

DIREITO DE CONTRATOS: PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE AS LICITAÇÕES COMUNS E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

CONTRACT LAW: MAIN DIFFERENCES BETWEEN COMMON BIDDING AND PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPPs)

Gabriela Maia de Souza¹

RESUMO; As parcerias público-privadas (PPPs) são instrumentos de vinculação de capitais privados, que se materializam em contrato entre um ente do Estado e uma pessoa singular ou coletiva de direito privado para a prestação de bens públicos e respectivos serviços. A Licitação é o procedimento de contratação em que, mediante declaração unilateral de vontade constante de edital, o Estado se compromete a celebrar contrato de aquisição de bem ou serviço. Esses tipos de contratos têm grande importância e servem para gerar confiança pública na correta gestão dos recursos à disposição do Estado, o que parece ser mais importante do que evitar que uma necessidade pública considerada urgente demore a ser atendida. Diante do exposto, a pesquisa teve como objetivo geral identificar as principais diferenças entre as licitações comuns e as PPPs. Foram objetivos específicos deste trabalho: discorrer sobre a licitação pública; pontuar algumas notas sobre a nova lei brasileira de licitações e contratos administrativos; abordar os antecedentes e estrutura conceitual das PPPs; e, por fim, apresentar as principais diferenças entre as licitações comuns e as PPPs. A metodologia aplicada neste estudo foi a pesquisa bibliográfica. Através dos autores investigados foi possível alcançar os objetivos delineados no trabalho. Concluiu-se que, a principal diferença entre uma licitação comum e uma PPP é que na primeira esse valor parte inteiramente dos usuários, ao passo que na segunda, o governo deve custear ao menos uma parcela da totalidade dos recursos necessários para operacionalizar o cumprimento do contrato.

1196

Palavras-chave: Licitações. Direito de Contratos. Parcerias Público-Privadas.

¹Advogada inscrita na OAB e no International Bar Association (IBA). Especialista em Direito Público, Internacional, Tributário, Digital, Penal e Processual Penal, Marítimo, Médico e Hospitalar. LLM em Direito dos Contratos e MBAs Executivos nas Áreas de Negócios Internacionais e Comércio Exterior, Controladoria e Finanças, Gerenciamento Executivo de Projetos, Petróleo e Gás, Gestão de Pessoas e Recursos Humanos, Marketing e Redes Sociais e Gestão Competitiva e Business Intelligence (BI). Pedagoga Especializada em Psicopedagogia, Neurociência e Comunicação em Ambientes Corporativos e Neuropsicopedagogia Institucional, Clínica e Hospitalar. <https://orcid.org/0000-0001-9822-4122>
Email:gabrielamaia78@hotmail.com.

ABSTRACT: Public-private partnerships (PPPs) are an instrument for linking private capital, which is materialized in a contract between a state entity and a natural or legal person under private law, for the provision of public goods and respective services. Bidding is the contracting procedure in which, by means of a unilateral declaration of will contained in the notice, the State undertakes to enter a contract for the acquisition of a good or service. These types of contracts are extremely important and serve to generate public confidence in the correct management of resources available to the State, and this is more important than avoiding the increasing amount of time in the “urgent” meeting of a public need. Given the above, the research aimed to identify the main differences between common tenders and the PPPs. The specific objectives of this work were: to talk about Public Bidding; punctuate some notes on the “new” Brazilian law on bidding and administrative contracts; address the background and conceptual structure of PPPs; and, finally, to present the main Differences between Common Tenders and PPPs. The methodology applied in this study was bibliographic research. Through the investigated authors, it was possible to achieve the objectives outlined in the work. It was concluded that the main difference between a common tender and a PPP is that in the first, this value comes entirely from the users, whereas in the second, the government must pay at least a portion of the costs.

Keywords: Bids. Contract Law. Public-Private Partnerships.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, as PPPs foram realizadas em uma ampla variedade de setores, desde o setor de infraestrutura de energia e transporte até o fornecimento de água potável, serviços de saneamento, esquemas de irrigação e serviços de educação e saúde. Da mesma forma, nos últimos anos, uma diversidade de projetos passou a ser apresentado em áreas como cadastro, gestão de informações e cobrança de notas fiscais.

Por outro lado, existem inúmeras variantes e diversos esquemas contratuais, que vão desde as concessões a esquemas para incorporar uma ampla gama de responsabilidades para o projeto, construção, manutenção, financiamento e/ou operação do serviço, e cujos riscos podem ser transferidos para o operador, de acordo com o tipo de projeto e as competências do setor privado envolvido.

A licitação é um conjunto de atos administrativos, cujo objeto, ou seu resultado jurídico, não necessariamente implica em alteração patrimonial ou financeira, mas tão somente na eleição de um empreiteiro pela Administração Pública (doravante AP), sendo, portanto, algo precedente e preparatório para um contrato.

Importa complementarmente destacar que a licitação pública é um procedimento regulamentado por meio do qual um órgão público abre um processo de contratação para a

execução de uma obra, a prestação de um serviço e o fornecimento de um produto. Diante do exposto, a seguinte questão norteou o desenvolvimento deste artigo: quais as principais diferenças entre as licitações comuns e as PPPs?

A pesquisa teve como objetivo geral identificar as principais diferenças entre as licitações comuns e as PPPs. Para atingi-lo, foram eleitos os seguintes objetivos específicos: discorrer sobre a licitação pública; pontuar algumas notas sobre a nova lei de licitações (NLL doravante) e contratos administrativos brasileira; abordar os antecedentes e a estrutura conceitual das PPPs; e, por fim, apresentar as principais diferenças entre as licitações comuns e as PPPs.

A metodologia empregada para o desenvolvimento deste artigo tem como base a pesquisa bibliográfica, visando obter subsídios para o conhecimento sobre o tema pesquisado, bem como sob que enfoque e/ou perspectiva o assunto apresentado na literatura científica foi tratado.

1. A LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública é um procedimento administrativo que consiste em um convite à contratação em bases previamente determinadas, de forma a obter a oferta mais vantajosa para a AP. O procedimento licitatório apresenta múltiplas vantagens em benefício da coletividade e do bem comum sendo o instrumento que dá início aos contratos administrativos. Nesse sentido, evita-se, na maioria dos casos, a corrupção de pessoas físicas e servidores públicos, que têm competência para firmar os contratos. Essa vantagem é indiscutível, além de em alguns casos isolados, servir como instrumento de controle com potencial para obstar as más condutas. Ademais, a necessidade de respeitar o procedimento e de adjudicar a proposta ao proponente mais rentável atua como um limite para acordos fraudulentos (AUTOUNIAN, 2007).

A necessária concorrência de pessoas físicas pode gerar um importante benefício para a administração licitante, que poderá obter desta concorrência um melhor preço *lato sensu*. Os licitantes irão controlar o procedimento, podendo se opor através dos recursos administrativos pertinentes, caso a licitação seja desenvolvida fora dos limites da normalidade.

A doutrina expressa as desvantagens que o procedimento informa: lentidão; o fato

de a licitação não necessariamente garantir a obtenção da oferta mais conveniente; e, em qualquer caso, a possibilidade de haver acordos fraudulentos (BLANCHET, 2013).

As exceções às licitações públicas são questões cruciais, sabendo-se que existe uma tensão permanente entre o interesse do Estado (que compete cada vez mais com as pessoas que são regidas por outros procedimentos, motivos e finalidades), para maximizar a flexibilidade e a liberdade conferida à contratação direta (FURTADO, 2009).

Acredita-se que, sem prejuízo dos enunciados, o procedimento, passível de aprimoramento, é o melhor instrumento para contratação administrativa.

1.1. Algumas notas sobre a nova lei brasileira de licitações e contratos administrativos

O Brasil tem uma nova legislação geral sobre compras públicas. No entanto, apesar de algumas boas notícias, a sensação de oportunidade perdida paira no ar. No dia 1º de abril de 2021, o presidente brasileiro Jair Messias Bolsonaro sancionou a Lei nº 14.133, estabelecendo um novo regime jurídico de regras gerais aplicáveis às licitações e contratos firmados pela AP direta e indireta da União, entes federativos, Distrito Federal e municípios. O Presidente da República impôs 28 vetos ao projeto originalmente aprovado pelo Congresso Nacional, dos quais 5 deles foram revertidos em nova deliberação. Importa destacar, no entanto, que referidos vetos não são tão relevantes a ponto de prejudicar uma análise preliminar sobre a nova lei.

Como, no Brasil, o dia 1º de abril é batizado como “o dia da mentira”, a publicação da novel legislação passou a ser motivo de várias piadas e brincadeiras, principalmente devido aos muitos anos de expectativas que antecederam esta mudança legislativa e também devido às suas poucas novidades, o que desencadeou um sentimento de decepção entre os profissionais da área de compras públicas.

Com seus quase 200 artigos, a Lei 14.133/2021 vem substituir a antiga lei geral (Lei 8.666/1993), a lei do leilão (Lei 10.520/2002) e a lei do regime diferenciado de contratação - RDC (Lei 12.462/2011), além de incorporar diversos decretos e regulamentos federais dispersos e a jurisprudência produzida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nos últimos anos. Uma crítica recorrente feita a este novo diploma legal tem como fundamento a alegação de que a NLL seria mais uma fusão de outras leis, decretos, regulamentos e entendimentos jurisprudenciais anteriores do que um diploma legal

propriamente inovador, capaz de modernizar e dinamizar as compras públicas brasileiras que padecia e, na verdade ainda padece com burocracia e ineficiência.

No entanto, as boas intenções do legislador estão presentes no texto da lei. Além dos objetivos do procedimento licitatório estabelecidos em seu artigo 11 (assegurar a seleção da proposta mais vantajosa; garantir igualdade de tratamento entre os licitantes e concorrência leal; evitar contratos superfaturados ou excessivamente baixos; e promover a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável), o artigo 5º institui 22 princípios que devem ser observados na aplicação desta legislação.

Apesar da preocupação em reafirmar ideias e valores relevantes para as licitações e contratos públicos, a verdade é que muitos desses importantes propósitos acabaram sendo limitados pelo texto conservador da lei, que não os cristalizou em mecanismos e ferramentas mais eficazes para o cotidiano prático da contratação pública, que continua presa a procedimentos excessivamente rígidos e formais, com pouca margem de manobra para os gestores públicos. Obviamente, o medo da corrupção desempenha um papel relevante nesta opção legislativa.

Em relação à sua validade, o artigo 194 estabelece que a lei entrará em vigor na data de sua publicação, que, como já mencionado, foi o dia 1º de abril. No entanto, o artigo 193, inc. II, esclarece que as leis substituídas permanecem em vigor por um período de 2 anos. Isso é, o artigo 191 atribui à AP, durante esse período de 2 anos, a escolha entre a aplicação da nova lei ou das antigas. Tal opção deverá ser expressamente indicada no processo, no caderno de encargos e nos seus meios de publicidade, cabendo também à lei da licitação regulamentar o respectivo contrato. Além disso, a aplicação combinada das leis não é permitida. Assim, se a AP optar por fazer uso de uma determinada lei, não poderá aplicar nenhum dos outros regramentos.

Apesar desta “validade imediata” da nova lei, o Ministério da Economia, além de outros especialistas, recomendaram a sua não aplicação logo no início. A razão é que uma das grandes novidades da NLL, ainda não estava ativo: o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), onde todos os atos praticados (cadernos de encargos, contratos, etc.) devem ser publicados compulsoriamente. O artigo 94 estabelece que a divulgação no PNCP é “condição indispensável para a eficácia” dos contratos. No entanto, a previsão de implantação do PNCP era apenas para o segundo semestre de 2021, o que, logicamente,

impediria qualquer contratação antecipada.

Uma segunda questão prática que parece dificultar a aplicação imediata da NLL é que ela exige em várias partes a elaboração de regulamentações sobre diversas questões. Em tese, cada ente federativo poderia cumprir essa regulamentação e passar a aplicar a NLL por si só. Ademais, por ser a Lei n 14.133/2021 um texto de normas gerais, os estados e municípios têm competência para criar suas próprias legislações, com normas específicas, com a única condição de não infringirem as normas gerais de direito nacional.

Na verdade, essa competência já existia na lei anterior, embora não fosse muito praticada, uma vez que apenas 4 estados brasileiros e o município de San Pablo possuem legislação sobre compras públicas. Todos os outros entes federativos fazem uso exclusivamente dos padrões federais. Portanto, o artigo 187 da NLL permite expressamente que estados e municípios utilizem diretamente a regulamentação da União para a aplicação da lei, que se encontrava em consulta pública e só deveria ser editada definitivamente em poucos meses. Portanto, o uso imediato da NLL também esbarrava nesse outro obstáculo.

Apesar das críticas acima expostas, principalmente pelo desapontamento com as poucas mudanças adotadas, a NLL traz algumas novidades relevantes que podem gerar um impacto positivo e, conseqüentemente, melhorar o panorama das compras públicas brasileiras.

Na mudança mais importante na NLL no que diz respeito à busca pela transparência e integridade nas licitações e contratos públicos, o artigo 194 cria o já citado Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), site oficial de “divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos” por força da lei. Ao contrário de hoje, em que cada ente federativo (União, estados e municípios) publica individualmente as informações relativas às suas licitações e contratos, com o lançamento do PNCP todos esses dados ficarão centralizados em um único *site*, sem prejuízo da divulgação por outros meios. A intenção é oferecer mais transparência à sociedade, principalmente nos pequenos e médios municípios, onde as críticas à publicidade das licitações e contratos são bastante frequentes.

O artigo 54 estabelece que a publicidade do caderno de encargos se dará com a divulgação e manutenção de todo o conteúdo do ato convocatório no PNCP. Assim como nos contratos, as licitações não publicadas no PNCP não produzirão efeitos jurídicos. Mas,

para além das especificações e contratos, a lei enumera outras informações que devem ser publicadas no PNCP, tais como planos anuais de contratação, catálogos eletrônicos de normalização, editais de contratação direta, registros de preços, faturas eletrônicas, entre outros.

No entanto, também o PNCP não se limitará à publicação de documentos. Prevê-se ainda a oferta de ferramentas como sistema de registro unificado de licitantes, painel de consulta de preços de bens e serviços, sistema de gestão de planejamento e contratação, sistema eletrônico de realização de licitações públicas, sistema de gestão partilhada com a sociedade da informação sobre a celebração do contrato, o acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inadequadas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Sancionadas (CNEP), entre outros. A ideia é que o PNCP seja um centro virtual de referência para a contratação brasileira, desde o agendamento inicial da licitação até o cumprimento final do contrato.

Uma das grandes lacunas da antiga lei de licitações era a falta de preocupação com a fase de planejamento das contratações públicas. Havia muitas regras sobre o procedimento de seleção e posterior execução do contrato, mas praticamente nada sobre como a AP escolhia o objeto do contrato. As especificações técnicas do caderno de encargos, a forma de contratação, o orçamento, dentre outros, não mereciam maior atenção no processo e, muitas vezes, era esse o orifício por onde passava a corrupção. Nos últimos anos, após diversas decisões do TCU, o governo federal deu algumas instruções normativas sobre o planejamento dos contratos, mas estas não valeram para estados e municípios.

A NLL aproveitou o conteúdo dessas instruções federais e criou uma ampla regulamentação na fase de planejamento. Inicia com o Plano Anual de Contratações (artigo 12, inc. VII), que busca racionalizar as demandas e contratações dos órgãos públicos. Este documento deve ser divulgado e mantido público no PNCP e ser respeitado pelos órgãos. Trata-se de uma forma de organização da Administração, mas também pode ser utilizada pelas empresas na programação de suas futuras licitações e até mesmo como uma espécie de controle social prévio sobre a natureza dos objetos que a AP pretende contratar.

Talvez o instrumento de planejamento mais importante da NLL, o estudo técnico preliminar (ETP) já tivesse regulamentação federal, mas agora também é obrigatório nas

contratações de estados e municípios. Trata-se de um documento onde a AP destaca o problema a ser resolvido e sua melhor solução, de forma a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica do contrato. O ETP deve trazer alguns elementos necessários, como a demonstração da necessidade da contratação e do seu interesse público, os requisitos e estimativas do valor da contratação, estudo de mercado com possíveis alternativas e a justificativa técnica e econômica da solução escolhida, valor estimado, análise de risco, descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas de mitigação, entre outros.

A importância do ETP não é apenas como forma de aprimorar as especificações técnicas e contratações de projetos, buscando mais eficiência e economia. Há também um elemento relevante de transparência aqui. A fase preliminar da licitação pode ser utilizada para orientar a contratação de determinadas empresas, antes da escolha de algumas soluções técnicas em detrimento de outras. Exigir das entidades adjudicantes a fundamentação mais detalhada das suas decisões técnicas e econômicas sobre o objeto é uma forma de tornar o processo mais transparente, facilitar o controle de eventuais irregularidades e determinar responsabilidades.

Ao longo de seu texto, a NLL brasileira estabelece uma série de elementos de governança que devem ser considerados pela AP e seus órgãos contratantes. São inovações que permeiam todas as fases do recrutamento e que buscam trazer mais organização, eficiência e velocidade ao processo em geral.

A utilização de procedimentos e de recursos eletrônicos ganha papel fundamental. De acordo com artigo 12, inc. VI, os autos do processo licitatório serão preferencialmente digitais. Por sua vez, o artigo 17, § 2º, indica que as licitações serão realizadas preferencialmente em formato eletrônico, devendo ser motivada a utilização da forma presencial e gravada a sessão pública em áudio e vídeo. Além disso, foi prevista a criação de ferramentas, a exemplo de catálogos eletrônicos para a padronização de compras, serviços e obras; sistemas informatizados de monitoramento de obras, incluindo recursos de imagem e vídeo; e utilização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

Outra inovação na governança é o incentivo à centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços, que devem ser preferencialmente adotados pela AP (artigo 19, inc. I). Admite-se também a instituição de cadernos de encargos, contratos e

demais documentos, cuja não utilização pela entidade contratante deve ser expressamente justificada no processo (artigo 19, § 2º).

A Lei 14.133/2021 cria um novo caráter nos procedimentos: o agente contratante, funcionário efetivo designado para tomar decisões, acompanhar e promover o processo licitatório, auxiliado por uma equipe de apoio. Nas licitações de bens ou serviços especiais, o agente contratante pode ser substituído por uma comissão contratante composta por, no mínimo, 3 membros. Ainda subsistem muitas dúvidas sobre as reais responsabilidades do agente de recrutamento (ou da comissão), principalmente devido ao princípio da segregação de funções, que proíbe a participação do mesmo funcionário em diferentes fases do procedimento.

A NLL colocou fim a dois processos de seleção: o convite e a tomada de preços, que eram formas mais simples do processo de concorrência recebendo, recorrentemente um número elevado de críticas em razão das possibilidades de fraude concorrencial. A referida competição, o pregão e o leilão permaneceram e foi criado o diálogo competitivo, uma das grandes novidades da NLL.

Inspirado no procedimento das Diretrizes Europeias, o diálogo competitivo brasileiro é definido como o procedimento de contratação de obras, serviços e compras em que a AP dialoga com licitantes previamente selecionados a fim de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de satisfazer suas necessidades, com a apresentação das propostas finais após o encerramento dos diálogos.

Este procedimento restringe-se especificamente a duas situações: 1) contratação com inovação tecnológica ou técnica, sem a possibilidade de adaptação das soluções disponíveis no mercado e impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com suficiente precisão pela AP; e 2) contratos com a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas aptos a satisfazer as necessidades da AP, tais como a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos capazes de implementar a solução já definida ou a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

O procedimento é dividido em duas fases: uma de diálogo e outra de competição. Inicialmente, a AP divulga publicamente suas necessidades e requisitos, bem como os critérios utilizados para a pré-seleção dos licitantes. Poderão participar do procedimento todos aqueles que atenderem a esses critérios e manifestarem interesse dentro do prazo

estabelecido. Na fase de diálogo, as empresas apresentam suas soluções e realizam reuniões com a Administração, até que esta identifique a solução que atenda às suas necessidades.

A fase de licitação inicia-se, então, com a publicação de um caderno de encargos com a especificação da solução escolhida, bem como os critérios objetivos que serão utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa. Podem participar todas as empresas pré-selecionadas na fase de diálogo, devendo apresentar novas ofertas ajustadas às especificações designadas pela Administração.

A nova lei brasileira prevê os critérios para a seleção da melhor oferta: menor preço; maior desconto; melhor técnica ou conteúdo artístico (objetos de natureza técnica, científica ou artística); técnica e preço (serviços especializados, serviços tecnológicos sofisticados, bens e serviços especiais de TIC, obras e serviços especiais de engenharia, objetos com soluções específicas e alternativas e variações de execução); licitante com lance mais alto (leilão); e maior retorno econômico.

Existem dois desenvolvimentos importantes na NLL sobre o assunto. O primeiro é a adoção geral do critério de maior retorno econômico, que já estava previsto na lei do regime de contratação diferenciado, e que deveria ser utilizado como critério de seleção para os chamados contratos de eficiência. Tratam-se de contratos de prestação de serviços, que podem incluir obras ou bens, com o objetivo de proporcionar economia à AP, sendo o empreiteiro remunerado com base em um percentual da poupança gerada pelos seus serviços (contratos atrelados aos custos da eletricidade são um exemplo).

Assim, no critério de maior retorno econômico, a avaliação da proposta será feita com base no resultado da economia que se estima gerar para a AP com a execução, descontada a proposta de preço da empresa. Obviamente, se durante a execução do contrato essa economia não for produzida conforme previsto na proposta, a empresa sofrerá descontos na sua remuneração e poderá ser sancionada.

A segunda grande novidade é a inclusão do conceito de ciclo de vida para avaliação nos critérios de menor preço, maior desconto e técnica e preço. Historicamente, quase todas as licitações brasileiras sempre foram baseadas no preço mais baixo, sem grandes preocupações com outros aspectos de bens e serviços. Agora, a NLL atrela o menor preço também ao menor gasto total, que para sua definição também deve considerar os custos indiretos, relacionados à manutenção, uso, reposição, depreciação e impacto ambiental do

objeto da oferta, entre outros fatores ligados ao seu ciclo de vida. Ainda não está claro como será feita essa avaliação, principalmente no caso dos leilões reversos, uma vez que a NLL prevê a necessidade de posterior regulamentação dessa questão.

De acordo com a NLL brasileira, o desenvolvimento nacional sustentável é um princípio geral e um objetivo específico das licitações públicas. Isso vai ao encontro da ideia contemporânea de compras públicas estratégicas, onde os governos utilizam seu enorme poder aquisitivo para promover determinadas políticas públicas que auxiliam no desenvolvimento social e econômico do país.

Dessa forma, além da inclusão de considerações ambientais relacionadas ao ciclo de vida do objeto do contrato, a NLL traz também outras novidades relacionadas às compras públicas verdes. Na análise dos possíveis impactos ambientais da contratação (art. 18, § 1º, inc. XII), devem ser considerados requisitos de baixo consumo de energia, bem como a logística reversa para a destinação e reciclagem de mercadorias e resíduos. Agora também existe a permissão expressa (art. 42, inc. III) a fim de que as especificações possam exigir certificações de produtos, inclusive ambientais.

Uma medida interessante é a estabelecida no artigo 26, inc. II: a possibilidade de margem de preferência de até 10% da oferta para compras de bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. Ou seja, no caso desses bens, o preço final pode ser até 10% superior ao dos bens normais, o que significa uma vantagem relevante para as empresas que investem em produtos orgânicos.

Outra inovação está na execução do contrato. O artigo 144 salienta que, na contratação de obras, fornecimentos e serviços, pode ser fixada uma remuneração variável ligada ao desempenho do empreiteiro, com base em objetivos, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos na licitação e no contrato. Assim, a AP pode instituir determinados critérios ambientais para a execução do contrato. Caso esses critérios não sejam atendidos, total ou parcialmente, haverá um desconto direto no pagamento da empresa.

No campo social dos contratos públicos, a NLL mantém vários aspectos da legislação anterior e acrescenta alguns novos. Como medida de proteção de direitos fundamentais, é vedada a participação em licitações a pessoas ou empresas que, nos últimos 5 anos, tenham sido definitivamente condenadas por exploração de trabalho

infantil, por sujeição de trabalhadores em condições análogas às de escravidão ou contratação de adolescentes em casos proibidos pela legislação trabalhista.

No que se refere à promoção do trabalho das pessoas com deficiência, tanto na fase de licitação como na execução do contrato, as empresas devem verificar o cumprimento dos requisitos legais de reserva de emprego para pessoas com deficiência ou em reabilitação. Uma regra que já existia na lei anterior, e que permanece, é a possibilidade de contratação direta de associações de pessoas com deficiência, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência.

Uma grande novidade é a inclusão de um novo critério de desempate de ofertas (artigo 60, inc. III): o desenvolvimento por parte do licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho. Ainda assim, a própria lei chama a atenção para o fato de que essa medida ainda precisará de regulamentação, justamente para especificar o que essas ações seriam avaliadas.

Finalmente, como possíveis cláusulas sociais para a execução do contrato, a AP pode exigir que uma porcentagem mínima da força de trabalho responsável pela execução do objeto do contrato seja constituída por mulheres vítimas de violência doméstica ou pessoas que tenham sido dispensadas do sistema prisional, por exemplo. Aqui também a lei prevê a edição de um futuro regulamento de aplicação da norma.

Além das questões ambientais e sociais, a inovação também é um dos elementos da contratação pública estratégica. Como já foi referido, é uma das novidades mais importantes da NLL é o diálogo competitivo, um processo de seleção que oferece grandes perspectivas para os contratos públicos de inovação. No entanto, o texto também contém outras disposições importantes sobre o assunto.

No artigo 11, o incentivo à inovação é colocado como um dos objetivos do processo licitatório. Um exemplo disso está no artigo 26, § 2º, que permite fixar nas especificações uma margem de preferência de até 20% para as manufaturas e serviços nacionais decorrentes do desenvolvimento tecnológico e da inovação no país.

Outra amostra está na contratação de projetos ou serviços técnicos especializados. Como regra geral, o licitante vencedor deve ceder todos os direitos de propriedade à AP. No entanto, de acordo com o artigo 93, § 2º, quando se tratar de pesquisa e

desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou inovador, a AP terá competência para não exigir a transferência de direitos. Essa regra visa justamente promover a participação das empresas em licitações de inovação, pois, mesmo contratando inicialmente a AP, elas poderão vender sua solução também para o mercado privado.

O artigo 81 acrescenta um procedimento auxiliar para licitações e contratos: o procedimento de manifestação de interesse (PMI), originado na Lei de Concessões, que nada mais é do que um procedimento pré-licitação. A AP solicita à iniciativa privada a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras relacionadas com questões de relevância pública, mas sem garantia de pagamento. Ao contrário do diálogo competitivo, a AP pode convocar um PMI sem realizar a licitação, mas, caso seja realizada, o licitante vencedor deverá remunerar o vencedor do PMI. Um ponto interessante é que o § 4º do artigo 81 permite que um determinado PMI fique restrito às chamadas *startups*, que a lei define como PMEs de natureza emergente e de grande potencial, dedicadas à pesquisa, desenvolvimento e implantação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que pode causar alto impacto.

Compreende-se, pois, que o legislador brasileiro sempre foi muito cético na utilização de meios alternativos para a resolução de conflitos, especialmente os que envolvem o Governo. A visão dogmática do conceito de “interesse público”, um possível medo da corrupção por árbitros privados e, no caso dos contratos, a conveniência de se utilizar cláusulas exorbitantes, gerou conflitos decorrentes da contratação pública tendo sempre o processo judicial como mandatário destino.

Porém, aos poucos, esse entendimento rígido foi mudando. A previsão da utilização de meios adequados para a resolução de conflitos da AP passou a ganhar mais força, principalmente a partir da Lei 13.129/2015, que permite expressamente o uso da arbitragem pela AP para a resolução de conflitos e a Lei 13.140/2015, que trata da auto-composição de conflitos em que a Administração está envolvida.

A NLL, em seu art. 151, permite o uso de meios adequados de prevenção e resolução de conflitos, notadamente a conciliação, mediação, o comitê de resolução de conflitos e a arbitragem. A utilização destes meios, nos termos da própria legislação, limita-se aos direitos patrimoniais transacionais, tais como o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o descumprimento de obrigações contratuais por qualquer das

partes e o cálculo de eventual indenização.

Sem dúvida, a principal novidade é a possibilidade de adotar o chamado contencioso, que a lei chama de “comitê de resolução de conflitos”, quase não utilizado no Brasil até hoje, justamente por não haver legislação nacional autorizada. No entanto, a NLL se limita a autorizar esses comitês, além de exigir que o processo de eleição de seus membros respeite critérios equânimes, técnicos e transparentes. Portanto, mais regulamentação normativa deve ser aguardada até que o uso efetivo de painéis de disputa se torne uma realidade nos contratos públicos brasileiros.

Em geral, em muitos lugares, a NLL buscou modernizar o tratamento dos contratos públicos, imprimindo-lhes aspectos mais dinâmicos e certa redução das cláusulas exorbitantes que sempre os caracterizaram. O objetivo é garantir maior segurança e equilíbrio entre as partes, dando às empresas maior confiança para participar do mercado de licitações, o que geraria maior competitividade e melhores contratações para a própria AP.

Uma dessas novas ferramentas é a matriz de risco. Já prevista em outras legislações (PPP, RDC e Empresas Estatais), a matriz de risco passou a ser uma potência para todas as contratações públicas, com exceção de grandes obras e serviços (mais de 200 milhões de reais, cerca de 3,5 bilhões de pesos), ou regimes de contratação integrados e semintegrados, onde seu uso é obrigatório. Trata-se de uma cláusula contratual que identifica os riscos contratuais previstos e presumidos e cria uma matriz para a alocação desses riscos, dividindo-os entre contratante e contratado, indicando aqueles assumidos pelo setor público ou privado ou a serem compartilhados, permitindo, dessa forma, mais transparência e segurança nos contratos.

Nos referidos contratos integrados (a empreiteira é responsável pela elaboração do projeto básico e do projeto executivo) e semintegrados (a AP disponibiliza o projeto básico, sendo a empreiteira responsável pelo projeto executivo) também regimes de outras legislações específicas que ora fazem parte da lei geral. Por outro lado, surge a criação de um novo regime: a entrega e prestação de serviços associados, em que o empreiteiro fornece o bem ou a obra e também é responsável pela sua exploração, manutenção ou ambos, durante determinado período.

Uma mudança relevante é a duração dos contratos contínuos. Na lei anterior, a

regra geral era o prazo contratual de 12 meses para os contratos de prestação de serviços contínuos, podendo chegar a 60 meses com eventuais prorrogações. Agora, de acordo com o artigo 106 da NLL, esse prazo inicial pode ser de até 5 anos, podendo ser prorrogado até atingir o limite máximo de 10 anos. Além disso, os suprimentos contínuos também usam essa regra. Tanto no caso de fixação do prazo inicial de vigência quanto nas prorrogações, deve-se analisar a economia da contratação.

A corrupção é um dos problemas mais notórios nas compras públicas brasileiras. Ao longo dos anos, os casos se acumularam em quantidade e também em volume de dinheiro desviado do governo. Todas as leis anteriores, de maneiras diferentes, tentaram minimizar esse problema, sem alcançar o sucesso desejado. A NLL traz algumas ideias antigas, como o aumento das penas para crimes, e outras mais modernas, como o PNCP, a segregação de funções por princípio, a exigência de ampla justificativa durante a fase de planejamento do recrutamento, dentre muitos outros.

O artigo 169 cita que o controle das contratações, além de ser exercido pela sociedade, deve ser estruturado em três linhas de defesa: 1ª linha: dirigentes, funcionários e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão; 2ª linha: assessoria jurídica e controle interno do próprio órgão; 3ª linha: órgão central de controle interno da AP e tribunal de contas. A lei determina, ainda, que a alta direção do órgão seja responsável pela implantação de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controle preventivo, que, em tese, poderiam levar à sanção dos administradores em caso de omissão.

Ainda assim, o grande avanço da lei na matéria é o impulso que é dado aos chamados programas de integridade (*Compliance*). Já previstos em outras legislações, como a Lei Anticorrupção e a Lei das Sociedades Anônimas, os programas de integridade passam a ter um papel importante no direito geral. Um exemplo é a implementação obrigatória de um programa de integridade pelo licitante vencedor de contratos de grandes obras, serviços e suprimentos (mais de 200 milhões de reais, cerca de 3,5 bilhões de pesos), nos 6 meses seguintes ao início do contrato. Outra é que a existência de programa de integridade na empresa licitante torna-se, nos termos do artigo 60, inc. IV da NLL, critério de desempate em caso de ofertas iguais.

Os programas de integridade também são mencionados na seção de sanções. De acordo com o artigo 156, §1º, inc. V da NLL, a implantação ou aprimoramento de um

programa de integridade torna-se circunstância atenuante no momento da aplicação da sanção. Além disso, no caso de penalidades mais graves, será exigida a implantação ou aprimoramento de um programa de integridade como condição para a reabilitação do licitante ou empreiteiro. É necessário esclarecer que sempre que se trate de programas de integridade, a lei tem o cuidado de afirmar que tais programas não são elaborados livremente pelas empresas, mas que devem seguir as normas emanadas dos órgãos de controle.

1.2 As recentes alterações na legislação dos Estados Unidos da América em matéria de Licitações e de Parcerias Público-Privadas

Não existe um conceito estatutário uniforme de PPP em nível federal nos EUA. O escopo das transações do qual cada estado pode dispor para adquirir ou fazer uma parceria com o setor privado para a entrega ou operação de infraestrutura varia de estado para estado. Em alguns casos, as leis de licitações relacionadas à infraestrutura não autorizaram as formas típicas de contratos utilizados em PPPs em âmbito internacional, exigindo, por exemplo, a separação entre a contratação do projeto e a contratação da implementação do mesmo (HOUER, 2021). Mais notavelmente, este tem sido o caso de Nova York. No entanto, as políticas para as compras de produtos e projeto e de contratação de serviços mudaram nos últimos anos e, mais especificamente no final de 2019, momento em que teve início a pandemia pelo Covid-19 em âmbito mundial.

Alguns estados promulgaram legislação específica para as PPPs, ao passo que outros contam com o diploma normativo relativo à sua autoridade geral de aquisição e direito comum. Em alguns casos, a legislação que torna possível as PPPs é restrita a algumas categorias específicas de projetos, a exemplo do transporte. Em outros, autoriza-se a contratação por meio de solicitação de proposta de todos os tipos de projetos de infraestrutura (MARIN; SARAD, 2021).

Atualmente, a maioria dos estados americanos e Porto Rico promulgaram legislação específica para as PPPs para o setor de transportes e de projetos sociais. Em alguns casos, a legislação que viabiliza as PPPs autoriza projetos específicos de forma *ad hoc*. Outros estados, como Nova York, promulgaram programas-piloto que autorizam a contratação de um número limitado de projetos usando o modelo de PPP e outras jurisdições têm estatutos mais abrangentes que permitem PPPs para qualquer projeto desenvolvido por

qualquer departamento governamental (Arkansas, Porto Rico). Ademais, um município ou autoridade que não conta com um estatuto específico de PPP normalmente tem o poder de agir com fundamento em seus poderes gerais de contratação consoante o seu estatuto (SWAGEL, 2020).

Os tipos de infraestrutura pública que podem ser contratados valendo-se do modelo de PPP também variam de estado para estado. Ao longo da história, o setor de transporte é responsável pelo maior uso das PPPs nos EUA, notadamente para o desenvolvimento de estradas e infraestrutura a elas relacionadas, mas também para projetos de trens leves e aeroportos. As PPPs também têm sido usadas também com sucesso em projetos hídricos, a exemplo de projetos com águas residuais e dessalinização nos EUA. Nos últimos anos, as PPPs têm sido cada vez mais empregadas em projetos de infraestrutura social, especialmente tribunais, presídios, moradias destinadas a universitários e escolas (MARIN; SARAD, 2021).

Acrescente-se que não há nenhuma autoridade nacional de PPP nos EUA. Em vez disso, a PPP normalmente é uma questão de regulamentação estadual ou municipal. Porto Rico e o Distrito de Columbia criaram uma autoridade integrada para firmar PPPs em distintos departamentos do governo local, e nos estados em que o uso de PPPs é limitado, podem ser criados escritórios separados em determinados departamentos. Como exemplo, cita-se o Departamento de Transportes da Virgínia que tem o seu escritório de PPP. Em algumas jurisdições, uma autoridade centralizada detém o poder de aprovar ou não novos projetos (a exemplo da Comissão de Desenvolvimento Econômico no Arkansas), ou de buscar pela aprovação do chefe ou secretário do departamento relevante ou, em outros casos, a aprovação da legislatura ou do governador (HOUEER, 2021).

Referente às compras, as PPPs geralmente são contratadas em nível estadual, ou pelos municípios (seja aplicando a legislação estadual ou invocando os poderes de autogoverno sob suas próprias cartas de normas domésticas) ou por autoridades especiais, entidades normalmente criadas mediante a regulamentação de leis estaduais ou municipais visando a realização de uma função governamental específica.

As formas como o particular é remunerado variam de acordo com o estado. Os esquemas de compensação normalmente empregados incluem pagamentos de materiais de construção, pagamentos de disponibilidade e projetos de risco de receita em que o

desenvolvedor ou concessionário cobra e retém os pagamentos do usuário (como é o caso dos pedágios e das tarifas de passageiros, etc). Enquanto nas últimas duas décadas vários projetos foram adquiridos com risco de receita e, nos últimos anos a maioria das jurisdições optou por estruturas de pagamento de disponibilidade (GRUPO HOUER, 2021).

A maioria dos estados e territórios dos EUA conta com uma proibição constitucional geral contra a assunção de obrigações de pagamento de longo prazo que se estendem além do período previsto no orçamento constitucional (um ou dois anos, na grande maioria dos casos). Dessa forma, quase todos os projetos de pagamento por disponibilidade nos Estados Unidos estão sujeitos ao risco de apropriação (MARIN; SARAD, 2021).

Compreender como lidar com esse risco é uma preocupação dos patrocinadores governamentais, desenvolvedores e credores, mas, a maioria dos contratos de PPP contêm soluções envolvendo a obrigação da autoridade responsável por firmar a Parceria de buscar pela apropriação e direito de rescisão do desenvolvedor com o qual tanto os desenvolvedores quanto os financiadores ficarão satisfeitos.

Geralmente, não há direito contratual de reequilíbrio de um contrato de projeto após a obtenção de uma determinada taxa de retorno ao investidor. O direito de retorno do investidor é muitas vezes limitado nos mecanismos de compensação de rescisão, especialmente se o concedente estiver autorizado a rescindir a PPP por conveniência. Nesses casos (tal como no caso de rescisão por inadimplemento do poder concedente) há o reconhecimento do direito de fornecer alguma compensação em razão da perda de retorno patrimonial, restrito a uma TIR acordada no início do contrato do projeto. A mesma Taxa de Limite de Retorno (TIR) é empregada também quando é reconhecida a compensação por certos eventos de alívio limitado (MARIN; SARAD, 2021).

A grande maioria das grandes aquisições de PPP nos EUA exige financiamento comprometido na data em que for realizada a licitação. As aquisições demandam compromissos de financiamento de no mínimo 120 dias a partir da concessão e uma declaração dos credores ou subscritores atestando que foram realizadas todas as diligências necessárias e que ficaram satisfeitos com a documentação do projeto. Nos últimos anos, no entanto, algumas autoridades de aquisições optaram por usar um modelo de acordo de pré-

desenvolvimento, em que a autoridade seleciona um desenvolvedor com base em suas qualificações (técnicas e financeiras) e concorda em negociar um acordo de projeto definitivo exclusivamente com isso. Isso é visto favoravelmente pelos proponentes devido à redução nos custos de desenvolvimento de propostas (GRUPO HOUER, 2021).

Ressalte-se, por fim, que as leis de garantia estatutária não são necessariamente anuladas pelos estatutos de PPP e, assim, poderiam ser aplicáveis a qualquer trabalho realizado em conexão com um contrato de PPP. Porém, na medida em que o bem sobre o qual o trabalho é executado é de propriedade do Estado, diferentes normas legais podem ser aplicadas a estes ônus.

No que concerne à restauração do equilíbrio econômico-financeiro ou formulações semelhantes, estes não são encontrados nos acordos de PPP dos EUA (GRUPO HOUER, 2021). Dessa forma, o impacto de eventos significativos inesperados ou de alterações nas condições econômicas gerais não implicará em nenhuma mudança nas condições da PPP, a menos que essas alterações possam ser caracterizadas como uma das circunstâncias que dão ao desenvolvedor o direito de ser beneficiado com a isenção de cronograma ou compensação nos termos do contrato prejudicado por motivos de força maior, evento que demanda socorro ou similar.

1214

Por fim, nos EUA, os contratos de PPP costumam incluir proteção ao desenvolvedor por determinadas mudanças na legislação, e, especialmente, mudanças nas leis que guardam conteúdos discriminatórios, ou seja, uma mudança que se destina a ser aplicada apenas ao desenvolvedor ou, aos proprietários ou operadores de instalações semelhantes abrangidos pelo contrato de PPP. Além disso, a maioria das PPPs também oferece proteção para rescisão por conveniência da concedente (MARIN; SARAD, 2021). No entanto, outros riscos políticos, como, por exemplo, o risco de uma autoridade aquisitiva desistir de uma aquisição, mesmo em fase avançada, normalmente não tem proteção.

2 ANTECEDENTES E ESTRUTURA CONCEITUAL DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

Após duas décadas de exitosa experiência com PPPs em outras regiões do planeta (Europa e Ásia), a América Latina começou a se interessar por suas vantagens para a oferta de infraestrutura e serviços públicos de forma integral. Em virtude da incorporação do

setor privado, a região pôde implementar novos e inovadores modelos de financiamento, cujo desenho, operação e manutenção produziram resultados positivos para as economias. Embora a participação do setor privado em projetos públicos não seja nova, o modelo de PPP propõe novas e ambiciosas metas para a dinâmica público-privada tradicional, e a leva a um campo mais amplo, participativo e efetivo para o fornecimento de infraestrutura e serviços públicos. Existem diferentes definições e pontos de vista sobre o que constitui uma PPP.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a define como um acordo entre o governo e um ou mais parceiros privados (que podem incluir operadores e financiadores) sob o qual os parceiros privados prestam um serviço, de forma que em caso de prestação de serviços governamentais os objetivos estão alinhados com os objetivos de obtenção de lucro do setor privado e a eficácia depende de uma transferência adequada de riscos do setor privado (OCDE, 2010).

Por sua vez, o Fundo Multilateral de Investimentos define PPP como um esquema de colaboração de longo prazo entre uma autoridade pública e o setor privado para a prestação de um serviço público (BLOOMGARDEN; MARUYAMA, 2008). Para outras organizações mais próximas do modelo britânico, uma PPP se refere a um esquema contratual entre o setor público e o setor privado em um projeto compartilhado.

1215

A gama de aplicação das PPPs vai desde a infraestrutura de energia, transporte, fornecimento de água potável e serviços de saneamento até esquemas de irrigação e serviços de educação e saúde, entre outros. Nos últimos tempos, projetos começaram a ser apresentados em áreas como cadastro, gestão de informações e cobrança de notas fiscais, nas quais o setor privado pode ser mais efetivo.

A principal característica de uma PPP é a alocação de riscos e os esquemas de mitigação entre cada uma das partes (BRUMM, 2021). Para fins deste trabalho, utiliza-se um amplo conceito de PPP, como aquele relacionado aos acordos ou alianças que não só permitem a participação ativa do setor público-privado, mas também estabelecem um vínculo inalienável entre a oferta de infraestrutura e os serviços necessários à melhoria dos padrões de vida a longo prazo.

Nas últimas décadas, as PPPs têm sido realizadas nos mais diversos setores, entre os quais se destacam as mencionadas no parágrafo anterior. Existem inúmeras variantes e

vários esquemas contratuais, que vão desde concessões a esquemas para incorporar uma ampla gama de responsabilidades para o projeto, construção, manutenção, financiamento e/ou operação do serviço e cujos riscos podem ser transferidos para a operadora, de acordo com o tipo de projeto e as habilidades do setor privado envolvido.

As principais modalidades de PPP são: contratos de prestação de serviços, contratos de administração, concessões, BOT (*Build-Operate-Transfer*), cooperativas e associações em risco comum (HUPSEL, 2021).

Os contratos de prestação de serviços são contratos de prestação de um serviço específico. O Estado mantém a propriedade e requer um determinado nível de serviço. Pode haver alocação de risco, que depende do esquema contratual. Como exemplos, podem ser citados: contratos de manutenção de estradas por níveis de serviço, contratos de cobrança de serviços de água potável e contratos de cobrança de tributos locais.

Os contratos de administração acontecem quando um bem público é operado e administrado por um agente privado sob um risco compartilhado e esquema de participação nos lucros. Como exemplos, podem ser citados: os contratos de administração de empresas de água potável e os contratos de administração de unidades prisionais. As concessões ocorrem quando o Estado concede o direito de usufruto de um bem (por exemplo: uma estrada, uma usina elétrica) em troca de um acordo econômico entre as partes por um período determinado.

No BOT (*Build-Operate-Transfer*), a entidade privada é responsável pela construção e beneficiação de um imóvel e pelo seu funcionamento, sendo que o imóvel fica com o Estado ou a ele é devolvido no final do processo. Como exemplos, podem ser citados: a construção de uma central geradora de energia e construção de um hospital.

Já as cooperativas são organizações comunitárias que fazem parceria com instituições públicas para apoiar um bem comum. O governo efetiva um pagamento ou contribuição a uma organização local, com fundamento em indicadores de desempenho.

Nas associações em risco comum, agentes públicos e privados associam-se por meio de empresa mista ou veículo similar e compartilham riscos, custos e lucros. Um governo cria uma empresa para um propósito específico, por exemplo, para construir uma estrada.

O esquema de identificação, alocação e distribuição de riscos é inerente a cada contrato e a cada setor e à capacidade de cada uma das partes em assumir o risco e mitigá-

lo. O esquema de alocação de riscos parte do pressuposto de que cada uma das partes assume os riscos que possui maior capacidade de gerir e mitigar, e no fato de cada uma das partes ter associado os custos reais do projeto, uma vez que quanto maior for o risco e quanto maior a dificuldade de mitigação, maior também será o custo associado do setor privado,

Entre os principais benefícios de um projeto de PPP, foram identificados os seguintes: i) a capacidade de prestar um serviço a um custo menor e em menos tempo; ii) a possibilidade de melhorar a qualidade dos serviços e garantir bons níveis de serviços ao longo de determinados períodos de tempo; iii) uma gestão mais eficiente dos riscos do projeto; iv) a capacidade de atrair inovação tecnológica e conceder flexibilidade à prestação de serviços; e v) que em alguns casos a estruturação financeira de um projeto pode atrair recursos financeiros em condições mais favoráveis do que se fosse realizado na forma de projeto público.

Os projetos de PPP são projetos complexos e de longo prazo que envolvem um esquema detalhado de alocação de riscos entre as partes e requerem uma mudança de paradigma na forma tradicional de prestação de serviços por parte dos entes públicos e privados. Portanto, para realizar um projeto de PPP, os seguintes fatores devem ser levados em consideração:

- Exigem altos níveis de investimento na estruturação contratual, técnica e econômica. Os altos custos de transação são um fator a ser analisado na avaliação da viabilidade desse tipo de projeto.
- As assimetrias de informação tendem a ocorrer, uma vez que o setor privado costuma ter mais recursos financeiros e humanos para administrar e definir um projeto com a contraparte.
- Os impactos fiscais de contingências e eventos imprevistos devem ser cuidadosamente quantificados e, de acordo com sua probabilidade de ocorrência, incluídos nas contas fiscais. O mesmo tratamento deve ser dado aos passivos não contingentes.
- Por se tratarem de contratos de longo prazo, algumas das condições iniciais podem exigir modificações, o que implicaria em renegociações e maiores custos de transação.

- A complexidade técnica é inerente a cada setor. A complexidade na estruturação e nas condições contratuais e financeiras pode levar às economias de escala. Ademais, as lições aprendidas em um setor podem ou não ser aplicáveis a outro setor.
- Este tipo de projeto exige um maior esforço de regulação e fiscalização por parte do Estado, embora, por outro lado, o libere das atividades de execução e exploração.

Ressalta-se que a participação da comunidade, a comunicação e os mecanismos de construção de consenso são essenciais para garantir o sucesso dos projetos. Da mesma forma, dado o seu maior nível de fiscalização e acompanhamento da comunidade, nestes casos é necessário um maior rigor na gestão dos aspectos ambientais e sociais envolvidos.

3. AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE AS LICITAÇÕES COMUNS E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

A parceria público-privada é um modo de atuação dos segmentos privados na instauração, aprimoramento e administração da infraestrutura, essencialmente nos segmentos rodoviários, ferroviários, fidrosviários, portuários, elétricos, dentre outros (MEIRELLES, 2015). Trata-se de uma intercorrência para a ausência de artifícios estatais e para investimentos nesses segmentos. Para Di Pietro (2017), diferentemente do que observa-se com as licitações comuns que foram as primeiras a serem pensadas pelo Estado no intuito de prestar serviços à população, as PPPs surgiram como uma alternativa para a ausência de recursos públicos.

1218

O mesmo autor, ainda menciona que segundo a Lei 11.079/2004, a PPP é um contrato de concessão, mas uma concessão especial. Ou seja, diferente da licitação comum, devido ao fato de o particular prestar serviço em seu nome, sem, porém, precisar assumir todo o risco do empreendimento, uma vez que o poder público contribui financeiramente para a realização e manutenção do contrato.

Conforme explica Pereira (2017) a doutrina reconhece dois tipos de concessões: a PPP e as concessões comuns onde o poder concedente advêm da União, Estados, Distrito Federal e municípios. Do outro lado, há o concessionário que é a pessoa jurídica que prestará serviço para a população, sendo que para fazer uso desse serviço é o usuário quem deverá pagar uma tarifa que fixada no momento da licitação.

Na concessão oriunda de uma licitação comum, a empresa assume todos os riscos, como, por exemplo, se a telefonia para a qual foi entregue uma concessão de serviço for à

falência, o Estado não vai interferir para impedir que isso venha a ocorrer. Diante disto, pode-se observar que o poder judiciário não está incluso na possibilidade de ter seus serviços e obras intermediadas por concessão da PPP. De acordo com Di Pietro (2017) são duas as modalidades das PPPs (patrocinada e concessão administrativa), o que as diferem mais uma vez das licitações comuns que possuem cinco modalidades: pregão, concorrência, concurso, leilão e o diálogo competitivo.

Na modalidade patrocinada, segundo Alexandrino e Paulo (2017) a concessão ocorre quando envolve a cobrança de tarifa dos usuários e ajuda financeira do parceiro público. Já na concessão administrativa de acordo com o artigo 2.º, § 2.º da Lei 11.079/2004, a totalidade do dinheiro é oriunda da AP, pois é ela a usuária do serviço prestado, não havendo dinheiro de usuário algum.

Entretanto, a afirmação acima citada, segundo Santos Filho (2013) não é verídica, haja vista que todo e qualquer dinheiro que sai da AP tem origem nos impostos pagos ao Estado. Portanto, pode-se observar que nas duas modalidades das PPPs, existe participação pecuniária da AP. Nas licitações comuns previstas na Lei 8.987, seja na concessão de obras ou serviços, não há contraprestação pecuniária do parceiro público para o parceiro privado.

Para Ribeiro e Prado (2010) outra importante característica que difere as licitações comuns das PPPs é o valor do contrato, pois é vedada a celebração desta categoria de concessão quando o valor for inferior R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais).

De acordo com Pereira (2017), nas PPPs os custos iniciais são muito mais elevados e também a duração dos contratos, havendo assim uma desvantagem quanto à licitação comum.

Motta (2011) assegura que a redução dos custos nas PPPs frente a licitações comuns possibilita ao Estado custear o trabalho dos encarcerados que estão buscando a ressocialização. Dessa forma, o autor entende ser muito mais oneroso para a gestão pública construir e manter um serviço desse porte que demandará grandes retiradas dos cofres públicos. Para Almeida (2017) a empresa privada visa o lucro, enquanto a AP visa o bem-estar da população. Devido a isso o autor acredita que os serviços prestados pelo poder público podem e devem ser sempre priorizados em qualquer tipo de concessão pública.

Este entendimento converge com o de Costa et al. (2020) que ressaltam outras diferenças entre as PPPs e as licitações comuns. Segundo os autores, os contratos de PPPs

têm características peculiares que requerem elevados investimentos, contratos de elevada durabilidade, extensos períodos de *payback* e múltiplos patrocinadores. Tais características, segundo Diniz et al. (2021), tornam essa modalidade de parceria mais exposta a riscos. Ou seja, na licitação comum o Estado fica mais resguardado de futuros prejuízos.

Alexandrino (2017) destaca que enquanto nas licitações comuns não há limite máximo e mínimo para a prestação de serviço público, nas PPPs o tempo mínimo para ser celebrado um contrato desta espécie é de um mínimo de cinco e máximo de trinta e cinco anos.

Para Pereira et al. (2017), a diferença entre as PPPs que trabalham com base no interesse econômico e as licitações comuns é de suma importância para a população usuária que, mais do que o habitual, dependerá da idoneidade do seu gestor público, a fim de que os cofres públicos não sejam lesados.

Esse risco financeiro mencionado, segundo Niebuhr (2011) é menor quando a obra ou o serviço segue as diretrizes da licitação comum, já que os riscos ficam sob o encargo exclusivo dos licitantes. Porém, para Diniz et al. (2021) estes modelos híbridos das PPPs são mais adequados para o país que busca desenvolver-se de forma mais rápida, diferentemente do que se observa nas licitações comuns, que, em sua maioria, não possuem capital suficiente.

Pode-se observar que as PPPs, quando utilizadas com o objetivo para as quais foram idealizadas, podem se tornar um contrato bastante vantajoso para ambos os lados. Infere-se assim que o legislador brasileiro considera as ações de melhor execução e gestão dos serviços públicos, sempre avaliando o processo em que se dará a licitação e as PPPs.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao final deste estudo com o entendimento de que somente uma nova legislação não será suficiente para sanar os problemas criados pela lei predecessora no que concerne às licitações. Isto porque as razões que levaram a criação da Lei 14.133/2021, bem como os obstáculos enfrentados pelos operadores da Lei 8.666/1993, permanecerão caso os órgãos não busquem aprimorar a capacidade técnica de seus servidores para utilizarem o instrumento de forma eficaz e adequada, a fim de se alcançar os objetivos almejados.

Sabe-se que as licitações caracterizam-se pelo seu rigor e sentido formalista. Em maior ou menor grau, todo ordenamento jurídico estabelece uma série de procedimentos, formalidades e etapas que devem ser cumpridos antes da emissão da vontade administrativa contratual. Uma PPP é um contrato de longo prazo entre uma parte privada e uma entidade governamental, para o fornecimento de um bem ou serviço público em que a parte privada assume risco significativo e responsabilidade de gestão, e a remuneração está ligada ao desempenho.

A principal diferença entre uma licitação comum e uma PPP é que na primeira esse valor parte inteiramente dos usuários, ao passo que na segunda, o governo deve prover no mínimo uma parcela dos custos. As PPPs possuem uma parceria estabelecida entre a iniciativa privada e o Estado para a execução de um serviço de grande porte, como a construção de um metrô, um hospital ou a gestão da iluminação pública. As licitações englobam também a prestação de um serviço, porém elas são mais simples.

Nas PPPs o Estado continua sendo o detentor dos bens, que continuam sendo públicos. Nas licitações comuns também não existe transferência de titularidade do bem para um dono particular. Contudo a empresa concessionária detém o direito de perscrutar o serviço concedido ou a propriedade. No que se refere ao emolumento pelo serviço, as PPPs podem tanto ser bancadas completamente pelo Estado quanto em parte pela população. Já as licitações comuns dependem essencialmente do pagamento de tarifas pelos usuários.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALMEIDA, A.M; ALENCAR, J. C. K. A Administração do Sistema Carcerário Brasileiro por meio da parceria público privada: Primeiras Reflexões. **Revista Jurídica Direito Sociedade e Justiça**, v. 4, 2017. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/download/1899/1527>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2022.

AUTOUNIAN, C. S. **Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BLANCHET, L. A. **Roteiro Prático das Licitações**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BLOOMGARDEN, D.R.; A. MARUYAMA. **Retrospectives Infrastructure and Public: Private Partnerships in Latin America and the Caribbean**. Washington, D.C.: Fomin, 2008.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

BRUM, Sonia Maria da Silva. Um estudo da Parceria Público-Privada para a promoção da cultura cinematográfica municipal. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, [S.L.], p. 94-124, mar., 2021.

DINIZ, A. S. et al. As vantagens, desvantagens e cautelas na contratação das parcerias público-privadas pela gestão pública. **Revista Brasileira de Administração Científica**, v.12, n.1, p. 186-202, 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FURTADO, L. R. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRUPO HOUER. **Como funcionam as Parcerias Público-Privadas no exterior?** 05.02.2021. Disponível em: <https://blog.houer.com.br/parceria-publico-privadas-no-exterior/>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2022.

HUPSEL, E. Lei 14.133, de 2021 – A nova lei de licitações – inovações e desafios. **Revista Colunistas de Direito do Estado**. Ano 2021, n. 477, 2 de abril 2021. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/edite-hupsel/lei-14133-de-2021-a-nova-lei-de-licitacoes-inovacoes-e-desafios>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2022.

1222

MARIN, F. J. R.; SARAD, N. J. **Public Private Partnerships: USA**. 01.10.2021. Disponível em: <https://bracewell.com/insights/public-private-partnerships-usa>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2022.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTTA, C. P. C. **Eficácia nas licitações e contratos**. 10. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005.

____. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NIEBUHR, J. de M. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Dedicated Public Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Structures**. Paris: OCDE, 2010.

PEREIRA, M. M. F. Parcerias público-privadas: amplitude da capacidade institucional em prestação de serviços públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 36, pp. 246-264, ago., 2017.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SANTOS FILHO, J. dos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

SANTOS, R. S. Bases teórico-metodológicas da administração política. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 4, pp. 919-941, ago., 2012.

SWAGEL, P. L. **Public-Private Partnerships for Transportation and Water Infrastructure**. 2020. Disponível em: <https://www.cbo.gov/publication/56044>. Acesso em 12 de fevereiro de 2022.