

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?

Bruno Ramos Pereira¹, novembro de 2011

Resumo

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) vem sendo bastante utilizado no Brasil. Por intermédio desse instrumento, o setor público obtém, de consultores externos ou das empresas interessadas em disputar futuros contratos de concessão, estudos de viabilidade sobre projetos de infraestrutura que estão na agenda da tomada de decisão do Estado. Tais estudos são essenciais para que o setor público possa estruturar e publicar os editais de licitação de contratos de concessão. Entretanto, é necessário que tal instrumento seja analisado do ponto de vista dos efeitos que pode causar no grau de competitividade da licitação e no relacionamento entre as partes do futuro contrato de concessão, quer seja no sentido de reforçar ou diminuir a assimetria de informação entre o setor público e o setor privado. As previsões legais, as previsões regulamentares e os desenhos das regras específicas de cada PMI podem produzir efeitos que reforçam ou reduzem tal assimetria de informação. O pressuposto do artigo é que o poder público, em regra, encontra-se em situação de desvantagem em relação à iniciativa privada, que é capaz de gerar as informações sobre os projetos de infraestrutura de modo mais ágil ou já detém mais informações que o poder público (nesta segunda situação, após a realização dos estudos de viabilidade por intermédio do PMI). O PMI, portanto, deve ser encarado pelo poder público não somente como um instrumento viabilizador de projetos, mas também como um instrumento cuja finalidade é reduzir a assimetria de informação do setor público perante o setor privado. Para tanto, o poder público deve conceber as regras concretas de cada PMI tendo em vista uma estratégia que pretenda minimizar a assimetria existente em relação ao setor privado e que, portanto, tenda a capacitar o poder público a compreender mais plenamente os contornos, riscos e implicações do projeto de infraestrutura que está na pauta de sua tomada de decisão. O setor público deve também conceber estratégias para, por intermédio do “poder de compra” representado pelo PMI, desenvolver uma cadeia de consultores independentes que possam auxiliá-lo durante o período de gestão dos contratos de concessão.

Palavras-chave: PMI, assimetria de informação, concessão, PPP, parceria público-privada.

¹ Agradeço os comentários e as críticas de Frederico da Silveira Barbosa, Vernon Kohl, Rodrigo Chaloub Dieguez e Cristina Blum às versões preliminares deste artigo. Os equívocos remanescentes são de responsabilidade do autor.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

Sumário

1. Introdução e problema	3
2. PMI: origem normativa, fundamentos e níveis de regulamentação	5
3. PMI como instrumento mitigador da assimetria de informação com a iniciativa privada. 10	
a. Escopo do PMI	11
b. Perfil das pessoas (físicas ou jurídicas) que podem requerer autorizações	12
c. Interdependência entre os estudos de viabilidade.....	13
d. Estratégia de divulgação e o ônus de ser radicalmente transparente.....	14
e. Conflito de interesse	16
4. Considerações finais.....	18



1. Introdução e problema

Já não é novidade afirmar que o poder público vem recorrendo de modo cada vez mais intenso à iniciativa privada com o objetivo de satisfazer demandas de interesse público. Por intermédio do instrumento da concessão (comum, patrocinada e administrativa²), o setor público concede ao setor privado algumas atividades como a concepção de projetos executivos, o financiamento, a operação e a manutenção de infraestruturas de interesse público, assim como a prestação de serviços públicos ou serviços de interesse geral (telecomunicações, saneamento básico, energia, petróleo, rodovias, ferrovias, escolas, hospitais, presídios, centros administrativos, estádios de futebol).

Tais atividades, por intermédio do contrato de concessão, são tratadas de modo integral e não mais de modo segmentado (em oposição ao que é feito quando o poder público recorre ao contrato de empreitada, previsto na lei de licitações). Esta é uma das características das concessões, também chamadas aqui de parcerias público-privadas (PPPs) em sentido amplo, que tendem a torná-las instrumentos eficientes ao dispor do poder público para a atração de investimentos privados em setores de interesse público.

Entretanto, o fato de que os objetos das PPPs envolvem parcelas maiores do ciclo de vida do ativo necessário à prestação de um serviço de interesse geral adiciona complexidade à modalidade de contratação, quer seja do ponto de vista da gestão do contrato e dos riscos decorrentes das características do projeto, quer seja do ponto de vista da capacidade de investimento necessária ao parceiro privado para que dê conta de suas obrigações contratuais.

Nesse contexto, da complexidade das PPPs, a referida modalidade de contratação demanda do poder público a capacidade de estruturar projetos e de propor contratos de concessão que permitam ao Estado fomentar o engajamento eficiente da iniciativa privada em tais negócios públicos. A estruturação ou a modelagem das concessões pressupõe um trabalho intenso, longo e profundo a respeito da viabilidade das obras e dos serviços que serão concedidos à iniciativa privada. Tal trabalho, que implica na produção de diversos estudos que analisem a viabilidade do projeto (estudo de demanda, de engenharia, ambiental, jurídico, econômico-financeiro), pode ser feito por intermédio dos seguintes recursos:

- servidores públicos vinculados ao poder concedente;
- consultores externos contratados e remunerados pelo poder concedente; e
- Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).

² Leis Federais nº 8.987/1995 (concessão comum) e 11.079/2004 (concessão administrativa e patrocinada, PPPs em sentido estrito). Há também leis estaduais e municipais sobre concessões.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

Tais estratégias não são excludentes entre si. O setor público pode distribuir o esforço de estruturação da concessão entre estas três possibilidades, fazendo com que os estudos produzidos pelos servidores públicos, pelos consultores externos e aqueles provenientes do PMI possam ser complementares uns em relação aos outros, permitindo que o setor público, quando da decisão final a respeito do modelo de negócio da concessão, tenha o máximo de informação possível como subsídio para a tomada de decisão sobre a concessão, que é formalizada pela publicação do edital de licitação. Em resumo: estruturar negócios de grande vulto demanda do setor público recursos e intensa capacidade de planejamento.

O principal foco deste artigo será o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). A premissa do trabalho é que as experiências brasileiras com o PMI não se preocupam com o objetivo de que tal instrumento contribua para a redução da assimetria de informação entre os setores público e privado, sendo que o instrumento vem sendo utilizado, prioritariamente, para satisfazer demandas de curto prazo da administração pública (licitação de contratos de concessão necessários ao aprimoramento da infraestrutura e serviços públicos).

A demonstração de tal premissa, logicamente, demandaria uma pesquisa empírica a respeito da referida experiência brasileira com o PMI. Esta não é a pretensão deste artigo. A pretensão, neste momento, é a apresentação, do ponto de vista conceitual, dos problemas que podem surgir em função da utilização do PMI com o objetivo único de acelerar o processo de tomada de decisão do poder público a respeito da licitação de contratos de concessão.

Após esta rápida introdução, o item 2 abordará a origem e os fundamentos do PMI, indicando também os diferentes níveis de regulação do instrumento, desde o legal, passando pelas normas regulamentares, até a definição das regras concretas de cada PMI para a produção de estudos de viabilidade sobre um projeto específico que está na agenda do setor público.

No item 3, serão abordados alguns aspectos importantes, mas em regra desprestigiados, que envolvem a definição das regras concretas de um PMI, como, por exemplo, a preocupação de que seja fomentado o mercado de consultores externos independentes, de que sejam geridos eventuais conflitos de interesse e de que haja uma preocupação constante do setor público no sentido de minimizar a assimetria de informação com o setor privado. E, por fim, nas considerações finais, apresentarei de modo bastante sintético alguns outros focos de estudo que poderiam contribuir com a experiência brasileira envolvendo o PMI.

O artigo apresenta um viés propositivo e provocativo a respeito do modo como o poder público brasileiro conduz seus procedimentos de manifestação de interesse. O enfoque do artigo, espero, poderá contribuir para uma agenda de pesquisa empírica a respeito das relações entre PMI, licitante vencedora e gestão do contrato de concessão decorrente.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

2. PMI: origem normativa, fundamentos e níveis de regulamentação

O PMI é um instrumento que institucionaliza o diálogo público-privado a respeito de um projeto de interesse público liderado pelo Estado e que dependerá do engajamento privado para que se torne realidade.

Talvez seja um excesso dizer que se trata de uma prática comum, mas não se pode negar que a prática brasileira envolvendo diálogos entre setor público e iniciativa privada na fase de estruturação de projetos apresenta, muitas vezes, alguns contornos pouco republicanos³. A depender da capacidade institucional do poder público, para que os projetos avancem e se concretizem, pressupondo o cenário de reduzida capacidade institucional do setor público, a iniciativa privada acaba por fornecer informalmente todos os subsídios e estudos necessários para que um edital de licitação seja publicado.

Nesse sentido, em um contexto de debilidade institucional do setor público, a empresa “A”, interessada em um projeto “X”, percebendo o interesse do poder público “B” em levar adiante o projeto “X”, mas reconhecendo a incapacidade de “B” para fazer os estudos necessários para a publicação do edital de licitação, de modo informal, envia ao poder público o material (estudos, minutas de edital e contrato) necessário para que a licitação seja realizada. Logo, a iniciativa privada pauta a tomada de decisão pública sem transparência. Tal prática, sem mencionar as eventuais ilegalidades envolvidas, amplia a assimetria de informação entre o setor público e o setor privado, pois quem supre a capacidade de análise, investigação e tomada de decisão do poder público é iniciativa privada interessada em celebrar contratos de concessão com o setor público.

O artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995⁴ contempla a possibilidade de que tais práticas sejam institucionalizadas e tornadas mais transparentes. Em resumo, o artigo estabelece que valores investidos em estudos produzidos pelo poder concedente ou pelo setor privado (desde que,

³ Em evento realizado na Câmara Americana de Comércio – Amcham Brasil, em São Paulo, no dia 23 de agosto de 2011 (Seminário Competitividade Brasil: Custos de Transação – Infraestrutura), um dos panelistas comentou que há no Brasil, no que diz respeito às relações público-privadas, uma “cultura de desconfiança”. Tal estado de suspeita constante acaba por inviabilizar a existência de um ambiente de negócios saudável e que, portanto, equilibre em grau ótimo os interesses público e privado. Uma melhor regulamentação do PMI, nos termos com que será proposta neste artigo, poderia criar condições para reduzir a constante suspeita existente na opinião pública sobre eventuais desvios de finalidade nos negócios público-privados.

⁴ 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.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

neste último caso, com a autorização do setor público) que forem utilizados para a estruturação de uma concessão serão ressarcidos pelo licitante vencedor (que será parte no contrato de concessão licitado). O artigo estabelece que as normas a respeito dessa possibilidade sejam definidas no edital. Além disso, a norma legal também estabelece que os estudos ficarão à disposição dos interessados. Percebe-se que a norma teve o objetivo de instituir um filtro público (interesse público somado à transparência) para os pleitos e propostas de interesse do setor privado.

O artigo 21, portanto, traz alguns nortes interessantes a respeito do tema:

- (i) deve haver publicidade e transparência a respeito dos estudos produzidos;
- (ii) abre-se a possibilidade para que, se o poder público considerar mais eficiente ou simplesmente necessário, a iniciativa privada produza os estudos relevantes para que o setor público possa estruturar modelos de investimento em infraestrutura pautados em contratos de concessão; e
- (iii) se optar por este caminho, o setor público não precisará depender do orçamento público para que os estudos sejam contratados, pois o ressarcimento aos estudos utilizados na estruturação da concessão serão de responsabilidade do licitante vencedor.

Da interpretação destas diretrizes, pode-se dizer que são transferidos aos autores dos estudos, portanto, os seguintes riscos: (a) financiamento dos estudos e (b) não aceitação, pelo poder concedente, dos estudos apresentados (cenário em que o autor do estudo não seria ressarcido pelo investimento feito).

Percebe-se que a norma legal é bastante simples e concisa, abrindo espaço para que as normas infra legais e as regras de um PMI específico possam detalhar diversos aspectos importantes relacionados ao PMI. Por exemplo, um ponto que deveria ser tratado pela autoridade que recorrer ao PMI é o potencial conflito de interesse entre autor do estudo utilizado na estruturação da concessão e o poder público nos casos em que o autor do estudo de viabilidade é uma empresa interessada na licitação.

A Lei Federal nº 9.074/1995, artigo 31, reparou esta omissão e tratou do tema do conflito de interesse, na medida em que estabeleceu que “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”⁵.

⁵ É relevante ressaltar que a norma apenas aborda “projetos básico ou executivo”. A princípio, apenas em relação a estes estudos não haveria como vedar a participação de seus autores na futura licitação.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

A opção legislativa, passível de crítica, foi no sentido de que nunca há conflito de interesse entre a empresa que produziu o projeto básico ou executivo utilizado pelo poder público e que resolve participar da licitação⁶, de modo que seria desafiador para que a autoridade federal responsável pelo PMI possa estabelecer situações que proíbam que os autores dos projetos possam participar da eventual licitação decorrente dos estudos realizados. Por outro lado, com tal medida, a norma legal traz incentivos para que a iniciativa privada interessada em futuras licitações possam suprir as limitações institucionais do setor público para estruturar projetos via contratos de concessão.

Por fim, no âmbito federal, há ainda a previsão legal da Lei nº 11.079/2004 (art. 3º⁷) e o Decreto nº 5.977/2006 que regulamenta o uso do PMI em relação às concessões administrativas e patrocinadas em âmbito federal. [Procurar: recomendação da Secretaria de Fiscalização de Desestatização do Tribunal de Contas da União ao Ministério dos Transportes exarada no processo nº 022369/2009-0]

É possível perceber, portanto, por intermédio das normas legais mencionadas acima, que, ao menos no âmbito federal, há bastante espaço para a regulamentação de aspectos relacionados ao PMI. Ou seja, as autoridades públicas que recorrem ao PMI têm certa autonomia para moldar os contornos do procedimento que realizarem. Creio que uma investigação similar às normas legais estaduais sobre o tema revelariam a mesma percepção. Neste artigo, entretanto, não será feita uma análise pormenorizada das normas estaduais sobre o PMI.

É importante ressaltar que o desenho de um PMI específico enfrenta o seguinte conflito de escolha: na medida em que o PMI fornece subsídios para a estruturação mais ágil de um projeto de infraestrutura, o instrumento, por outro lado, tende a ser conduzido e intelectualmente liderado pelo setor privado, o que poderia reforçar a assimetria de informação entre os setores público e privado.

Além disso, o PMI pode gerar o efeito de redução do nível de competição pelo contrato de concessão, quando de sua licitação, pois, em alguma medida, as empresas que tiverem seus

⁶ Para que tal pressuposto seja verdadeiro, o poder público deve ser radicalmente transparente antes, durante e depois do PMI. Abordarei este aspecto mais adiante. Talvez, a melhor norma seria no sentido de que a autoridade pública deveria motivar, em cada PMI, as regras a respeito dos conflitos de interesse entre autores dos estudos que tem interesse em participar da futura licitação. Entretanto, como foi possível perceber, a lei já definiu que é um direito dos autores dos estudos (ou de seus patrocinadores) participarem das licitações, mesmo nos casos em que seus próprios estudos tenham pautado a decisão governamental.

⁷ No sentido de que o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 e o artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/1995 aplicam-se às concessões administrativas e patrocinadas.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

estudos de viabilidade aceitos pelo setor público terão alguma vantagem competitiva na disputa pelo contrato⁸.

A seguir, apresentarei, em quadro sintético, alguns pontos positivos e negativos a respeito das opções que o poder público tem para estruturar projetos de infraestrutura.

Mecanismos para a estruturação de projetos e a produção de estudos de viabilidade ao dispor do setor público	Principal desafio	Ponto positivo para a satisfação do interesse público	Situação em que sua utilização é recomendada
Servidores públicos	Existência de servidores capacitados e engajados	Incorporaria de modo mais orgânico na administração pública os aspectos, as características e as dimensões relacionadas ao projeto	Existência de recursos humanos compatíveis com a urgência do projeto, alto grau de planejamento por parte do setor público
Consultores externos contratados e remunerados pelo setor público	Conceber e realizar o processo de contratação dos consultores com capacidade para a realização dos estudos (processo competitivo ou contratação direta)	A administração acessaria uma opinião externa a respeito da viabilidade do projeto, na medida em que há que se gerir o contrato e os produtos dele decorrentes, há o efeito positivo adicional na medida em que os servidores públicos acompanham a curva de desenvolvimento dos estudos de viabilidade	Situação não tão urgente e existência de condições para a contratação de consultores externos (disponibilidade de recursos orçamentários e cooperação por parte dos servidores públicos)
PMI	Estabelecer os filtros adequados para que o interesse público não seja relativizado diante da potencial preponderância do interesse privado	Agilidade na produção dos estudos de viabilidade e não comprometimento de recursos orçamentários	Urgência, ausência de recursos orçamentários e/ou de recursos humanos necessários para a produção dos estudos de viabilidade

Percebe-se, portanto, que a depender da capacidade institucional do setor público e do perfil do projeto, há pontos positivos e negativos entre as opções ao dispor do poder público para

⁸ Tal vantagem competitiva pode ser ampliada ou não em função das regras concretas de cada PMI (por exemplo, transparência e disponibilidade dos inteiros teores dos estudos produzidos, distância entre tal disponibilidade e a data efetiva da apresentação das propostas pelos licitantes, requisitos para que os interessados possam pedir a autorização para realizar os estudos, entre outros aspectos). Neste caso, haveria também uma assimetria de informação entre os licitantes (privada-privada).

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

estrutura projetos de interesse público que dependem do investimento privado para que possam se concretizar. Cabe à autoridade pública, no caso concreto, justificar a estratégia de obtenção dos estudos de viabilidade em função das opções disponíveis.

Em resumo, quando da tomada de decisão a respeito da publicação de um PMI, devem ser analisados, entre outros critérios, a capacidade institucional do setor público; a existência de recursos orçamentários; o planejamento e a configuração da carteira de projetos do setor público; a urgência da demanda pública a ser satisfeita pelo projeto.



3. PMI como instrumento mitigador da assimetria de informação com a iniciativa privada

Dando continuidade ao raciocínio iniciado no item anterior, tendo em vista a relativa autonomia para que o setor público desenhe os contornos concretos de cada PMI, cabe à autoridade pública responsável pela promoção do PMI apresentar motivações sobre diversos pontos.

Em primeiro lugar, é fundamental explicar porque o recurso ao PMI, no caso concreto, faz mais sentido do que a realização de estudos por parte dos servidores público ou por parte da contratação de consultores externos remunerados diretamente pelo poder concedente. Tendo em vista os pontos positivos e negativos das 3 (três) formas de se realizar os estudos de viabilidade, é necessário que a autoridade pública motive sua decisão pelo PMI.

Se a autoridade pública não recorrer aos servidores públicos para a produção dos estudos necessários, deve motivar, por exemplo, a situação de reduzida capacidade técnica e/ou orçamentária do poder público que, eventualmente, acabou por apontar para a necessidade de que fosse realizado o PMI⁹.

Se a autoridade pública não argumentar no sentido da incapacidade técnica e/ou orçamentária¹⁰, restaria motivar a PMI no sentido de ser instrumento mais eficiente para a produção dos estudos necessários para a estruturação de uma concessão. Nesse caso, seria possível justificar a decisão com base na agilidade e/ou necessidade de engajamento da iniciativa privada desde as fases iniciais do projeto¹¹, o que, potencialmente, aumentaria o grau de competição na eventual licitação. Os apontamentos apresentados acima constituem exemplos de argumentos para a eventual motivação da autoridade pública que pretenda realizar o PMI. Entretanto, há ainda um longo percurso de micro decisões da autoridade pública que definirão os contornos concretos do PMI.

⁹ Em muitos casos, não é eficiente ao poder público manter permanentemente contratada uma equipe de servidores especialistas em estruturação de projetos. Por exemplo, se não há muitos projetos a serem estruturados, a referida equipe ficaria ociosa e aos poucos perderia sua expertise. Além disso, os desafios na estruturação de projetos são diversos e envolvem múltiplas áreas do conhecimento, de modo que seria um desafio manter uma equipe de servidores em prontidão para dar conta da estruturação de projetos peculiares. Como regra, o que parece mais razoável é que o poder público se esforce para ter em seus quadros servidores especialistas na *gestão* de processos de estruturação de projetos (e, quando necessário, especialistas na estruturação propriamente dita).

¹⁰ A inexistência de orçamento público seria também uma justificativa para a não contratação de consultores externos remunerados diretamente pelo poder concedente.

¹¹ Se o projeto de infraestrutura for inovador, complexo e desafiador do ponto de vista econômico-financeiro, será essencial construir estratégias de engajamento antecipado da iniciativa privada.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

Tais tópicos não estão regulados nas normas legais referentes ao PMI (ao menos, não nas normas legais federais), mas podem estar definidos nos regulamento e, mesmo que não estejam, tem que ser enfrentados pela autoridade pública que decida por realizar o PMI (i) que não pretenda ser uma mera formalidade e (ii) que demonstre a efetiva preocupação com a potencial captura da tomada de decisão pública pelas perspectivas das empresas interessadas na futura licitação da concessão.

Nos itens abaixo, apresentarei quais são os pontos que tendem a, se levados a sério pelo poder concedente, mitigar o risco de ampliação da assimetria de informação do setor público em relação ao setor privado. Todos estes aspectos deverão ser justificados e decididos pelo poder público antes da publicação de um PMI.

a. Escopo do PMI

A definição do escopo do PMI é um esforço necessário e essencial para a autoridade pública interessada em recorrer ao procedimento. Quanto mais bem construído, detalhado e com sinalizações claras a respeito das expectativas, métodos de avaliação dos estudos¹² e resultados que a autoridade pública espera alcançar com os estudos, menor será o espaço para que o setor privado reforce a superioridade de informações que detém ou deterá em relação ao setor público.

O poder público deve ter clareza em relação ao interesse público que será satisfeito com a futura concessão. O escopo do PMI deve permitir também que o poder público alcance certa

¹² No âmbito federal, o Decreto n.º 5.977/2006 estabelece o seguinte: “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”.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



clareza a respeito dos pontos da concessão geram os maiores receios na iniciativa privada. Desse modo, poderá ter mais condições de equilibrar os interesses público e privado que estarão em jogo na modelagem da concessão¹³.

Do ponto de vista acessório, o PMI permite que o poder público vá, desde cedo, engajando a iniciativa privada na análise do negócio. A depender da situação dos investidores interessados na futura concessão, será importante que o poder público construa os pilares do negócio por intermédio do diálogo institucionalizado com a iniciativa privada¹⁴.

Por fim, a autoridade pública deve também justificar a delimitação do objeto do(s) estudo(s) de viabilidade(s), não apenas as áreas (demanda, engenharia, contabilidade, arquitetura, direito, economia, finanças, etc.), mas também no sentido do modo como estabeleceu os limites de cada um dos estudos sobre as áreas indicadas.

b. Perfil das pessoas (físicas ou jurídicas) que podem requerer autorizações

Por mais que o PMI não envolva recursos orçamentários, o instrumento permite que o setor público use o “poder de compra” dos estudos de viabilidade para a estruturação de certo projeto quer seja para limitar e concentrar o mercado provedor de serviços de consultoria, quer seja para ampliar e desconcentrar o mercado provedor de serviços de consultoria.

Pressupondo que ao poder público deveria interessar a existência de um número suficiente de consultores independentes aos quais poderia recorrer quando fosse necessário, as regras

¹³ Nesse sentido, o PMI deve ser construído de modo a facilitar que o poder público aloque de modo ótimo os riscos do projeto entre o poder concedente e a concessionária.

¹⁴ Recente relatório do Parlamento britânico apontou que a complexidade dos contratos de PPP acabam por reduzir o grau de competição por tais contratos, pois são poucas as empresas em condições de se organizar para disputar a licitação. O próprio processo de seleção é caro, complexo e longo. (“*The nature of PFI means that competition is likely to be less intense compared to other forms of procurement. We believe the barriers to entry to be too high, resulting in an uncompetitive market. The long, complex and costly procurement process limits the appetite for consortia to bid for projects and also means that only companies who can afford to lose millions of pounds in failed bids can be involved. The fact that consortia are formed to bid for projects also limits choice and competition*”). Um possível reflexo de tal realidade no Brasil pode ser verificado pelas acionistas das SPEs dos 17 contratos de PPPs estaduais [indicar empresas que se repetem nas SPEs]. Fonte: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/114602.htm> (consultado em 22 de agosto de 2011).

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

concretas de cada PMI devem levar em consideração a situação do mercado provedor relevante de serviços de consultoria.

Sendo assim, quando da definição do perfil das empresas ou pessoas físicas que poderão participar do PMI, é necessário que o setor público avalie como está exercendo seu poder de compra, mesmo que este seja indireto, no mercado provedor de estudos de viabilidade. Logo, deve ser dedicada atenção aos seguintes temas:

- qualificação jurídica e técnica a ser demandada das pessoas físicas e jurídicas interessadas em produzir os estudos;
- situação do mercado provedor de serviços de consultoria (demandas do momento e capacidade instalada);
- quais são os perfis e interesses dos atores deste mercado (consultorias nacionais, multinacionais, independentes, consultorias acadêmicas, pessoas físicas, potenciais concessionárias, potenciais subcontratadas das concessionárias)¹⁵.

c. Interdependência entre os estudos de viabilidade

De modo geral, como já indicado, estruturar um projeto de infraestrutura envolve diversos estudos de viabilidade (demanda, engenharia, ambiental, jurídico, econômico-financeiro). Tais estudos não são autônomos uns dos outros. A despeito de cada um estar associado a uma área do conhecimento específica, eles são dependentes entre si. Do contrário, a estruturação do projeto apresentaria incoerências internas gritantes.

Na medida em que estudos são interdependentes, o setor público, quando da formatação de um PMI, poderia se dedicar à seguinte questão: faz sentido que as pessoas interessadas em realizar os estudos tenham que realizá-los todos, sendo vedado que os interessados por apenas uma das dimensões da estruturação do projeto apresentem manifestações de interesse?

Se a autoridade pública optar pela regra de que os interessados devem produzir estudos sobre todas as dimensões da viabilidade, a despeito do efeito positivo de facilitar a coerência entre as diversas dimensões da viabilidade do projeto, tal postura teria o efeito negativo de (i) concentrar o poder de compra entre os grandes *players* do mercado de consultoria e entre as

¹⁵ Cada ator tem interesses específicos e, eventualmente, não coincidentes. Sendo assim, é importante que o poder público consiga engajar no PMI atores com interesses não coincidentes, de modo a entrar em contato com percepções mais plurais sobre o projeto de infraestrutura em questão.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

empresas interessadas no futuro contrato de concessão; (ii) inviabilizar que consultores (pessoas físicas ou jurídicas) especializados em apenas uma das áreas do conhecimento possam participar da manifestação de interesse; (iii) retirar do setor público a possibilidade de integração entre diferentes dimensões dos estudos de viabilidade, ficando o setor privado responsável por tal integração (muitos dos conflitos de escolha entre as várias dimensões da modelagem, eventualmente, nem seriam apresentados ao setor público); (iv) retirar a possibilidade de que o poder público explore, em sua tomada de decisão, eventuais atritos entre os estudos de viabilidade.

Por outro lado, a estratégia de concentração de todos os estudos de viabilidade em um ou mais empresas (quer sejam as consultorias, quer sejam os potenciais investidores privados), na medida em que a integração entre as várias dimensões da viabilidade será realizada pelo setor privado, tende a gerar maior agilidade para a estruturação final do projeto. Há, novamente, um conflito entre agilidade e assimetria com o setor privado.

d. Estratégia de divulgação e o ônus de ser radicalmente transparente

Cabe também a autoridade pública definir a estratégia de divulgação do PMI e de disponibilização dos inteiros teores dos estudos a todos os interessados.

No que diz respeito à estratégia de divulgação, é necessário que a autoridade pública, quando divulgar sua carteira de projetos (com maturidade de proposta preliminar), já sinalize em quais deles pretende que recorrer ao PMI. Tal informação é relevantíssima para que o mercado provedor de estudos de viabilidade, principalmente no que diz respeito aos *players* menores e à academia, possam se organizar para participar de tais procedimentos.

É necessário que seja executada uma estratégia de comunicação deste plano, para que o poder concedente possa engajar o mercado de potenciais concessionárias, as instituições financeiras e o mercado provedor de estudos de viabilidade.

Além disso, é essencial que o poder concedente execute tal plano de comunicação de modo a alcançar as pequenas e médias consultorias, assim como a academia, pois tal fatia do mercado provedor de estudos de viabilidade é um dos pilares da estratégia, no longo prazo, de redução da assimetria de informação do poder público em relação ao setor privado (no caso, os potenciais licitantes).

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

Nesse mesmo sentido, o poder concedente deve, com a maior antecipação possível, divulgar os tópicos e enfoques dos estudos de viabilidade necessários em cada um dos PMIs, incentivando que os *players* menores do mercado provedor de estudos de viabilidade possam mitigar os riscos envolvidos no PMI de modo mais pleno (riscos de financiamento dos estudos e de não aceitação, pelo poder concedente, dos estudos apresentados). Apenas para dar um exemplo, desde que o poder público planeje e divulgue o PMI, a academia poderá organizar linhas de pesquisa e obter financiamentos públicos para o desenvolvimento de pesquisas relacionadas aos estudos de viabilidade dos projetos que serão estruturados por intermédio do PMI.

Outro ponto essencial envolve o radical compromisso com a transparência durante todo o PMI. Idealmente, o poder público deve criar páginas eletrônicas específicas, concentrando informações sobre todos os PMIs que executar.

É importante que o poder público motive, publicamente, porque aceitou e porque não aceitou os estudos de viabilidade das pessoas físicas ou jurídicas autorizada a produzi-los. Todos os estudos, quer sejam os aceitos, quer sejam os não aceitos, devem ser publicados e disponibilizados de modo facilitado pelo poder público, para qualquer interessado. Para que a qualidade dos estudos seja elevada, é importante que o mercado provedor de estudos de viabilidade tenha a consciência dos potenciais embaraços decorrentes de eventual não aceitação de seus produtos em função da baixa qualidade.

O poder público deve também justificar a organização e a subdivisão dos estudos de viabilidade, indicando porque optou por deixar a integração entre eles ao cargo das pessoas físicas e jurídicas autorizadas a produzi-los ou porque optou por permitir que os estudos fossem produzidos de modo autônomo pelas pessoas interessadas (neste último caso, o poder público deveria publicar um cronograma geral e compartilhar os estudos de viabilidade que são insumos para as outras dimensões da viabilidade de um projeto – por exemplo, definir uma data para a entrega dos estudos de demanda, para que os interessados apenas nos estudos econômico-financeiros pudessem usar os resultados dos estudos de demanda na análise da viabilidade econômico-financeira¹⁶).

Finalmente, é importante que o poder busque alternativas para reduzir, parcialmente, os riscos de financiamento e de não aceitação dos estudos por parte dos *players* pequenos e médios. Para a academia e para as consultorias menores, o poder público poderia estabelecer regras específicas de financiamento e ressarcimento parcial dos custos incorridos (o interesse

¹⁶ Neste caso, o poder público poderia, inclusive, detectar quais dos estudos de demanda produzidos foram selecionados como insumos das avaliações econômico-financeiras, o que seria um indício sobre os melhores estudos de demanda produzidos (pressupondo que as pessoas autorizadas a produzir estudos de viabilidade econômico-financeira teriam incentivos para escolher os melhores estudos de demanda).

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

a ser protegido seria o de, em relação aos aspectos mais sensíveis da viabilidade do projeto, contar com opiniões plurais¹⁷).

No que diz respeito a todas as pessoas autorizadas a produzir os estudos de viabilidade (pequenos, médios e grandes consultores e consultorias), o setor público deveria avaliar se faria sentido garantir total ou parcialmente o ressarcimento pelos estudos realizados nas hipóteses em que, a despeito dos estudos apresentarem a qualidade demandada, houver a decisão política de não levar os projetos adiante. O setor público tende a deslegitimar o instrumento do PMI quando, de posse dos estudos, simplesmente decide não levar o projeto adiante.

No contexto da estratégia de divulgação, o poder concedente deve também indicar, pormenorizadamente, quais são os dados que disponibilizará às pessoas autorizadas a realizarem os estudos de viabilidade. Essa informação é essencial para que as pessoas interessadas possam formular os custos que estarão envolvidos na realização dos estudos. Sendo assim, a riqueza de detalhes a respeito deste ponto pode contribuir para que o poder concedente receba mais pedidos de autorização para a realização dos estudos de viabilidade.

e. Conflito de interesse

O fato de que a Lei Federal nº 9.074/1995, em seu artigo 31, não vedou que responsáveis pelos projetos básico e executivo (“os autores ou os responsáveis economicamente”) participem das licitações que decorram dos estudos que produziram não implica na postura do poder público de ignorar eventuais conflitos de interesse entre os responsáveis pelos estudos e o futuro procedimento licitatório.

Cabe ao poder público gerir eventuais riscos de conflito de interesse entre os interessados em produzir os estudos de viabilidade e a futura licitação. Tal gestão deve ser iniciada desde antes da publicação do PMI.

Se estamos a falar de um projeto que, pelas suas características, apresenta reduzido potencial de competição na futura licitação, as cautelas do setor público devem ser redobradas. Do ponto de vista concreto, o setor público deve realizar esforços efetivos para aumentar o

¹⁷ Por exemplo, imagine que, em certo setor, há um otimismo exagerado nos estudos de viabilidade patrocinados pelas potenciais concessionárias no que diz respeito a estimativas relacionadas aos riscos alocados ao poder concedente. Nestes casos, o poder público poderia se precaver contra tais análises otimistas por intermédio de estudos de viabilidade fornecidos por outros *players* do mercado provedor de estudos de viabilidade.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

caráter de competitividade da futura licitação (por exemplo, dialogando com associações empresariais, realizando “road shows”, etc., nestes casos, deverá abordar tanto o PMI quanto a futura licitação).

Do ponto de vista negativo, o setor público deve prever e implementar mecanismos no PMI que lhe permita acessar os interesses das pessoas que tenham requerido autorizações para a realização dos estudos de viabilidade. O setor público poderá requerer que os interessados preencham as seguintes declarações:

- declaração sobre qual é o patrocinador dos estudos;
- declaração dos responsáveis técnicos pelos estudos;
- declaração sobre como a realização dos estudos será financiada (capital próprio ou de terceiros);
- declaração sobre o interesse ou não de participar da eventual licitação, de modo direto ou indireto, se o estudo produzido for utilizado pelo poder público.

O setor público deve, portanto, analisar e motivar suas decisões sobre o PMI, em função do setor e do projeto de infraestrutura objeto dos estudos de viabilidade, a respeito de suas estratégias para a mitigação de eventuais conflitos de interesse, principalmente nos casos em que, em função do setor ou das peculiaridades do projeto, houver apenas poucos *players*, quer na posição de consultores, quer na posição de potenciais licitantes. Reforça-se, portanto, a necessidade de que o poder público, já no primeiro momento, tenha o conhecimento a respeito do mercado provedor dos estudos para, então, definir as regras concretas de cada PMI.

Texto para discussão.

Críticas, sugestões e comentários: bruno.pereira@pppbrasil.com.br



O Observatório das
Parcerias Público-Privadas

4. Considerações finais

O artigo teve o objetivo de problematizar alguns aspectos a respeito do PMI e contribuir com a tomada de decisão do poder público que opta por recorrer ao instrumento para estruturar seus projetos de PPP.

Em resumo, pode-se dizer que os tópicos indicados no artigo permitem que se avalie se o setor público que ser o principal ator durante a estruturação de um projeto de PPP ou se o setor público aceitou ter papel coadjuvante em tal processo. O poder público, por intermédio do PMI, tem que ter consciência de que cada pequena decisão pode ter consequências positivas ou negativas no relacionamento com a iniciativa privada (quer seja com os potenciais investidores, quer seja com o mercado provedor de estudos de viabilidade).

Como mencionado no início, o artigo não tinha a pretensão de realizar um estudo empírico. Entretanto, o PPP Brasil pretende publicar em breve uma pesquisa empírica a respeito de uma amostra de PMIs recentemente publicadas no Brasil.

No esforço de estabelecer uma amostra para o estudo empírico, percebermos que há muitos Municípios e Estados recorrendo ao PMI. Recentemente, os Estados de São Paulo, Ceará, Rio de Janeiro e Espírito Santo, entre outros, publicaram suas regulamentações sobre o PMI. No âmbito federal, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 07067/2010, de autoria do Deputado Cândido Vaccarezza, que tem por objeto o PMI.

É importante que o debate brasileiro não se isole de práticas e experiências que vem sendo realizadas em outros países. Há que se analisar e comparar as práticas envolvendo a PMI no Brasil com as experiências de países como Chile e Colômbia, que também se utilizam do instrumento, assim como experiências em outros países que também regulamentaram às “unsolicited proposals”.

O debate é urgente, pois realizar PMIs sem que haja efetiva capacidade institucional no poder público é uma prática que coloca em risco o erário público e as futuras gerações de cidadãos que terão que pagar, direta ou indiretamente, pelos contratos celebrados no presente.