



Em quais casos não se aplica a regra do caráter referencial das informações divulgadas pelo poder público na licitação de concessões e PPPs?

• março 28, 2024(<https://agenciainfra.com/blog/2024/03/28/>)



Tem sido comum a inclusão de regras que conferem natureza referencial a todo o material disponibilizado pelo poder público em licitações e, por exemplo, em diversos editais e contratos estruturados nos últimos anos pelo BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social).

Essas regras costumam prever, em resumo, o seguinte:

- Os dados, estudos, materiais e informações divulgados pelo poder público possuem caráter meramente informativo e referencial;
- O poder público e os demais autores dos materiais disponibilizados não são responsáveis pela sua correção, precisão ou suficiência, cabendo aos licitantes a realização de pesquisas, levantamentos e estudos necessários para a apresentação de suas propostas comerciais, que devem levar em consideração os riscos alocados contratualmente à concessionária;
- A concessionária não tem direito a modificações nos preços, prazos ou condições do contrato, sob a alegação de insuficiência de dados na licitação.

A princípio, esse conjunto de regras ("regra do caráter referencial"), que tem como objetivo primordial promover a eficiência e a seleção da p
usuários e o poder público, é compatível com o ordenamento jurídico. <https://agenciainfra.com/blog>

Assim, para os contratos de concessão submetidos a ele, não há, em geral, direito a reequilíbrio das concessionárias em razão, meramente, c
que se apresenta durante a operação e a realidade esperada de acordo com os documentos divulgados pelo poder público.

A depender das circunstâncias, porém, a aplicação da regra do caráter referencial pode se mostrar inviável do ponto de vista jurídico.

Não se pode supor, na interpretação de normas jurídicas, que elas pretenderam criar obrigações cujo cumprimento é inviável. Então, para qu
caso concreto a regra do caráter referencial, é preciso que seja viável[2] aos licitantes em geral a produção de estudos que lhes permitam c
premissa relevante da concessão, dados substancialmente distintos em relação aos que foram disponibilizados pelo poder público no proce

Assim deve ser, em especial, por força da razoabilidade, norma aplicável às licitações e contratações públicas de longo prazo.[3]

Compreendida como instrumento que exige o afastamento da aplicação de normas em casos concretos que não se adequem à generalizaç
exemplo, a razoabilidade prescreve o seguinte: se é inviável a realização de estudos próprios a respeito de certo dado divulgado pelo poder p
simplesmente não se adequa à generalização da regra do caráter referencial, que pressupõe a possibilidade de investigação, pelos licitante
relevante da concessão. A conclusão é a mesma caso se aplique a razoabilidade em outro sentido em que costuma ser compreendida, de e
meios aos fins.[5]

O principal objetivo da regra do caráter referencial é, tanto quanto possível, permitir aos licitantes que avaliem amplamente todas as condiç
modo que reflitam nas propostas a serem apresentadas no processo competitivo da licitação a eficiência com a qual esperam executar o cc
exemplo, a menores tarifas exigidas para a prestação dos serviços ou a maiores pagamentos ofertados pela outorga da concessão.

Para isso, confere-se caráter referencial ao material divulgado pelo poder público, prevê-se a obrigação dos licitantes de realizar os estudos
de suas propostas e aloca-se a eles, tanto quanto possível, o risco de diferenças entre a realidade que se apresenta ao longo da operação e
oferecimento das propostas na licitação.

Se, porém, não é viável a realização de estudos próprios a respeito de determinada premissa relevante da concessão, aqueles objetivos (efic
mais vantajosa para os usuários e o poder público) simplesmente não podem ser promovidos pela regra do caráter referencial. Não é razoável
aplique nessas circunstâncias.[6]

A pergunta que se apresenta, para as premissas da concessão em relação às quais não é viável a produção de estudos e levantamentos pr
licitantes deveriam considerar na formulação das propostas comerciais que oferecerão no procedimento licitatório?

Há duas possibilidades excludentes. Uma delas é considerar os dados que constam nos documentos disponibilizados, caso em que a propos
informações disponíveis sobre o assunto, que foram produzidas e/ou divulgadas pelo poder público e por isso gozam de presunção de acurá

A outra é considerar dados substancialmente distintos em relação aos que foram disponibilizados aos participantes do procedimento licitat
prática, uma aposta não informada, quer dizer, uma previsão não amparada pelas técnicas e pelos meios disponíveis ordinariamente no me
geração de informações que possam desafiar os dados divulgados aos licitantes pelo poder público. Este, porém, certamente não é um obje
regulam as contratações públicas.

A assimetria de informações entre os licitantes é um elemento aceito e desejado nas contratações públicas de longo prazo, nos casos em qu
sobre os aspectos relevantes à prestação dos serviços, racionalmente amparadas (como a decisão a respeito da forma específica de execu
cumprimento do contrato), podem se traduzir em propostas melhores para os usuários e o poder público (promove-se, com isso, o princípio
assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração).

Para os dados e materiais em relação aos quais não é possível aproveitar essa assimetria, por conta da inviabilidade da realização dos estud
possível promover a eficiência e a seleção da proposta mais vantajosa por meio da competição razoável, justa, entre os licitantes, isto é, da c
condições de eles se valerem de suas diferentes expertises e experiências para racionalmente definirem as premissas que influenciarão os p
comerciais.

Nesses casos, ganham peso outros objetivos das licitações públicas: a justa competição e o tratamento isonômico entre os licitantes. Promo
licitantes considerem em suas propostas os dados divulgados que não podem ser objeto de estudos próprios.

Como dito, os editais de licitação recentes não têm realizado expressamente essa distinção entre as situações em que é viável e aquelas em
estudos próprios, mas ela deve ser feita no caso concreto, pelas razões jurídicas apresentadas acima.

Diante disso, nas concessões de serviço público sujeitas à regra do caráter referencial, é preciso reputar como legítima a eventual opção do l
determinada premissa relevante disponibilizada pelo poder público a todos os interessados na concessão, se era inviável a realização de est

Isso significa que, caso a realidade encontrada durante a operação se mostre, para aquela premissa relevante da concessão, substancialme
informações divulgadas pelo poder público e considerado para definição do preço oferecido na proposta comercial, haverá direito a reequilí

O direito da concessionária ao reequilíbrio, nessas situações, é decorrência da alteração de condição essencial do contrato em prejuízo de se
financeiro (nos termos do artigo 10º da Lei 8.987/1995), provocada por fato imprevisível ou de consequências incalculáveis (assim caracteriza
se realizarem estudos capazes de desafiar a acurácia dos dados divulgados pelo poder público), cujo risco de ocorrência a lei[7]e os contrat
alocam ao poder concedente.

[1] No setor de saneamento, por exemplo, regras desse tipo foram previstas nos contratos de concessão da prestação regionalizada dos serviços de água e esgotamento sanitário licitados pelo Estado do Rio de Janeiro, pelo Estado de Alagoas e pelo Estado do Amapá, modelados pelo BI

[2] Para se caracterizar a inviabilidade da realização de determinados estudos pelos licitantes, é preciso que seja objetivamente inviável aos licitantes a realização dos estudos. Não é a impossibilidade casuística, atribuível ao próprio licitante por questões subjetivas que não atingiriam outros licitantes em determinado estudo como inviável.

[3] Como reconhecido expressamente pelo artigo 5º da Lei 14.133/2021.

[4] Um dos sentidos atribuídos à razoabilidade por Humberto Ávila, por exemplo, no artigo "Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa" da Revista Eletrônica de Direito do Estado, que pode ser acessado no site (<http://www.direitodoestado.com.br/>).

[5] Com este sentido, a razoabilidade equivale à primeira etapa do "exame de proporcionalidade".

[6] O afastamento da regra nesses casos é uma exigência também dos critérios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito público sobre contratações públicas de longo prazo (conforme artigo 54 da Lei 8.666/1993 e do artigo 89 da Lei 14.133/2021): aplicá-la nesses casos equivale a obrigação nula, tendo em vista ser insuscetível de cumprimento (conforme artigo 106, II, do Código Civil).

[7] Conforme artigo 65, II, "d", da Lei 8.666/1993 e artigo 124, II, "d", da Lei 14.133/2021.

***Pedro Pamplona é advogado da Portugal Ribeiro e Jordão Advogados e mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.**

As opiniões dos autores não refletem necessariamente o pensamento da Agência iNFRA, sendo de total responsabilidade do autor as informações, juízos e conclusões.

Tags:

BNDES (<https://agenciainfra.com/blog/tag/bndes/>), concessões (<https://agenciainfra.com/blog/tag/concessoes/>), contratos (<https://agenciainfra.com/blog/tag/contratos/>), Direito Administrativo (<https://agenciainfra.com/blog/tag/direito/>), iNFRA Debate (<https://agenciainfra.com/blog/tag/infradebate/>), licitações (<https://agenciainfra.com/blog/tag/licitacoes/>), Pedro Pamplona (<https://agenciainfra.com/blog/tag/pedro-pamplona/>), PPPs (<https://agenciainfra.com/blog/tag/ppps/>), reequilíbrio (<https://agenciainfra.com/blog/tag/reequilibrio/>), reequilíbrio de concessão (<https://agenciainfra.com/blog/tag/reequilibrio-de-concessao/>), Regulação (<https://agenciainfra.com/blog/tag/regulacao/>)

Notícias Relacionadas



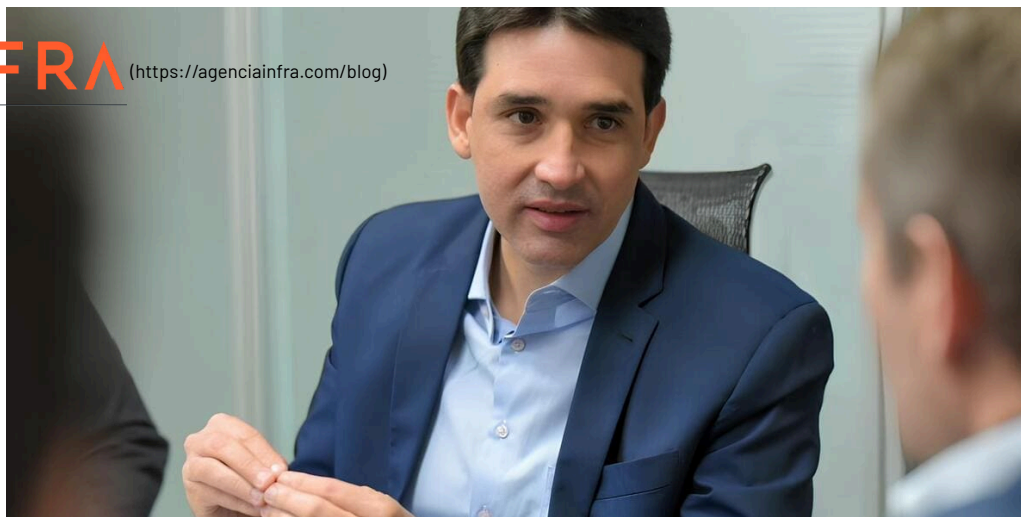
(<https://agenciainfra.com/blog/boatos-sobre-a-operacao-do-sistema-eletrico-circulam-no-whatsapp-e-levam-o-ons-a-se-manifestar/>)

Boatos sobre a operação do sistema elétrico circulam no Whatsapp e levam o ONS a se manifestar
(<https://agenciainfra.com/blog/boatos-sobre-a-operacao-do-sistema-eletrico-circulam-no-whatsapp-e-levam-o-ons-a-se-manifestar/>)

1 de abril de 2024



iNFRA (<https://agenciainfra.com/blog>)



(<https://agenciainfra.com/blog/ministerio-dialoga-com-setor-sobre-linhas-de-credito-de-aereas-solucao-pode-ser-apresentada-nesta-semana/>)

Ministério dialoga com setor sobre linhas de crédito de aéreas; solução pode ser apresentada nesta semana (<https://agenciainfra.com/blog/ministerio-dialoga-com-setor-sobre-linhas-de-credito-de-aereas-solucao-pode-ser-apresentada-nesta-semana/>)

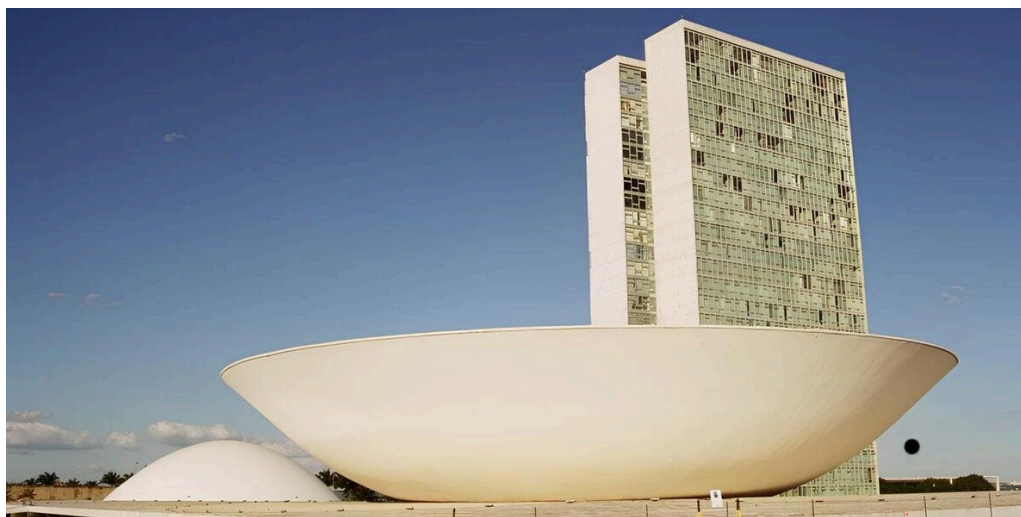
1 de abril de 2024



(<https://agenciainfra.com/blog/em-quais-casos-nao-se-aplica-a-regra-do-carater-referencial-das-informacoes-divulgadas-pelo-poder-publico-na-licitacao-de-concessoes-e-ppps/>)

Em quais casos não se aplica a regra do caráter referencial das informações divulgadas pelo poder público na licitação de concessões e PPPs? (<https://agenciainfra.com/blog/em-quais-casos-nao-se-aplica-a-regra-do-carater-referencial-das-informacoes-divulgadas-pelo-poder-publico-na-licitacao-de-concessoes-e-ppps/>)

28 de março de 2024





(<https://agenciainfra.com/blog/comissao-para-mudar-lei-de-portos-cria-subcomissoes-e-tem-calendario-de-audiencias-para-abril/>)



(<https://agenciainfra.com/blog>)

Comissão para mudar Lei de Portos cria subcomissões e tem calendário de audiências para abril
(<https://agenciainfra.com/blog/comissao-para-mudar-lei-de-portos-cria-subcomissoes-e-tem-calendario-de-audiencias-para-abril/>)

28 de março de 2024

Compartilhe essa Notícia

Facebook

Twitter

LinkedIn

Últimas Notícias



Boatos sobre a operação do sistema elétrico circulam no Whatsapp e levam o ONS a se manifestar
(<https://agenciainfra.com/blog/boatos-sobre-a-operacao-do-sistema-eletrico-circulam-no-whatsapp-e-levam-o-ons-a-se-manifestar/>)

1 de abril de 2024

(<https://agenciainfra.com/blog/boatos-sobre-a-operacao-do-sistema-eletrico-circulam-no-whatsapp-e-levam-o-ons-a-se-manifestar/>)



Ministério dialoga com setor sobre linhas de crédito de aéreas; solução pode ser apresentada nesta semana
(<https://agenciainfra.com/blog/ministerio-dialoga-com-setor-sobre-linhas-de-credito-de-aereas-solucao-pode-ser-apresentada-nesta-semana/>)

1 de abril de 2024

(<https://agenciainfra.com/blog/ministerio-dialoga-com-setor-sobre-linhas-de-credito-de-aereas-solucao-pode-ser-apresentada-nesta-semana/>)



Em quais casos não se aplica a regra do caráter referencial das informações divulgadas pelo poder público na licitação de concessões e PPPs? (https://agenciainfra.com/blog/em-quais-casos-nao-se-aplica-a-regra-do-carater-referencial-das-informacoes-divulgadas-pelo-poder-publico-na-licitacao-de-concessoes-e-ppps/)

28 de março de 2024

(https://agenciainfra.com/blog/em-quais-casos-nao-se-aplica-a-regra-do-carater-referencial-das-informacoes-divulgadas-pelo-poder-publico-na-licitacao-de-concessoes-e-ppps/)

Inscreeva-se para receber o boletim semanal gratuito!

Nome

Seu melhor E-mail

INSCREVER-SE
(https://agenciainfra.com/blog)

Multiplataforma de informação jornalística
referência na área de infraestruturas no Brasil
ww.li (http (http s://w
nkedi s://w s://t s://w
n.co ww.f witte ww.in
m/co aceb r.co stagr
mpan ook.c m/ag am.c
y/ag om/a encia om/a
%C3 genin _infr genci
%AA fra/) a) ainfr
a/)

ÚLTIMAS NOTÍCIAS nfra)



Boatos sobre a operação do elétrico circulam no WhatsApp e o ONS a se manifestar

(https://agenciainfra.com/blog/boatos-sobre-a-operacao-do-sistema-eletrico-circulam-no-whatsapp-e-levam-o-ons-a-se-manifestar/)

(https://agenciainfra.com/blog/boatos-sobre-a-operacao-do-sistema-eletrico-circulam-no-whatsapp-e-levam-o-ons-a-se-manifestar/)



Ministério dialoga com setor de crédito de aéreas; solução apresentada nesta semana

(https://agenciainfra.com/blog/ministerio-dialoga-com-setor-sobre-linhas-de-credito-de-aereas-solucao-p-
apresentada-nesta-semana/)

(https://agenciainfra.com/blog/ministerio-dialoga-com-setor-sobre-linhas-de-credito-de-aereas-solucao-pode-ser-apresentada-nesta-semana/)

CATEGORIAS

- Transporte(https://agenciainfra.com/blog/category/infratransporte/)



- Energia(<https://agenciainfra.com/blog/category/infraenergia/>)
- Debate(<https://agenciainfra.com/blog/category/infradebate/>)
- Na Transição(<https://agenciainfra.com/blog/category/infra-transicao/>)
- Lives e Eventos(<https://agenciainfra.com/blog/category/infraliveventos/>)

NEWSLETTER

Inscreeva-se para receber o boletim semanal gratuito

Nome
Seu melhor E-mail

INSCREVER-SE

ENVIE SEU ARTIGO([HTTPS://AGENCIAINFRA.COM/BLOG/ENVIE-SEU-ARTIGO/](https://agenciainfra.com/blog/envie-seu-artigo/))

NOSSOS PRODUTOS([HTTPS://AGENCIAINFRA.COM/BLOG/NOSSOS-PRODUTOS/](https://agenciainfra.com/blog/nossos-produtos/))

SOBRE NÓS([HTTPS://AGENCIAINFRA.COM/BLOG/SOBRE-NOS/](https://agenciainfra.com/blog/sobre-nos/))

CONTATO([HTTPS://AGENCIAINFRA.COM/BLOG/CONTATO/](https://agenciainfra.com/blog/contato/))

Endereço: SHCS/CR, QUADRA 502, BLOCO C, LOJA 37, PARTE 1588 - ASA SUL - CEP: 70.330.530

Copyright © 2023. Todos os direitos reservados.