

RESSARCIMENTO DOS ESTUDOS NOS PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE – PMIS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO ASSINATURA DO CONTRATO APÓS ADJUDICAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO

ANDRÉ SADDY

Professor na Universidade Federal Fluminense.
Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Pós-doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford.
Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.
Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro.
Diretor- Presidente do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ).

KETLYN GONÇALVES FERNANDES

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
Pós-graduanda em Direito Municipal Contemporâneo pela UERJ.
Advogada no Escritório Saddy Advogados.

Sumário: 1 Introdução. 2 Ressarcimento dos estudos nos procedimentos de manifestação de interesse – PMIs. 2.1 Modelo majoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante independentemente da assinatura do contrato. 2.2 Modelo minoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante apenas se houver a assinatura do contrato. 3 Relação jurídica pré-contratual e o direito ao ressarcimento em caso de desistência e/ou inadimplência do licitante vencedor. 4 Pretensão reintegradora do autorizado perante o licitante vencedor e hipótese de responsabilidade subsidiária do Poder Público. 5 Conclusões. Referências.

1 Introdução

Os Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs) configuram em instrumento relevante para a estruturação de projetos de infraestrutura e concessões públicas, permitindo à iniciativa privada contribuir com estudos, levantamentos e soluções

que beneficiem a Administração Pública. Sob a égide da Lei n. 14.133/2021, os PMIs estabelecem um modelo de cooperação pelo qual os estudos aprovados e utilizados em licitações devem ser ressarcidos pelo licitante vencedor.

Entretanto a ausência de uniformidade legislativa e a dúvida acerca da necessidade de assinatura do contrato para efetivar o pagamento geram incertezas jurídicas que afetam tanto o setor público quanto os autorizados no PMI. O risco de inadimplência ou desistência do licitante vencedor exacerba essa problemática, o que pode desestimular a participação do setor privado.

Diante disso, o presente artigo buscou analisar as bases legais que sustentam o direito ao ressarcimento no âmbito dos PMIs, nesse sentido, destacando as nuances da relação jurídica pré-contratual e a obrigatoriedade de indenização pelos estudos utilizados, mesmo na ausência de formalização contratual.

Para tanto, empregou-se a metodologia lógico-dedutiva e qualitativa com o uso da técnica de pesquisa documental, tendo como fonte primária as legislações da União, de 26 estados da federação¹ e de suas respectivas capitais, bem como do Distrito Federal. O objetivo deste levantamento e análise foi identificar se algum ente federativo, dentro da amostragem estabelecida, traria uma disposição expressa que solucionasse a problemática aqui abordada. No entanto não foram localizadas previsões nesse sentido.

Por essa razão, em um segundo momento, como técnica argumentativa, optou-se por selecionar os cinco estados, e suas respectivas capitais, que mais se valeram do uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) como forma de obtenção de estudos para a estruturação da iniciativa, conforme critérios estabelecidos pelo *ranking* da Radar PPP,² sendo eles: Distrito Federal, Pernambuco, Piauí, São Paulo e Minas Gerais. Além disso, o estado e o município do Rio de Janeiro foram inclusos no escopo de análise em razão da localização e domicílio dos autores, o que permitiu uma abordagem mais aprofundada e contextualizada do panorama normativo e prático da temática na região de atuação.

Outrossim, a fim de realizar uma análise que abrangesse todas as regiões do Brasil, foram selecionados, ainda, os estados do Tocantins e do Paraná, bem como suas respectivas capitais, pelo critério de sua classificação no *ranking* elaborado pela Radar PPP acerca dos estados que mais lançaram iniciativas nas modalidades Parceria Público-Privada (PPP) e concessões,³ respectivamente, em 5º e 7º lugar.⁴

Definido o campo amostral (União, 7 (sete) estados-membros – Rio de Janeiro, São Paulo, Piauí, Pernambuco, Minas Gerais, Tocantins e Paraná –, Distrito Federal e 6 (seis) municípios – Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Recife/PE, Belo Horizonte/MG, Curitiba/PR e Palmas/TO), examinou-se a legislação aplicável, bem como os principais desafios e alternativas para assegurar a efetividade do ressarcimento, com vistas à preservação

¹ Não foram encontradas legislações ou outros atos normativos que disciplinem o tema nos seguintes Estados e Municípios capitais: Estado do Rio Grande do Sul, Estado de Roraima, Município de Belém/PA, Município de Campo Grande/MS, Município de Teresina/PI, Município de Boa Vista/RR.

² RADAR PPP. Parcerias Público-Privadas e Concessões: desempenho dos entes estaduais no ciclo de governo 2019-2022. Disponível em: <https://radarppp.com/biblioteca/avaliandoosestadosempppseconcessoes19-22> Acesso em: 2 dez. 2024. p. 8.

³ *Ibidem*, p. 8.

⁴ O 6º lugar no *ranking* de PPPs é o Estado do Rio Grande do Sul, sobre o qual não foram localizadas legislações pertinentes ao tema.

da segurança jurídica e do equilíbrio entre os interesses público e privado. Ao final, o estudo propõe soluções para mitigar os riscos enfrentados pelos autorizados e aprimorar o arcabouço normativo, dessa forma, visando contribuir para a consolidação de práticas mais justas e eficientes no âmbito dos PMIs.

2 Ressarcimento dos estudos nos procedimentos de manifestação de interesse – PMIs

Na proposição do art. 81, *caput*, da Lei n. 14.133/2021, consta que o PMI incorre na possibilidade de a Administração Pública solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública na forma de regulamento.⁵

Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização – supramencionados – estarão à disposição dos interessados, e o “vencedor da licitação” deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital (art. 81, §1º).

Assim, fica claro que o procedimento antecede a realização de licitação, a qual não necessariamente será desempenhada, estando à mercê da discricionariedade da Administração Pública.⁶ E isso significa que a remuneração do particular que teve seu projeto aprovado ocorrerá apenas se for realizada a licitação e dela decorrer um vencedor que efetuará o pagamento antes da assinatura do contrato.

Acontece que, embora o risco do procedimento seja assumido pelo autorizado em realizar os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos,⁷ não há um entendimento uniforme, na legislação brasileira, de que o ressarcimento deve ser realizado apenas mediante a assinatura do contrato. Em verdade, o Decreto Federal n. 8.428/2015 estabelece, em seu art. 16, que:

Art. 16. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo *vencedor da licitação*, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados *tenham sido efetivamente utilizados no certame*.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos. (grifo nosso)

No mesmo sentido do que dispõe o Decreto Federal n. 8.428/2015, diversos normativos estaduais e municipais vinculam o ressarcimento somente à existência de

⁵ SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024, v. 3. p. 952.

⁶ NIEBUHR, Joel Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Curitiba: Zenite, 2020, p. 79. *E-book*.

⁷ GASIOLA, Gustavo Gil. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) municipal: a estruturação integrada de empreendimento. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 01-22, 2019, p. 3.

um licitante vencedor e à utilização efetiva dos estudos no certame, independentemente da formalização do contrato. Entretanto outros preveem expressamente a necessidade de um contratado que será o responsável pelo ressarcimento, como exposto nos subtópicos seguintes.

2.1 Modelo majoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante independentemente da assinatura do contrato

Observado o modelo federal, pode-se referir que a maioria dos entes federativos, 41 (quarenta e um) no total, sendo a União e mais 11 (onze) entes aqui analisados (municípios do Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Curitiba e Palmas; estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Piauí, Pernambuco, Tocantins e Distrito Federal) e 30 (trinta) inclusos na amostragem (municípios de Salvador/BA, Porto Alegre/RS, São Luís/MA, Maceió/AL, Manaus/AM, Vitória/ES, Goiânia/GO, Cuiabá/MT, Curitiba/PR, Porto Velho/RO, Aracaju/SE, Rio Branco/AC, Fortaleza/CE, João Pessoa/PB, Natal/RN, Florianópolis/SC; e estados do Maranhão, Pará, Acre, Amazonas, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, Bahia, Ceará, Goiás, Paraíba, Rondônia), utiliza-se do modelo federal que prevê ressarcimento pelo vencedor da licitação independente da assinatura do contrato. Posto isso, passa-se a examinar os entes federativos da amostra selecionada.

O Decreto n. 51.633/2022, do Município do Rio de Janeiro/RJ, estabelece, em seu art. 77, inc. IV c/c art. 87, o mesmo cenário da disposição federal:

Art. 77. A autorização para elaboração dos estudos será pessoal e intransferível e a realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):

IV - será remunerada somente pelo *vencedor da licitação*, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

Art. 87. O ato de autorização somente poderá ser cancelado pela comissão de contratação, mediante justificativa que demonstre razões relevantes para tal, assegurado ao destinatário da autorização o direito ao ressarcimento, pelo vencedor da licitação, apenas em caso de *aproveitamento dos estudos e na exata proporção do que for utilizado*.

A conjugação dos dispositivos torna claro que o ressarcimento dos estudos será realizado quando houver aproveitamento efetivo deles no processo licitatório. A norma detalha que o pagamento será realizado na exata proporção do que foi de fato utilizado no processo, e a obrigação recai sobre o licitante vencedor.⁸

⁸ No mesmo sentido são as disposições dos seguintes Estados e Municípios pesquisados, porém não foram inclusos neste artigo: Estado do Maranhão (Decreto nº 32.355/2016); Estado do Pará (Decreto n.º 1.242/2015); Estado do Acre (Decreto nº 4.508/2019); Estado do Amazonas (Decreto nº 45.238/2022); Estado do Espírito Santo (Decreto n.º 5.085-R/2022); Estado do Mato Grosso (Decreto nº 926/2011); Estado do Mato Grosso do Sul (Decreto nº 16.065/2022); Estado do Rio Grande do Norte (Decreto nº 33.276/2023); Município de Salvador (Decreto n.º 37.380/2023); Município de Porto Alegre (Decreto n. 19.792/2017); Estado de Santa Catarina (Decreto n. 643/2024); Município de São Luís (Decreto n. 60.157/2024); Município de Maceió (Decreto n. 9.519/2023); Município de Manaus (Decreto n. 3.180/2015); Município de Vitória (Decreto n. 16.961/2017); Município de Goiânia (Decreto

Não há qualquer menção de que o ressarcimento dependa da assinatura do contrato, o que reforça a ideia de que o critério essencial é o uso dos estudos, e não a formalização do vínculo contratual entre as partes. Essa abordagem garante que o trabalho desenvolvido pelo autorizado não seja desvalorizado, principalmente depois de todos os riscos que o autorizado assume⁹, mesmo que o vencedor da licitação, por algum motivo, não venha a assinar o contrato.

Já o Estado do Rio de Janeiro, no Decreto n. 49.143/2024, previu que a instauração de PMI não gera qualquer despesa para a Administração Pública, cabendo ao futuro e eventual contratado, como condição à assinatura do contrato administrativo, o ressarcimento dos custos dos estudos efetivamente aproveitados e na exata proporção do que for utilizado. A escolha do termo “contratado”, no entanto, não significa que o ressarcimento está condicionado à assinatura do contrato, visto que a ele se refere como “futuro e eventual” – ou seja, futuro e eventual contratado é, na verdade, o licitante vencedor, assim como prevê o normativo municipal.

O Município e o Estado de São Paulo enfrentam situação similar. O Município de São Paulo/SP, no Decreto n. 57.678/2017, segue a posição normativa adotada pelo Decreto Federal já mencionado, veja-se:

Art. 17. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame.

Por sua vez, o Estado de São Paulo, no Decreto n. 61.371/2015, estabelece como obrigação da “futura contratada” o ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos:

Art. 29. Os critérios de ressarcimento deverão constar expressamente do edital de chamamento público e ser fundamentados em prévia justificativa técnica, que poderá basear-se na complexidade dos estudos ou na elaboração de trabalhos similares, bem como em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

[...] §6º O edital de licitação alusivo a pareceria decorrente de estudos desenvolvidos nos termos do disposto neste decreto deverá prever a obrigação da futura contratada de ressarcir os custos incorridos pelo destinatário da autorização, no valor fixado pelo CGPPP ou CPED.

No Município de Teresina/PI, não foram localizadas legislações, decretos ou outros atos normativos regulamentando o Procedimento de Manifestação de Interesse, sendo assim, passa-se a analisar o Estado do Piauí, que seguiu posição similar à de São Paulo, no Decreto n. 16.002/2015, ao dispor que se admite a transferência do ônus de pagamento dos valores de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa

n. 1.133/2019); Município de Cuiabá (Decreto n. 7.605/2019); Município de Curitiba (Decreto n. 701/2023); Município de Porto Velho (Lei Complementar n. 592/2015); Município de Aracaju (Decreto n. 6.870/2022).

⁹ Apenas a título de exemplo, são riscos do autorizado: investimento elevado sem retorno imediato, a incerteza de pagamento, as mudanças normativas, o descarte dos estudos, os questionamentos legais, o uso não autorizado dos estudos, as demandas excessivas de ajuste, a falta de clareza no escopo, a falta de viabilidade do projeto, a rejeição pelo mercado, as mudanças de prioridades políticas e a falta de comprometimento do poder público.

incorrida pelos autorizados ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI:

Art. 9º Os interessados serão responsáveis pelos custos financeiros e demais ônus decorrentes de sua manifestação de interesse, não fazendo jus a qualquer espécie de ressarcimento, indenizações ou reembolsos por despesa incorrida, nem a qualquer remuneração pelo órgão ou entidade solicitante, salvo disposição expressa em contrário.

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

§2º É admitida a transferência do ônus do pagamento dos valores decorrentes das hipóteses previstas no §único [sic] ao futuro concessionário ou permissionário do projeto sobre o qual ocorrer o PMI, observados os termos e condições do instrumento de solicitação de manifestação de interesses, bem como as disposições relativas à aplicação do art. 31 da Lei Federal n. 9.074, de 7 de julho de 1995, e do art. 21 da Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e ainda as disposições constantes no Decreto Federal n. 8.428, de 02 de abril de 2015.

Tanto o Estado de São Paulo quanto o Estado do Piauí merecem, portanto, os mesmos comentários realizados à situação do Rio de Janeiro, no sentido de que “futuro contratado” ou “futuro concessionário ou permissionário” não deve ser entendido como uma vinculação do ressarcimento à assinatura do contrato.¹⁰

O Município de Recife/PE, capital de Pernambuco, optou por entendimento diverso e, por isso, será abordado no próximo ponto.

O Estado de Pernambuco, no Decreto n. 343.000/2016, estabelece que:

Art. 17. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos, exclusivamente pelo vencedor da licitação, à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame.

O que significa que é dever do licitante vencedor ressarcir os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos se esses forem efetivamente utilizados no processo licitatório. Esse decreto não exige que o contrato de licitação seja assinado para que o pagamento seja realizado, mas estabelece que os estudos, investigações, levantamentos e projetos feitos pelos autorizados sejam utilizados no certame, garantindo o direito ao ressarcimento.

O Município de Belo Horizonte e o Município de Curitiba/PR, também, adotam a norma padrão do decreto federal em seu Decreto n. 18.325/2023 e Decreto n. 701/2023, respectivamente:

¹⁰ No mesmo sentido são as disposições dos seguintes Estados e Municípios pesquisados, porém não foram incluídos neste artigo: Estado da Bahia (Decreto n. 16.522/2015); Estado do Ceará (Decreto n. 30.328/2010); Estado de Goiás (Decreto n. 7.365/2011); Estado da Paraíba (Decreto n.º 41.164/2021); Estado de Rondônia (Decreto n. 28.874/2024); Município de Rio Branco (Decreto n. 1.854/2017); Município de Fortaleza (Decreto n. 13.158/2013); Município de João Pessoa (Decreto n. 8.318/2014); Município de Natal (Decreto n. 9.482/2011); Município de Florianópolis (Decreto n. 17.457/2017).

Art. 7º O ressarcimento, caso previsto, será devido pelo licitante vencedor quando os estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame, não cabendo à Administração Pública Municipal promover qualquer reembolso, reparação ou ressarcimento ao autor dos estudos.

Art. 57 [...] §1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital

O Estado do Tocantins e sua capital, o Município de Palmas/TO, estabeleceram redação idêntica em seus decretos regulamentadores, respectivamente, no Decreto n. 6.148/2020 e no Decreto nº 2.349/2023:

[...] Art. 18. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o art. 1º deste Decreto 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.

[...] Art. 19. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o art. 1º deste Decreto 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.

Nesta disposição, fica claro que o ressarcimento é condição para a assinatura do contrato, e não o contrário, atribuindo tal dever expressamente ao vencedor da licitação, corroborando o modelo federal.

Por fim, essa mesma previsão encontra-se no Decreto n. 39.613/2019 do Distrito Federal:

Art. 27. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, caso os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido utilizados no certame.

Tais redações não dão abertura a entendimento outro se não o de que os estudos, investigações, levantamentos e projetos, ao ser utilizados no processo, devem ser ressarcidos, não sendo necessário que o contrato seja assinado para que o pagamento ocorra. A condição fundamental para o ressarcimento é o aproveitamento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos na fase de licitação, e não a formalização do contrato com o vencedor. Outra vez mais é uma posição que busca garantir que o trabalho realizado durante o PMI não seja desvalorizado, com respeito ao compromisso da Administração em remunerar aqueles que contribuíram efetivamente para o sucesso do processo licitatório.

Essas legislações trazidas a título exemplificativo demonstram uma tendência comum de vincular o ressarcimento ao uso dos estudos/investigações/levantamentos/projetos, e não o limitar à assinatura do contrato. Ainda, é uma interpretação coerente

com os princípios de justiça e eficiência administrativa, pois evita que os custos recaíam sobre o ente público; ou que aqueles que receberam a autorização, que investem tempo, recursos e *expertise* na elaboração, fiquem sem a devida compensação por um trabalho que beneficiou diretamente o processo licitatório.

O critério de utilização efetiva dos estudos, investigações, levantamentos e projetos no processo licitatório aparece como o fator central para determinar o pagamento ao autorizado, o que fortalece a ideia de que o trabalho realizado, no âmbito do PMI, deva ser ressarcido conforme sua aplicação no processo licitatório e a adjudicação desse, declarando algum licitante como vencedor, e não na formalização do contrato.

Aqueles autorizados que realizam os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos para o Poder Público não devem ser prejudicados pela falta de assinatura de um contrato, caso estes sejam utilizados no certame, uma vez que isso poderia desestimular a participação do setor privado em projetos futuros e comprometer a continuidade das concessões e parcerias.¹¹

Portanto, as normas que tratam do PMI e do ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos, especialmente no contexto das concessões e parcerias público-privadas, mostram-se mais flexíveis e equilibradas ao estabelecer que o pagamento deve ser realizado não com base na assinatura do contrato. Isso assegura uma remuneração justa e proporcional para os autorizados, enquanto preserva o interesse público e a continuidade dos projetos de infraestrutura que dependem da contribuição do setor privado.

Para além disso, ao desvincular o pagamento da assinatura do contrato, essas normas promovem maior segurança jurídica para os participantes dos PMIs. Nessa direção, o autorizado responsável pelos estudos, investigações, levantamentos e projetos pode realizar seu trabalho com a certeza de que será ressarcido, mesmo diante de eventualidades como desistência ou inviabilidade contratual por parte do vencedor da licitação.

Conclui-se que a maioria dos marcos legais brasileiros, 41 (quarenta e um) exemplos, demonstrou que o ressarcimento no âmbito dos PMIs não depende exclusivamente da formalização do contrato, com apenas 5 (cinco) exemplos divergentes dentro do campo amostral analisado, como se expõe no próximo tópico. Tal abordagem é fundamental para garantir a continuidade de projetos e a justa remuneração pelos esforços empreendidos no planejamento e desenvolvimento de soluções públicas.

Pode-se referir, portanto, que a efetiva utilização dos estudos, investigações, levantamentos e projetos no certame e a existência de um licitante vencedor fazem surgir, quando não houver previsão expressa ao contrário, o direito subjetivo dos autorizados em PMI ao devido ressarcimento.

¹¹ REIS, Tarsila; 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 (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 225.

2.2 Modelo minoritário: ressarcimento pelo vencedor da licitante apenas se houver a assinatura do contrato

Conquanto a grande parte dos entes federativos analisados, 41 (quarente e um) no total, observe o modelo federal, percebeu-se, mediante a avaliação realizada, que alguns modelos, 5 (cinco) apenas, sendo 3 (três) aqui analisados (Município de Recife/PE, Estados de Minas Gerais e Paraná) e 2 (dois) inclusos na amostragem (Estados de Alagoas e Sergipe), utilizam-se de expresse enunciado para vincular o ressarcimento à assinatura do contrato.

Cita-se, aqui, o caso do Município de Recife/PE, capital de Pernambuco, que optou, no Decreto n. 34.549/2021, vincular expressamente o ressarcimento à assinatura do contrato, veja-se:

Art. 30. O direito ao possível ressarcimento apenas se concretiza se o edital de licitação associado aos projetos, levantamentos, investigações ou estudos apresentados no PMI for bem-sucedido, ensejando a assinatura de contrato entre a Administração e um parceiro privado, hipótese em que o parceiro privado terá a responsabilidade de remunerar a pessoa autorizada como condição para eficácia do contrato.

Neste caso, não se trata de previsão de futura e eventual contratação (o que ensinaria entender “licitante vencedor”), mas sim de expresse posicionamento de que só haverá ressarcimento caso haja a assinatura.

E mesma previsão é adotada pelo Estado de Minas Gerais, no Decreto n. 48.377/2022, quando estabelece que o ressarcimento será devido caso ocorram as hipóteses listadas cumulativamente, entre as quais está o contrato devidamente assinado, veja-se:

Art. 20, §3º O ressarcimento será devido quando ocorrer às seguintes hipóteses, cumulativamente:

- I - previsão expressa no edital do PMI;
- II - aproveitamento integral ou parcial dos estudos pela Administração Pública;
- III - processo licitatório ou contratação direta que se fundamente nos estudos apresentados;
- IV - existência de licitante vencedor e contrato devidamente assinado cujos estudos decorram daqueles efetivamente aproveitados.

O Estado do Paraná seguiu essa posição minoritária na Lei n. 19.811/2019, ao prever, em seu art. 21, que o signatário do contrato de parceria é o responsável pelo ressarcimento dos custos de elaboração dos estudos, investigações, levantamentos e projetos.¹² O dispositivo ainda fixa prazo para que tal pagamento seja efetuado, veja-se:

Art. 21. Na hipótese de aproveitamento parcial ou total pela Administração Pública dos projetos, estudos ou levantamentos produzidos no âmbito do PMI, será previsto no edital de licitação e no respectivo contrato de parceria a responsabilidade de seu signatário ressarcir

¹² No mesmo sentido são as disposições dos seguintes Estados pesquisados, porém não foram inclusos neste artigo: Estado do Alagoas (Decreto n.º 69.244/2020) e Estado do Sergipe (Lei nº 9.197/2023). Não foram identificados outros municípios/capitais de estados com tal disposição.

os custos de sua elaboração, num prazo definido em edital, que não poderá exceder a três meses contados da assinatura do contrato, promovendo diretamente o autor do projeto o pagamento total ou parcial do preço devidamente aprovado pela Administração no âmbito do PMI, na proporção do aproveitamento do projeto, estudo ou levantamento.

Percebe-se, todavia, que essa posição minoritária, apesar de legal, desestimula o interesse do mercado em participar de PMIs, mormente por parte de agentes técnicos especializados, por conseguinte, comprometendo a atratividade e a qualidade dos projetos apresentados. Essa situação fragiliza o equilíbrio das relações público-privadas, portanto, prejudicando a eficiência na estruturação de projetos e a promoção do interesse público.

3 Relação jurídica pré-contratual e o direito ao ressarcimento em caso de desistência e/ou inadimplência do licitante vencedor

José Calasans Júnior¹³ entende que o PMI constitui interessante instrumento auxiliar do processo de contratação pública, em especial, do processo licitatório, mediante a participação da iniciativa privada na formulação de propostas de solução para questões de interesse coletivo. Não obstante, aduz o autor, é importante ressaltar que a manifestação de interesse não estabelece qualquer vinculação de natureza contratual entre o órgão público que a promove e os agentes privados que dela participem, não gerando, portanto, para estes, qualquer direito, tampouco obrigação para a Administração Pública.

No entanto, como abordado, as legislações brasileiras tendem à previsão de que o direito ao ressarcimento dos estudos independe da assinatura do contrato. Isso porque, antes deste momento, há a chamada relação jurídica pré-contratual que, conforme Guilherme Frederico Dias Reisdorfer,¹⁴ não constitui ambiente jurídico baseado em uma única posição jurídica de potestade ao Estado, tendo como contraface posição de sujeição dos sujeitos que com ele se relacionam.

Do exposto, entende-se que, para o referido autor, essa relação pré-contratual é, em verdade, uma relação obrigacional de confiança, composta por deveres de proteção, cuja função é nortear o exercício da autonomia privada, de modo a impedir que a liberdade negocial seja desenvolvida de forma abusiva.¹⁵

No âmbito dos procedimentos licitatórios, essa relação pré-contratual é caracterizada pela vinculação do particular ao dever de contratar desde o momento que submete sua proposta à Administração, sendo possível sua desistência somente até a conclusão da fase de habilitação, se o certame for regido pela Lei n. 8.666/1993, uma vez que a previsão do art. 43, §6º do antigo regime, não foi incorporada à Lei n. 14.133/2021.

¹³ CALASANS JÚNIOR, José. *Manual da Licitação*: com base na Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. 3. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 236-237.

¹⁴ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Responsabilidade pré-contratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 360.

¹⁵ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Responsabilidade pré-contratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 104.

Nesse sentido, afirma Guilherme Frederico Dias Reisdorfer¹⁶ que, enquanto o ente público ainda exercerá a deliberação final acerca da contratação, o particular já se encontra vinculado desde quando ingressa no certame, observando as condições para tanto:

Quando a lei impõe referido dever ao sujeito privado, reconhece que a relação pré-contratual que se estabelece é apta a formar posições jurídicas autônomas externas ao processo de contratação e já voltadas a contratar, ainda antes da formação do contrato. Afasta-se - ou, mais precisamente, entende-se como já exercitada - a autonomia privada do sujeito interessado em contratar a partir do momento em que ele formula a sua proposta. A partir de então, surge pretensão em favor do ente público a que o particular permaneça vinculado e responda por eventual desistência, se injustificada.

Por essas razões, alinhadas aos argumentos já desenvolvidos em tópico anterior, é que o licitante vencedor do certame se encontra vinculado a todas as obrigações assumidas previamente, tal como o ressarcimento dos estudos no âmbito dos PMIs.

O pagamento do ressarcimento é, muitas vezes, condição ou requisito para assinatura do contrato, e não o contrário. Isto é, a assinatura do contrato depende de tal comprovação de ressarcimento, porém o ressarcimento não depende da assinatura do contrato. Emprestando-se os termos do direito tributário, significa que o seu “fato gerador” é a utilização dos estudos no certame, e o sujeito passivo da obrigação, ou “contribuinte”, é o licitante vencedor, e não o contratado.

Logo, advoga-se pelo entendimento de que a desistência em assinar o contrato, ou inadimplência do licitante vencedor no cumprimento de requisitos necessários à assinatura, não afeta o direito ao ressarcimento dos estudos, que deverá ser por ele efetivado, sem prejuízo da perda da garantia e aplicação de eventuais penalidades cabíveis.

4 Pretensão reintegradora do autorizado perante o licitante vencedor e hipótese de responsabilidade subsidiária do Poder Público

Visto ser o ressarcimento um direito do autorizado na PMI, que teve seus estudos, investigações, levantamentos e projetos efetivamente utilizados em processo licitatório adjudicado, logo, com licitante vencedor e que, segundo a maioria das legislações, independe da assinatura do contrato; de pronto, passa-se a analisar os possíveis cenários ensejadores da pretensão reintegradora, com especial atenção aos desafios e às questões que exigem uma reflexão mais aprofundada por parte dos legisladores e demais agentes normativos.

Em primeiro lugar, traz-se a seguinte hipótese: caso o licitante vencedor, quando convocado, não assinar o termo de contrato, ensejando a convocação dos licitantes remanescentes nos termos do art. 90, §2º, da Lei Federal n. 14.133/2021, quem deverá ser considerado o licitante vencedor? Ou seja, a quem será direcionada a pretensão reintegradora: ao primeiro ou ao segundo licitante convocado?

¹⁶ *Ibidem*, p. 74-75.

A tal questionamento não há uma resposta exata e absoluta. Entende-se, por conseguinte, que “licitante vencedor” deve ser entendido como aquele que, ao final do processo licitatório, assume a obrigação de celebrar o contrato com a Administração. Logo, caso o primeiro colocado não assine o contrato no prazo estabelecido, a Administração proceda com a convocação do licitante remanescente, e este aceite as condições propostas por aquele, o segundo colocado assumirá a posição de licitante vencedor, uma vez que o primeiro terá deixado de integrar a relação pré-obrigacional.

Portanto, ainda que a recusa do primeiro colocado enseje a perda da garantia prestada e aplicação de penalidades (art. 90, §5º, Lei Federal n. 14.133/2021), como haverá a substituição do polo da relação jurídica pelo segundo colocado, a este deverá ser direcionada a pretensão reintegradora do autorizado na PMI, e, assim, sucessivamente, caso haja nova recusa e nova convocação remanescente.

Diferencia-se essa hipótese, no entanto, do caso de um processo licitatório no qual somente tenha havido um único licitante interessado sagrando-se vencedor. Nesta situação, ainda que haja a recusa à assinatura do contrato, o licitante vencedor não deixará de ocupar esse polo da relação, pois não haverá sua substituição por um eventual remanescente. A premissa seria a seguinte: um licitante vencedor permanece nesta posição até que outro licitante ocupe esse polo, mantendo-se todas as obrigações assumidas. Por conseguinte, a este deverá ser direcionada a pretensão reintegradora do autorizado na PMI.

Não há dúvidas, porém, de que ao licitante vencedor que se recusa à assinatura surge, ao menos, 3 (três) obrigações nos casos de PMI: 1) ressarcimento dos estudos, investigações, levantamentos e projetos; 2) perda da garantia prestada; e 3) cumprimento das penalidades aplicáveis, nos termos do art. 90, §5º, Lei Federal n. 14.133/2021.

Entretanto, ainda é possível vislumbrar um terceiro cenário: o licitante vencedor (seja ele o primeiro ou convocados remanescentes) cumpre as penalidades aplicadas e efetivamente perde a garantia prestada em favor do ente público, mas deixa de ressarcir o autorizado responsável pelos estudos, investigações, levantamentos e projetos. Já foi mencionado que caberia o ajuizamento de ação de pretensão reintegradora, porém seria possível incluir o Poder Público no polo passivo diante de eventual responsabilidade subsidiária?

É pacífico que não será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos, como leciona o art. 16, parágrafo único, do Decreto Federal n. 8.428/2015, cuja redação é repetida pelos normativos dos demais entes federados. Em princípio, então, a resposta para a possibilidade de o Poder Público responder subsidiariamente pelo ressarcimento seria negativa. Entretanto vislumbra-se essa viabilidade considerando não que o Poder Pública realizaria um dispêndio com seus próprios recursos para o pagamento (isso sim desconfiguraria o sentido da norma), mas sim que se utilizasse do valor recebido em decorrência da execução da garantia e/ou da multa aplicada enquanto penalidade cabível.

Como ensina Marçal Justen Filho,¹⁷ a garantia constitui-se numa relação jurídica acessória, destinada a tornar mais certa e rápida a satisfação de eventual crédito não

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1257.

solvido espontaneamente pelo devedor, todavia apenas adquirirá alguma utilidade para o credor na hipótese de o devedor deixar de adimplir espontaneamente seus débitos.

A recusa do licitante vencedor em assinar o contrato, quando não justificada por motivos legítimos, configura conduta que viola o princípio da segurança jurídica e acarreta custos diretos e indiretos à Administração Pública. A legislação brasileira, ao prever a possibilidade de execução da garantia nesses casos, procura assegurar que eventuais danos sejam mitigados e que a transição para o segundo colocado ou a realização de um novo certame não comprometam o interesse público.

Por isso, a destinação da garantia para o pagamento do autorizado em PMI mostra-se compatível com a sua finalidade, pois preserva a integridade do processo licitatório ao ressarcir um custo essencial para sua viabilização.

Do ponto de vista jurídico, a medida também respeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois o uso da garantia está circunscrito à finalidade para a qual foi instituída: reparar danos decorrentes da conduta do licitante inadimplente. Essa interpretação, ao alinhar-se ao interesse público, oferece uma solução prática e equilibrada para os desafios enfrentados pela Administração em licitações que se apoiam em PMIs.

Portanto, somente no caso de absoluta inadimplência do licitante vencedor, tendo sido frustradas as tentativas de pretensão reintegradora, não encontrados bens penhoráveis, ou até mesmo no caso de falência, poderia o autorizado buscar a execução da garantia dada ao ente público.

5 Conclusões

O debate pertinente ao ressarcimento dos estudos no âmbito dos PMIs revela a necessidade de equilibrar os interesses dos participantes do procedimento e a eficiência administrativa. A análise realizada demonstrou que, majoritariamente, o direito ao ressarcimento independe da assinatura do contrato, vinculando-se, essencialmente, ao aproveitamento efetivo dos estudos em processo licitatório adjudicado, ou seja, com licitante vencedor, salvo casos específicos e minoritários encontrados, como no Município de Recife/PE e nos Estados de Minas Gerais, Paraná, Alagoas e Sergipe.

Adverte-se que, nos casos em que a legislação expressamente vincula o ressarcimento à assinatura do contrato, não há margem para dúvidas – não se constituindo tais casos em objeto desta pesquisa, visto que esta focalizou-se, primordialmente, em buscar soluções possíveis para os casos em que a legislação não é clara o suficiente, nesse caminho, adotando-se uma interpretação razoável e segura.

A interpretação aqui adotada, portanto, respaldada por normativos de diversos entes federativos, visa assegurar que os esforços empreendidos pelos autorizados sejam devidamente compensados, desse modo, promovendo maior segurança jurídica e incentivando a participação privada em futuros projetos. A desvinculação entre o ressarcimento e a formalização contratual resguarda, ainda, o interesse público, pois evita que a ausência de um contrato inviabilize a continuidade dos empreendimentos planejados.

Contudo as omissões de mecanismos claros para tratar a inadimplência do licitante vencedor, bem como a falta de regulamentação expressa, permanecem como desafios a enfrentar. E, para mitigar esses riscos, sugere-se a inclusão, nos normativos

regulamentadores, de artigos ou parágrafos que delimitem, de forma inequívoca, o direito ao ressarcimento, como a seguinte redação:

Art. XX. O ressarcimento dos custos incorridos com estudos, levantamentos, investigações e projetos realizados no âmbito de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs) será devido pelo licitante vencedor do certame, desde que tais estudos sejam efetivamente utilizados no processo licitatório, independentemente da assinatura do contrato de concessão ou parceria. A ausência de pagamento pelo licitante vencedor poderá ensejar, por parte do autorizado, a execução da garantia prestada ou da multa aplicada, bem como outras medidas judiciais cabíveis.

A inclusão de dispositivos como esse nos normativos aplicáveis fortaleceria a segurança jurídica e alinharia as práticas com os princípios da eficiência e da confiança legítima. Além disso, o fortalecimento da responsabilidade subsidiária do Poder Público, restrito à utilização de valores oriundos de garantias executadas, pode complementar o sistema, oferecendo maior proteção aos autorizados.

Portanto, consolidar a obrigatoriedade do ressarcimento com base na efetividade dos estudos, investigações, levantamentos e projetos utilizados no certame é imprescindível para fomentar concessões ou parcerias mais robustas e promover a confiança entre os atores envolvidos, preservando, assim, a integridade e a sustentabilidade dos projetos estruturados sob a lógica dos PMIs.

Referências

CALASANS JÚNIOR, José. *Manual da Licitação*: com base na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 3. ed. Barueri: Atlas, 2021.

GASIOLA, Gustavo Gil. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) municipal: a estruturação integrada de empreendimento. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 1-22, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NIEBUHR, Joel Menezes. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos* [E-book]. Curitiba: Zenite, 2020.

REIS, Tarsila; 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 (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. *Responsabilidade pré-contratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024, v. 3.

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SADDY, André; FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. Ressarcimento dos estudos nos procedimentos de manifestação de interesse – PMIS: consequências jurídicas da não assinatura do contrato após adjudicação do processo licitatório. In: FORTINI, Cristiana; MELO, Ligia; GABARDO, Emerson (coord.). *Integridade, sustentabilidade e governança*: livro do 38º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 401-414. ISBN 978-85-450-0925-2.
