

PODE O VALOR DO APORTE PÚBLICO SER CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO DE PPPS?

Mauricio Portugal Ribeiro¹
Gabriela Engler Pinto²

1. Introdução

Na sua versão originária, a Lei de PPP não permitia o subsídio a obras ou a compras de equipamentos. Condiçionava qualquer pagamento público a concessionário à disponibilização de serviço fruível.

Por força de uma série de circunstâncias já tratadas com mais vagar em outros trabalhos³, a Lei Federal nº 12.766/12 modificou o artigo 6º, §2º, da Lei Federal nº

¹ Mauricio Portugal Ribeiro é advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio de Portugal Ribeiro Advogados (mauricio@portugalribeiro.com.br), e autor, entre outros, do livro “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011 e “Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos”, publicado pela Malheiros Editores, São Paulo, 2011 (esse último em coautoria com Lucas Navarro Prado).

² Gabriela Engler Pinto é advogada de Portugal Ribeiro Advogados (gabriela@portugalribeiro.com.br) e LL.M pela Columbia Law School (James Kent Scholar).

³ RIBEIRO, Mauricio Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; e PRADO, Lucas Navarro. Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/nota-mp-575-12-versao-publicada>>. Publicado também com título e formatação levemente diferente em <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-22/mp-dar-eficiencia-tributaria-financeira-projetos-infraestrutura>>.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; GALÍPOLO, Gabriel; e PRADO, Lucas Navarro. A Lei 12.766 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 575/12) e o nível de detalhamento dos estudos de engenharia em PPPs. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/a-lei-1276612-e-o-detalhamento-dos-estudos-de-ppp>>.

11.079/04 (“Lei de PPP”) para prever a possibilidade de, em contratos de PPP, haver o pagamento da Administração Pública a concessionário por investimentos em bens reversíveis. Esse pagamento foi denominado de “aporte de recursos” ou “aporte público”.

A Lei nº 12.766/12 não previu, todavia, a possibilidade do aporte de recursos ser critério de julgamento de licitação de PPP.

2. A questão legal

A Lei de PPP é categórica em relação aos critérios de julgamentos permitidos: (i) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; (ii) a melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital; (iii) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado e (iv) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica.⁴

Não há nenhuma menção expressa ao aporte de recursos e, essa ausência é interpretada muitas vezes como uma vedação ao uso do aporte como critério de julgamento da licitação, assim como qualquer outra forma não expressamente prevista em lei.⁵⁻⁶

Poderíamos discutir a amplitude do conceito de “contraprestação”, para avaliar se haveria a possibilidade de se interpretar o aporte de recursos como uma forma de contraprestação. O art. 6º da Lei de PPP dispõe que a contraprestação pública poderá ser feita por (i) ordem bancária; (ii) cessão de créditos não tributários; (iii) outorga de

⁴ Vide artigo 12, inc. II, da Lei de PPP.

⁵ Nesse sentido, citamos a seguir a posição de alguns doutrinadores que entendem que as enumerações em lei de critérios de julgamento de licitação são taxativas: “A enumeração do art. 45 [da Lei 8.666/93] é *numerus clausus*. O ato convocatório não poderá criar novo tipo de licitação, que não se subsuma ao referido elenco. Mais precisamente, não é possível adotar critério de julgamento que não possa ser reconduzido a uma das espécies arroladas no dispositivo enfocado.” (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. Editora Dialética, 15ª edição, p. 710).

“Os tipos licitatórios afiguram-se critérios de julgamento a reger a licitação. A LGL estabeleceu quatro critérios distintos: *menor preço, maior oferta, melhor técnica e melhor técnica e preço*. Sob a disciplina da LGL este é um elenco fechado, *numerus clausus* (conforme o § 5º do art. 45). Não é possível criar tipo diverso, nem combinar ou conjugar a aplicação daqueles incorporados no art. 45.” (MOREIRA, Egon Bochmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. Malheiros Editores, 2012, p. 128).

“A Lei 8.666/93 preestabelece taxativamente os critérios de julgamento disponíveis pela Administração para definir a proposta que vai considerar mais vantajosa.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Editora Forense, 2012, p. 314).

⁶ Note-se que, por ocasião da redação dos seus Comentários à Lei de PPP, apesar de não ter discutido especificamente esse tema, Mauricio Portugal Ribeiro aderiu à ideia de que os critérios de julgamento da licitação previstos em lei configuravam enumeração taxativa. Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal; e PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos, Malheiros, 2007 (reimpresso em 2010), item XII.2.

direitos em face da Administração Pública; (iv) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; ou (v) outros meios admitidos em lei. A margem poderia estar nos “outros meios admitidos em lei”, para sustentar que, entre eles, está o aporte de recursos. Ou seja, por essa lógica, a contraprestação poderia consubstanciar-se também no aporte de recursos.

Contudo, o grande obstáculo desse raciocínio é o disposto no art. 7º da Lei de PPP, que determina que a contraprestação somente pode ser paga após a disponibilização dos serviços. Isso inviabilizaria, portanto, a classificação do aporte de recursos pago durante o período de obras (pré-disponibilização dos serviços) como contraprestação pública.

Em suma, não há, na literalidade da lei, a possibilidade de se utilizar o aporte de recursos como critério de julgamento na licitação. Não obstante, cabe a pergunta que é título desse artigo: é viável utilizar o aporte de recursos como critério de licitação de PPPs?

3. Um exemplo concreto

Para facilitar a visualização das implicações da pergunta que queremos responder, é indispensável recorrermos a um exemplo concreto.

Considere-se a seguinte situação: um projeto de concessão administrativa em que as receitas estimadas da concessionária provenham 85% de aporte público, a ser pago, ao longo do período de implantação do projeto (primeiros 3 anos) e 15% de contraprestação pública, a serem pagos ao longo dos 12 anos seguintes de operação do projeto.

Situações semelhantes a essa tem ocorrido em diversos projetos em setores tais como saneamento, intervenções urbanas contratadas sob a forma de concessão administrativa, e custeadas por recursos obtidos por operações consorciadas urbanas, projetos de mobilidade urbana (metrô, VLT, mon trilhos etc.), projetos de equipamentos esportivos destinados a sediar jogos da Copa ou da Olimpíada, construção e operação de infraestrutura escolar, entre outros.

4. Implicações práticas do caso concreto

Se entendermos que não é viável usar o aporte público como critério de licitação, isso significa que o único critério de licitação que poderá ser empregado no caso acima descrito é o menor pagamento de contraprestação pública.

Como apenas 15% das receitas estimadas do concessionário, a valor presente, provém de contraprestação pública, 15% seria o desconto máximo possível no preço de referência da licitação.

A depender de como tenha sido estimado o preço de referência, 15% pode ser um desconto muito relevante.

Mas se considerarmos as licitações recentes de concessões e PPPs, tem sido comum descontos (quando se trata de licitação, com critério de menor tarifa, ou de menor contraprestação) ou ágios (quando se tratar de licitação por maior pagamento pela outorga) com valores em percentual muito superiores a 15% do preço de referência das licitações.⁷

5. Qual é o impacto de não se permitir que o aporte integre o critério de julgamento da licitação?

A não utilização do aporte público como critério de licitação cria um limite para o desconto no pagamento público a resultar do processo de licitação.

O impacto disso é que o Poder Concedente terminará pagando mais pelos serviços realizados por meio de contratos de PPP do que poderia pagar, caso fosse viável incluir o aporte público como parte do critério da licitação.

O interesse público em permitir que o aporte seja critério licitatório é óbvio: suprimir limites à competição de preço, de modo a permitir que a Administração Pública obtenha a melhor relação custo/benefício possível na aquisição de serviços por meio dos contratos de PPP.

No caso acima descrito, se o aporte não puder ser usado como critério de licitação são altas as chances de que a licitação termine em empate e seja decidida pelo critério de desempate tradicional (sorteio) ou pelas regras de preferência para bens e serviços nacionais.

6. O dilema central: entre o interesse público de seguir a literalidade da lei e o interesse público de maximizar o benefício da competição na licitação para o Poder Concedente

Em vários aspectos, a cultura em torno do nosso direito administrativo evoluiu de um legalismo estrito, que imaginava que a ação administrativa só podia se dar por comandos legais explícitos e específicos, para um legalismo torneado por normas legais abertas, que estipulam princípios, metas e objetivos cujo atingimento depende

⁷ Quanto aos descontos, podem ser citadas as rodovias BR-040, com 61,13% de desconto, a BR-163, com 52,74% e as BR-060, BR-153 e BR-262, com 52%; assim como as usinas hidrelétricas de Belo Monte, com deságio de 38% e de São Manoel, de 22%. No que tange aos valores de outorga, os principais exemplos são os aeroportos de Brasília, com ágio de 673,89%; Guarulhos, com 373,51%; do Galeão, com 293%; e de Viracopos, 159,75%.

necessariamente da realização no âmbito administrativo de escolhas e ações não especificamente previstas explicitamente em leis.⁸

Apesar disso, em relação aos critérios de julgamento de licitações há ainda consenso de que é indispensável a previsão expressa em lei para a sua utilização.⁹

Na nossa experiência, em torno das concessões e PPPs já ocorreram, contudo, flexibilizações das exigências de se seguir a estrita legalidade na estruturação do procedimento de licitação.

Em relação ao critério de julgamento das licitações, veja-se o caso da licitação do projeto da rodovia Transolímpica do Município do Rio, atualmente denominada Via Rio – que é uma rodovia *greenfield*, modelada sob a forma de concessão subsidiada¹⁰ – ligando a Barra da Tijuca a Deodoro, áreas nas quais ocorrerão competições olímpicas – onde se utilizou, como critério de julgamento da licitação *o maior valor de outorga negativa*. Isso é: o menor valor de subsídio pago pelo Município ao concessionário. A Lei Federal nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”) prevê como critério de licitação em concessões comuns o maior pagamento pela outorga. Para compatibilizar o critério de

⁸ Na doutrina jurídica, isso tem aparecido recentemente como substituição do Princípio da Estrita Legalidade pelo Princípio da Juridicidade, que seria mais amplo, mais abrangente, conforme trechos da doutrina e de decisões judiciais a seguir citados: “Princípio que vem se firmando na doutrina e na jurisprudência mais moderna como uma nova aceção (não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Editora Forense, 2012, pp. 57 e 58.).

“(…) a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme disciplina estabelecida na matriz constitucional.” (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Editora Renovar, 2ª edição, 2008, p. 142).

“A legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo.” (GRAU, Eros Roberto. O Direito posto, o Direito pressuposto, 2002, p. 179).

“A lei não é a única origem do direito para o sistema constitucional.” (ENTERRÍA, Eduardo García. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho, 1986, p. 93).

“Não é conferido ao Público Administrador afastar-se do princípio da razoabilidade, projeção que, atinente ao princípio da juridicidade, que lhe é superior, encampa o da mera legalidade estrita, mormente em um Estado que se intitula como sendo de Direito.” (TRF-1, AC nº 2004.34.00.012229-5, Relator: Marcelo Dolzany da Costa, 2ª Turma Suplementar, julgamento realizado em 02/07/2013, publicação em e-DJF1, p.848 de 12/07/2013).

“O deslinde que se impõe vai ao encontro das melhores tendências de um Direito Administrativo filtrado pela ótica do princípio da juridicidade, o qual representa a substituição da estrita legalidade administrativa pela juridicidade, ampliando os espaços destinados a um agir administrativo racional e ponderativo.” (TRF-2, AC nº 435444, Processo nº 2005.51.01.008913-1, Relator: Poul Erik Dyrland, 8ª Turma Especializada, julgamento realizado em 10/02/2009, publicação em DJU, pp. 132 e 133 de 17/02/2009).

⁹ Sobre isso, vide notas de rodapé 5 e 6 deste trabalho.

¹⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal; e GALÍPOLO, Gabriel. Subsídio a investimento em concessões e PPPs. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>>.

juízo de “menor subsídio” com o critério de licitação de maior outorga, o edital da Via Rio chamou de “*maior outorga negativa*” o critério de julgamento da licitação.

Em relação ao procedimento das licitações de concessão ou PPP, o exemplo mais destacado de alteração do procedimento realizado pela prática é o caso da alteração do momento de análise das garantias de proposta. A Lei de PPP permitiu a inversão de fases da licitação com abertura da proposta técnica e econômica antes da análise dos documentos de habilitação. Contudo, esqueceu-se de prever que, para isso, a garantia de proposta (que é instrumento para avaliação da própria seriedade da proposta), deveria ser analisada antes da abertura da proposta.

Apesar de, na sistemática tradicional das licitações, a garantia de proposta integrar os documentos de habilitação, o que levaria a sua análise para apenas após a abertura das propostas técnica e econômica, a nossa prática de licitações de concessões e PPPs trouxe a análise da garantia da proposta para antes da abertura das propostas técnica e econômica, mesmo à revelia de qualquer previsão legal para isso.

A análise da garantia de proposta antes da abertura das propostas técnica e econômica em processos de licitação que adotam a inversão de fases se tornou uso comum, apesar de não haver previsão legal para tanto, a ponto de não haver, no nosso conhecimento, qualquer processo licitatório de concessão ou PPP no Brasil que tenha invertido as fases da licitação sem trazer a análise das garantias de proposta para antes da abertura das propostas.

Isso significa que apesar dos nossos doutrinadores continuarem professando a necessidade de definição legal estrita dos critérios de julgamento da licitação, a nossa prática licitatória já criou exceções bastante notáveis a essa regra, em situações em que os potenciais benefícios para o Poder Concedente e para o usuário pareciam se sobrepor aos benefícios de se seguir a legalidade estrita.

7. A solução ideal para o problema seria a alteração legislativa

A solução simples e ideal para o problema apontado até aqui seria evidentemente alterar a Lei de PPP para permitir que o aporte seja um dos critérios de licitação, eventualmente combinado com outros critérios previstos no art. 12, inciso II, da Lei de PPP.

Mas e se isso não for feito? Como lidar com os projetos em que faz todo o sentido do ponto de vista econômico e do interesse público usar o aporte como critério de licitação? Trataremos disso a seguir.

8. Enquadramento formal do aporte público enquanto critério de julgamento da licitação de PPPs

Conseguimos divisar algumas possibilidades para viabilizar o uso do aporte público como critério de julgamento das licitações de PPPs.

A primeira possibilidade seria aplicar subsidiariamente o critério de menor preço previsto no artigo 45, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93. O aporte é sem dúvida uma das variáveis financeiras que compõem o preço pago pelo Poder Concedente ao concessionário e, por isso, a aplicação subsidiária seria cabível para complementar os critérios de julgamento previstos no artigo 12, inciso II, da Lei de PPP.

Note-se que o *caput* do artigo 12 da Lei de PPP diz claramente que o procedimento licitatório obedecerá à legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos (isto é à Lei nº 8.666/93) e também ao disposto na Lei de PPP. Além disso, o artigo 10, da Lei de PPP menciona que a licitação de PPP será realizada pela modalidade de concorrência em óbvia referência às regras sobre concorrência previstas na Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, parece-nos perfeitamente razoável recorrermos à Lei nº 8.666/93 para utilizar critério de licitação nela previsto, aplicável à modalidade de concorrência, e que, na situação concreta, traz consequências obviamente harmônicas com o interesse público.

Portanto, recorreríamos subsidiariamente à Lei nº 8.666/93 para utilizar o critério de menor aporte público como critério de licitação de PPPs, com base no artigo 45, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que estabelece que a licitação poderá ser realizada utilizando o critério de menor preço.¹¹

A segunda solução seria distinguir os conceitos de “*contraprestação em sentido amplo*” da “*contraprestação em sentido estrito*”.

¹¹ Uma pergunta que surge dessa argumentação é em que medida seria viável utilizar em licitações de PPP os demais critérios de julgamento previstos na Lei nº 8.666/93. Não nos parece haver impedimento em utilizá-los quando compatíveis de uma perspectiva econômica com a estrutura da licitação de uma PPP.

A grande dúvida recairia sobre o critério de melhor técnica, que, apesar de previsto no artigo 45, §1º, inc. II, da Lei 8.666/93 não encontrou qualquer manifestação nos critérios elencados no artigo 12, inciso II, da Lei de PPP. Note-se que isso levou Mauricio Portugal Ribeiro a, nos seus Comentários à Lei de PPP, dizer que esse critério não se aplicava às licitações de PPP. Cf.: RIBEIRO, Mauricio Portugal; e PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos, Malheiros, 2007 (reimpresso em 2010), item XII.2. Contudo, com base na visão de subsidiariedade das Leis nº 8.666/93 e da Lei de Concessões à Lei de PPP entendemos que não há porque não ser possível em tese – desde que justificável economicamente e, portanto, da perspectiva do interesse público – a utilização do critério de julgamento de melhor técnica, com preço fixo, em uma licitação de PPP. Contudo, não conseguimos divisar qualquer situação em que a utilização do critério melhor técnica com preço fixo faça sentido no caso de PPPs.

Isso é uma mudança de posição do autor Mauricio Portugal Ribeiro em relação ao tratamento do tema realizado nos seus Comentários à Lei de PPP.

A contraprestação em sentido amplo seria qualquer forma de pagamento ao concessionário em contrato de PPP, abrangendo inclusive o aporte de recursos realizado antes do início da operação do projeto.

Na Lei 11.079/04, o termo contraprestação teria sido usado claramente em sentido amplo no artigo 6^o, que cita algumas espécies de contraprestação e a seguir menciona “outras formas admitidas em lei”. Portanto, contraprestação, em sentido amplo, seria todas as formas de pagamento do Poder Concedente, pecuniários ou não, realizados antes ou depois do início do período operacional do projeto de PPP.

Já a contraprestação em sentido estrito designaria os pagamentos do Poder Concedente ao parceiro privado condicionados ao início da operação do projeto, isto é todas as formas de pagamento público ao concessionário, com exceção do “aporte de recursos” previsto no artigo §2^o, do artigo 6^o, da Lei 11.079/04.

O *caput* do artigo 7^o, da Lei 11.079/04, que prevê que a contraprestação só pode ser paga mediante disponibilização parcial ou total dos serviços teria usado o termo “contraprestação” em sentido estrito.

Adotando essa distinção, poderíamos interpretar que o artigo 12, inciso II, da Lei 11.079/04, ao elencar entre os critérios de julgamento da licitação de PPP a menor contraprestação, teria utilizado o termo contraprestação em sentido amplo, abrangendo tanto a contraprestação em sentido estrito (pagamentos após a disponibilização parcial ou total dos serviços) quanto o aporte de recursos anterior ao período operacional (pagamento por bens reversíveis antes da disponibilização dos serviços). Isso permitiria utilizar como critério de julgamento apenas o aporte de recursos ou o aporte de recursos combinado com a contraprestação em sentido estrito, isto é a soma dos pagamentos públicos a serem realizados pelo Poder Concedente ao concessionário.

A fragilidade dessa segunda opção é a já mencionada no item 2 da presente nota. É que a interpretação completamente literal da lei levaria a crer que há apenas um conceito de contraprestação e que ele designaria apenas os pagamentos após a disponibilização dos serviços.

A terceira possibilidade é simplesmente afastar em relação à lei de PPP, a visão de que os critérios de licitação são elencados de forma taxativa e não exemplificativa.

Note-se a classificação da enumeração dos critérios de licitação como enumeração taxativa foi feita pela doutrina jurídica, com o objetivo de evitar que critérios esdrúxulos fossem utilizados, desvirtuando a exigência de neutralidade do procedimento licitatório e eventualmente criando margem para manobras que dirigissem a licitação para esse ou aquele potencial proponente.

Contudo, nesse caso específico, a visão de que a enumeração dos critérios de julgamento são taxativos claramente prejudica a realização do interesse público de se obter a melhor proposta de preço para a Administração Pública.

O problema de tratar os critérios de licitação enumerados na lei como exemplos admitindo novas possibilidades é que isso abre um precedente com consequências difíceis de prever, já que não há garantia que essa flexibilização será usada com parcimônia e apenas quando houver de fato um interesse público que lhe justifique.

Por isso, na nossa opinião, o melhor seria usar a primeira das opções acima apontadas: recorrer subsidiariamente à Lei nº 8.666/93, para aplicar às PPPs o critério de melhor preço previsto no art. 45, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, considerando que o aporte de recursos integra o preço pago pelo Poder Concedente ao concessionário.