

Concessão de serviço público e engenharia financeira: notas para uma visão contemporânea sobre a qualificação técnica*

Public service concession and financial engineering: notes for a contemporary view on technical qualification

*Flávio Amaral Garcia***

*André Cyrino****

* Artigo recebido em 19 de fevereiro de 2021 e aprovado em 18 de março de 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v280.2021.83670>.

** Fundação Getúlio Vargas — FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: flavioamaral@juruena.adv.br

Professor de direito administrativo da Fundação Getúlio Vargas. Sócio do Escritório Juruena e Associados. Procurador do estado do Rio de Janeiro.

*** Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: andre.cyrino@uerj.br

Professor adjunto de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Sócio de Gustavo Binenbojm & Associados. Procurador do estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

Os setores de infraestrutura comportam várias especificidades no seu processo seletivo como é o caso, por exemplo, das exigências de qualificação técnica, na fase de habilitação. Em vez de se exigir apenas a experiência pretérita no setor, tem sido comum editais exigirem a comprovação de que os licitantes possuem experiência na captação de recursos. Admite-se, assim, a participação, como licitantes, de atores que, tradicionalmente, funcionam como financiadores, como é o caso de fundos de investimento, entidades de previdência complementar, *trusts* e fundos de *private equity*. O objeto deste artigo é explicar que essa modelagem pode ser viável juridicamente, sendo, ainda, apta a fomentar a competição no certame. Não há um modelo rígido e inflexível de qualificação técnica, devendo ser observada a discricionariedade do gestor na modelagem do certame. De toda forma, é fundamental que essa opção seja devidamente motivada e que se tomem certos cuidados para que não se coloque em risco a adequação, segurança e eficiência do serviço.

PALAVRAS-CHAVE

Licitação — qualificação técnica — recursos financeiros — contrato de concessão — serviços públicos

ABSTRACT

The infrastructure sectors have several specificities in their selection process, as is the case, for example, of the requirements for technical qualification in the qualifying phase. Instead of requiring only past experience in the sector, it has been common that the public notice demand from bidders to have experience in fundraising. Thus, participation is permitted as bidders for actors who traditionally function as financiers, as is the case with investment funds, private pension entities, trusts and private equity funds. The object of this article is to explain that this modeling can be legally viable, being, still, able to foment competition. There is no rigid and inflexible model of technical qualification, and the manager's discretion must be observed when modeling the public bid. It is essential that this option is properly motivated and does not jeopardize the adequacy, safety and efficiency of the service.

KEYWORDS

Public bidding — technical qualification — financial resources — concession contract — public services

1. Introdução

O que é fundamental considerar antes de escolher a empresa que assumirá a responsabilidade de uma concessão de serviço público? A indagação é premissa para o desenho de um bom edital de licitação. Almeja-se a melhor candidata. Por longo período, a licitante vencedora prestará serviço que deve ser universal, acessível e adequado. Um erro de seleção implicará prejuízos a todos.

Daí se exigir dos licitantes que provem sua capacidade. Isso, em geral, envolve experiência específica com o objeto da licitação. O gestor público, em decisão motivada, indica aquilo que parece importante para garantir a boa prestação do serviço. Daí a relação direta entre qualificação técnica e o cerne da atividade a ser concedida. Por exemplo: numa concessão de serviços de transportes de pessoas, demanda-se que o candidato tenha exercido atividade semelhante no passado. Entende-se, nessa ilustração, que, para transportar pessoas, a empresa candidata deve ter feito algo similar ou igual.

Nada obstante, é cada vez mais corriqueiro que cláusulas editalícias de qualificação técnica se relacionem não à atividade, mas a outras capacidades que poderiam, na visão do gestor, suplantam a própria experiência em serviços similares ou idênticos.

Queremos investigar uma dessas capacidades: a experiência em obter e gerenciar recursos financeiros. Têm sido comuns, notadamente para concessões mais custosas, editais que prevejam que a qualificação técnica não será demonstrada por meio da experiência pretérita no serviço, mas no seu financiamento. Escapando do modelo tradicional, editais no setor de infraestrutura têm exigido, como requisito de qualificação técnica, atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, ou mesmo contrato de financiamento celebrado que comprove que a licitante, ou sua afiliada, tenha captado recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor. Isto é: a fase de qualificação técnica será superada por outro tipo de credencial. Em vez do serviço, a realização de engenharia financeira.

Como exemplos de certames que se valeram desta experiência em captação de recursos no mercado vejam-se: (i) a Concorrência nº 001/2013, do estado de São Paulo, que teve por objeto a concessão administrativa para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais em três complexos hospitalares,¹ (ii) a Concorrência Internacional Cohab/SP nº 001/2018, cujo objeto é a concessão administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de São Paulo,² (iii) a Concorrência Internacional nº 004/2013, voltada à concessão patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô,³ (iv) a Concorrência Pública nº 01/2019, concessão do maior projeto de concessão de rodovia do país, envolvendo o lote Piracicaba-Panorama, modelada pela Artesp (cláusula 13.29),⁴ e, recentemente, o (v) edital de concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito do estado do Rio de Janeiro.⁵

¹ V. item 12.11 do edital: “Os Licitantes que desejem sagrarem-se vencedores do Lote 01 deverão apresentar: (i) Atestado que comprove a participação da Licitante na execução de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento de, no mínimo, R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), com recursos próprios ou de terceiros;”

² V. item 14.6.1 do edital: “A qualificação técnica será comprovada, pelos seguintes documentos, apresentados pelo LICITANTE ou, em se tratando de CONSÓRCIO, por ao menos uma das pessoas jurídicas integrantes ou de suas AFILIADAS. [...] b) atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando que o LICITANTE tenha participado de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento, com aplicação de recursos próprios ou de terceiros, de pelo menos: i. LOTE 1: R\$ 59.000.000,00 (cinquenta e nove milhões de reais); [...]”

³ V. item 8.6.1 do edital: “[...] b) Participação em empreendimento em que tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)”.

⁴ V. item 13.29 do edital: “Para fins de demonstração da sua qualificação técnica, a LICITANTE individual ou o CONSÓRCIO deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da LICITANTE ou de profissional a ela vinculado, devidamente registrado(s) na entidade profissional competente, quando for o caso, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, que comprove experiência, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo do ativo de R\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de reais), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R\$ 113.000.000,00 (cento e treze milhões de reais).”

⁵ Cláusula V. item 22.11.1 do edital: “*atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado ou contrato de financiamento devidamente celebrado que comprove que a licitante ou sua afiliada tenha captado recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor: a-) R\$ 1.589.000.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e nove milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 4; b-) R\$ 1.066.000.000,00 (um bilhão, sessenta e seis milhões de reais), para cumprimento das obrigações assumidas, para participação no Bloco 1; c-) R\$ 702.000.000,00 (setecentos e dois milhões de reais), para cumprimento das obrigações*

Esse modelo financeiro, todavia, sofre críticas. Afinal, espera-se — até intuitivamente — que o foco do poder público seja a boa prestação do serviço e não seu financiamento. Aliás, a legislação teria se preocupado com a questão econômica quando exige capacidade financeira dos licitantes, o que não se confunde com a qualificação técnica. Essa seria a *ratio* do artigo 18, inciso V, da Lei nº 8.987/1995, Lei Geral de Concessões (LGC). O dispositivo, sem descer a minúcias, determina que os editais fixem os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal. Tais documentos e exigências seriam aqueles constantes da Lei Geral de Licitações, como se vê nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, Lei Geral de Licitações (LGL), que tratam dos aspectos substanciais da fase de habilitação. Ainda mais exigentes são os artigos 61 a 69 do Projeto de Lei nº 4.253/2020 que deve ser, brevemente, convertido na nova Lei Geral de Licitações e Contratações. No artigo 66, é possível observar alterações substanciais no rol de documentos necessários à aferição da qualificação técnico-profissional e técnico-operacional, destacando-se a exigência constante no inciso II de apresentação de certidões ou atestados que evidenciem *capacidade operacional* na execução dos serviços contratados.

Pois bem. O objeto deste breve estudo é explicar que a exegese de rejeição ao modelo financeiro, conquanto intuitiva, não é necessariamente verdadeira. É lícito que a qualificação técnica para a prestação de serviços públicos tenha por foco a capacidade de captar e gerenciar recursos para o negócio a ser contratado.

Na sequência, apresentaremos como isso se dá, bem como as razões pelas quais essa leitura é viável juridicamente, sendo, ademais, apta a incrementar significativamente o universo de competidores — algo relevante em setores ainda em desenvolvimento no Brasil. Também trataremos de alguns cuidados necessários para que não se negligencie a qualidade da prestação do serviço, além de registrar uma premissa fundamental para a exegese que adotamos.

financeiras assumidas, para participação no Bloco 3; d-) R\$ 651.000,00 (seiscentos e cinquenta e um milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 2".

2. Uma premissa: não é possível interpretar a Lei nº 8.987/1995 à luz da Lei nº 8.666/1993

Parece-nos que o pano de fundo da interpretação intuitiva aqui criticada é a fixação de se ler a Lei Geral de Concessões com as lentes da Lei Geral de Licitações. Toma-se a remissão do *caput* do art. 18 da Lei nº 8.987/1995 como algo absoluto, o que se desdobraria na incidência direta da Lei nº 8.666/1993. Essa importação acrítica é um erro. É que a Lei nº 8.666/1993 (ou mesmo a sua sucessora, pelo que se avizinha da leitura do Projeto de Lei nº 4.253/2020), como se sabe, tem racionalidade inteiramente distinta daquela das concessões de serviços públicos. Seu foco é a contratação de obras públicas e prestação de serviços em geral que não se aproximam da complexidade das concessões. Em uma palavra, a aplicação da Lei nº 8.666/1993 ou da sua futura equivalente funcional (PL nº 4.253/2020), para concessões, merece cuidado.

Exatamente neste sentido, Carlos Ari Sunfeld e Juliana Bonacorsi de Palma explicam:

[E]m grande medida, os dilemas jurídicos sobre a adequada estruturação dos projetos de infraestrutura decorrem da adoção da Lei nº 8.666/93 como paradigma de interpretação dos preceitos normativos que disciplinam as concessões. [...] O adequado enfrentamento desses desafios passa, a nosso ver, pela crítica à aplicação da racionalidade da Lei nº 8.666/93 aos projetos de infraestrutura e pelo reconhecimento de que elementos que promovam a eficiência nas contratações públicas devem ser considerados na modelagem no edital de infraestrutura.⁶

Estão certos. A Lei nº 8.987/1995 envolve contratos cuja complexidade vai muito além dos contratos de obras e serviços a que se dedica a Lei nº 8.666/1993. A importação acrítica das exigências de uma lei para outra esvazia as potencialidades de modelos concessionais que vão além de obras de engenharia e prestação de serviços. Conquanto seja fundamental cuidar da boa prestação do serviço, garantir competitividade e serviços de alto custo pode demandar outros desenhos.

⁶ V. SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (Coord.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

No mesmo sentido, a circunstância de serem aplicáveis as regras de habilitação da Lei nº 8.666/1993 não pode transportar para as licitações das concessões de serviços públicos sistemática idêntica àquela das licitações de obras públicas ou prestação de serviços. Até mesmo porque, com os olhos na questão objeto deste artigo, o próprio *caput* do art. 18 da Lei nº 8.987/1995 especifica que a incidência da Lei nº 8.666/1993 (e do novo estatuto em vias de promulgação) pressupõe exame crítico. A aplicação ocorre, diz a lei, “*no que couber*”. Eis o espaço para a expansão do papel da engenharia financeira.

3. A engenharia financeira em contratos de concessão de serviço público. A capacidade de financiamento como requisito de qualificação técnica

A fase de habilitação é instrumental. Jamais será um fim em si mesma; deve conectar-se aos aspectos materiais do objeto, como determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição. Vale dizer: não se pode exigir mais do que o necessário do ponto de vista da qualificação técnica. O gestor, que possui discricionariedade para avaliar e sopesar o tipo e o nível de intensidade da exigência técnica, deve saber que não poderá esvaziar a competitividade com aquilo que não for estritamente necessário à execução do objeto do certame.

Em linha com a Constituição, a Lei nº 8.987/1995 não fixou, *ex ante*, os critérios de qualificação técnica a serem veiculados no edital. Apenas faz referência à necessidade de tais exigências, conforme o mencionado art. 18, inciso V. A abertura indica flexibilidade para que o administrador público aponte os documentos que, de fato, se impõem como indispensáveis para o cumprimento do contrato.

Por vezes, esse caráter indispensável não advirá da experiência no serviço público, mas na captação de recursos no setor da infraestrutura. Trata-se de requisito cada vez mais imperativo para participar de certas licitações. De fato, o setor de infraestrutura no Brasil tem sido frequentemente viabilizado na forma do denominado *project finance*, em que a captação de recursos do projeto se baseia no próprio fluxo de caixa esperado do projeto como fonte principal de recursos.⁷ Neles, o financiamento tem sua segurança

⁷ Sobre o tema, v. BONOMI, Carlos Augusto; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil: fundamentos e estudo de caso*. 4. ed. São Paulo: FGV-SP, 2018. p. 25. Para Luiz Ferreira Xavier Borges, o instituto pode ser conceituado como “uma forma de engenharia/colaboração

garantida com receitas e ativos diretos ou colaterais de um projeto específico. Securitizam-se os recebíveis. Esse modelo complexo de gestão econômica contratual ganhou importância nas estratégias de captação de recursos para empreendimentos de grande porte e que demandam aportes vultosos de recursos, na medida em que permite a repartição de riscos entre os agentes participantes do empreendimento e dissocia os fluxos dos projetos da saúde financeira da empresa empreendedora.⁸

Pois bem. Se, de um lado, a consideração da capacidade de gestão financeira ganhou espaço, de outro lado, tornou-se claro que, muitas vezes, exigir apenas experiência pretérita na prestação do serviço poderia implicar grave cerceamento da competitividade. Notadamente em setores pouco desenvolvidos e concentrados, uma cláusula de experiência prévia significará garantir o desenvolvimento de posições monopolísticas. Pense-se no caso das concessões em saneamento básico. São poucas as empresas com efetiva experiência em distribuição de água e tratamento de esgoto. Se isso for demandado na qualificação, o universo de competidores poderá ser diminuto. Logo, quando for viável garantir a boa prestação do serviço por outras ferramentas, é recomendável que se considerem exigências diferentes na fase de habilitação. Na prática administrativa, como consignado, tem-se dado foco na capacidade de realização da engenharia financeira de grandes projetos de infraestrutura. Um modelo que nos parece juridicamente viável, desde que, evidente, amparado em motivações e argumentações técnicas sólidas à luz de cada realidade específica.

Apresentam-se ao menos três argumentos que permitem concluir pela juridicidade das exigências de qualificação técnica que tenham por objeto a captação de recursos no mercado, como alternativa à experiência no próprio serviço.

O primeiro argumento, já adiantado, é o fortalecimento da competitividade do certame. O chamado princípio da competitividade é elemento nuclear de toda e qualquer licitação.⁹ Aumentar o número de potenciais interessados é

financeira sustentada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia a referida colaboração os ativos desse projeto a serem adquiridos e os valores recebíveis ao longo do projeto" (BORGES, Luiz Ferreira. Project finance e infraestrutura: descrição e críticas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 106, jun. 1998).

⁸ VIEIRA, Daniela Calazans et al. *Nota técnica*: project finance. Agência Nacional do Petróleo, ago. 1999. p. 33.

⁹ O Supremo Tribunal Federal destaca que a competitividade é princípio nuclear das licitações. V., e.g.: ADI 3670, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 2/4/2007; AI 628383/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2011; ADI 3735, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno,

dever ínsito a qualquer gestor público responsável por modelar uma licitação, designadamente quando se trata de licitação no campo da infraestrutura. A competitividade é, em certa medida, vetor que instrumentaliza e torna viável concretizar outros princípios e valores constitucionais. Quanto maior a competição, maior a chance de viabilizar o atendimento dos princípios da eficiência, da economicidade e do próprio atendimento ao interesse público na qualidade do serviço. Afinal, com maior competição, tende-se a obter melhores propostas, com menores preços.

No setor de infraestrutura, é cada vez mais corriqueiro que editais admitam expressamente a participação de fundos de investimento, entidades de previdência complementar, os *trusts* e fundos de *private equity*. O espectro da competição pode ser exponencialmente aumentado com a participação de outros *players* que podem, em grande escala, maximizar a disputa em benefício ao interesse público de boa prestação do serviço. A lógica aqui é simples: quanto mais competidores, maiores serão as chances de se conseguir melhores concessionários. Isso sem falar nas chances de se conseguir maiores retornos financeiros, quando isso for também uma preocupação motivada.

É assim que, para viabilizar a participação de pessoas jurídicas com perfil de investidores, o edital pode — naturalmente embasado em estudos técnicos consistentes e voltados para cada setor específico — incluir a experiência prévia na captação de recursos no setor da infraestrutura. Com isso, altera-se o perfil da capacidade operacional.

A participação direta nas licitações públicas dos próprios financiadores e investidores da concessão não é exatamente uma novidade no direito da infraestrutura. Veja-se, a propósito, a lição de Gabriel Farjardo:¹⁰

Reconheceu-se, assim, que muito mais do que financiadores, os novos agentes (em especial fundos de investimento) poderiam verdadeiramente figurar como concessionários. A lógica, em si, encontra explicação óbvia: contratos de concessão são lastros jurídicos de projetos,

j. 8/9/2016. Neste sentido, v. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 121-123; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 116; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *O princípio da competitividade na licitação pública*. 2. ed. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2008.

¹⁰ FAJARDO, Gabriel. A entrada de novos atores nas concessões de serviços públicos: a superação da racionalidade da Lei nº 8.666/93 e o caso Artesp". *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, a. 9, n. 16, p. 55-71, set. 2019/fev. 2020.

em regra, de grande porte e com prazo alargado para amortização dos investimentos, que requerem do contratado capacidade gerencial, com o cumprimento dos deveres instituídos pelo regulador, e com o atendimento das demandas públicas, tendo em vista a prestação de serviço adequado, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

Assim é que, muito mais do que a capacidade operacional (sendo esta possível de ser encontrada no mercado com certa facilidade), reclama-se do concessionário verdadeiro traquejo governador, a ponto de saber escolher parceiros certos para as demandas de cada uma das frentes do serviço público concedido.

A identificação da possibilidade de assunção deste novo papel, contudo, por investidores poderia encontrar resistência na lógica de seleção dos concessionários, tendo em vista as habituais especificações editalícias para aferição da capacidade técnica, em especial.

Superar, portanto, este paradigma — ou por assim dizer, o *modus operandi* com que vinham sendo realizadas as fases de habilitação nas concessões de serviços públicos — se tornou um primeiro obstáculo a ser enfrentado na diversificação dos concessionários, diante do afastamento dos *players* tradicionais em decorrência da conjuntura político-econômica do Brasil nos últimos anos.

O *segundo argumento* consiste na compreensão de que essa exigência prevista é afeta à qualificação técnica (capacidade técnico-operacional) e não a qualificação econômico-financeira, como poderia parecer à primeira vista.

Como se sabe, a teor do disposto no artigo 30 da Lei nº 8.666/1993 — e, possivelmente, no art. 66 da nova Lei de Licitações a ser promulgada —, a qualificação técnica pode se dividir em capacidade técnica operacional e capacidade técnica profissional. Enquanto a primeira busca perquirir a experiência dos potenciais licitantes para demonstrar que possuem aptidão para executar o objeto, a segunda mira verificar a experiência individual do profissional que ficará com o encargo de ser o responsável técnico do projeto.

Alguma dúvida poderia surgir da compreensão acerca do significado da capacidade técnico-operacional nos contratos de concessão. Poder-se-ia argumentar que o mais ortodoxo seria exigir que os licitantes apresentassem atestados demonstrando que já prestaram serviços similares ao que está sendo exigido no edital. Mais: seria possível entender que a comprovação deveria estar vinculada à experiência da pessoa jurídica que já tenha prestado serviços públicos similares.

A depender do objeto da concessão e das suas circunstâncias específicas (lembre-se que cada contrato de concessão tem sua própria racionalidade econômica), podem existir componentes relevantes de engenharia financeira que são inteiramente distintas dos contratos tradicionais regidos pela Lei nº 8.666/1993. Por vezes, poderá ser necessário que o licitante demonstre possuir conhecimento de gestão financeira e experiência no mercado de investimentos.

Para a melhor compreensão do argumento, é importante traçar uma distinção clara entre contratos de desembolso e contratos de investimentos.¹¹ Os contratos de desembolso são aqueles que reclamam o aporte de recursos orçamentários para a satisfação das necessidades coletivas. Via de regra, podem ser enquadrados como contratos de desembolso os negócios jurídicos regidos pela Lei nº 8.666/1993 (obras, serviços e compras). Já os contratos de investimentos são aqueles que viabilizam a concretização de interesses coletivos por meio de recursos privados aportados pelo operador econômico, que se remunera, a longo prazo, com o pagamento de tarifas arcadas pelos usuários. É, exatamente, o caso do contrato de concessão de serviço público regido pela Lei nº 8.987/1995.

Pela racionalidade própria aos contratos de investimentos, pode ser necessária, ou mesmo mais relevante para o atendimento do interesse público, a efetiva comprovação da experiência técnica centrada na captação de recursos. Assim, concessões que demandem investimentos privados muito vultosos podem guardar conexão direta com a comprovação de aptidão

¹¹ Por todos, veja-se a lição de Egon Bockmann Moreira: “Mas quais seriam os contratos aptos a implementar obras de infraestrutura? Em termos simplistas, são de duas ordens: os de desembolso e os de investimento. Os primeiros dependem do orçamento público e geram uma relação em que o Estado define minuciosamente o que será feito, para depois licitar e contratar o particular para a execução. Exemplo marcante é o tradicional contrato de empreitada, regido pela Lei 8.666/1993 e, mais recentemente, também pelo Regime Diferenciado de Contratações — o RDC. Estes dependem da disponibilidade de receita pública (quem os paga é só o contribuinte). São contratos que envolvem obras de interesse público — o que, por si só, demonstra a necessidade de terem preservada a respectiva segurança jurídica. Já os contratos de investimento são aqueles que não dependem prioritariamente de verba pública, mas de aportes privados. O empreendedor angaria recursos (empréstimos com instituições financeiras ou acionistas) e banca o investimento. Depois, será remunerado pelo usuário, com ou sem a participação do Estado na contraprestação (ou em alguns dos investimentos iniciais). Estes são regidos pelas Leis 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões, que regula as concessões comuns); 11.079/2004 (PPPs, que regula as concessões administrativas e as patrocinadas); 12.815/2013 (Lei Geral dos Portos, que regula as concessões, os arrendamentos e as autorizações portuárias) — entre outras. Aqui, a racionalidade jurídico-econômica é significativamente diversa daquela da dos contratos de desembolso”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. *PPPMAIS — seis pontos-chave para dar início ao debate*. Disponível em: www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pppmais-seis-pontos-chave-para-dar-in%C3%ADcio-ao-debate.

de captação de recursos financeiros. Para cumprir, por exemplo, metas de universalização previstas no contrato de concessão ao longo de muitos anos, poderá ser indispensável que o futuro concessionário tenha condições de realizar investimentos com recursos próprios ou de terceiros, sem depender do ente público.

A vinculação da exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura poderá ser (a depender do perfil da concessão e das premissas assentadas nos estudos técnicos) indispensável para o cumprimento das obrigações contratuais. Sendo a concessão um contrato de investimento, não é estranho ou mesmo desconforme com a ordem jurídica que os editais se ocupem, na qualificação técnica, com a demonstração de que possuem experiência pretérita com engenharias financeiras complexas. Em termos práticos: os licitantes poderão ser demandados a comprovar que ostentam experiência pretérita em angariar recursos em volume suficiente para atender aos objetivos finalísticos e às metas definidas no contrato.

Resta uma pergunta: qual seria a razão para que essa exigência não estivesse prevista na qualificação econômico-financeira, já que, a partir de um olhar superficial, poderia guardar maior conexão lógica com esse item da fase de habilitação?

A primeira razão é que as concessões são contratos de investimento. Em contratos com tais características, a ausência de demonstração nos estudos técnicos de um histórico de captação de recursos no mercado pode tornar inviável a concessão. Ora, se é condição para a capacidade operacional comprovar a experiência e a aptidão dos potenciais licitantes para executar o objeto, e se o objeto em um contrato de investimento tem como parcela de maior relevância a indispensável captação de recursos no mercado, pode-se concluir que a inclusão da comprovação de captação de recursos no mercado como requisito de qualificação técnica — designadamente de capacidade operacional — reveste-se de juridicidade.

A segunda razão é que a exigência de experiência na qualificação econômico-financeira, nos exatos termos do artigo 31 da Lei nº 8.666/1993, acarreta a demonstração dos seguintes requisitos, a depender de cada objeto: (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; (ii) certidão negativa de falência ou concordata (leia-se recuperação judicial); (iii) garantia de proposta; (iv) índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo das licitações; (v) capital social ou patrimônio líquido mínimo; e (vi) a relação dos compromissos

assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira.

A qualificação econômico-financeira preocupa-se mais com a saúde financeira interna e subjetiva do licitante, com o fito de demonstrar que o licitante (enquanto pessoa jurídica apta a contrair direitos e obrigações) ostenta musculatura econômico-financeira para suportar os futuros encargos.

Por sua vez, a exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura é externa à pessoa jurídica e distinta dos aspectos econômico-financeiros de índole estritamente subjetiva e internos da sociedade empresária. Aqui não se espera que o licitante comprove sua qualificação econômico-financeira *interna corporis*, mas uma *expertise* em engenharia financeira que é exterior a sua própria contabilidade.

Reitere-se: a fase de habilitação não é um fim em si mesma, mas um instrumento diretamente conectado ao objeto da licitação. Não se pode comparar ou prender-se à racionalidade dos contratos de desembolso quando se está a tratar de um contrato de investimento, que obedece a uma dinâmica econômica própria e peculiar. Assim, ao tratar da capacidade operacional, a Lei nº 8.666/1993 menciona entre seus requisitos *experiência* que demonstre a aptidão para o cumprimento do objeto, conferindo espaço mais do que suficiente para que o gestor, no exercício da sua competência discricionária, possa promover a compatibilização entre a exigência técnica e a natureza do objeto a ser licitado, como ocorre na presente hipótese.

O *terceiro argumento* para justificar a juridicidade da modelagem consiste na constatação de que os editais e contratos podem assegurar os aspectos afetos à segurança do ajuste e à qualidade na prestação dos serviços por meio de exigências diferentes daquelas relativas à capacidade operacional, com a demonstração de experiência no setor específico do objeto da licitação.

Se, de uma banda, é fundamental o incremento da competitividade, de outra, é inegável que o poder concedente deve zelar para a prestação de um serviço público adequado, conforme determina expressamente o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995. Por isso, devem-se buscar ferramentas que sejam capazes de promover esse estado de coisas. Trata-se de soluções que podem constar tanto do edital quanto do próprio contrato. Na sequência, enumeramos algumas dessas possibilidades.

Um primeiro caminho consiste na exigência de que o licitante vencedor venha a se constituir em Sociedade de Propósito Específico (SPE), cuja finalidade será prestar os serviços públicos objeto da presente concessão. Independente da natureza da(s) pessoa(s) jurídica(s) que venha(m) a se sagrar

vencedora(s) da licitação (investidor ou operador), a constituição de uma sociedade de propósito específico cria uma vinculação indissolúvel com a execução do objeto. A empresa é constituída em razão do contrato de concessão e da sua operação, assumindo um conjunto de obrigações e encargos. Afinal, não se confunde a figura dos acionistas com a pessoa jurídica constituída para executar o objeto, permitindo a segregação de patrimônio e de riscos, tudo com vistas a assegurar a adequada prestação do serviço público.

Outra ferramenta é a obrigação, muito comum nas contratações administrativas, de que o futuro concessionário cumpra indicadores de desempenho e certas metas de atendimento. Submeter o contratado ao cumprimento de metas objetivamente definidas, sendo fiscalizado por meio de indicadores de desempenho que viabilizarão um controle concreto sobre os deveres de generalidade, continuidade, regularidade, segurança, eficiência e atualidade, parece ser medida de fundamental importância para garantir a prestação de um serviço público adequado.

Mais: sendo o contrato de concessão um negócio jurídico de performance, a remuneração do concessionário encontra-se, não raro, atrelada aos indicadores de desempenho que correspondem a indicadores de qualidade e de disponibilidade dos serviços prestados, criando a estrutura de incentivos importante para a indução da qualidade e da eficiência na consecução do objeto. É possível, portanto, incrementar a competitividade e promover intensa regulação contratual, que condiciona a atuação do concessionário a padrões que asseguram a prestação de um serviço público eficiente.

Um terceiro mecanismo, inerente a todo e qualquer contrato de concessão, autoriza o sancionamento da concessionária em razão de eventuais inadimplementos, sendo bastante comum a previsão contratual das seguintes penalidades: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a dois anos; (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública estadual enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação da concessionária perante o estado. Como medida mais drástica, o poder concedente ainda poderá decretar a caducidade do contrato de concessão, diante de eventual inexecução total ou parcial reiterada do contrato.

Um quarto mecanismo garantidor da prestação de um serviço público adequado é a exigência de seguros. Além dos seguros exigíveis pela legislação aplicável. Costuma-se exigir do concessionário contratar (i) seguro de riscos de engenharia; (ii) seguro de riscos operacionais de concessões; (iii) seguro

de responsabilidade civil geral. O concessionário deverá garantir ampla cobertura securitária que confira a necessária segurança para o poder concedente, preservando os aspectos mais nucleares da concessão.

Enfim, salvaguardas expressivas e aptas a garantir a prestação de um serviço público adequado podem (e devem) constar de contratos de concessão. Trata-se de medidas que, bem manejadas, podem implicar a criação de um estado de coisas favorável à garantia de um serviço adequado. Isso sem que se abra mão da competitividade possível ao se buscarem outros meios de demonstração de qualificação técnica.

Por fim, reitera-se que a forma de concepção da qualificação técnica centrada na comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura não é inédita. Mais importante: ela já tem recebido aceitação de órgãos de controle. O Tribunal de Contas do estado de São Paulo, por exemplo, reconheceu a juridicidade da exigência de qualificação técnica voltada para a comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura. Veja-se, *e.g.*, trecho do voto da conselheira Cristiana de Castro Moraes, acolhido pelo Tribunal Pleno, em Sessão realizada no dia 6 de maio de 2020:

[...] Começa-se a abordagem, entretanto, pelas críticas despidas de fundamento. Nessa categoria insere-se a reclamação contra a imposição de demonstração de que a licitante participou, estruturou ou tem acesso a recursos para a realização de investimentos,¹² a qual vem sendo aceita pela jurisprudência deste Tribunal, dada a envergadura financeira e as características de pretensões como a que ora se apresenta.

Nesse sentido, confira-se excerto de interesse do julgamento dos processos nos TC-013614.989.16-8 e TC-013697.989.16-82, que examinou exigência semelhante:

“[...] deixo de acolher o questionamento quanto à exigência de experiência anterior na captação recursos financeiros por meio de ‘Project ou Corporate Finance’, e, a esse respeito, reporto-me ao quanto decidido pelo Plenário quando do julgamento das Representações 373.989.16-9 e

¹² 8.3.4. Atestado Técnico, Certidão ou Declaração em nome da LICITANTE, devidamente acompanhados de documentos suficientes a comprovar a veracidade e precisão das informações prestadas, que comprove que a LICITANTE participou, estruturou ou tem acesso a recursos, para empreendimentos, que exijam a realização de investimento, com recursos próprios ou de terceiros de, no mínimo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), observadas as seguintes condições: [...]

3402.989.16-4, em Sessão de 23/03/2016, que, acolhendo voto por mim proferido, considerou a regra válida em vista da dimensão econômico-financeira do objeto e suas peculiaridades, circunstância em que se enquadra a presente contratação.

Nos mesmos termos, trago à colação os julgamentos proferidos nos processos 846.989.15-0, 914.989.15-7, 989.989.15-7, 1107.989.15-4 e 1114.989.15-5, sob relatoria do eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, em Sessão Plenária de 24/06/2015, bem como no processo 4156.989.13-9, relatado pelo eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho em Sessão Plenária de 05/02/2014”.¹³⁻¹⁴ [grifou-se]

Existe, portanto, importante experimentação em concessões de serviços públicos no país, a ratificar a premissa de que estas exigências encontram suporte jurídico nos processos de contratação pública no setor de infraestrutura. Evidente que sempre será indispensável o embasamento técnico, conectado com o objeto da licitação e com suas particularidades. Exigências na fase de habilitação — notadamente nas concessões — não comportam voluntarismos. Elas devem estar amparadas em estudos técnicos consistentes.

Mas o ponto é que existe espaço de avaliação administrativa quanto à conveniência e oportunidade desse modelo. Vale dizer: o âmbito é de mérito administrativo; de discricionariedade própria do gestor que, partindo de análises qualificadas, pode optar por uma arquitetura juridicamente válida e importante para o setor de infraestrutura.

¹³ TC-009617.989.20-7, TC-009618.989.20-6 e TC-009860.989.20-1. Relatora: Cristiana De Castro Moraes. Julgamento em: 6/5/2020.

¹⁴ No mesmo sentido, versando especificamente sobre concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, a decisão proferida pelo Plenário em 1º/10/4, nos autos do TC-3936.989.14-4, relator conselheiro Dimas Eduardo Ramalho: “[...] A instrução promovida pela D. Secretaria-Diretoria Geral identificou precedentes desta Casa que, em situações em que o objeto reúne complexidade e vulto diferenciados, tem-se admitido que a Administração atuasse com maior prudência e rigor na formulação dos requisitos de qualificação técnica. Na medida em que o objeto contempla a concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, com vigência de 30 anos, demandando investimentos de aproximadamente R\$ 345.000.000,00 (trezentos e quarenta e cinco milhões de reais), compreensível o maior rigor em relação à comprovação de experiência anterior em captação de recursos financeiros, mediante financiamento ou operação financeira estruturada, “Project Finance”. Não há dúvidas de que os elevados investimentos exigidos pela concessão tornam a comprovação da experiência anterior na captação de recursos de terceiros indispensável à aferição da qualificação das proponentes.

4. Encerramento

A melhor forma de se provar capaz, muitas vezes, não advém de experiência direta numa determinada atividade. Ela decorre, em primeiro lugar, de uma boa disputa. A competição incrementada por soluções criativas de qualificação técnica a qual abra o mercado pode trazer melhores resultados. O gestor público deve estar atento a isso. Exigir experiência direta pode fechar mercados, favorecer posições monopolísticas e diminuir as chances de sucesso na prestação do serviço.

Daí a ideia de focar na engenharia financeira. Trata-se de atividade complexa que demanda *expertise* que, por vezes, não é encontrada entre aqueles que já prestaram o serviço no passado. Conquanto deva haver cuidados para que se garanta a boa prestação do serviço público, a experiência pode se revelar profícua. Por certo, a capacidade técnica está longe de ser o único mecanismo para justificar uma contratação segura.

A verdade é que o setor de infraestrutura não pode ficar preso à racionalidade das normas gerais de contratação pública, designadamente a Lei nº 8.666/1993 ou mesmo a futura lei (Projeto de Lei nº 4.253/2020), que está longe de ser disruptivo quando comparado ao modelo vigente.

É preciso conferir maior espaço de discricionariedade administrativa ao gestor, a fim de que possa avaliar, casuística e motivadamente, qual o modelo de qualificação técnica mais apropriado ao setor de infraestrutura que será objeto de licitação.

Os valores da competitividade, da segurança e da prestação do serviço adequado devem ser sopesados, ponderados e harmonicamente equilibrados. Não existe apenas um modelo de qualificação técnica, rígido e inflexível. Se nem mesmo a Lei Geral de Concessões teve a pretensão de exaurir o tema quando disciplinou a fase de habilitação nas concessões, não há razão para que o intérprete, com malabarismos hermenêuticos, busque, como única e universal fonte de inspiração, o modelo da Lei nº 8.666/1993 ou do seu equivalente funcional, a saber, a futura lei que, tudo indica, deverá surgir a partir do Projeto de Lei nº 4.253/2020.

Referências

BONOMI, Carlos Augusto; MALVESSI, Oscar. *Project finance no Brasil: fundamentos e estudo de caso*. 4. ed. São Paulo: FGV-SP, 2018.

BORGES, Luiz Ferreira. Project finance e infraestrutura: descrição e críticas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-122, jun. 1998.

FAJARDO, Gabriel. A entrada de novos atores nas concessões de serviços públicos: a superação da racionalidade da Lei nº 8.666/93 e o caso Artesp. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, a. 9, n. 16, set. 2019/fev. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. *PPPMAIS — seis pontos-chave para dar início ao debate*. Disponível em: www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pppmais-seis-pontos-chave-para-dar-in%C3%ADcio-ao-debate. Acesso em: 15 fev. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *O princípio da competitividade na licitação pública*. 2. ed. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (Coord.). *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

VIEIRA, Daniela Calazans et al. *Nota técnica: project finance*. Agência Nacional do Petróleo, ago. 1999.