

As peculiaridades da licitação no modelo das parcerias público-privadas. Breves comentários às inovações trazidas pela Lei Federal nº 11.079/2004 à Lei Geral de Licitações.

Marcos Ricardo Herszon Cavalcanti

RESUMO: O processo de desenvolvimento econômico experimentado pelo Brasil nos últimos anos revela ainda mais os problemas históricos em setores sensíveis da economia. Um deles, o da infraestrutura, pode, a um só tempo, tanto impulsionar o crescimento quanto travá-lo de forma definitiva. O desafio está na adoção de mecanismos legais de compartilhamento de investimentos públicos e privados, já que o setor público, isoladamente, detém reduzida capacidade de investimento. Neste contexto, a Lei Federal nº 11.079/2004, que introduz o conceito de parcerias público-privadas no direito brasileiro, traz inovações ao atual modelo de licitação pública, dentre as quais: (a) a instituição de um *comitê gestor*, que seria um órgão atípico com a prerrogativa escolher projetos e autorizar o início dos procedimentos para os contratos de PPP; (b) a novel possibilidade da arbitragem na solução dos conflitos decorrentes aos contratos administrativos; (c) a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, a inserir o pregão no tipo de licitação de melhor técnica. As mudanças são justificadas pela busca da eficiência, que serve, portanto, de premissa para os comentários a seguir detalhados sobre as alterações que a Lei das Parcerias traz para a Lei Geral de Licitações.

PALAVRAS-CHAVE: parcerias público-privadas – licitação – inovações.

1. INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei Federal nº 11.079/2004, a Administração Pública brasileira convive com um marco regulatório moderno e inovador para contratações de obras e serviços de grande porte em parceria com a iniciativa privada. Sobre as bases fundamentais de busca de eficiência, gestão compartilhada de recursos e riscos, nasceu o modelo nacional das Parcerias Público-Privadas, conhecidas mundialmente pela sigla PPP, do inglês *Public Private Partnership*. Muitas das inovações da lei das parcerias são merecedoras de aprofundadas discussões – como a instituição da arbitragem em

contratos públicos –, mas este artigo destacará tão somente as mais relevantes inovações trazidas para o procedimento nas licitações públicas.

2. O MODELO DE LICITAÇÃO PÚBLICA NAS PPPs

O art. 175 da Constituição Federal estabelece que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Portanto, a regra de licitação prévia para os contratos de parceria público-privada, tal como nas concessões comuns, deriva de mandamento constitucional, tendo a Lei das Parcerias dedicado um capítulo inteiro para tratar das peculiaridades que marcam o procedimento neste tipo de avença.

Estão previstas no marco regulatório das PPPs algumas novidades marcantes para o ordenamento jurídico pátrio. As mais significantes são a necessidade de prévia autorização do chamado comitê gestor para o desencadeamento do procedimento de escolha; a inserção da possibilidade da arbitragem na solução dos conflitos decorrentes ou relacionados aos contratos; a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, inserindo o pregão no tipo de licitação de melhor técnica.

O novo regramento começa por reafirmar a concorrência¹ como modalidade única² para as licitações de concessões, agora em quaisquer das suas modalidades. Neste ponto há ampla convergência com a Lei nº 9.789/95, que ao definir

¹ Lei nº 8.666/93. Art.22, §1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados quem na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação previstos no edital para execução de seu objeto.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 9ª. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p.200. O que diferencia a concorrência á a amplitude de participação dos interessados. Ainda segundo a Lei de Licitações, a concorrência é a modalidade de licitação para realização de obras e serviços de engenharia sempre que o valor estimado para a contratação for superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida de execução de obra pública, também exige licitação na modalidade de concorrência³.

Uma discussão que sempre ocorre na doutrina é quanto à eventual possibilidade de dispensa de licitação nos casos das concessões. Sobre tal possibilidade, silenciaram tanto a Lei n° 11.079/04 como as anteriores Leis n.ºs 8.789 e 9.074, o que poderia conduzir a uma afirmativa da possibilidade. Mas esta não é a melhor interpretação, na medida em que existe total incompatibilidade entre o tipo de contrato (de concessão) e a possibilidade de dispensa de licitação.

Sobre o assunto, primaz é a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴:

No que diz respeito às hipóteses de dispensa de licitação, as Leis n.ºs 8.789 e 9.074 silenciaram, o que permitiria, em uma interpretação simplista, a conclusão de que se aplicariam exatamente as mesmas hipóteses estabelecidas no art.24 da Lei n° 8.666. No entanto, considero inaceitável esse entendimento, porque a dispensa de licitação, ao contrário da inexigibilidade, ocorre em situações em que o legislador faculta a contratação direta, embora haja possibilidade de competição. Em contrato como a concessão de serviço público, de natureza extremamente complexa, envolvendo grande volume de recursos e bens públicos, e com duração longa para permitir ao concessionário a recuperação dos investimentos, não se justifica a contratação direta, a não ser em casos de inexigibilidade de licitação. Aliás, examinando-se o elenco do art.24 da Lei n° 8.666, verifica-se que as hipóteses de dispensa de licitação, válidas para outros tipos de contrato, são incompatíveis com a concessão e permissão de serviço público.

A mesma incompatibilidade incorre nos casos extremos de guerra, grave perturbação da ordem, calamidade pública e nos casos de emergência quando caracterizada urgência de atendimento que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e, ainda, quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas. Isto porque as hipóteses aqui levantadas, embora

³ Lei n° 8.789/95, incisos II e III do art.2°.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 1999, p.119.

relacionadas em lei como dispensa, configuram típicos casos de inexigibilidade. Não porque não haja, em tese, viabilidade de competição, mas porque as circunstâncias excepcionalíssimas, no caso concreto, inviabilizariam a competição porque manifestamente contrária ao interesse público⁵.

Não acompanhou a redação final da lei das parcerias público-privadas, a propositura contida no projeto da etapa de pré-qualificação na concorrência. Porém, a exigência de autorização prévia do projeto pela autoridade competente - órgão gestor -, que também tem a competência para autorizar a abertura da licitação e aprovar o edital, é uma inovação bem vinda porquanto baseada em métodos de controle prévio que indicam detida análise primária da conveniência da concessão⁶. Aliás, além das competências citadas, no caso da União, por exemplo, ao órgão gestor cabe, ainda, definir os serviços prioritários para execução no regime de parcerias, disciplinar os procedimentos para celebração de contratos e apreciar relatórios de sua execução⁷.

A instituição do órgão gestor, nos termos do art. 14 da Lei das Parcerias, se dá por decreto. Disso, para que se pudesse interpretar o dispositivo de maneira simplista, conformando-o com a alínea “a” do inciso IV do art.84 do texto constitucional, haveria de se compreender o órgão gestor como mera unidade administrativa inserida em outro órgão da Administração Direta, aproximando sua natureza jurídica com a das comissões de licitações. Porém, a tentativa de acomodação do citado art.14 torna-se obsoleta quando se constata que as disposições do art.15 quase que o colocam em posição de supremacia perante outros órgãos da Administração⁸,

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 1999, p.119.

⁶ Lei nº 11.079/04, inciso I do art.10 combinado com o art.15.

⁷ Lei nº 11.079/04, incisos I a IV do art. 14. Pela natureza das competências indicadas no dispositivo, pode-se afirmar que o órgão gestor terá competências tanto de natureza político-administrativas (incisos I e III) como também de natureza normativa (inciso II) e fiscalizatória (inciso IV).

⁸ Os Ministérios e Agencias Reguladoras deverão submeter ao órgão gestor, semestralmente, relatórios circunstanciados acerca das execuções dos contratos de parceria público-privadas.

reforçando a idéia de sua complexidade. Do mesmo modo, a previsão de que o órgão gestor poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas, contribui para a afirmação de que os órgãos gestores, nos moldes concebidos, devem ser obrigatoriamente criados por lei. Assim, os legisladores estaduais e municipais, ao instituírem suas unidades de parcerias público-privadas, devem atentar para a impropriedade aqui comentada. O que é importante e fundamental, é que ao órgão gestor é atribuída competência ímpar de aprovação de viabilidade do projeto. Por isso, a estrutura de apoio técnico a que a lei se refere como opcional, será, em verdade, salutarmente obrigatória.

Nas licitações de parcerias público-privadas será permitida a participação dos autores do projeto, em conformidade com o que já ocorria nas concessões comuns, mas diferentemente da regra geral da Lei de Licitações⁹.

Aliás, o compromisso por estabelecimento de um regramento próprio e dinâmico para a nova modalidade de concessão fica evidente na redação das razões do veto presidencial ao inciso II do art.11 da lei das parcerias, que dispunha sobre a possibilidade do instrumento convocatório prever a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos de obras. Vejamos as razões de veto:

O inciso II do art.11 permite que apenas a elaboração do projeto executivo das obras seja delegada ao parceiro privado. Dessume-se do seu texto que a Administração teria a obrigação de realizar o projeto básico das obras. Isto seria reproduzir para as parcerias público-privadas o regime vigente para as obras públicas, ignorando a semelhança entre as parcerias e as concessões – semelhança esta que levou o legislador a caracterizar as parcerias público-privadas como espécies de concessões, a patrocinada e a administrativa.

As parcerias público-privadas só se justificam se o parceiro privado puder prestar os serviços contratados de forma mais eficiente que a administração pública. Este ganho de eficiência pode advir de diversas fontes, uma das quais vem merecendo especial destaque na experiência internacional: a elaboração de projetos básico e executivo da obra pelo parceiro privado.

Contratos de parcerias público-privadas realizados em vários países já comprovaram que o custo dos serviços contratados diminui sensivelmente se o próprio prestador do serviço ficar responsável pela elaboração dos

⁹ Lei nº 8.666/93, incisos I e II do art.9º.

projetos. Isto porque o parceiro privado, na maioria dos casos, dispõe da técnica necessária e da capacidade de inovar na definição de soluções eficientes em relação ao custo do investimento, sem perda de qualidade, refletindo no menor custo do serviço a ser remunerado pela Administração e pelo usuário.

O veto presidencial reflete resumidamente uma característica determinante dos projetos de concessão: a conjugação de interesses, que se inicia bem antes da definição dos projetos. Pouco adianta a Administração sonhar com vultosas obras sem que haja parceiros privados interessados em realizá-las. E só haverá interesse do capital privado se o retorno do investimento for plenamente justificável mediante análise de todas as variáveis que envolverão a execução do contrato. Em tese, isonomicamente, os interessados devem participar das etapas prévias de negociação para a definição das obras que serão licitadas.

O novo texto legal também privilegia o controle social, como a submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública, por meio de ampla divulgação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico¹⁰.

Não se trata de um sufrágio propriamente dito, mas de realizações de audiências públicas com a participação da sociedade organizada diretamente ligada àquele projeto que se pretende implantar. É o mais próximo que se pode chegar do controle social prévio. É bom sempre lembrar que a transparência é talvez o principal fator legitimador do modelo. A literatura sobre o assunto indica que a construção de um clima de confiança entre os parceiros privados, o Poder Público e a sociedade é um dos fatores críticos de sucesso para os projetos¹¹.

Quanto ao controle *a posteriori*, os contratos de parceria público-privadas serão submetidos aos órgãos de controle externo que já atuam nas fiscalizações

¹⁰ Lei nº 11.079/04, inciso VI do art.10.

¹¹ ARAGÃO, José, BRASILEIRO, Anísio, NETO, Oswaldo, MAIA, Maria, MARAR, José, FILHO, Rômulo, RODRIGUES, Carlos, SANTOS, Enilson. **Parcerias sociais para o desenvolvimento nacional e fatores críticos para o seu sucesso**. Natal, RN: EDUFRN, 2004.

dos demais contratos administrativos. Mas, deve a Administração se utilizar dos seus órgãos de controle interno e entes reguladores para o acompanhamento e fiscalização de todas as etapas do projeto¹².

Neste ponto ergue-se a importância dos entes regulatórios, que são autarquias em regime especial as quais são conferidas uma disciplina jurídica específica, diversa das impostas às autarquias comuns e, por isso, possuem autonomia administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade para seus dirigentes e autonomia financeira.

Bem a propósito, a regulação passou a ser uma função típica para controlar serviços concedidos e, atuando nessa etapa posterior, exercem sua função fiscalizadora, normativa e de mediação de conflitos, sem se divorciar, obviamente, os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Merece destaque a exigência de licença ambiental prévia ou pelo menos expedição de diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento sempre que o objeto do contrato assim exigir¹³. Tal exigência, além de indicar a preocupação com a manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado, satisfaz o princípio da eficiência, porquanto não se poderia admitir, em projetos da magnitude das parcerias público-privadas, houvesse total frustração do empreendimento por atraso ou impossibilidade de obtenção do licenciamento ambiental.

¹² Constituição Federal, art.74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário mantêm, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – *omissis*; II – comprovar a legalidade e avaliar resultados, quanto à eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

¹³ Lei nº 11.079/04, inciso VII do art. 10.

O instrumento convocatório poderá instituir a arbitragem (e outros mecanismos privados) na resolução de disputas ou conflitos relacionados ao contrato¹⁴. A arbitragem se dará em língua portuguesa, nos termos da Lei n° 9.307/96.

Ninguém discute a ousadia legislativa na introdução da arbitragem para dirimir conflitos nos contratos de concessão de parcerias público-privadas, mesmo que inserido apenas como uma faculdade do edital. A principal discussão é sobre o tipo de direito que a Administração detém passível de ser transacionado em um modelo arbitral.

Há de se destacar a inconstitucionalidade da previsão do §3° do art.10 da Lei das Parcerias, que traz a exigência de autorização legislativa específica e prévia para as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública. A norma em destaque, penso eu, viola de forma inequívoca o princípio da separação de Poderes¹⁵, ou, no dizer de outros, princípio da independência e harmonia dos Poderes.

Inovações significativas podem ser sentidas tanto nos critérios como nas fases de julgamento das propostas nas licitações de parcerias público-privadas. Neste ponto o legislador referiu-se expressamente às hipóteses dos incisos I e V do art.15 da Lei das Concessões, aos quais foram acrescentados mais dois¹⁶, redundando na seguinte composição de critérios para julgamento da melhor proposta: (I) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (II) melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (III) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração; (IV) melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração com o de melhor técnica.

¹⁴ Lei n° 11.079/04, inciso III do art.11.

¹⁵ Constituição Federal, art.2°.

¹⁶ Lei 11.079/04, alíneas “a” e “b” do inciso II do art.12.

Obviamente, em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, todos os parâmetros e pesos para o exame das propostas técnicas devem estar previamente estabelecidos no edital, com clareza suficiente para afastar o subjetivismo.

Na medida em que a Lei das Parcerias prevê a possibilidade da ocorrência de inversão das fases¹⁷ de habilitação e julgamento da melhor proposta para a escolha do parceiro privado, acaba por importar os princípios do pregão como opção para suas licitações. Assim, nos editais que admitirem este modelo procedimental, ter-se-á o seguinte rito: (I) apresentação de propostas escritas, que serão avaliadas segundo os critérios de melhor técnica e preço previstos no instrumento convocatório; (II) na ordem inversa da classificação das propostas escritas, serão dados lances em viva voz em quantidade ilimitada; (III) obtida a melhor proposta, será aberto o respectivo envelope de habilitação do proponente para verificação do atendimento das condições fixadas no edital, caso em que, verificado o atendimento das exigências, será este declarado vencedor; (IV) caso o melhor proponente seja desclassificado, serão analisados os documentos de habilitação do segundo colocado e assim sucessivamente, até que um deles atenda o que fora exigido no edital.

Findo o certame, embora o inciso IV do art.13 da lei tenha impropriamente deixado de referir-se à homologação do procedimento como medida anterior à adjudicação do objeto, sabe-se que esta é a seqüência inequívoca dos atos de competência da autoridade superior. Na esteira do que prevê a Lei de Licitações, concluída a fase de julgamento das propostas, ordenados os licitantes classificados, será apresentado um relatório circunstanciado sobre o procedimento. Tal relatório será

¹⁷ Lei 11.079/04, art.13.

apresentado à autoridade superior para homologação¹⁸. A seqüência do ato de homologação é a adjudicação do objeto da licitação.

3. CONCLUSÃO

De tudo, fica a noção de que o marco regulatório das parcerias público-privadas inaugura, de modo definitivo, um novo momento em direção à consolidação de investimentos compartilhados para projetos comunitários, principalmente na área da infraestrutura.

As profundas mudanças na Lei das Concessões e na Lei Geral de Licitações reforçam a preponderância do princípio da eficiência em tempos de administração gerencial, da qual é decorrente a política de parcerias entre o investimento público e o privado.

Os novos contratos de parcerias público-privadas no direito nacional, com as modificações aqui discutidas no restrito âmbito das licitações públicas, admitem performance maleável em confronto com as regras de engessamento que caracterizam os contratos de direito público em geral, sem que deles se afaste a natureza jurídica, mas com regime próprio e especial onde, de um lado, está o interesse particular de prestar o serviço ou desempenhar a atividade, auferindo rendimento por isso, e, de outro, o interesse do Estado no cumprimento de uma finalidade pública, que se sobreleva ao interesse privado.

REFERÊNCIAS

1. Bibliografia

ARAGÃO, José, BRASILEIRO, Anísio, NETO, Oswaldo, MAIA, Maria, MARAR, José, FILHO, Rômulo, RODRIGUES, Carlos, SANTOS, Enilson. **Parcerias sociais**

¹⁸ Homologação da licitação é ato externo que consiste na aprovação pela autoridade superior de todos os atos praticados no curso do procedimento. A homologação é ato necessário e obrigatório à adjudicação.

para o desenvolvimento nacional e fatores críticos para o seu sucesso. Natal: EDUFRN, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** São Paulo: Atlas, 3ª ed, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos,** 9ª. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. In: PETRICCI, Vera e SCHWARZ, Leticia (organizadoras). **Administração pública gerencial: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, ENAP, 1999.

RAMOS, Luiz Fernando de Moura. **A arbitragem em contratos sujeitos ao regime de direito público.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4172>. Acesso em 25.08.05.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública.** São Paulo: LTR, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

2. Legislação

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº. 11.079/2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

BRASIL. **Lei nº 8.666/1993.** Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências.