TUTELA LICITATÓRIA NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP): CONCRETUDE E EFETIVIDADE

Pedro Durão, procurador do Estado/SE, lotado atualmente na Via Especializada em Atos, Licitações e Parcerias; Mestre em Direito Público (UFPE); Professor de Direito Administrativo da Graduação e Especialização da Universidade Federal (UFS) e Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da ESMESE, ESMPSE, Escola Superior da OAB e de Cursos Jurídicos Preparatórios. Conselheiro Nacional do IBAP/SP e Conselheiro Estadual da OAB/SE. Líder de Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo e Eletrônico junto ao CNPQ. Diretor-científico do Site www.viajuridica.com.br. Autor do Livro: *Convênios e Consórcios Administrativos* publicado pela Editora Juruá de Curitiba-PR, 2004.

RESUMO: O presente trabalho expõe a importância da parceria público-privada (PPP) e sua tutela licitatória no contexto geral do Estado moderno, atento às fontes de inspiração, à formação histórica e comparada. Busca-se, ainda, perceber a sua natureza jurídica, características, princípios aplicáveis, perfil licitatório e contratual, estrutura orçamentário-financeira e a gestão, enfim, o controle do exercício da nova parceria.

PALAVRAS-CHAVES: Parceria público-privada (PPP); tutela licitatória; princípios setoriais; Estado moderno; administração pública.

ABSTRACT: The present work displays the importance of the public-private partnership (PPP) and its licitatória guardianship in the general context of the modern, intent State to the sources of inspiration, the historical and compared formation. One searchs, still, to perceive its legal nature, characteristic, applicable principles,

licitation and contractual profile, structure budgetary-financier and the management, at last, the control of the exercise of the new partnership.

KEY-WORDS: Private public partnership, licitatória guardianship, sectorial principles, modern state, public administration

SUMÁRIO: 1. Premissas Iniciais. 2. Natureza jurídica contratual. 3. Nomenclatura aplicada e objeto. 4. Princípios Setoriais. 5. Perfil Licitatório e Contratual. 6. Estrutura Orçamentário-financeira. 7. Conteúdo Conclusivo. 8. Bibliografia.

1. PREMISSAS INICIAIS

O tema proposto focaliza o novo instrumento da administração pública denominado contrato de parceria público-privada (PPP) em contraste com os modelos pactuais da esfera pública, em especial aos convênios de cooperação.

Esse **modelo de parceira** apresenta-se aplicável aos entes da administração centralizada e descentralizada, bem como aos fundos especiais, permitindo a flexibilização da personalidade jurídica com parceiros privados.

Percebe-se que o governo federal atual aposta na parceria público-privada, entusiasmado com as experiências estrangeiras em que projetos de desenvolvimento tiveram êxito, como, por exemplo, na América Central com a participação de empresas privadas.

No México, essa tecnologia, denominada pacto público e privado, financia projetos no campo de desenvolvimento, tendo em contrapartida o investimento privado, viabilizando fonte de recursos e linhas de financiamento disponíveis, sejam governamentais ou multilaterais, bem como de outros países.

O Estado tolerável é o Estado Mínimo. A idéia de redução do Estado não pode sacrificar a prestação de serviços públicos e as formas de cooperação administrativa.[1]

Nesse sentido, Henrique Fingermann afirma: *"o desafio apresentado pela parceria é a transformação da capacitação gerencial do setor privado de modo a habilitá-lo a se tornar gestor de empreendimentos públicos".*[2]

---

[1] DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 35.
[2] FINGUERMANN, Henrique. *Parceria público-privada*. São Paulo: Summus, 1992, p. 35.

Cumpre observar que essa atuação conjunta de entes de direito público e empresas estabelece um processo de integração com riscos para os parceiros após o estabelecimento de sua regulamentação e das regras de garantia dos investimentos, expectativa já deflagrada através da **Lei nº 11.079, de 30.12.2004**, apresentado pelo atual governo federal.

2. NATUREZA JURÍDICA PACTUAL

É verdade que os **recursos** serão disponibilizados pelo Banco Central nessa política federal de incentivo, viabilizando parcerias com empresas de pequeno ou médio porte permitindo a construção de pontes, terminais de cargas, melhoria do sistema viário e outras necessidades prementes da sociedade, autorizando, por efeito, uma **integração infraestrutural**.

Trata-se de molde pactual com intuito de fomentar parcerias em uma perfeita **integração**, combinando investimentos públicos e privados, portanto, oportunizando projetos de desenvolvimento e infra-estrutura.

Não se pode olvidar que a idealização da norma pertinente à espécie, digo, a Lei nº 11.079/2004 é apresentada com vistas a minimizar os parâmetros arcaicos da administração pública, fechada à participação externa, e a permitir a captura de investimentos de empresas nacionais e de outros países, buscando superar crises sociais.

A nosso pensar parece que o objeto colimado pelo inovador modelo pactual encontra amparo nas necessidades da sociedade e na consecução de suas penúrias. Por outro lado, não se pode esquecer que esta PPP mostra-se apta a estabelecer **vínculo obrigacional** entre as partes em um regime de direito público, com vistas à implantação de serviços e às atividades de interesse coletivo.

3. NOMENCLATURA APLICADA E OBJETO

O tratamento aplicado à espécie denomina-se **contrato de parceria público-privada** estabelecido entre partes, denominadas partícipes públicos e privados, por efeito, permite obrigações em um instrumento sinalagmático e comutativo.

Daí surge a primeira indagação: O contrato de parceria público-privada é um ato convenial de cooperação ou uma nova modalidade

de contrato de concessão com características próprias? Inadequado seria esquecer que o termo de contrato de parceria encontra expressões distintivas e caracteres peculiares, na doutrina administrativista.

Registre-se que a expressão **parceria** apresenta o sentido conceitual de reunião de pessoas que investem capital ou trabalho para proveito dos compartes, advém do latim, "*partiarius*", ou seja, forma tradicionalmente aplicável a uma relação negocial em que as partes assumem obrigações com escopo comum.

Para os fins dessa lei, o **contrato de parceria público-privada** é instrumento firmado entre o poder público e entes privados, destinado a estabelecer vínculo obrigacional entre os mesmos para implantação ou gestão de serviços e atividades de interesse público em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e exploração incumbem, no todo ou em parte, ao ente privado.

O próprio artigo 2º da mencionada norma determina duas modalidades de PPP: a concessão patrocinada e concessão administrativa. A primeira, **concessão patrocinada** é aquela que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; enquanto que a última, a **concessão administrativa** funciona como um contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Vale destacar que a expressão parceria dá **idéia de lucro**, resistido por alguns doutrinadores pátrios no âmbito do direito público, mais precisamente, por Diogo de Figueiredo Moreira Neto[3] e Maria Sylvia Di Pietro.[4]

4. PRINCÍPIOS SETORIAIS

Os **princípios setoriais** estabelecidos pela PPP são: a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; a indelegabilidade das funções de regulação e do exercício de poder de polícia; a responsabilidade fiscal na celebração e execução dos

[3] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257-263.
[4] DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 279.

contratos a transparência dos procedimentos e decisões; a repartição dos riscos de acordo com a capacidade de gestão dos contratantes; e a sustentabilidade econômica do projeto de parceira.

Além disso, podem ser **objeto** de Parceria Público-Privada segundo a proposta apresentada: a prestação, total ou parcial, de serviços públicos, precedidos ou não da execução de obra pública; o desempenho de atividade de competência da Administração Pública, precedido ou não da execução de obra pública, a execução de obra para seu domínio, alienação, locação ou arrendamento à Administração Pública.

5. PERFIL LICITATÓRIO E CONTRATUAL

A **Licitação** é o antecedente necessário do contrato administrativo. Entretanto, não confere ao **vencedor** nenhum direito do contrato, defere apenas uma expectativa de direito. O instituto jurídico da licitação encontra **fundamento** no art.37, XXI da atual Carta Política Federal e na Lei nº 8.666/93.

O particular tem **total liberdade** para adquirir, alienar ou locar bens, diferentemente da **administração pública,** que voltada para o interesse coletivo, vê-se obrigada a licitar com assento na idéia de competição justa e igualitária.

A noção é cediça da utilização do mecanismo licitatório para admissão do novo instrumento pactual proposto. A **modalidade de concorrência** foi escolhida, com normas especiais para o edital em regime de pré-qualificação, bem como, a exigência de garantias como promessa de financiamento de suas obrigações decorrentes da parceria, caso ele seja o vencedor, devem ser assumidas por empresas ou instituições financeiras que atendam aos requisitos de solidez e segurança definidos previamente.

A concorrência é própria para os **contratos de grande monta**, admitindo-se a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, convocados com antecedência mínima de 30 dias, com ampla publicidade, nos termos do art. 10 e seguintes da Lei 11.079/2004. É obrigatória, portanto, na compra e venda de imóveis e na PPP, a concessão de direito real de uso.

Apresenta os seguintes requisitos:

• **Universalidade** é a possibilidade que se oferece à participação de qualquer interessado na concorrência, podendo a administração usar todos os meios de informação na imprensa oficial ou particular.

• **Ampla divulgação** é requisito essencial. Tem que ser divulgada a abertura da concorrência, podendo a administração usar todos os meios de informação na imprensa oficial ou particular.

• **Habilitação preliminar** na concorrência constitui fase inicial do procedimento licitatório.

• **Julgamento por comissão** formada por três membros, no mínimo, integrado por servidores públicos, facultando que um deles não o seja. A comissão é incumbida de apreciar a qualificação dos concorrentes na fase de habilitação preliminar, e julgar as propostas na fase de julgamento.

Por outro lado, podem-se exigir a adoção de contabilidade, a demonstração financeira padronizadas, a elaboração do projeto pertinente ao objeto da licitação ou a admissão da apresentação de projeto alternativo no procedimento licitatório, **facultada a adoção da arbitragem** para solução dos conflitos a eles relacionados, nos termos da lei.

No **julgamento das propostas**, adota-se um item não utilizado pelas regras licitatórias até então, qual seja, a menor contraprestação da Administração Pública.

Na realidade, a **abertura do processo licitatório** estará condicionada a:

a) autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de PPP e que as

despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

b) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

c) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

d) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

e) seu objeto está previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

f) submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

g) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do

empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

O **critério** estabelecido pela PPP implica a prestação de serviço público e constitui espécie de contrato de concessão, aplicando-se a legislação a ele relativa, no que não contrariar esta lei, enquanto que, nas concessões e permissões de serviço público, a Administração Pública poderá oferecer ao parceiro privado contraprestação adicional à tarifa cobrada do usuário, ou figurar, em casos justificados, como usuária única.

Estabelece-se nas hipóteses de execução de obra, ao término da PPP que a propriedade do bem móvel ou imóvel caberá à Administração Pública, independentemente de indenização, salvo disposição contratual em contrário, nas condições e limites da atual Lei de Responsabilidade Fiscal.

Impende, por fim, observar que obedecerão aos seguintes **critérios contratuais**:

a) ter prazo de vigência compatível com a amortização dos investimentos realizados, limitado a trinta anos;

b) facultar a subcontratação parcial de obras ou serviços, desde que previsto no edital e que não afete a responsabilidade do parceiro privado perante a Administração Pública;

c) estipular as penalidades ao parceiro privado na hipótese de inadimplemento das obrigações contratuais;

d) estabelecer as hipóteses de extinção antes do advento do prazo contratual, bem como os critérios para o cálculo e pagamento das indenizações devidas;

e) criar fundo garantidor dos investimentos (FGP) pelos parceiros públicos federais, com natureza privada, autorizando sua participação no limite global;

f) prever o compartilhamento com a Administração Pública, nos termos

> previstos no contrato, dos ganhos econômicos decorrentes da repactuação das condições de financiamento; e
> g) limitar a utilização da remuneração do parceiro privado para atender à amortização dos investimentos a partir do momento em que a obra ou o serviço estiver disponível para propiciar as utilidades que lhe sejam inerentes.

Depreende-se, do explicitado, uma remuneração a título de **contraprestação** da Administração Pública nos Contratos de Parceria Público Privada, isolada ou conjuntamente, que poderá ser feita por: I - pagamento em dinheiro; II - cessão de créditos não tributários; III - outorga de direitos em face da Administração Pública; IV - outorga de direitos sobre bens públicos; ou V - outros meios admitidos em lei.

Enfim, a modalidade contratual prevista na PPP identifica-se como **contrato administrativo de concessão**, bem como as demais modalidades de contratos previstas na legislação em vigor poderão ser utilizadas individual, conjunta ou concomitantemente, em um mesmo projeto, podendo submeter-se a processo de licitação único ou distinto.

Nessa esteira, permite situação de imutabilidade, diante de situações previstas na norma prévia, podendo sofrer atualização periódica com base na variação de índices de preços ou em fórmulas paramétricas, conforme previsto no edital de licitação.

A despeito de **pagamento** ao contratado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho na execução do contrato, conforme metas e padrões de qualidade previamente definidos, com forma similar a outros instrumentos da pública administração, a exemplo do contrato de gestão.

6. ESTRUTURA ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRA

Por sua vez, estabelece a **liberação de recurso orçamentário-financeiro e dos pagamentos** efetuados para cumprimento do contrato com o parceiro privado sobre as demais obrigações contratuais contraídas pela Administração Pública, e ainda, as garantias dos empenhos prévios que possam ser liquidados em favor

da instituição que financiou o projeto de parceria, como garantia do cumprimento das condições do financiamento, com a vinculação de receitas e instituição ou utilização de fundos especiais, inclusive de fundo fiduciário de natureza privada na forma a ser regulamentada pelo Poder Executivo, na forma da Lei nº 4.320/64.

Sobre os fundos, estes poderão ser capitalizados com os seguintes **recursos públicos**: dotações consignadas no Orçamento do ente e créditos adicionais; ativos não financeiros e bens móveis e imóveis, observadas as condições previstas em lei.

É prudente registrar que, sobre a **despesa pública**, fica imperativa a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que devam vigorar o contrato de PPP, a demonstração da origem dos recursos para seu custeio, a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e a compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

7. CONTÉUDO CONCLUSIVO

Por fim, o presente trabalho teve por escopo expor a importância do novo instituto, atento às fontes de inspiração, à formação histórica e comparada. Busca-se, ainda, perceber as suas características, extensão, os princípios aplicáveis, as fases, o processamento, a coordenação e a gestão, enfim, o controle do seu exercício, bem como suas distinções em relação a outros institutos atuais da administração pública.

Estudada a PPP em breves apontamentos, diante da sua organização e constituição, percebe-se a polêmica de sua existência como novo instituto pactual, ou simplesmente, a modificação de expressão correlata, perfazendo as distinções entre convênio de cooperação, consórcios públicos, contrato administrativo, termo de parceria e contrato de gestão, dentro do panorama geral do Estado moderno.

Em síntese de tudo exposto podemos aduzir sinteticamente seus itens mais importantes:

- **Avença estipulada através de Contrato de Concessão de serviço público;**

• **Cláusulas necessárias** (vigência menor de 30 anos, penalidades, extinção, compartilhamento);
• **Remuneração** à contraprestação: dinheiro, cessão de créditos não tributáveis, outorga de direito e bens, outros;
• **Atualização periódica** (Equilíbrio econômico-financeiro);
• **Remuneração variável por qualidade (NOVO);**
• **Garantias** de domínio público do bem da parceria ao seu término, e ainda:
• **Empenhos às contraprestações (financiadora pode receber diretamente);**
• **Vinculação de receitas ou fundos especiais por leis específicas (NOVO);**
• **Integralização de recursos em fundos fiduciários (Ex. Transferência de ações, ativos não financeiros e bens);**
• **Possibilidade de garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público, e ainda, por empresa estatal criada para essa finalidade.**
• **Licitação à modalidade de concorrência, com critérios licitatórios e contratuais específicos;**
• **Possibilidade de criação de sociedade de propósito específico, na forma de companhia aberta, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.**

Esclarecer é o que se espera sobre as particularidades licitatórias na PPP. Eis por que desenvolvemos, em maior extensão, a modelagem formal, tema que sobeja muita dúvida, sem desprezar algumas reflexões correlatas.

Por tudo exposto, esse trabalho não se propõe a propagar a implantação desses atos, nem suprir todos os óbices; pelo contrário,

almeja a sua aplicação nos limites do Direito positivo e nos fins estabelecidos.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffré, v. I, 1974.
ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constituinales, 1993.
BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.
BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoria general de los contratos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.
BRITO, Carlos Ayres de. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.
CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. ver. e amp. Rio de janeiro: Forense, 1971.
CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
_____. *Parceria na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
DROMI. Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
DURÃO, Pedro. *Convênios e Consórcios Administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004.
FIGUEREIDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
FINGUERMANN, Henrique. *Parceria público-privada*. v.1. Tradução de Nilson Moulin Louzada. São Paulo: Summus, 1992.
GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
MEDAUAR, Odete *Licitações e contratos administrativos*: coletânea de estudos. São Paulo: NDJ, 1998.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005.
NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.