

pública, que não se confunde com o aporte de recursos, somente poderá ocorrer após a disponibilização do serviço, ainda que de forma parcial, em certos casos.

4. O APORTE DE RECURSOS COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO NA LICITAÇÃO

Outra questão que ainda está em aberto diz respeito à possibilidade (ou não) de que o aporte de recursos seja um critério de julgamento nas licitações para a celebração de uma PPP. A dúvida que se põe é a seguinte: pode a Administração estabelecer como critério de seleção do licitante vencedor o “menor valor do aporte de recursos” a ser empregado pelo parceiro privado?

A questão é de grande interesse prático. Tem sido comum que certas parcerias público-privadas envolvam um montante de aporte de recursos bem mais significativo do que o de contraprestações públicas. Assim, caso se admita como critério de julgamento apenas a “menor contraprestação pública”, é bem possível que dois ou mais licitantes apresentem propostas comerciais que dispensem a contraprestação pública, o que resultaria num empate a ser solucionado por outros critérios que não geram propriamente nenhuma vantagem ao parceiro público – como o sorteio, por exemplo.²¹

Convém examinar mais a fundo a questão proposta.

4.1 A ausência de previsão legal do critério de “menor valor do aporte de recursos”

O art. 12, II, da Lei 11.079/2004 é muito claro ao estabelecer apenas quatro critérios de julgamento nas licitações para a celebração de parcerias público-privadas. São eles: (i) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; (ii) melhor proposta em razão da combinação do menor valor da contraprestação com a melhor técnica de acordo com os pesos estabelecidos no edital; (iii) menor tarifa e (iv) melhor proposta em razão da combinação entre os critérios de menor valor da tarifa e melhor técnica.

A rigor, portanto, a Lei 11.079/2004 não admite expressamente que se adote o “menor valor do aporte de recursos” como critério de julgamento das propostas.

Entretanto, há pelo menos três possíveis alternativas que em tese poderiam conduzir ao cabimento desse critério.

21. Existe certa polêmica quanto à licitude de se admitir propostas de contraprestação zero ou que poderiam resultar em pagamento pela outorga (“contraprestação negativa”). Para uma análise do tema, confira-se: RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Op. cit.*, p. 294-297. Os doutrinadores defendem que é aceitável a apresentação de propostas que dispensem a contraprestação pública.

4.2 Primeira alternativa: o "menor valor do aporte de recursos" como "menor preço"

A primeira alternativa para se admitir o critério do "menor valor do aporte de recursos" seria considerá-lo como uma hipótese de "menor preço" (art. 45, § 1.º, I, da Lei 8.666/1993). Como o *caput* do art. 12 da Lei 11.079/2004 estabelece que o procedimento licitatório obedecerá a legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos, o critério do menor preço, por ser previsto na Lei 8.666/1993, poderia ser adotado na licitação de uma PPP. Assim, sendo o aporte de recursos muito similar a um preço – porque envolve o repasse de recursos ao parceiro privado –, admitir-se-ia o critério do menor valor do aporte de recursos.

4.3 Segunda alternativa: aporte de recursos como contraprestação

A segunda alternativa que levaria ao cabimento do critério do menor valor do aporte de recursos seria considerar o aporte como uma espécie de contraprestação em sentido amplo.

Dir-se-ia que o art. 12 da Lei 11.079/2004, ao falar em "contraprestação" no rol de critérios de julgamento, estaria englobando também os aportes de recursos. Assim, o critério do menor valor da contraprestação, seja puro, seja combinado com o de melhor técnica (art. 12, II), poderia servir de fundamento para a adoção do critério do menor valor do aporte de recursos.

Esse entendimento inclusive poderia ser reforçado por um argumento de interpretação histórica. Quando os critérios de julgamento foram instituídos pela Lei 11.079/2004, não havia a figura do aporte de recursos e, por esse motivo, o art. 12 não teria contemplado expressamente o critério do menor valor do aporte de recursos. Posteriormente, quando se instituiu o aporte de recursos, o legislador teria simplesmente deixado de ajustar a redação do art. 12, II, *a e b*, da Lei 11.079/2004. Partindo-se desses pressupostos, a ausência da previsão legal do critério do menor valor do aporte de recursos seria mero produto de ausência de técnica legislativa, resultado de uma produção normativa realizada "a toque de caixa", que descuidava das adaptações necessárias.

4.4 Terceira alternativa: questionamento da taxatividade dos critérios de julgamento

A terceira alternativa para se defender o critério do menor valor do aporte de recursos consistiria em sustentar que, ao criar os critérios de julgamento, a Lei 11.079/2004 não vedou expressamente a adoção de outros possíveis modos de escolha. Assim, não haveria vedação a que o edital de cada licitação criasse critérios específicos de julgamento, ainda que não previstos em lei. As únicas exigências seriam que o critério estabelecido permitisse um julgamento objetivo e fosse pertinente.

No caso das PPP, por se tratar de uma contratação caracterizada por um fluxo financeiro peculiar, muito diverso do existente nas contratações de obras ou serviços regidas pela Lei 8.666/1993, não faria sentido que houvesse critérios de julgamento *numerus clausus*.

4.5 *Análise das alternativas*

Não há dúvidas de que, em tese, o critério do menor aporte de recursos seria benéfico à prática das PPP.²²

Um exemplo demonstra bem essa vantajosidade. Suponha-se que existam duas propostas comerciais que contemplem exatamente os mesmos valores de prestação pública e de tarifas a serem cobradas dos usuários (acaso existentes). Nessa hipótese, se uma delas previsse um aporte de recursos de valor menor, inequivocamente seria a proposta mais vantajosa em termos econômicos. Isso, é claro, partindo-se do pressuposto de que, no caso concreto, os licitantes poderiam “ofertar” um determinado montante de aporte.

Entretanto, para além da utilidade e conveniência do critério, deve-se examinar a sua compatibilidade com o ordenamento.

Das três alternativas que poderiam sustentar o critério do menor valor do aporte de recursos, afastamos aquela que defende ser o aporte de recursos uma espécie de “contraprestação em sentido amplo”. Isso porque o aporte de recursos não tem a natureza de contraprestação pública, conforme demonstramos acima. Não se trata de pagamento. Desse modo, considerar o aporte de recursos como sendo uma contraprestação pública seria um equívoco.

É verdade que a inflação legislativa permanente no Brasil leva à edição de normas “a toque de caixa”, sem a devida atenção às adaptações normativas necessárias. Entretanto, esse fator, tomado isoladamente, não nos parece suficientemente robusto para justificar a adoção de um critério específico que não encontra amparo legal.

Restam, portanto, as outras duas alternativas. Estas sim nos parecem mais adequadas.

Ou se admite que o art. 12 da Lei 11.079/2004, ao se reportar à legislação geral de licitações e contratos administrativos, admite o critério do “menor preço” previsto na Lei 8.666/1993 (o que conduziria ao critério do menor valor do aporte) ou se entende que a ideia de critérios de julgamento taxativos não se coaduna com as PPP.

Maurício Portugal Ribeiro e Gabriela Engler Pinto optam pela primeira alternativa. Na opinião dos doutrinadores, “o melhor seria usar a primeira das opções acima apontadas: recorrer subsidiariamente à Lei 8.666/1993, para aplicar às PPPs

22. Nesse sentido: ZANCHIN, Kleber Luiz. Op. cit., p. 94.