

Plano de Negócios. Função contratual e desafios licitatórios

Anna Luisa Barros Campos Paiva Costa¹

Denis Dela Vedova Gomes²

Diego Brito Cardoso³

Fabio Trabold Gastaldo⁴

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito e função do Plano de Negócios para os Projetos de Infraestrutura para Concessão de Serviço Público; 3. Conveniência de apresentação do Plano de Negócios e seus efeitos e vinculação do Plano de Negócios para proposta de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; 3.1 Conveniência em exigir o Plano de Negócios; 3.2. Vinculação do Plano de Negócios ao pleito de reequilíbrio ao contrato; 4. A viabilidade e a exequibilidade do Plano de Negócios: a análise pela Comissão Julgadora; 5. Momento do julgamento do Plano de Negócios nas diversas fases da licitação para concessão e suas implicações jurídicas; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV. Monitor do Curso de Especialização em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

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

4 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Monitor do Curso de Especialização em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

1. Introdução

O presente trabalho pretende, em quatro capítulos, delinear o conceito do Plano de Negócios no contexto das concessões de serviços públicos e apontar seus reflexos para o certame e para a execução do contrato.

Sob o ponto de vista jurídico, interessa-nos avaliar, no segundo capítulo, a obrigatoriedade de aplicação de suas premissas, de caráter informacional, durante a fase de execução contratual, especialmente diante da inerente mutabilidade dos contratos de longo prazo, que costumeiramente são acompanhados de circunstâncias supervenientes imprevisíveis ou previsíveis, mas cujas consequências são incalculáveis no momento anterior à formulação da proposta econômica.

Igualmente, sendo documento relevante para o acompanhamento da execução contratual, convém avaliar os modos adotados pelo Poder Público para avaliação da consistência do Plano de Negócios durante a licitação para que, no último capítulo, possamos sugerir fase da licitação mais recomendada para sua avaliação.

2. Conceito e função do Plano de Negócios para os Projetos de Infraestrutura para Concessão de Serviço Público.

O Plano de Negócios consiste no conjunto de informações necessárias para caracterizar um novo negócio ou empreendimento, apresentando um fluxo de caixa⁵ estimado do negócio de acordo com os cenários financeiros e estratégicos considerados pela empresa e projetados ao longo do tempo segundo suas expectativas.

Sob o ponto de vista estratégico, o Plano de Negócios deverá refletir as informações consideradas pela empresa para a gestão do serviço público concedido. Tais informações deverão estar sensíveis aos principais riscos, custos e receitas esperadas durante a execução do contrato.

5 Segundo o Pronunciamento Técnico CPC 03 (R2), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, Fluxo de Caixa é composto pelas entradas e saídas de caixa da empresa, adicionado aos equivalentes de caixa, sendo estes compreendidos como aplicações financeiras de curto prazo, de alta liquidez, que são prontamente conversíveis em montante conhecido de caixa e que estão sujeitas a um insignificante risco de mudança de valor.

Sob o viés financeiro, o Plano de Negócios deverá trazer, ainda, o preenchimento das planilhas cujo modelo é disponibilizado pelo Poder Público durante a publicação da licitação. Geralmente, tais alvéolos deverão ser preenchidos pelo fluxo de caixa futuro do projeto, onde haverá a distribuição, ao longo dos anos pré-operacionais e operacionais, das estimativas de receitas e despesas.

É comum, ainda, que o Plano de Negócios exija não somente a Demonstração dos Fluxos de Caixa (DFC), que é a principal demonstração contábil para os objetivos do Plano de Negócios, como também um espelho do Balanço Patrimonial (BP) e Demonstração de Resultado do Exercício (DRE) esperada.

A elaboração da DFC para as sociedades anônimas está prevista no art. 188, da Lei federal nº 6.404/76, com redação dada pela Lei federal nº 11.638/2007. Na regulamentação infralegal, a elaboração do DFC está disciplinada pelo Pronunciamento Técnico 03, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, entidade não governamental competente para padronizar as demonstrações contábeis das empresas.

A regra geral determina que a DFC indique, no mínimo, as alterações ocorridas durante o exercício, no saldo de caixa e equivalentes de caixa, segregando-se essas alterações em, no mínimo, 3 (três) fluxos distintos: a) das operações; b) dos financiamentos; e c) dos investimentos.

As atividades operacionais são representadas pelas receitas e gastos decorrentes da industrialização, comercialização ou prestação de serviços da empresa. Essas atividades têm ligação com o capital circulante líquido da empresa. No âmbito das parcerias público-privadas, as despesas operacionais integram, regra geral, o valor dos custos de operação do serviço e manutenção da infraestrutura.

As atividades de investimento são os gastos lançados à conta “Realizável a Longo Prazo”, em investimentos, no imobilizado ou no intangível, bem como as entradas por venda dos ativos registrados nos referidos subgrupos de contas. Nas parcerias público-privadas, os investimentos representam o custo com a execução das obras necessárias para o desenvolvimento do serviço, incluindo-se as despesas necessárias para implantá-las, ainda que indiretas, tais como desapropriações e licenças ambientais e urbanísticas.

As atividades de financiamento são os recursos obtidos como empréstimos e financiamentos de curto prazo. As saídas correspondem à amortização dessas dívidas e aos valores pagos aos acionistas a título de dividendos e distribuição de lucros. Em parcerias público-privadas, as atividades de financiamento referem-se aos empréstimos-ponte (financiamentos de curto prazo), ao custo e rolagem do serviço da dívida do projeto em sentido amplo e permitem a identificação da alavancagem⁶ da empresa, isto é, a calibragem entre os valores de “debt” (passivo) e “equity” (ativo) que comporão a SPE ao longo da execução do projeto.

Uma vez delineado o que consiste um Plano de Negócios, passamos a traçar seus objetivos. Segundo o Pronunciamento Técnico nº 3 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, o Plano de Negócios visa proporcionar aos leitores uma base para avaliar a capacidade da entidade gerar caixa e equivalentes de caixa, bem como as necessidades da entidade de utilização desses fluxos de caixa. As decisões econômicas que são tomadas pelos financiadores e empreendedores exigem a avaliação da capacidade da entidade gerar caixa e equivalentes de caixa, bem como da época de sua ocorrência e do grau de certeza de sua geração.

Os Projetos de Infraestrutura são, sob um prisma financeiro, um financiamento de longo prazo, cuja principal garantia consiste na amortização dos investimentos advindas da certeza de recebíveis futuros, consistentes nas contraprestações que serão pagas pelo Poder Concedente, que a exploração da infraestrutura proporcionará. Por isso, o Plano de Negócios assume importância ao estimar as diversas etapas da vida de um projeto em maturação, fornecendo aos financiadores balizas para permitir a decisão de investimento (e que surtirá, ao fim e ao cabo, na taxa de juros a ser considerada).

Do lado do Poder Público, o Plano de Negócios consolida as informações financeiras do empreendimento, simulando, com certa margem de segurança, as diversas etapas de maturação de um serviço público, viabilizando ao Poder Concedente a análise segura do projeto e certeza de que o serviço concedido será executado de acordo com os padrões e

⁶ Termo utilizado no mercado para indicar o grau de endividamento com capital de terceiros a longo prazo na estrutura de capital da empresa.

cronograma mínimos desejados durante o planejamento que, invariavelmente, deverá ser adequado à população usuária do serviço concedido.

Ao Poder Concedente, portanto, o Plano de Negócio assume um perfil informativo⁷, especialmente porque a gestão do serviço concedido estará, obrigatoriamente, sob a responsabilidade do concessionário, restando àquele pouca margem de interferência em sua condução, exceto intervenções para que os objetivos da concessão sejam alcançados.

Dessa maneira, ao Poder Concedente cabe a avaliação da qualidade e coerência das informações compendiadas no fluxo de caixas. Para tanto, a análise desses qualificativos depende de uma base comparativa confiável do Poder Público, o que nem sempre é possível.

Como se pode notar, o Plano de Negócios serve, basicamente, para redução da assimetria de informações entre o Poder Concedente e o concessionário, na medida em que o Estado poderá regular a execução contratual com maior conhecimento das características específicas do negócio e do modo peculiar de gestão adotado pelo concessionário.

Nessa esteira, RIBEIRO (2013) assinala, também, que o Plano de Negócios evita a seleção adversa na licitação, pois se premia aquele que, de maneira consistente, considera em sua proposta comercial custos com a resolução de riscos e contingências possíveis e previsíveis. De outro lado, aquele que os despreza devido a um estudo menos cuidadoso, tem condições de oferecer uma proposta mais barata e, portanto, “vantajosa” ao Poder Concedente.

Finalmente, ressalta-se outra importante função do Plano de Negócios, durante a etapa do planejamento para a modelagem da concessão. Simular o fluxo de caixa do projeto a ser desenhado mostra-se um importante instrumento de avaliação do Poder Público, para embasar a decisão de que a melhor forma da execução daquele determinado serviço público é, efetivamente, a concessão planejada.

⁷ À guisa de exemplo, vê-se que o Edital 001/2011 para a concessão da Rodovia federal BR 101/ES/BA, em seu item 11.1, prevê a apresentação, pelas proponentes, de Plano de Negócios, a ser elaborado conforme orientações de seu Anexo 16 – Termo de Referência do Plano de Negócios – e incluindo informações e documentos relativos a investimentos, despesas, receitas, riscos a serem assumidos, receitas oriundas de tarifas de pedágio, prazo da concessão e depreciação dos investimentos.

Isso porque, ao simular os diversos cenários de estimativas de custos e receitas do serviço concedido, acrescentando, ainda, uma taxa mínima de atratividade (remuneração pelo capital e riscos) esperada pela iniciativa privativa para execução do contrato, poderá compará-lo segundo as estimativas de custos e receitas para execução direta da atividade ou por meio de sua Administração Indireta. Havendo maior eficiência econômica na execução da atividade pela iniciativa privada, legitimase o início dos trabalhos para modelagem da concessão. Tal exercício de comparação entre custos e benefícios é denominado de “Value for Money” do projeto, conhecido na União (mais especificamente no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes) como estudo de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental (EVTEA)⁸.

3. Conveniência de apresentação do Plano de Negócios e seus efeitos e vinculação do Plano de Negócios para proposta de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

Conforme já assinalado no início deste trabalho, o Plano de Negócios tem o escopo de reduzir a assimetria de informações na execução do contrato, permitindo ao Estado captar maior conhecimento das características específicas dos negócios e do modo peculiar de gestão adotado pelo concessionário e evitar a seleção de proposta adversa na licitação, pois se premia aquele que, de maneira consistente, considera em sua proposta comercial custos com a resolução de riscos e contingências possíveis, em contraponto àquele que os despreza, por um estudo menos cuidadoso, e, por consequência, teria condições de oferecer uma proposta de preço menor e exequibilidade questionável.

A discussão assume especial relevância em projetos de infraestrutura, que invariavelmente contemplam contratos e financiamentos de longo prazo, com grande comprometimento de receitas futuras, sem que os futuros gestores detenham grandes margens para alterações relevantes na execução contratual. A complexidade da análise financeira em tais casos torna conveniente à entidade contratante exigir o Plano de Negó-

⁸ Para mais detalhes, confira-se o conteúdo do EVTEA no endereço eletrônico <<http://www.dnit.gov.br/planejamento-e-pesquisa/planejamento/estudos-de-viabilidade/lcs-097-2010-so-lic-public-texto-evtea-site-dnit.pdf>>.

cios elaborado pela licitante, de modo a descrever as várias etapas da vida do projeto, tornando a decisão de contratar mais segura do ponto de vista do dispêndio de recursos públicos e da garantia de disponibilização do serviço adequado.

Segundo RIBEIRO (2013):

“Um uso do plano de negócios que tem me parecido útil – particularmente em projetos em que há custos não revelados, ou de difícil identificação e no qual o Governo, por razões políticas, não queira dar prazo suficiente para revelar esses custos – é incluir no edital a exigência do participante da licitação consignar no plano de negócios valores mínimos para lidar com custos (...) que o Poder Público já saiba existir.

Esse uso do plano de negócios diminui:

- a) a assimetria de informações entre o Poder Concedente e os participantes da licitação (por meio desse mecanismo o Poder Público transfere a informação sobre o custo estimado para lidar com os problemas relacionados ao projeto); e, o que é mais importante,
- b) a assimetria de informações entre os participantes da licitação, de modo a evitar a seleção adversa na licitação – evita que participantes que estudem mais profundamente o problema percam a competitividade por incluírem em suas respectivas propostas o custo de lidar com o problema, que participantes que não realizaram esforço para obter as informações não considerarão nas respectivas propostas e, por isso, esses últimos terão propostas mais competitivas.”⁹

3.1. Conveniência em exigir o Plano de Negócios

Sobre a reflexão acerca de exigir-se ou não o Plano de Negócios, é imprescindível enunciar o histórico de uma recente polêmica acerca do assunto, ocorrida no âmbito do Ministério dos Transportes, por oca-

⁹ “Erros e Acertos no Uso do Plano de Negócios” - <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/erros-e-acertos-no-uso-do-plano-de-negcios-e-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal#>.

sião da licitação de sete lotes de rodovias federais, no início de 2013, por meio de contratos de concessão comum, na qual não foi exigida a apresentação do referido documento pelos licitantes nas respectivas propostas econômicas.

A justificativa do Governo Federal para tal omissão foi que, na licitação da concessão da BR-101, em janeiro de 2012, o consórcio que ficou em segundo lugar obteve decisão judicial que impediu a contratação. A causa de pedir exposta nessa ação seria o questionamento ao Plano de Negócios apresentado na proposta econômica vencedora¹⁰. Os atrasos decorrentes dessa paralisação por questionamentos judiciais ao Plano de Negócios levaram à decisão de não exigi-lo nos futuros certames.

Consta da consulta pública dos sete lotes de rodovias federais que os licitantes não deverão apresentar seus Planos de Negócio em conjunto com a proposta econômica, “sob pena de desclassificação da proponente e aplicação de multa equivalente ao valor da Garantia da Proposta, com sua consequente execução” (item 9.6 do edital em consulta pública).

A iniciativa, contudo, gerou reações contrárias pelos diversos atores comumente envolvidos nos empreendimentos. Pela pertinência com o tema, calha reproduzir trecho de artigo da lavra do Diretor Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR, Moacyr Servilha Duarte:

“Uma das dúvidas tem como exemplo o caso da BR-101 (ES/BA).... Em novembro de 2011, após várias idas e vindas, foi definida a licitação desse trecho, devidamente aprovada pelo Tribunal de Contas da União e parte da 3ª etapa do programa de concessão de rodovias federais. Em janeiro de 2012 ocorreu a licitação, utilizando o critério da inversão de fases, sob o argumento de que se conseguiria, como na 2ª etapa, maior agilidade no processo licitatório. Nesse sistema é aberto o plano de negócios apenas do licitante que oferece a menor tarifa. Detalhes deste plano da 1ª colocada foram objeto de contestação pelo 2º colo-

10 *Apud* PEREIRA. Bruno “Plano de negócio, teste de estresse e licitantes oportunistas”. Artigo acessado em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-plano-de-neg%C3%B3cio-teste-de-estresse-e-licitantes-oportunistas>.

cado – primeiro administrativamente e, depois, pela via judicial, em que conseguiu liminar suspendendo a assinatura do contrato. O caso está pendente e vai-se completar um ano sem definição sobre a concessão do único trecho previsto para 2012. E não se vê atuação mais significativa do governo federal para desamarrar o processo. O exemplo deixa claro que o processo de concessão, além de contar com a evidente má vontade de muitos dirigentes públicos e políticos, pela forma como é feito – não se trata de mero leilão para a compra de móveis, mas da contratação de empreendimento complexo –, ainda tem de enfrentar dificuldades institucionais e legais para se viabilizar, pois envolve vários órgãos autorizadores e licenciadores. Fala-se, atualmente, em círculos ligados ao processo, em cancelar a licitação e recomençar tudo, dando por perdidos os dois ou mais anos já dedicados aos estudos, montagem da licitação e elaboração das propostas.

Nas licitações recentemente lançadas, da fase 2 da 3ª etapa, foi mantida a exigência de apresentação do plano de negócios, mas noticia-se a intenção de suprimi-la na fase 3, que abrange sete trechos. Isso, é claro, impede contestações da proposta vencedora, como no caso da BR-101 (ES/BA), e pode se repetir nas duas novas licitações. Mas também inviabiliza a obrigação do poder concedente de cumprir seu dever de verificar a exequibilidade das propostas.”¹¹

O economista Raul Velloso também escreveu artigo com o sugestivo título de “A vitória dos despreparados”, concluindo ser “chocante o anúncio de que, a partir de agora, os planos de negócios não serão mais exigidos dos concorrentes”. Afirmou, ainda, que a análise do Plano de Negócio é essencial para “se fazer um julgamento adequado sobre se os pré-selecionados entenderam bem a tarefa a ser executada, e se estão realmente em condições de implementá-la”.¹² RIBEIRO (2013) chega a

11 Jornal “O Estado de S.Paulo”, 28/12/12 - “Futuro e presente das concessões” <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,futuro-e-presente-das-concessoes-,978310,0.htm>

12 *Apud* PEREIRA, Bruno “Plano de negócio, teste de estresse e licitantes oportunistas”. Artigo acessado em <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-plano-de-neg%C3%B3cio-teste-de-estresse-e-licitantes-oportunistas>.

assinalar a ocorrência de uma “demonização política do plano de negócios”, no âmbito da União, no mesmo trabalho já citado.

Vale assinalar que, no caso da concessão dos aeroportos – em que o Plano de Negócios também foi proibido -, foram necessários quatro meses para que os contratos fossem, de fato, celebrados com a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), tendo um dos licitantes derrotados apresentado recurso administrativo questionando a proposta vencedora da concessão do aeroporto de Viracopos. Ou seja, o mecanismo de evitar a paralisação por ordem judicial na estratégia de não solicitar o Plano de Negócio não funcionou nesse caso, já que gerou a demora da celebração do contrato de concessão por outras razões.

Feitas tais observações, cumpre indagar: o risco de paralisação por ordem judicial é bastante para excluir, pura e simplesmente, a análise do Plano de Negócios na licitação?

Pelo histórico acima descrito, parece claro que a decisão de dispensar a apresentação do aludido documento foi justificada por uma decisão política, visando a celeridade da conclusão da concessão, evitando riscos de questionamento judicial do Plano de Negócios apresentado, o que não nos parece mais acertado devido às importantes funções informacionais promovidas por este documento, adiante ressaltadas.

3.2. Vinculação do Plano de Negócios ao pleito de reequilíbrio ao contrato

Visto que, em nosso entendimento, as justificativas apresentadas pela União são insuficientes para a dispensa do Plano de Negócios, resta verificar outra questão, mais relevante e de solução mais complexa: a sua vinculação ao pleito de reequilíbrio ao contrato.

Justifica-se a dispensa do Plano de Negócios para evitar infundados pleitos de reequilíbrio contratual pelos concessionários?

O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos em geral compreende duas formas de compensação financeira: pela ocorrência de eventos que são risco de uma das partes, mas que afetam negativamente a outra; ou pela necessidade de novos investimentos ou alterações no objeto contratual.

Em ambos os casos, o Plano de Negócios pode ser utilizado como referência, sendo prática no setor de concessões rodoviárias, tanto na Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT como na Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP.

Todavia, RIBEIRO (2013) critica o Plano de Negócios como instrumento de realização do equilíbrio econômico-financeiro por dois motivos: primeiro, sua adoção para os fins colimados provoca distorções da Matriz de Riscos. É dizer: o Plano de Negócios era utilizado tradicionalmente como referência para manutenção da Taxa Interna de Retorno (TIR) em projetos, via de regra, sem preocupação com a distribuição de riscos no contrato. Ou seja, eventuais falhas de gestão do concessionário nos riscos a ele atribuídos eram mascaradas pela simples exibição dos índices de rentabilidade em cotejo com o Plano de Negócios. Com isso, ocorriam situações onde estar-se-ia prestigiando a má gestão, sem que houvesse abalo na TIR referenciada no Plano de Negócios.

Vale assinalar, contudo, que a situação descrita não pode ser atribuída como uma falha decorrente da exigência do Plano de Negócios em si. O que deve ser evitado é o processamento de um pleito de reequilíbrio econômico financeiro sem a definição clara dos eventos que lhe dão ensejo, no edital e no contrato.

Com efeito, uma matriz de risco melhor detalhada poderia solucionar o problema sem que o Plano de Negócios seja dispensado. Para tanto, é necessário deixar expresso que o reequilíbrio em favor do concessionário só ocorrerá na presença de evento cujo risco tenha sido atribuído ao Poder Concedente.

E, por óbvio, ao analisar o pleito concreto de reequilíbrio, o Poder Concedente deverá estar atento a essa verificação acerca da parte que assumiu o risco pelo evento causador do reequilíbrio.

A mudança no paradigma solucionou o problema do reequilíbrio sem que a Administração Pública seja tolhida de exigir e analisar o Plano de Negócios.

O segundo motivo, quando o Plano de Negócios serve como fundamento para reequilíbrio por novos investimentos: critica-se o uso das premissas financeiras do Plano de Negócios para justificar o reequilíbrio pela inclusão de novos investimentos, em face da melhoria da situação

macroeconômica do país nos últimos 20 anos. No contexto da assinatura do contrato ocorrida em época pretérita, o Plano de Negócios seria extremamente benéfico ao concessionário para justificar seu pleito de reequilíbrio na atualidade. Isso se deve ao fato de que, pelo uso de tal expediente, somente o concessionário se apropriaria dos ganhos decorrentes de eventos não causados por ele e sobre os quais não tenha controle.

Em atenção a essa crítica, desenvolveu-se a metodologia da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por fluxo de caixa marginal, adotada para compensação dos concessionários pela inclusão de novos investimentos no contrato. A ideia é privilegiar o contexto econômico do momento em que é tomada a decisão do novo investimento. Isso se opõe à ideia tradicional da utilização de premissas financeiras do Plano de Negócios originário para reger as condições do novo investimento.

Dois mecanismos para o reequilíbrio poderão ser utilizados: *a*) definição de taxa de desconto no contrato, baseada em taxas de mercados (CDI mais prêmio de risco, por exemplo); e *b*) custos de mercado no dimensionamento dos custos operacionais e de investimentos para a modelagem do novo investimento, em detrimento às referências originárias do Plano de Negócios.

Todavia, a utilização do fluxo de caixa marginal não torna dispensável o Plano de Negócios, ao contrário, já que tais mecanismos são convenientes para utilização após um decurso razoável de tempo do contrato. Mas em casos onde o fator de desequilíbrio ocorre no início da avença (exemplo clássico: atrasos nas desapropriações), sem que a concessionária tenha um fluxo de caixa operacional, o Plano de Negócios será fundamental para apreciação do pleito de reequilíbrio.

A ausência do Plano de Negócios nessa hipótese será uma causa de total instabilidade da relação contratual, já que, à míngua de uma base de dados minimamente precisa e segura, fatalmente o pleito de reequilíbrio será objeto de litígio, a ser dirimido pela instância prevista (judiciário ou arbitragem), com resultados imprevisíveis.

A licitação é a oportunidade para o poder público reduzir a assimetria de informação com o mercado, mitigando o espaço para condutas oportunistas durante a vigência do contrato. Sob esse prisma, parece-nos que a exigência do Plano de Negócios está intimamente ligada a tais

fins. Desconsiderá-lo sem razão suficiente implica prejuízo ao próprio interesse público.

Portanto, não há fundamento jurídico, ou até mesmo financeiro, que justifique a dispensa do Plano de Negócios nas grandes contratações pelo Poder Público.

4. A viabilidade e a exequibilidade do Plano de Negócios: a análise pela Comissão Julgadora

A análise do Plano de Negócios pela Comissão Julgadora, principalmente no que se refere à sua viabilidade e exequibilidade, tem sido questão tormentosa para a Administração Pública.

Independentemente da fase em que o Plano de Negócios seja exigido durante a fase de licitação (como instrumento para selecionar participantes mais preparados; como mera informação ao Poder Concedente ou como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato), a dificuldade de analisar a viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios persiste, pois o Poder Concedente, por intermédio da Comissão de Licitação, em muitos casos, não possui condições de distinguir entre uma proposta agressiva e uma inexequível.

Como já ressaltamos anteriormente, o Plano de Negócios serve para a redução da assimetria de informações entre o Poder Concedente e o concessionário. Paradoxalmente, a própria assimetria de informações dificulta a análise do Plano de Negócios pelo Poder Concedente, o que resulta, na maioria dos casos, numa análise meramente perfunctória do seu conteúdo.

RIBEIRO (2011), na sua obra “Concessões e PPPs” assim pontua:

“(…) nunca assistimos situação em que a Administração Pública declare inexequível proposta em licitação de concessão comum e PPP. E isso por várias razões. Em primeiro lugar, porque é muito difícil de estabelecer critérios objetivos para distinguir uma proposta agressiva (e, portanto, viável, mas ousada) do que é uma proposta inexequível.

(…) Em regra, o Poder Público não tem a menor condição, ao longo de um processo de licitação, de avaliar se esses custos correspondem ou não à realidade, mesmo quando tem contratado

os melhores consultores técnicos, pois é muito difícil em projetos envolvendo obras relevantes a realização dessa avaliação. Na prática, o que acontece é que, na impossibilidade de avaliar de fato os custos, eles terminam aceitos sem maior análise.

Além disso, exatamente pela dificuldade de realizar a distinção entre proposta agressiva e proposta inexequível, é também difícil para os agentes públicos integrantes da comissão de licitação bancar, da perspectiva política, declarar inabilitado um participante da licitação que, tendo oferecido garantias de proposta reputadas válidas, declara ser capaz de prestar o serviço por um preço muito menor do que o de seus concorrentes. Note-se que desqualificar esse participante da licitação sem ter um fundamento objetivo e relevante é como renunciar os benefícios financeiros para o usuário do serviço e para a Administração”¹³.

Assim, o Plano de Negócios exigido na concessão comum e nas parcerias público-privadas, em vários casos, é analisado pelo Poder Concedente como “mais um documento” apresentado pelo licitante. É incluído nos editais como documento essencial a ser apresentado conjuntamente com a proposta, mas o seu conteúdo, a viabilidade do que ali está descrito, enfim, a exequibilidade do que está proposto não é realmente aferida, de forma técnica; apenas se realiza uma verificação de coerência do Plano de Negócios com o objeto do contrato e a proposta financeira. Isso somente seria possível, se a Comissão Julgadora fosse formada por especialistas técnicos aptos a analisar as informações econômico-financeiras consolidadas, o que não é a praxe.

Uma forma de garantir maior consistência técnica do Plano de Negócios e, buscar reduzir o risco de sua eventual inexequibilidade, é a exigência de declaração elaborada por instituição financeira com experiência na estruturação financeira de projetos assemelhados, do mesmo porte, atestando sua viabilidade econômico-financeira.

Tal declaração tem sido exigida nas parcerias público-privadas realizadas no Estado de São Paulo¹⁴. A União, por meio da ANAC, também

13 1. edição, 2011, Ed. Atlas, p. 36.

14 (i) Concorrência Internacional n.º 001/DAEE/2013/DLC - parceria público-privada, por meio de concessão administrativa, para a prestação de serviços de operação, manutenção e expansão

adotou tal exigência quando da concessão dos aeroportos internacionais Governador André Franco Montoro, em Guarulhos-SP; Viracopos, em Campinas-SP, e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília-DF¹⁵.

O Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao analisar o Edital de Concorrência Internacional nº 8274080011 (TC 25059/026/09), visando a Concessão do Serviço Seletivo Especial de Transporte Ferroviário Metropolitano de Passageiros (Expresso Aeroporto), em sessão realizada em 26/8/2009, entendeu como regular a exigência de declaração de instituição financeira, sob o seguinte fundamento:

“Considerando a magnitude do Projeto, que prevê investimentos do futuro concessionário na ordem de R\$ 1.570.216.628,00 (um bilhão, quinhentos e setenta milhões, duzentos e dezesseis mil e seiscentos e vinte e oito reais), conforme estimativa constante do Estudo Econômico-Financeiro da Concessão, boa parte deles, cerca de 1,4 bilhões a serem concretizados nos primeiros anos da Concessão, penso que não subsistem as alegações de impropriedade atinentes ao subitem 8.3 que exige a apresentação de Declaração de instituição financeira, nacional ou estrangeira, atestando que examinou o edital, seus anexos e Planos de Negócios da Licitante e que considera viável a concessão dos financiamentos necessários ao cumprimento das obrigações da concessionária.

Na situação apresentada, o aludido documento busca resguardar a solidez da proposta que será encaminhada, assegurando ao Poder Público que o licitante possui condições financeiras de assumir o Projeto, excetuando-se, neste caso específico, a incidência da Súmula nº 15 deste Tribunal, ante as peculiaridades do caso concreto, como bem assentaram aqueles que funcionaram na instrução do presente feito.”

do sistema de reservatórios de controle de cheias da bacia hidrográfica do Alto Tietê, recuperação e modernização dos reservatórios existentes, e construção de novos reservatórios; (ii) Edital da Concorrência Internacional nº 001/2012 - Concessão Patrocinada da Prestação de Serviços Públicos de Transportes de Passageiros da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo.

15 Edital do Leilão Nº 2/2011 - Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais Brasília - Campinas - Guarulhos.

Apesar de o julgado tratar de uma concessão comum, sua fundamentação é perfeitamente aplicável aos casos de concessão patrocinada, motivo pelo qual foi trazido à colação.

Há editais¹⁶ que exigem não só a declaração de viabilidade financeira do Plano de Negócios, que poderia ser conferida por uma instituição financeira ou por empresa de auditoria independente, ambas de primeira linha, mas também (1) carta de instituição seguradora ou corretora de seguros declarando que apoiará o empreendimento e (2) comprovação de que tal seguradora/corretora tem experiência prévia em colocação de programa de seguros similares e gerenciamento de risco, além de estar entre as dez maiores no *ranking* da SUSEP.

Nesses casos a Administração busca, de forma clara, obter uma maior garantia ao Poder Concedente quanto à exequibilidade dos Planos de Negócios apresentados, pois estabelece, além da análise prévia e reconhecimento de idoneidade econômico-financeira atestada por uma instituição financeira, a necessidade de apresentação de declaração de instituição seguradora ou corretora de seguros.

Na esfera federal, a aferição da viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócio tem sido feita por intermédio de outro mecanismo: a proposta acompanhada do Plano de Negócios é entregue pelos licitantes aos cuidados da BM&FBOVESPA e, caso haja necessidade, esta sociedade presta auxílio à Comissão Julgadora, conjuntamente com terceiros previamente arrolados no edital, na análise de tal documentação.

Ou seja, ao invés de solicitar prévia declaração de terceiros quanto à exequibilidade do Plano de Negócios de todos os licitantes, prevê-se a possibilidade de consulta de terceiros após a análise da proposta pela Comissão Julgadora, de modo a aferir sua viabilidade e exequibilidade.

16 (i) Concorrência N° 001/2006 – CGPE - Exploração mediante Concessão Patrocinada da ponte de acesso e sistema viário do Destino de Turismo e Lazer Praia do Paiva – Estado de Pernambuco; (ii) Concorrência N° 070/2006 – DER/MG - Exploração mediante Concessão Patrocinada da Rodovia MG – 050 e trechos de entroncamento diversos – Estado de Minas Gerais; (iii) Concorrência 0044/2011 - Concessão para implantação, operação, manutenção, monitoração, conservação e realização de melhorias do Corredor Expresso Transolímpica, ligando a Barra da Tijuca a Deodoro – Prefeitura do Rio de Janeiro.

Podemos citar como exemplo a concessão comum para a exploração de trechos da Rodovia BR-101/ES/BA¹⁷, em que a ANTT conjugou as garantias até aqui apresentadas e exigiu: (1) carta de instituição ou entidade financeira que assessorou a proponente na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o Plano de Negócios apresentado pela proponente e atestando sua viabilidade e exequibilidade e (2) carta de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente, declarando que analisou o Plano de Negócios apresentado pela proponente e atestando sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário. Todavia, tal documentação deveria ser entregue à BM&FBOVESPA, que poderia prestar auxílio à Comissão Julgadora, caso fosse solicitado.

É possível identificar, portanto, a existência de critérios diversos com o intuito de possibilitar ao Poder Concedente a aferição da viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios, tanto na concessão comum, como na patrocinada.

Mas, via de regra, a Administração não realiza uma análise, por si própria, do Plano de Negócio: tal atribuição é delegada a terceiros (instituição financeira, empresa de auditoria independente, instituição seguradora, corretora de seguros, BM&FBOVESPA), quando a exigência é de análise prévia à apresentação da proposta ou quando a análise é feita para viabilizar o julgamento das propostas.

O Plenário do Tribunal de Contas da União, entretanto, não vê com simpatia essa delegação a terceiros e já realizou expressa recomendação à ANTT para fixar nos seus editais critérios objetivos para a avaliação da exequibilidade das propostas dos licitantes, conforme acórdão proferido no julgamento do TC 003.499/2011-1 [Apenso: TC 005.238/2011-0], realizado em Sessão Ordinária de 26/9/2012, justamente analisando o Edital de Concessão nº 001/2011 para a exploração de trechos da Rodovia BR-101/ES/BA:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

17 Edital de Concessão nº 001/2011 - Concessão para Exploração de Trechos da Rodovia BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 (acesso a Mucuri) – Divisa ES/RJ.

(...)

9.3. determinar, com fundamento no art 43, inciso I, da lei 8.443/92 e art 250, inciso II do Regimento Interno do TCU, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, nas futuras concessões:

(...)

9.3.4. inclua item editalício fixando parâmetros ou critérios objetivos para avaliação da exequibilidade das propostas dos licitantes, para garantir a seleção da proposta mais vantajosa, com fundamento no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 15, § 3º, da Lei nº 8.987/1995;”¹⁸

Dessa forma, entendemos como benéfica a exigência de declarações de viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios – expedida por terceiros que possuam reconhecido “know-how” na sua análise – con-

18 Como fundamento, adotou o TCU: “94. Na resposta ao pedido de diligência, a Comissão de Outorga não elencou os critérios específicos nos quais deveria ter se baseado para a verificação da exequibilidade da proposta apresentada pela licitante primeira colocada, limitando-se a reproduzir o item 3.10.2 do Termo de Referência do Plano de Negócios – Anexo 16 do Edital 001/2011 BR 101/ES/BA (peça 55) – , no qual são descritos os critérios de aceitabilidade do Plano de Negócios:(...) 95. O expediente enviado ao TCU pela ANTT em atendimento ao solicitado pela diligência fez referência ainda às determinações constantes no item 11.1, (vii) e (viii), do Edital 001/2011 BR 101/ES/BA, que condicionam a exequibilidade da proposta às já citadas cartas de instituição ou entidade financeira e de empresa de auditoria independente: (...) 96. Dessa maneira, é de se concluir que não há parâmetros técnicos objetivos que suportem a análise efetiva, pela Comissão de Outorga, das premissas constantes no Plano de Negócios apresentado. Em outras palavras, não há, por parte da ANTT, qualquer análise de viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios apresentado pelas proponentes, bem como de adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário. Tal encargo fica exclusivamente a critério de instituições financeiras e empresas de auditoria independente, cujas declarações representam a única garantia, para o Poder Concedente, de que o Plano de Negócios analisado é viável e exequível. 97. Diante do exposto, as justificativas enviadas pela ANTT a respeito do item levantado pela diligência não foram capazes de esclarecer de forma completa os questionamentos elaborados por este Tribunal, revelando que a Agência, representando o Poder Concedente, não efetua de forma criteriosa a análise de viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios apresentado pelas proponentes. 98. Assim, constatada a ausência, no Edital 001/2011 - BR-101/ES/BA, de demonstração dos critérios objetivos adotados para fixação do limite mínimo de exequibilidade, entendemos pertinente recomendar à ANTT que, nos futuros contratos de concessão, inclua item editalício fixando parâmetros ou critérios objetivos para avaliação da exequibilidade das propostas dos licitantes, de forma a garantir a seleção da proposta mais vantajosa, com fundamento no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 15, § 3º, da Lei nº 8.987/1995, que determina ao Poder Concedente que recuse propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.”

juntamente com a apresentação da proposta, como já tem exigido o Estado de São Paulo, principalmente se consideramos que o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo reputou como válida tal exigência, não caracterizando violação à Súmula nº 15¹⁹, conforme acórdão retrocitado, proferido nos autos do TC-25059/026/09.

Mas entendemos ser também recomendável, a postura adotada pela União de facultar à Comissão Julgadora a possibilidade de solicitar auxílio aos órgãos da própria Administração Pública e também a empresas que possuam expertise na avaliação de Plano de Negócios, pois assegura maior confiabilidade na aferição de sua viabilidade e exequibilidade.

Cumpramos observar que os recentes editais de licitação de PPPs no Estado de São Paulo igualmente conferem à Comissão de Licitação a possibilidade de, a qualquer tempo, durante a licitação, promover diligências e esclarecimentos quanto à proposta comercial e documento de habilitação, dentre os quais se inclui o Plano de Negócios, abrindo-se a alternativa de obter auxílio de terceiros para subsidiar sua convicção. Seria recomendável, no entanto, que os editais tratassem o tema de maneira mais clara na forma sugerida na nota abaixo²⁰. Finalmente, considerando o posicionamento do Tribunal de Contas da União, consideramos recomendável a inserção no edital de condicionantes objetivas à aferição da viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios, de modo a afastar a ideia de que a sua análise pela Administração inexistente, ocorrendo mera delegação a terceiros.

5. Momento do julgamento do Plano de Negócios nas diversas fases da licitação para concessão e suas implicações jurídicas

Segundo RIBEIRO (2011)²¹, o Plano de Negócios pode ser exigido pacificamente em 3 (três) momentos, quais sejam: como metodologia de execução do contrato, na proposta técnica e na proposta econômica.

19 SÚMULA Nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

20 “A Comissão de Licitação poderá solicitar auxílio da Procuradoria Geral do Estado, de quaisquer Secretarias de Estado, autarquias e fundações públicas, da BM&FBOVESPA, bem como dos membros do Poder Concedente que não integrem a Comissão de Licitação, para análise da viabilidade e exequibilidade do Plano de Negócios apresentado pela Licitante”.

21 RIBEIRO, Maurício Portugal, Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos - 1ª ed., 2011, Ed. Atlas, p. 34

Ocorre que, a Lei federal nº 11.079/04 não prevê em seu texto a possibilidade de exigência de metodologia de execução do contrato. Não obstante, o art. 12, inciso I, deste diploma legal, faz a seguinte previsão:

Art. 12, I - O julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes.

Primeiramente, interpretando-se este dispositivo legal, conclui-se que, por se tratar de “etapa de qualificação de propostas técnicas” a ser realizada antes do “julgamento”, esta fase não se confunde com a de julgamento das propostas técnicas²².

Com efeito, a fase encimada é um “procedimento que visa determinar os licitantes minimamente dotados do domínio das tecnologias pressupostas pela execução do escopo contratual”.²³

A primeira dúvida que surge é se esta possibilidade encontra correspondência na regra do art. 114 da Lei federal nº 8.666/93 – previsão de pré-qualificação de licitantes nas concorrências, sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados – ou, se ela encontra ressonância no disposto no art. 30, § 8º, do mesmo diploma legal, onde é prevista a possibilidade da Administração, no caso de obras, serviços e compras de grande vulto e de alta complexidade técnica, exigir dos licitantes a metodologia de execução.

Para a doutrina majoritária, entende-se que a fase de pré-qualificação prevista no art. 114 da Lei federal nº 8.666/93, nada mais é do que a antecipação da fase de habilitação.

Segundo JUSTEN FILHO (2012):

“a pré-qualificação acarreta uma dissociação entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas. Os licitantes que preencherem os requisitos previstos serão considerados pré-habilita-

22 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15. ed., 2012, Ed. Dialética, p. 532

23 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas, 1. ed., 2011, Ed. Fórum, p. 92

dos para concorrência. Somente eles estarão legitimados a participar da concorrência. Serão convocados para apresentar suas propostas, em data futura a ser definida”.²⁴

Já a metodologia de execução, nos termos do art. 30, § 8º, da Lei federal nº 8.666/93, deve seguir duas regras: a) ser exigida somente em obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica; b) sua análise deve ser feita antes da proposta comercial, sempre por critérios objetivos.

Segundo MENDES (2013), “o que é determinante para que se deseje realizar a referida análise não é o fato de o valor estimado da futura contratação ser de grande vulto, mas o fato de a solução licitada (objeto) envolver alta complexidade técnica”.²⁵

Corroborando esse entendimento, JUSTEN FILHO (2012) sustenta que a metodologia de execução deve ser exigida somente em “licitações com peculiaridades técnicas, em que a execução do objeto comporta pluralidade de soluções técnicas”.²⁶

Com base nessas definições, de rigor a conclusão de que a previsão do art. 12, inciso I, da Lei federal nº 11.079/2004 aproxima-se ontologicamente do disposto no art. 30, § 8º, da Lei federal nº 8.666/93, e não com o estabelecido no art. 114, do mesmo diploma legal.

Com efeito, a lógica da parceria público-privada é que o parceiro privado encontre a maneira mais eficiente de implantar e operar o projeto. E, por existirem diversas soluções técnicas para o mesmo objeto, é possível a existência de uma fase preliminar de qualificação das propostas técnicas, exigindo-se uma pontuação mínima para que os licitantes possam passar às próximas fases do procedimento licitatório. Saliente-se que esta fase pode ser exigida independentemente da adoção ou não da escolha de “melhor técnica”, como critério de julgamento.

24 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15. ed., 2012, Ed. Dialética, p. 659

25 MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada - 9. ed., 2013, Ed. Zênite, p. 690.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15. ed., 2012, Ed. Dialética, p. 531/532.

Ainda no tocante à previsão do art. 12, inciso I, da Lei federal nº 11.079/04, outra dúvida surge. Essa qualificação prévia afastaria a possibilidade de exigir a documentação relativa à qualificação técnica (art. 30 da Lei federal nº 8.666/93)?

Para JUSTEN FILHO (2012), analisando-se sob a ótica apenas do Estatuto Licitatório, quando exigida a metodologia de execução nos termos do art. 30, § 8º, da Lei federal nº 8.666/93, a licitação teria sua estrutura procedimental modificada, de forma que a metodologia seria examinada antes da proposta comercial. Não obstante, não se confunde requisitos de habilitação com metodologia de execução.

A habilitação técnica é a apuração da idoneidade do sujeito para contratar com a Administração, enquanto a proposta de metodologia envolveria a escolha da concepção técnica a ser adotada para executar certo objeto. Sendo assim, de rigor a conclusão de que a exigência de proposta de metodologia não afasta a possibilidade de exigir a documentação relativa à habilitação técnica.²⁷

Efetivamente, é permitido (e até desejável) que os licitantes proponham diferentes soluções técnicas para o mesmo objeto, de forma que a fase prevista no art. 12, I, da Lei nº 11.079/04 sirva para o Poder Público apenas analisar, mediante critérios objetivos, se tais soluções técnicas são aptas a demonstrar uma capacidade mínima de o licitante cumprir o objeto do certame.

Deve-se lembrar que a parceria público-privada propicia aos licitantes a indicação de diferentes soluções técnicas²⁸ para o objeto do certame, fazendo com que o Poder Público apenas qualifique essas soluções – por meio de metodologia de execução, por exemplo, de forma que aquelas que preencherem os requisitos objetivos mínimos previstos no edital, participem do restante da licitação.

Por fim, importante que quando da entrega dos documentos relativos à qualificação prévia (art. 12, I, da Lei federal nº 11.079/04), os licitantes

²⁷ Idem. p. 532

²⁸ O artigo 10, parágrafo 4º, da Lei federal nº 11.079/2004, prevê que os estudos técnicos tenham nível de detalhamento de anteprojeto, sendo despidendo ao Poder Público a elaboração de projeto básico prévio para tais contratações, indispensável para as hipóteses de contratação de obra pública, nos termos da Lei federal nº 8.666/93.

já entreguem também os envelopes referentes aos demais documentos de habilitação, à proposta técnica (se for o caso) e à proposta comercial. Tendo em vista que o universo de participantes do certamente pode revelar-se pequeno após essa fase, cria-se nesse momento espaço para ocorrência de conluíus, os quais podem ser dificultados com essa providência.²⁹

Feitos alguns esclarecimentos a respeito da avaliação do Plano de Negócios durante a metodologia de execução, passamos a ponderar se ele poderá ser oferecido como parte da proposta técnica.

Nessa hipótese, o Plano de Negócios deverá ser avaliado mediante critérios objetivos estipulados previamente no edital, de forma a atribuir mais ou menos pontos para o licitante, desde que atingido um mínimo de requisitos estabelecidos.

Por fim, o Plano de Negócios poderá ser apresentado junto à proposta econômica. Aqui, o Plano de Negócios servirá para demonstrar que a proposta econômica é factível (considerando um binômio previsão/exequibilidade). Da mesma forma que na pré-qualificação, nessa hipótese, o Plano de Negócios será avaliado apenas como condição de viabilidade da proposta comercial, não lhe sendo atribuído mais ou menos pontos. Em uma análise empírica, verificamos que a maioria dos editais aloca a apresentação de Plano de Negócios concomitantemente à proposta econômica.

Citamos, como exemplo, os seguintes editais que adotaram a análise do Plano de Negócios junto ou logo após a análise da proposta econômico/financeira³⁰:

a) Leilão nº 2/2011 - Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos internacionais Brasília - Campinas - Guarulhos³¹.

29 Idem, p. 25

30 Adicionalmente a todos, citamos as PPP's promovidas pelo Estado de São Paulo: Linha 4 e 6 de Metro e Reservatório DAEE.

31 "4.29 - A proponente deverá apresentar, ainda, em sua proposta econômica, declaração de instituição financeira, nacional ou estrangeira, com a devida comprovação dos poderes do seu signatário, na forma do modelo do Anexo 11 - Modelo de Carta Subscrita por Instituição Financeira, declarando a viabilidade da proposta econômica, emitida no papel timbrado da referida instituição, declarando, sob pena de responsabilidade, que:

4.29.1 - Examinou o Edital, o Plano de negócio da Proponente e sua proposta econômica;

4.29.2 - Considera que a proposta econômica e seu Plano de negócio têm viabilidade econômica; e

4.29.3 - Considera viável a concessão de financiamentos necessário ao cumprimento das obrigações da futura Concessionária, nos montantes e nas condições apresentadas pela Proponente."

b) Concessão Patrocinada para a exploração da Rodovia MG – 050³².

c) Edital de Licitação Concorrência N° 001/2006 – Exploração Mediante Concessão Patrocinada Da Ponte De Acesso E Sistema Viário Do Destino De Turismo E Lazer Praia Do Paiva³³.

d) Edital de Licitação Concorrência Internacional n° 001/2009 para contratação, em regime de parceria público-privada, modalidade concessão administrativa, da reconstrução e gestão da operação e manutenção do Estádio da Fonte Nova³⁴.

e) Concorrência Pública 31/2007 (Prefeitura de Canoas/RS) – PPP na modalidade concessão administrativa, para serviços de limpeza pública³⁵.

f) Concorrência n° 02/2010 (SEPLAG/MG) para exploração, mediante concessão administrativa, da operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão³⁶.

32 “11.1. Cada licitante deverá apresentar, como parte integrante da proposta econômica, o Plano de Negócios da rodovia (PLANO DE NEGÓCIOSR) que a Concessionária implementará na execução do Contrato.

11.2 O PLANO DE NEGÓCIOSR incluirá, mas sem se limitar, as informações abaixo, de acordo com o especificado no Anexo VII - diretrizes para apresentação da proposta econômica, e as cartas e/ou declarações relacionadas: (...)”

33 “20.1. Cada licitante deverá apresentar, como parte integrante da PROPOSTA ECONÔMICA, o PLANO DE NEGÓCIOS DA RODOVIA que a CONCESSIONÁRIA implementará na execução do CONTRATO.”

34 “10.8 O Envelope da Proposta Econômica deverá conter apenas os seguintes documentos:
10.8.1 Proposta Econômica, conforme modelo constante do Anexo 6 na qual a Licitante declara o valor da contraprestação pública e as isenções tributárias consideradas; e
10.8.2 Plano de Negócios, conforme modelo constante do Anexo 9”.

35 3.5. DA PROPOSTA FINANCEIRA: O envelope n° 02 deverá obrigatoriamente conter:
3.5.1. A Proposta Financeira / Plano de Negócios e Investimentos e a Composição de Custos Unitários por item, assinadas por representante legal ou por procurador munido de procuração hábil, nos termos da lei, ou de carta de credenciamento, nos termos dos modelos Anexos, em envelope fechado, identificado com o n° 02, em 1 (uma) via, datilografada ou digitada em papel que identifique a licitante, com valores expressos em R\$ (reais), em linguagem clara e objetiva, sem erros, rasuras ou entrelinhas, devendo atender às condições contidas neste Edital e seus Anexos.

36 “16.9. O LICITANTE deverá apresentar em sua PROPOSTA COMERCIAL declaração de INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, nacional ou estrangeira, emitida no papel timbrado da referida instituição, declarando que:

a) examinou o EDITAL, o Plano de negócios do LICITANTE e sua PROPOSTA COMERCIAL;
b) considera que a PROPOSTA COMERCIAL do LICITANTE tem viabilidade econômica; e
c) considera viável a concessão de financiamentos necessários ao cumprimento das obrigações da CONCESSIONÁRIA, nos montantes e nas condições apresentadas pela LICITANTE.

RIBEIRO (2011) destaca que, além de ser inserido no bojo da execução do procedimento de licitação, o Plano de Negócios pode ser exigido também na assinatura do contrato, podendo ser vinculante ou meramente indicativo para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme já explicitado neste trabalho.³⁷

Quanto à alocação do Plano de Negócios em outras etapas licitatórias, cabe mencionar que o posicionamento majoritário dos Tribunais de Contas para as licitações é de que, em regra, qualquer exigência habilitatória não prevista na Lei federal nº 8.666/93 deve ser feita apenas na adjudicação ou na assinatura do contrato.

O fundamento desse posicionamento é que, se o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece que a lei “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contratado”, não caberia à Administração Pública fazer outras exigências habilitatórias sem correspondência na Lei federal nº 8.666/93.

Todavia, apesar da aplicação subsidiária da Lei federal nº 8.666/93 à Lei federal nº 11.079/04, de rigor a mitigação de certos entendimentos pacificados no âmbito de licitações simples, tendo em vista as enormes diferenças entre Parceria Público-Privada e simples licitações (prazos e valores contratuais, complexidade do objeto, dentre outros), especialmente porque a jurisprudência ainda não se manifestou a respeito de qual o momento correto de exigir o Plano de Negócios em parcerias público-privadas.

Feita a apresentação dos momentos possíveis de alocação do Plano de Negócios na licitação, apresentamos um cotejo entre os efeitos de cada hipótese, sob a premissa do privilégio à ampla competitividade entre os participantes:

16.9.1. A declaração a ser feita pela INSTITUIÇÃO FINANCEIRA referida neste item deverá tomar como referência para sua análise o PLANO DE NEGÓCIOS DE REFERÊNCIA do ANEXO IV.

16.9.2. Os Planos de negócios dos LICITANTES serão avaliados por INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, na forma do presente item, cabendo exclusivamente à CONCESSIONÁRIA, nos termos do CONTRATO, apresentar seu Plano de negócios ao PODER CONCEDENTE, para fins de acompanhamento da execução do CONTRATO.

37 RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos - 1. ed., 2011, Ed. Atlas, p. 35.

a) Qualificação prévia (art. 12, I, da Lei federal nº 11.079/04): tendo em vista que as propostas técnicas (se o caso) e comerciais serão analisadas em um momento posterior à qualificação prévia, a análise do Plano de Negócios pode causar desordem no procedimento regular do certame, já que o foco nessa fase deve ser a correta verificação das soluções técnico-operacionais apresentadas para o cumprimento do objeto do certame. Sendo assim, não se vislumbra vantagens na exigência do Plano de Negócios nessa fase.

b) Proposta Técnica: como visto, estabelecer critérios objetivos para distinguir uma proposta agressiva e viável de uma proposta inexecutável pode apresentar severas dificuldades, especialmente em setores não maduros ou que a Administração não tenha familiaridade. Por isso, a avaliação e atribuição de pontos aos custos estimados pelo participante da licitação, de acordo o Plano de Negócios apresentado, pode se mostrar temerária e apresentar desvantagens competitivas pelo vício da assimetria de informação.

c) Proposta Comercial: a maioria dos editais consultados exige a apresentação do Plano de Negócios nesse momento. Em casos como a concessão patrocinada da Linha 6 do Metro de São Paulo, a análise do Plano de Negócios seria uma subfase logo após a fase de abertura da proposta comercial.

Analisando as exigências de tais editais, denota-se que as exigências básicas para que o Plano de Negócios seja aceito pela Administração Pública é que ele guarde correspondência com a proposta comercial e que alguma instituição financeira responsabilize-se por ele, declarando-o viável economicamente.

Conforme já exposto alhures, tal prática pode se tornar mais útil e efetiva quando houver subsídios, à Comissão de Licitação, de auditoria independente, atestando a exequibilidade do Plano de Negócios apresentado pelo proponente, ou a possibilidade de a Comissão Julgadora pedir auxílio a entes externos (como exemplo: BMF&BOVESPA), para ter como válido o Plano de Negócios.

Sem tais préstimos, de rigor o reconhecimento de que a Administração Pública, em regra, não possui capacidade técnica para fazer uma avaliação profunda da exequibilidade do Plano de Negócios apresentado, delegando tal função a terceiros, o que pode enfraquecer demasiadamente a utilidade do Plano de Negócios.

Muito embora possa alegar-se que se trata de compromisso, não previsto em lei, de terceiro alheio à disputa (Súmula 15 do TCESP), existem fundamentos jurídicos para defender sua exigência nessa fase, inclusive pautando-se no julgamento do TC 25059/026/09 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Concessão do Expresso Aeroporto), no qual se afastou a aplicação da Súmula encimada devido às peculiaridades de uma PPP.

d) Habilitações: baseando-se no posicionamento majoritário dos Tribunais de Contas, segundo o qual os requisitos habilitatórios não previstos na Lei nº 8.666/93 devem ser feitos apenas na adjudicação ou na assinatura do contrato, e não se encontrando vantagens na exigência do Plano de Negócios conjuntamente aos documentos de habilitação, de rigor a conclusão de não ser prudente a exigência do Plano de negócios nessa etapa.

e) Requisito de Adjudicação: a exigência do Plano de Negócios nesse momento poderia acarretar maior competitividade entre os licitantes, já que o custo da análise por parte de instituição financeira e auditoria independente ficaria a cargo apenas do vencedor do certame.

Por outro lado, considerando que o vencedor da licitação já teria oferecido sua proposta comercial, seria prudente buscar a criação de mecanismos que evitem que ele se utilize de um mero “jogo de planilhas”, inserindo valores artificiais nas células do Plano de Negócios para aderir, “a posteriori”, à proposta comercial já lançada.

Com efeito, o mais importante para a aceitação do Plano de Negócios, pelo menos na forma como exigido nos editais consultados, é o compromisso de responsabilidade pela exequibilidade da proposta comercial e do Plano de Negócios por parte de uma instituição financeira e/ou auditoria independente.

Não obstante, seriam necessárias previsões editalícias e contratuais de penalidades para o particular que agisse com desídia ou má-fé na elaboração de seu Plano de Negócios, principalmente no caso de ulterior impossibilidade de conclusão do objeto do certame por culpa do parceiro privado.

Outrossim, caso o primeiro colocado não apresente o Plano de Negócios nos termos previstos no edital, não há óbice em chamar o segundo colocado considerando-se os termos de sua própria proposta, à vista do que dispõe o artigo 13, inciso III, da Lei federal nº 11.079/04.

f) Requisito de assinatura do contrato: caso seja exigido aqui, é certo que o objeto já estará adjudicado para o licitante vencedor. Assim sendo, caso o vencedor não consiga a garantia da instituição financeira deverá sofrer as consequências do art. 81 da Lei federal nº 8.666/93, o que causará mais transtornos. Sendo assim, não há razões favoráveis para exigi-lo nesse momento.

6. Conclusão

À vista do exposto, conclui-se que o Plano de Negócios desempenha fundamental papel na redução das assimetrias de informações, contribuindo para que a Administração Pública possa, de maneira ancilar às habilitações previstas na Lei nº 8.666/93, buscar a contratação do licitante que tenha elaborado as projeções mais fidedignas ao ciclo de vida esperado por esses projetos de longo prazo.

Paradoxalmente, verifica-se grande dificuldade de homologarem-se as premissas constantes no Plano de Negócios, especialmente em função da incompletude dos contratos de longo prazo que estão sujeitos a adequações em função de eventos futuros e imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências atualmente incalculáveis.

Mesmo diante dessas dificuldades, o Plano de Negócios poderá trazer inúmeros benefícios adicionais, como indicativo da estratégia do licitante, a qualidade técnica das soluções previstas, exequibilidade do fluxo financeiro e serviço da dívida do projeto, podendo contribuir, até mesmo, para eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato durante os períodos onde inexistente fluxo de caixa operacional.

Em razão dos desafios inerentes à sua avaliação, considerando a realidade orgânica da Administração Pública brasileira, percebe-se que a efetividade da checagem das premissas e exequibilidade do Plano de Negócios pela Comissão de Licitação deverá ser amparada por técnicos especializados, razão pela qual convém a contratação de auditoria ou empresas com amplo conhecimento na avaliação dessas estruturas.

Por fim, reiterando a conveniência da exigibilidade do Plano de Negócios, convém à Administração Pública, por intermédio da Comissão de Licitação, avaliá-lo em algumas fases, como na proposta comercial,

qualificação prévia, qualificação técnica (quando a licitação for do tipo técnica e menor tarifa ou contraprestação) ou requisito de adjudicação.

Para um maior ganho em competitividade e redução do custo da contratação, acredita-se que a inserção do exame do Plano de Negócios nas fases de julgamento da proposta comercial ou requisito de adjudicação, mostram-se mais adequadas.

7. Bibliografia

BRASIL. *Lei nº 8.666 (compilada)*, de 21 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 18. Out. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.079 (compilada)*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 18. Out. 2013.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *CPC 03 – Demonstrações dos Fluxos de Caixa*. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Brasília: CPC, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 9. ed. São Paulo: Zênite, 2013.

PEREIRA, Bruno. Plano de negócio, teste de estresse e licitantes oportunistas”. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-plano-de-neg%C3%B3cio-teste-de-estresse-e-licitantes-oportunistas>>. Acesso em: 18 out. 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. “Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos”. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. “Erros e Acertos no Uso do Plano de Negócios”. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/portugalribeiro/erros-e-acertos-no-uso-do-plano-de-negcios-e-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal>>. Acesso em: 18 out. 2013.

