.

O motivo dos licitantes em contratar esses interessados é plausível, porquanto o autorizado em apresentar o PMI terá inevitavelmente um conhecimento prévio e já estudado do objeto a ser licitado, podendo contribuir de forma significativa ao licitante em formar uma proposta mais aderente. Nesse sentido, nota-se que o interessado poderá vir a ser ressarcido pela Administração Pública e paralelamente por algum licitante que, sabendo quem foi o autor do projeto, busque firmar contrato de assessoria na apresentação do projeto quando da efetiva licitação de concessão.

Pois bem, efetuada essa breve análise das espécies de procedimento, constatamos que o PMI, dentro da classificação proposta, é um procedimento externo, na busca de um ato ampliativo de direito, em regra, de iniciativa da Administração e de caráter concorrencial.

---

<sup>102</sup> A legislação sobre PMI no estado de Minas Gerais prevê em no artigo 11 do Decreto n. 44.565/07 a possibilidade de não haver remuneração do autor do projeto. Observe-se que:

“Art. 11. Os particulares interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, **não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário.**

§ 1º Quando expressamente previstas no PMI hipóteses de ressarcimento, reembolso, indenização ou remuneração, deverão ser observadas as normas da legislação pertinente.

§ 2º É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores decorrentes das hipóteses previstas no § 1º ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI, observados os termos e condições do instrumento de solicitação de manifestação de interesses, bem como as disposições relativas à aplicação do art. 31 da Lei Federal n. 9.074, de 7 de julho de 1995, e do art. 21 da Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.” (destaques de agora)

Assim, evidente a importância da referida classificação do PMI, uma vez que automaticamente fica estampada a necessidade e obrigatoriedade de aplicação dos seguintes princípios do procedimento administrativo: da audiência dos interessados<sup>103</sup>, da acessibilidade dos documentos<sup>104</sup>, da ampla instrução probatória<sup>105</sup> e da revisibilidade<sup>106</sup>, os quais são os de maior importância para questão em comento. Isto porque todos estes princípios possuem em seu âmago, de alguma forma, os substratos dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

#### 4.5 Da Impossibilidade de Recurso Administrativo contra o “Mérito”

Pelo exposto no item anterior conseguimos verificar que o contraditório e a ampla defesa são perfeitamente aplicáveis ao PMI.

Contudo, numa análise atenta do Decreto, e conforme já observado em outra oportunidade, verifica-se que a vedação de recurso administrativo está limitada apenas a um específico aspecto, qual seja, o “mérito”.

Lembre-se, novamente, do dispositivo legal do Decreto n. 5.977/06 que determina: “Art. 11. 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**”. (destaques de agora)

A redação acima mencionada cotejada com tudo o que foi exposto sobre o princípio do devido processo legal poderia causar alguma perplexidade, diante de uma interpretação que pudesse levar ao entendimento que o direito ao contraditório e ampla defesa estivesse cerceado.

Contudo, não nos parece ser o caso, após análise detida da expressão “**mérito**”.

---

<sup>103</sup> É o contraditório, tal princípio exprime o direito do administrado se expressar, não somente ao final, mas em qualquer momento do processo.

<sup>104</sup> Como o próprio nome diz é o direito de dar vistas aos autos, sem que ocorram cerceamentos.

<sup>105</sup> Muito semelhante ao da ampla defesa, significa apresentar e produzir provas, bem com de fiscalizar as provas da Administração.

<sup>106</sup> Por fim, o da revisibilidade prevê o direito de recorrer do ato emanado pela autoridade. Celso Antônio Bandeira de Mello entende que tal princípio só não seria possível de aplicar se o pedido tivesse sido imputado originariamente, ou prolatado, pela autoridade maior do ente, motivo pelo qual não restaria outra saída senão recorrer ao Judiciário, por ser aquela a autoridade superior.

Salutar notar que a expressão “mérito” está descrita no artigo 11, o qual está precedido dos requisitos a serem analisados pelo Administrador Público para escolha do projeto, estudo, levantamento ou investigação. Requisitos estes que, conforme já abordado, envolvem uma atuação discricionária do Administrador.

Nesse diapasão é que se entende que a expressão “mérito” está estritamente ligada ao conceito de mérito do ato administrativo, expressão utilizada por muitos estudiosos para designar aspectos existentes apenas nos “atos discricionários”.

Posto isso valioso trazer à baila conceito doutrinário de Seabra Fagundes sobre mérito como aspecto do “ato discricionário”:

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que deveria ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isso é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal<sup>107</sup>.

Ora, se o mérito está totalmente ligado a conveniência e oportunidade do ato administrativo, o Decreto, ao não permitir recurso administrativo, nada fez do que prever o óbvio. Isto porque é cediço que, no que tange aos aspectos de conveniência e oportunidade, sequer ao Judiciário é concebível se imiscuir.

É claro que, também é cediço que a Administração Pública que extrapolar os limites da discricionariedade<sup>108</sup> estará sujeita a análise do Judiciário. Vejam-se que

---

<sup>107</sup> FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 1989. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 217.

<sup>108</sup> Importante destacar que existem algumas teorias que possibilitam o controle dos atos administrativos discricionários, parafraseando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre elas estão a: (i) relativa ao desfio de poder, onde é analisado se o administrador fugiu a finalidade que a lei fixou; (ii) teoria dos motivos determinantes, onde é analisado se os motivos que levaram a tomar determinado ato é de fato verdadeiro; e (iii) a da interpretação, na qual o judiciário analisaria o princípio da razoabilidade e/ou da moralidade para verificar se na interpretação de noções imprecisas o Administrador não teria agido de arbitrariedade ao invés de discricionariedade ao expedir o ato. (Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 218-219). Frente estas possibilidades que ao Judiciário seria cabível anular determinado ato, ainda que dito discricionário.

nesse aspecto, e como não podia ser diferente, o Regulamento disse não ser cabível recurso apenas “na esfera administrativa”.

Contudo, faz-se aqui a interpretação literal e conforme, a fim de que a hipótese prevista no regulamento fosse apenas a acima vislumbrada, qual seja, para os casos em que se esteja diante de mérito administrativo, sendo que para todas as demais seria cabível a interposição de recursos administrativos.

Nesse sentido, seria possível aos interessados recorrerem alegando questões formais, como a intempestividade na entrega de documentos, a falta de documentos que comprovem sua experiência, ou seja, aqueles requisitos prescritos no artigo 3º, bem como nos demais incisos previstos no artigo 10 (aqueles que não envolvam obviamente análise de mérito administrativo), ambos do Decreto do PMI n. 5.977/06.

Importante destacar o entendimento de que, até para que não pairassem incertezas sobre a legalidade do Regulamento do PMI, seria melhor que não houvesse tal redação, limitando o ingresso de Recurso Administrativo quanto ao mérito. Pelo contrário, o ideal é que o regulamento tivesse a previsão de ingresso do Recurso Administrativo, com a estipulação da oportunidade e prazos, sob pena de dar uma conotação autoritária para os atos decisórios.

Entretanto, entende-se plausível a interpretação esposada acima, a qual se baseia no fato de que ao Administrado é permitido recorrer perante decisões que entenda estar em desconformidade, seja pelos princípios constitucionais que lhe garantem tal prerrogativa, seja, por subsidiariedade da Lei de Processo Administrativo Federal.

Destarte, nessa hipótese, diante do ingresso de Recurso Administrativo, não restará alternativa à Administração Pública, senão analisar e fundamentar a decisão perante os interessados do PMI.

Não vislumbrar tal possibilidade, sem que seja oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao Administrado, conforme já exaustivamente asseverado, acaba ao mesmo tempo por ofender a Constituição Federal e fragilizar a utilização do PMI frente à própria iniciativa privada, uma vez que poderá contribuir para um terreno fértil de possibilidade de favorecimentos, conluíus e desvios de finalidade, bem como diante dos órgãos de Controle, Ministério Público e Judiciário, os quais poderão

intervir, de ofício<sup>109</sup> ou mediante provocação, no PMI, anulando ou suspendendo até saneamento de irregularidades.

---

<sup>109</sup> Importante lembrarmos que o Judiciário prescinde de provocação de terceiro para atuar, não agindo de ofício, ao contrário do Ministério Público e demais órgãos de controle (externo ou interno), como os Tribunais de Contas e as corregedorias.

## 5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, ficou demonstrado que o cerne do Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI não surgiu como instituto totalmente novo e inaugural no Direito Brasileiro, o que ocorreu foi uma alteração dos contornos de outras legislações que permitiam que terceiros pudessem executar o projeto básico de futuros procedimentos licitatórios.

Assim, pode-se observar tais previsões na Lei de Licitações n. 8.666/93, na Lei de Concessão n. 8.987/95, na própria Lei das Parcerias Público Privada n. 11.079/05, como na Lei do Regime Diferenciado de Contratação n. 12.462/11.

Ocorre que a ideia original ganhou contornos específicos apenas com o advento da Lei de PPPs, que possibilitou a edição do Decreto Regulamentador n. 5.977/06.

O Decreto do PMI regulamentou a matéria, estabelecendo um procedimento detalhado para que interessados pudessem apresentar projetos, estudos, levantamentos e investigações à Administração Pública que escolheria parcial ou integralmente, a fim de subsidiar e compor o projeto básico, parte integrante do Edital de Concessão.

No Decreto constam vários temas importantes e peculiares ao PMI, dentre os quais podemos ressaltar a previsão de criação de um Comitê Gestor, a possibilidade da decisão decorrer de ato discricionário, a possibilidade de ressarcimento ser efetuada apenas pelo futuro vencedor da concessão e o caráter precário do objeto do PMI.

Diante de alguns temas constantes no Decreto do PMI que compreende-se poderiam ser objeto de dúvidas quanto à sua legalidade, procurou-se abordar um específico tema, a previsão sobre a impossibilidade de ingressar com Recurso Administrativo contra ato decisório de escolha do PMI.

Destarte, foi necessário preliminarmente concluir que os princípios do contraditório e da ampla defesa, como subprincípios do princípio do devido processo legal, sendo aplicáveis aos procedimentos administrativos, aplicam-se também ao PMI.

Tal conclusão foi possível após trilhar raciocínio da existência do princípio propriamente dito, previamente previsto na Carta Magna, bem como a existência do direito de Petição e da Lei Geral do Processo Administrativo aplicável, ainda que subsidiariamente, em todo âmbito nacional. Não menos importante a conclusão sobre a possibilidade da utilização da expressão “processo” como sinônimo de “procedimento”, tudo convergindo para demonstrar que no PMI o Administrado também deve se valer das prerrogativas do *due process of law*.

Por derradeiro, e ponto crucial do presente estudo, foi o cotejamento do devido processo legal com o Regulamento do PMI, o qual a prevê expressamente em seu artigo 11 sobre a impossibilidade de apresentar recurso na esfera administrativa.

Diante de todo o exposto e no esforço de uma construção conforme, conclui-se que a previsão trata-se apenas de estipular a impossibilidade de interferir no mérito administrativo, ou seja, dentro dos limites legais da conveniência e oportunidade inerentes aos atos discricionários, sendo que para as demais hipóteses o recurso é cabível, aplicando-se para tanto a Lei de Processo Administrativo Federal.

Contudo, inegável que seria salutar a edição de outro Decreto, a fim de que se aprimorasse a questão do Recurso Administrativo nos casos de PMI, com o condão de deixar clara a limitação do artigo 11 do referido decreto e prevendo hipótese de Recurso para as demais situações.

Tal providência é de grande importância para iniciativa privada e Administração Pública em geral, uma vez que fortalece o instituto, afastando eventuais questionamentos sobre a possibilidade de favorecimentos, conluíus e desvios de finalidade. Isto porque o PMI, que é o início do procedimento que pode culminar com a realização de uma PPP, que por sua vez configura-se como um dos alicerces para o procedimento que vem sendo responsável pela “reforma” de infraestrutura em nível nacional, não pode ser interpretado de forma que padeça de vícios que possibilitem questionar a legitimidade de todos os atos subsequentes, dando a referido ato, como parte do processo de concessão, um efeito “dominó” de dúvidas e incertezas.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed., 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Decreto n. 5.385 de 4 de março de 2005.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5385.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Decreto n. 5.977 de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5977.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Lei n. 12.462 de 4 de agosto de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Lei n. 4.320 de 17 de março de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Lei n. 11.079/04. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm), acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758>. Acesso em 01/06/2013.

CALDAS, Roberto. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. e atual. até 31-12-2012. São Paulo: Atlas, 2013.

DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In CAMMAROSANO, Márcio, DAL POZZO, Augusto Neves, VALIM, Rafael. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: Prazos; Preclusões. *Revista Trimestral de Direito Público* (RTDP) nº 26, página 45 e ss.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e o Devido Processo Legal. *Revista de Direito Administrativo* (RDA), n. 209. Rio de Janeiro, p. 07-18.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 37/03. Páginas 85 e ss.

FREITAS, Juarez de. O Novo Modelo de Parcerias Público-Privadas (PPSs) No Brasil: Características E Regulação. In *Repositório da Universidade de Coruña* (RUC) Disponível em <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2406/1/AD-9-21.pdf>, acesso em 02 de junho de 2013, p. 15.

GORDILLO, Augustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 8 ed.. Buenos Aires: *Fundación de Derecho Administrativo*, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Pública*, vol. 06, nº. 22, p.1 18-128, jan-mar/1998.

JUSTEN FILHO. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico: impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 9 ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas: comentários à Lei Federal nº 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e à Lei Municipal de Vitória/ES*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei n. 9.794/99. *Revista de Direito Administrativo (RDA)* n.º 227, páginas 83 e ss.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2007.