

# A qualificação econômico- -financeira nas parcerias público-privadas

Carlos Eduardo Teixeira Braga<sup>1</sup>

Diego Brito Cardoso<sup>2</sup>

Fábio Augusto Daher Montes<sup>3</sup>

Mariana Rosada Pantano<sup>4</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Os mecanismos positivados e a jurisprudência dos Tribunais; 2.1. Previsão constitucional; 2.2. Previsão infraconstitucional; 2.2.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis; 2.2.1.1. Utilização de índices; 2.2.1.2. Utilização de capital social e patrimônio líquido mínimos; 2.2.1.3. Relação de compromissos assumidos pelo licitante; 2.2.1.4. Consórcio de empresas para participação na licitação; 3. Os sinais de capacidades financeira; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV e em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

3 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

4 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado e Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

## 1. Introdução

Dentre os objetos de estudo do Direito Administrativo, um dos que mais exige uma abordagem interdisciplinar é o tema das parcerias público-privadas (PPP). Além da necessidade de compreensão do tema dentro do Direito Administrativo, em especial das Leis nºs 11.079/04, 8.987/95 e 8.666/93, a análise da modelagem de uma concessão envolve conhecimentos em outras disciplinas do direito, como tributário, financeiro, econômico, empresarial, civil etc. Ademais, é extremamente recomendável que o profissional do direito possua conhecimentos básicos em administração, finanças, contabilidade e economia, devendo ainda possuir conhecimentos setoriais de acordo com o objeto da concessão (transportes, saneamento, habitação, saúde, educação etc.).

Isso porque o profissional terá que modelar o projeto (ou avaliá-lo) verificando o melhor enquadramento tributário, analisando a adequação orçamentária e financeira, incentivando a concorrência entre os licitantes, indicando as diretrizes gerais de estruturação da sociedade de propósito específico e avaliando as relações civis envolvidas na execução contratual. Além disso, terá que verificar se o projeto, do ponto de vista do negócio, está adequadamente estruturado e possui condições de iniciar a fase externa da licitação<sup>5</sup>.

Neste artigo, cabe-nos a abordagem sobre a qualificação econômico-financeira dessa estrutura complexa que é a Concessão. A elaboração deste estudo decorre de encontros e pesquisas realizadas pelo Núcleo Temático de Estudos sobre Parcerias Público-Privadas da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo que analisou os principais pontos polêmicos das PPPs. Cabe alertar que abordaremos apenas o cerne da qualificação econômico-financeira, especialmente os instrumentos elencados nos incisos I e II e os parágrafos do art. 31 da Lei nº 8.666/93 e os demais usualmente utilizados nos editais de Concessão, uma vez que os temas

---

5 Obviamente, caberá ao advogado a avaliação dos aspectos jurídicos da modelagem da concessão, cabendo aos técnicos das demais áreas do conhecimento humano apreciar os aspectos que lhe são pertinentes. Entretanto, é imprescindível que o assessor jurídico tenha os conhecimentos básicos mencionados para que possa fazer a adequada interpretação legal dos documentos que lhe são fornecidos pelos demais técnicos. Em outras palavras, não é necessário que o advogado saiba realizar o trabalho dos demais técnicos, mas que seja capaz de avaliar juridicamente o produto que lhe for apresentado e a compatibilização desse produto ao disposto em lei.

correlatos serão tratados por outros artigos elaborados por colegas integrantes do referido Núcleo.

O claro delineamento do escopo deste estudo é importante porque a complexidade da PPP não mais permite que os instrumentos criados para uma licitação fundamentada exclusivamente na Lei nº 8.666/93 sejam utilizados da mesma forma para as Concessões. Assim, um instrumento de avaliação da qualificação econômico-financeira do licitante pode não estar alocado no edital como um requisito de habilitação da qualificação econômico-financeira, mas, sim, estar inserido no edital ou no contrato sob outra forma de requisito de participação ou de avaliação dos concorrentes.

Um exemplo que bem ilustra isso, é a qualificação técnica relativa à comprovação de experiência como “empreendedor”, a qual exige que o licitante comprove a participação em empreendimento que tenha requerido investimentos de determinado valor. Está claro que esse requisito de habilitação pretende permitir a verificação acerca da experiência anterior do licitante, que demonstre sua capacidade de investir e administrar determinados valores, tratando-se de nítida qualificação econômico-financeira alocada na habilitação técnica.

Até mesmo a garantia da proposta (art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93) não é mais apenas solicitada como um documento dentre aqueles apresentados para qualificação econômico-financeira. Os editais com inversão de fases (nos quais o julgamento da proposta comercial antecede a habilitação do licitante) vêm prevendo a apresentação e análise da garantia da proposta como uma fase autônoma e preliminar dentro do procedimento de licitação<sup>6</sup>. Rigorosamente, isso significa que os editais que adotam essa sistemática estão prevendo dois momentos para análise da habilitação dos licitantes dentro de um mesmo procedimento (iniciando-se com a avaliação da garantia da proposta como fase autônoma, seguindo-se a abertura dos envelopes com as propostas comerciais e finalizando com a análise dos documentos de habilitação restantes). E não podia ser diferente. Não haveria sentido em classificar as propostas

---

<sup>6</sup> A garantia da proposta, assim como a garantia da execução do contrato, pelas peculiaridades do tema, foram objeto de análise autônoma pelo Núcleo Temático de Estudos sobre PPPs e, por isso, será tratado apenas incidentalmente neste artigo.

econômicas e posteriormente verificar se a garantia da proposta é, ou não, válida. Trata-se evidentemente de uma inovação procedimental necessária para adequar a Lei Geral de Licitações às necessidades de uma licitação de concessão e ao regramento que permitiu a inversão de fases.

Outro instrumento que também não está previsto na Lei nº 8.666/93, e vem sendo utilizado com certa frequência, é a declaração de uma instituição financeira sobre a viabilidade do plano de negócios do licitante, que nada mais é do que uma análise da exequibilidade da proposta comercial por terceiro estranho à licitação, mas que, em tese, possui mais capacidade para avaliar o plano de negócios do que a comissão de licitação.

Assim, vê-se que o isolamento da fase de habilitação econômico-financeira criada pela Lei nº 8.666/93 não comporta todos os instrumentos que hoje são utilizados para verificar se o licitante possui ou não condições de se sagrar vencedor do certame. A bem da verdade, os novos instrumentos utilizados nas licitações de concessão estão se mostrando mais efetivos para verificar a capacidade econômico-financeira dos licitantes. Por isso, apresentaremos ao final do artigo o que Maurício Portugal Ribeiro vem chamando de *sinais de capacidade financeira*.

Isso decorre do fato de que as licitações realizadas exclusivamente pela sistemática da Lei nº 8.666/93 exigem que o licitante tenha capacidade financeira para execução de uma pequena parcela do objeto, que em breve tempo será pago pela Administração. Já as concessões, se caracterizam pelo alto investimento do parceiro privado nos primeiros anos do contrato, que será amortizado em até 35 anos<sup>7</sup>. Ou seja, a legislação fornece para dois tipos completamente diferentes de contrato os mesmo instrumentos para verificar a qualificação do licitante, obrigando a Administração a desenvolver ferramentas não previstas expressamente em lei<sup>8</sup>.

---

7 Esse ponto (momento e montante do investimento) também merece atenção do profissional do direito. Nem todos os projetos de concessão possuem alto investimento inicial e baixo custo operacional posterior. Por vezes, os custos operacionais do projeto são bem superiores ao investimento inicial. Isso gera a necessidade de se avaliar como a qualificação econômico-financeira deve ser exigida.

8 Aliás, esse ponto bem demonstra a necessidade de interpretar o princípio da legalidade para Administração Pública como sendo permitido tudo que não é expressamente proibido em lei e que não contrarie os demais princípios aplicáveis à Administração, mormente os princípios constitucionais. Interpretar o princípio da legalidade como sendo permitido ao Poder Público realizar apenas aquilo que está expressamente autorizado pela lei nos levaria a conclusão de

Outro fato que leva os profissionais do direito a criarem novas formas de avaliação da capacidade econômico-financeira é a dúvida quanto à qualidade do que será demonstrado pelo licitante (e que foi exigido no edital com base nos parâmetros positivados). Questiona-se, por exemplo, se a análise do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis é um mecanismo efetivo para qualificação econômico-financeira para as concessões. Veremos abaixo que, a mera exigência de índices contábeis, sem a possibilidade de a comissão de licitação avaliar outros elementos da empresa, pode significar muito pouco, ou quase nada, para avaliação da capacidade financeira do licitante.

Outro ponto preliminar que entendemos importante na estruturação das PPPs e concessões em geral (assim como todas as decisões importantes que são tomadas pela Administração) é a necessidade, ou ao menos tentativa, de envolvimento prévio dos órgãos de controle, como Tribunais de Contas, Poder Judiciário e Ministério Público, além dos demais atores sociais, como Defensoria Pública e entidades da sociedade civil.

Nas PPPs, a existência de audiência e consulta pública antes da publicação definitiva do edital já permitiria, em tese, a participação desses órgãos e entidades na estruturação do modelo que será implementado. Entretanto, a prática demonstra que essa participação serve apenas para aprimorar o modelo e raramente alterará sua estrutura. Assim, o ideal é que a participação se dê antes mesmo desse momento previsto em lei.

O motivo dessa participação prévia seria permitir que os interessados já apresentassem o que entendem como estrutura ideal da concessão e, principalmente, apontem eventuais irregularidades que poderiam ser questionadas futuramente<sup>9</sup>. Isso é especialmente importante nas PPPs, pois, como dito acima, a estruturação dos projetos, cada vez mais, utiliza instrumentos novos e não previstos expressamente em lei.

---

que a criação de novas formas de avaliação da qualificação econômico-financeira seria ilegal, porquanto incompatível com os procedimentos e instrumentos previstos em lei. Isso levaria a Administração Pública a contratar pessoas que para a lei teriam capacidade para execução do contrato, mas que não se sabe se efetivamente teriam essa capacidade, gerando uma interpretação totalmente descolada da realidade e que poderia trazer graves prejuízos à execução de um serviço público.

9 Não estamos aqui propondo, de qualquer modo, a alteração da autoridade responsável pela definição do modelo, qual seja, o Poder Executivo, mas sim a colaboração desses órgãos e entidades que podem auxiliar muito com suas experiências e conhecimentos específicos.

Mais uma vez estamos tratando de algo que não tem previsão legal (envolvimento prévio dos demais poderes e entidades interessadas) e que depende da criatividade e da vontade do órgão ou grupo de trabalho responsável pela elaboração da modelagem<sup>10</sup>. No entanto, entendemos que essa providência é extremamente importante e deve ser praticada. O rápido desenvolvimento econômico e social buscado pelo Brasil exige a intensa colaboração entre todos os órgãos públicos, bem como a participação ativa e responsável de toda sociedade. Qualquer medida para reduzir a judicialização dos projetos e o consequente atraso na sua implantação é bem-vinda.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passamos à exposição da estrutura deste artigo.

De início, serão apresentados os mecanismos de avaliação da capacidade econômico-financeira dispostos na Lei nº 8.666/93 e sua interpretação pelos Tribunais de Contas, com ênfase na corte de contas paulista. Essa jurisprudência, na sua maioria, não se refere especificamente às PPPs e concessões, mas são referências valiosas para demonstrar o modo de atuar desses tribunais. Ainda que as melhores práticas em licitações de PPPs indiquem que esses mecanismos tradicionais podem não ser os mais adequados para o administrador verificar a capacidade do licitante, caso a Administração pretenda fazer uso deles, é obrigação do assessor jurídico avaliar sua adequação à lei e à jurisprudência de modo a afastar qualquer irregularidade.

Posteriormente, serão apresentados os instrumentos que são indicados como sendo mais efetivos na avaliação da capacidade econômico-financeira dos licitantes, demonstrando como eles foram utilizados no edital de licitação da Linha 6 do Metrô de São Paulo.

## **2. Os mecanismos positivados e a jurisprudência dos Tribunais**

### **2.1 Previsão constitucional**

De modo abrangente, a qualificação econômica “corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória

---

10 A título de exemplo, o Grupo de Trabalho formado para análise e estruturação da modelagem da PPP dos Complexos Prisionais no Estado de São Paulo reuniu-se informalmente com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, antes mesmo da audiência e da consulta pública, para apresentar o projeto e solicitar a colaboração sobre o que o órgão entendia como sendo importante constar ou ser alterado no projeto.

execução do objeto da contratação”<sup>11</sup>. Como ao contratado caberá a execução do objeto com recursos próprios, certo é que aquele que não os dispuser suficientemente para tanto, não terá o direito de sagrar-se vencedor da licitação, uma vez que a insuficiência financeira gera a presunção de inviabilidade da execução do contrato e a impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento.

Com efeito, a saúde econômica da empresa licitante deve ser aferida relativamente ao vulto dos investimentos e das despesas necessárias à execução do contrato, motivo pelo qual a qualificação econômico-financeira só pode ser apurada em função das necessidades concretas.

Levando-se em conta a necessidade de o procedimento licitatório buscar a proposta mais vantajosa para a Administração e, ao mesmo tempo, selecionar um parceiro apto a prestar o serviço objeto do contrato em níveis de qualidade à altura das exigências do Poder Concedente, a interpretação das exigências de qualificação econômico-financeira dos licitantes deve partir do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

O trecho desse dispositivo legal que merece destaque é: “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...] o qual *somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”.

Daí decorre que o advogado, no momento da estruturação da concessão, deverá alertar as demais áreas técnicas, no caso em análise, aquela responsável pela área econômico-financeira, de que as exigências postas na habilitação devem ser aquelas indispensáveis para o cumprimento do contrato. Na prática, o assessor jurídico deverá questionar se, *diante do caso concreto*, o que está sendo exigido (1) está devidamente motivado e (2) é realmente necessário para avaliar a capacidade financeira do licitante.

Se ambas as respostas forem positivas, estará atendido, a princípio, o comando constitucional. Nesse ponto, fica clara a necessidade do advogado possuir conhecimentos básicos das demais áreas do conhecimento,

---

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Dialética, 2010. p. 537.

uma vez que somente com isso será possível avaliar se a resposta dada pela área técnica é válida e suficiente para atender à premissa constitucional.

## 2.2. Previsão infraconstitucional

No âmbito infraconstitucional, a qualificação econômico-financeira na seleção dos licitantes, visando à contratação sob regime de PPPs e concessões, segue o disposto na Lei nº 8.666/93.

Há previsão especial para as concessões nos §§ 1º, inciso I, e 3º do art. 27 da Lei nº 8.987/95 e no inciso I do §2º do artigo 5º da Lei nº 11.079/04, que tratam basicamente da transferência do controle societário da concessionária, mas que não inovam os instrumentos que podem ser utilizados para aferir a capacidade do licitante. No mais, as regras para licitação comum e para licitação de uma concessão seguem os mesmos parâmetros da lei geral de licitações.

Os três instrumentos básicos positivados pela legislação estão elencados nos incisos do art. 31 da Lei nº 8.666/93, quais sejam:

- I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.”

A avaliação do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do licitante é, sem dúvida, o ponto que mais possui controvérsias. Por outro lado, a exigência de apresentação de certidão negativa de falência e de recuperação judicial, para as pessoas jurídicas, ou de execução patrimonial, para as pessoas físicas, não apresenta grandes questionamentos. Por fim, temos a garantia da proposta, que, como dito acima, será tratada apenas superficialmente neste artigo.

## 2.2.1 Balanço patrimonial e demonstrações contábeis

O primeiro alerta a ser feito, quanto à apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, é relativo à necessidade de indicação de parâmetros objetivos no edital para sua avaliação. A mera exigência de sua apresentação, sem qualquer balizamento objetivo para sua aferição, não terá valia alguma e não poderá ser utilizado para inabilitação dos concorrentes.

O próprio art. 31 estabelece alguns parâmetros para essa análise, conforme disposto nos §§ 1º e 5º, *in verbis*:

“§1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

[...]

§5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”

Resta evidente, dessa forma, que a própria lei julgou insuficiente a mera apresentação das demonstrações contábeis, autorizando a utilização de índices que se destinem à comprovação da capacidade financeira do licitante para a execução do contrato e vedando expressamente exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

### 2.2.1.1 Utilização de índices

Os índices que podem ser utilizados não foram preestabelecidos pela legislação, de modo que a Administração se valerá dos fornecidos pela ciência da contabilidade e pelas regras usuais do campo da auditoria e das finanças.

A escolha do índice, portanto, deve guardar relação de razoabilidade e proporcionalidade com o objeto a ser atingido, refletindo parâmetros que possibilitem obter a melhor proposta para a Administração Pública.

Usualmente, são encontrados nos editais os seguintes índices: (1) liquidez geral, (2) liquidez corrente, (3) endividamento e (4) solvência geral.

A liquidez indica a capacidade de uma empresa honrar os seus compromissos financeiros na data do vencimento (curto ou longo prazo), incorrendo em perdas insignificantes ou nenhuma perda. Em contrapartida, o risco de liquidez é entendido pela possibilidade de a empresa não ser capaz de pagar seus compromissos no vencimento, ou somente fazê-lo com elevadas perdas. Quanto maior for esse índice, maior será a liquidez da empresa.

A diferença entre a liquidez geral e a liquidez corrente consiste no fato de que a primeira considera a relação entre (1) ativo circulante mais ativo realizável a longo prazo e (2) passivo circulante mais passivo realizável a longo prazo, e a segunda considera a relação entre (1) ativo circulante e (3) passivo circulante.

Já o índice de endividamento considera a relação entre (1) o passivo exigível (curto e longo prazo) e (2) o ativo total. O índice de endividamento total procura identificar o montante de recursos de terceiros que está sendo utilizado com o objetivo de gerar lucro. Quanto menor for a participação de capital de terceiros na empresa, menor será seu grau de endividamento e, em tese, maior será a liberdade financeira para tomar decisões.

Por fim, o índice de solvência geral expressa a relação entre (1) o ativo total e (2) o passivo exigível (curto e longo prazo). Esse índice se presta a avaliar se as dívidas contraídas possuem respaldo no ativo da empresa<sup>12</sup>.

Na prática, a análise dos índices é algo que deve ser bem planejada na licitação para que não se faça uma exigência desnecessária, limitando a participação de empresa que efetivamente possui condições de executar o objeto, mas não possui o índice exigido. Para tanto, o assessor

---

<sup>12</sup> Sobre índices contábeis ver: IUDÍCIBUS, Sérgio de *et al.* *Contabilidade Introdutória*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998, e VICECONTI, Paulo; NEVES, Silvério das. *Contabilidade avançada e análise das demonstrações financeiras*. 17. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 456-458.

jurídico deve considerar que a análise de uma empresa, por meio de suas demonstrações contábeis envolve “(1) comparar o desempenho da empresa com outras da mesma indústria e (2) avaliar tendências da posição patrimonial e financeira da empresa ao longo do tempo”<sup>13</sup>.

Pelo item 1 acima referido, vemos o motivo pelo qual a determinação dos índices na licitação depende do caso concreto: é necessária a comparação da empresa analisada com outras do mesmo setor. No caso das PPPs, é importante ressaltar que, na maioria das vezes, o objeto será executado por empresas de mais de um ramo de atividade, que podem possuir índices diferentes. Assim, o assessor jurídico deverá verificar se essa variação está sendo observada pelo órgão técnico competente.

Outra consideração importante é que o processo licitatório possui limitações, não permitindo o aprofundamento da análise do índice com a obtenção de outros dados concretos da empresa, pois podem ser considerados documentos não previstos inicialmente no edital. Dessa forma, a exigência de índices pode acabar se tornando uma opção inócua ou desvantajosa para a Administração. Isso porque os indicadores são um *signal* de que uma empresa é bem gerenciada e não uma certeza absoluta, pois “uma média da indústria não é um número mágico pelo qual todas as empresas devem lutar para manter – na realidade, algumas empresas bem gerenciadas estarão acima da média, enquanto outras boas estão abaixo da média”<sup>14</sup>.

Essa limitação na análise de índices é algo bastante conhecido nas ciências financeira e contábil e deve ser alvo de avaliação por parte do advogado assessor. Reiteramos que a demonstração, por parte da Administração, da essencialidade e da motivação da exigência é sempre o melhor caminho para evitar direcionamentos, ainda que involuntários, no certame.

Ademais, não se pode esquecer que os índices estão sujeitos a manobras para alterá-los indevidamente, atingindo o quanto solicitado na licitação de modo artificial. Apenas para ilustrar essa situação, vejamos um simples exemplo citado pela doutrina: “suponha que uma empresa faça um empréstimo de dois anos em dezembro. Por ser um empréstimo com um

---

13 BRIGHAM, Eugene F.; EHRHARDT, Michel C. *Administração financeira: teoria e prática*. 2. ed. bras. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 86.

14 BRIGHAM, Eugene F.; EHRHARDT, Michel C. *Obra citada*, p. 89.

prazo superior a um ano, ele não será incluído no passivo circulante, embora o dinheiro recebido do empréstimo seja registrado como ativo circulante. Isso melhora os índices de liquidez corrente e liquidez seca e faz com que o balanço patrimonial pareça melhor. Se a empresa liquidar o empréstimo em janeiro, então a transação foi estritamente uma maquiagem”<sup>15</sup>.

As decisões dos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo sobre a utilização dos índices prezam principalmente pela necessidade de justificativa de sua utilização e sua compatibilidade com o setor.

A título de exemplo, o TCU assim se manifestou ao analisar licitação de obra pública:

“...enquanto que o normal seria um índice de liquidez corrente de 1,2 a 1,5, a licitação exigia 2,0. [...] Ora, a fixação de 2,0 como valor limite para o Índice de Liquidez Corrente teve a finalidade de restringir a participação no certame daquelas empresas que apresentassem a razão entre seu ativo e passivo circulantes igual ou superior àquele índice, ou seja, que apresentassem a saúde financeira tal que para cada real atinente a dívidas de curto prazo assumidas deveria haver dois reais em disponibilidade em seu caixa. [...] **Segundo especialistas e publicações atinentes ao mercado de construção civil de infra-estrutura – obras públicas – a possibilidade de se encontrar empresas gozando de situação financeira tão privilegiada era e continua sendo muito remota, fato que nos leva a crer ter sido tal exigência propositadamente colocada no edital com o objetivo de determinar, previamente, os rumos da licitação.** [...] Cabe destacar que a fixação de índices de liquidez a serem utilizados em licitações deve guardar relação de razoabilidade e proporcionalidade com o objeto a ser atingido, devendo-se fixar parâmetros que não obstante possibilitem obter a melhor proposta para a Administração Pública, não venham, entretanto, inviabilizar o caráter competitivo do processo licitatório, conforme preconizado pelo art. 3º da Lei 8.666/1993” (Acórdão TCU nº 326/2010 – Plenário). (grifo nosso)

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, também em licitação de obra pública, já decidiu que “a jurisprudência da Corte sobre o tema

---

15 BRIGHAM, Eugene F.; EHRHARDT, Michel C. *Obra citada*, p. 107.

é pacífica e condena quocientes [ILC e ILG] de 1,5 para cima, a exemplo do decidido nos autos dos TCs 514/003/96, 517/003/96, 37211/026/96, 13571/026/98, 21649/026/98, 13677/026/98, dentre outros” (TCE-SP. TC 031546/026/99).

### **2.2.1.2 Utilização de capital social e patrimônio líquido mínimos**

Outro instrumento para análise do balanço patrimonial da empresa está previsto no §2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, que permite exigência de capital social ou de patrimônio líquido mínimos. Esse mesmo parágrafo permite a exigência das garantias previstas no §1º do art. 56 do mesmo diploma legal (garantia de execução do contrato).

O primeiro problema a ser enfrentado é que, pela interpretação literal do dispositivo encimado, somente seria possível uma alternatividade de exigências (capital mínimo *ou* patrimônio líquido *ou* garantias do §1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93) para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

A Súmula 275 do Egrégio Tribunal de Contas da União dispõe nesse sentido:

“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”

Já o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou a Súmula 27, afirmando ser possível a cumulação de caução de participação e de capital social mínimo em procedimento licitatório, desde que respeitados os limites previstos na lei de regência (um por cento do valor estimado do objeto do contrato): “Em procedimento licitatório, a cumulação de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.”

Em que pese o entendimento sumulado pelo TCU, parece-nos que a súmula do Tribunal de Contas Bandeirante é a que melhor esclarece o tema da cumulação das exigências previstas no § 2º do art. 31. Isso por-

que o TCE-SP esclarece que o § 2º não se refere à caução de participação do certame, mas à garantia da execução contratual.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já enfrentou a questão da possibilidade da cumulação da exigência de patrimônio líquido, capital social mínimo e garantia da proposta para fins de qualificação econômico-financeira.

Na Apelação nº 097.183-5/7-00 (Relatora Teresa Ramos Marques, j. em 5/4/2000), decidiu-se pela possibilidade de cumulação de exigência de garantias, capital social e patrimônio líquido mínimos, salientando que não se confundem garantia da proposta (critério de habilitação) e da execução do contrato (requisito para assinatura do contrato). Nos termos do acórdão:

“A Lei 8.666/93 não impede a concomitância da exigência de capital e patrimônios líquido mínimos com quaisquer das garantias, seja da proposta, seja da execução do contrato, quando se trata de compras para entrega futura e contratação de obras e serviços. É o que tem constatado a melhor doutrina, da análise conjunta dos arts. 31, III, §2º e 56, §1º da Lei nº 8.666/93 (...)

Já na Apelação nº 284.252-5/0-00 (Relator Moreira de Carvalho, j. em 4/12/2006), na qual estava em exame a legalidade da concorrência 12/2001 da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, que visava à contratação da prestação de serviços de detecção, registro e processamento de imagens de infração referentes ao desrespeito à velocidade regulamentada, decidiu-se pela impossibilidade da cumulação de exigência de garantia de participação e capital social mínimo, interpretando-se o art. 31, §2º, da Lei nº 8.666/93 no sentido de que a vedação para a cumulação refere-se à garantia de participação (art. 31, inciso III).

Há ainda um terceiro entendimento externado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 751.838-5/4-00 (Relator Laerte Sampaio, j. em 24/6/2008), no qual se entendeu, explicitamente, que os requisitos de capital social mínimo ou de patrimônio líquido são autônomos e independentes, podendo a Administração exigir apenas um ou os dois.

A nosso ver, o entendimento que melhor atende às finalidades da licitação é aquele que permite a cumulação, desde que tal procedimento seja devidamente justificado na fase interna do certame.

Continuando a análise do § 2º, o Tribunal de Contas da União possui o posicionamento de ser ilegal a exigência de comprovação de capital social *integralizado*, uma vez que a Lei nº 8.666/93 não faz essa exigência (Acórdãos nºs 170/2007 e 701/2007, ambos do Plenário). Esse também é o posicionamento dominante do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TC n.º 33045/026/07), muito embora já tenha decidido (TC n.º 1020/026/07), em exame de concorrência visando à contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de publicidade institucional, que “não há nada na legislação de regência da matéria que impeça a exigência cumulada de prova de capital social *integralizado* mínimo e de garantia de proposta de 1% do valor do contrato pretendido e, ainda, a prestação de garantia de 5%” (itálico nosso)<sup>16</sup>.

Não se pode deixar de observar que JUSTEN FILHO<sup>17</sup> considera a exigência de capital social mínimo inconstitucional, constituindo restrição indevida à participação de interessados, porquanto apenas o exame do patrimônio líquido seria capaz para revelar a boa situação econômica da empresa licitante. Justifica:

“[...] o valor do capital social não fornece qualquer dado seguro acerca da situação econômica da sociedade. Não é índice objetivo de qualificação econômico-financeira. A comprovação da idoneidade somente pode abster-se através de dados atinentes ao patrimônio líquido. Ora, a disponibilidade de recursos somente é apurável através do exame do passivo e do ativo. Por isso, a exigência de capital social mínimo afigura-se inconstitucional, pois não se presta a revelar, de modo adequado, a presença dos requisitos do direito de licitar.”

Em que pese o posicionamento de tão respeitado autor, entendemos que, caso seja previsto em edital a exigência de capital social mínimo e haja justificativa razoável para sua utilização, não há nada na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais que possam nos levar a interpretar esse requisito como ilegal ou inconstitucional. De todo modo, até

---

16 Ver ainda: TC nºs 7395/026/09, 10376/026/09 e 10473/026/09.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 549-550.

que o dispositivo seja contestado em controle concentrado de constitucionalidade, o instrumento pode ser utilizado.

O § 3º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, por sua vez, estabelece o limite de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação como valor máximo a ser exigido como capital social mínimo ou como valor do patrimônio líquido, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para a data do certame através de índices oficiais.

Nesse ponto, importante salientar a posição do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo de que o “valor da contratação” para fins de garantia e fixação do valor do patrimônio líquido e capital social mínimos nas concessões deve ser o valor do investimento a ser feito pelo licitante e não o valor total do contrato, esse último considerado como a soma de toda receita gerada pelo projeto (TC nºs 014610/026/10, 16.132/026/09, 29.349/026/09 e 000651/002/11). Entretanto, para concessão na qual o valor do investimento é baixo em relação ao custo operacional, há recente decisão, de 12 de junho de 2013 (TC nº 000591/989/13), entendendo que o cálculo do valor contratual para fins de garantia deverá corresponder à *projeção de receitas* para 12 meses de vigência.

Ainda segundo o entendimento do TCE-SP, é de fundamental importância a existência de estudos técnicos prevendo o montante a ser desembolsado pelo vencedor do licitante a título de investimentos para execução do contrato, sem os quais não é possível a realização do certame (TC nº 034871/026/09). Apesar de parecer uma constatação óbvia, cabe ao assessor jurídico verificar se os valores indicados pela Administração *realmente* possuem respaldo e fundamento em estudos técnicos, sob pena de macular a licitação.

### **2.2.1.3 Relação de compromissos assumidos pelo licitante**

Por fim, o art. 31 da Lei nº 8.666/93, no seu § 4º, prevê ainda a possibilidade de a Administração Pública exigir a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

Esse instrumento se mostra importante na medida em que nem todos os compromissos assumidos pela licitante podem estar demonstrados no balanço patrimonial e nas demonstrações contábeis do último exercício, especialmente se algum fato relevante ocorrer entre a elaboração das demonstrações e a participação na licitação<sup>18</sup>.

#### **2.2.1.4 Consórcio de empresas para participação na licitação**

Em relação à participação de licitantes em consórcio, o art. 33 da Lei nº 8.666/93 permite essa possibilidade, desde que haja previsão no edital. O inciso III do art. 33, supramencionado, permite a exigência, para fins de qualificação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, “podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei”.

A respeito do atendimento dos índices contábeis por todas as empresas consorciadas, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo possui 3 (três) posicionamentos: (1) é ilegal a exigência de que as empresas consorciadas atendam, isoladamente, os índices contábeis estipulados no edital (TC nº 43940/026/08); (2) é legal a exigência de que as empresas consorciadas atendam, isoladamente, os índices contábeis estipulados no edital (TC nº 4442/026/09); (3) é difícil afirmar, categoricamente, que a exigência é legal ou ilegal, devendo a conclusão ser extraída, casuisticamente, do contexto das prescrições do edital (posição do Conselheiro Renato Martins Costa, externada nos autos do TC-4442/026/09).

---

18 Ao comentar a fragilidade da análise de balanços para aferir a capacidade econômico-financeira de licitantes, Floriano de Azevedo Marques relata: “pode-se imaginar situação, a título ilustrativo, em que um concorrente apresente o balanço social do último exercício social que, apesar de documentar boa situação financeira, não dá conta da real situação do licitante. Poder-se-ia tratar, por exemplo, de desastre financeiro ocorrido após o fechamento daquele balanço, que não estaria retratado naquele documento. Ou então - situação ainda mais próxima da espécie aqui analisada - a empresa poderia ter sido objeto de cisão, reduzindo em muito seu perfil e sua saúde financeira.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Qualificação econômica - balanço de incorporação - interpretação do art. 31 da Lei de Licitação. Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, maio 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=133>>. Acesso em: 3 out. 2013.)

Parece-nos que a terceira corrente é a que melhor atende a licitação para contratação de concessão, uma vez que, por se tratar de contratação complexa, que pode envolver diversos setores, bem como a variação da composição de um consórcio, somente diante do caso concreto será possível verificar quais os serviços que serão executados pela concessionária.

No tocante ao capital social e patrimônio líquido mínimo exigidos para licitantes em consórcio, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já decidiu, que a mensuração e avaliação poderão ser tomadas conforme a exata proporção da participação de cada licitante no consórcio (TC nº 024496/026/11).

### 3. Os sinais de capacidade financeira

Referência na estruturação de projetos de concessão, RIBEIRO<sup>19</sup> destaca que as exigências relativas à qualificação econômico-financeira não podem criar barreiras desnecessárias ao adequado desenvolvimento do projeto. Para ele, a modelagem deve respeitar o grau de amadurecimento do setor no qual ocorrerá a licitação.

Para setores maduros (reconhecida pela existência de empresas com balanços auditados e formulados seguindo as melhores práticas de mercado), é possível manter as formas tradicionais de qualificação econômico-financeira com a apresentação de balanços e demonstrações financeiras auditadas, que cumpram índices financeiros previamente estipulados e exigência de capital social e/ou patrimônio líquido mínimo. Entretanto, os índices e valores exigidos devem respeitar o setor, o que demanda a análise caso a caso.

Ciente da possibilidade de se alterar indevidamente as demonstrações contábeis, como acima exposto, RIBEIRO aponta ser importante que o balanço e as demonstrações contábeis exibidos sejam relativos à consolidação do *grupo econômico* a que pertença a licitante, porquanto seria possível “limpar” dívidas artificialmente de uma determinada empresa participante do grupo econômico.

---

19 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

Já nos setores com diversos entrantes potenciais ou setores imaturos do ponto de vista financeiro, RIBEIRO entende que o processo de qualificação deve analisar o que chama de “sinais de capacidade financeira”. Para ele, a aferição desses sinais pode ser melhor acomodada, à vista da legislação vigente e do entendimento dos tribunais, como condição para assinatura do contrato.

Esses sinais de capacidade financeira seriam: (1) a exigência de aporte em dinheiro na SPE; (2) a exigência de apresentação de seguros dos riscos mais relevantes e; (3) exigência de apresentação de garantia de cumprimento de contrato (*completion guarantee* ou *performance bond*). Apesar de serem exigências comuns, quando utilizadas como “sinais” de capacidade financeira, *os valores são proporcionalmente maiores*.

No edital da Linha 6 do Metrô de São Paulo<sup>20, 21</sup>, para o contrato com valor estimado em R\$ 22.559.316.793,40 (vinte e dois bilhões, quinhentos e cinquenta e nove milhões, trezentos e dezesseis mil, setecentos e noventa e três reais e quarenta centavos), correspondente ao somatório dos valores nominais do aporte de recursos (pelo Poder Concedente), da projeção da contraprestação pecuniária, das receitas decorrentes da tarifa de remuneração e das receitas acessórias, *diante das condições do projeto*, exigiu-se a integralização de R\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) em moeda corrente nacional, bem como sua total integralização do capital social no prazo de 72 meses, nos seguintes termos:

“12.1.3 Comprovação de integralização na SPE de parcela do capital social subscrito definido no item 14.5 deste edital, no valor mínimo de R\$52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais), em moeda corrente nacional.

[...]

14.5 O capital social subscrito da SPE deverá ser de, no mínimo, R\$ 520.000.000,00 (quinhentos e vinte milhões de reais), deven-

---

20 Vale lembrar que a contratação de seguros e garantia da execução do contrato são tratados em artigo autônomo, portanto não indicaremos como foram tratados no edital da Linha 6.

21 Disponível em <http://www.stm.sp.gov.br/index.php/edital-linha-6>, acesso em 4 de outubro de 2013.

do ser aumentado para R\$ 890.000.000,00 (oitocentos e noventa milhões de reais) no 25º mês do início do prazo de vigência da CONCESSÃO, e sua integralização deverá obedecer as condições estabelecidas no item 12.1.3 deste edital, e o saldo restante até o 72º (septuagésimo segundo) mês contado do início do prazo de vigência da CONCESSÃO, conforme as condições estabelecidas no item 18.2.1.1 da minuta do CONTRATO.”

Vale ressaltar que a licitante interessada na Linha 6, não participante de consórcio, deveria comprovar, como requisito de habilitação econômico-financeira, patrimônio líquido mínimo de R\$ 850.000.000,00 (oitocentos e cinquenta milhões de reais). Dessa forma, percebe-se que exigências para a qualificação econômico-financeira acabam sendo levadas (e inclusive ampliadas no decorrer da execução contratual) da licitante para a sociedade de propósitos específicos.

Além dos sinais de capacidade financeira, anota-se ser importante que esses mecanismos sejam conjugados com a garantia da proposta e demais sanções administrativas previstas no edital, de forma a inibir ao máximo a possibilidade de não assinatura do contrato.

No caso do edital da Linha 6 foi utilizado procedimento licitatório com inversão de fases, exigindo-se que a garantia da proposta fosse o primeiro documento a ser avaliado (segmentando a fase de habilitação, no que se refere à qualificação econômico-financeira), sendo que o valor da garantia da proposta foi de R\$ 85.000.000,00 (oitenta e cinco milhões de reais).

RIBEIRO ainda menciona de passagem um quarto “sinal”: a apresentação de carta de instituição financeira que assegure a capacidade financeira da licitante ou garanta a existência de linha de crédito aprovada à disposição do licitante. Alerta, entretanto, que tal requisito foi considerado ilegal pelo TCU em meados da década de 90, pois se exigia que os bancos emitentes dessas cartas fossem “de primeira linha”, sem, contudo, definir o que seria “banco de primeira linha”.

No edital da Linha 6 do Metrô, mecanismo parecido com esse quarto sinal (declaração de instituição financeira) foi utilizado para avaliar a viabilidade econômico-financeira do plano de negócios. Para evitar qualquer nulidade, o edital também fez menção de como seria avaliada a

instituição financeira que emitisse a declaração. Esse mecanismo possui a seguinte redação:

“8.8.2 Declaração de instituição financeira, nacional ou estrangeira, atestando a viabilidade econômico-financeira da implementação do Plano de Negócios, conforme Anexo VIII do edital, podendo ser observadas as condições indicativas para eventual apoio financeiro constantes do Ofício AS/DEURB nº 005/2013 do BNDES, que integra este Edital como Volume III do Anexo VI.

8.8.2.1 A Licitante deverá demonstrar de forma inequívoca, por meio de documento (atestados, declarações e outros), a experiência da instituição financeira, de que trata o subitem acima, na estruturação financeira de empreendimentos e, em especial, na área de infraestrutura, na modalidade de “Project finance” ou outras formas de mobilização de recursos de longo prazo, envolvendo ao menos R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) de investimentos.”

Ao lado dos sinais de capacidade financeira acima elencados, entendemos que também se caracteriza como uma qualificação econômico-financeira não disposta no art. 31 da Lei nº 8.666/93, a qualificação técnica relativa à participação em empreendimentos com determinado valor de investimento. Esse instrumento foi utilizado no edital da Linha 6, da seguinte forma:

“8.6.1.1. O(s) atestados(s) deverá(ão) indicar a execução de atividades nas características, quantidades e prazos referidos a seguir:

[...]

b) Participação em empreendimento em que tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

[...]

8.6.1.2 Para comprovação do valor exigido na alínea “b” do subitem 8.6.1.1 será admitido o somatório de até 5(cinco) atestados, um deles referindo-se a um único empreendimento em que o valor total de investimento tenha sido de, no mínimo, R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) e os demais, em outros empreendimentos, de no mínimo R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais) cada um;

a. Somente serão aceitos atestados em que a Licitante individual ou membro de Consórcio figure em uma das seguintes formas de participação no empreendimento constante do atestado:

a.1. Como responsável direto pela execução do empreendimento com participação mínima no Consórcio de 30% (trinta por cento).

a.2. Como investidor no empreendimento com participação mínima no Consórcio de 15% (quinze por cento).

8.6.1.2.1 Ainda para atendimento do item 8.6.1.1 “b” serão admitidos documentos, tais como contratos, cartas ou declarações de instituição financeira, agências reguladoras ou poderes concedentes, conforme o caso, bem como demonstrações financeiras auditadas dos empreendimentos realizados ou outro documento que demonstre a experiência requerida.”

Por fim, cabe mencionar que, pelo pouco tempo de utilização desses mecanismos “extra artigo 31”, ainda não há jurisprudência consolidada sobre a licitude dessa modelagem, mas é certo que até o momento, tais previsões não foram consideradas ilegais. Todavia, todas as disposições com o objetivo ora tratado devem sempre ser devidamente justificadas e fundamentadas *com base no caso concreto*, como, aliás, deve ser todo ato administrativo.

#### 4. Conclusão

Todo esse quadro exposto indica que a qualificação econômico-financeira nas parcerias público-privadas, para que atinja adequadamente os fins a que se destina, deve ser estruturada não apenas observando o disposto no art. 31 da Lei nº 8.666/93, mas conjugada com as “condições de capacidade financeira” dispostas ao longo do edital e do contrato. Para isso, o assessor jurídico deverá conhecer a fundo o projeto que será licitado, uma vez que cada concessão possui modelagem econômico-financeira única.

#### 5. Bibliografia

BRIGHAM, Eugene F.; EHRHARDT, Michel C. *Administração financeira: teoria e prática*. 2. ed. bras. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

IUDÍCIBUS, Sérgio de *et al.* *Contabilidade Introdutória*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Qualificação econômica - balanço de incorporação - interpretação do art. 31 da Lei de Licitação*. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, maio 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=133>>. Acesso em: 3 out. 2013

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

VICECONTI, Paulo; NEVES, Silvério das. *Contabilidade avançada e análise das demonstrações financeiras*. 17. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

