

Avanços e problemas do novo decreto de PMI¹ da Bahia²

Tarcila Reis

Doutora em Direito Público pela SciencesPo/Paris, com um ano de pesquisa na Harvard Law School. Mestre em Direito Público pela Universidade de Paris 1 (Pantheon-Sorbonne). Mestre em Ciência Política pela London School of Economics (LSE). Advogada e Consultora Jurídica.

Sumário: **1** Introdução – **2** Avanços do novo decreto de PMI da Bahia – **3** Problemas do novo decreto de PMI da Bahia – **4** Conclusão

1 Introdução

Em 30.12.2015, o estado da Bahia publicou o Decreto nº 16.522, que trata da estruturação de projetos e do procedimento de manifestação de interesse no âmbito estadual. Desde 2011, o estado da Bahia já dispunha de regulamentação relativa a PMI (Decreto nº 12.653/2011), que embasou, por exemplo, a estruturação de projeto do sistema metroviário Salvador-Lauro de Freitas. Com a nova iniciativa normativa, o estado apresenta inovações positivas no que se refere a parcerias com a iniciativa privada, mas peca com excessos e omissões que dificultarão tais parcerias. O objetivo deste artigo é avaliar os principais avanços e problemas.

2 Avanços do novo decreto de PMI da Bahia

Desde a promulgação da lei sobre parcerias público-privadas (Lei nº 9.290 de 2004), a Bahia desempenha papel importante no cenário nacional, compartilhando a vanguarda brasileira com atores de destaque, a exemplo dos estados de São Paulo e Minas Gerais. A Bahia adquiriu experiência com a estruturação de 6 projetos de PPP (contratos assinados), incluindo o premiado Hospital do Subúrbio, e formou corpo técnico e advocacia pública especializados. Com a publicação do Decreto nº 16.522,

¹ Os procedimentos de participação da iniciativa privada na concepção de projetos públicos recebem nomes diversos na normatização de cada ente federativo. Neste artigo, serão utilizadas duas nomenclaturas: (1) procedimento de manifestação de interesse (PMI), para os casos em que a iniciativa é do Poder Público e (2) manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP), para os casos em que a iniciativa é do setor privado.

² Agradeço a Gabriela Engler, Marcelo Lennertz e Maurício Portugal Ribeiro pelos comentários detalhados nas versões precedentes deste texto.

há duas razões principais para afirmar que a Bahia continua na linha de frente no que se refere a parcerias com a iniciativa privada.

2.1 A autorização pode ser conferida com exclusividade (também para futuros licitantes)

O novo decreto baiano permite que a Administração Pública, num procedimento de manifestação de interesse, emita um termo de autorização *com exclusividade*.³ Brasil afora,^{4 5} as autorizações decorrentes de manifestação de interesse são geralmente emitidas *sem exclusividade*. A autorização sem exclusividade significa que o parceiro privado não detém a prerrogativa de ser o único a desenvolver estudos para estruturar dado projeto. Ou seja, o Poder Público autoriza vários parceiros privados para a tarefa de desenvolver estudos para um mesmo projeto. Em nome do princípio da isonomia, confere-se autorizações a diversos parceiros privados para estudarem o mesmo projeto.

O problema é que o Poder Público tem que lidar com o desafio de consolidar os estudos elaborados por parceiros privados distintos numa colcha de retalhos que faça sentido,⁶ o que é agravado pela deficiente interação público-privada durante a elaboração dos estudos.⁷ Além disso, na tentativa de escolher o melhor de cada pacote de

³ Vale lembrar que a exclusividade a empresas de consultoria gera incentivos e efeitos distintos da exclusividade a potenciais licitantes. Uma das justificativas para autorização exclusiva a atores supostamente neutros (consultorias que não participarão da licitação) é a alta complexidade de dado projeto. Nesses casos de alta complexidade, como a assimetria de informação é ainda mais forte, seria melhor a Administração Pública se apoiar em subsídios técnicos elaborados por parceiro mais neutro. Como esse parceiro mais neutro não vai executar o projeto e com ele obter retorno financeiro a longo prazo, dependeria da autorização exclusiva para não ter que competir desigualmente com outros interessados num PMI. É que os outros interessados poderão reduzir bastante o montante de reembolso dos estudos porque serão potencialmente remunerados com a execução do projeto, enquanto os atores neutros precisarão de fato ser reembolsados, já que apenas estruturaram e não executam o projeto. Defendemos a possibilidade de autorização exclusiva para ambos os casos (empresas de consultoria e potenciais licitantes), mas neste artigo discorro mais detalhadamente sobre a autorização exclusiva a potenciais licitantes.

⁴ Exceção importante é a possibilidade de autorização exclusiva prevista no Decreto Paulista nº 61.371, de 21.7.2015. A diferença do decreto paulista para o baiano é que aquele exige (art. 17, §4º) que o destinatário da autorização exclusiva apresente declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos.

⁵ É verdade que, na prática, em muitos PMIs foi autorizado apenas um responsável pela elaboração de estudos, a exemplo da Operação Urbana Consorciada de Niterói, o projeto de saneamento de Vila Velha, o Arco Metropolitano de Belo Horizonte. Além disso, o município de Salvador, com decreto específico (Decreto nº 23.935/2013) para manifestação de interesse da iniciativa privada, possibilitou a autorização apenas ao autor da MIP, sem necessidade de abrir PMI como passo subsequente imprescindível. Porém, este artigo foca nos efeitos da inovação *normativa* de possibilitar a autorização com exclusividade, cujas consequências práticas serão outras.

⁶ As consequências dessa colcha de retalhos variam de um projeto com inconsistências técnicas relevantes a licitações desertas.

⁷ O decreto previu a possibilidade de o órgão ou entidade pertinente marcar reuniões com os particulares autorizados em PMI. Não está expressa, porém, a possibilidade de realizar reuniões contínuas com os autores de requerimento de análise de projeto (MIP). Há, assim, risco de interpretação segundo a qual apenas os autorizados em PMI poderão se reunir com a Administração Pública, excluindo os atores de MIP. Por outro lado, os atores de MIP precisarão tanto ou mais dessa interação com o público do que os autorizados, porque

estudos entregue pelos parceiros privados diferentes, ocorre um desperdício de tempo e de pessoal da Administração Pública. A Administração Pública não dispõe de técnicos suficientes para desenvolver junto com parceiros privados distintos tantos estudos. Mais, estes poucos e mesmos técnicos são obrigados a justificar suas escolhas pelos estudos com a objetividade de uma licitação, sem ser licitação, mas com um quê de licitação.⁸ Ao invés de ajudar na estruturação de projetos, os PMIs começaram a ser vistos como caminho complicador: estudos entregues com baixa qualidade, tempo longo de consolidação, necessidade de gastar recursos públicos com consultores que ajudem na avaliação dos estudos etc.

Levando em consideração o recente decreto federal relativo a PMI, a novidade do decreto baiano, em sequência ao passo inovador dado por São Paulo,⁹ deve ser estudada com atenção. É que, no seu art. 6, I, o novo decreto federal repetiu o que se encontra ordinariamente nos decretos estaduais e municipais: a autorização será conferida *sem exclusividade*. Gozando da independência normativa sobre o tema (art. 2º da Lei Federal nº 11.922/2009), a Bahia deixou claro que será possível autorizar apenas um parceiro privado a desenvolver estudos, a despeito da regra federal. Diante do dilema entre o princípio da isonomia e princípio da eficiência, a Bahia optou por ter flexibilidade, podendo recorrer ora a um termo de autorização com exclusividade, ora sem exclusividade. Ou seja, o termo de autorização com exclusividade não é regra, mas é possível. A exclusividade não é inerente ao termo de autorização, mas foi reconhecida como característica *compatível* com uma autorização. Mais, o decreto baiano não restringiu a participação do destinatário da autorização exclusiva no futuro procedimento licitatório. Tanto parceiros supostamente neutros quanto interessados diretos na execução do projeto (futuros licitantes) poderão ser destinatários de uma autorização exclusiva.

A autorização pode ser conferida com exclusividade, porque, conforme previsão expressa do novo decreto,¹⁰ se trata de um ato administrativo discricionário, ou que goza de certo grau de discricionariedade.¹¹ Isso significa que a base justificadora

desenvolvem projeto que não havia sido escolhido como prioritário antes da apresentação da MIP. Ou seja, normalmente sabe-se muito menos da visão da Administração Pública a respeito de um projeto iniciado via MIP do que de um projeto iniciado via PMI.

⁸ O “quê” de licitação seria caracterizado pelos seguintes elementos: (1) edital de chamamento público; (2) nomeação de comissão de julgamento das propostas de manifestação de interesse; (3) exigências de qualificação (uma pseudo-habilitação), em alguns casos faseada em pré-cadastramento; (4) utilização de “menor custo dos estudos” como critério recorrente para tomada de decisão sobre o estudo a ser selecionado; (5) recursos administrativos contra a decisão etc.

⁹ Vide nota de rodapé 5.

¹⁰ O art. 9, §2º, II, do Decreto nº 16.522, define termo de autorização como: “ato administrativo discricionário, outorgado com ou sem exclusividade ao particular, que autoriza a elaboração dos estudos”.

¹¹ Somos adeptos a uma análise sobre os *diversos graus* de discricionariedade identificáveis nos diversos tipos de atos administrativos. É que nos soa irreal a classificação bipolar (discricionário ou vinculado) dos atos administrativos. Porém, para a finalidade deste texto, não aprofundaremos essa discussão, nem avaliaremos o grau de discricionariedade do termo de autorização para procedimentos de manifestação de interesse. Apenas explicitamos, em conformidade com o novo decreto, que os termos de autorização gozam de algum grau de discricionariedade.

da escolha da Administração Pública para realizar o ato administrativo “termo de autorização” não depende da satisfação de condições concebidas prévia, específica e explicitamente em lei, decreto ou edital. A base justificadora de um ato administrativo discricionário precisa estar em conformidade com o ordenamento jurídico, mas prescinde de nele ser listada. Não é necessário atender a um *checklist* normativo preexistente para justificar um ato discricionário. Se o ato administrativo tiver respaldo no ordenamento jurídico (for com ele compatível), poderá ser justificado. Como a autorização para que um parceiro privado desenvolva estudos é um ato discricionário, em cada caso, a depender de cada projeto, a Administração Pública vai avaliar se um único privado vai realizar os estudos ou vários.

Isso porque a autorização não se justifica *pela competição* entre diversos parceiros privados capazes de estruturar um projeto. A autorização se justifica *pela conveniência de a Administração Pública estudar dado projeto*, por um ou vários parceiros privados. Por exemplo, caso o PMI aponte um problema, mas com amplo escopo para potenciais soluções, provavelmente fará sentido autorizar mais de um parceiro privado a realizar estudos.¹² Da mesma forma, se o setor for tecnicamente imaturo, a conveniência de estudar dado projeto provavelmente indicará a necessidade de avaliar mais de uma opção tecnológica. Nesse caso, a Administração Pública poderá optar por ter acesso a estudos cujos conteúdos podem variar significativamente, ajudando a desenhar a melhor solução para o problema. Por outro lado, autorizar vários parceiros privados a estudar projeto sobre o qual a Administração Pública já tenha clara ideia do que fazer, ou cujo setor seja tecnicamente maduro, provavelmente apenas significará a concretização dos problemas apontados acima de desperdício de tempo e recursos públicos. Nesses casos, os conteúdos conceituais dos estudos serão potencialmente semelhantes, o que significa que não há vantagem evidente em receber diversos estudos. Nesses casos, a Administração Pública tem o ônus de avaliar vários estudos, sem o bônus de deles depreender opções mais vantajosas.¹³

Além disso, há uma vantagem prática crucial na autorização exclusiva. É que, quando dois ou mais interessados são autorizados, a dinâmica de estruturação do

¹² É verdade que o agente público terá o desafio de justificar perante os órgãos de controle sua escolha por estudos que apontem, por exemplo, a solução de um modal mais caro, mas que tenha maior capacidade para atender à demanda esperada. Mas é justamente porque o agente público não conhece as potenciais soluções que o seu critério de escolha não pode ser preestabelecido (modal menos caro). Para essas situações que serve a discricionariedade do Poder Público: decidir a respeito de um problema sem, *a priori*, estar vinculado a critérios antecipadamente conhecidos. A decisão discricionária será legal na medida em que seja compatível com o ordenamento jurídico, não com uma lista de critérios preestabelecidos.

¹³ E não há que argumentar que a Administração *deveria* sempre ter ideia clara sobre o que fazer. A Administração não raro sofre de escassez de recursos e técnicos e precisa lidar com problemas de naturezas bastante distintas. Ainda que a Administração goze de quadros públicos qualificados, o problema não está resolvido. Quadros públicos tecnicamente qualificados aproveitam melhor a aproximação com a iniciativa privada, mas não prescindem dela (REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: RT, 2015. v. 1).

projeto enfrenta grandes obstáculos. Os problemas de gestão de projeto se multiplicam com a pluralidade de interlocutores. No caso de vários autorizados, ganha força o argumento de tratamento isonômico formalista dos autorizados. Por exemplo, se o Poder Público marca reunião com um autorizado, deve marcar com o outro também, pelo mesmo tempo e a despeito da sua pertinência. Ocorre que não há agenda que dê conta de uma leitura formalista do princípio da isonomia. Nesse sentido, a possibilidade de emitir autorização exclusiva já desvencilha a Administração de uma preocupação pouco frutífera sobre um tratamento igual na ponta do lápis e no cronômetro do relógio durante um processo normalmente dinâmico e veloz. E autorização exclusiva para estudar não deve ser entendida como autorização excludente de outros estudos. Uma coisa é a Administração Pública autorizar um interessado privado a desenvolver esses estudos, agir em nome da Administração e encabeçar formalmente as reuniões e debates a respeito de um dado projeto. Outra coisa é a perene e remanescente possibilidade de todo o mundo privado interessado desenvolver estudos e apresentá-los à Administração. A porta de entrada de estudos não se fecha em decorrência de uma autorização exclusiva.

Finalmente, é importante perceber que a exclusividade inaugura grande incentivo para que o potencial licitante desenvolva estudos de qualidade. É que haverá discussão mais aprofundada sobre aquele pacote de estudos decorrente de autorização exclusiva. Esse cenário se distingue de uma atuação repetitiva e *pro forma*, cuja proposta aparentemente perfeita e mais barata parece ter mais peso. Como discutiremos abaixo, parece claro que esse potencial licitante terá vantagem competitiva¹⁴ a ser mitigada pelo governo. Ocorre que a exclusividade gerará o benefício da qualidade raramente encontrado nos PMIs sem exclusividade e isso é um efeito que em si mesmo não deve ser negligenciado.

2.2 Duas novas formas de participação na estruturação de projetos

A segunda inovação positiva do Decreto nº 16.522 foi exigir expressamente a participação de outros interessados privados durante a consolidação do projeto, antes da publicação do edital de licitação e dos mecanismos tradicionais de participação (audiência pública e consulta pública). Segundo o novo decreto baiano, a participação de outros interessados privados ocorre por duas novas formas.

A primeira forma de participação, prevista no art. 8 do decreto,¹⁵ estabelece que, no caso de propostas de análise de projetos, cujo ponto de partida é um requerimento

¹⁴ Nossa impressão é de que essa vantagem será potencialmente maior do que na autorização sem exclusividade, mas não trabalhamos metodologia para realizar comparação.

¹⁵ “§2º No caso previsto neste artigo, antes da publicação do edital de licitação, o órgão ou entidade solicitante deverá oferecer prazo de 45 dias para que particulares ofereçam sugestões ao projeto”.

do interessado privado,¹⁶ antes de publicar o edital de licitação, será necessário abrir prazo de 45 dias para que outros parceiros privados se manifestem sobre o projeto. Esse prazo obrigatório de discussão com outros parceiros privados é uma inovação positiva por duas razões.

A primeira razão é que tal forma de participação legitima¹⁷ a possibilidade de a Administração Pública emitir termo de autorização com exclusividade. A legitimação da exclusividade ocorre porque outros parceiros privados poderão propor ajustes no projeto de forma ampla e eficiente. Essa nova forma de participação é ampla porque não há limitação sobre (a) quem poderá propor ajustes ao projeto e sobre (b) o tipo de ajuste que poderá ser proposto e aceito. Qualquer interessado privado pode propor qualquer ajuste. Além disso, essa nova forma de participação é eficiente porque, ao invés de a Administração ter que avaliar vários estudos relativos ao mesmo projeto, poderá ter um único bloco de estudos como base potencialmente coerente para dado projeto e avaliar se ajustes, correções ou sugestões são pertinentes. Renuncia-se à colcha de retalhos em prol de aperfeiçoar quaisquer aspectos de um projeto cujos estudos foram feitos de forma integrada. Notem que essa forma de participação de outros interessados privados é distinta da consulta pública porque (i) se dá sobre o “projeto”, não sobre as minutas de edital e contrato¹⁸ e (ii) não necessariamente por meio escrito. As sugestões ocorrerão em fase *anterior* à consulta pública, ainda sobre os estudos que compõem o projeto. Além disso, como não há forma definida, essas sugestões podem ocorrer por escrito ou oralmente. Isso significa que os demais interessados privados terão oportunidade de se manifestar sobre o projeto antes de ele já ter sido consolidado (e virado edital e contrato) e de forma potencialmente mais contundente. O diálogo olho-no-olho deixa de ser tabu, em detrimento da avalanche de perguntas e respostas escritas, cujos destinatários não são normalmente os tomadores de decisão. Como se extrai da experiência brasileira, consultas públicas pouco resultam em mudanças relevantes no projeto.

A segunda razão de o prazo de 45 dias ser positivo é que tal forma de participação mitiga a vantagem competitiva latente daquele que realizou os estudos *vis-à-vis*

¹⁶ O que seria o equivalente a uma manifestação de interesse da iniciativa privada (MIP). Para a diferença entre MIP e PMI, *vide* nota de rodapé 1.

¹⁷ Pelos argumentos apontados acima, a autorização exclusiva é legal e reconhecida por meio dos decretos paulista e baiano. A nova forma de participação não é necessária para que a autorização seja legal. Por outro lado, a nova forma de participação confere legitimidade a tal exclusividade. Isso significa que ela potencializa a aceitação da regra legal. Não apenas seus destinatários devem obedecer à regra, mas a ela aderem com maior facilidade.

¹⁸ O art. 10, VI, da Lei Federal nº 11.079, de 2004, amplamente replicado pelos estados e municípios, prevê que deve ocorrer “submissão da *minuta de edital e de contrato à consulta pública*, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital”, enquanto o decreto baiano sobre PMI prevê que “[...] antes da publicação do edital, o órgão ou entidade solicitante deverá oferecer prazo de 45 dias para que particulares ofereçam *sugestões ao projeto*” (grifos nossos).

outros parceiros privados que queiram futuramente se apresentar como licitantes. Trata-se de oportunidade para outros interessados privados conhecerem mais o projeto, tirarem dúvidas sobre seu conceito e premissas, preparando-se, portanto, para elaborar proposta competitiva no eventual certame licitatório. Ou seja, o prazo obrigatório de ajustes reconhece e enfrenta o problema de assimetria de informações entre o parceiro privado que elaborou os estudos e os demais parceiros privados que participarão da licitação. O remédio parece ser uma tentativa mais realista e eficaz de resolver o problema do que a autorização obrigatória de vários parceiros privados para desenvolverem estudos. Afinal, a solução da autorização *sem exclusividade* apenas posterga o problema da vantagem competitiva daquele que realizou os estudos: mais cedo ou mais tarde, uma hora a Administração terá que escolher quais estudos subsidiarão o projeto a ser licitado. Como tem sido feito nacionalmente, a Administração não escolhe o interessado privado que vai desenvolver os estudos no momento da autorização, mas terá que escolher quais estudos vão subsidiar o projeto no momento da licitação (e, por consequência, qual potencial licitante gozará dessa vantagem competitiva). Para fins de diminuir o problema de assimetria de informações, mais vale ampliar a discussão sobre os estudos que subsidiarão o projeto objeto de licitação do que ampliar o número de interessados privados a desenvolver estudos isoladamente. Assim, não haverá vários autores de estudos na largada (termo de autorização), mas o envolvimento de diversos privados durante a elaboração dos estudos, mitigando a vantagem competitiva do autorizado na licitação.¹⁹

O prazo de 45 dias não significa que outros interessados privados *apenas* poderão participar das discussões a respeito de dado projeto *durante* esses 45 dias. O prazo é para garantir que haverá essa oportunidade de participação antes da consolidação final do projeto quando os estudos já foram considerados suficientes para abertura do procedimento licitatório. Esse prazo não afasta ou substitui a participação anterior (durante a elaboração dos estudos) e posterior (quando o edital e o contrato forem disponibilizados). Trata-se de uma janela procedimental interessante porque possibilita mudança no projeto de forma mais ampla, anterior à publicação do edital e contrato.

A segunda forma de participação, constante do art. 15 do decreto²⁰ baiano, prevê a realização de sessões públicas para fornecer informações e características do projeto. A realização de sessões públicas destinadas a essa finalidade não é uma

¹⁹ Uma outra forma de mitigar a vantagem competitiva do licitante que realizou os estudos é abrir prazo maior para a entrega de propostas. Assim, os demais interessados privados terão mais tempo de estudar o projeto e elaborar proposta competitiva. Essa possibilidade já é legalmente possível porque os prazos de entrega de propostas estabelecidos na Lei nº 8.666 são *mínimos*. A dificuldade aqui é conciliar a importância de prazo maior com as expectativas políticas de implementação de cronograma.

²⁰ “Antes ou após a publicação do edital de chamamento público, o órgão ou entidade competente poderá realizar sessão pública destinada a apresentar informações ou características do projeto sobre o qual se pretende obter estudos”.

inovação em si mesma. Não raro, o Poder Público realiza tais sessões, sobretudo para testar a receptividade do projeto com a população que será por ele mais diretamente atingida. Não há, a rigor, um obstáculo legal para realizar tais sessões. Ocorre que inserir essa possibilidade no decreto tem um efeito pedagógico importante. A partir do novo decreto baiano, há estímulo normativo para que tais sessões sejam de fato realizadas, com previsão expressa que ajuda no convencimento dos gestores mais alinhados com uma interpretação tradicional do princípio da legalidade, segundo a qual a Administração Pública apenas age quando há previsão legal para tanto. Agora, há claro conforto normativo para recorrer a sessões públicas, que prescindem dos ritos da audiência e consulta públicas. Trata-se de outro mecanismo de participação, sem forma regulamentada, mas explicitamente possível, segundo o novo decreto baiano. Além disso, e mais importante, o decreto foi feliz em endereçar precisamente as perguntas que afligem mais esses mesmos gestores alinhados com a interpretação tradicional do princípio da legalidade: “quando as sessões públicas podem ocorrer? Em que fase da estruturação do projeto podemos organizá-las”? Estas perguntas afligem esses mesmos gestores porque não há cultura de diálogo público-privado institucionalizado no Brasil. O risco de acusação de favorecimento indevido em razão de fornecimento de informações privilegiadas alimenta o desconforto para que esse diálogo seja praticado ordinariamente. Não é excepcional encontrar gestores que só aceitam discutir um projeto depois de o edital de licitação haver sido publicado e por correspondências escritas. A consequência do medo da acusação de tratamento não isonômico tem sido um descolamento entre a Administração Pública e as expectativas da iniciativa privada. O decreto, então, contempla a angústia do gestor e afirma que tais sessões podem ocorrer *antes ou depois* da publicação do edital de chamamento. Em outras palavras, *a qualquer momento*, a Administração pode discutir dado projeto com a sociedade e parceiros privados interessados,²¹ sem os prazos e as formalidades que caracterizam a audiência e consulta públicas. O art. 15 reforça esse entendimento, afirmando que tais sessões públicas são *distintas* dos mecanismos de audiência e consulta públicas, o que dirime qualquer dúvida sobre a necessidade de obedecer às suas formalidades.

²¹ O decreto poderia ter sido melhor caso houvesse explicitado que o diálogo pode ocorrer inclusive por meio de reuniões entre o autor do requerimento de análise de projeto e o Poder Público e/ou os outros interessados privados e o Poder Público, conjunta ou separadamente. Na minha opinião, essas reuniões já podem ocorrer segundo o ordenamento jurídico nacional. A pergunta pertinente é “quem conversa com a Administração Pública?”, e, não, “é possível conversar com a Administração Pública?” De toda sorte, teria sido importante, também do ponto de vista pedagógico, explicitar essa possibilidade, a fim de que os gestores angustiados ou voluntariosos não neguem o acompanhamento de perto e a discussão contínua no desenvolvimento dos estudos, além dos *road shows* quando o projeto estiver mais maduro. Em reuniões separadas, os interessados poderão expor mais abertamente suas ressalvas ou contribuições para o projeto, sem a preocupação de transmitir informações estratégicas ao seu concorrente que, numa sessão pública, estaria potencialmente do outro lado da mesa. É a Administração quem deve conhecer a fundo o que os interessados estão achando. Assim, é a Administração e, em última análise, a população que perde quando reuniões separadas não são realizadas.

3 Problemas do novo decreto de PMI da Bahia

3.1 Trâmite mais burocrático para propostas de interessados privados

O requerimento de proposta de análise de projeto da iniciativa privada (o que nesse texto consideramos equivalente a uma MIP)²² foi previsto de forma bastante burocrática²³ no novo decreto de PMI da Bahia. Quando o órgão ou entidade pertinente²⁴ receber o requerimento de análise de proposta de projeto, terá que, após analisar sua conveniência e oportunidade, enviá-lo (1) ao Bahialveste²⁵ e (2) ao Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas. Cada um desses órgãos terá que elaborar um parecer técnico em 45 dias. Apenas depois da elaboração desses dois pareceres técnicos será possível passar para uma próxima fase, quando ocorrerá um juízo preliminar do Governador a respeito da proposta de projeto.

Os pareceres técnicos poderão apontar a suficiência ou insuficiência dos estudos apresentados com a proposta de projeto.²⁶ A depender da conclusão dos pareceres técnicos a respeito da suficiência dos estudos, teremos três tipos de consequências: a licitação do projeto, a abertura de procedimento de manifestação de interesse (PMI) para realizar os estudos faltantes, ou a deliberação de que o projeto não é conveniente. Em resumo, podemos visualizar o seguinte fluxograma para a MIP do novo decreto baiano:

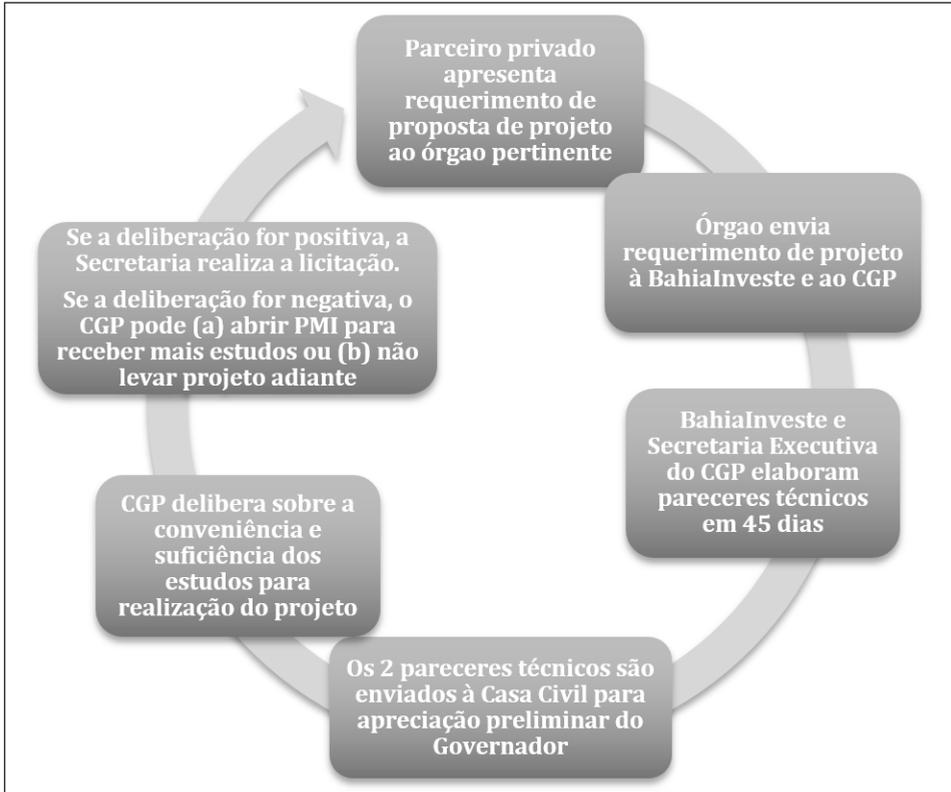
²² Vide nota de rodapé 1.

²³ Deliberadamente usamos o termo “burocrática” numa conotação popular e negativa neste texto, independentemente do conceito técnico ou pautado na literatura de administração ou gestão.

²⁴ O requerimento deve ser endereçado a órgão ou entidade que guarde pertinência com o objeto da proposta de projeto.

²⁵ O Bahialveste é a recente Empresa Baiana de Ativos, criada por meio do Projeto de Lei nº 21.615, aprovado em 22.11.2015, que visa a captar recursos para viabilizar projetos estratégicos de logística e infraestrutura. Subordinada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Estado (SDE), a estatal contará com estrutura enxuta e não poderá receber recursos estaduais para pagamento de despesa de pessoal ou de custeio em geral (PROJETO de lei para atrair investimentos é aprovado pela Assembleia. *Bahia – Governo do Estado*, 23 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.secom.ba.gov.br/2015/12/130067/Projeto-de-lei-para-atrair-investimentos-e-aprovado-pela-Assembleia.html>>).

²⁶ Notem que o decreto já exige junto com o requerimento da proposta de projeto a apresentação de estudos. O requerimento da proposta de projetos não é o requerimento de autorização para, uma vez concedida, os estudos serem iniciados. O decreto pula a autorização para desenvolvimento dos estudos. Discorreremos mais sobre esse problema na última parte deste artigo.



De um lado, a avaliação técnica do requerimento de análise de projeto, contando com o apoio da Secretaria Executiva do CGP, é filtro importante para a concepção do projeto. A base justificadora da deliberação positiva a respeito de um projeto precisa se pautar na sua viabilidade técnico-jurídico-financeira e a Secretaria Executiva do CGP tem competência para apoiar tecnicamente o CGP.

Por outro lado, exigir duplicidade²⁷ de parecer técnico, exigindo-o também do Bahialveste, parece provocar os seguintes problemas. Primeiro, há o problema de consenso a respeito da expertise técnica. Pulverizar a competência administrativa de dizer se um projeto é tecnicamente adequado dificulta a vida do tomador de decisão. E se o Bahialveste der parecer negativo, enquanto a Secretaria Executiva der parecer positivo? Há hierarquia entre os pareceres, já que a Secretaria Executiva está prevista em lei e não apenas no novo decreto? Se há hierarquia entre os pareceres, qual é a utilidade de exigir obrigatoriamente o parecer do Bahialveste? Mais: assumindo que o Governador é o árbitro diante de dois pareceres divergentes, como será possível

²⁷ O Bahialveste, além da avaliação sobre a viabilidade técnica e econômica, a modelagem mais adequada e a análise de risco elaborada por agência de classificação, refere-se também à conveniência e oportunidade do projeto. Do ponto de vista técnico, não está clara a diferença do conteúdo dos dois pareceres.

controlar o teor técnico de sua decisão se os dois pareceres são considerados igualmente válidos e necessários? Da mesma forma, como o CGP pautará sua deliberação diante de dois pareceres técnicos divergentes, já que, segundo o art. 6 do decreto, tal deliberação deve versar sobre a *suficiência dos estudos*? Se um parecer disser que os estudos são suficientes e o outro disser que não, qualquer parecer serve para justificar a deliberação do CGP?

Segundo, há o problema de tempo. Duplicar a exigência de parecer técnico por entidades distintas provavelmente vai impactar o cronograma de estruturação de projeto, cuja rapidez é vantagem potencial das MIPs. Precisaremos contar com a sincronia das velocidades de órgãos distintos para o duplo trâmite administrativo. Além disso, há incentivos para que o prazo de *até 45 dias* para elaboração dos pareceres seja inteiramente utilizado por ambas as entidades. Afinal, é provável que uma entidade não queira se manifestar sem conhecer a opinião formal da outra, aguardando até o último momento para emitir seu parecer. Pior, como não há ordem definida sobre quem deve emitir o parecer primeiro, nem hierarquia entre os pareceres, há incentivo perverso para que as entidades percam sua independência na elaboração dos pareceres. É que, se ambas entendem que o projeto é conveniente, haverá esforço de diálogo interno entre os técnicos e gestores políticos para que os pareceres sejam, ao máximo, equivalentes. Idem se o projeto for considerado inconveniente ou inoportuno. Mas, se os pareceres serão potencialmente equivalentes, qual é a utilidade de haver dois pareceres?

Terceiro, há o problema de inocuidade do trâmite administrativo. Qual é a vantagem de enviar os pareceres técnicos para a Casa Civil, se a apreciação do Governador será apenas preliminar? Não faria mais sentido o Governador receber o projeto depois de os pareceres terem sido avaliados pelo órgão competente, ou seja, o CGP? Da maneira como foi regulamentado, se o Governador decidir positiva ou negativamente a respeito dos pareceres, tal decisão será apenas preliminar, o que parece significar que os pareceres serão, de toda sorte, avaliados pelos CGP. Ou seja, a complexidade do trâmite institucional anuncia prejuízos no cronograma sem benefícios visíveis para a avaliação da proposta de projeto.

3.2 A omissão da autorização do autor de proposta força que MIPs sejam transformadas em etapa preliminar de PMIs

As falhas do novo decreto não se restringiram aos excessos burocráticos discutidos no item 3.1. O decreto também pecou por omissão de fase procedimental, que dificultará (ou na maioria dos casos inviabilizará) o requerimento de propostas de projetos pelo parceiro privado. O Decreto nº 16.522 prevê que o parceiro privado deva entregar os estudos *já* no requerimento de análise de projeto, omitindo a fase de autorização, anterior à elaboração dos estudos. Ou seja, o decreto não prevê três fases tradicionais para manifestações de interesse da iniciativa privada: (1) requerimento

para realizar estudos pelo parceiro privado; (2) autorização para realização dos estudos pelo Poder Público e (3) elaboração dos estudos pelo parceiro privado. O decreto omite a necessidade de autorização *antes* do desenvolvimento dos estudos pelo privado, o que leva o privado a ter dois caminhos possíveis para propor projetos, ambos bastante problemáticos.

A primeira interpretação levaria o parceiro privado a entregar estudos em nível de detalhamento preliminar (diretrizes) no requerimento de análise de projeto, atendendo aos elementos mínimos exigidos no art. 3, §2º, do decreto. A vantagem dessa primeira interpretação é que o parceiro privado gasta menos dinheiro e menos tempo para preparar estudos preliminares. Isso significa que o parceiro privado poderá requerer análise de projeto com custo financeiro menor e com maior brevidade, se compararmos com a realização de estudos detalhados, potencialmente suficientes para a estruturação de um projeto. Por outro lado, esses estudos preliminares serão objeto de dois pareceres técnicos: um do Bahialveste e outro da Secretaria Executiva do CGP, como discutimos acima. O problema é que há chance muito grande de esses pareceres apontarem a insuficiência dos estudos preliminares. Ou seja, mesmo que o parceiro privado tenha cumprido as exigências do art. 3 do decreto de entrega de diretrizes, há alto risco de esses estudos serem considerados insuficientes por um dos órgãos responsáveis em elaborar os pareceres técnicos. Afinal, a insuficiência de estudos pode se dar de duas formas: (a) falta algum estudo que o parceiro privado não fez, mas deveria ter feito (o parceiro privado não pensou que seria necessário para o projeto) ou (b) os estudos realizados são demasiadamente superficiais,²⁸ sendo necessários mais detalhes para justificar tecnicamente o projeto. A análise dessa insuficiência por dois corpos técnicos, e sem possibilidade de retificação posterior à entrega do requerimento, deixa o parceiro privado em situação muito vulnerável diante da Administração Pública. O parceiro privado terá que propor projetos para atender a expectativas desconhecidas da Administração Pública quanto ao conceito de “estudos suficientes”.

A segunda interpretação levaria o parceiro privado a entregar os estudos em nível de detalhamento aprofundado no requerimento de análise de projeto. A vantagem dessa interpretação é que ela reduz o risco de os pareceres técnicos da Bahialveste e da Secretaria Executiva do Programa de Parcerias Público-Privadas apontarem a insuficiência dos estudos. Além disso, caso os pareceres sejam satisfatórios e o Governador e o CGP entenderem que o projeto é conveniente e tem fundamentação técnica suficiente, parte-se já para a licitação, conferindo celeridade ao procedimento. A desvantagem dessa interpretação é que se gasta dinheiro e tempo *antes* de qualquer manifestação formal do Poder Público sobre a vontade de realizar o projeto. Além disso, embora

²⁸ Não há norma clara sobre o nível detalhamento necessário para os estudos para estruturar um projeto, exceto quanto aos elementos básicos e anteprojeto dos projetos de engenharia nos casos, respectivamente, de concessões e PPPs.

menor do que na primeira interpretação, há sempre o risco de os pareceres técnicos apontarem alguma insuficiência dos estudos e indicarem a necessidade de, por conseguinte, abrir PMI. Ou seja, trata-se de interpretação bastante improvável na prática, visto que o interessado privado dificilmente vai dispender recursos na elaboração de estudos (geralmente caros) antes de uma manifestação formal da Administração Pública.

Suponhamos que a omissão da fase de autorização foi consciente. Talvez o objetivo da omissão, requerendo estudos mínimos *já* no requerimento de análise de proposta de projeto, seja evitar que uma avalanche de requerimentos chegue à Administração sem o compromisso de que o parceiro privado vai mesmo estruturar o projeto. Os elementos mínimos exigidos no requerimento de análise seriam, então, uma garantia de que o privado realmente quer estruturar o projeto.²⁹ Antes de propor um projeto, o privado já o teria avaliado preliminarmente, evitando que os servidores percam tempo com requerimentos que não têm futuro sério.

O problema dessa forma de evitar MIPs não sérias é desconhecer que, para as sérias, a iniciativa privada potencialmente precisará de uma sinalização clara e formal da Administração Pública logo no início a respeito da vontade de levar o projeto adiante. Sem essa sinalização, ficará mais difícil, ou mesmo impossível, convencer investidores a despender recursos na elaboração de estudos e na contratação de consultores. Exigir a proposição inicial de projetos com estudos maduros suficientes para passar pelo crivo de dois pareceres técnicos é esperar um comportamento demasiadamente arriscado do interessado privado.

Como consequência, o privado provavelmente vai escolher por requerer proposta de análise com estudos apenas preliminares, o que termina por não ajudar muito a Administração Pública. Sem poder solicitar ao mesmo privado que desenvolva mais profundamente seus estudos ou realize outros que não pensou serem necessários, a Administração terá que abrir um PMI para os estudos faltantes. No frígir dos ovos, a MIP foi reconhecida como instrumento possível no decreto baiano, mas suas vantagens foram esvaziadas. Em verdade, a MIP se tornou uma etapa preliminar de um eventual PMI. Como vimos, as chances de uma MIP virar projeto licitado são baixas, diante da omissão de etapa de autorização e da duplicidade de pareceres técnicos.

4 Conclusão

Os dois principais avanços do novo decreto baiano de PMI são (i) a possibilidade de um termo de autorização ser emitido *com exclusividade* (também para

²⁹ Muitas vezes o parceiro privado protocola várias MIPs em municípios e estados distintos e depois (i) prioriza alguns projetos por falta de recursos suficientes; (ii) percebe a inviabilidade (técnica ou política) de outros antes de desenvolvimento completo dos estudos ou (iii) identifica risco que o faz desistir de dado projeto, ainda que este conte com apoio político ou elementos técnicos suficientes. Ou seja, não é apenas o público que desiste de PMIs no meio do caminho, mas também o privado desiste de MIPs.

potenciais licitantes) e (ii) as duas novas formas de participação dos interessados privados e da comunidade na estruturação do projeto. Por outro lado, o novo decreto tornou (iii) o trâmite administrativo da avaliação de proposta de projeto mais burocrático, implicando problemas como custos no cronograma, dissenso na Administração Pública e dificuldades no controle das decisões do Governador e das deliberações do CGP; além disso, (iv) o novo decreto impôs ao parceiro privado a necessidade de apresentar estudos já no requerimento de proposta de análise de projeto, pulando a fase intermediária de autorização. A consequência dessa omissão é o parceiro privado ter que escolher entre a proposição de projetos com estudos preliminares ou com estudos detalhados, colocando-o numa posição de tudo ou nada diante da Administração Pública. Se os PMIs e as MIPs deveriam ser um processo contínuo de ajustes técnicos e de expectativas políticas, foram maculados pelo novo decreto por uma concepção de aposta. A Bahia segue na linha de frente, mas erra. Podia ter sido muito melhor.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Tarcila. Avanços e problemas do novo decreto de PMI da Bahia. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 177-190, jan./mar. 2016.
