



**PPPS E CONCESSÕES**  
GUIA PARA ORGANIZAÇÃO  
DAS EMPRESAS  
EM CONSÓRCIOS

***CBIC***



# PPPS E CONCESSÕES

## GUIA PARA ORGANIZAÇÃO DAS EMPRESAS EM CONSÓRCIOS

correalização



Iniciativa da CNI - Confederação  
Nacional da Indústria

realização



# PPPS E CONCESSÕES

## GUIA PARA ORGANIZAÇÃO DAS EMPRESAS EM CONSÓRCIOS

Brasília-DF, junho de 2016

**José Carlos Martins** Presidente da CBIC

**Carlos Eduardo Lima Jorge** Presidente da Comissão de Obras Públicas da CBIC

Coordenação técnica

**Denise Soares** Gestora dos Projetos de Infraestrutura da CBIC

Colaboração

**Geórgia Grace** Coordenadora de Projetos CBIC

**Doca de Oliveira** Coordenadora da Comunicação CBIC

**Ana Rita de Holanda** Assessora de Comunicação CBIC

**Sandra Bezerra** Assessora de Comunicação CBIC

Conteúdo

**Queiroz Maluf Sociedade de Advogados**

**Letícia Queiroz de Andrade** Sócia do Queiroz Maluf Sociedade de Advogados

Colaboração

**Fábio Maluf Tognola** Sócio do Queiroz Maluf Sociedade de Advogados

**Aline Lícia Klein** Sócia do Queiroz Maluf Sociedade de Advogados

**Débora de Assis Pacheco Andrade** Associada do Queiroz Maluf Sociedade de Advogados

**Renata de Almeida Faria** Associada do Queiroz Maluf Sociedade de Advogados

**Tiago Cirilo de Queiroz** Assistente Jurídico do Queiroz Maluf Sociedade de Advogados

Fotos

**Guilherme Kardel**

**Banco de Imagem**

Concepção visual e diagramação

**Gadioli Branding e Comunicação**

**Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC**

SQN - Quadra 01 - Bloco E - Edifício Central Park - 13º Andar

CEP 70711-903 - Brasília/DF

Tel.: (61) 3327-1013 - [www.cbic.org.br](http://www.cbic.org.br)

Todos os direitos reservados 2016. ©

**COP**  
COMISSÃO DE  
OBRAS PÚBLICAS,  
PRIVATIZAÇÕES E  
CONCESSÕES

**CBIC**

# PPPS E CONCESSÕES

## GUIA PARA ORGANIZAÇÃO DAS EMPRESAS EM CONSÓRCIOS

correalização



realização





### **DÉBORA DE ASSIS PACHECO ANDRADE**

Advogada e consultora na área de infraestrutura. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Autora de artigos na área de contratação pública.



### **RENATA DE ALMEIDA FARIA**

Advogada e consultora de direito administrativo. Especialização em Direito Administrativo pela PUC-SP. Autora de artigo na área de direito administrativo.



### **ALINE LÍCIA KLEIN**

Advogada e consultora de direito público. Doutora em Direito do Estado pela USP e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Autora de livros e artigos na área de direito administrativo e contratação pública.



### **FÁBIO MALUF TOGNOLA**

Advogado e consultor especializado na área de licitações e contratações públicas. Foi assessor de ministro no Superior Tribunal de Justiça, na área de Direito Público. Autor de artigos na área de direito administrativo.



### **TIAGO CIRILO DE QUEIROZ**

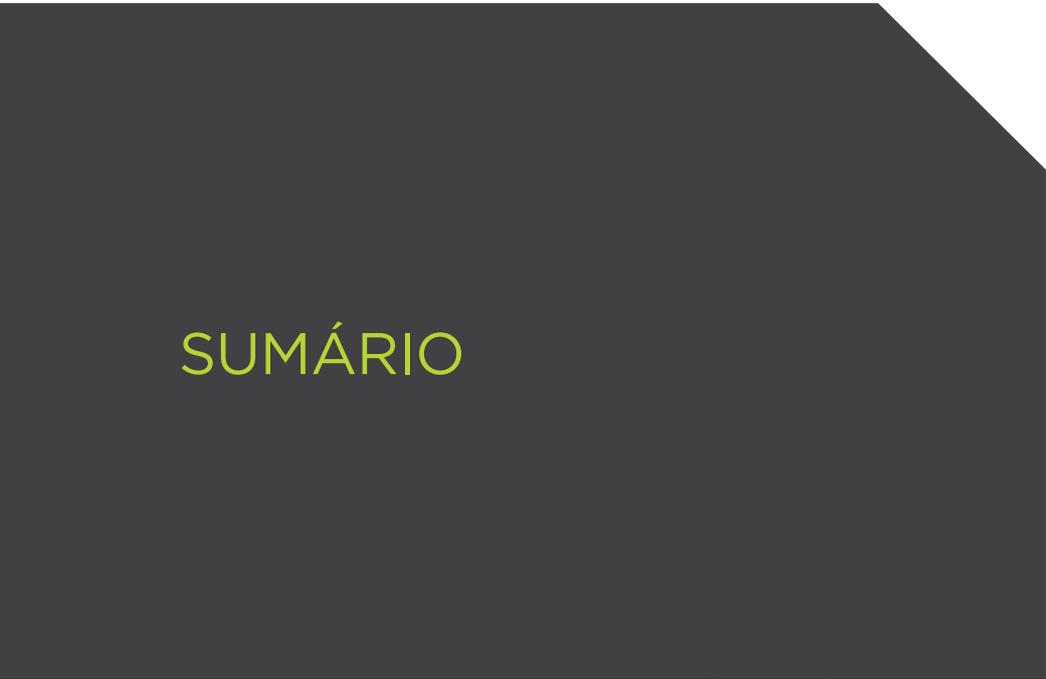
Assistente jurídico com experiência na área de direito administrativo.

## SOBRE A AUTORA



### **LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE**

Advogada e consultora de direito público e infraestrutura, com ampla experiência em licitações e contratações públicas. Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo na PUC-SP. Autora de diversos livros e artigos na área de direito administrativo.

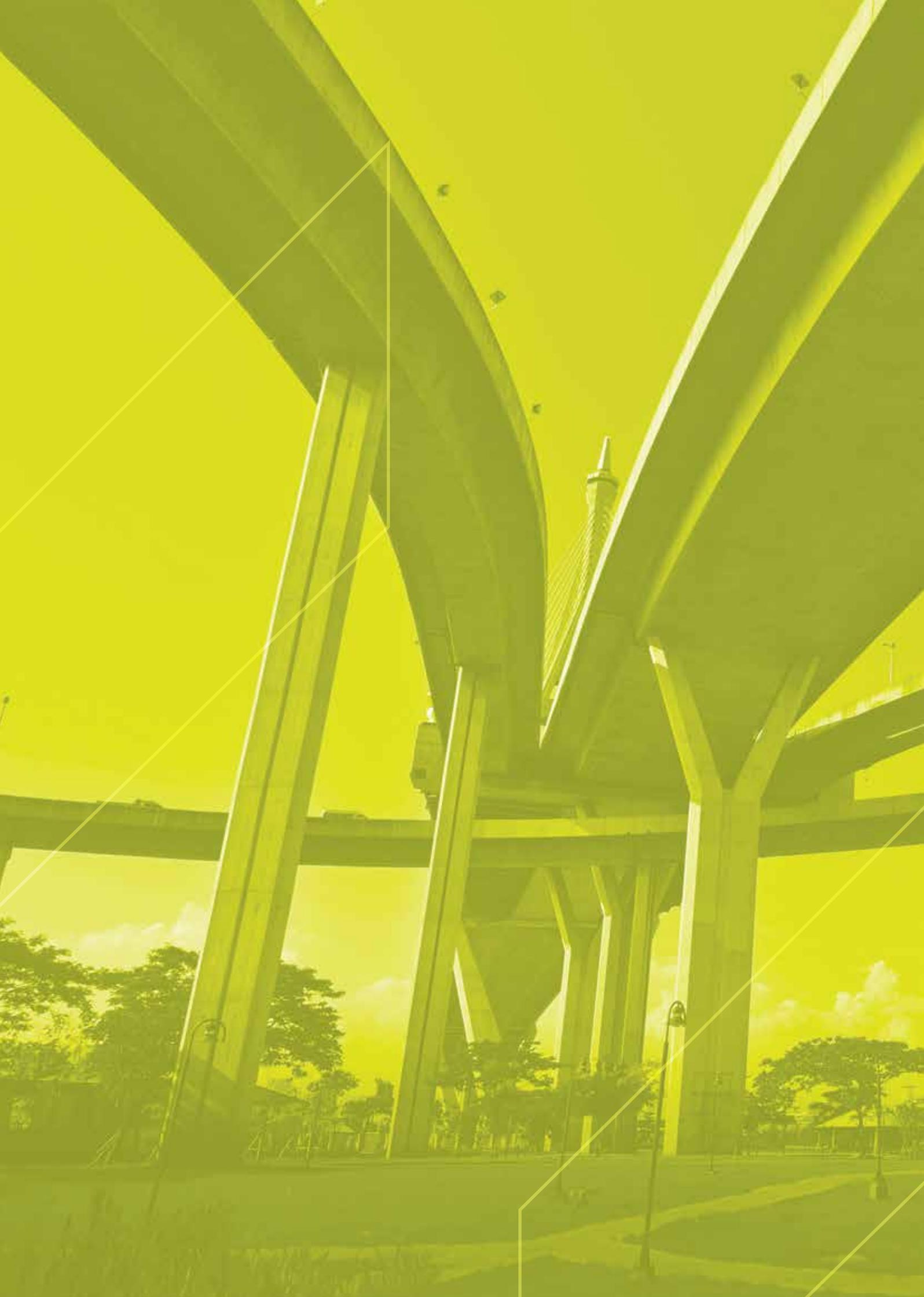


# SUMÁRIO





APRESENTAÇÃO	11
CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	15
PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NA MODELAGEM DA FUTURA CONCESSÃO OU PPP	27
PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO	41
CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO	61
SUMÁRIO EXECUTIVO	85
ANEXO	101





# APRESENTAÇÃO



**José Carlos Rodrigues Martins**

Presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção



**Carlos Eduardo Lima Jorge**

Presidente da Comissão de Obras Públicas, Privatizações e Concessões da CBIC

## CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE

O avanço dos processos de Parcerias entre o poder público e a iniciativa privada – que se dá basicamente através de projetos de Concessões e de PPPs (Parcerias Público-Privadas) – acontece em razão de dois fatores: a queda acentuada da capacidade de investimentos feitos exclusivamente com orçamentos públicos; e a necessidade de redução do tamanho do Estado, com seu redirecionamento para melhor planejamento e gestão.

Esse avanço exige uma verdadeira mudança cultural dos agentes públicos e privados quando envolve empreendimentos ligados à infraestrutura social e logística, até pouco tempo atrás estruturados sob a égide da Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos.

Para os agentes privados, no caso as construtoras, é importante entender que elas passam a desempenhar papel de maior protagonismo na execução do contrato de parceria, a gozar de maior liberdade na gestão dos meios para tanto necessários, e, também, em consequência, a assumir maior responsabilidade por seus resultados.

Esse novo papel – sobretudo para empresas de pequeno e médio portes – pode ser melhor desempenhado através do somatório de potencialidades entre parceiros e de divisão e mitigação de riscos. São em geral empreendimentos de maior vulto com duração contratual maior do que 20 anos.

Esse “agrupamento” de parceiros traduz-se na formação de Consórcios, com regras e procedimentos bem definidos desde sua origem.

O presente trabalho pretende auxiliar – de forma prática e realista – essas empresas a se organizarem em torno da figura de um Consórcio.

É mais um passo que a CBIC – Câmara Brasileira da Indústria da Construção e o Senai – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial promovem no sentido de garantir o desenvolvimento seguro e eficaz dos programas de Concessões e PPPs, ajudando com isso a fortalecer a economia nacional.



The image shows an industrial facility, possibly a refinery or chemical plant, with several tall, lattice-structured towers. The scene is overlaid with a semi-transparent dark blue/black shape in the lower right corner, which contains the text. The entire image has a greenish-yellow tint. 

# CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

# I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

## I.1. O QUE SIGNIFICA EMPREENDER EM CONCESSÕES E PPPS?

1. As Concessões, inclusive as Parcerias Público-Privadas - PPPs, são um modo especial de contratação pública e custeio de serviços, obras e utilidades públicas<sup>1</sup>.

2. Trata-se do campo de atuação pública mais aberto e propício ao empreendedorismo que caracteriza a iniciativa privada, já que, por meio dessa modalidade especial de contratação, o contratado desempenha papel de maior protagonismo na execução do contrato, goza de mais liberdade na gestão dos meios para tanto necessários, e, também, em consequência, assume maior responsabilidade por seus resultados.

3. Mesmo no caso das PPPs, em que o Parceiro Privado recebe contraprestação pública, sua remuneração fica atrelada à performance do projeto e cabe a ele mobilizar os recursos, por meio de capital próprio ou de terceiros, para fazer face ao momento que precede o recebimento da contraprestação pública e aos períodos em que o vulto dos investimentos e despesas supere o valor da contraprestação pública, o que costuma acontecer com frequência nos primeiros anos de concessão.

4. Além dessa responsabilidade de mobilizar recursos para a execução do contrato - em maior ou menor proporção conforme se trate, gradativamente, de uma concessão comum, concessão patrocinada ou concessão administrativa - empreender em qualquer modalidade de concessão implica a assunção de certos riscos em grau maior do que se verifica nos contratos de obras públicas, regidos pela Lei 8.666/93.

---

<sup>1</sup> Para maior detalhamento acerca do conceito e diferenças entre os contratos de obras, concessões e PPPs, nas modalidades patrocinada e administrativa, confira-se o Guia sobre Concessões e Parcerias Público-Privadas, elaborado a pedido da Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC, pelo Escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados.

5. Por isso se diz que a execução do objeto de uma concessão é feita por conta e risco do Concessionário.

6. Essa formulação original do instituto jurídico da Concessão não significa, entretanto, que todos os riscos do negócio devam ser integral e exclusivamente atribuídos ao Concessionário, eis que a mesma Lei das Concessões de Serviços e Obras Públicas (Lei 8.987/95), que, em seus dispositivos iniciais (incisos II e III art. 2º), diz que a execução das concessões nela disciplinadas é feita por conta e risco do Concessionário, atribui certos riscos ao Poder Concedente, como, por exemplo, o risco tributário e de alteração unilateral do Contrato (cf. §§3º e 4º do art. 9º).

7. Mas é certo que alguns riscos são ampliados nas Concessões e PPPs, como é o caso do risco de engenharia, por exemplo, que passa a abranger a elaboração dos projetos (design), a execução de obras e serviços (build), assim como de sua operação (operate), para entrega futura ao Poder Concedente da infraestrutura ou equipamento público em condições de operação (transfer)<sup>2</sup>.

8. Contudo, se, por um lado, é certo que, no âmbito das Concessões e PPPs, assumem-se alguns riscos em grau maior do que ocorre nos contratos de obras públicas; por outro lado, também é certo que há riscos que são eliminados, mitigados ou compartilhados nas Concessões e PPPs.

9. O risco de inadimplência, por exemplo, é sempre menor nessa modalidade de contratação. Nas Concessões Comuns, em que a remuneração é cobrada diretamente do usuário, o risco de inadimplência é significativamente reduzido e pulverizado porque mais pessoas – no caso, os usuários – pagam valor menor do que o devido quando o pagamento é feito pelo Poder Público; e, nas PPPs, ainda que a remuneração advenha integral ou parcialmente do Poder Público, o Concessionário poderá se valer do sistema especial de garantias típico das PPPs no caso de inadimplência, ao invés de esperar os precatórios que resultam do reconhecimento da dívida pública após longa batalha judicial.

10. Assim, é certo que o Concessionário assume alguns riscos em grau maior do que os contratados por meio da Lei 8.666/93, mas certas características das concessões acabam por eliminar outros riscos, e sua estrutura

---

<sup>2</sup> Características da tipologia de contratos internacionalmente conhecida pela sigla DBFOT.

contratual é elaborada de modo a torná-los mais claros, objetivos, previsíveis e, portanto, precificáveis, além de distribuí-los de acordo com a lógica de que cada risco deve ser atribuído à parte que melhor possa lidar com sua eventual materialização, isto é, à parte que tiver mais capacidade para adotar medidas que possam evitar, mitigar e, quando não possível, arcar com as consequências da materialização dos riscos.

11. Esta é, afinal, a função de uma matriz de risco bem elaborada, outro elemento da estruturação jurídica típica dessa modalidade de contratação pública.

**12. Mais do que isso, para as empresas que são entrantes neste segmento, empreender em concessões e PPPs significa assumir riscos até então desconhecidos.**

13. Por isso, é louvável a iniciativa da Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC de promover uma série de debates, estudos e guias, que, como este ora apresentado, visam fomentar a capacitação das empresas, provendo informações sobre como participar desse mercado, a fim de que, como diz seu Presidente José Carlos Martins, esse segmento de atuação público-privada possa funcionar como vetor para abertura de um novo horizonte para o setor da construção e, assim, contribuir com o desenvolvimento de nosso País.



## 1.2. POR QUE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DE MÉDIO PORTE NESSES EMPREENDIMENTOS MERECE SER OBJETO DE UM GUIA ESPECÍFICO?

14. Conforme expresso em seu título, o objetivo deste Guia é fornecer informações sobre os principais pontos de atenção a serem considerados por empresas de médio porte interessadas em empreender em Concessões e PPPs a fim de que possam se organizar para tanto.

**15. Assim, parece-nos importante enfrentar, já nessas considerações introdutórias, a questão acima enunciada, seja para desmitificar certos aspectos, seja para antecipar os reais gargalos da participação de empresas de médio porte nesse segmento.**

16. De fato, as Concessões e PPPs são negócios de grande vulto, longo prazo e escopo complexo, ambiente que costuma ser protagonizado por grandes empresas, o que, por si só, já seria motivo para elaboração de um guia destinado a empresas de médio porte que queiram conhecer e participar desse mercado.

17. Como já dito, para as empresas entrantes, empreender em Concessões e PPPs significa não só assumir os riscos característicos dessa modalidade de contratação acima sumarizados<sup>3</sup>, mas também assumir riscos até então não conhecidos, de modo que um guia a elas destinado se justifica já pela necessidade de ampliar o conhecimento acerca da área em que pretendem ingressar.

**18. A questão que resta a ser respondida é se as Concessões e PPPs revestem-se de características que as tornem inadequadas a empresas de médio porte e/ou se as licitações, que sempre as precedem, costumam apresentar barreiras para a entrada dessas empresas.**

19. No que toca ao vulto do negócio, o artigo art. 2º, §4º, I, da Lei 11.079/04 veda a celebração de PPP em valor inferior a R\$ 20 milhões. Embora a Lei 8.987/95 não estabeleça vedação similar para as Concessões Comuns, o

---

<sup>3</sup> Para uma exposição mais detalhada acerca dos riscos que normalmente compõem uma matriz de riscos de Concessões e PPPs, confira-se o já citado Guia sobre Concessões e Parcerias Público-Privadas, também divulgado pela CBIC.

valor de tais contratos é raramente inferior ao valor mínimo obrigatório para a celebração de PPPs.

20. Vale mencionar a esse propósito que, conquanto não exista uma regra geral mandatória, **o valor do contrato é, normalmente, composto pela projeção da receita a ser auferida pelo Concessionário, a qual, por sua vez, deveria contemplar a remuneração do valor previsto para os investimentos (capex), despesas (opex) e o retorno do negócio (TIR).**

21. É de se reconhecer, portanto, que **o vulto desse tipo de negócio pode constituir, de fato, uma barreira para as empresas de médio porte interessadas em participar, isoladamente, desse mercado.**

**22. Trata-se, entretanto, de barreira que pode ser superada caso tais empresas se disponham a integrar um “consórcio”<sup>4</sup>,** ou, mais precisamente, ser parte de um grupo de empresas que se organizam para participar da licitação e da constituição da concessionária que executará o contrato de concessão.

23. Por se tratar de medida apta a superar eventual barreira ao ingresso de empresas de médio porte no segmento das Concessões e PPPs, este Guia apresenta, no Capítulo III, informações mais detalhadas sobre a participação de empresas em grupos ou “consórcios”.

24. Quanto ao prazo do contrato, o custeio de infraestrutura, equipamento ou serviço público por meio de tarifas cobradas diretamente dos usuários não é política que se atrele a contratos de curta duração, de modo que as Concessões Comuns nunca têm prazo contratual inferior aos 5 anos mínimos expressamente exigidos pelo art. 2º, §4, II, da Lei de PPPs.

25. De fato, não é raro que a duração das Concessões e PPPs seja 5 vezes superior a este prazo legal mínimo de 5 anos, sendo seu prazo máximo de 35 anos (cf. art. 5º, I, de referida Lei).

**26. Embora o longo prazo desses contratos não nos pareça constituir, por si só, uma barreira para empresas de médio porte interessadas em empreender em Concessões e PPPs,** a duração do contrato corresponde ao tempo calculado para que os investimentos sejam integralmente amortizados.

---

<sup>4</sup> Como será explicado mais adiante, para que empresas possam participar em grupo de uma Concessão ou PPP, não se exige que constituam formalmente um consórcio.

27. De modo que o longo prazo desses contratos **é, em verdade, indicativo de que os primeiros anos da concessão são, em geral, deficitários, fato a ser considerado pelas empresas que desejam ingressar nesse segmento, até porque também o será por seus potenciais financiadores, que, durante esse período, exigirão mais garantias dos controladores da concessionária.**

28. No que se refere ao escopo do contrato, o art. 2º, §4, III, da Lei de PPPs veda a celebração de PPP cujo objeto seja unicamente a execução de obra pública, ou, o fornecimento e instalação de equipamentos, ou, o fornecimento de mão de obra.

29. Essa vedação revela duas outras características das PPPs e Concessões Comuns: **a ênfase na prestação de serviços**, que é o único escopo que pode ser isoladamente objeto de uma PPP, ou, como é mais comum, que agregue, em seu escopo, atividades de natureza diversa, como a execução de obras com características distintas, sua posterior operação, implantação de equipamentos, prestação de serviços aos usuários, dentre outras.

**30. A diversidade das atividades que compõem o escopo de uma Concessão ou PPP também não constitui, em si, uma barreira para que empresas de médio porte possam empreender nesse segmento. Na verdade, esta diversidade de escopo é raramente atendida por uma só empresa, seja de que porte for, de modo que tanto a licitação, que sempre permite a participação de empresas em “consórcio”, quanto a execução do contrato são adaptadas a esta realidade.**

31. Além de se admitir a participação de empresas em consórcio, o que permite o somatório da qualificação técnica de cada participante, é comum que se possibilite aos licitantes atenderem os requisitos de capacidade técnica por meio de profissionais experientes aos quais se vinculem por uma espécie de pré-contrato, nos termos detalhados no Capítulo III deste Guia.

32. No que toca à execução do contrato, a Lei confere às concessionárias ampla liberdade de terceirização, que abrange não só as denominadas atividades meio, mas também as atividades inerentes à concessão (cf. art. 25, §1º, da Lei 8.987/95, também aplicável às PPPs), embora, deva-se dizer, haja discussão quanto à extensão dessa liberdade perante a Justiça Trabalhista.

---

5 “Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.”

33. Por essa razão, não é raro que as concessionárias empreguem menos de 499 pessoas, e até mesmo, embora com menor frequência, menos de 100 pessoas, conquanto, é claro, o número de empregados de uma concessionária varie bastante de acordo com o vulto e natureza da concessão, bem como a política empresarial adotada por seus controladores.

**34. Assim, segundo o critério adotado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social – MTPS na Relação Anual de Informações – RAIS6 para classificação do porte das empresas, as concessionárias são, na ampla maioria dos casos, empresas de médio porte, de modo que o porte da concessionária, sob esse aspecto do número de seus empregados, não constitui um desafio para que empresas de médio porte possam empreender nesse segmento, eis que se situam no mesmo patamar da concessionária a ser constituída.**

**35. De fato, a concessionária não executa diretamente a ampla maioria das atividades que compõem o escopo do contrato de concessão, atuando mais como gerenciadora dos contratos que celebra para a execução dos diversos escopos do contrato de concessão, conquanto seja a única responsável por seu bom desenvolvimento e por aportar os recursos previstos em tais contratos.**

36. Portanto, pode-se afirmar que se **exige da concessionária mais capacidade financeira do que técnica, o que repercute em todo o processo de contratação e costuma ser o maior gargalo à participação de empresas de médio porte nesse segmento.**

37. **Embora a participação de empresas em “consórcio” possa resolver eventuais problemas relacionados ao atendimento dos requisitos financeiros necessários à participação no processo licitatório,** nos moldes descritos no Capítulo III deste Guia, a capacidade financeira dos controladores da futura concessionária será fortemente testada já no início da Concessão.

38. Além de atender aos compromissos financeiros descritos no Capítulo IV deste Guia, para que não tenham que suportar apenas com recursos próprios (equity) os investimentos de grande porte que devem ser realizados

---

6 Segundo o RAIS do MTPS, considera-se empresas de médio porte as que empregam de 100 a 499 pessoas. Há, entretanto, outros critérios para classificação do porte das empresas, como a receita bruta ou faturamento anual ou o ativo total registrado no ano-referência, que serão mencionados a seguir.

já no início da concessão, os controladores da SPE deverão obter, primeiro, um **empréstimo ponte, e, depois, empréstimos de longo prazo.**

39. Aqui se tem, talvez, **o maior ponto de atenção das empresas de médio porte interessadas em empreender em concessões e PPPs, pois, para que obtenham os financiamentos necessários, terão que apresentar garantias de pagamento dos financiamentos tomados.**

40. Isso porque a obtenção de financiamentos no Brasil raramente adota a estrutura de financiamento de projeto, por meio da qual sua aprovação depende exclusivamente dos recursos gerados pelo projeto de concessão ou PPP, denominada project finance non-recourse.

41. No âmbito mais estrito de um project finance non-recourse, a análise positiva das condições do projeto, combinada com a vinculação dos recebíveis do próprio projeto para o caso de inadimplência dos tomadores do financiamento, é suficiente para que as instituições financeiras se sintam garantidas para conceder o financiamento.

42. Ocorre que, **no Brasil, a aprovação dos financiamentos é extremamente concentrada em poucas instituições financeiras, sobretudo no Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, que avalia não só as condições do próprio projeto, mas também a capacidade das empresas que pretendem tomar os financiamentos de pagá-los.**

43. Assim, no atual cenário de restrição de crédito, além das garantias vinculadas ao projeto - como a vinculação ou cessão de seus recebíveis e alienação fiduciária das ações da SPE -, e do estabelecimento de obrigações financeiras - como a constituição de uma conta-reserva -, que caracterizam a modalidade denominada project finance limited recourse, tem-se exigido, também, garantias dos acionistas das empresas, do que resulta o que se denomina project finance full recourse.

44. E aí, **quanto menor o porte da empresa e menos profissional for sua estrutura de governança, mais restritiva será a análise de eventual financiador para a concessão do financiamento, o que pode constituir uma barreira para que empresas de médio porte possam empreender nesse segmento dos projetos estruturados, já que podem não dispor ou estarem dispostas a fazer todos os investimentos com capitais próprios.**

45. Note-se que, para fins de enquadramento nas Políticas Operacionais de financiamentos do BNDES, os critérios e patamares de classificação do porte das empresas são diversos do que se aplica às contratações em que o vulto do investimento permite sua execução sem financiamentos, como são, em geral, os contratos resultantes de pregões e de licitações regidas pela Lei 8.666/93.

46. Para que se tenha uma ideia, enquanto o patamar mínimo para que uma empresa seja considerada de médio porte e, assim sendo, excluída dos benefícios tributários e burocráticos e das preferências em licitações aplicáveis a microempresas e empresas de pequeno porte é o de que apresente receita superior a R\$ 3.600.000,00 (cf. se extrai do art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123/2006); **o patamar mínimo para que uma empresa seja considerada de médio porte para fins de enquadramento nas condições de financiamento do BNDES é o de que aufrira receita operacional bruta anual superior a R\$ 16.000.000,00 e inferior ou igual a R\$ 90.000.000,00 (cf. Circulares nº 11/2010 e nº 34/2011 do BNDES).**

47. Voltaremos às repercussões do porte da empresa para a obtenção de financiamentos no Capítulo IV deste Guia, mas cabe ainda mencionar nestas notas introdutórias, que, em que pesem as dificuldades inerentes à apresentação de garantias corporativas para obtenção de financiamentos, este desafio não se restringe às empresas de médio porte.

48. Nas condições atuais de mercado, os financiadores vêm fazendo exigências semelhantes a empresas de maior porte, sendo que o menor porte da empresa traz algumas vantagens como, por exemplo, percentual maior de financiamento sobre o capital de giro e um fundo específico que pode auxiliar a estruturação da operação de empréstimo.

49. Bem de se ver pelo já exposto que há, sim, grandes desafios para qualquer empresa que pretenda empreender em Concessões e PPPs, os quais, até por sua novidade, podem ser maiores para as empresas de médio porte que desejem ingressar neste mercado.

50. Nada obstante, o desafio costuma aguçar o espírito empreendedor tão característico desse modo especial de contratação. Este Guia se destina, especialmente, às empresas dispostas a encarar este desafio, prestando-lhes algum auxílio para que possam se organizar e estar preparadas para enfrenta-los!

## 1.3. COMO TAIS EMPRESAS DEVEM SE ORGANIZAR PARA EMPREENDER EM CONCESSÕES E PPPS?

51. Conforme já mencionado, as Concessões e PPPs são um modo especial de contratação pública. As peculiaridades caracterizam não só a execução do contrato, mas também os procedimentos que precedem sua celebração.

52. Por isso, este Guia foi estruturado de modo a abranger todo o processo de contratação peculiar das Concessões e PPPs.

53. Nesse sentido, o Capítulo II trata da possível participação das empresas interessadas na fase de modelagem da futura concessão ou PPP, antes mesmo da licitação, o que não é permitido no âmbito dos contratos da Lei 8.666/93, em que o autor do projeto básico fica impedido de participar da futura licitação (cf. art. 9º, II).

54. O Capítulo III aborda a fase de licitação, incluindo os aspectos relacionados à participação de empresas em “consórcio”, eis que, pelas razões já mencionadas nessas Considerações Introdutórias, a formação de grupos de empresas pode permitir o ingresso de empresas de médio porte no mercado de Concessões e PPPs.

55. O Capítulo IV aborda os desafios relacionados à fase contratual, desde o atendimento às condições precedentes à celebração do Contrato de Concessão, até questões relevantes referentes a sua execução, a fim de que, como dito, as empresas possam se preparar para enfrenta-los.

56. Apresenta-se, por fim, um Capítulo V, que contém um Sumário Executivo das informações e comentários apresentados neste Guia.





PARTICIPAÇÃO DOS  
INTERESSADOS NA  
MODELAGEM DA FUTURA  
CONCESSÃO OU PPP

## II. PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NA MODELAGEM DA FUTURA CONCESSÃO OU PPP

57. Uma das peculiaridades relacionadas ao processo de contratação das Concessões e PPPs é que as empresas interessadas em empreender nesse segmento podem participar da modelagem da Concessão ou PPP por meio de dois mecanismos, não excludentes: as PMIs – Procedimentos de Manifestação de Interesse e as Consultas Públicas, que permitem, respectivamente, grau maior e menor de influência dos interessados na modelagem do negócio.

58. Enquanto as PMIs podem ocorrer ou não previamente à licitação de uma Concessão ou PPP, as Consultas Públicas serão obrigatoriamente realizadas, tanto no caso das Concessões Comuns<sup>7</sup>, quanto das PPPs<sup>8</sup>.

59. Confram-se abaixo as principais características desses dois mecanismos, alguns aspectos práticos relevantes e suas vantagens e desvantagens, a fim de que as empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs possam avaliar se devem participar ou não de PMIs ou Consultas Públicas, e, em caso positivo, organizar-se para tanto.

---

<sup>7</sup> Isso porque aplica-se às Concessões Comuns o art. 39 da Lei 8.666/93, que impõe a obrigatoriedade de realização de audiência públicas anteriormente às licitações de grande vulto.

<sup>8</sup> Cf. art. 10, VI, da Lei 11.079/04.

## II.1. PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE - PMIS

### II.1.1. Principais Características do Procedimento

60. As PMIs<sup>9</sup> são procedimentos que podem ser abertos por iniciativa do Poder Concedente ou de empresa que proponha um projeto de interesse público que poderia ser executado sob a forma de uma Concessão ou PPP.

**61. Na prática, as PMIs são realizadas quando: i) determinada empresa vislumbra uma oportunidade de negócio que poderia ser viabilizado por meio de uma Concessão e PPP e o apresenta ao Poder Concedente; ii) o Poder Concedente não sabe ao certo se um determinado negócio interessa o mercado e, tampouco, a modelagem que poderia viabilizá-lo, e, por isso, decide ouvir os potenciais interessados; ou iii) o Poder Concedente não quer – por falta de tempo, recursos ou qualquer outro motivo – realizar uma licitação para contratação da empresa que irá realizar os estudos, investigações, levantamentos e projetos que são necessários para que possa abrir a licitação para uma Concessão e PPP.**

62. Na primeira hipótese, teremos uma PMI aberta por empresa interessada, enquanto que, nas demais, a PMI será instaurada pelo Poder Concedente.

63. Caso os dados do projeto sejam insuficientes até mesmo para abertura de uma PMI, o Poder Concedente poderá instaurar procedimento preliminar para, através dele, extrair a definição de características básicas do empreendimento, nos termos do art. 13 da Medida Provisória nº 727, de 12/05/16, que institui o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI. Nesse caso, os interessados participam oferecendo subsídios independentemente de autorização e, por isso, sem direito a posterior ressarcimento, mas também sem prejuízo de que participem da respectiva PMI caso venha a ser instaurada.

---

<sup>9</sup> Há alguma variação de nomenclatura em relação a tais procedimentos. No Estado de São Paulo, por exemplo, o Decreto Estadual nº 57.289/ 2011, define, no art. 1º, §1º, a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de PPP, como: “Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada – MIP”.

64. O primeiro ato das PMIs abertas pelo Poder Concedente é a publicação de um edital de chamamento ou chamada pública em que são estabelecidos os requisitos de participação das empresas interessadas e as características básicas do projeto que poderá ser objeto de uma Concessão ou PPP.

65. Já no caso das PMIs de iniciativa de empresa interessada, o procedimento se inicia com a solicitação de reconhecimento do interesse público de um determinado projeto, para o que será necessário que a empresa apresente suas características básicas, além da própria qualificação para desenvolver os correspondentes estudos e projetos.

66. Uma vez reconhecido o caráter de interesse público do projeto de Concessão ou PPP proposto, o procedimento se desenvolverá da mesma maneira que as PMIs abertas pelo Poder Concedente, eis que, por força dos princípios da isonomia e publicidade, deverá ser publicado edital de chamamento para que outros interessados<sup>10</sup> que preencham os requisitos editalícios possam apresentar os estudos, levantamentos, investigações e projetos objeto da PMI.

**67. Embora sejam também procedimentos públicos competitivos, as PMIs são menos formais que as licitações, de modo que a condução do procedimento e os requisitos de habilitação para participação dos interessados são menos rígidos nas PMIs.**

68. **Não se costuma exigir, por exemplo, demonstrativos rigorosos de capacidade financeira e, tampouco, atestados técnicos certificados pela entidade profissional competente.** Da mesma maneira, a experiência na execução de obras e serviços tem sido aceita como demonstração de qualificação técnica de experiência para realização dos correspondentes estudos e projetos de engenharia.

69. As empresas que preencherem os requisitos previstos no edital de chamamento de uma PMI serão autorizadas a desenvolverem os estudos, levantamentos e projetos que constituem seu objeto, no que a MP do PPI designou de Procedimento de Autorização de Estudos – PAE.

70. Concretizando uma prática bastante lógica que já constava expressamente de alguns decretos regulamentadores de PMIs, a nova MP estabelece que a autorização para desenvolvimento dos estudos só será dada em

---

<sup>10</sup> A nosso ver, a publicação de edital de chamamento público para que outros interessados possam participar da PMI é necessária ainda que não prevista na regulamentação do ente público que promove o procedimento, sob pena de que a PMI e até mesmo a futura licitação possam ser declaradas nulas pelos órgãos de controle, em razão dos princípios aplicáveis à Administração Pública.

caráter de exclusividade se o PMIsta - nome que se utiliza para designar as pessoas que participam desse tipo de procedimento - renunciar expressamente à possibilidade de participação no futuro empreendimento (cf. art. 14, §1º), medida que, por afugentar empresas diretamente interessadas no mercado das Concessões e PPPs, reduzirá os participantes de PMIs com essa restrição às empresas de consultoria.

71. Decorre também dessa previsão legal que, nas PMIs de que façam parte empresas interessadas em participar do futuro empreendimento, **a autorização será dada sem caráter exclusividade**, previsão que já constava de alguns decretos regulamentadores do procedimento em comento.

72. As demais etapas deste procedimento e suas características estão descritas no Guia sobre Concessões e Parcerias Público-Privadas, divulgado pela CBIC. Para fins do Guia ora apresentado, basta referir apenas mais três aspectos: i) o grau de detalhamento de tais estudos, projetos, levantamentos e investigações que são o resultado das PMIs; ii) o possível ressarcimento das correspondentes despesas; e iii) as vantagens e desvantagens da participação de empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs nas PMIs.

### II.1.2. Grau de detalhamento dos estudos, projetos, levantamentos e investigações a serem apresentados em PMIs

73. As PMIs se fundamentam em dois dispositivos legais que constam de leis aplicáveis tanto às Concessões Comuns quanto às PPPs: o art. 21 da Lei 8.987/95<sup>11</sup> e o art. 31 da Lei 9.074/95<sup>12</sup>. Recentemente, foi publicada a já referida MP nº 727/16, que instituiu o PPI e também estabelece uma série de normas sobre estes procedimentos, sedimentando certas práticas e atribuindo a elas algumas designações: os atos que se desenvolvem no

---

11 "Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital."

12 "Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços."

âmbito das PMIs acima descritas, por exemplo, passaram a ser chamados em seu conjunto de estruturação integrada<sup>13</sup>.

74. Além dos dispositivos legais acima citados, o procedimento costuma ser regido por decretos emanados de cada entidade federativa, o que possibilita certa variação procedimental conforme se trate da União, que, para tanto, editou o Decreto 8.428/2015, ou dos Estados ou Municípios com quem a Concessão ou PPP será celebrada.

75. De todo modo, **a finalidade das PMIs consta do art. 21 da Lei 8.987/95: autorizar empresas a realizar estudos, investigações, levantamentos e projetos para subsidiar a licitação de uma Concessão ou PPP.**

76. Conforme já mencionado, diversamente do previsto no art. 7º, §2º, I<sup>14</sup>, da Lei 8.666/93, a Lei de Concessões, também aplicável às PPPs, não exige projeto básico para abertura das licitações que precedem esses contratos, o que é decorrência do fato de que cabe à concessionária a responsabilidade pela elaboração dos projetos necessários para execução do contrato.

77. Assim, conquanto seja desejável que as licitações sejam precedidas de estudos aprofundados e atualizados, a Lei de Concessões impõe apenas que os documentos licitatórios propiciem a plena caracterização do objeto da licitação, conforme art. 18, XV, da Lei 8.987/95<sup>15</sup>.

78. Evidentemente, embora não exista expressa previsão na Lei de Concessões, a abertura de um processo licitatório para celebração dessa modalidade especial de contratação não pode ser feita sem prévia análise quanto a sua viabilidade técnica e econômica.

---

14 "Art. 7º - As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

(...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - Houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório."

15 "Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conerá, especialmente:

(...) XV - Nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra."

13 "Art. 14. Para a estruturação integrada de empreendimentos integrantes do PPI, a administração pública titular poderá: (...) §2º. Considera-se estruturação integrada o conjunto articulado e completo de atividades e serviços técnicos, incluindo estudos, projetos de engenharia, arquitetura e outros, levantamentos, investigações, assessorias, inclusive de relações públicas, consultorias e pareceres técnicos, econômico-financeiros e jurídicos, para viabilizar a liberação, a licitação e a contratação do empreendimento, segundo as melhores práticas e com transparência, podendo esses serviços incluir a revisão, aperfeiçoamento ou complementação de subsídios obtidos em trabalhos paralelos ou anteriores."

79. A Lei das PPPs é um pouco mais assertiva nesse sentido e exige que a opção por essa modalidade de contratação seja justificada, o que passa necessariamente pela análise de viabilidade do negócio, e, também, pela demonstração de que ela é mais vantajosa do que a execução direta do serviço pela Administração Pública (cf. art. 10 da Lei 11.079/04), o que se costuma chamar de análise do value for money.

80. A Lei das PPPs é expressa também quanto ao grau de detalhamento dos estudos de engenharia, que terão **nível de anteprojeto**, e estabelece, ainda, que o valor dos investimentos e despesas previstos em tais estudos deverá estar de acordo com tabelas e metodologias oficiais (cf. art. 10, VII, § 4º, da Lei 11.079/04).

81. Embora cada edital de chamamento especifique quais serão os demais estudos que devem ser apresentados e o respectivo grau de detalhamento, costuma-se solicitar a apresentação dos seguintes: i) anteprojetos de engenharia das principais obras; ii) estudo de demanda do serviço e/ou obra e/ou equipamentos objeto da Concessão e PPP; iii) viabilidade técnico-econômica da Concessão ou PPP, que deve conter a estimativa do valor do investimento (capex), das despesas (opex) e das receitas a serem auferidas pela concessionária, sejam elas advindas de pagamentos públicos ou tarifárias, incluindo eventuais receitas acessórias; iv) estudos ambientais, com o levantamento dos principais passivos e diretrizes de licenciamento; v) estimativa dos valores a serem despendidos com desapropriações e desocupações; e vi) estudos quanto à modelagem jurídica a ser adotada.

### II.1.3. Possível ressarcimento das despesas referentes à PMI

82. Conforme estabelece o art. 21 da Lei 8.987/95, as empresas autorizadas a desenvolverem os estudos, investigações, levantamentos e projetos serão ressarcidas dos valores despendidos com sua realização pelo vencedor da licitação.

83. Isso significa, na prática, que **tais estudos são desenvolvidos por conta e risco dos interessados**, seja porque o material apresentado pode não ser selecionado para subsidiar uma futura licitação, seja porque a licitação pode não vir a ser realizada ou podem não acorrerem interessados a ela.

84. Por tal motivo, é comum que os editais de chamamento permitam, de modo expresso, que as empresas possam desistir de apresentar os estudos e projetos objeto de uma PMI. **A desistência só será vedada se houver expressa previsão nesse sentido no edital de chamamento e entende-se que tal vedação só seria cabível no caso de autorização dada em caráter de exclusividade.**

85. Nos termos do artigo legal acima mencionado, apenas as empresas autorizadas pelo Poder Concedente a desenvolver tais estudos, investigações, levantamentos e projetos poderão ser ressarcidas dos correspondentes custos, o que resulta também das disposições da MP que instituiu o PPI.

86. Para tanto, será exigida a documentação fiscal pertinente, o que acaba por inviabilizar o ressarcimento de certas despesas, como, por exemplo, as incorridas com o pessoal interno da empresa interessada.

87. Logo no princípio, o Poder Concedente reservava-se o direito de aproveitar partes do material apresentado por PMistas diversos, prática que foi felizmente abandonada, haja vista que os estudos apresentados por cada PMista são interconectados, de modo a não se poder tecnicamente aproveitar os estudos de demanda de um, os projetos de outro, e a modelagem jurídica de um terceiro.

88. De todo modo, **só serão objeto de ressarcimento as despesas correspondentes aos estudos, levantamentos e projetos que forem efetivamente aproveitados pelo Poder Concedente, de modo que o**

**valor a ser ressarcido pode não corresponder exatamente ao que foi gasto na PMI.**

89. Além disso, **alguns editais de chamamento pré-estabelecem um valor-teto para o ressarcimento dos gastos**, como ocorre, por exemplo, em todas as PMIs promovidas pela União Federal, conforme art. 4º, §5º, II, do Decreto n. 8.428/2015<sup>16</sup>.

90. Embora o §4º do art. 14 da MP 727/16<sup>17</sup> preveja a possibilidade de que o edital de chamamento inclua no ressarcimento uma recompensa pelos riscos assumidos e pelo resultado dos estudos, acredita-se que esse tipo de previsão deva figurar mais comumente em PMIs direcionadas a empresas de consultoria, por implicar renúncia à participação no futuro empreendimento.

91. Sendo assim, **a participação das empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs em PMIs não constitui, em si, atividade lucrativa, o que nos remete ao próximo tópico em que se trata das vantagens e desvantagens em se participar desse procedimento.**

#### II.1.4. Vantagens e desvantagens da participação de empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs nas PMIs

92. Como se extrai das considerações feitas a respeito do ressarcimento dos gastos inerentes à participação de empresas em PMIs, a realização dos estudos, investigações, levantamentos e projetos que são objeto desses procedimentos não constitui, em si, uma atividade lucrativa, o que nos leva a tratar, neste item, das vantagens e desvantagens em se participar desse tipo de procedimento.

---

<sup>16</sup>Art. 4º O edital de chamamento público deverá conter, no mínimo:

(...) § 5º O valor nominal máximo para eventual ressarcimento dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos:

(...) II - não ultrapassará, em seu conjunto, dois inteiros e cinco décimos por cento do valor total estimado previamente pela administração pública para os investimentos necessários à implementação do empreendimento ou para os gastos necessários à operação e à manutenção do empreendimento durante o período de vigência do contrato, o que for maior."

<sup>17</sup>Art. 14. Para a estruturação integrada de empreendimentos integrantes do PPI, a administração pública titular poderá:

(...) §4º. O edital do chamamento poderá prever que, além de compensação das despesas, que o ressarcimento ao autorizado inclua uma recompensa pelos riscos assumidos e pelo resultado dos estudos."

### II.1.4.1. Vantagens

93. Mencionamos acima, no item em que tratamos das Características Básicas das PMIs, que as PMIs são realizadas quando: i) determinada empresa vislumbra uma oportunidade de negócio que poderia ser viabilizado por meio de uma Concessão e PPP e o apresenta ao Poder Concedente; ii) o Poder Concedente não sabe ao certo se um determinado negócio interessa o mercado e, tampouco, a modelagem que poderia viabilizá-lo, e, por isso, decide ouvir os potenciais interessados; ou iii) o Poder Concedente não quer – por falta de tempo, recursos ou qualquer outro motivo – realizar uma licitação para contratação da empresa que irá realizar os estudos, investigações, levantamentos e projetos que são necessários para que possa abrir a licitação para uma Concessão e PPP.

94. Desse modo, a participação de uma empresa interessada em empreender em um determinado projeto de Concessão ou PPP na correspondente PMI pode ser necessária para (1) viabilizar o negócio, já que, sem ela, o projeto não será levado à frente.

95. Outra vantagem tão evidente quanto a primeira acima apontada é que, ao participar de uma PMI, (2) a empresa participa de modo direto e em certo grau de sua modelagem.

96. Embora se trate de material técnico e sejam comuns discussões com o Poder Concedente para que se busque harmonizar os interesses público e privado inerentes às Concessões e PPPs, e caiba ao Poder Concedente a decisão sobre se irá aproveitar ou não os estudos e em que medida o fará, caso sejam considerados aptos a subsidiar uma licitação, a modelagem resultante dificilmente contrariará os principais interesses do PMIsta.

97. Outra vantagem bastante evidente é que a participação em uma PMI implica a (3) realização de estudos relativamente aprofundados sobre o objeto da licitação, o que deve ser feito por qualquer empresa que deseje empreender de modo consciente em Concessões e PPPs.

98. O fato de que estes estudos serão disponibilizados não só aos licitantes concorrentes, mas a quaisquer interessados em conhecê-los, dado seu caráter público, conduz ao pensamento de que seria mais vantajoso realizá-

-los de modo privado. Trata-se, de fato, de uma desvantagem de participação em uma PMI, embora, é claro, quem estuda um determinado negócio sempre aprende mais sobre ele do que é obrigado a divulgar.

## II.1.4.2. Desvantagens

99. A primeira desvantagem a ser apontada é o (1) risco de que os custos com a PMI não sejam ressarcidos, integral ou mesmo parcialmente, pois os estudos, levantamentos e projetos realizados em seu âmbito podem não ser aproveitados, total ou parcialmente, e a licitação, que é o principal objetivo das empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs, pode não vir a ser realizada.

100. Em segundo lugar, diversamente do que se passa no âmbito das licitações regidas pela Lei 8.666/93, cujo art. 9º, inciso I, veda a participação direta ou indireta do autor do projeto básico na licitação para execução do que foi projetado, o art. 21 da Lei 9.074/95, que é um dos fundamentos jurídicos utilizados para a realização das PMIs, expressamente autoriza o autor ou responsável econômico pela elaboração do projeto básico a participar da posterior licitação.

101. Nada obstante, (2) alguns editais de chamamento público para PMIs vedam a participação de empresas interessadas na futura licitação. Em tal hipótese, a desvantagem é evidente, eis que o interesse das empresas se encontra no negócio principal, e não na realização dos correspondentes estudos, campo para atuação de empresas de consultoria.

102. Outra desvantagem é que (3) os estudos, levantamentos e projetos realizados no âmbito de uma PMI serão disponibilizados aos licitantes concorrentes e a qualquer outro interessado em conhecê-los, de modo que a empresa interessada em empreender na correspondente Concessão ou PPP pode preferir fazê-lo em seu âmbito privado, sendo a única a conhecer seus resultados.

## II.2. CONSULTAS PÚBLICAS

103. As Consultas Públicas são procedimentos em que os interessados apresentam contribuições a um projeto de Concessão ou PPP em momento anterior à abertura da correspondente licitação.

**104. As contribuições apresentadas no âmbito de uma Consulta Pública devem ser consideradas e necessariamente respondidas pelo Poder Concedente, que não está obrigado, entretanto, a acatá-las.**

105. Um dos atos que faz parte deste procedimento é uma sessão pública presencial, à qual quaisquer interessados podem comparecer, que é denominada Audiência Pública.

106. Nesta Audiência Pública, podem-se apresentar contribuições por escrito ou verbais, que nem sempre são respondidas pelos representantes do Poder Concedente presentes na sessão, que podem se reservar o direito de respondê-las posteriormente, até porque, por vezes, essas Audiências Públicas são palco de reivindicações políticas e discursos inflamados.

107. A Audiência Pública é, portanto, um ato que integra o procedimento de Consulta Pública, o qual visa colher sugestões dos interessados que sejam apresentadas na Audiência Pública ou em qualquer outro momento, desde que dentro do prazo de recebimento de contribuições fixado no Aviso de Consulta Pública.

108. No caso das PPPs, o prazo mínimo para recebimento de sugestões é de 30 dias e as respostas a elas devem ser dadas em pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital da licitação, conforme art. 10, VI, da Lei 11.079/04. No caso das Concessões Comuns, não há prazo estipulado para o recebimento de contribuições, mas tão somente o prazo de antecedência com que a Audiência Pública deve ser realizada, que é de, no mínimo, 15 dias úteis, conforme art. 39 da Lei 8.666/93.

109. Normalmente, as contribuições podem ser enviadas por meio eletrônico, que é o melhor canal para que sejam apresentadas sugestões de caráter mais técnico e bem fundamentadas.

110. A obrigatoriedade de realização de Consultas Públicas previamente à licitações de PPPs está prevista no inciso VI do art. 10 da Lei 11.079/2004, que esclarece ainda seu conteúdo, isto é, que devem ser disponibilizadas as minutas de edital e de contrato, para que os interessados possam apresentar suas contribuições em relação a elas. Além dessas minutas, deve ser disponibilizada também a justificativa para a contratação da PPP, com o que é comum que se apresente, para comentários, os correspondentes estudos de viabilidade técnico-financeira.

**111. Como se vê do conteúdo mínimo obrigatório das Consultas Públicas realizadas no âmbito de uma PPP, o projeto que constitui seu objeto já se encontra bastante maduro, de modo que a margem de influência sobre eles é bastante reduzida.**

112. Já em relação às Concessões Comuns, a Lei 8.987/95 não faz referência ao que deve ser submetido à Consulta Pública e mesmo à obrigatoriedade de sua realização, que decorre, no entanto, do art. 39 da Lei 8.666/93, o qual prevê, ao menos, a obrigatoriedade de que seja realizada Audiência Pública em negócios de alto vulto, como são as Concessões Comuns.

**113. Neste caso, como não há conteúdo mínimo obrigatório, apresenta-se, por vezes, apenas os aspectos gerais da licitação e do futuro contrato, o que, apesar de não atender aos objetivos participativos que deveriam caracterizar o procedimento de Consulta Pública, acaba por abrir espaço maior para que contribuições bem fundamentadas sejam acatadas.**





PARTICIPAÇÃO  
NA LICITAÇÃO

## III. PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

114. As licitações que precedem os contratos de concessão e PPPs têm também algumas peculiaridades quanto: i) aos critérios de julgamento passíveis de serem adotados; ii) ao procedimento licitatório; e iii) aos requisitos de habilitação.

115. Além de abordar essas peculiaridades do procedimento licitatório prévio a esse modo singular de contratação, este Capítulo enfatizará a participação de empresas em “consórcio”, já que, como visto nas Considerações Introdutórias a este Guia, trata-se de medida que pode ser adotada por empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs para viabilizar sua entrada neste segmento.

### III.1. PECULIARIDADES DO PROCESSO LICITATÓRIO QUE PRECEDE AS CONCESSÕES E PPPS

#### III.1.1. Peculiaridades quanto aos critérios de julgamento da licitação

116. À semelhança do que se passa em relação às demais licitações regidas pela Lei 8.666/93, o melhor preço constitui o critério preferencial de julgamento da licitação, de modo que a adoção do critério de melhor técnica deve ser devidamente justificada (cf. art. 46 da Lei 8.666/1993), mediante a demonstração de que a técnica necessária para o futuro

contrato é suficientemente complexa e singular a ponto de ser adotada como critério de julgamento.

117. Ainda que se utilize o critério de melhor preço, as características próprias das Concessões e PPPs acarretam algumas variações quanto a esse critério, que poderá ser a **menor tarifa** a ser paga pelo usuário, nos casos das Concessões Comuns e Patrocinadas, ou a **menor contra-prestação** a ser paga pelo Poder Concedente, no caso das Concessões Patrocinadas e Administrativas.

118. Além disso, outra variação do critério de melhor preço aplicável às Concessões é a **maior oferta** ou **maior ônus** a ser pago ao Poder Concedente, nos casos em que o Poder Concedente decide que a outorga da concessão deve ter, como contrapartida, um ônus, uma determinada incumbência, ou, como é mais comum, um valor em dinheiro a ser pago pela concessionária.

119. Nesses casos, é comum que a concessionária seja obrigada a pagar dois tipos de ônus, embora nada obrigue que sejam necessariamente cumulativos, como em geral o são: **o ônus fixo, que normalmente corresponde a um valor pré-determinado a ser pago ao Poder Concedente no prazo estabelecido no Edital; ou, o ônus variável, assim denominado porque seu valor varia de acordo com a arrecadação da concessionária, fixando-se apenas um percentual a ser repassado ao Poder Concedente.**

120. Evidentemente, o valor do ônus a ser pago pela concessionária tem reflexo direto na atratividade do negócio, até porque tal valor não costuma ser objeto de financiamento, de modo que o vencedor da licitação deve se preparar para pagar o valor previsto no Edital com recursos próprios.

121. Por esse motivo, em cenários econômicos menos favoráveis, não se tem exigido o pagamento de ônus da concessão por parte da Concessionária, ou, pelo menos, o valor do ônus a ser pago é parcelado ao longo da Concessão, ao invés de se cobrar o pagamento do valor integral do ônus fixo da concessão já no momento de assinatura do contrato de concessão, como se fez nas primeiras concessões.

122. Por se tratar de valor que afeta a atratividade do negócio e, conseqüentemente, a tarifa a ser cobrada dos usuários, o pagamento de valores a título de ônus da concessão costuma se justificar quando a futura concessionária recebe, já no momento de celebração do contrato, infraestrutura pronta a ser explorada mediante a cobrança de tarifa, e que foi previamente custeada por recursos advindos diretamente dos cofres públicos.

### III.1.2. Peculiaridades do procedimento licitatório

123. Uma das peculiaridades do procedimento licitatório que precede concessões e PPPs refere-se ao **grau de detalhamento dos projetos disponibilizados aos licitantes**.

124. Conforme já mencionado no Capítulo II deste Guia, a Lei de Concessões, em dispositivo também aplicável às PPPs, **exige apenas os elementos do projeto básico suficientes para caracterizar o objeto da licitação**. A Lei de Concessões não exige, portanto, o projeto básico em si, de acordo com o grau de detalhamento previsto no art. 6º, IX, da Lei 8.666/93, e a Lei de PPPs é mais afirmativa por fazer referência à figura do **anteprojeto**, cf. art. 10, §4º.

125. Outra peculiaridade importante refere-se à ordem das fases do procedimento licitatório, pois, nas licitações que precedem as concessões e PPPs, a ordem das fases de habilitação e julgamento vem sendo comumente invertida, no que se chama de **inversão de fases**.

126. Se houver inversão de fases, examinam-se, primeiro, as propostas econômicas e, depois, os documentos de habilitação e qualificação da empresa que teve a proposta classificada em primeiro lugar.

127. Os documentos da empresa cuja proposta tenha sido classificada em segundo lugar só serão abertos caso os documentos de habilitação da empresa classificada em primeiro lugar não estiverem conforme aos requisitos previstos no Edital, e assim sucessivamente.

128. O resultado da avaliação das propostas e dos documentos de habilitação é divulgado conjuntamente e se refere apenas ao primeiro colocado, de modo que os recursos passaram a se concentrar apenas contra uma empresa, e, mesmo assim, as empresas cujas propostas não estejam entre as melhores classificadas não se sentem encorajadas a recorrer.

129. Tais características da inversão de fases, previstas nos arts. 18-A e 13 das Leis 8.987/95 e 11.079/04, respectivamente, resultaram em grande economia de tempo – **os procedimentos licitatórios que costumavam demorar mais de um ano têm sido concluídos em menos de 6 meses** –, de modo que a inversão de fases vem sendo adotada na maioria das licitações que precedem as concessões e PPPs.

130. Outra peculiaridade do procedimento licitatório que precede Concessões e PPPs é a possibilidade de que os respectivos editais prevejam uma fase em que os licitantes possam fazer **lances em viva voz**, cf. art. 12 da Lei de PPPs.

131. Nessa hipótese, a Lei de PPPs prevê que o edital poderá ou não limitar o universo dos licitantes que poderão ofertar lances em viva voz àqueles cujas propostas forem no máximo 20% maiores que o valor da melhor proposta escrita. Tal medida parece-nos imperiosa, eis que a natureza do objeto da licitação e a complexidade de formação de preços nas Concessões e PPPs parece-nos ser inadequada à agressividade dos leilões em viva voz.

132. Outra singularidade que se verifica nas licitações que precedem as concessões e PPPs, com repercussões na execução do futuro contrato, é a exigência de que os licitantes apresentem apenas os documentos de habilitação e qualificação e a proposta de preço, **sem a apresentação de metodologia de execução e, mais importante, sem plano de negócios**.

133. A consequência desta medida na futura execução do contrato de concessão é que não existirão parâmetros relacionados às estimativas originais dos licitantes, o que significa que todos **eventuais reequilíbrios econômico-financeiros do contrato serão feitos com base em projeções de mercado vigentes à época do fato que ensejou o desequilíbrio**, de acordo com a metodologia denominada fluxo de caixa marginal.

134. Vale mencionar ainda que nessas licitações em que as empresas não apresentam o plano de negócios que explicita as premissas adotadas para a oferta do preço, **exige-se a apresentação de declaração de instituição financeira de primeira linha que deve informar que analisou o plano de negócios elaborado pela licitante e atestar sua exequibilidade e viabilidade**, documento que também pode ser exigido mesmo quando o plano de negócios é apresentado.

135. Além disso, outra peculiaridade do procedimento prévio às concessões e PPPs é que, **anteriormente à apresentação dos documentos e propostas, é realizada uma fase sumária dedicada apenas ao exame da garantia de proposta (bid bond)**, sobre a qual falaremos um pouco mais logo adiante.

### III.1.3. Peculiaridades quanto aos requisitos de participação dos licitantes

136. Uma primeira peculiaridade a ser mencionada quanto aos requisitos de participação é que **as licitações que precedem Concessões e PPPs costumam ter caráter internacional, e são, portanto, mais abertas à participação de empresas estrangeiras.**

137. Nesse sentido, não se exige de tais empresas que apresentem, por exemplo, o famigerado decreto de autorização para funcionamento no País, previsto no art. 28, V, da Lei 8.666/93, até porque quem efetivamente funcionará no País, caso a empresa venha a se sagrar vencedora da licitação, será a SPE futura concessionária, que é uma empresa autônoma.

138. Com base no art. 32, §4º, da mesma Lei, as empresas estrangeiras poderão apresentar apenas os documentos previstos no edital brasileiro que tenham equivalente em seu país de origem, bastando uma declaração emitida pelo respectivo consulado, ou até mesmo pela própria empresa, de que um determinado documento não tem equivalente em seu país para que sejam dispensadas de apresentá-los.

139. Os requisitos que demonstram a regularidade jurídica<sup>18</sup>, fiscal e trabalhista<sup>19</sup> no âmbito das licitações para Concessões e PPPs são os mesmos exigidos nas licitações regidas pela Lei 8.666/93, razão pela qual não cabe abordá-los neste Guia.

**140. Quanto à capacidade técnica, a comprovação de atendimento aos requisitos estabelecidos no edital é feita por meio de atestados técnicos, de modo similar às licitações regidas pela Lei 8.666/93, mas os requisitos de participação em si são adaptados ao fato de que i) não serão os próprios licitantes que executarão o objeto do contrato, mas, sim, uma empresa a ser constituída por eles caso vençam a licitação e ii) como já afirmado, as concessionárias dispõem de ampla margem de terceirização.**

141. Por tal motivo, **não se costuma exigir** - e exigência nesse sentido poderia ser objeto de questionamento - **que as empresas licitantes estejam registradas no Conselho de Engenharia e Agronomia – CREA**, eis que tal exigência deve ser cumprida, se for o caso, pela futura SPE.

142. No mesmo sentido, **alguns editais admitem que a qualificação técnica do licitante seja demonstrada apenas sob a perspectiva dos profissionais que participarão da execução do futuro contrato** (aptidão técnico-profissional), não se exigindo a comprovação de experiência da empresa licitante em si na execução do objeto licitado (aptidão técnico-operacional do licitante).

143. Nesse caso, a experiência dos profissionais indicados pelas empresas licitantes pode ser demonstrada por meio de atestados de obras executadas quando estavam vinculados a empresas diversas, sem que se exija que eles apresentem vínculo com a empresa ou grupo de empresa licitante já no momento da licitação, bastando o compromisso de que o fará caso vençam o certame.

144. **A flexibilização quanto aos requisitos de capacidade técnica das empresas licitantes** vem sendo bem recebida pelos órgãos de controle, em razão de seu caráter ampliativo da competição, e é compatível com o

---

18 As exigências de habilitação jurídica a serem observadas pelos licitantes consistem na apresentação de documentos que comprovem a constituição regular da empresa, bem como a legitimidade e os poderes de seus representantes. Em alguns casos, exige-se, ainda, a comprovação de regularidade perante o órgão ou entidade promotor da licitação.

19 Exige-se a apresentação de certidões e/ou declarações que comprovem a inscrição e a situação regular das empresas perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal; Seguridade Social; Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); e perante a Justiça Trabalhista.

fato de que elas serão as controladoras e não necessariamente executoras do objeto da concessão, que caberá à futura SPE, a qual, como dito, poderá contratar outras empresas e profissionais com expertises relacionadas aos vários escopos que integram o objeto de uma Concessão ou PPP.

145. Por outro lado, a complexidade e abrangência do objeto de uma Concessão ou PPP costuma resultar na exigência de demonstração de experiência não somente na execução de obras, mas também na **operação do objeto a ser licitado e na gestão administrativo-financeira de contrato similar àquele que será celebrado.**

**146. A capacidade financeira dos licitantes costuma ser medida por meio da exigência de que apresentem um dado valor mínimo de Patrimônio Líquido ou Capital Social, limitado a 10% do valor do contrato, cumulativamente a certos índices financeiros, como os índices de Liquidez Geral e/ou Corrente e de Endividamento<sup>20</sup>.**

147. Vale mencionar, a propósito, que, conquanto não exista uma regra geral mandatária, **o valor do contrato é, normalmente, composto pela projeção da receita a ser auferida pelo Concessionário, a qual, por sua vez, deveria contemplar a remuneração do valor previsto para os investimentos (capex), despesas (opex) e o retorno do negócio (TIR).**

148. Evidentemente, os patamares exigidos variam muito de acordo com o vulto e caráter mais ou menos inovador do objeto da licitação, o segmento específico do mercado em que se insere, e, ainda, qual é o ente federativo e entidade administrativa promotora do certame.

149. Ainda que assim seja, apenas para que se tenha uma noção, mesmo que grosseira, do nível de exigência que vem sendo praticado no âmbito das Concessões e PPPs, mencione-se que o patrimônio líquido ou capital social mínimos exigidos costumam girar em torno de 2 a 5% do valor do contrato; e os índices de Liquidez Corrente e Liquidez Geral costumam ser iguais ou superiores a 1,0 a 1,5; e o Índice de Endividamento Geral entre 0,5 a 1,0.

150. À comprovação de atendimento aos requisitos de participação acima mencionados, pode-se somar, ainda, a **exigência de que as empresas licitantes apresentem uma declaração de capacidade financeira em**

---

<sup>20</sup> A comprovação de atendimento a essas exigências é feita de maneira similar ao que se passa nas licitações regidas pela Lei 8.666/93, isto é, por meio do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do último exercício social, exigíveis e apresentados na forma da lei, o que, na maioria das vezes, corresponde ao balanço fechado em 31 de dezembro anterior à data de apresentação das propostas, vedada a apresentação de balancetes ou balanços provisórios (cf. art. 31, I, da Lei 8.666/93).

**que assumem um compromisso de integralização de determinado valor como capital social mínimo da SPE, caso vençam a licitação**, o qual, em algumas licitações recentes, tem até mesmo substituído a exigência de Patrimônio Líquido ou Capital Social mínimo e atendimento a índices financeiros.

151. **Outro requisito de participação relacionado à capacidade financeira dos licitantes é a apresentação de uma garantia de proposta (bid bond)**, que, de acordo com o art. 31, III, da Lei 8.666/93, deve estar limitada a 1% do valor do contrato, e pode ser apresentada sob a forma caução, dinheiro ou títulos da dívida pública, ou, ainda, como é mais comum, carta de fiança ou seguro-garantia.

152. Alguns editais demandam ainda que os licitantes apresentem **declaração de instituição financeira de que concederá o empréstimo ponte às empresas licitantes caso vençam a licitação, ou, que os licitantes demonstrem ter alavancado financiamentos em patamar similar aos que serão necessários para fazer face ao objeto da licitação**.

153. Vale mencionar, por fim, ser também possível que se exija **carta de instituição financeira ou de empresa seguradora comprometendo-se a emitir a garantia do contrato (performance bond)**, caso a licitante vença o certame.

154. É de se notar, portanto, que, para atender a todos esses requisitos financeiros de participação, **os licitantes devem ter bom canal de comunicação e relacionamento com o mercado segurador e financeiro**, razão pela qual é comum que contratem consultores dessas áreas.

155. Caso se trate de um **consórcio, esse canal pode ser suprido por apenas uma das empresas que o integram, além de que todas, em conjunto, poderão ratear os custos**, em geral não módicos, em que deverão incorrer para adoção de todas essas providências.

## III.2. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO

156. Nas Considerações Introdutórias a este Guia, tratamos, ainda que de modo resumido, dos riscos a que uma empresa interessada em empreender em Concessões e PPPs se exporá.

157. Como é óbvio, a adequada preparação dessas empresas passa necessariamente pelo conhecimento e dimensionamento desses riscos e da avaliação de quão gerenciáveis serão, no sentido de avaliar se serão ou não capazes de adotar medidas que possam evitar a materialização desses riscos ou que possam, ao menos, mitigar seus efeitos.

158. Dada a complexidade do objeto de uma Concessão ou PPP, essa preparação abrange diversas áreas de conhecimento, estudos, investigações, levantamentos e projetos.

159. Disso resulta que **a adequada preparação, precificação e demais atos necessários para elaboração da proposta necessária para que as empresas interessadas em empreender nesse segmento possam participar das respectivas licitações custa caro e pode resultar em nada. É possível, ainda, e bastante frequente, que a empresa esteja interessada em participar de mais de uma licitação, o que acaba por multiplicar esse custo.**

160. De modo que a perspectiva de ratear com outras empresas esses custos, além de compartilhar conhecimento técnico e de mercado, constitui, por si, um incentivo para empresas participarem de consórcios.

**161. A formação de um consórcio é uma soma de esforços que produz efeito desde a fase de prospecção de negócios e participação nas licitações até o momento culminante de execução dos contratos que resultam das licitações vitoriosas, com a partilha tanto dos gastos quanto de seus lucros.**

162. Sinergia empresarial é a expressão que nos parece melhor resumir o tipo de amálgama que deve haver entre as empresas que decidem formar

um consórcio, para empreender em conjunto, inclusive no segmento das Concessões e PPPs.

163. Assim, e conforme já mencionado nas Considerações Introdutórias deste Guia, a reunião de empresas em consórcio objetiva aumentar a competitividade das empresas que o compõem.

164. Além de conjugarem esforços para a preparação das propostas a serem apresentadas na licitação, **empresas que talvez não conseguissem atender, isoladamente, os requisitos exigidos em uma determinada contratação pública têm essa perspectiva de participar em grupo com empresas complementares.**

165. Participando em consórcio, as empresas podem somar sua capacitação técnica, assim como atender aos requisitos de capacidade financeira na medida do percentual de sua participação no grupo, conforme será detalhado abaixo.

### III.2.1. Formalidades, liderança e responsabilidade solidária no consórcio

166. Em verdade, embora a expressão consórcio continue a ser utilizada, empresas que participam em grupo das licitações que precedem concessões e PPPs nunca chegarão a constituir um consórcio, propriamente dito, seja durante o processo licitatório, seja posteriormente, mesmo que vençam a licitação.

**167. De fato, os editais não exigem que o grupo de empresas seja formalmente registrado como consórcio, de modo que não terão que seguir o previsto no art. 279 da Lei 6.404/72<sup>21</sup>, e, tampouco, há ne-**

---

<sup>21</sup> “Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.”

**cessidade de que as empresas apresentem Compromisso Público de Constituição de Consórcio, como se exige em algumas licitações regidas pela Lei 8.666/93.**

168. Com base no que permite o art. 20 da Lei 8.987/95, **bastará que as empresas apresentem um Compromisso Particular de Constituição da futura SPE**, empresa concessionária, sobre a qual falaremos no Capítulo IV deste Guia.

169. Este Compromisso é um documento relativamente simples que deverá conter informações bastante básicas sobre como o grupo de empresas está composto, tais como o percentual de participação de cada uma delas, as obrigações assumidas, o modo como as decisões serão tomadas, a duração do consórcio e seu nome.

170. As empresas deverão indicar também qual delas será a **líder do consórcio, que ficará responsável, durante a licitação, pela interlocução com o Poder Concedente, sem que exerça necessariamente poder majoritário sobre as demais consorciadas**, pois poderá ter percentual de participação igual ou até mesmo inferior ao dos demais membros, assim como ser parte de um consórcio em que as decisões sejam tomadas de modo independente da participação de cada qual.

171. Desse modo, ainda que se fale em empresa líder, ela não necessariamente assumirá o controle interno do consórcio, frente aos demais consorciados, mas apenas um papel de representação, podendo, por exemplo, interpor recursos e assinar documentos em nome dos demais membros do consórcio.

172. Caso o consórcio seja constituído por empresas brasileiras e estrangeiras, o §1º do art. 33 da Lei 8.666/93 prevê que a liderança caberá obrigatoriamente a uma empresa brasileira. Como não há exigência similar na Lei de Concessões e PPPs, entende-se, ainda que não de modo pacífico, que tal exigência só deverá ser obrigatoriamente atendida caso haja expressa previsão nesse sentido no edital, o que não tem ocorrido sempre.

173. Como este Compromisso de Constituição da SPE entre as empresas consorciadas será examinado não só pela entidade que está promovendo a licitação, mas também pelos demais licitantes concorrentes, costuma-se nele apresentar tão somente as informações expressamente exigidas no Edital e na Lei.

174. O mesmo se aplica à minuta do estatuto social da futura SPE e do respectivo acordo de acionistas, quando sua apresentação é exigida já na fase licitatória.

175. Por tal motivo, **é comum que as empresas celebrem entre si um Memorando de Entendimento (MoU), que é um documento interno em detalharão seu modo de atuação antes, durante e após a licitação, caso venham a sagrar-se vencedoras.**

**176. A depender da relação entre as empresas do grupo, as consorciadas, antecipando discussão associada à futura solicitação dos financiadores, poderão ainda pactuar as principais condições do futuro Contrato de EPC - Engineering, Procurement, and Construction.**

177. Nos contratos de EPC, o(s) “Epecista(s)” é(são) contratado(s) pela Concessionária para elaborar os projetos, executar as obras e prestar e administrar de todos os serviços de engenharia associados à concessão, mediante orçamento predeterminado e data previamente especificada, isto é, em regime de empreitada integral a preço global, também conhecido pela designação em inglês, como turn-key-lump-sum.

178. Um ponto importante a ser destacado sobre as consequências relacionadas à participação de empresas em consórcio é que haverá entre elas o que se chama de **responsabilidade solidária**<sup>22</sup>, nos termos do art. 33, V<sup>23</sup>, da Lei 8.666/93, ainda que, como dito, não venham a constituir formalmente um consórcio.

**179. A solidariedade significa que cada uma das empresas do grupo será responsável pelos atos que todas as outras praticarem durante a licitação. Isto é, se alguma das empresas do grupo causar dano à entidade promotora da licitação ou a algum licitante, as demais empresas, ou, até mesmo, qualquer uma delas individualmente, à escolha de quem sofreu o dano, são obrigadas a repará-lo, ainda que não tenham participado do evento causador deste dano.**

180. Evidentemente, a empresa ou as empresas nessa situação poderão exigir a devolução do que pagaram da empresa que praticou o dano, mas se trata de problema a ser resolvido entre as empresas que compuseram o grupo, sem que a falta de culpa de alguma delas possa servir de alegação para excluir a responsabilidade solidária que existe forçosamente entre as consorciadas.

---

22 De acordo com o art. 246 do Código Civil, há responsabilidade solidária “quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

23 “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...) V - Responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.”

181. Cumpre ressaltar, no entanto, que a **responsabilidade solidária cessará com a constituição da SPE, que, por ser uma empresa autônoma diversa das empresas que a criaram, passará a assumir as responsabilidades do contrato de concessão.**

### III.2.2. O que deve ser considerado para definição do percentual de participação de cada empresa no consórcio

182. A definição do percentual de participação das empresas que compõem o consórcio resulta basicamente de **necessidades relacionadas ao atendimento dos requisitos de participação na licitação.**

183. Também **é comum que os editais exijam que o percentual de participação das empresas consorciadas seja mantido na futura concessionária**, aspecto que deverá, portanto, ser considerado ao se fixar o percentual de participação de cada uma delas no consórcio.

184. No caso de participação de empresas por meio de consórcio, tanto as exigências relativas à habilitação jurídica quanto à regularidade fiscal e trabalhista devem, necessariamente, ser atendidas, isoladamente e em sua integralidade, por todas as consorciadas.

185. Já **as exigências de capacidade técnica podem ser atendidas pelo consórcio em seu conjunto, somando-se diferentes expertises das participantes, independentemente de seu percentual de participação no consórcio.** Com isso, não se exige que todos os consorciados atendam, isoladamente, às qualificações técnicas exigidas no edital, bastando que apenas um deles o faça.

186. Assim, no caso de um consórcio que participe, por exemplo, de uma licitação para construção e operação de uma rodovia, é possível que um dos consorciados ateste a sua qualificação para execução de OAEs, enquanto outro comprove deter experiência em pavimentação ou em execução de obras de ampliação de capacidade, somando-se, ao final, as experiências de todas as empresas consorciadas.

187. Contudo, nos casos em que os editais exigem a comprovação de quantitativos mínimos, apenas será possível somar os atestados para fins de atendimento de um mesmo requisito caso haja previsão expressa nesse sentido no edital.

188. Importante destacar que, **no caso de empresas que participem da licitação em consórcio, a Lei de Licitações permite que os valores do Capital Social ou Patrimônio Líquido Mínimo exigido de licitantes individuais seja acrescido em até 30%.**

189. Diversamente do que ocorre em relação à qualificação técnica, **a somatória das qualificações econômico-financeira das empresas, para fins de cálculo de Patrimônio Líquido Mínimo e de Índices Financeiros, será proporcional à participação das empresas no consórcio.**

190. No caso específico dos consórcios, a interpretação do Tribunal de Contas da União<sup>24</sup> acerca da **metodologia de cálculo de seu PL mínimo**, é no sentido de que cada consorciado deverá comprovar deter PL Mínimo igual ou superior ao **montante resultante de sua participação no consórcio multiplicada pelo Patrimônio Líquido Mínimo total previsto no edital**, como ilustra a figura abaixo:



<sup>24</sup> Vide acórdão de nº 587/2001 - Plenário.

191. Assim, tome-se como exemplo um consórcio formado por duas empresas (“A” e “B”) que pretendem participar de uma licitação cujo edital exige que os licitantes apresentem PL Mínimo de R\$ 1.000.

192. Suponha-se que a empresa “A” detém: i) 60% de participação no consórcio; e ii) PL de R\$ 100,00, enquanto que a empresa “B” detém: i) 40% de participação no consórcio; e ii) PL de R\$ 2.000,00.

193. Nessas condições, o consórcio não seria habilitado, porquanto o PL da empresa “A” (R\$ 100,00) é menor do que o mínimo exigido pelo Edital, na proporção de sua participação (R\$ 600,00).

194. Dessa forma, no exemplo citado, o fato de a empresa “B” deter PL maior do que o mínimo exigido pelo Edital não implica a habilitação do consórcio, já que cada consorciado deve atender ao PL mínimo, na proporção de sua participação.

195. Nada obstante, além do entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, há outra linha de entendimento, que, conquanto minoritária, é por vezes adotada, razão pela qual merece alguns comentários, até porque é **mais prejudicial aos consórcios e deve, portanto, ser combatida na fase de consulta pública e/ou esclarecimentos ao edital.**

196. Segundo essa outra linha de entendimento quanto à metodologia de cálculo do PL mínimo dos consórcios, não se deve considerar todo o patrimônio líquido disponível do consorciado, como se faz de acordo com o outro entendimento, cabendo apenas o cômputo do percentual da empresa consorciada na medida de sua participação no consórcio.

197. Por essa lógica, se a participação do licitante for de 20%, por exemplo, deverão ser considerados – para fins de atendimento à exigência de qualificação econômico-financeira – apenas o montante correspondente a 20% do valor que o licitante dispuser como patrimônio líquido ou capital social.

198. Como forma de ilustrar esse entendimento, tome-se, mais uma vez, como exemplo, um consórcio formado pelas empresas “A” e “B”, que pretendem participar de uma licitação cujo edital exige que os licitantes apresentem PL Mínimo de R\$ 1.000.

199. Suponha-se que a primeira tem patrimônio líquido de R\$ 800 e participação de 60% do consórcio. Já a segunda tem patrimônio líquido de R\$ 400 e participação de 40%. Utilizando o entendimento citado, o consórcio não preencheria os requisitos de habilitação, posto que a sociedade “A” colaboraria com R\$ 480 (60% de 800) e a sociedade “B”, com R\$ 160 (40% de 400), não totalizando, portanto, os R\$ 1.000 exigidos.

200. Nota-se que essa segunda interpretação é mais restritiva e frustra, em certa medida, o intento de participação de consórcios em processos licitatórios, pois, na prática, essa metodologia acaba por exigir que todos os consorciados atendam ao PL Mínimo exigido no edital, razão pela qual não haveria utilidade na participação das empresas por meio de consórcio.

201. Ressalve-se que, no caso dos Índices Financeiros, o Tribunal de Contas da União não admite o simples somatório dos índices de cada uma das empresas<sup>25</sup>. **O que se admite, em realidade, é que sejam somados os quantitativos/valores que compõem o cálculo dos Índices Financeiros, na proporção da respectiva participação de cada consorciado no consórcio.**

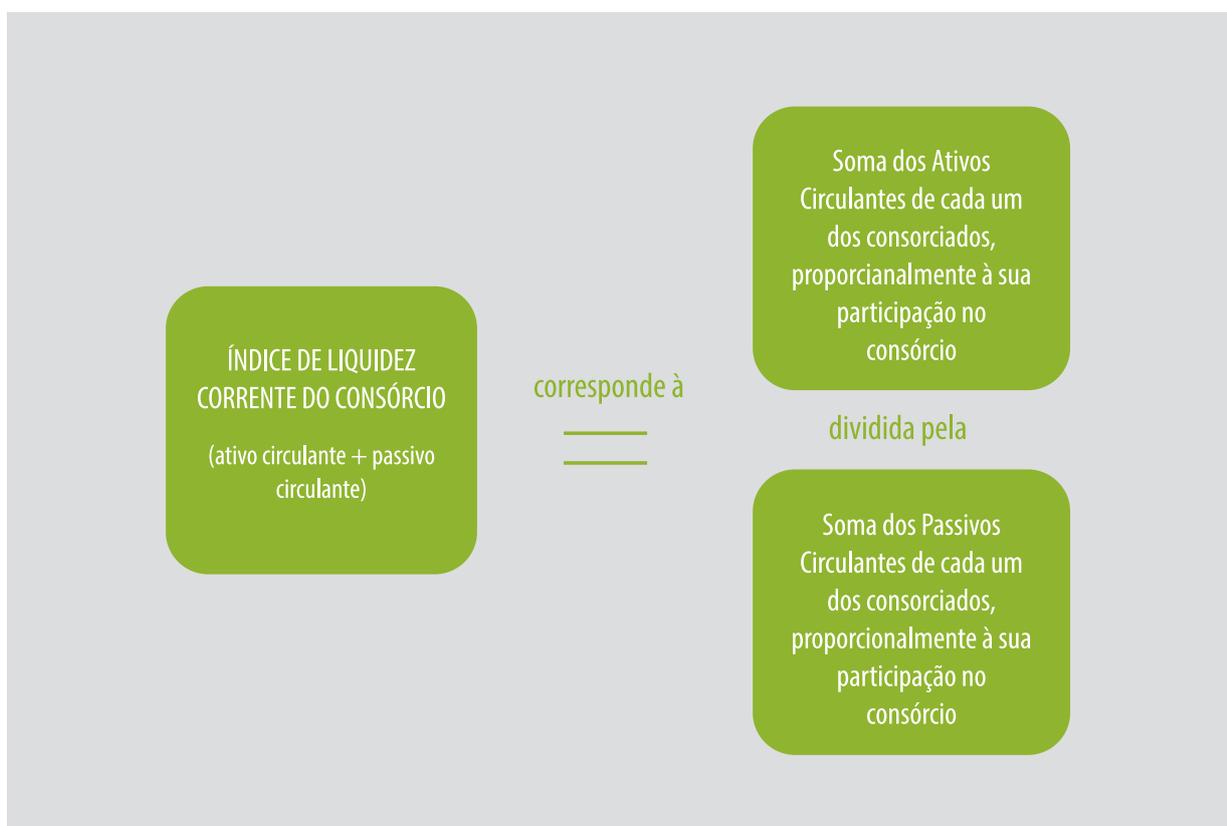
202. Somados tais quantitativos, aí sim poderá ser calculado o índice financeiro das empresas reunidas em consórcio, montante que será, evidentemente, distinto da simples somatória dos índices de cada consorciado.

203. Para melhor explicar referido entendimento do TCU, tome-se, a título exemplificativo, o Índice de Liquidez Corrente, que é calculado por meio da divisão do Ativo Circulante da empresa por seu Passivo Circulante.

204. No caso de empresas participando da licitação por meio de consórcio, para se verificar o atendimento ao Índice de Liquidez Corrente

<sup>25</sup> Vide acórdão nº 1.208/2011 - Plenário.

mínimo exigido no edital, deverão ser somados os Ativos Circulantes de cada um dos consorciados, proporcionalmente à sua participação no consórcio, e depois dividir tal montante pela soma de seus Passivos Circulantes, também proporcionalmente à participação no consórcio, para se chegar, então, ao Índice de Liquidez Corrente do consórcio, como melhor ilustra a figura abaixo:



205. Outro aspecto importante que estimula as empresas a participarem de licitações em consórcio é que **normalmente se aceita que a garantia de proposta (bid bond) seja apresentada por apenas uma das empresas, em benefício de todo o consórcio, o que vale também para eventual compromisso de que, caso vençam a licitação, as empresas apresentarão garantia do contrato (performance bond).**

206. Tal fato costuma facilitar a participação de empresas de médio porte, já que basta que apenas uma delas assuma os compromissos necessários para apresentação da garantia de proposta e do compromisso de que a futura SPE apresentará garantia do contrato, junto a instituições financeiras ou seguradoras, estabelecendo-se, entretanto, compromissos entre as empresas para que partilhem os gastos daí decorrentes.





CELEBRAÇÃO  
DO CONTRATO  
DE CONCESSÃO

## IV. CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

207. Neste Capítulo, apresentam-se informações e comentários acerca das condições precedentes à celebração do contrato de concessão e aspectos de sua execução que possam auxiliar na compreensão do regime peculiar desse modo especial de contratação e, portanto, na preparação das empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs.

208. Tal conteúdo está estruturado nos seguintes tópicos: 1) condições precedentes à celebração do contrato; 2) engenharia administrativa e financeira; 3) engenharia física; 4) regulação; e 5) interação com os diversos stakeholders.

### IV.1. CONDIÇÕES PRECEDENTES À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

209. O licitante, empresa ou consórcio de empresas, classificado em 1º lugar e que teve seus documentos de habilitação e qualificação aprovados, dentre outros exigidos pelo edital e mencionados no Capítulo III deste Guia, é declarado vencedor do certame.

210. Caso sua vitória seja confirmada após a fase recursal do processo licitatório, passa-se à homologação do procedimento e adjudicação do objeto do contrato, com a convocação do vencedor para assinatura do contrato de concessão, no prazo assinalado no Edital.

211. Com a inversão de fases do procedimento licitatório, a fase recursal fica concentrada em apenas um licitante - o que foi declarado vencedor

- e passou a ser mais célere: entre a disponibilização da documentação do vencedor para exame dos interessados, interposição de recursos, publicação para que o vencedor possa apresentar contrarrazões aos recursos interpostos e seu julgamento pela autoridade competente, costuma transcorrer cerca de 40 dias.

212. A homologação, que é o ato por meio do qual o procedimento licitatório é considerado regular, e a adjudicação, que é a atribuição do direito de contratar ao vencedor, são praticados normalmente em conjunto, e publicados em um só ato, juntamente com a decisão de julgamento dos recursos e a convocação do vencedor para assinatura do contrato de concessão, acrescentando-se cerca de 5 dias aos 40 dias da fase recursal.

213. Por fim, o edital costuma estabelecer o prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, mediante motivo justificado, para que o licitante cumpra as condições precedentes abaixo apontadas e possa, assim, assinar o contrato.

**214. A falha no cumprimento dessas condições e, portanto, não atendimento da convocação para assinatura do contrato, enseja a execução da garantia de proposta (bid bond), além de eventuais multas previstas no edital.**

**215. Assim, entre a primeira declaração de um determinado licitante como vencedor do certame e a assinatura do contrato, costuma-se ter cerca de 75 dias, 1 mês e meio, prazo bastante apertado para que sejam cumpridas as condições abaixo descritas.**

216. Por isso, embora o licitante declarado vencedor não possa ainda considerar tal resultado definitivo, **é comum e recomendável que comece a adotar as providências necessárias para assinatura do contrato tão logo seja proclamado vencedor**, ainda que tenha que manter sua vitória frente à fase recursal do procedimento licitatório.

## IV.1.1. Constituição da Sociedade de Propósito Específico

217. Uma das primeiras condições precedentes à celebração do contrato de concessão a ser atendida é a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, conforme exige o art. 9º da Lei de PPPs e faculta o art. 20 da Lei de Concessões.

218. Embora a Lei de Concessões apenas faculte a previsão editalícia de que o licitante vencedor constitua uma empresa – e não consórcio – antes da assinatura do contrato, são raríssimos os casos em que tal exigência deixa de constar dos editais de licitações, seja para Concessões Comuns, seja para PPPs.

**219. Para além das determinações legal e editalícias, a constituição de uma SPE é também uma exigência dos financiadores, eis que a existência de uma empresa autônoma em relação a seus controladores, com CNPJ, contabilidade e patrimônio próprios e segregados das empresas que a criaram, evita a confusão de passivos e outros riscos e relacionados às demais atividades desenvolvidas por seus acionistas, além de facilitar seu controle contábil e patrimonial.**

220. Essas são, aliás, as mesmas razões que levam o Poder Concedente a estabelecer nos editais a obrigatoriedade de constituição de SPEs para gerir o objeto da Concessão, mesmo que a lei estabeleça uma mera faculdade: **segregação de riscos e patrimônio e eficiência no controle.**

221. **A SPE nada mais é do que uma empresa criada para um único propósito: no caso, implantar e gerir o objeto do contrato de concessão.** Por isso, sua duração será por prazo indeterminado, mas coincidente ao prazo de vigência do contrato de concessão, incluindo suas eventuais prorrogações.

222. Do ponto de vista societário, a SPE é uma empresa como qualquer outra, eis que poderá assumir, em princípio, qualquer forma admitida em Direito, conquanto seja **bastante comum que os editais imponham a forma das sociedades anônimas – SA.**

223. Nesse caso, as SPEs serão regidas pela Lei nº 6.404/76, em seus aspectos societários, a qual estabelece uma série de **medidas de transparência quanto às demonstrações financeiras e regras de governança** que são bem vistas pelo Poder Concedente, pelas razões já indicadas acima.

224. **A SPE será considerada constituída quando estiverem registrados na Junta Comercial da sede da empresa seus atos constitutivos**, isto é, estatuto social, que já deve conter, entre outros dados, seu nome, CNPJ, e endereço de sua sede, e ata de constituição, com a eleição da Diretoria da empresa.

225. **A critério das empresas controladoras da SPE, o Acordo de Acionistas**, conquanto imprescindível para o caso de SPEs controladas por empresas distintas com participações relevantes - como costuma ser as que vencerão uma licitação organizadas em consórcio -, **poderá ser celebrado posteriormente, pois não é documento necessário para que a SPE seja considerada constituída.**

226. Vale dizer que, uma vez celebrado Acordo de Acionistas, ele deverá estar à disposição na sede da Concessionária, conforme determina o art. 118 da Lei 6.404/76.

227. Constituída a SPE, deve-se providenciar imediatamente a abertura de **conta bancária da empresa**, por meio da qual serão feitos os aportes iniciais, além de outros pagamentos, abaixo mencionados.

228. Considerando o prazo exíguo de adoção de todas essas providências, é comum e aceitável que os licitantes utilizem **uma empresa não operacional, já sob a forma de sociedade anônima, e façam a constituição da SPE sobre essa base societária previamente existente.**

229. Tal prática não precisa ser utilizada nos Estados em que as Juntas Comerciais funcionam de modo bastante célere, mas, quando necessária, tem sido admitida pelo Poder Concedente, desde que os controladores da SPE demonstrem que a empresa utilizada nunca entrou em operação, mediante a apresentação das correspondentes certidões de regularidade.

230. Em algumas licitações promovidas no âmbito federal, como a de concessões de aeroportos, foi estabelecido que entidade relacionada ao Poder

Concedente, no caso, a INFRAERO, também faria parte da SPE, na condição de acionista minoritária.

231. Com efeito, a Lei de PPPs contém vedação de que entidades da administração pública possam ter o controle acionário da SPE, o que não ocorre, entretanto, na Lei de Concessões.

232. Nessa hipótese, o vencedor da licitação deverá constituir, primeiro, uma outra SPE, controlada apenas pelos acionistas privados, para, depois, participar, por meio desta SPE do Acionista Privado, da SPE Concessionária, junto à entidade da administração pública mencionada no Edital.

233. Nesse caso, o edital deve prever também uma minuta do futuro de acordo de acionistas da SPE Concessionária, com as diretrizes para disciplinar o relacionamento entre os acionistas privados e a entidade da administração pública.

234. Conforme já mencionado, a SPE só se extingue após o transcurso do prazo de vigência do contrato de concessão, salvo a hipótese de falência.

235. Nada obstante, **as Leis de Concessões e PPPs admitem a transferência do controle da SPE, desde que previamente autorizada pelo Poder Concedente**, observadas outras condições previstas em lei e nos editais.

236. A esse propósito, **é comum que o edital estabeleça um período em que a transferência de controle e, por vezes, qualquer alteração societária na SPE, é vedada, até que se conclua uma determinada obra ou implantação e/ou, ainda, que transcorra certo lapso de tempo.**

237. Independentemente da previsão de um período de vedação de alteração de controle, os licitantes devem atentar para que as empresas que foram determinantes para qualificação técnica e financeira que ensejou a vitória na licitação só poderão ser substituídas por outras que apresentem qualificação similar, conforme arts. 27, §1º, I, da Lei 8.987/95 e 55, XIII, da Lei 8.666/93.

238. Parece-nos, entretanto, que o regime peculiar das Concessões e PPPs e a qualificação da própria concessionária ao longo da execução do contrato autorizaria interpretações menos literais de referido dispositivo legal.

## IV.1.2. Aportes e Pagamentos iniciais

239. Algumas licitações prévias a Concessões e PPPs são denominadas leilão, por fazerem parte de um programa de desestatização, como ocorre, por exemplo, na esfera federal (Lei nº 9.491/97) e do Estado de São Paulo (Lei nº 9.631/96).

240. Antes de prosseguirmos na análise da relação desse fato com os pagamentos que previstos nas condições precedentes à celebração do contrato de concessão, vale fazer duas breves observações para que a linguagem utilizada não induza a alguma confusão de conceitos propiciada por palavras que têm mais de um sentido.

241. A primeira observação é que **se dá o nome de leilão a licitações que integram um programa de desestatização**, mesmo que o procedimento não abranja uma fase de lances viva voz, os quais, entretanto, como mencionado no Capítulo III deste Guia, podem ocorrer nas licitações para Concessões e PPPs.

242. A segunda observação é que as leis que tratam de processos de desestatização, antes designados privatizações, chamam de desestatização duas realidades diversas: tanto a venda de bens públicos (ações, imóveis e etc) para a iniciativa privada, quanto a concessão que recaia sobre um bem e/ou serviço público.

243. Trata-se de situações jurídica e politicamente distintas, pois, na primeira, vende-se algo público, enquanto que, na segunda, nada é vendido; ao contrário, **transfere-se para a iniciativa apenas a incumbência objeto do contrato de concessão, sendo que eventuais melhorias implantadas pelo concessionário serão, posteriormente, incorporadas ao patrimônio público.**

244. Apesar de distintas, as leis chamam tanto a venda de ativos quanto a concessão de fenômenos de desestatização, e antes chamava ambas de privatização, porque nos dois casos algo que era público passa à esfera privada, ainda que, na primeira hipótese, transfira-se um bem; e, na segunda, uma incumbência, mediante remuneração.

245. Pois bem. Sobretudo na esfera federal, é comum que os leilões, contemplem ou não lances verbais, sejam promovidos pela BOVESPA, que faz também a custódia dos documentos entregues pelos licitantes. Assim, um dos primeiros pagamentos a serem feitos pelo licitante vencedor são os **emolumentos da BOVESPA**.

246. Para que se tenha uma ideia de valor, o montante cobrado no último leilão das rodovias foi de, aproximadamente, R\$ 560.000,00.

247. Outro pagamento inicial que se deve a mais uma peculiaridade do procedimento licitatório das Concessões e PPPs refere-se a eventual **ressarcimento dos estudos feitos no âmbito de uma PMI**.

248. Conforme descrito no Capítulo II deste Guia, o artigo 21 da Lei de Concessões, aplicável também às PPPs, autoriza que o ressarcimento das despesas decorrentes da realização desses estudos, projetos, investigações e levantamentos aproveitados pelo Poder Concedente para promover a licitação seja feito diretamente pelo vencedor.

249. Para que se tenha uma ideia de valor, o montante a ser ressarcido no último leilão das rodovias foi de R\$ 4,2 milhões.

250. Outra peculiaridade do procedimento licitatório das Concessões e PPPs que pode resultar em pagamento a ser feito como condição precedente à celebração do contrato de concessão refere-se ao **ônus da Concessão**, tenha sido ele adotado ou não como critério de julgamento da licitação.

251. Mesmo que se adote outro critério de julgamento da licitação, o Poder Concedente pode definir no edital que a outorga da concessão seja onerosa, por isso se falar em ônus da concessão, que pode ser a incumbência de realizar determinadas atividades sem contraprestação pública ou cobrança de tarifa, ou, como é mais comum, o pagamento de valores.

252. Conforme mencionado no Capítulo III deste Guia, **o ônus da concessão pode ser variável e/ou fixo e o edital poderá prever que parcela ou até mesmo a integralidade do valor correspondente ao ônus fixo seja pago como condição precedente à celebração do contrato de concessão**.

253. Nessa hipótese, trata-se do pagamento inicial de maior monta, já que, seja pela brevidade com que deve ser feito, seja por não se tratar de investi-

mento em infraestrutura ou equipamento público, **tal valor não é passível de financiamento.**

254. É importante observar que o pagamento do ônus da concessão, quando exigível, **deve ser feito já pela empresa concessionária**, o que é positivo para seus controladores e constitui mais uma das razões pelas quais deve ser aberta conta bancária da SPE imediatamente após sua constituição.

255. **O mesmo não se aplica aos emolumentos da BOVESPA e ao ressarcimento dos valores dos estudos, investigações, projetos e levantamentos feitos pelo Poder Concedente ou com sua autorização, e que tenham sido aproveitados na licitação.** Tais pagamentos não são, em geral, tidos pelo Poder Concedente como devidos pela concessionária, mas, sim, pelas empresas licitantes.

256. Em que pesem os pagamentos acima mencionados, **o montante mais significativo despendido no atendimento às condições precedentes para celebração do contrato de concessão refere-se aos aportes necessários para integralização do capital social inicial da concessionária.**

257. Embora esse valor varie de acordo com o ente que está promovendo a licitação, o vulto dos investimentos requeridos no início da concessão e o grau de risco assumido, apenas para que se possa ter uma noção, ainda que grosseira, do montante a ser pago, tem-se exigido **cerca de 1 a 5% do valor do contrato.**

258. Como já dito alhures, conquanto não exista regra mandatória, **o valor do contrato é, normalmente, composto pela projeção da receita a ser auferida pelo Concessionário, a qual, por sua vez, deveria contemplar a remuneração do valor previsto para os investimentos (capex), despesas (opex) e o retorno do negócio (TIR).**

### IV.1.3 Outras condições precedentes normalmente exigidas

259. Além das condições acima especificadas, os editais poderão prever outras a serem atendidas antes da celebração do contrato de concessão, o que normalmente ocorre.

260. Uma condição que costuma ser exigida é que a SPE - note-se já **a própria SPE, não mais seus controladores - apresente garantia de execução de contrato (performance bond)**, sendo ainda frequente que os editais especifiquem que seja emitida por instituição financeira ou seguradora de primeira linha ou que apresentem determinado valor de PL mínimo ou, ainda, que comprovem já ter garantido contrato similar.

261. À semelhança do que se aplica à garantia de proposta (bid bond), o valor máximo da garantia é limitado a 1% do valor do contrato (cf. art. 31, III, da Lei 8.666/93), e ela poderá ser apresentada sob a forma caução, dinheiro ou títulos da dívida pública, ou, ainda, como é mais comum, **carta de fiança ou seguro-garantia**.

262. Outra condição que também é frequente nos editais é que a **SPE contrate, antes da celebração do contrato de concessão** – novamente a SPE, e não mais seus controladores –, **os demais seguros previstos nos respectivos editais**, como o seguro por risco de engenharia, responsabilidade civil e etc.

263. Em razão do prazo exíguo, é comum que as empresas consultem, desde a fase de licitação, corretoras de seguros, não só para auxiliar a contratação da garantia de proposta e a emissão de carta com compromisso de fornecimento da garantia do contrato, mas também para estimar os preços e se preparar para atender o que se denomina de plano de seguros da concessão.

## IV.2. ENGENHARIA ADMINISTRATIVA/ FINANCEIRA: CONTRATAÇÃO DE FINANCIAMENTOS E OPERAÇÕES NO MERCADO DE CAPITAIS

264. Constata-se, pela agilidade e volume das condições precedentes que devem ser atendidas antes mesmo que a SPE se torne uma concessionária - o que ocorre efetivamente quando celebra o respectivo contrato de concessão -, que **a gestão de uma concessão demanda não só engenharia física, mas também muita engenharia administrativa e financeira.**

265. Tal característica das Concessões e PPPs vem sendo destacada ao longo deste Guia e se trata, de fato, de atuação para a qual as empresas interessadas em empreender nesse mercado devem se preparar, por se tratar de atuação mais intensa e complexa do que se verifica no âmbito dos departamentos administrativo e financeiro de empresas que executam contratos regidos pela Lei 8.666/93.

**266. A gestão de uma Concessão e PPP demanda certa sofisticação nas áreas administrativa – aí inserida a gestão contratual e da empresa – e financeira, desde o início do contrato, ao longo de toda sua execução, e também ao seu término. Sendo assim, a diretoria e equipe da concessionária devem ser adequadamente estruturadas para enfrentar esse desafio.**

267. Logo após o atendimento das condições precedentes e celebração do contrato de concessão, o próximo passo importante a ser dado é a **contratação dos empréstimos pontes, que são normalmente necessários, até que os financiamentos de longo prazo sejam aprovados.**

**268. Conforme mencionado nas Condições Introdutórias deste Guia, a capacidade de alavancagem, isto é, de mobilizar recursos mediante a obtenção de financiamento de longo prazo, é um dos maiores pontos de atenção para empresas de médio porte interessadas em empreender em concessões e PPPs.**

269. Como dito, **os financiamentos disponíveis no mercado brasileiro raramente são estruturados sob a modalidade de project finance non recourse**, em que as garantias relacionadas ao próprio projeto, como, por exemplo, a cessão fiduciária de seus recebíveis e/ou a alienação fiduciária de ações em favor do financiador, são suficientes para que seja viável financiar o que lhe pareça um bom projeto, em termos de bancabilidade e exposição a risco.

270. Além da avaliação relacionada às condições do projeto, **a entidade financiadora – no Brasil, basicamente o BNDES – analisa também a capacidade dos acionistas das empresas tomadoras dos empréstimos de honrarem o empréstimo que foi concedido à SPE, caso esta não consiga honrá-lo.**

271. E, assim, como já destacado, **quanto menor o porte da empresa e menos profissional for sua estrutura de governança, mais restritiva será a análise de eventual financiador para a concessão do financiamento, o que pode constituir uma barreira para que empresas de médio porte possam empreender nesse segmento dos projetos estruturados.**

272. Cabe mencionar, de modo mais pormenorizado, que, de acordo com as Políticas Operacionais atualmente praticadas pelo BNDES, a liberação de financiamentos dependerá das seguintes condições, além de outras que venham a ser identificadas por ocasião das análises de risco específicas do projeto:

- (i) o tomador do empréstimo deve ser uma sociedade por ações com o propósito específico de implementar o projeto financiado;
- (ii) os fluxos de caixa esperados do projeto devem ser suficientes para saldar os financiamentos;
- (iii) o Índice de Cobertura do Serviço da Dívida (ICSD) projetado para cada ano da fase operacional do projeto deve ser de, no mínimo, 1,3; e o ICSD poderá ser de, no mínimo, 1,2, desde que o projeto apresente Taxa Interna de Retorno (TIR) mínima de 8% a.a. em termos reais;

(iv) o capital próprio dos acionistas deve ser de, no mínimo, 20% do investimento total do projeto, excluindo-se, para efeito desse cálculo, eventuais participações societárias da BNDESPAR, sendo que, a critério do BNDES, a geração de caixa do projeto poderá ser considerada como parte do capital próprio dos acionistas;

(v) os contratos da operação devem vedar a concessão de mútuos do cliente aos acionistas e ainda estabelecer condições e restrições aos demais pagamentos efetuados pelo cliente a seus acionistas, a qualquer título.

273. Já a análise de risco será baseada nos seguintes fatores:

(i) o risco dos acionistas da SPE, conforme a dependência do projeto e do financiamento em relação aos mesmos;

(ii) o risco de implantação do projeto e os respectivos mitigadores;

(iii) o grau de alavancagem da SPE;

(iv) a suficiência, previsibilidade e estabilidade dos fluxos de caixa do projeto;

(v) o risco operacional do projeto e respectivos mitigadores;

(vi) o valor, liquidez e segurança das garantias oferecidas pela SPE.

**274. A exigência de garantias dos acionistas da SPE (as denominadas garantias corporativas ou fidejussórias) será maior ou menor conforme o projeto se encontre ainda em sua fase de implantação - também denominada pré-operacional – e, por isso mais exposto a risco, ou esteja em sua fase operacional, na qual já há geração de receitas.**

**275. Uma das medidas que pode ser adotada no âmbito da própria SPE para mitigar a exigência de garantias de seus acionistas é a celebração de um contrato de EPC, já mencionado no Capítulo III deste Guia, pelo qual o empreiteiro e/ou fornecedor de equipamentos (o “Epecista”) obriga-se a concluir o projeto dentro de um orçamento predeterminado, em data**

previamente especificada e conforme especificações técnicas destinadas a assegurar a operacionalização e o desempenho eficiente do projeto, em regime de empreitada integrada a preços globais (turn-key/lump-sum).

276. **Outro instrumento que tem sido exigido para mitigar a exigência de certas garantias fidejussórias é o ESA - Equity Support Agreement, ou, Contrato de Suporte de Acionistas.** O ESA é um compromisso de aporte de capital assumido pelos acionistas da SPE, que tem, como sua beneficiária direta, a própria SPE, e, no contexto de que tratamos, o financiador, como beneficiário indireto da capitalização.

277. Os aportes previstos no ESA serão acionados caso o garantido, isto é, a SPE, descumpra a obrigação de amortizar as parcelas do empréstimo, ou, até mesmo, para fazer frente às necessidades contingenciais de fluxo de caixa para viabilizar a conclusão de determinados investimentos, na medida em que o acionista se compromete a subscrever novas ações em um futuro aumento de capital.

278. **Outra garantia passível de ser exigida pelo financiador, sobretudo na fase pré-operacional do projeto, é que seja beneficiário de um seguro-garantia contra os riscos relacionados à implantação do projeto.**

279. Nada obstante, **no atual momento de restrição de crédito, não tem sido raro que, além dos instrumentos acima mencionados, exija-se também as tais garantias fidejussórias, como a fiança e o aval dos acionistas da SPE, e, até mesmo garantias reais, como são as que recaem sobre imóveis que compõem seu patrimônio, além das garantias de projeto, como a cessão fiduciária de seus recebíveis e das ações da SPE.**

280. Também é comum que se exija o **aporte antecipado do capital próprio dos acionistas da SPE como condição prévia para a liberação do financiamento.**

281. Em que pese o cenário nada animador acima descrito, e conquanto o porte dos acionistas da empresa seja determinante para que o financiador procure se cercar de mais garantias para conceder empréstimos, instrumentos como o ESA, fiança e aval, **tem sido exigidos também de empresas de maior porte, razão pela qual a capacidade de prestar**

**tais garantias representa um grande desafio para qualquer empresa interessada em empreender em Concessões e PPPs.**

282. Vale dizer, ainda, que, mediante aval ou fiança dos acionistas da SPE, as empresas de médio porte, assim entendidas as que auferem receita operacional bruta anual ou anualizada de até R\$ 90 milhões, poderão, ainda, se valer do **BNDES FGI, que é um fundo garantidor do banco que funciona como instrumento complementar de garantia**, limitado ao valor máximo de R\$ 10 milhões.

283. Mencione-se, ainda, que o **percentual de financiamento do capital de giro associado ao investimento, será de até 40%**, para empresas de pequeno e médio porte; enquanto, para empresas de grande porte, estará limitado a 15% (cf. item 6.1.12.1 da Circular nº 34/2011).

284. É de se registrar, por fim, que, visando ampliar o controle, transparência e adoção de padrões de governança corporativa pela Concessionária, **alguns editais estabelecem a obrigação de abertura do capital da SPE após o transcurso de um prazo que não costuma ser muito maior que 1 ano.**

285. Não se exige, entretanto, que as SPEs passem a negociar suas ações no mercado de valores, medida que, quando adotada, normalmente se opera no plano das holdings que as controlam. **A determinação para abertura de capital pode ser atendida - e normalmente assim o é - por meio da emissão de debêntures, que constitui, aliás, mais um mecanismo de captação de recursos para financiar os investimentos inerentes às Concessões e PPPs.**

### IV.3. ENGENHARIA FÍSICA: EXECUÇÃO DO OBJETO DA CONCESSÃO SOB REGIME DE EMPREITADA INTEGRAL (TURN-KEY) E A PREÇO GLOBAL (LUMP-SUM)

286. Conforme mencionado nas Condições Introdutórias deste Guia, as Concessões e PPPs se caracterizam por agregarem em seu escopo atividades de natureza diversa, donde resulta que a **Concessionária acaba por atuar como gerenciadora dos contratos que celebra para a execução do contrato de concessão, mantendo-se, entretanto, como única responsável por seu bom desenvolvimento e por aportar os recursos para tanto necessários.**

287. Por isso, frisou-se acima que a gestão de uma concessão demanda não só engenharia física, mas também muita engenharia administrativa e financeira.

288. Nada obstante, as Concessões e PPPs sempre envolvem a tradicional engenharia, não só para a prestação de serviços que constitui sua principal ênfase, mas também por abranger a elaboração dos projetos (design), a execução de obras (build), assim como de sua operação (operate), para entrega futura ao Poder Concedente da infraestrutura ou equipamento público em condições de operação (transfer)<sup>26</sup>.

**289. Essa tipologia de contrato, conhecida no idioma inglês pela sigla DBFOT constitui um amplo de empreitada integral, turn-key, executado sob regime de preço global, lump-sum.**

**290. É bastante comum que figure, também, dentre as atribuições do Concessionário a adoção de uma série de providências relacionadas às desapropriações e desocupações necessárias para execução do objeto da Concessão, bem como a obtenção de licenças ambientais.**

291. No que toca às desapropriações, costuma ser atribuída ao Concessionário, a tarefa de levantar todos os dados necessários para que o Poder Concedente emita os correspondentes Decretos de Utilidade Pública, após

---

<sup>26</sup> Como já mencionado, tais características enquadram-se na tipologia de contratos internacionalmente conhecida pela sigla DBFOT.

o que caberá, ainda, ao Concessionário ingressar com as ações de desapropriação, obter e concretizar as imissões de posses, ou, alternativamente, negociar com os proprietários dos imóveis a serem desapropriados.

292. O pagamento das indenizações decorrentes das desapropriações e desocupações também costuma ser atribuído ao Concessionário, ainda que, por vezes, não integralmente, pois alguns contratos de concessão estabelecem um valor teto das indenizações a serem pagas, que, quando superado, enseja o reequilíbrio do Contrato de Concessão em favor da empresa Concessionária.

293. Sobretudo na hipótese de o pagamento das indenizações decorrentes de **desapropriações e desocupações** ser integralmente atribuído à Concessionária, sem a limitação acima mencionada, **as empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs devem fazer estudos cuidadosos para que possam dimensionar adequadamente o valor a ser despendido.**

294. Quanto ao licenciamento ambiental, costuma ser atribuída à concessionária a responsabilidade pela obtenção das principais licenças, autorizações para supressão de vegetação e eventuais termos de dispensa de ambas, embora alguns contratos prevejam também certo compartilhamento, atribuindo a responsabilidade por obter algumas dessas licenças ao Poder Concedente e/ou limitando seus custos a um valor teto e/ou compartilhando o riscos relacionados às medidas mitigadoras de impactos a comunidades indígenas, quilombolas, e à eventual descoberta de zonas arqueológicas.

295. De todo modo, **a avaliação do passivo ambiental que o Contrato atribua à Concessionária e análise das condicionantes para obtenção das principais licenças ambientais é também imprescindível para que as empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs possam precificar adequadamente os riscos inerentes ao licenciamento ambiental.**

296. Mencione-se, por fim, que o Contrato de Concessão, assim como o contrato de EPC, normalmente celebrado com as empresas contratadas pela Concessionária para executar diretamente parte relevante do objeto

da Concessão, é executado sob o regime de preço global, também denominado lump-sum.

297. Disto decorre a assunção de alguns riscos de engenharia, como o risco de projeto, incluindo a variação de quantidades e preço de insumos, evidentemente, dentro de certo patamar de normalidade.

298. Tal fato traz **repercussões relacionadas ao que se considera equilíbrio econômico-financeiro do Contrato**, bastante atrelado à sua matriz de risco, e que vem sendo realizado com base em metodologias de cálculo que não adotam como parâmetros as projeções dos licitantes, mas sim padrões de mercado vigentes à época do desequilíbrio, que são utilizados para composição de um fluxo de caixa marginal, com base no qual o equilíbrio é realizado.

299. Não cabe, nos limites deste Guia, aprofundar mais temática tão complexa, o que se pretendeu, por ora, foi chamar atenção para pontos relevantes à adequada compreensão do negócio atrelado a uma Concessão ou PPP, para que as empresas interessadas possam estar preparadas para avaliá-los adequadamente.

## IV.4. SUJEIÇÃO À REGULAÇÃO TÍPICA DAS CONCESSÕES

300. Conforme já pontuado neste Guia, uma das peculiaridades das Concessões e PPPs encontra-se na ênfase à prestação de serviços, que é a única atividade que pode constituir, isoladamente, objeto de uma PPP.

301. Embora nem sempre esses serviços objeto de uma Concessão ou PPP sejam serviços públicos, é bastante frequente que o sejam.

302. A prestação de serviços públicos sob regime de concessão é expressamente referida no artigo 175 da Constituição Federal, que destaca o “caráter especial de seu contrato” e menciona que a Lei disporá sobre sua fiscalização, direito dos usuários, política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

303. Trata-se, portanto, de **atividade que, por sua relevância política e tratamento legal, está sujeita a intensa regulação, não só no plano já referido da Lei, mas também por meio uma série de normas infralegais editadas pelo Poder Concedente.**

304. Com a desestatização da prestação de serviços públicos, seja por meio da venda de empresas estatais que desenvolviam essa atividade, seja por se transferir a prestação para a iniciativa privada, a atividade de regulação intensificou-se ainda mais, o que acabou resultando na criação de agências reguladoras, que são entidades da administração pública especializadas e dotadas de autonomia administrativa para que regulem os contratos de concessão de modo menos politizado.

305. Nada obstante, sobretudo no âmbito dos municípios, ainda é comum que a regulação seja feita por órgãos que integram a estrutura da administração central, mais suscetível, portanto, à interferência política, a qual, em maior ou menor medida, sempre existe na regulação que se faz sobre contratos de concessão de serviços públicos.

306. De todo modo, **mais ou menos política, exercida por reguladores mais ou menos autônomos, a concessionária estará sempre sujeita à**

**regulação, que, abrange a fiscalização de seu contrato, mas a tanto não se restringe.**

307. Mesmo no que toca à fiscalização, o enfoque incidente sobre uma Concessão é diverso do que é praticado na fiscalização de contratos exclusivamente regidos pela Lei 8.666/93, eis que **seu objeto principal serão os resultados, e não os meios empregados para atingi-los.**

308. Para esse fim, **os Contratos de Concessão estabelecem indicadores e parâmetros de qualidade ou desempenho a serem atingidos, assim como gatilhos de investimentos**, que são disparados em função da efetiva demanda da infraestrutura, ao invés da implementação da data fixada em cronogramas rígidos.

309. Uma vez atingido o parâmetro ou disparado o gatilho, a concessionária deverá mobilizar todos os meios, recursos materiais e humanos, para implementar a ação prevista, sem que possa, salvo em casos excepcionais, requerer compensação por eventual superação das estimativas de preço elaborados por ocasião da apresentação da proposta no processo licitatório.

310. Outra figura com presença cada vez mais frequente nos Contratos de Concessão são os denominados **descontos de reequilíbrio**, que são aplicados no caso de inexecução de algum investimento, ainda que sem culpa da Concessionária, a qual, se configurada, ensejará também a aplicação de multas.

311. Embora o modo de regulação varie de acordo com o setor regulado, e as disposições legais e contratuais aplicáveis, também é comum que, ao longo da duração do Contrato de Concessão, o órgão ou entidade reguladora expeça uma série de normas e novas diretrizes acerca do objeto do Contrato, as denominadas disposições regulamentares do serviço.

**312. Essa normatização incidente sobre o Contrato de Concessão é justificada pela necessidade de constantes atualizações e ajustes de uma prestação dirigida a um grande grupo de pessoas por longo prazo, e se fundamentam nos princípios da prestação adequada, atualidade e mutabilidade do serviço público.**

313. Por certo, eventuais alterações significativas de preço causadas por essa normatização devem ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, mas o que se deseja destacar aqui é que **a**

### **Concessionária estará sujeita a essas constantes mudanças inerentes ao caráter especial de seu Contrato**

314. Outro ponto digno de nota é que a relevância social dos serviços públicos impõe, ainda, um **dever de continuidade** de prestação à Concessionária.

315. Diversamente do que se passa no âmbito dos contratos exclusivamente regidos pela Lei 8.666/93, cujo art. 78, XV, permite ao contratado que suspenda o cumprimento de suas obrigações caso a Administração atrase os pagamentos devidos por mais de 90 dias, **a Concessionária só poderá paralisar a prestação dos serviços se autorizada por decisão judicial transitada em julgado**, conforme determina o parágrafo único do art. 39 da Lei 8.987/95, dispositivo que se aplica também às PPP (cf. art. 3º, caput, e §1º, da Lei 11.079/04).

316. Trata-se, portanto, de um ambiente regulatório bem mais dinâmico do que se aplica aos contratos exclusivamente regidos pela Lei 8.666/93 e que requer adequada preparação das empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs, que lidarão de modo bastante com toda essa regulação.

## IV.5. CONVIVÊNCIA COM OS DIVERSOS STAKEHOLDERS: ESTABELECIMENTO DE UMA SÉRIE DE RELAÇÕES JURÍDICAS COM TERCEIROS DECORRENTES DA CONCESSÃO

317. As Concessões são um **modo de delegação** de uma atividade originalmente pública, por isso se falar em desestatização mesmo quando não há alienação de ativos.

318. Por meio de uma Concessão, **delega-se não só uma incumbência pública, mas também algumas prerrogativas que são necessárias para que o Concessionário possa desenvolver a atividade objeto da Concessão e obter remuneração**, como, por exemplo, o direito de usar bens públicos, de cobrar tarifas dos usuários, se for o caso, e com eles se relacionar diretamente para a prestação do serviço.

319. Desse modo, **ao celebrar um Contrato de Concessão, a SPE assume uma posição jurídica que implica uma série de relações jurídicas, para além da relação contratual com o Concedente.**

320. **Além do já mencionado relacionamento intenso e de longo prazo com o Poder Concedente<sup>27</sup> e financiadores**, o Concessionário estabelecerá relações jurídicas diretas com os usuários dos serviços públicos, de quem, por um lado, deverá cobrar o cumprimento de determinadas obrigações, mas de quem, por outro lado, será ele mesmo, Concessionário, cobrado por qualquer inadequação do serviço prestado, ainda que injustamente.

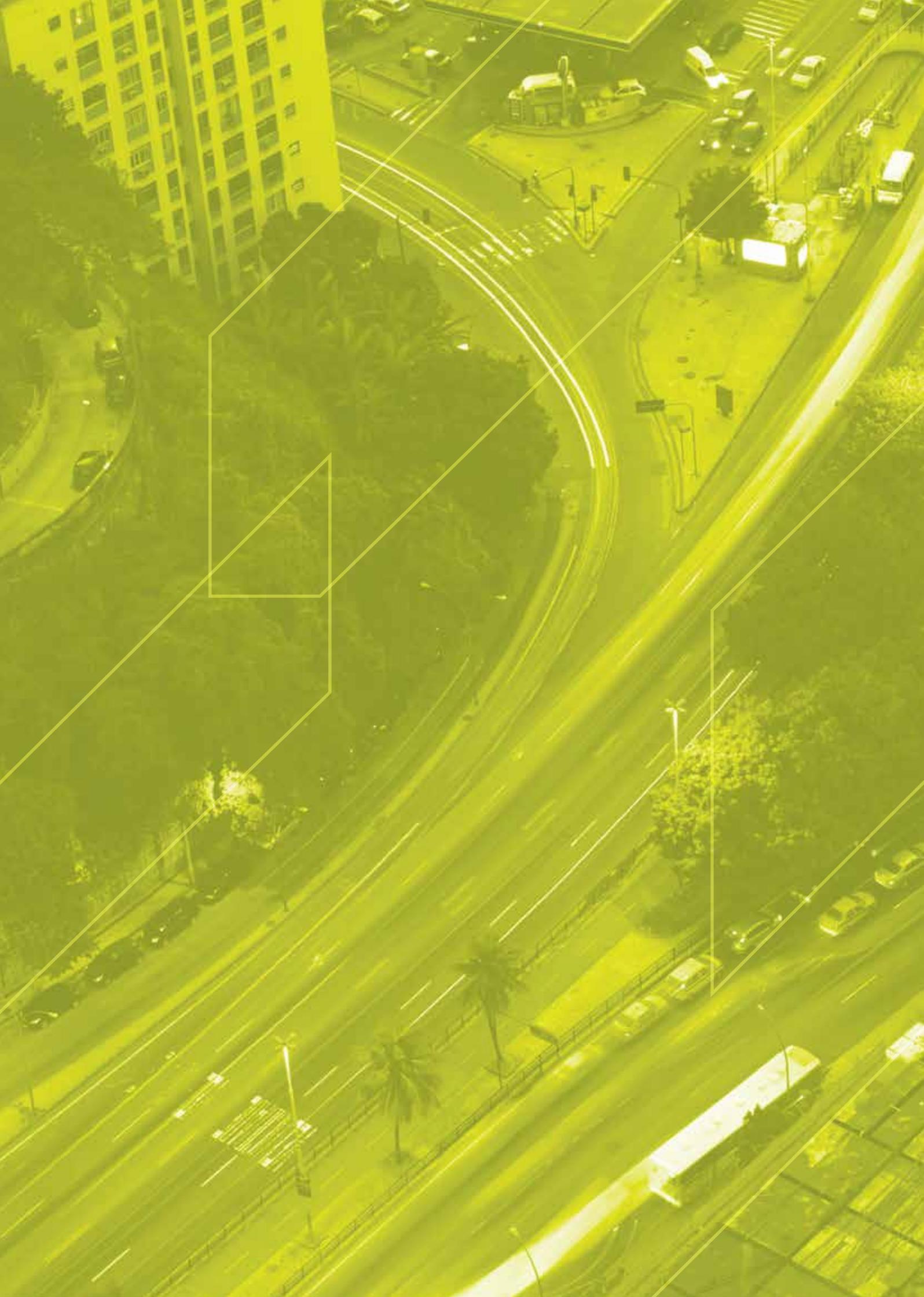
321. **Além do relacionamento com os usuários, há sempre uma série de outros envolvidos, tais como, agentes públicos que possam de algum modo interferir na prestação do serviço público** – como, por exemplo, a Polícia, outras entidades públicas com competências complementares, e etc. -, **as entidades competentes para expedir o licenciamento am-**

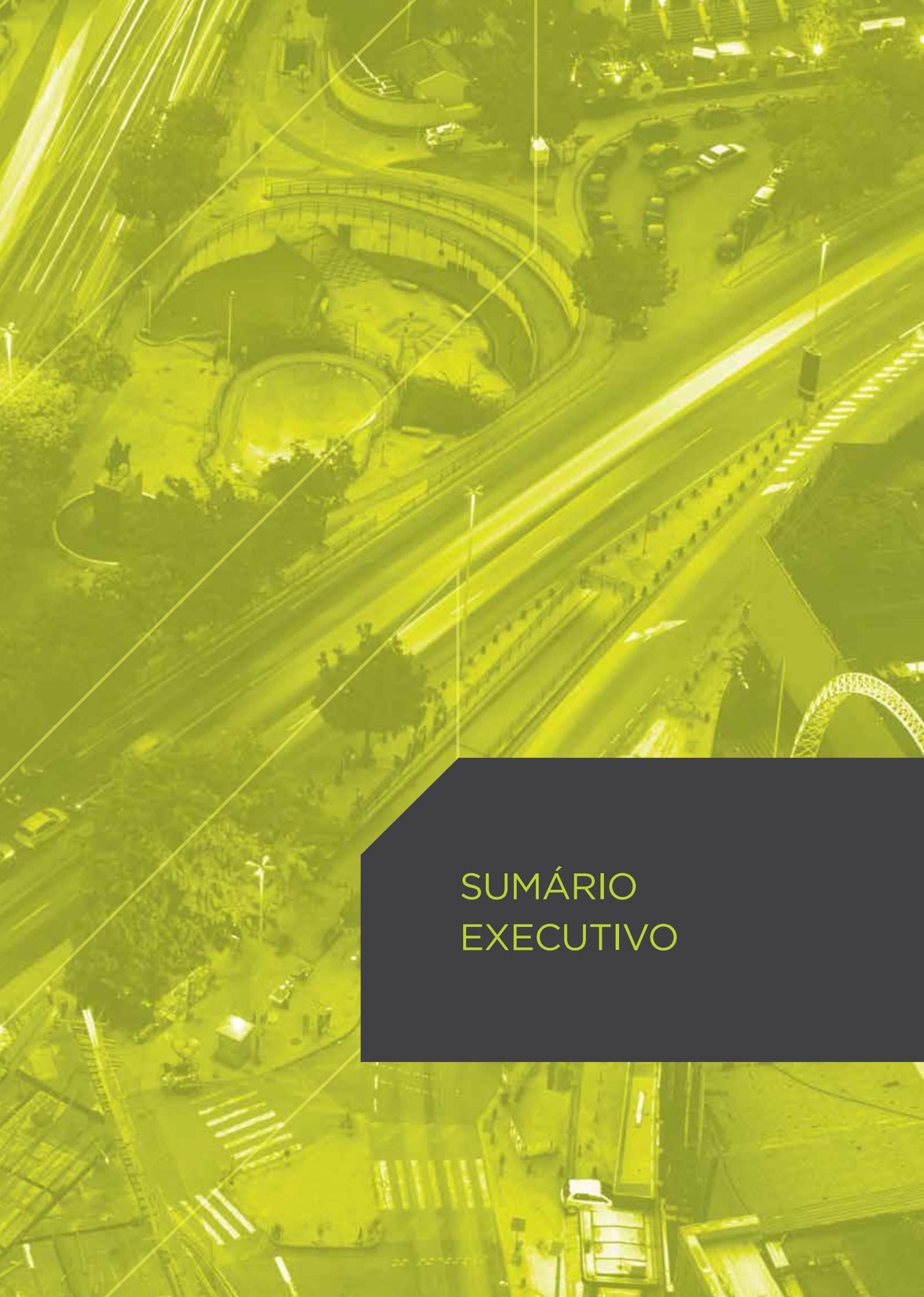
<sup>27</sup> São abrangidos sob esse nome não só os representantes diretos da pessoa política, como a Presidência da República, Governo dos Estados, Municipalidades, seus ministérios e secretariados; mas também os agentes que realizam a regulação mais cotidiana dos contratos, como as Agências Reguladoras e Departamentos de Fiscalização.

**biental em suas diversas esferas, os órgãos de controle, como os tribunais de contas, controladorias e ministério público, dentre outros.**

322. Diz-se, por isso, que enquanto os contratos regidos exclusivamente regidos pela Lei 8.666/93 geram relações jurídicas bilaterais, as Concessões implicam **relações jurídicas poligonais**, para o que as empresas interessadas em empreender nesse segmento devem se preparar.

323. Não é à toa que as empresas concessionárias contam sempre com departamentos institucionais, por meio do quais **se relaciona com os diversos stakeholders envolvidos nesse modo especial de contratação.**





# SUMÁRIO EXECUTIVO

## V. SUMÁRIO EXECUTIVO

324. Espera-se que as informações e comentários apresentados neste Guia possam contribuir para a preparação de empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs.

325. Ao longo de seus Capítulos, buscamos expor de modo objetivo e prático as principais práticas e pontos de atenção relacionados a esse segmento de atuação público-privada, sem deixar de lado, entretanto, as devidas explicações e algum detalhamento que consideramos relevante.

326. Embora recomendemos a leitura desses capítulos em sua integralidade, apresentamos a seguir um Sumário Executivo com a referência ao Capítulo e Item em que se poderá encontrar as explicações e detalhamento das ideias sumarizados nos tópicos abaixo.

### CONSIDERAÇÕES GERAIS QUANTO AOS RISCOS ASSUMIDOS EM CONCESSÕES E PPPS (I.1.)

327. Além da responsabilidade de mobilizar recursos para a execução do contrato, que existirá em maior ou menor proporção conforme se trate, gradativamente, de uma concessão comum, concessão patrocinada ou concessão administrativa, empreender em qualquer modalidade de concessão implica a assunção de certos riscos em grau maior do que se verifica nos contratos de obras públicas, regidos pela Lei 8.666/93.

328. Contudo, se, por um lado, é certo que, no âmbito das Concessões e PPPs, assumem-se alguns riscos em grau maior do que ocorre nos contratos de obras públicas; por outro lado, também é certo que há riscos que são eliminados, mitigados ou compartilhados nas Concessões e PPPs.

329. Mais do que isso, para as empresas que são entrantes neste segmento, empreender em concessões e PPPs significa assumir riscos até então desconhecidos, razão pela qual iniciativas como esta da CBIC de promover debates e divulgar informações são fundamentais para que esse segmento de atuação público-privada possa funcionar como vetor para abertura de um novo horizonte para o setor da construção e, assim, contribuir com o desenvolvimento de nosso País.

## BARREIRAS PARA QUE EMPRESAS DE MÉDIO PORTE POSSAM EMPREENDER EM CONCESSÕES E PPPS (I.2)

330. O vulto dos investimentos inerentes a esse tipo de negócio pode constituir uma barreira para as empresas de médio porte interessadas em participar, isoladamente, desse mercado. Trata-se, entretanto, de barreira que pode ser superada caso tais empresas se disponham a integrar um consórcio.

331. Embora o longo prazo desses contratos não constitua, por si só, uma barreira para empresas de médio porte interessadas em empreender em Concessões e PPPs, é um indicativo de que os primeiros anos da concessão são, em geral, deficitários, fato a ser considerado pelas empresas que desejam ingressar nesse segmento, até porque também o será por seus potenciais financiadores, que, durante esse período, exigirão mais garantias dos controladores da concessionária.

332. A diversidade das atividades que compõem o escopo de uma Concessão ou PPP também não constitui, em si, uma barreira para que empresas de médio porte possam empreender nesse segmento. Na verdade, esta diversidade de escopo é raramente atendida por uma só empresa, seja de que porte for, de modo que tanto a licitação, que sempre permite a participação de empresas em consórcio, quanto à execução do contrato são adaptadas a esta realidade.

333. Segundo o critério adotado pelo MTPS na RAIS<sup>28</sup> para classificação do porte das empresas, as concessionárias são, na ampla maioria dos casos, empresas de médio porte, de modo que o porte da concessionária, sob esse aspecto do número de seus empregados, não constitui um desafio para que empresas de médio porte possam empreender nesse segmento, eis que se situam no mesmo patamar que a SPE a ser constituída.

334. Exige-se da concessionária mais capacidade financeira do que técnica, o que repercute em todo o processo de contratação e costuma ser o maior gargalo à participação de empresas de médio porte nesse segmento. A participação de empresas em consórcio poderá resolver eventuais problemas relacionados ao atendimento dos requisitos financeiros necessários à participação no processo licitatório, assim como propiciar o rateio dos gastos com a preparação de propostas e, sobretudo, os relacionados aos investimentos da futura Concessão.

335. Em verdade, a maior dificuldade para as empresas de médio porte interessadas em empreender em concessões e PPPs refere-se aos financiamentos, já que sua obtenção depende da apresentação de garantias de pagamento dos financiamentos tomados.

336. Isso porque a obtenção de financiamentos no Brasil raramente adota a estrutura de financiamento de projeto, em que sua aprovação depende exclusivamente dos recursos gerados pelo projeto de concessão ou PPP.

337. No Brasil, a aprovação dos financiamentos é extremamente concentrada em poucas instituições financeiras, sobretudo no Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, que avalia não só as condições do próprio projeto, mas também a capacidade das empresas que pretendem tomar os financiamentos de pagá-los.

338. Sendo assim, quanto menor o porte da empresa e menos profissional for sua estrutura de governança, mais restritiva será a análise de eventual financiador para a concessão do financiamento, o que pode constituir uma barreira para que empresas de médio porte possam empreender nesse segmento dos projetos estruturados, já que podem não dispor ou estarem dispostas a fazer todos os investimentos com capitais próprios.

---

Segundo o RAIS do MTPS, considera-se empresa de médio porte as que empregam de 100 a 499 pessoas. Há, entretanto, outros critérios para classificação do porte das empresas, como a receita bruta ou faturamento anual ou o ativo total registrado no ano-referência, que serão mencionados a seguir.

## MECANISMOS POR MEIO DOS QUAIS AS EMPRESAS PODEM INFLUENCIAR A MODELAGEM DO NEGÓCIO (II)

339. A finalidade das PMIs consta do art. 21 da Lei 8.987/95: autorizar empresas a realizar estudos, investigações, levantamentos e projetos para subsidiar a licitação de uma Concessão ou PPP.

340. Embora sejam também procedimentos públicos competitivos, as PMIs são menos formais que as licitações, de modo que a condução do procedimento e os requisitos de habilitação para participação dos interessados são menos rígidos nas PMIs.

341. A participação das empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs em PMIs não constitui, em si, atividade lucrativa, o que nos remete ao próximo tópico em que se trata das vantagens e desvantagens em se participar desse procedimento.

342. As vantagens de participação de empresa interessada em empreender em um determinado projeto de Concessão ou PPP na correspondente PMI são as seguintes: (1) sua participação pode ser necessária para viabilizar o negócio, já que, sem ela, o projeto não será levado à frente; (2) ao participar de uma PMI, a empresa participa de modo direto e em certo grau de sua modelagem; e (3) a participação em uma PMI implica a realização de estudos relativamente aprofundados sobre o objeto da licitação, o que deve ser feito por qualquer empresa que deseje empreender de modo consciente em Concessões e PPPs.

343. A primeira desvantagem a ser apontada é o (1) risco de que os custos com a PMI não sejam ressarcidos, integral ou mesmo parcialmente, pois os estudos, levantamentos e projetos realizados em seu âmbito podem não ser aproveitados, total ou parcialmente, e a licitação, que é o principal objetivo das empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs, pode não vir a ser realizada; (2) alguns editais de chamamento público para PMIs vedam a participação de empresas interessadas na futura licitação; (3) os estudos, levantamentos e projetos realizados no âmbito de uma PMI serão disponibilizados aos licitantes concorrentes e a qualquer outro interessado em conhecê-los, de modo que a empresa interessada em em-

preender na correspondente Concessão ou PPP pode preferir fazê-los em seu âmbito privado, sendo a única a conhecer seus resultados.

344. Como se tem do conteúdo mínimo obrigatório das Consultas Públicas realizadas no âmbito de uma PPP, o projeto que constitui seu objeto já se encontra bastante maduro, de modo que a margem de influência sobre eles é bastante reduzida. Já no caso de uma Concessão Comum, como não há conteúdo mínimo obrigatório, apresenta-se, por vezes, apenas os aspectos gerais da licitação e do futuro contrato, o que, apesar de não atender aos objetivos participativos que deveriam caracterizar o procedimento de Consulta Pública, acaba por abrir espaço maior para que contribuições bem fundamentadas sejam acatadas.

## PECULIARIDADES DAS LICITAÇÕES QUE PRECEDEM CONCESSÕES E PPPS (III.1)

345. Adoção de critérios de julgamento da licitação distintos dos previstos na Lei 8.666, como o de menor tarifa a ser paga pelo usuário, nos casos das Concessões Comuns e Patrocinadas, ou a menor contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente, no caso das Concessões Patrocinadas e Administrativas, e, ainda, no caso de concessões onerosas, maior oferta ou maior ônus.

346. As licitações que precedem Concessões e PPPs costumam ter caráter internacional, e, portanto, mais abertas à participação de empresas estrangeiras.

347. Quanto à capacidade técnica, a comprovação de atendimento aos requisitos estabelecidos no edital é feita por meio de atestados técnicos, de modo similar às licitações regidas pela Lei 8.666/93, mas os requisitos de participação em si são adaptados ao fato de que i) não serão os próprios licitantes que executarão o objeto do contrato, mas, sim, uma empresa a ser constituída por eles caso vençam a licitação e ii) como já afirmado, as concessionárias dispõem de ampla margem de terceirização.

348. A capacidade financeira dos licitantes costuma ser medida por meio da exigência de que os licitantes apresentem um dado valor mínimo de Patrimônio Líquido ou Capital Social, limitado a 10% do valor do contrato, cumulativamente, a certos índices financeiros, como os índices de Liquidez Geral e/ou Corrente e de Endividamento.

349. Além do atendimento a esses patamares mínimos e índices, os seguintes documentos poderão ser também exigidos: (a) declaração de capacidade financeira em que as licitantes assumem um compromisso de integralização de determinado valor como capital social mínimo da SPE, caso vençam a licitação; (b) declaração de instituição financeira de que concederá o empréstimo ponte às empresas licitantes caso vençam a licitação, ou, documentos que demonstrem que as licitantes já alavancaram financiamentos em patamar similar aos que serão necessários para fazer face ao objeto da licitação; (c) garantia de proposta (bid bond); e (d) carta de instituição financeira ou de empresa seguradora comprometendo-se a emitir a garantia do contrato (performance bond), caso a licitante vença o certame.

350. Para atender a todos esses requisitos financeiros de participação, os licitantes devem ter bom canal de comunicação e relacionamento com o mercado segurador e financeiro, razão pela qual é comum que contratem consultores dessas áreas. Caso se trate de um consórcio, esse canal pode ser suprido por apenas uma das empresas que o integram, além de que todas, em conjunto, poderão ratear os custos, em geral não módicos, em que deverão incorrer para adoção de todas essas providências.

## PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO (III.2)

351. A adequada preparação, precificação e demais atos necessários para elaboração da proposta necessária para que as empresas interessadas em empreender nesse segmento possam participar das respectivas licitações custa caro e pode resultar em nada. É possível, ainda, e bastante frequente, que a empresa esteja interessada em participar de mais de uma licitação, o que acaba por multiplicar esse custo.

352. A formação de um consórcio é uma soma de esforços que produz efeito desde a fase de prospecção de negócios e participação nas licitações até o momento culminante de execução dos contratos que resultam das licitações vitoriosas, com a partilha tanto dos gastos quanto de seus lucros.

353. Além de conjugarem esforços para a preparação das propostas a serem apresentadas na licitação, empresas que talvez não conseguissem atender, isoladamente, os requisitos exigidos em uma determinada contratação pública têm essa perspectiva de participar em grupo com empresas complementares.

354. Participando em consórcio, as empresas podem somar sua capacitação técnica, assim como atender aos requisitos de capacidade financeira na medida do percentual de sua participação no grupo.

355. Os editais não exigem que o grupo de empresas seja formalmente registrado como consórcio, de modo que não terão que seguir o previsto no art. 279 da Lei 6.404/72, e, tampouco, há necessidade de que as empresas apresentem Compromisso Público de Constituição de Consórcio, como se exige em algumas licitações regidas pela Lei 8.666/93.

356. Com base no que permite o art. 20 da Lei 8.987/95, bastará que as empresas apresentem um Compromisso Particular de Constituição da futura SPE. Como este Compromisso de Constituição da SPE entre as empresas consorciadas será examinado não só pela entidade que está promovendo a licitação, mas também pelos demais licitantes concorrentes, costuma-se nele apresentar tão somente as informações expressamente exigidas no Edital e na Lei. Por isso, além deste Compromisso é comum que as empresas celebrem entre si um Memorando de Entendimento (MoU), que é um documento interno em detalharão seu modo de atuação antes, durante e após a licitação, caso venham a sagrar-se vencedoras. Ainda, a depender da relação entre as empresas do grupo, as consorciadas, antecipando discussão associada à futura solicitação dos financiadores, poderão ainda pactuar as principais condições do futuro Contrato de EPC - Engineering, Procurement, and Construction.

357. Um ponto importante a ser destacado na formação de consórcios é que haverá, entre as empresas que o integram, responsabilidade solidária. A solidariedade significa que cada uma das empresas do grupo será

responsável pelos atos que todas as outras praticarem durante a licitação. Isto é, se alguma das empresas do grupo causar dano à entidade promotora da licitação ou a algum licitante, as demais empresas, ou, até mesmo, qualquer uma delas individualmente, à escolha de quem sofreu o dano, são obrigadas a repará-lo, ainda que não tenham participado do evento causador deste dano.

358. Nada obstante, a responsabilidade solidária cessará com a constituição da SPE, que, por ser uma empresa autônoma diversa das empresas que a criaram, passará a assumir as responsabilidades do contrato de concessão.

359. A definição do percentual de participação das empresas que compõem o consórcio resulta basicamente de necessidades relacionadas ao atendimento dos requisitos de participação na licitação. Também é comum que os editais exijam que o percentual de participação das empresas consorciadas seja mantido na futura concessionária, o que deverá ser observado.

360. As exigências de capacidade técnica podem ser atendidas pelo consórcio em seu conjunto, somando-se diferentes expertises das participantes, independentemente de seu percentual de participação no consórcio.

361. Diversamente do que ocorre em relação à capacidade técnica, a somatória das qualificações econômico-financeira das empresas, para fins de cálculo de Patrimônio Líquido Mínimo e de Índices Financeiros, será proporcional à participação das empresas no consórcio.

362. Importante destacar, ainda, que a Lei de Licitações permite que os valores do Capital Social ou Patrimônio Líquido Mínimo exigido de licitantes individuais seja acrescido em até 30%, no caso de consórcio, e que há duas metodologias de cálculo do PL Mínimo do consórcio, sendo uma delas desfavorável aos consórcios.

363. Admite-se que sejam somados os quantitativos/valores que compõem o cálculo dos Índices Financeiros, na proporção da respectiva participação de cada consorciado no consórcio.

364. Normalmente se aceita que a garantia de proposta (bid bond) seja apresentada por apenas uma das empresas, em benefício de todo o consórcio, o que vale também para eventual compromisso de que, caso vençam a licitação, as empresas apresentarão garantia do contrato (performance bond).

## CONDIÇÕES PRECEDENTES À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO (IV.1)

365. Entre a declaração de um determinado licitante como vencedor do certame e a assinatura do contrato, costuma-se ter cerca de 75 dias, 1 mês e meio, para que sejam cumpridas as condições abaixo descritas.

366. Uma das primeiras condições precedentes à celebração do contrato de concessão a ser atendidas é a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE. A SPE nada mais é do que uma empresa criada para um único propósito: no caso, implantar e gerir o objeto do contrato de concessão. Embora possa assumir qualquer forma admitida em Direito, é comum que os editais exijam a constituição de uma Sociedade por Ações – SA.

367. Para além das determinações legal e editalícias nesse sentido, a constituição de uma SPE é também uma exigência dos financiadores, eis que a existência de uma empresa autônoma em relação a seus controladores, com CNPJ, contabilidade e patrimônio próprios e segregados das empresas que a criaram, evita a confusão de passivos e outros riscos e relacionados às demais atividades desenvolvidas por seus acionistas, além de facilitar seu controle contábil e patrimonial.

368. Antes da celebração do Contrato de Concessão, deverão ser realizados os seguintes pagamentos: (a) emolumentos da BOVESPA, caso o leilão tenha sido promovido por ela; (b) eventual ressarcimento dos estudos feitos no âmbito de uma PMI; (c) parcela ou até mesmo a integralidade de valor corresponde ao ônus da concessão, quando exigível; e (d) aportes para integralização do capital social inicial da concessionária.

369. Os pagamentos dos valores mencionados nas letras (a) e (b) supra devem ser feitos pelas empresas que vencerAM a licitação, enquanto que os referidos nas letras (c) e (d) já devem ser feitos pela SPE, razão pela qual deve ser aberta conta bancária da SPE imediatamente após sua constituição.

370. Além da constituição da SPE e dos pagamentos e aportes iniciais acima mencionados, costuma-se exigir também, como condição precedente à celebração do Contrato de Concessão, que a SPE apresente garantia de execução de contrato (performance bond) e contrate os demais seguros previstos nos respectivos editais, dentre outras exigências neles previstos.

## GESTÃO ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DA CONCESSIONÁRIA/ CONTRATAÇÃO DE FINANCIAMENTOS E OPERAÇÃO (IV.2)

371. A gestão de uma Concessão e PPP demanda certa sofisticação nas áreas administrativa – aí inserida a gestão contratual e da empresa – e financeira, desde o início do contrato, ao longo de toda sua execução, e também ao seu término. Sendo assim, a diretoria e equipe da concessionária devem ser adequadamente estruturadas para enfrentar esse desafio.

372. Após a celebração do Contrato de Concessão, o primeiro desafio a ser enfrentado é a contratação dos empréstimos pontes, que são normalmente necessários, até que os financiamentos de longo prazo sejam aprovados.

373. A capacidade de alavancagem, isto é, de mobilizar recursos mediante a obtenção de financiamento de longo prazo, é um dos maiores pontos de atenção para empresas de médio porte interessadas em empreender em concessões e PPPs. Isso porque, os financiamentos disponíveis no mercado brasileiro raramente são estruturados sob a modalidade de project finance non recourse, de modo que a entidade financiadora – no Brasil, basicamente o BNDES – analisa também a capacidade dos acionistas das empresas tomadoras dos empréstimos de honrarem o empréstimo que foi concedido à SPE, caso esta não consiga honrá-lo.

374. A exigência de garantias dos acionistas da SPE (as denominadas garantias corporativas ou fidejussórias) será maior ou menor conforme o projeto se encontre ainda em sua fase de implantação - também denominada pré-operacional – e, por isso mais exposto a risco, ou esteja em sua fase operacional, na qual já há geração de receitas.

375. Uma das medidas que pode ser adotada no âmbito da própria SPE para mitigar a exigência de garantias de seus acionistas é a celebração de um contrato de EPC. Outro instrumento que tem sido exigido para mitigar a exigência de certas garantias fidejussórias é o ESA - Equity Support Agreement, ou, Contrato de Suporte de Acionistas. Outra possibilidade é a

contratação de um seguro-garantia contra os riscos relacionados à implantação do projeto, tendo o financiador como beneficiário.

376. No atual momento de restrição de crédito, não tem sido raro que, além dos instrumentos acima mencionados, exija-se também as tais garantias fidejussórias, como a fiança e o aval dos acionistas da SPE, e, até mesmo garantias reais, como são as que recaem sobre imóveis que compõem seu patrimônio, além das garantias de projeto, como a cessão fiduciária de seus recebíveis e das ações da SPE. Também tem sido comum que se exija o aporte antecipado do capital próprio dos acionistas da SPE como condição prévia para a liberação do financiamento.

377. Nada obstante, tais exigências tem se aplicado também a empresas de maior porte, razão pela qual a capacidade de prestar tais garantias representa um grande desafio para qualquer empresa interessada em empreender em Concessões e PPPs.

378. As empresas de médio porte poderão se valer do BNDES FGI, que é um fundo garantidor do banco que funciona como instrumento complementar de garantia e o percentual de financiamento do capital de giro associado ao investimento, de até 40%, é maior do que o admitido para empresas de grande porte, que é de até 15%.

379. Visando ampliar o controle, transparência e adoção de padrões de governança corporativa pela Concessionária, alguns editais estabelecem a obrigação de abertura do capital da SPE após o transcurso de um prazo que não costuma ser muito maior que 1 ano. Tal determinação pode ser atendida - e normalmente assim o é - por meio da emissão de debêntures, que constitui, aliás, mais um mecanismo de captação de recursos para financiar os investimentos inerentes às Concessões e PPPs.

## ENGENHARIA OBJETO DAS CONCESSÕES (IV.3)

380. O Contrato de Concessão corresponde a uma tipologia contratual conhecida pela sigla DBFOT: amplo contrato de empreitada integral, turn-key, que abrange não só a elaboração dos projetos, construção, implantação de equipamentos, assim como sua operação e posterior transferência ao Poder Concedente ao final da Concessão, executado sob regime de preço global, lump-sum.

381. A Concessionária acaba por atuar como gerenciadora dos contratos que celebra para a execução do contrato de concessão, mantendo-se, entretanto, como única responsável por seu bom desenvolvimento e por aportar os recursos para tanto necessários.

382. É bastante comum que figure, também, dentre as atribuições do Concessionário a adoção de uma série de providências relacionadas às desapropriações e desocupações necessárias para execução do objeto da Concessão, bem como a obtenção de licenças ambientais, razão pela qual é importante que façam estudos aprofundados acerca dos custos para tanto necessários.

## OUTRAS CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DO REGIME DE CONCESSÃO (IV. 4 E IV.5)

383. Por sua relevância política e tratamento legal aplicável, a atividade desenvolvida pelas Concessionárias está sujeita a intensa regulação, não só no plano legal, mas também por meio uma série de normas infralegais editadas pelo Poder Concedente.

384. Essa normatização incidente sobre o Contrato de Concessão é justificada pela necessidade de constantes atualizações e ajustes de uma prestação dirigida a um grande grupo de pessoas por longo prazo, e se fundamentam nos princípios da prestação adequada, atualidade e mutabilidade do serviço público.

385. A fiscalização exercida nos Contrato de Concessão tem natureza distinta da que se pratica em contratos de obras: seu objeto principal são os resultados, e não os meios empregados para atingi-los. Para esse fim, os Contratos de Concessão estabelecem indicadores e parâmetros de qualidade ou desempenho a serem atingidos, assim como gatilhos de investimentos e descontos de reequilíbrio, aplicáveis no caso de inexecução de investimentos, ainda que sem culpa da Concessionária.

386. Outro ponto digno de nota é que a relevância social dos serviços públicos impõe, ainda, um dever de continuidade de prestação à Concessionária. Diversamente do que se passa no âmbito dos contratos exclusivamente regidos pela Lei 8.666/93, cujo art. 78, XV, permite ao contratado que suspenda o cumprimento de suas obrigações caso a Administração atrase os pagamentos devidos por mais de 90 dias, a Concessionária só poderá paralisar a prestação dos serviços se autorizada por decisão judicial transitada em julgado, conforme determina o parágrafo único do art. 39 da Lei 8.987/95, dispositivo que se aplica também às PPP (cf. art. 3º, caput, e §1º, da Lei 11.079/04).

387. Ao celebrar um Contrato de Concessão, a SPE assume uma posição jurídica que implica uma série de relações jurídicas, para além da relação

contratual com o Concedente, com os seguintes stakeholders: usuários, financiadores, agentes públicos que possam de algum modo interferir na prestação do serviço público, entidades competentes para expedir o licenciamento ambiental em suas diversas esferas, os órgãos de controle, como os tribunais de contas, controladorias e ministério público, dentre outros. Por isso se dizer que enquanto os contratos regidos exclusivamente pela Lei 8.666/93 geram relações jurídicas bilaterais, as Concessões implicam relações jurídicas poligonais.



The image features a dam with water cascading through a spillway. The entire scene is overlaid with a semi-transparent green filter and a network of thin white lines forming various geometric shapes, including rectangles and polygons. In the bottom right corner, there is a dark blue trapezoidal shape containing white text.

CONHEÇA OUTRAS  
PUBLICAÇÕES CBIC

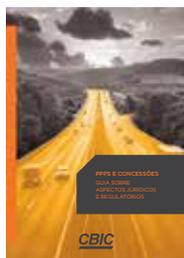
# CONHEÇA OUTRAS PUBLICAÇÕES CBIC

Accese o site da CBIC ([www.cbic.org.br/publicacoes](http://www.cbic.org.br/publicacoes)) e baixe os livros gratuitamente.  
Disponível em português, inglês e espanhol.

## INFRAESTRUTURA (OBRAS PÚBLICAS E CONCESSÕES)



PPPs e Concessões - Propostas para Ampliar a Participação de Empresas (2ª Edição)  
Ano: 2016



PPPs e Concessões - Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios  
Ano: 2016  
Disponível também em inglês e espanhol



PPPs e Concessões - Propostas para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios  
Ano: 2016  
Disponível também em inglês e espanhol



PPPs e Concessões - Guia para Organização de Empresas em Consórcios  
Ano: 2016  
Disponível também em inglês e espanhol



PAC - Radiografia dos Resultados 2007 a 2015  
Ano: 2016



PAC - Avaliação do Potencial de Impacto Econômico  
Ano: 2016



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs - Volumes I e II  
Ano: 2015/2016



Um Debate Sobre Financiamento de Longo Prazo para Infraestrutura  
Ano: 2016



Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia  
Ano: 2015



Diálogos CBIC | TCU Contribuição da CBIC para o Manual "Orientações para Elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas"  
Ano: 2014



Report International Meeting Infrastructure and PPPs  
Ano: 2015



Propostas para Reforma da Lei de Licitações  
Ano: 2015

## RESPONSABILIDADE SOCIAL E EMPRESARIAL



Guia de Ética e Compliance para Instituições e Empresas do Setor da Construção  
Ano: 2016



Código de Conduta Concorrencial  
Ano: 2016  
Disponível também em inglês e espanhol



Plataforma Liderança Sustentável  
Ano: 2016  
[cbic.org.br/liderancasustentavel](http://cbic.org.br/liderancasustentavel)

## MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE



Manual de Implantação do Conselho de Desenvolvimento da Cidade  
Ano: 2014



Guia de Compra Responsável na Construção  
Ano: 2015



Mapeamento de Incentivos Econômicos para construção Sustentável  
Ano: 2015



Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental  
Ano: 2015

## RELAÇÕES TRABALHISTAS



Guia Contrate Certo - Guia para a Contratação de Empreiteiros e Subempreiteiros na Construção Civil  
Ano: 2014



Guia Orientativo de Áreas de Vivência  
Ano: 2015



Guia Orientativo de Segurança  
Ano: 2015



Guia Orientativo de Incentivo à Formalidade  
Ano: 2016

## TECNOLOGIA E INOVAÇÃO



Coletânea Implementação do BIM - Volumes I a V  
Ano: 2016



Guia Orientativo para Atendimento à Norma NBR 15.575/2013  
Ano: 2013



Boas Práticas para Entrega do Empreendimento Desde a sua Concepção  
Ano: 2016



Catálogo de Inovação na Construção Civil  
Ano: 2016



Catálogo de Normas Técnicas Edificações  
Ano: 2016



Análise dos Critérios de Atendimento à Norma de Desempenho ABNT NBR 15.575  
Ano: 2016



Guia Nacional para a Elaboração do Manual de Uso, Operação e Manutenção das Edificações  
Ano: 2014

## MERCADO IMOBILIÁRIO



Perenidade dos Programas Habitacionais - PMCMV: Sua Importância e Impactos de uma Eventual Descontinuidade  
Ano: 2016



Melhorias no Sistema de Crédito Imobiliário - O Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo e o Crédito Habitacional  
Ano: 2015

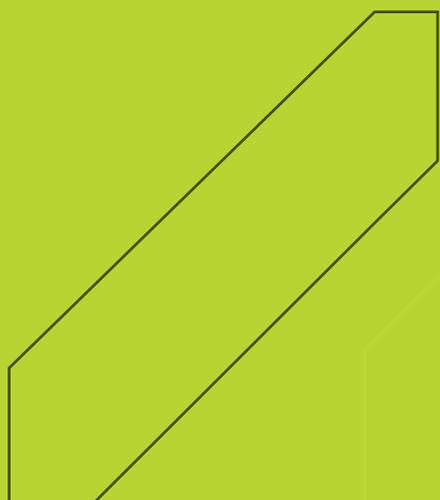


I Encontro Nacional sobre Licenciamentos na Construção  
Ano: 2014



O Custo da Burocracia no Imóvel  
Ano: 2014







correalização

realização



Iniciativa da CNI - Confederação  
Nacional da Indústria



correalização

realização



Iniciativa da CNI - Confederação  
Nacional da Indústria

