



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIREITO DA INFRAESTRUTURA NO BRASIL: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E AS
NOVAS GARANTIAS AOS PARTICIPANTES DO PROCEDIMENTO DE
MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO BRASIL.

Vinicius Ferreira Santos

Rio de Janeiro
2017

VINICIUS FERREIRA SANTOS

DIREITO DA INFRAESTRUTURA NO BRASIL: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E AS
NOVAS GARANTIAS AOS PARTICIPANTES DO PROCEDIMENTO DE
MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO BRASIL.

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

DIREITO DA INFRAESTRUTURA NO BRASIL: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E AS NOVAS GARANTIAS AOS PARTICIPANTES DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO BRASIL.

Vinicius Ferreira Santos

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Aluno-Residente na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A prestação dos serviços públicos no Brasil encontra empecilhos na falta de desenvolvimento da infraestrutura nacional. Para superar tal problema, tornam-se cada vez mais necessárias as parcerias com a iniciativa privada. Atento a esse desafio, o Estado brasileiro importa o modelo das *unsolicited proposals*, na forma do chamado procedimento de manifestação de interesse – PMI – para que o particular possa, sem a convocação do Estado, identificar uma lacuna estrutural e desenvolver um projeto de estruturação, apresentando-o ao ente público de modo a embasar uma futura licitação que vise ao desenvolvimento da estrutura pública de prestação de serviços. Contudo, o modelo atual é insuficiente e apresenta problemas. Importantes avanços foram feitos, a exemplo do modelo de autorização exclusiva e singularidade do estudo apresentado; porém, os desafios persistem, tais como: a assimetria de informações entre o particular e o ente público; a dificuldade na seleção de projetos; a ausência de uma separação clara entre os mercados dos elaboradores de projeto e os licitantes; e o risco de inadimplemento em casos de licitação frustrada, que acarreta a falta de remuneração do particular que elaborou o projeto de estruturação. Atento a essa questão, o legislador une às recentes modificações legislativas, vide Decreto federal n. 8.428/2015 e Decreto n. 61.371/2015 do município de São Paulo, a Lei federal n. 13.334/2016, que prevê o fundo de apoio a estruturação de projetos, gerido pelo BNDES, a fim de prover o particular que se dedica ao PMI de garantias e, em consequência, desenvolver o mercado de estruturação no Brasil.

Palavras-chave – Direito administrativo. Procedimento de manifestação de interesse. PMI. Assimetria de informações. Autorização exclusiva. Separação de mercados. Fundo de apoio a estruturação de projetos. Licitação. Conclusão. Referências.

Sumário – Introdução. 1. A desestatização, a expansão da infraestrutura nacional e a necessidade do procedimento de manifestação de interesse. 2. Aprimoramentos do modelo de PMI no Brasil e o fortalecimento de um mercado exclusivo de estruturação de projetos. 3. O FAEP e a transferência do risco do insucesso da licitação. Uma garantia de remuneração ao estruturador de projetos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo a análise da funcionalidade do procedimento de manifestação de interesse – PMI – no Brasil como mecanismo de fornecimento ao Poder

Público, por estruturadores particulares, dos estudos e projetos de estruturação necessários para o desenvolvimento da infraestrutura nacional.

Para abordar o tema em voga, fez-se imprescindível verificar os fatores que justificam a adoção de tal sistema pelo Brasil. Ainda, foi preciso avaliar também quais foram as falhas observadas ao longo de sua utilização pela Administração Pública brasileira e quais vantagens e desvantagens esse instituto proporciona.

Nesse diapasão, com vistas a propiciar uma melhor compreensão do tema, foram abordados estudos técnicos, com dados estatísticos sobre o cenário da infraestrutura brasileira e sobre os custos relativos a essa atividade. Foram utilizados também estudos doutrinários sobre a questão, de modo a permitir a reflexão sobre a real funcionalidade deste instrumento.

Destaca-se na presente pesquisa as inovações legislativas recentes, que foram comentadas à luz dos estudos, dados e posicionamentos doutrinários explanados ao longo da pesquisa. Trata-se de avaliação crítica sobre a possibilidade ou não de se resolver os problemas existentes no instituto estudado.

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta uma exposição sobre a mudança de perfil do Estado brasileiro, que passa a adotar o modelo de Administração gerencial e, com isso, abre espaço para a utilização do PMI no mercado de estruturação nacional. Discute-se a profundidade dessa mudança, se ela foi completa ou ainda está em curso, e o papel do PMI nessa transição, considerado o cenário atual e as projeções para o futuro, em termos da infraestrutura pública nacional.

Já no segundo capítulo, abordaram-se inovações legislativas referentes ao aperfeiçoamento do modelo existente. Trata-se do sistema de autorização exclusiva e da separação de mercados entre licitantes, de um lado, e estruturadores independentes, de outro, com o intuito de verificar quais melhorias essas modificações na legislação atual podem trazer e se são capazes de corrigir e aprimorar o sistema.

O terceiro capítulo destinou-se a enfrentar o problema referente à eventual ausência de remuneração do elaborador dos estudos e projeto de estruturação. Trate-se falha legislativa na qual havia a possibilidade de, em licitação frustrada, o estruturador não ser remunerado uma vez que é o licitante vencedor que custeia esses estudos. Abordou-se, para esse fim, a recente Lei federal n. 13.334/2016 que se dedicou ao tema.

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, a fim de comprová-las ou rejeitá-las mediante os argumentos abordados e desenvolvidos ao longo do trabalho.

1. A DESESTATIZAÇÃO, A EXPANSÃO DA INFRAESTRUTURA NACIONAL E A NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Durante a década de 1990 o Brasil iniciou o seu processo de desestatização, ainda em curso. O constituinte de 1988 percebeu que um Estado hipertrofiado gerava custos elevados e não correspondia às expectativas da sociedade. Como aponta Marcos Juruena Villela Souto, o Estado deve concentrar-se na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel este da iniciativa privada. Com isso, os esforços e recursos públicos podem ser redirecionados às áreas essenciais para que se alcancem os anseios da sociedade. Assim, torna-se possível atender à opção constitucional e buscar um redimensionamento do Estado, este que deixa de lado o papel de principal executor para transforma-se em regulador e fiscalizador¹⁻².

O cumprimento da vontade do constituinte pressupõe universalizar o acesso aos serviços públicos no Brasil. Para tal, é preciso expandir a infraestrutura brasileira, tarefa que o Estado não consegue realizar sozinho. A crescente demanda da população por serviços essenciais não vem sendo acompanhada de investimento suficiente em infraestrutura; na realidade, o patamar de investimento está estacionado há décadas entre 2,0% e 2,5% do PIB e é insuficiente para repor o que é depreciado e ainda expandir a capacidade de oferta³.

Ainda a esse respeito, mais dados mostram que, por exemplo, em 2007 os investimentos em infraestrutura do governo federal alcançaram apenas 0,34% do PIB. Já as demais instâncias públicas – empresas e governos estaduais, e empresas federais – contribuíram com 0,72% do PIB para estes gastos. No total, os entes públicos foram responsáveis por investir apenas 1,06% do PIB, o que está muito abaixo do patamar mínimo necessário para evitar a degradação da infraestrutura pública já existente (estimado em 3% do PIB)⁴.

¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 131.

² Tal opção constitucional está claramente exposta no artigo 174 da CRFB/88, cuja redação é: "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

³ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*, 2015, Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/7211/1/Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20de%20projetos%20de%20PPP%20e%20concess%C3%A3o%20no%20Brasil_P.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁴ FRISCHTAK, Cláudio R. *O investimento em infra-estrutura no Brasil. Histórico recente e perspectivas*. Disponível em: <<http://www.interb.com.br/content/o-investimento-em-infraestrutura-no-brasil-hist%C3%B3rico-recente-e-perspectivas>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

Para promover o mencionado redimensionamento, o Estado passou a se valer, dentre outros mecanismos, de concessões. Por meio de tal instituto, é possível ao Poder Público estabelecer contratos com a iniciativa privada para viabilizar a prestação de serviços públicos e expandir a infraestrutura nacional – esta última principalmente por meio das PPPs. É a chamada delegação negocial, que se viabiliza mediante contrato administrativo.

Contudo, as preocupações do Estado não se restringem à execução contratual. É preciso também voltar atenção ao momento pré-contratual, à fase interna da licitação da qual advirá a concessão. Faz-se referência aqui, como principal objeto de preocupação a ser analisado, os estudos técnicos relacionados à modelagem da concessão que será posta em prática quando do firmamento do contrato administrativo entre Estado e particular.

Atento a essa questão, o legislador previu no artigo 21, da Lei 8.987/1995⁵ que a estruturação de projetos não é monopólio do setor público. Ao contrário, abre-se espaço para que a iniciativa privada possa estruturar projetos por meio de estudos técnicos, com o fim de modelar a futura concessão, e apresentá-los ao ente estatal.

À Administração Pública é permitido estruturar os projetos e modelar as concessões, mas ela sofre grandes limitações, orçamentárias e técnicas. O Poder Público, nos três níveis de governo, ainda tem muita carência não só de recursos, mas de *know how*. Da abertura prevista pelo artigo 21, da Lei 8.987/1995 – que é aplicado também às PPPs – e da necessidade da Administração Pública surge o procedimento de manifestação de interesse – PMI⁶.

O PMI é um instrumento criado no Brasil para suprir a carência na identificação e estruturação de bons projetos de interesse da sociedade, com ênfase na área de infraestrutura. Esses projetos poderão ou não ser objetos de futuras licitações para a concessão de serviços ou para a formação de PPPs. O mecanismo foi criado no âmbito federal em 2006, e depois replicado por estados e municípios⁷.

⁵ “Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital” BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁶ O procedimento de manifestação de interesse (PMI), conforme explica Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, "tem por objeto a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos de Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada. O PMI encontra fundamento legal no art. 21 da Lei 8.897/1995, aplicável às PPPs, na forma do art. 3.º, *caput* e § 1.º, da Lei 11.079/2004. Em âmbito federal, o PMI encontra-se regulamentado pelo Decreto 8.428/2015". OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 188.

⁷ SANTOS, Chico. Retomada das concessões: difícil, mas essencial. In: *Revista conjuntura econômica*. Rio de Janeiro: FGV/Ibre. v. 69; n. 5, p. 29. mai. 2015.

O citado mecanismo tem origem nas *unsolicited proposals*, do direito anglo-saxão. Trata-se de projetos concebidos pelo mercado privado. De acordo com esse mecanismo, um potencial licitante identifica e prepara o projeto e o desenvolve por meio de seus estudos a fim de dar início ao procedimento licitatório. O governo, então, pode iniciar o procedimento competitivo ou negociar diretamente com a sociedade empresária que preparou os estudos⁸.

O PMI desempenha papel fundamental em economias emergentes. Não raro os governos não dispõem de corpo técnico, de recursos financeiros e nem do aparato institucional para liderarem até o fim com a seleção dos projetos de interesse público, e, por conseguinte, nessas nações, tende a prevalecer o modelo das *unsolicited proposals*.

O modelo é defendido em países de baixo desenvolvimento econômico com dois argumentos principais: o primeiro versa sobre a possibilidade de o setor privado trazer ao governo ideias novas para o desenvolvimento da infraestrutura; o segundo ponto é que, não dispondo de recursos humanos e financeiros para fazer seus próprios projetos, esses governos, especialmente em níveis subnacionais, podem ficar sem nenhum projeto ou com insuficiência de projetos se não aproveitarem as propostas que lhes são trazidas pelo setor privado⁹.

Embora o PMI no Brasil apresente problemas¹⁰, tem-se que sua utilização é crucial para a resolução de diversos problemas estruturais no país. É preciso aprimorá-lo. Para alcançar a média geral de investimento em infraestrutura, o Brasil precisaria investir uma média anual de 5,5% do PIB no setor nos próximos 20 anos, contra uma realidade de investimentos de 2,3% ao ano nos dois últimos decênios¹¹.

Nesse sentido, tornou-se imprescindível o maior envolvimento do setor privado. O país requer um volume crescente de investimentos em infraestrutura pública, mas restrições fiscais do Estado não o permite avançar e sanar o déficit estrutural existente. Sobrou, apenas, recorrer à iniciativa privada.

⁸ CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil*. p. 11. Disponível em: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/redeppp/docs/TD-PMI-1.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁹ SANTOS, op. cit., p. 29.

¹⁰ “Especificamente em relação aos projetos formatados como PPPs, dos 162 PMIs iniciados entre 2010 e 2014, apenas 46 (28%) chegaram à fase de consulta pública; 34 (21%) resultaram em editais publicados; e 20 (12,3%) em contratos assinados, conforme apresentado no gráfico abaixo. Pode-se apontar duas razões [a serem abordadas no capítulo seguinte] que contribuem para a baixa efetividade na geração de contratos assinados: (i) a existência de custos de transação muito elevados (ii) e de assimetrias informacionais e desalinhamento de incentivos” BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2015, op. cit., p. 18.

¹¹ SANTOS, op. cit., p. 26.

2. APRIMORAMENTOS DO MODELO DE PMI NO BRASIL E O FORTALECIMENTO DE UM MERCADO EXCLUSIVO DE ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS

Por conta dos problemas atrelados ao manejo do PMI, surge o Decreto federal n. 8.428/2015, que regulamenta o artigo 21, da Lei federal n. 8.987/1995 (vide nota 4). O citado decreto traz inovações importantes, como a previsão de uso do PMI não só para as PPPs (que impulsionaram o PMI no Brasil), mas para as concessões em geral, como também a possibilidade de o particular não estar adstrito a uma provocação, e poder, por iniciativa própria, levar um estudo à Administração Pública quando identificar uma oportunidade em potencial de estruturação de um projeto.

Tal decreto traz importantes avanços, mas ainda insuficientes. O BNDES vem realizando estudos sobre o tema e sugerindo alterações no modelo atual, a fim de refinar o PMI no Brasil¹². Em busca desse objetivo, o citado banco sugeriu a ideia de selecionar apenas um agente privado para realizar os estudos, no início do procedimento, ao invés de receber vários deles ao final e, ainda, não permitir que o autor dos estudos participe do leilão, o que já é possível pelo Decreto federal n. 8.428/2015, mas não obrigatório¹³.

Essas duas importantes sugestões foram postas em prática no município de São Paulo. O Decreto municipal n. 61.371/2015 do referido município, diferentemente do Decreto federal n. 8.428/2015, adotou a ideia de autorização exclusiva¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶, que se traduz na singularidade do

¹² BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Estruturação de concessões e PPPs*. 2016. Disponível em: <<http://www.abde.org.br/uploads/1705201612045671Henrique%20Amarante%20-%20BNDES.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹³ Conforme artigo 18 do Decreto federal nº 8.428/2015, tem-se que a proibição da participação do elaborador dos estudos é uma possibilidade, e não uma imposição. Confira-se o texto: “Art. 18. Os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados nos termos deste Decreto poderão participar direta ou indiretamente da licitação ou da execução de obras ou serviços, exceto se houver disposição em contrário no edital de abertura do chamamento público do PMI”.

¹⁴ CARVALHO, André Castro; FERRO, Murilo Ruiz. *Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015. (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-estudo-jur%C3%ADdico-sobre-o-decreto-n%C2%BA-613712015-o-%E2%80%9Cdecreto-dos-pmis%E2%80%9D-do-estado-de-s%C3%A3o-pa>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

¹⁵ “Art. 6º A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos: I - será conferida sem exclusividade” BRASIL. Decreto federal nº 8.428 de 02 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁶ “Art. 17 § 4º - O destinatário de autorização exclusiva deverá apresentar declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, incluídos consórcios ou atividades de consultoria, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos”. BRASIL. Decreto municipal nº 61.371 de 21 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=175099>>. Acesso em: 25 out. 2016.

estudo apresentado. Ainda, passou-se a prever que o particular que elaborou os estudos não poderá participar da futura licitação.

As inovações legislativas realizadas baseiam-se em diversos fatores observados pelo BNDES no mercado de estruturação brasileiro, que podem ser assim elencados: (i) falta de alinhamento entre agente privado (potencial licitante) e interesse público; (ii) risco de prejudicar a isonomia no leilão com o suporte do potencial licitante ao Poder Público durante o procedimento licitatório e (iii) a existência de dificuldade de ter o comprometimento do particular para entrega dos estudos e para realização de alterações necessárias¹⁷.

Os fatores apontados se fazem presentes por conta, principalmente, de dois problemas correlatos e ainda muito comuns no mercado de estruturação brasileiro, que são a assimetria de informações e a ausência de uma separação clara entre o mercado de licitantes, de um lado, e de estruturadoras independentes, de outro. Com isso, elevam-se os chamados custos de transação que, por sua vez, encarecem o procedimento.

Entende-se como assimetria de informações a situação na qual o particular, provido de informações sobre o projeto das quais o Estado não dispõe, é capaz de obter rendas extras, que materializam lucros excessivos se comparados aos que seriam obtidos se essa informação fosse conhecida pelo setor público. Isso significa que o estruturador pode reter informações para se valer de posicionamento favorável em relação à Administração Pública, colocando-a em desvantagem no negócio a ser pactuado por conta do déficit informacional que o favorece.

A partir do momento em que um particular – estruturadora de projetos – está ligado a investidores potencialmente interessados na licitação da concessão ou PPP haverá um natural conflito de interesses entre ele e o setor público. Como consequência, haverá uma alocação de riscos desfavorável à Administração Pública e injustamente favorável ao particular.

A estruturadora interessada na licitação tentará viabilizar uma concessão (PPP ou comum) que maximize o lucro global, em conjunto com a preparação do projeto por ela apresentado e com a operação da concessão comum ou PPP. Como o lucro auferido ao se tornar concessionário (seja em uma concessão comum ou em uma PPP) é muito maior do que aquele referente aos projetos e estudos elaborados, a tendência natural é que prevaleçam decisões no sentido de vencer a licitação e se tornar concessionário e não necessariamente em elaborar o melhor estudo e fazer o melhor projeto.

Uma possível consequência desse cenário é a influência da estruturadora nos termos da licitação de maneira a favorecer seus controladores. Isso pode se dar por meio, por exemplo,

¹⁷ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2016, op. cit, p. 26.

de divulgação seletiva de informações sobre o projeto, dificultando a sua avaliação por outros potenciais interessados – o que significa dizer que o particular está gerando o déficit informacional justamente para tentar auferir vantagem na negociação com o Poder Público¹⁸.

Outra forma seria estruturar um projeto com especificações que favoreçam os controladores da empresa, como exigir o uso de determinados insumos ou equipamentos não acessíveis a outros investidores¹⁹. Compõe-se, com esse cenário, um péssimo ambiente de déficit informacional aliado a uma quebra na isonomia no leilão durante o procedimento licitatório, pois, naturalmente, caso o estruturador de projetos possa participar da licitação, levará vantagem em relação aos demais participantes.

Ainda, é de interesse da estruturadora que a contrapartida do Poder Público na licitação seja a maior possível – desde que, por óbvio, o valor fixado não inviabilize o procedimento licitatório – já que isso elevaria o lucro auferido pelo particular responsável pela elaboração dos estudos técnicos. No entanto, isso resulta em um claro desalinhamento entre o agente privado e o interesse público uma vez que esse tipo de negociação, desarrazoadamente vantajosa para o particular, fere o princípio da economicidade, de observância obrigatória pelo Estado.

Somado a tudo isso, há o fato de que muitas vezes o número de estudos entregues é elevado e o custo da assimetria de informações aumenta exponencialmente já que diversos serão os estudos apresentados propositalmente com base de custo inexata, tecnicamente incompletos, baixa profundidade e matriz de riscos inadequada, com o intuito de tirar o maior proveito possível da Administração Pública e levando o poder concedente a um desequilíbrio desfavorável.

O reflexo desse panorama, em inúmeras vezes, é a implantação da infraestrutura desejada ficar emperrada já que o Poder Público é levado a rever os estudos apresentados, duplicando dispêndios e elevando o tempo médio para oferta de um projeto de licitação.

De outro lado, uma estruturadora independente, dedicada exclusivamente à elaboração dos estudos para o projeto que será base da futura concessão, e sem interesse em participar da licitação, torna possível um bom alinhamento de interesses entre o particular e o setor público. Isso ocorre por conta de uma atuação convergente de interesses no qual Administração Pública e agente privado buscam os mesmos objetivos.

A estruturadora independente irá querer que a contrapartida da Administração Pública em uma concessão fique no menor patamar aceitável para as parceiras privadas, pois isso

¹⁸ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2015, op. cit., p. 160.

¹⁹ Ibidem.

aumentará a probabilidade de que o setor público selecione a sua proposta de projeto e faça a licitação.

Por conseguinte, cria-se um cenário no qual os dois lados participantes pretendem reduzir ao máximo o aporte de recursos pelo setor público – ou aumentar ao máximo o valor da outorga que este receberá – desde que isso não inviabilize a licitação do projeto.

A estruturadora independente só será compensada por seus custos se e quando o projeto que ela estruturou for aprovado pelo Poder Público e houver uma licitação bem-sucedida, com a contratação de um parceiro privado, pois o licitante vencedor é quem custeia a elaboração do projeto utilizado²⁰. Para que isso ocorra, ao contrário do ambiente outrora descrito, o estudo deve ser preciso, sem falhas premeditadas e sem brechas para que a estruturadora tire vantagem da Administração Pública por meio da assimetria de informações.

Nota-se que, ao contrário da estruturadora que não só pode, mas tem interesse de participar dos dois mercados – para licitantes e para estruturadores – a assimetria de informações pode se apresentar como um trunfo para auferir vantagens. De outro lado, a estruturadora independente envidará esforços para que o cenário de déficit informacional não venha a ocorrer. Daí se percebe que a eliminação da assimetria de informações e a separação de mercados entre licitantes e estruturadores consubstancia, na prática, uma maior garantia de que o Estado terá uma atuação mais eficiente quando da utilização do mecanismo do PMI.

Assim, a alocação de riscos entre setor público e estruturadoras independentes, atuantes em um mercado separado dos licitantes, no qual a única preocupação é a aprovação de seu projeto, aliado ao sistema de autorização exclusiva e, subsequentemente, a um contexto de déficit informacional reduzido, mostra-se como uma alternativa de redução de custos transacionais e conseqüente incremento na qualidade e manejo do PMI nacional.

3. O FAEP E A TRANSFERÊNCIA DO RISCO DO INSUCESSO DA LICITAÇÃO. UMA GARANTIA DE REMUNERAÇÃO AO ESTRUTURADOR DE PROJETOS

A insuficiência do sistema das *unsolicited proposals* no Brasil, que permanece mesmo com as melhorias recentemente implementadas e expostas em tópico anterior, evidencia o gargalo de infraestrutura que existe no país. Para combater esse problema, que ocorre também

²⁰ Ibidem, p. 160.

em outras nações, surge a tendência global de criação e fortalecimento de *facilities* por bancos de desenvolvimento nacionais. Busca-se o apoio técnico e financeiro de tais instituições para a estruturação de projetos uma vez que elas possuem equipes estáveis e com boa capacidade técnica, além do *funding* necessário para realizar essa tarefa²¹.

Em resposta ao déficit estrutural do país, a recente Lei federal n. 13.334/2016 traz o Programa de Parceria de Investimentos – PPI. Tal diploma refere-se a um programa instituído pelo Governo Federal visando a expansão da infraestrutura pública, em aliança com a iniciativa privada, para suprimir o déficit existente no Brasil nesse setor e melhorar, por conseguinte, a prestação dos serviços públicos no país.

A lei dispõe sobre a participação do BNDES – banco de fomento federal – como importante viabilizador e operador do PPI. Trata-se de união entre a capacidade de financiamento e a expertise técnica advinda da desestatização ocorrida na década de 1990.

Dentre os problemas que a nova lei pretende resolver, destaca-se a ausência de garantias suficientes para a remuneração do particular que elabora o projeto de estruturação, em hipóteses de licitação deserta ou de inadimplência do concessionário.

Quando da apresentação de um projeto de infraestrutura, o particular que participa do PMI tem a sua remuneração advinda de outro particular, que é aquele ganhador da licitação²². Esses estudos que embasam as propostas apresentadas ao Poder Público têm um custo. Ao mesmo tempo, o estruturador que os desenvolve corre um sério risco de não ser pago pelo projeto elaborado. Se o ganhador da licitação é quem o remunera, mas a licitação, por outro lado, pode ser deserta, ou, ainda, o vencedor do certame pode se tornar inadimplente, o participante do PMI não irá obter qualquer remuneração.

Atento ao problema, o BNDES surgiu com a ideia de criar um fundo²³ com o fim de dotar o particular que realiza estudos técnicos, a serem apresentados dentro da lógica do PMI, de garantias. Tal iniciativa visa a estimular o crescimento desse mercado de *unsolicited proposals* e propiciar o surgimento de novas estruturadoras independentes no Brasil, além de fomentar o desenvolvimento da infraestrutura nacional.

²¹ Ibidem, p. 3.

²² Trata-se de previsão expressa do artigo 17 do Decreto federal nº 8.428/2015, que diz: “Art. 17. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o art. 1º conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados na licitação”.

²³ KLEIN, Cristian. *BNDES lançará linha de R\$ 200 milhões para estruturação de projetos*. Valor econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4501522/bndes-lancara-linha-de-r-200-milhoes-para-estruturacao-de-projetos>>. Acesso em: 09 out 2016.

A Lei federal n. 13.334/2016 acatou essa ideia. A partir do artigo 14²⁴, a lei prevê o fundo de apoio a estruturação – FAEP – que tem por objetivo justamente materializar essa garantia remuneratória.

O FAEP pode ser definido como um fundo de natureza privada e patrimônio próprio administrado pelo BNDES. Ele aportará o volume inicial para a estruturação de projetos, podendo receber mais recursos de outros entes públicos, organismos internacionais e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado²⁵.

A ideia é que o elaborador do estudo esteja resguardado do possível insucesso da licitação que, como consequência, o deixaria sem remuneração. Isso porque, como visto, é o licitante vencedor do certame licitatório que pagará o estruturador. Ademais, não há remuneração paga diretamente pela Administração. Essa, aliás, é uma das características que mais fortemente tem contribuído para a disseminação do modelo de autorização, dado que o setor público a enxerga como uma forma de viabilizar a preparação de um projeto sem a aplicação imediata de recursos estatais²⁶.

Para viabilizar tal garantia e afastar o risco de prejuízo para o elaborador dos estudos, o fundo custearia a remuneração desse particular e, posteriormente, com o término processo licitatório e escolha do concessionário que irá implementar a concessão comum ou PPP, este ressarciria a quantia paga por aquele.

De fato, trata-se de previsão legal que proporciona uma transferência do risco e não a sua eliminação. A licitação frustrada causará prejuízo a alguém. Mas, a fim de estimular o setor de PMI no Brasil, a Lei federal n. 13.334/2016 incumbiu tal fardo ao BNDES, que terá muito mais capacidade de suportá-lo do que grande parte do empresariado nacional, ainda mais em um setor do mercado tão incipiente.

Os objetivos desse mecanismo foram bem sintetizados por notícia veiculada em matéria jornalística do site Valor Econômico, da seguinte forma:

O crédito será obtido, a fundo perdido, por consultores ou grupo de consultores necessariamente independentes, que não participem da fase de execução. O objetivo é que os vencedores desta segunda etapa façam o ressarcimento dos recursos para o fundo do BNDES. O banco corre o risco de que não haja leilão de licitação para a execução, isto é, que o projeto não prospere. A intenção, no entanto, é ajudar a resolver

²⁴ “Art. 14. Fica o BNDES autorizado a constituir e participar do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias - FAEP, que terá por finalidade a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização. BRASIL. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

²⁵ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2016, op. cit., p. 12.

²⁶ *Ibidem*, p. 17.

um dos gargalos do investimento no país e estimular a indústria de consultoria de grandes projetos, considerada o "cérebro" do setor²⁷.

A importância das modificações do sistema do PMI no Brasil, dotando o particular de maiores garantias, pode ser mais melhor compreendida com a exposição dos custos dos estudos técnicos realizados.

Como exemplo, em chamamento público realizado pela CEDAE, referente à concessão de esgotamento sanitário – denominado de “projeto de melhorias nos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitários nas comunidades localizadas nas áreas das unidades de polícia pacificadora no estado do Rio de Janeiro” –, expõe-se diversos valores de ressarcimento para os diferentes “blocos de comunidades”, criados para melhor sistematizar a expansão e infraestrutura a ser realizada. O edital de chamamento público alude como valor máximo de ressarcimento o percentual de 2,5% do objeto a ser contratado²⁸.

A lista de valores para cada bloco referente ao projeto citado é a seguinte: Bloco I: R\$ 3,35 milhões; Bloco II: R\$ 3,78 milhões; Bloco III: R\$ 2,74 milhões; Bloco IV: R\$ 1,87 milhões; Bloco V: R\$ 1,75 milhões; Bloco VI: R\$ 0,75 milhões; Bloco VII: R\$ 0,80 milhões²⁹. Isso evidencia não só que a infraestrutura no Brasil tem um custo muito elevado, como também que o possível prejuízo do elaborador dos estudos é um fardo muito pesado para ser suportado por grande parte do empresariado nacional.

O exemplo não é uma situação extraordinária; muito pelo contrário, é uma situação corriqueira na Administração Pública. Consequentemente, esses problemas de insegurança, aliados a altas cifras, atingem diariamente diversos particulares que poderiam estar contribuindo com o Poder Público, identificando lacunas na infraestrutura pública e oferecendo esse tipo de serviço especializado ao Estado, mas não o fazem por receio do prejuízo em que podem incorrer eventualmente.

Percebe-se que não só infraestrutura nacional ainda é muito deficiente, mas também o arcabouço jurídico para viabilizar sua evolução. O reflexo dessa precariedade é a má prestação do serviço público ao administrado, devida, em grande parte, pela infraestrutura precária que é destinada a essa prestação.

O desenvolvimento de técnicas jurídicas para a criação e expansão da infraestrutura nacional contribui para a solução dos problemas expostos, além de possibilitar à Administração

²⁷ KLEIN, Cristian. Valor econômico, op. cit, p. 1.

²⁸ COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DO RIO DE JANEIRO. *Chamamento público a procedimento de manifestação de interesse*: PMI 001/2016. Disponível em: <http://www.cedae.com.br/portals/0/ri_cedae/pmi/pmi001_2016.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

²⁹ Ibidem.

o alcance de sua função precípua de universalizar a prestação dos serviços públicos com qualidade e acessibilidade pela população, sobretudo a parcela mais carente.

CONCLUSÃO

As modificações e estudos apresentados possibilitam um caminho de concretização, por meio da parceria entre Estado e iniciativa privada, daquilo que o Poder Público, nitidamente, conforme todos os dados estatísticos apresentados, não consegue fazer sozinho.

O advento de uma Administração de resultados concretos tornou suscetível as parcerias entre setor público e setor privado. Trata-se da única saída factível já que o Estado tem recursos escassos – capital e intelectual –, pois é nítida a sua impossibilidade de suportar o patamar de investimentos necessários para a renovação da infraestrutura do país.

Nesse contexto, o modelo do PMI surge como importante alternativa, mas que deve ser aprimorada. As inovações discutidas, ainda incipientes no Brasil, contribuem para a melhor utilização do instituto. Como demonstrado, as inovações legislativas trazidas reduzem os custos de transação do negócio e aumentam sua viabilidade.

O modelo de autorização exclusiva, confere maior agilidade no procedimento de seleção de projetos e reduz os custos de transação por diminuir a assimetria de informações entre os participantes. Ainda, a separação de mercados entre licitantes e estruturadores independentes, além de reduzir ainda mais o déficit informacional entre as duas partes do negócio, viabiliza uma atuação convergente delas, o que leva a um alinhamento de interesses ideal entre Poder Público e agente privado.

A Lei federal n. 13.334/2016 prevê mecanismo crucial para o sucesso do modelo no Brasil. Trata-se de fundo por meio do qual se transfere o risco do insucesso da licitação para o BNDES. O mecanismo dota o particular de maior segurança, para incentivar e desenvolver o mercado de estruturação no país, tornando-o mais atrativo, com menos riscos e maiores garantias. Atende-se, com isso, tanto o interesse de novos atores do mercado como o da própria Administração Pública, que necessita desse *know how* para aprimorar a infraestrutura pública nacional.

Com isso, o Direito Administrativo nacional se torna mais moderno e consensual, hábil a materializar um Estado e uma Administração renovados, que se preocupam com o resultado, busca da eficiência e com a efetiva prestação dos serviços públicos de que necessita a

população, por meio de uma infraestrutura pública mais apta a oferecê-los melhor, em consonância com o previsto pelo constituinte em 1988.

REFERÊNCIAS

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Estruturação de concessões e PPPs*, 2016. Disponível em: <<http://www.abde.org.br/uploads/1705201612045671Henrique%20Amarante%20-%20BNDES.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*, 2015. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bi/b/jspui/bitstream/1408/7211/1/Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20de%20projetos%20de%20PPP%20e%20concess%C3%A3o%20no%20Brasil_P.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Decreto n. 8.428 de 02 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/redeppp/docs/TD-PMI-1.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

CARVALHO, André Castro; FERRO, Murilo Ruiz. *Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015 (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-estudo-jur%C3%ADdico-sobre-o-decreto-n%C2%BA-613712015-o-%E2%80%9Cdecreto-dos-pmis%E2%80%9D-do-estado-de-s%C3%A3o-pa.>>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DO RIO DE JANEIRO. *Chamamento público a procedimento de manifestação de interesse: PMI 001/2016*. Disponível em: <http://www.cedae.com.br/portals/0/ri_cedae/pmi/pmi001_2016.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FRISCHTAK, Cláudio R. *O investimento em infra-estrutura no Brasil*. Histórico recente e perspectivas. Disponível em: <<http://www.interb.com.br/content/o-investimento-em-infraestrutura-no-brasil-hist%C3%B3rico-recente-e-perspectivas>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

KLEIN, Cristian. *BNDES lançará linha de R\$ 200 milhões para estruturação de projetos*. Valor econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4501522/bndes-lancara-linha-de-r-200-milhoes-para-estruturacao-de-projetos>>. Acesso em: 09 out. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SÃO PAULO. Decreto municipal nº 61.371 de 21 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=175099>>. Acesso em: 25 out. 2016.

SANTOS, Chico. *Retomada das concessões: difícil, mas essencial*. *Revista conjuntura econômica*. Rio de Janeiro: FGV/Ibre. v. 69; n. 5, mai. 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.