

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)**

Curso de Pós-Graduação em Direito da Regulação

**LEONARDO LOBO PIRES**

**O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO DE  
ELEMENTOS DE PROJETO BÁSICO:** Posições do  
Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no  
Acompanhamento das Concessões Rodoviárias

**Brasília/DF  
2013**

LEONARDO LOBO PIRES

**O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO DE ELEMENTOS DE PROJETO BÁSICO: Posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no Acompanhamento das Concessões Rodoviárias**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no curso de Pós-Graduação em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Brasília/DF  
2013**

LEONARDO LOBO PIRES

O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO DE ELEMENTOS DE  
PROJETO BÁSICO: Posições do Tribunal de Contas da União e do  
Poder Concedente no Acompanhamento das Concessões  
Rodoviárias

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no curso de Pós-Graduação em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## Resumo

As constantes postergações das licitações de concessões de rodovias federais é resultado, dentre outras razões, de suspensões impostas pelo Tribunal de Contas da União – TCU para correção de irregularidades presentes nos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica – EVTE. Parte dos apontamentos do TCU se relacionam ao conceito elementos de projeto básico, um conceito indeterminado, e a forma como o Poder Concedente o preenche. Este trabalho tem como objetivo cuidar dessa controvérsia entre o TCU e o Poder Concedente quando do preenchimento do conceito de elementos de projeto básico quando da concessão de rodovias. Para tanto, é necessário ir a gênese da controvérsia que é o debate doutrinário acerca de conceitos jurídicos indeterminados com fito de aplicar suas conclusões ao caso concreto em tela.

Palavras-chave: Elemento de projeto básico, conceitos jurídicos indeterminados, concessões rodoviárias

## **Abstract**

The constant postponements of bids for federal highway concessions is the result, among other reasons, suspensions imposed by the Court of Auditors - TCU to correct irregularities present in Studies of Technical and Economic Feasibility - EVTE. Part of TCU notes relate to the concept of basic design elements, an unspecified concept, and how the Granting fills. This paper aims to take care of the dispute between the TCU and the Grantor when completing the concept of basic design elements when granting highways. Therefore, it is necessary to go the genesis of the controversy is the doctrinal debate about vague legal concepts with view to applying its findings to the case at hand.

Keywords: basic design element, vague legal concepts, road concessions

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 REVISÃO DA LITERATURA SOBRE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 O Conceito de Elementos de Projeto Básico .....</b>	<b>21</b>
<b>3 HISTÓRICO DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS NO ÂMBITO DO PLANO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Primeira Etapa de Concessões Rodoviária .....</b>	<b>26</b>
<b>3.2 Segunda Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias – 1º Fase .....</b>	<b>38</b>
<b>3.3 Segunda Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias – 2º Fase .....</b>	<b>60</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>71</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em função da crise fiscal iniciada nos anos de 1980, que também tomou a década seguinte, o papel do Estado foi revisto, tanto no Brasil, quanto nos demais países da América Latina. Tal crise abateu a Europa e Estado Unidos na década anterior. Para o Brasil e demais países em desenvolvimento o receituário para superação dos enormes déficits fiscais e dificuldades para rolagem das dívidas passava por uma mudança no papel do Estado de produtor, onde ele obrigatoriamente financiava e produzia diretamente inúmeros bens e serviços, para o papel de regulador, no qual ele define o arcabouço institucional e fiscaliza os setores anteriormente estatais assim, entregando a produção e financiamento aos agentes privados. Conforme Giambiagi e Além (2008, p.380):

“A crise dos anos 1980 refletiu o esgotamento do modelo de desenvolvimento anterior calcado fundamentalmente no investimento estatal, financiado pelo endividamento externo, e, assim lançou as bases para discussão de um novo papel do Estado. De fato, o processo de privatização deve ser visto em um contexto mais amplo de reformulação do papel do Estado na economia, onde o Estado produtor cede cada vez mais espaço para o Estado regulador.”

Não obstante, para mudança na forma de atuação do Estado é fundamental que haja cuidado na construção do ambiente institucional uma vez que os mecanismos de mercado não são suficientemente capazes de garantir condições de competição que assegurem aos consumidores acesso a produtos e serviços com qualidade e preço que obteriam em um ambiente competitivo. Sem um aparato estatal apto a planejar no longo prazo, coordenar decisões privadas e zelar pelo bom cumprimento das regras estabelecidas corre-se o risco de se enfrentar, no limite, crises setoriais, tais como a que ocorram no setor elétrico brasileiro e californiano ou na rede ferroviária britânica. Assim, de acordo com Salgado (2003, p.3):

“De todas as experiências ao redor do mundo, retira-se a lição de que as mudanças operadas no papel do Estado, que tomaram forma de processos de privatização de serviços de infra-estrutura, devem sempre

ser acompanhadas da criação de um marco regulatório promotor da concorrência, em virtude da presença de componentes de monopólio natural na organização industrial das atividades de serviços públicos”

O Brasil, a partir da década de 1990, iniciou a revisão o papel do Estado na economia, podemos considerar como um dos marcos da mudança à edição da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização – PND<sup>1</sup>. Assim, deu-se início a reforma do Estado<sup>2</sup> que em seu bojo, também, trazia a reforma do aparelho do Estado (ou reforma administrativa). Dentro da última foi concebido um aparato institucional para lidar com a nova forma de interação entre agentes públicos e privados no âmbito econômico, formado por órgãos de defesa da concorrência, agências reguladoras de serviços públicos e novas legislações, todos, orientados pelos princípios ordenadores da economia, inseridos pioneiramente na Constituição de 1988, quais sejam, a livre-iniciativa, a livre-concorrência e a defesa dos consumidores (SALGADO, 2003).

---

<sup>1</sup> Mesmo depois de revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que altera os procedimentos relativos ao PND, ambas, em seu art. 1º, apresentam os objetivos fundamentais do programa que mantiveram-se iguais e que são a síntese da mudança do papel do Estado, *in verbis*:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

<sup>2</sup> Conforme BRESSER PEREIRA (1998, p.31): “A reforma do Estado, além da reforma administrativa, envolve também, no plano fiscal, a reconstituição da poupança pública e a reforma da previdência social, e, no plano político, as reformas políticas visando dar mais governabilidade aos governos por meio da constituição de maiorias políticas mais sólidas.”

Na esteira dessas mudanças foi editada a Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, conforme definido no art. 175 da CF/1988<sup>3</sup>, que passou a dar ao Estado meios para outorgar aos agentes privados algumas de suas atribuições. A despeito da publicação da citada lei, a concessão em sentido amplo<sup>4</sup>, por óbvio abarcando a permissão, não apresentou-se como instituto novo no ordenamento administrativo brasileiro pois já havia no tempo Império concessões a agentes privados de portos e estradas de ferro.

Um dos serviços públicos onde havia uma maior expectativa de implementação de concessões era o de rodovias. No entanto, não foi o que se observou, atualmente há apenas 14 concessões federais que somam 4.763,8 Km. A incapacidade de se conceder as rodovias federais pode ser expressa pela pequena quantidade de trechos concedidos *vis-à-vis* a intenção do Governo Federal constante no Decreto n° 2.444, de 30 de dezembro de 1997, apenas 8 de 22 trechos foram outorgados à iniciativa privada em 15 anos (ano de 1998 até 2012).

A pouca quantidade de trechos rodoviários concedidos não é resultado da falta de tentativas do governo em proceder o processo de outorga, é, entre outros motivos, o resultado do recorrente embate entre o Poder Concedente e o órgão de controle externo, o Tribunal de Contas da União – TCU, que

---

<sup>3</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

<sup>4</sup> “o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.” (DI PIETRO, 2008, p.274)

constantemente acorda sobre abster o processo licitatório até que o poder concedente cumpra suas determinações. As discordâncias entre o Poder Concedente e o TCU, relacionadas à construção das licitações de concessão de rodovias, se repetem ao longo dos últimos 15 anos e neste trabalho nos deteremos apenas sobre uma delas, pois uma vez desvendada a gênese da contenda será possível formular soluções aplicáveis a diversas outras questões que tenham mesma natureza.

No presente trabalho será observada a forma de determinação dos investimentos definidos nos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica – EVTE da concessão rodoviária pelo Poder Concedente e os questionamentos e determinações feitas pelo TCU sobre o tópico. Mais especificamente, será examinado como cada um dos lados interpreta o conceito jurídico de elementos de projeto básico, constante da Lei de Concessões, Lei nº 8.987/1995 em seu art. 18, inciso XV, *in verbis*:

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

....

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

O conceito jurídico de elementos de projeto básico é um conceito jurídico indeterminado, um expediente utilizado pelo legislador para fornecer indicações genéricas para aplicação de uma regra jurídica, pois como explica Barbosa Moreira (1988, p.64): *“as vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.”*. Veja que é justamente esse o caso, a lei de concessões é uma lei geral, conforme pode

ser depreendido do Parágrafo Único do art. 1º<sup>5</sup>, daí justifica-se o uso de diversos conceitos jurídicos desse tipo de tal forma que garanta a Lei uma ampla aplicabilidade, isto é, que permita que ela seja utilizada para concessões dos mais diversos tipos de serviços públicos.

Ao mesmo tempo o uso de conceitos jurídicos indeterminados é matéria causadora de controvérsia na órbita administrativa, principalmente, porque doutrinariamente há de um lado posicionamentos que determinam que na busca da significação do conceito jurídico indeterminado haverá somente uma única possibilidade de interpretação da expressão enquanto do outro lado há quem defenda que a Administração, no uso do seu poder discricionário, escolherá uma dentre as diversas soluções possíveis. As consequências de um entendimento ou outro implica em ações de controle diferenciadas por parte do Poder judiciário e dos Tribunais de Contas.

Este estudo cuida da controvérsia acima, aplicado ao caso da discordância entre o TCU e o poder concedente sobre a forma de preenchimento do conceito jurídico de elementos de projeto básico quando da concessão de rodovias. Assim, após esta introdução, a pesquisa começa com uma revisão da literatura sobre conceitos indeterminados. Inicialmente serão examinadas as posições doutrinárias com relação à possibilidade de existir apenas uma ou várias possibilidades de seu preenchimento. Ainda a partir da revisão da literatura, serão extraídos elementos que sirvam para delimitar o conceito de elementos de projeto básico.

Uma vez que o conceito de elementos de projeto básico esteja circunscrito poderemos observar de forma crítica como poder concedente e o TCU vêm

---

<sup>5</sup> Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

tratando o tema quando da concessão de rodovias federais. Para tanto, na terceira parte do estudo, é feita uma revisão histórica dos processos de concessão rodoviária, observando especialmente os critérios de determinação dos investimentos definidos no EVTE definidos pelo poder concedente e as posições do TCU, sobre esse tópico, expostas no primeiro estágio do acompanhamento do procedimento licitatório para outorga de concessão rodovias<sup>6</sup>. A escolha de se observar, ao longo do tempo, este tópico é porque ele é o espaço onde há a exteriorização do juízo de valor daquilo que sejam elementos de projeto básico. Para consecução, a abordagem teórico-metodológica a utilizada no trabalho é a dogmática. Por sua vez, o método utilizado como instrumento de construção da pesquisa é o de pesquisa documental.

Finalmente, na conclusão é apontada uma possível solução para o conflito entre TCU e poder concedente na questão objeto deste trabalho. Espera-se que a partir dessa solução seja possível estende-la a outras questões de mesma natureza e com isso ajudar a superar o prolongamento do processo para licitação de rodovias federais.

---

<sup>6</sup> Nos termos da Instrução Normativa n° 46, de 25 de agosto, de 2004 e anteriormente nos termos da Instrução Normativa n° 27, de 2 de dezembro de 1998.

## 2 REVISÃO DA LITERATURA SOBRE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Começemos por entender o que é um conceito jurídico para então evoluirmos para o estudo do conceito jurídico indeterminado. Grau (1988, p. 62) explica da seguinte forma como 'algo' ser torna um conceito jurídico:

“O ‘objeto’ do conceito jurídico não existe em si; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal ‘objeto’ só existe ‘para mim’, de tal modo, porém que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando a este ‘para mim’, por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – ‘para nós’.

Apenas e tão somente na medida em que o ‘objeto’ – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza.”

Conseqüentemente, os conceitos jurídicos caracterizam-se por (i) sua não correspondência com a realidade por se tratarem de uma criação cultural, que frequentemente se vale da ficção em função da aplicação de um juízo de valor; e (ii) a constante mutabilidade de sua compreensão por conta de aspectos temporais e espaciais (COSTA, 1988, p. 82). Ou seja, considerando um ponto no tempo e no espaço o conceito jurídico tem um significado único (o que não significa preciso).

Os conceitos jurídicos são expresso em linguagem natural que caracteriza-se, muitas das vezes, por sua ambiguidade e imprecisão uma vez que uma mesma palavra pode designar, em contextos distintos, diversos objetos, fatos ou propriedades (GROTTI, 1995, p. 85). E não há como ser diferente uma vez que o Direito traz regras de disciplina social de condutas concretas, portanto, suas as normas devem falar, o máximo possível, uma linguagem acessível às pessoas por ela obrigados (COSTA, 1988, p.80).

A mutação da expressão em linguagem natural para o conceito jurídico ocorre de duas formas, segundo Moreno apud Grotti (1995, p.86):

“1) sua reiterada utilização em raciocínios jurídicos, pelo número e maneira como os demais conceitos que com ele coexistem cobrem o campo de referências e, às vezes, pelas características da relação intersubjetiva em que opera; 2) em certas ocasiões, pela delimitação do significado de alguns termos - “definição legal” – pelo texto que os utiliza ou por outro que guarda com ele uma relação de sistema”

Depreende-se que processo de mutação da linguagem natural em conceito jurídico não é unívoco. Quando o conceito jurídico não tem definição legal e é composto por termos imprecisos, vagos ou plurissignificativos trata-se de conceitos jurídicos indeterminados ou abertos.

Contudo, na gênese de conceitos jurídicos indeterminados há divergência doutrinária, o que resulta em distintas consequências quando da sua aplicação. O desacordo doutrinário reside na indicação de onde se encontra a indeterminação, nos termos que compõe o conceito jurídico ou no próprio conceito jurídico.

De um lado existem aqueles que, como Grau (1988), afirmam que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos mas dos termos que os expressam, tanto que o autor afirma que a forma correta de se referir a conceitos indeterminados é ‘termos indeterminados de conceitos’. A consequência objetiva dessa posição é que há, num ponto determinado do tempo e do espaço, apenas um significado objetivo do conceito jurídico.

De outro lado, autores como Bandeira de Mello (2006, p.21), asseveram que a indeterminação é do conceito: “*as palavras que o recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.*”. A vaguidade do conceito não é imperfeição linguística, é na verdade, uma característica bastante pertinente para manutenção da norma aplicável em situações diversas onde se busque um objetivo comum. Ou seja,

os conceitos indeterminados não buscam alcançar resultados exatos, mas resultados concretos, adequados ao fim da norma. Assim, a sua correta aplicação depende que o intérprete busque uma maior perfeição na valoração significante–significado.

No caso do entendimento que conceitos indeterminados têm “termos” indeterminados e que o conceito é único, a administração deverá fazer um esforço de interpretação no qual será definido significado do conceito jurídico em questão. Já no outro caso, onde se entende que a indeterminação é uma característica do conceito a interpretação será de seus contornos. De tal forma que se pode dizer que o conceito jurídico indeterminado estrutura-se em uma zona de certeza positiva, seguido de um halo conceitual ou zona de dúvida onde inexistente uma certeza prévia, cuja determinação exige estender a ideia nuclear do conceito e de uma zona de certeza negativa que delimita o que se exclui do conceito (COSTA, 1988, p. 84).

No Direito Público, em especial no Direito Administrativo, o tema conceitos jurídicos indeterminados encontra maior relevo, principalmente ao se relacionar com a matéria concernente à discricionariedade administrativa<sup>7</sup>. Tal ocorre, pois os conceitos indeterminados apresentam-se como instrumento privilegiado para atribuição de competência às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa (DI PIETRO, 1991, p.65). O controle dessa reação, ou melhor colocando, o controle da forma como a norma é concretizada pela Administração por parte do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas é onde a controvérsia torna-se mais aguda. Nesse ponto discute-se os limites do controle, a invasão de competências de por outros Poderes nas decisões da

---

<sup>7</sup> Conforme Bandeira de Mello apud (2006, p. 48) a definição de discricionariedade é: “A margem de liberdade remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes com a razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não possa se extrair objetivamente, uma solução unívoca para situação vertente”.

Administração e uma eventual troca da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial.

Resultado das divergências doutrinárias acima apontadas é que há três possibilidades de relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade: (a) os que consideram que conceitos indeterminados não dão margem a discricionariedade porque, diante deles a administração deve fazer um trabalho de interpretação que leve a uma única solução possível; (b) os que entendem que os conceitos indeterminados são a única fonte de discricionariedade; e (c) dos que afirmam que os conceitos indeterminados podem conferir discricionariedade a Administração (GROTTI, 1995, p. 113). Por óbvio pode-se notar que (a) decorre do entendimento aqui representado por Eros Grau de que não existem conceitos indeterminados e que (b) e (c) derivam-se do entendimento de que a indeterminação é característica desse tipo de conceito. Assim, torna-se fundamental que sejam apresentadas as razões de cada tipo de relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade para que cada caso seja validado ou não.

(a) A aplicação de conceitos indeterminados resulta que não há espaço para discricionariedade.

Esse é o caso onde parte-se do princípio de que não existem conceitos indeterminados conforme anteriormente explicado. De tal forma que o essencial do conceito indeterminado é que a indeterminação do seu enunciado não corresponde a uma indeterminação das aplicações do mesmo só permitindo uma “unidade de solução justa” em cada caso (COSTA, 1988, p.94). Ou seja, o conceito se dá ou não se dá, *tertium non datur*, por exemplo: em uma situação há boa-fé ou não há boa-fé, ou o preço é justo ou o preço não é justo. Isto posto, Grau (1988, p.74-75) explica a diferença entre conceitos indeterminados e discricionariedade:

“a aplicação de conceitos indeterminados só permite uma solução justa. Contrariamente, o exercício da discricionariedade permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. Daí por que a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei.

[...]

Penso, assim, podermos apartar as das técnicas (da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados) na consideração das matérias que lhes respeitam. No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de “juízos de oportunidade”, na eleição de entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade.”

Conclui-se que os conceitos indeterminados são instrumentos distintos e que não se confundem e que a aplicação de um implica na impossibilidade da aplicação do outro. Portanto, onde há aplicação de conceitos indeterminados não há espaço para discricionariedade e vice-versa.

No entanto, nos ensina Bandeira de Mello (2006, p.22):

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.

Ou seja, considerando que é razoável que nem sempre os conceitos indeterminados teriam soluções *tertium non datur* abre-se a possibilidade que as normas que contenham conceitos indeterminados que podem ter mais de uma interpretação válida podem dar ensejo à discricionariedade da Administração. Consequentemente, entendemos inaplicável este entendimento da relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados.

(b) Conceitos indeterminados como a única fonte de discricção

Aplica-se a esse caso o entendimento de que a indeterminação é característica fundamental dos conceitos indeterminados e que tal característica lhes é conferida pelo legislador, pois é impossível transmitir a Administração com precisão como se comportar ao executar todas as suas atividades. O poder discricionário é a faculdade de escolher uma entre as várias significações contidas num conceito indeterminado. Assim, nos limites da incerteza conceitual, o agente deve se fixar-se, ele próprio, numa das várias interpretações possíveis e, tendo-a fixado, deve agir consequentemente (QUEIRÓ *apud* NOHARA, 2004, p. 103).

Observa-se que a discricionariedade está inteiramente associada aos conceitos indeterminados. Não são processos estanque, ao contrário, a discricionariedade é o próprio processo de subsunção.

No entanto, a realidade mostra que é comum a lei, sem a utilização de conceitos indeterminados, determinar à Administração a eleição entre diversas soluções para o alcance de sua finalidade. Também há o caso contrário, no qual o conceito indeterminado, não abre margem a discricionariedade da Administração, conforme Figueiredo (1986, p.134): “*A existência de conceitos não unívocos não que dizer, necessariamente, que haja competência realmente `discricionária` dentro de comportas augustas que a legalidade demarca.*” Assim, entendemos inaplicável este entendimento da relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados.

(c) Conceitos indeterminados podem conferir discricionariedade

Aplica-se a este caso, também, o entendimento que indeterminação é dos conceitos. Parte-se do princípio que é pouco provável que para todo e qualquer caso de conceito indeterminado não seja possível a convivência de intelecções

diferentes, ou seja, para que uma delas tenha validade as outras não tenham que ser havidas como incorretas, basta que seja igualmente razoáveis.

Devemos, antes de avançar, observar que a interpretação do conceito jurídico indeterminado é um processo totalmente distinto do exercício do poder discricionário, mesmo que este seja, pelo menos em parte, dependente daquele. De acordo com Costa (1988, p.87), a essência da distinção reside em um único elemento presente na discricionariedade e ausente na interpretação: a vontade do agente aplicador da norma. Conforme explica a autora na interpretação a vontade do interprete é irrelevante, uma vez que seu objetivo é precisar a norma legal (em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, o objetivo é delimitar a zona de certeza positiva, a zona de certeza negativa e o halo conceitual). Enquanto na discricionariedade, conforme a autora, a norma declara que a vontade do agente será a vontade da lei, o que justifica, por si só, a multiplicidade de alternativas possíveis *in abstracto*.

Portanto, cabe ao administrador primeiro interpretar o conceito indeterminado para, então, ao aplicar a norma, caso haja possibilidade de escolher entre mais de uma solução para dar efetividade a lei, agir discricionariamente, ou seja, conforme Mello (1994, p.176): “*O emprego de conceitos jurídicos indeterminados no texto legal pode conferir ou não liberdade discricionária à Administração. Há discricionariedade quando, terminado o trabalho do intérprete, restar à Administração a possibilidade de escolha entre duas ou mais opções, todas igualmente válidas perante o Direito.*”.

Assim, Costa (1988, p. 104), Grotti (1995, p. 113), Bandeira de Mello (2006, p.22) chegam a mesma conclusão que o emprego, pela lei, de conceitos indeterminados pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração. A resposta só pode ser fornecida casuisticamente, tendo em vista o tipo de conceito utilizado pela norma.

Esta será a posição adotada por este trabalho, de que de conceitos indeterminados podem ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração. Assim, por derradeiro devemos entender quais são as consequências objetivas dessa posição. Conforme visto, a principal consequência se dará com relação à forma de controle exercida, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos Tribunais de Contas.

A ação de controle seja do Poder Judiciário, seja dos Tribunais de Contas é ampla. É mais didático a utilização do esquema proposto por Grau, descrito acima, para determinar a forma como esse controle deve ser procedido. Com relação ao controle da interpretação dos conceitos indeterminados, ou seja, na formação de um “juízo de legalidade”, há duas possibilidades: (a) em se tratando de interpretações que levam a soluções *tertium non datur* o controle da interpretação seria amplo e (b) no caso onde há mais de uma possibilidade de interpretação razoável o controle da interpretação seria de contornos de limites.

Em um segundo momento tratar-se-ia do controle da discricionariedade que entendemos que deve ser amplo. Para concretizar a norma, o seu aplicador, deverá primeiro interpretá-la, depois terá de valorar qual a melhor maneira de atender a utilidade pública, ou seja, é juízo de oportunidade. Entretanto, tal valoração não é livre, isto é, o administrador não pode preencher o conceito com seus critérios próprios. Conforme explica Figueiredo (1986, p.129):

“Enfatize-se que, como limite, na dinâmica da discricionariedade, necessariamente, há *proporcionalidade*, a *boa-fé*, a *lealdade* e a *igualdade*. Quando a administração, por exemplo, regulamenta uma lei para sua fiel execução, como deseja o texto constitucional, possibilita por meio deste regulamento, que deve ficar dentro da lei, dentro da moldura da lei, sua aplicação equânime; na verdade, se esta lei fosse aplicada sem o regulamento, que coarta os próprios administradores a se comportarem da mesma maneira, poderia ocorrer que, por meio da interpretação, houvesse comportamentos diferentes. Destarte, o decreto regulamentador, dentro da moldura da lei, é um elemento de imensa valia para o respeito do princípio da igualdade.”

Portanto, cabe ao controle verificar se a decisão tomada pelo Administrador respeitou os limites da discricionariedade e se era tão boa quanto qualquer entre as possíveis.

Dado o tema deste trabalho e por não termos tratado de forma diferenciada o controle do ato pelo Poder Judiciário ou pelo Tribunal de Contas vale apreciar o que expõe Figueiredo (1986, p.133) sobre o controle feito pelos Tribunais de Contas:

“a função constitucional do Tribunal de Contas é de primordial importância em regimes democráticos. O Tribunal de Contas deve controlar toda a atividade administrativa, em sua função homologatória.

Tenho para mim que também o próprio controle de legalidade não tem sido bem entendido. Têm os Tribunais de Contas nítida preocupação, com o que chamaria de legalidade formal. Enquanto as coisas estão em ordem, afirma-se legais.

O controle vai-se confirmando desta forma, ao exame dos papéis e das formalidades para o cumprimento das despesas.

Está, pois, o conceito de legalidade muito empobrecido, transferindo-se para o “mérito” das despesas, as opções administrativas, ainda que sejam de manifesta inoportunidade...”

Deste modo, fica claro o escopo de atuação dos Tribunais de Contas. De qualquer forma neste estudo poderemos comprovar se no caso de concessões de rodovias federais se o Tribunal tem observado ou não o “mérito” quando observa a norma que contém o conceito de elemento de projeto básico que será analisado a seguir.

## **2.1 O Conceito de Elementos de Projeto Básico**

O primeiro passo é interpretar o conceito de Elementos de Projeto Básico. Para tanto, se requer explicar o objetivo do uso dos elementos de projeto básico em uma licitação de concessão. O objetivo é ser o instrumento de precificação dos valores esperados dos investimentos a serem efetuados durante todo o período que vigorar o contrato. Esse valor é uma das variáveis utilizadas no uso do cálculo do preço-teto (tarifa máxima) a ser utilizadas no leilão. Note, a

obrigação do concessionário será oferecer uma rodovia que obedeça a parâmetros de qualidade pré-definidos em contrato, que deem consistência aos parágrafos 1º e 2º do art. 6º da Lei 8.987/1995. Ou seja, não há uma prévia vinculação de quais investimentos devem ser feitos ou com que técnicas, o concessionário tem autonomia para fazer os investimentos da forma que entender mais vantajosa, apenas reiterando, desde que entregue o serviço conforme os parâmetros definidos em contrato.

Assim, podemos começar a interpretação. Imediatamente delimita-se a zona de certeza negativa uma vez que não se trata de Projeto Básico, conforme tratado pelo art. 6º, IX da Lei 8.666/1993<sup>8</sup>, trata-se de algo mais simples e com objetivo bastante diverso. O projeto básico tem por objetivo determinar o exato objeto do contrato. Não há necessidade, logicamente, de projeto básico em uma concessão uma vez que ele não vincula a concessionária a executar aquilo que está previsto no EVTE ao contrário do que acontece em uma obra pública onde a contratada deve entregar uma obra que definida no projeto básico. A

---

<sup>8</sup> Conforme a Lei 8.666/93 a definição de Projeto Básico é:

Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

utilização de projeto básico em concessão se apresentaria como exagero e feriria, por óbvio, os princípios da eficiência e da economicidade.

No entanto, apenas por hipótese, imaginemos que o poder público tivesse em mãos um projeto básico de duplicação de uma rodovia, pois pretendia fazer uma obra pública, contudo, na última hora decidiu fazer uma concessão, poderia ele utilizar esse projeto básico? Não há dúvida que seria possível, apenas cabe observar que em se tratando de uma concessão faltariam alguns elementos, mesmo porque, a concessão, em regra é um contrato de longo prazo, portanto comportaria outros investimentos ao longo do prazo contratual. Além disso, boa parte do detalhamento constante do projeto básico é dispensável, pois o projeto básico não vincula o concessionário. Ou seja, o detalhamento constante em um projeto básico é maior do que o requerido em uma concessão, no entanto, se por algum motivo, observado no caso concreto, se desejar utilizar um detalhamento ainda maior, não há óbice.

No outro lado, a zona de certeza positiva também é delimitada, pois a norma trata da suficiência dos elementos do projeto básico quando assevera: elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização. Ou seja, a caracterização da concessão deve ser total para aplicação no EVTE, o que não significa dizer os investimentos deverão ser implementados conforme o EVTE. O significado é que deverão ser utilizados elementos suficientes, e que sejam capazes de justificar, o investimento previsto no EVTE.

Conclui-se que os elementos de projetos básicos são uma proposição dos investimentos a serem feitos pela concessionária de serviço público com fito de servir de base para determinação do preço-teto da tarifa de tal forma que podem ser mais simples que um projeto básico mas que deve ser capaz de mensurar o montante de recursos requeridos investimentos. Assim, o espaço de discricionariedade da Administração está na forma de determinar esses investimentos.

O que se alcançou com a interpretação foi criar uma delimitação de ação para Administração preencher, no caso concreto, a forma de determinar os investimentos seja em uma concessão de rodovia, ferrovia, porto, aeroporto ou outro serviço público qualquer.

Dessa forma na próxima seção será apresentado por meio da análise dos Acórdãos e relatórios dos técnicos do TCU, como o Poder Concedente e o tribunal faziam sua interpretação do conceito de elementos de projeto básico e como o preenchimento do conceito evoluiu no tempo.

### 3 HISTÓRICO DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS NO ÂMBITO DO PLANO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

O PND lançado pela Lei 8.031/1990 e posteriormente alterado pela Lei 9.491/1997 teve como um dos seus objetos a desestatização de serviços públicos<sup>9</sup>. A expressão do PND no setor de rodovias é o Programa de Concessões de Rodovias Federais – Procrofe<sup>10</sup>, criado em 1994, gerenciado pelo Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER), tinha por objetivo repassar à iniciativa privada, mediante concessão, a administração de trechos de rodovias federais. No entanto, o primeiro passo, em direção ao cumprimento dos objetivos do PND, no âmbito do setor rodoviário, foi dado antes com a Portaria nº 10, de 20 de janeiro de 1993, do Ministério dos Transportes que criou o Grupo de Trabalho para, para elaborar Edital de Licitação para restauração, manutenção, operação e exploração mediante pedágio da Ponte Rio – Niterói e da Rodovia Presidente Dutra.

O Procrofe foi dividido em etapas, mas, de fato, não há qualquer documento oficial que institua essa divisão. Assim, a divisão que será aplicada nesse trabalho, com vistas a facilitar o exame, é a adotada pela ANTT em seu sítio<sup>11</sup>. Mais ainda, o foco é a análise histórica de como o TCU e o Poder Concedente trataram o conceito jurídico de elementos de projeto básico, no entanto, não

---

<sup>9</sup> Conforme o art. 2º, inciso III das citadas lei:

Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

...

III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

<sup>10</sup> Conforme Portaria nº 246, de 11 de maio de 1994, do Ministério dos Transportes que Institui o Programa de Concessões de Rodovias Federais - PROCROFE, e dá outras providências.

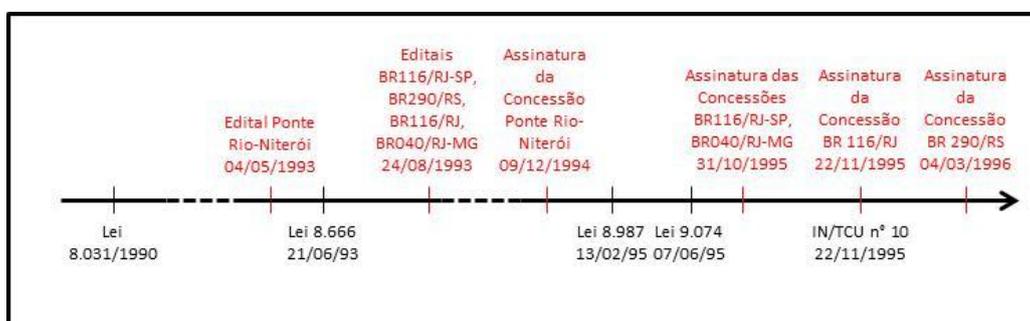
<sup>11</sup> [http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4980/1\\_Etapa\\_de\\_Concessoes.html](http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4980/1_Etapa_de_Concessoes.html);  
[http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4981/2\\_Etapa\\_de\\_Concessoes\\_FASE\\_I\\_e\\_FASE\\_II\\_.html](http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4981/2_Etapa_de_Concessoes_FASE_I_e_FASE_II_.html);  
<http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/>

deixaremos de observar e expor, mesmo que de maneira superficial cada etapa na sua totalidade<sup>12</sup>.

### 3.1 Primeira Etapa de Concessões Rodoviária

A 1º Etapa de concessões rodoviárias envolveu a concessão dos seguintes trechos pela União: a ponte Presidente Costa e Silva (Ponte Rio-Niterói), a primeira concessão rodoviária do país, na Nova República, e posteriormente os seguintes trechos: BR 116/RJ-SP (Rod. Presidente Dutra), BR 290/RS (Osório – Porto Alegre), BR 116/RJ (Rio – Teresópolis), BR 040/RJ-MG (Rio – Juiz de Fora) e BR-116/293/392 (Pólo Pelotas), totalizando 1.482 km. Para uma melhor compreensão do curso da 1º Etapa de Concessões Rodoviárias a Figura 1, abaixo, apresenta as datas do lançamento dos editais desses trechos, as datas das assinaturas dos contratos de concessão e as datas das legislações que regulam as concessões no Brasil.

**FIGURA 1 – Linha do Tempo: 1º Etapa de Concessões Rodoviárias e Legislação Aplicável**



Fonte: Elaboração Própria

**OBS: A concessão do trecho BR-116/293/392 (Polo Pelotas) não foi considerada, parte do procedimento licitatório foi feito pelo Estado do Rio Grande do Sul**

Como se pode verificar na Figura 1, todos os editais foram anteriores a Lei nº 8.987/1995, ou seja, não tinham que sujeitar-se aos seus comandos. Logo, esses processos de concessão não serão objeto de análise, uma vez que o

<sup>12</sup> Cabe ressaltar que este estudo irá analisar até o final da segunda etapa de concessões visto que a terceira etapa, a despeito de já ter inúmeros acordos tratando dela ela ainda não teve nenhuma licitação.

conceito jurídico de elementos de projeto básico ainda não existia. Contudo, é válido conhecer como essas concessões foram concebidas e a forma como o TCU as tratou porque foi a partir do conhecimento adquirido no acompanhamento desses processos que o Tribunal estabeleceu a forma de fiscalizar, no âmbito da Administração Pública Federal, as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, por meio da Instrução Normativa nº 10 de 22 de novembro de 1995.

Cabe observar que na 1º Etapa a política de concessões das rodovias federais incluiu o esforço de descentralização aos estados e municípios, com base na Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996. De tal forma que entre 1996 e 1998 foram assinados convênios de delegação entre a União, representada pelo DNER, e os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina e Minas Gerais, para posterior concessão ao setor privado. Dos 4,5 mil km concedidos à iniciativa privada, 1,7 mil km foram concedidos diretamente pelo governo federal e outros três mil pelos estados que as administravam nos termos da Lei 9.277/1996 (GOMIDE, 2011). No entanto, o Conselho Nacional de Desestatização – CND recomendou “a revisão do Programa de Delegação de Rodovias Federais, de que trata a Lei 9.277/1996”, conforme Resolução CND nº8, de 05 de abril de 2000, em face das dificuldades para implementação dos programas estaduais. Cabe ressaltar que essas rodovias delegadas aos Estados e que foram concedidas a iniciativa privada não fazem parte do objeto de análise deste trabalho.

Todas as concessões feitas diretamente pela União na 1º etapa têm características comuns, assim mesmo é possível subdividi-la em três momentos: (i) a concessão da Ponte Rio-Niterói; (ii) a concessão das rodovias Presidente Dutra, Osório – Porto Alegre, Rio – Teresópolis e Rio – Juiz de Fora e por último (iii) a concessão do Pólo Pelotas. Como a concessão da Ponte Rio-Niterói foi a primeira concessão rodoviária a ser implementada foi examinada com especial minúcia pelos técnicos do TCU e foi alvo de um longo processo dentro do Tribunal que serviu de paradigma para análise das outras

concessões. Os trechos restantes da 1º Etapa, licitados pela União, foram analisados sob a égide das decisões do TCU com relação à Ponte Rio-Niterói e serviram para formação de convicções pelo Tribunal e impactaram de sobre maneira as etapas subsequentes de concessões rodoviárias, pois foram o embrião da IN/TCU nº 10/1995. O Pólo Pelotas a despeito de estar como concedido pela União a licitação foi feita pelo Estado do Rio Grande do Sul, conseqüentemente, está fora do nosso escopo de análise.

A Ponte Rio-Niterói teve seu edital de concessão lançado pelo DNER, em 05/04/1993, que logo foi acompanhado pela publicação dos editais de outros quatro trechos a serem licitados pela União, em 24/08/1993<sup>13</sup>. Em todos os casos, poucos dias após a edição dos editais o TCU se pronunciou da mesma forma no que tange a viabilidade, determinou que o órgão técnico competente do Tribunal deveria examinar:

“Os dados, estudos técnicos e projetos necessários à elaboração de orçamentos e apresentação de propostas; as justificativas sobre a conveniência da outorga; os custos e tarifas; as garantias, se houver, de receita mínima em função da natureza dos serviços explorados; além de outros aspectos atinentes à viabilidade técnica e econômica”<sup>14</sup>

O acompanhamento do processo de concessão pelo TCU era bastante distinto do atual, mesmo porque a época não havia qualquer procedimento definido sobre a forma de atuação do Tribunal, assim, o que se percebe é que o acompanhamento do processo de licitação foi bastante artesanal, em especial o da Ponte Rio-Niterói. A forma como se deu o acompanhamento feito TCU foi bastante influenciada pela maneira como foram estruturados os certames

---

<sup>14</sup> Relativamente a Ponte Rio-Niterói: Decisão 141/93 – Plenária – Ata 15/93, de 11 de maio de 1993 e relativamente aos trechos da BR 116/RJ-SP, BR 290/RS, BR 116/RJ e BR 040/RJ-MG: Decisão 437/93 – Plenário – Ata 50/93, de 26 de outubro de 1993.

licitatórios dos trechos em questão<sup>15</sup>, logo, é primordial que estes sejam entendidos.

O certame licitatório na primeira etapa de concessões se deu em três fases, quais sejam: (i) Pré-Qualificação; (ii) apresentação de Proposta Técnica por parte dos licitantes; (iii) apresentação da Proposta de Tarifa. Na Pré-Qualificação os interessados apresentavam documentação que comprovasse as condições técnicas, econômicas e jurídicas pedidas pelo edital, ou seja, aquelas entendidas como necessárias à execução da concessão. Na fase de apresentação de propostas, a segunda, os licitantes habilitados submetem as suas Propostas de Metodologia de Execução onde fazem sugestões sobre a política tarifária, bens reversíveis, prazo de concessão, controle de qualidade dos serviços a serem prestados, planos de contas de concessionárias, entre outras condições do contrato de concessão. A partir dessas sugestões o Poder Concedente constrói o Programa de Exploração Rodoviária – PER que é onde dá conhecimento sobre a necessidade de obras e serviços a serem executados bem como todas as atividades a serem desenvolvidas no prazo da concessão. Com base no PER inicia-se a terceira fase onde os licitantes fazem sua

---

<sup>15</sup> Cabe ressaltar que em muitos livros o processo de concessão é dividido de forma diferente, pois observa não apenas o processo licitatório mas o processo no âmbito da administração, isto é, na sua totalidade, como sintetizado por Pereira (1998, p.111):

“1. Audiência Pública – onde a comunidade interessada teve o direito a se pronunciar sobre o projeto (exigência da Lei nº 8.666 de 21/07/93);

2. Pré-Qualificação – onde foram exigidas atestação técnica, regularidade fiscal e capacitação financeira dos interessados;

3. Metodologia de Execução – onde os licitantes demonstram suas capacidades de executar o projeto, por meio de concepção própria baseada no conhecimento do problema e do plano de trabalho proposto;

4. Programa de Exploração Rodoviária – onde o DNER, assessorado por empresas de consultoria, estabelece programa único de trabalho, levando em conta as melhores soluções técnicas e operacionais apresentadas pelos proponentes; e

5. Proposta de Tarifa – onde os licitantes apresentam seus valores de tarifa básica de pedágio baseada em uma engenharia financeira adequada.”

Proposta de Tarifa, a Comissão de Licitação as julga, terminando com adjudicação e a assinatura do contrato.

Pode-se perceber a fragilidade da estrutura montada para o processo licitatório. O primeiro, e principal ponto de fragilidade, é que o Poder Concedente iniciava o processo de concessão sem ter a definição daquilo que pretendia o que é agravado pelo uso das Propostas de Metodologia de Execução dos licitantes para construção do PER. Sobre esse assunto vale destacar do Relatório da Equipe, constante da Decisão 394/95, os seguintes trechos:

“Observe-se que tais elementos como, por exemplo, o prazo de concessão e política tarifária eram imprescindíveis para previsão do retorno do investimento das licitantes e, conseqüentemente, da própria viabilidade ou não da concessão. Sua omissão contrariou o art. 3º da Lei nº 8.666/93, na medida em que, possivelmente, a própria competitividade do certame foi prejudicada, visto que a ausência dos elementos acima citados pode ter dificultado a elaboração das propostas e restringido a participação de outras empresas, privando a Administração de obter melhores opções, conforme se destina a licitação.

Por outro lado, não é admissível delegar às licitantes, que almejam tão somente ganhar a concorrência, oferecendo o menor preço, o poder de apresentar sugestões e definir os pontos que constarão do contrato normatizador das relações entre a adjudicatária e o Poder Público. Ainda que a obrigação de fazer possa ser repassada a terceiros, não se pode permitir a participação dos licitantes na definição do que deve ser feito e de como deve ser feito.

[...]

Vale ressaltar que a elaboração do Programa de Exploração Rodoviária, a partir das propostas montadas apenas para se cumprir exigência da fase licitatória, sem o amadurecimento necessário à otimização das soluções que uma concessão requer foi, no mínimo, um ato temerário, com conseqüências incalculáveis para Administração e para os usuários daquela Rodovia”

Outro ponto, decorrência do anterior, relaciona-se a fase de Pré-Qualificação. Uma vez que o início do processo licitatório se dava sem se saber o que se pretendia com precisão o processo de Pré-Qualificação se tornava inócuo, pois não havia como avaliar se os licitantes eram capazes de executar a concessão. Assim, a Pré-Qualificação acabou se tornando um redutor da

competitividade já que serviu apenas para restringir a participação de empresas no certame sem ter qualquer resultado prático.

Conforme dito, a maneira como foram estruturadas as licitações das concessões influenciou a forma de acompanhamento pelo TCU o que é evidente após observar as decisões tomadas pelo Tribunal *vis-à-vis* as fases das licitações e do processo de concessão em que elas se deram. As decisões do TCU com relação ao processo de concessão da Ponte Rio-Niterói ocorreram durante a terceira fase<sup>16</sup> (após o julgamento das propostas de tarifa e anteriormente à adjudicação e assinatura do contrato) e após terceira fase<sup>17</sup> (logo após a assinatura o contrato). Com relação aos outros trechos da 1º Etapa de Concessões Rodoviárias o Tribunal se pronunciou apenas por meio da Decisão 394/95 – Plenário – Ata 36/95, de 28 de agosto de 1995, sendo que cada trecho se encontrava em uma fase diferente do processo licitatório<sup>18</sup>. Ou seja, tanto no caso da Ponte Rio-Niterói quanto no caso da BR – 290/RS o Tribunal se pronunciou sempre após a escolha do futuro concessionário.

Na primeira Decisão que o TCU proferiu sobre a concessão da Ponte Rio-Niterói, ao final da segunda fase, frisava, conforme o voto do Relator, que a solução dada para se resolver a necessidade de investimentos e manutenção da via foi corajosa e acertada, pois, *in verbis*:

Acertada, porque demonstra o zelo de atuar preventivamente, impedindo o agravamento de problemas que poderiam atingir ponto irreversível de degradação da obra. Corajosa, porque eram e são

---

<sup>16</sup> Decisão 622/94 – Plenário – Ata 47/94, de 24 de outubro de 1994.

<sup>17</sup> Decisão 763/94 – Plenário – Ata 58/94, de 03 de janeiro de 1995 e Decisão 188/95 – Plenário – Ata 18/95, de 22 de maio de 1995. A segunda Decisão é revisão da primeira.

<sup>18</sup> Na data da citada decisão a Rodovia Presidente Dutra – BR 116/RJ/SP e a Rodovia BR – 040/RJ/MG se encontravam na terceira fase da licitação e os Planos econômico-financeiros (propostas de tarifa) estavam em julgamento pela comissão de licitação. A Rodovia BR – 290/RS teve as três fases da licitação concluídas com adjudicação a primeira colocada que não compareceu para formalização do instrumento contratual que resultou na convocação da segunda colocada, no entanto, o processo estava suspenso por força de liminar concedida por Juiz Federal. A Rodovia BR – 116/RJ e encontrava na terceira fase da licitação aguardando a entrega dos Planos econômico-financeiros (propostas de tarifa).

numerosas as incertezas e indefinições legais e regulamentares no que se refere aos procedimentos corretos e legítimos a observar na matéria (Decisão nº 622/1994).

Ou seja, a utilização naquele momento do instituto da concessão carecia de arcabouço infra-legal que mitigasse dúvidas sobre a forma de operá-lo. Ao mesmo tempo não se pode perder de vista que o instrumento já estava disposto na Constituição, portanto já tinham validade, uma vez que não há letra morta na Lei Fundamental. Então, conclui o Relator:

As observações e reparos registrados pela instrução da equipe da 1ª SECEX evidenciam essas dúvidas, resumidas no relatório. De fato, a legislação geral sobre licitações e contratos, e aquela que especificamente trata do pedágio em rodovias, não cobrem todas as circunstâncias concretas e peculiares que se apresentaram à decisão do administrador do DNER no encaminhamento do processo de concessão da Ponte. Tratou-se, então, de encontrar o melhor meio de ajustar, ao direito positivo vigente, as decisões que tiveram de ser adotadas para viabilizar o processo licitatório, de forma a assegurar o resultado visado, ou seja, resolver o problema de recuperar e administrar a Ponte Rio-Niterói.

A equipe técnica da 1ª SECEX conclui, após examinar o processo sob esse ângulo da legalidade e da legitimidade, que sob muitos aspectos os atos praticados não se ajustam rigorosa e estritamente à legislação vigente. Entende, porém, que as circunstâncias que envolvem o caso constituem atenuante bastante para que tais discrepâncias sejam relevadas pelo Tribunal. (Decisão nº 622/1994)

Então os principais apontamentos da equipe de acompanhamento foram relativizados à luz da falta de legislação sobre o tema e em função da urgência nos investimentos na Ponte Rio-Niterói. Assim, a questão da inexistência de projeto básico e sua substituição pelo "Programa de Exploração da Ponte", resultante da "equalização" das propostas técnicas apresentadas por todos os licitantes na fase anterior da licitação, foi superada<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Conforme posto pelo Relator: Apesar de não observar a ortodoxia do rito legal, vê-se que o alvitre adotado não comprometeu a lisura do processo, e na verdade resultou em economia para os cofres públicos, pois os projetos posteriormente "equalizados" foram produzidos e custeados pelos licitantes. Por essas razões, entende-se que a questão não compromete a essência do processo (Decisão nº 622/1994).

As decisões seguintes, Decisão 763/94 e Decisão 188/95, são posteriores a assinatura do contrato de concessão sendo a primeira anterior à promulgação da Lei nº 8.987/95 e a segunda posterior. A primeira Decisão determinou a anulação da 3ª fase da licitação para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, em razão da ocorrência de vícios e ilegalidade. A segunda Decisão por sua vez trata dos pedidos de reexame formulados pelo DNER e pelo Consórcio declarado vencedor, na qual lhes é dado provimento parcial, conseqüentemente a Decisão nº 763/94 foi reformulada tornando sem efeito, entre outros aspectos, a anulação da 3ª fase da licitação.

Na Decisão 763/94 foram apontados como motivos para anulação da 3ª fase da licitação: (i) o descumprimento do Edital pela Comissão de Licitação, pois não formalizou qualquer análise da viabilidade dos planos econômico-financeiros das propostas apresentadas e tornou pública a ordem de classificação das mesmas, sem qualquer embasamento do julgamento a não ser a simples ordem de valor da tarifa básica; (ii) a cláusula 127 do Edital que previa formas de compensação do valor da tarifa que seriam aplicadas, quando da sua revisão, "complementarmente ou alternativamente ao aumento do valor da tarifa" que não tinham amparo legal. Dentre as formas previstas estavam: a modificação do prazo do contrato, a atribuição de compensação direta à concessionária, a combinação das alternativas anteriores, ou "qualquer outra alternativa que viesse a ser acordada". E (iii) estabeleceram a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, instituto que não encontrava amparo legal no caso de contratos administrativos.

Com a promulgação da Lei 8.987/95 as questões relacionadas aos itens (ii) e (iii) foram sanadas, pois elas estavam abrigadas, pelo menos parcialmente, na nova Lei. No entanto, o item (i) teve de ser superado. Conforme o voto do Relator as pendências foram sanadas, *in verbis*:

No Relatório de julgamento da 3ª Fase - Propostas de Tarifa, a Comissão informa que examinou "as Propostas de Tarifa da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói) na forma prevista no Edital" e

apresenta os "parâmetros utilizados para a avaliação das mesmas" (fls. 138).

Informa também, que analisou as "exeqüibilidades dos dados fornecidos pelas licitantes", bem como examinou "os Planos Econômicos e Financeiros, que apresentaram em grau aceitável: a) consistência interna; b) razoabilidade das estimativas; e c) solidez global".

[...].

Do acima exposto, observa-se que o ato de julgamento foi praticado com a tempestiva e suficiente motivação, no entender dos membros da Comissão de Licitação, que procuraram justificá-lo objetivamente.

No entender da zelosa 1ª SECEX esta motivação deveria ser mais detalhada.

Solicitados por este Relator ao DNER os estudos técnicos, com maior grau de detalhamento, o seu Diretor-Geral, Dr. Tarcísio Delgado, apresentou os "mencionados estudos realizados à época do julgamento, e transformados em forma de Relatório em 24.01.95".

Examinando-se os referidos estudos verifica-se que os tópicos constantes das cláusulas 26 e 56 do Edital foram observados pela Comissão de Licitação que concluiu, após detida análise das propostas apresentadas pelas licitantes abaixo nominadas, no sentido de que os seus Planos Econômico-Financeiros "possuem razoabilidade, consistência, solidez e atendem aos dispositivos do Edital de Licitação" (Decisão 188/95) (grifo nosso)

O que se depreende do texto é que os auditores foram rigorosos em sua análise técnica, enquanto o Tribunal ao aceitar o Relatório encaminhado pelo DNER mostrou-se mais legalista. Vale observar a colocação do Ministro do TCU, Lincoln Magalhães da Rocha (2003, p.39) sobre o caráter técnico-político das decisões dos tribunais de contas:

“Resumindo e concluindo: decidir é sempre um ato que implica certo conteúdo político, no sentido lato da palavra. Daí a classificação de agentes políticos que a doutrina apresenta para categoria daqueles que decidem no sistema tribunais de contas: os ministros na área federal e os conselheiros, na esfera estadual e municipal.

Predomina, entretanto, o caráter técnico jurídico baseado no princípio da legalidade no plano da superestrutura, e o caráter da técnica contábil e administrativa no plano da infraestrutura, sem prejuízo da análise técnica ínsita à natureza do objeto da decisão: técnica médica, técnica mecânica, técnica gerencial, técnica farmacêutica, técnica arquitetônica, técnica urbana, técnica social, técnica patrimonial, técnica financeira, técnica orçamentária, etc.”

Ou seja, a legalidade é o determinante das decisões e as análises técnicas são o meio que tradução da realidade para a legalidade. Ao mesmo tempo deve-se ter claro que essa tradução não é absoluta e nem automática, ela deve ser posta no tempo e no espaço que é onde entra o conteúdo político da decisão. Na decisão sobre a concessão da Ponte Rio-Niterói as relações entre a análise técnica, a legalidade e a decisão ficam explícitas.

A concessão da ponte Rio Rio-Niterói foi feita em um momento que: (i) havia carência de instrumentos legais que delimitassem a forma de utilizar o instituto da concessão, o principal suporte legal era o Decreto-Lei 791/1969, que autorizava a cobrança de pedágios em rodovias federais (CASTRO,1999) ; (ii) em um momento em que o Estado não tinha recursos orçamentários para ele próprio fazer os investimentos necessários a manutenção da segurança da via; (iii) foi a primeira concessão rodoviária o que significava uma falta de conhecimento sobre as melhores formas de se proceder; (iv) havia uma expectativa por parte da população de novas formas de prestação de serviço público que não fossem aquelas diretamente efetuadas pelo Estado, visto as escolhas políticas expressas nas eleições da época; (v) o processo de concessão havia sido integralmente cumprido, ou seja, já havia uma empresa escolhida e havia promessa do início da concessão, independentemente das decisões do TCU. Assim, o Tribunal enquanto percebia ilegalidade no procedimento, Decisão nº 763/94, anulou a 3º fase da licitação, assim, como não poderia ser de outro modo, a ilegalidade não poderia ser admitida independentemente das circunstâncias. Ao se superar as ilegalidades, o rigor da análise técnica (conforme sublinhado no Voto do Relator, constante da Decisão nº 188/95, supradito), foi devidamente relativizada em função do momento em que vivia o país.

O que irá se perceber na Decisão nº 394/95, em que se avalia o restante das concessões da 1º Etapa, é um movimento do Tribunal para criar condições onde as análises técnicas possam ser feitas com maior rigor sem que haja

quebra de expectativas seja por parte da população beneficiada, seja por parte dos licitantes.

Antes de iniciar o estudo da Decisão nº 394/95 cabe ressaltar que o Relatório da Equipe, constante na Decisão, analisou com especial minúcia o processo de concessão da BR – 290/RS, até então o mais adiantado, da seguinte forma: “*à luz da legislação que rege a matéria e das decisões deste Tribunal no processo referente à concessão da Ponte Rio-Niterói.*”. Ou seja, o processo de concessão da Ponte Rio-Niterói foi o paradigma da 1º Etapa de Concessões Rodoviárias.

Ao analisar o processo de concessão da BR – 290/RS o Voto do Relator expõe aquilo que já era esperado: “*constatou-se que foram seguidos os mesmos procedimentos adotados no caso da concessão da Ponte Rio-Niterói, apresentando, inclusive, as mesmas impropriedades.*”. E arremata:

“Conforme assinalado pela 1ª Secretaria, a situação encontrada com relação à BR-290/RS, por certo, será a mesma a se verificar nos processos licitatórios referentes às demais rodovias, uma vez que os editais e os procedimentos adotados são idênticos, o que torna despicando o exame de tais processos, nos moldes feitos por aquela Unidade Técnica, quando analisou as concessões da rodovia gaúcha e da ponte Rio-Niterói.”

Ou seja, as soluções adotadas na concessão da Ponte Rio-Niterói deveriam ser aplicadas as demais rodovias que estavam com seus processos licitatórios em curso. As determinações constantes nas Decisões relacionadas ao acompanhamento da concessão da Ponte Rio-Niterói que se aplicavam aos futuros processos de concessão rodoviária não poderiam ser empregadas nas rodovias tratadas pela Decisão nº 394/95, pois a publicação dos editais de licitação dessas rodovias foram anteriores as Decisões relacionadas à Ponte Rio-Niterói.

A Decisão nº 394/95 é de fundamental importância pela mudança que ela imprimirá na forma de acompanhar não apenas as concessões de rodovias

mas as concessões de qualquer outro serviço público. O Voto do Relator deixa explícita suas intenções:

“De outra parte, no que se refere à nova fase do Programa de Concessão das Rodovias Federais, a ser lançada no próximo exercício, considerando a sua magnitude e a sua significância, assim como a inexistência de normatização para fiscalização dos processos de concessão, aquiesço à proposta do Titular da 1ª SECEX, no sentido de que o Tribunal faça um acompanhamento mais ágil e dinâmico, mediante o estabelecimento de estágios para o exame de tais processos, prevendo mecanismos de remessa automática de documentos por parte do DNER e condicionando o início da execução do estágio seguinte à regular implementação da etapa anterior, na forma proposta pela citada Secretaria.”

Depreende-se que o processo de acompanhamento das concessões que então seria normatizado deveria caracterizar-se pela concomitância, isto é, cada estágio do processo somente poderá ter prosseguimento desde que a etapa anterior tenha sido devidamente analisada pelo Tribunal e esteja inteiramente regular.

Gomide (2011, p.93) resume da seguinte forma a 1º etapa das concessões rodoviárias federais:

“Depreende-se, assim, que a primeira etapa de concessões de rodovias federais ocorreu na ausência de um marco regulatório predefinido e de estrutura organizacional capacitada para a regulação, já que o DNER se caracterizava como um órgão executivo de construção, contratação e fiscalização de obras. As novas empresas concessionárias se constituíram nas grandes empreiteiras nacionais de obras públicas, cujos laços históricos com o poder político brasileiro originam-se na década de 1940 (ACCORSI, 1996). Assim, foram firmados contratos de longo prazo (entre 20 e 25 anos) que se transformaram no único instrumento de regulação das concessionárias. Esses contratos foram todos aditados posteriormente, segundo Dias-Batista (2007), sendo o DNER responsável por quase todas as renegociações.”

Da parte do TCU, pode-se concluir que mesmo com todas as limitações legais que havia o Tribunal tomou um caminho político e previdente. Político, pela decisão de fazer uma análise limitada à legalidade, conseqüentemente, permitindo o prosseguimento não apenas das concessões rodoviárias mas

também a continuação do processo de transformação pela qual passava o Estado brasileiro. Previdente, por utilizar a experiência da 1ª etapa de concessões para preparar-se para a 2ª etapa de concessões rodoviárias, bem como concessões de outros setores. De tal forma preparou-se estruturalmente com a criação em 2000 da SEFID e pela edição de Instruções Normativas que regulavam o processo de acompanhamento de concessões.

### **3.2 Segunda Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias – 1ª Fase**

A segunda etapa de concessões rodoviárias já se deu sob a égide das Leis nº 8.987/95, 9.074/95 e da Lei 10.233, de 05 de junho de 2001 que entre outras disposições rerregulamentou a prestação dos serviços de transporte rodoviário; reorganizou a gestão do Sistema Federal de Viação (ferrovias, rodovias, vias navegáveis e portos); e criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Além das leis que tratam do instrumento de concessão de serviços públicos e daquelas que regulam o setor transporte rodoviário o TCU editou Instruções Normativas que tornaram o acompanhamento do processo de outorga prévio e concomitante, conforme orientação da Decisão nº 394/95.

A aplicação dessas leis e normativos resultaram que processos iniciados em dezembro de 2000 (dada do recebimento pelo TCU da primeira remessa de documentos) tiveram a assinatura de seus contratos de concessão apenas em fevereiro de 2008 por constatação de impropriedades que obstaram seu desenrolar. Durante esse período o TCU veio aprimorando seu processo de fiscalização de concessões rodoviárias expressas em três Instruções Normativas que se sucederam.

A IN nº10/1995, tratava da fiscalização pelo TCU, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações, ou seja, um normativo que espetro geral. Em seguida foi substituída pela Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro de 1998, também de espectro geral, mas

que também englobou dos processos de privatização<sup>20</sup>. Posteriormente foi editada a Instrução Normativa n° 46, de 25 de agosto de 2004 que trata exclusivamente da fiscalização do TCU, dos processos de exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a Estado, ao Distrito Federal, a município ou consórcio entre eles. É interessante ressaltar que apenas para concessão de rodovias é que há um normativo específico sobre a forma de fiscalização do TCU.

Todos os normativos citados têm a mesma estrutura quando tratam da fiscalização de concessões, são subdivididos em procedimentos relacionados à outorga da concessão e à execução do contrato. No entanto, os procedimentos, em ambos, os casos variaram conforme a Instrução Normativa, pode-se dizer que houve uma evolução com tempo. Para o caso tratado nesse estudo cabe observar a Tabela 1, abaixo, que mostra o que cada Instrução Normativa determinava quando do 1° estágio de fiscalização dos processos de outorga, momento em que os elementos de projeto básico são verificados.

---

<sup>20</sup> Conforme a própria IN n°27/1998 em seu art. 1°, § 1°, inciso II privatização é: “a alienação pela União de direitos que lhe assegurem, diretamente ou por meio de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.”

TABELA 1 - Comparação entre Instruções Normativas com foco no 1º estágio de fiscalização do processo de outorga

IN nº 10/1995 Art. 4º, parágrafo I	IN nº 27/1998 Art. 7º, parágrafo I	IN nº 46/2004 Art. 3º, parágrafo I
<p>Primeiro Estágio - Exame da viabilidade da concessão ou da permissão:</p> <p>a) estudos da viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;</p> <p>b) estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver.</p>	<p>I - primeiro estágio:</p> <p>a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;</p> <p>b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;</p> <p>c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.</p>	<p>I - primeiro estágio:</p> <p>a) ato justificativo quanto à conveniência da outorga da concessão, em que esteja caracterizado o objeto, a área e o prazo, bem como informação quanto ao caráter de exclusividade da concessão, como estabelece o art. 5º c/c o art. 16 da Lei nº 8.987, de 1995;</p> <p>b) comprovante de que o objeto licitado foi incluído no plano de outorgas previsto no inciso III do art. 24 da Lei nº 10.233, de 2001;</p> <p>c) estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, contendo, entre outras informações que o gestor do processo julgue necessárias, as seguintes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. objeto, área e prazo da concessão;</li> <li>2. quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas;</li> <li>3. estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados;</li> <li>4. estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para a rodovia ou trecho de rodovia em licitação;</li> <li>5. orçamento, com data de referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar;</li> <li>6. custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais;</li> <li>7. projeção das receitas operacionais da concessionária;</li> <li>8. projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos;</li> <li>9. eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados;</li> <li>10. fluxo de caixa projetado do empreendimento, coerente com o estudo de viabilidade;</li> </ol> <p>d) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;</p> <p>e) Programa de Exploração da Rodovia (PER), elaborado pelo poder concedente ou por empresa contratada com essa finalidade, ou outro documento que se destine a delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhado dos respectivos cronogramas físico-financeiros;</p> <p>f) relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis, em que esteja indicada a existência de licenciamento ambiental para a execução das obras previstas, bem como a existência de passivo ambiental no trecho rodoviário a ser licitado e o agente responsável por sua recuperação;</p> <p>g) exigências contratuais e legais impostas por organismos internacionais, quando participarem do financiamento do empreendimento;</p>

Fonte: Elaboração Própria

O que se pode observar é que entre a IN n° 10/1995 e a IN n°27/1998 não grande diferença entre elas, pelo menos naquilo que se relaciona aos elementos de projeto básico, sendo que ambas dão comandos bastante gerais sobre aquilo que deve ser observado quando da fiscalização. A IN n°46/2004 por sua vez já é bastante mais específica, mesmo porque foi feita exclusivamente para ser aplicada ao setor de infraestrutura rodoviária, de tal forma que aponta os seguintes aspectos a serem observados e que podem ser relacionados aos elementos de projeto básico:

“c) estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, contendo, entre outras informações que o gestor do processo julgue necessárias, as seguintes:

2. quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas;

5. orçamento, com data de referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar;

6. custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais;

d) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

e) Programa de Exploração da Rodovia (PER), elaborado pelo poder concedente ou por empresa contratada com essa finalidade, ou outro documento que se destine a delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhado dos respectivos cronogramas físico-financeiros;”

A segunda etapa do programa de concessões rodoviárias começou com a apresentação da documentação pelo DNER de 7 trechos rodoviários, em 08 de novembro de 2000, que resultaram, inicialmente, em duas decisões são elas as Decisões n° 1047 e n° 1048 ambas de 6 de dezembro de 2000. A primeira cuidava dos seguintes trechos dos rodoviários: BR-153/SP (Divisa MG/SP até a Divisa SP/PR); BR-116/PR/SC (Curitiba até a Divisa SC/RS); BR-393/RJ (Divisa MG/RJ até a entrada da BR-116/RJ - Via Dutra); e BR-101/RJ (Ponte Presidente Costa e Silva até a Divisa RJ/ES). A segunda tratava dos trechos

das rodovias BR-381/MG/SP (Belo Horizonte até São Paulo); BR-116/SP/PR (São Paulo até Curitiba); BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba Florianópolis).

As Decisões nº 1047/2000 e nº 1048/2000 suspenderam os processos de concessão de todos os trechos rodoviários que estavam sendo analisados. Em ambos os casos o Tribunal alegou que o DNER não encaminhou tempestivamente os documentos relativos ao primeiro estágio de acompanhamento, conforme estabelece o art. 17 da IN TCU nº 27/98. A Decisão nº 1047/2000 não chegou sequer a tratar do primeiro estágio de acompanhamento e alegou, também, como motivo para suspensão dos processos a necessidade de aguardar a Decisão do TCU com relação ao recurso contra a Decisão nº 172/2000 que determinou ao DNER que se abstinhasse de cobrar pedágio em rodovia com pista simples quer fosse diretamente quer fosse por meio de delegação uma vez que as rodovias sob análise eram na sua maior parte de pista simples. A Decisão nº 1048/2000 apontou, também, como motivo para suspensão dos processos, questões relacionadas ao índice de liquidez exigido e à fórmula adotada pelo DNER para calcular o patrimônio líquido das empresas consorciadas.

As concessões das rodovias analisadas no âmbito da Decisão nº 1048/2000 foram alvo, posteriormente, da Decisão nº 46, de 14 de fevereiro de 2001, que manteve a suspensão cautelar dos processos de licitação. Com relação aos investimentos em obras de infraestrutura, conseqüentemente, item que se relaciona aquilo a definição de elementos de projeto básico o relator em seu voto faz o seguinte resumo:

“Os investimentos em obras de infra-estrutura tiveram seus valores estimados com base nos preços do SICRO, um banco de dados com os valores unitários dos preços de materiais e serviços para obras rodoviárias, mantido pelo DNER. Os investimentos são classificados em dois tipos: intervenção na via e operacionais. O programa de investimento para os trechos da BR-116/PR, BR-376/PR e BR-101/SC foi baseado nos estudos do Programa de Exploração Rodoviária - PER, elaborado em 1998 e em avaliações técnicas atuais do estado da rodovia.

Os investimentos foram divididos em cinco fases: Trabalhos Iniciais, Obras de Restauração nos primeiros cinco anos, Obras de Melhoramentos e Ampliações, Obras de Manutenção Especial e, por último, Edificações e Equipamentos Operacionais.

A memória de cálculo dos investimentos está demonstrada em quadros.

[...]

Observa-se que entre os investimentos não consta nenhum valor relativo a obras de recuperação ambiental. Há previsão apenas da elaboração do cadastro geral do passivo ambiental. É necessário esclarecer se a recuperação do passivo ambiental surgido durante o período de concessão será de responsabilidade do poder concedente ou da concessionária.”

Assim, fica explícito que, para o TCU, os investimentos em recuperação do passivo ambiental devem constar dos elementos de projeto básico caso eles sejam de responsabilidade da futura concessionária. De tal forma que na Decisão o Tribunal determinou ao DNER que incluísse a recuperação do passivo ambiental no PER.

De fato, os processos de concessão mantiveram-se suspensos por problemas outros que não os investimentos, conforme aponta o voto do relator:

“O estudo de viabilidade econômico-financeira apresentado é satisfatoriamente detalhado na parte de investimentos, custos e despesas, mas deixa muito a desejar no que se refere às projeções de receitas, à análise dos indicadores de viabilidade (taxa interna de retorno, 'payback', VPL, etc.) e no estudo da alavancagem.”

As rodovias componentes da segunda etapa de concessões foram posteriormente apreciadas nas Decisões nº 586 e nº 587, de 22 de agosto de 2001<sup>21</sup>. Nas Decisões citadas o Tribunal se pronunciou da mesma forma em ambas, permitindo o prosseguimento do processo licitatório desde que uma série de correções nos editais fossem implementadas e determinando,

---

<sup>21</sup> Cabe ressaltar que as rodovias que tiveram seu processo de concessão obstado por aguardar a Decisão sobre o recurso sobre contra a Decisão nº 172/2000 que impedia a cobrança de pedágio em rodovia de pista simples puderam ter prosseguimento, pois o Plenário do TCU adotou a Decisão nº 421/2001 reconheceu a possibilidade de concessão desse tipo de rodovia.

também, que os órgãos de controle observassem a aplicação das mesmas. Entre as determinações, apenas uma afeta o entendimento do que compõem os elementos de projeto básico: a que fosse incluída a recuperação do passivo ambiental no PER. É digno de nota que as Decisões não foram unânimes e contaram com o voto de desempate da Presidente da corte de contas.

Fato é que os processos licitatórios não tiveram prosseguimento. Em 2003 o TCU diligenciou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT para esta prestasse esclarecimentos sobre o andamento dos processos. De acordo com o relatório técnico da Diretoria Técnica da Sefid constante do Acórdão nº 1.366, de 17 de agosto de 2003, a agência informou que os processos estavam suspensos em decorrência da extinção do DNER e seu encaminhamento à ANTT. A autarquia também informou que: (i) os estudos de viabilidade econômico-financeira precisavam ser atualizados, (ii) os editais precisavam ser alterados para atender as determinações do TCU e as mudanças legais ocorridas com a extinção do DNER e criação da ANTT. Além disso, conforme o mesmo relatório, o Conselho Nacional de Desestatização - CND entendeu ser oportuno aguardar orientação do novo governo que se iniciaria no ano seguinte. Assim, em seu voto o Relator da citada Decisão asseverou:

“Esses procedimentos foram exaustivamente analisados, em diversos momentos, pelo Tribunal Pleno, até a adoção das Decisões 586 e 587/2001. Atuando como Ministro Relator, pugnei pela adoção de diversas medidas, necessárias à correção dos problemas presentes nos editais, que, todavia, demandariam o reinício dos certames.

Na ocasião, prevaleceu a tese de que o péssimo estado de conservação das rodovias e a falta de previsão de dotações orçamentárias para sua recuperação indicariam, como melhor solução, a preservação dos procedimentos já realizados, para evitar atrasos nas licitações decorrentes das correções nos editais que se faziam necessárias.

Assim, acolhendo a procedência das medidas propostas, o Plenário decidiu, por voto de desempate da Presidência, pelo prosseguimento das licitações, determinando as correções das irregularidades apenas quanto às licitações futuras.

[...]

Em nada serviu ao interesse público a decisão anterior pela liberação das licitações, pois, ainda assim, não se lhes deu prosseguimento, por razões de conveniência administrativa, a demonstrar que a urgência que a administração tanto alegava ou não existia de fato ou foi negligenciada”

Conseqüentemente, o Acórdão nº 1.366/2003 foi no sentido de obrigar o reinício do acompanhamento das rodovias que compõem a segunda etapa de concessões, bem como, aplicar a elas as determinações contidas nas Decisões 586 e 587/2001 que seriam aplicáveis apenas aos futuros processos de concessão.

Em 31/05/2005, o Ministério dos Transportes enviou ao TCU a documentação necessária ao acompanhamento dos processos de concessão das sete rodovias. No interregno entre a última decisão e a entrega da documentação, o TCU editou a IN nº46/2004 e a ANTT passou a representar o Poder Concedente. O TCU por meio do Acórdão nº 981, de 13 de julho de 2005, determinou ao Ministério dos Transportes e a ANTT que se abstivessem de publicar os editais de licitação enquanto a análise dos últimos questionamentos feitos pelos técnicos do Tribunal ainda não estivessem finalizadas.

Após quatro diligências e uma reunião conjunta entre o TCU, a Casa Civil da Presidência da República, o Ministério dos Transportes e ANTT o Tribunal se pronunciou por meio do Acórdão 2.299, de 13 de dezembro de 2005. Segue um resumo dos tópicos mais intensamente discutidos que se relacionam aos componentes dos elementos de projeto básico.

- i. Definição de método e de base de dados para determinação de preços - item utilizado para construção do orçamento.

Inicialmente foi utilizado pelo poder concedente para determinação dos custos dos investimentos o Sistema de Custos Referenciais de Obras – SICRO com custos observados no Estado de São Paulo. A Equipe de fiscalização por sua

vez argumentou que a utilização do SICRO/SP não é adequada, pois expõe apenas os preços aplicáveis aquele Estado enquanto haverá obras em diversos Estados. Mais importante, a equipe argumentou que é sabido que a contratação de obra pública possui uma série de impeditivos e dificultadores para realização e o pagamento de despesas, conseqüentemente, não seria razoável igualar os custos das obras públicas, expressos pelo SICRO, aos das obras relacionadas às concessões nas quais as concessionárias têm ampla autonomia para gerir os investimentos. O Voto Relator lembra que conforme informações da própria ANTT: “o *percentual médio de desconto obtido pelo DNIT, em contratos de obras públicas, a partir de orçamentos do Sicro, é de 32%*”

Assim, a ANTT passou a utilizar o SICRO 2 regional para composição dos custos unitários de investimento observando a localização de cada trecho que seria licitado. No entanto, a definição do fator de redução foi objeto de um longo embate entre a equipe do TCU e os técnicos da ANTT que foi resolvido por meio do Acórdão que colocou entre as condições para publicação do edital:

“9.2.2. superestimativa dos valores orçados a título de investimentos em obras e serviços, a qual requer, para sua correção, a aplicação de desconto sobre os preços orçados com base nas composição de custos do Sicro, para cada estado, equivalente ao percentual médio de desconto obtido em contratos do DNIT, conforme tabela apresentada pela ANTT na revisão dos estudos de viabilidade.”

#### ii. Aplicação de acréscimos “especiais” aos custos

Aos custos orçados para investimentos e serviços foram acrescidos em 5% nas planilhas preços unitários em função das incertezas decorrentes da falta de projeto de engenharia, sendo que em relação às planilhas de custo das edificações o acréscimo foi de 10%, em função dos mesmos motivos. Os técnicos do TCU concluíram que tais acréscimos buscam, de fato, cobrir os riscos de quantidade que as concessionárias incorrerão. Esses itens, por distorcerem o valor do investimento, foram retirados.

Além disso, foram acrescentados investimentos as rodovias BR-116 (trecho que liga Curitiba à São Paulo), BR-381 (trecho que liga Belo Horizonte à São Paulo) e BR-101 (trecho que liga Curitiba à Florianópolis) nos montantes de R\$ 70 milhões, R\$ 50 milhões e R\$ 60 milhões respectivamente, como reserva para conclusão de obras que estavam a cargo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – DNIT. Esses valores foram definidos sem detalhamento e sem observar o cronograma físico financeiro da concessão. Os valores foram retirados, entendeu-se que não havia qualquer óbice à continuidade das obras mesmo após a sua concessão.

- iii. Desconsideração das intervenções feitas pelo DNIT nos trechos a serem concedidos entre 2000 (data do inventário das condições funcionais e estruturais dos pavimentos) e o momento da licitação.

Os estudos de viabilidade não consideraram os impactos nas rodovias das intervenções sofridas ou em andamento que alteraram as suas condições, rejuvenescendo as pistas. Consequentemente o futuro concessionário deverá fazer investimentos menores do que aqueles inicialmente programados. Além disso, os projetos básicos dessas intervenções nas rodovias contêm informações deveriam ter sido utilizadas na determinação dos futuros investimentos.

Os investimentos foram revistos, sendo ajustadas as soluções de pavimentos, compatibilizou-se as intervenções aos padrões de qualidade requeridos e os projetos de acostamento foram modificados. Não foi necessária a intervenção do plenário do tribunal.

- iv. Existência de itens custo de investimentos com composições genéricas

(a) Praças de pedágio e edificações tiveram seus dimensionamentos feitos em função do volume de tráfego e da capacidade de atendimento não possuindo embasamento técnico adequado. (b) Não havia justificativa para determinação

do valor do custo unitário básico – CUB aplicado às planilhas de custo das edificações que pode variar conforme o tipo de edificação. A ANTT explicou que a utilização de planilhas genéricas por entender que não justificava a elaboração de projeto de engenharia quando não se sabe precisamente qual será a solução a ser adotada na época de sua real necessidade.

v. Inclusão de praças de bloqueio entre os investimentos

As praças de bloqueio que são opcionais foram incluídas nos custos de investimentos. A inclusão das praças ocorre em contrapartida a um aumento no fluxo de caixa gerado pelo aumento do tráfego. Conforme explica a equipe técnica:

“Sendo opcional a implementação das praças de bloqueio, caberá à concessionária aferir a necessidade e o momento adequado de se adicionar os custos correspondentes. Ao fazê-lo, serão calculados os ganhos e a repercussão na modicidade tarifária. Se esses custos forem apropriados de imediato e a concessionária optar por não executá-los, os benefícios financeiros serão exclusivos da concessionária, sem favorecimento da modicidade da tarifa, que é iniciada em um patamar maior.”

Assim, o Tribunal determinou que a ANTT alterasse o edital de licitação de forma que considerasse, quando da revisão tarifária, a eventual implementação das cabines de bloqueio, considerando os seus custos e receitas de forma a ajustar a tarifa.

vi. Passivo Ambiental

De acordo com o Poder Concedente não seria necessário um levantamento preciso do passivo ambiental das áreas abrangidas pelo corpo estradal, pois de acordo as novas regras aplicáveis aos contratos, o levantamento tem apenas o objetivo de subsidiar a previsão da verba para sua recuperação. Assim, o cadastro de todo passivo ambiental seria feito de forma pormenorizada quando da transferência dos trechos rodoviários às concessionárias e, depois, caso

houvesse divergências entre ele e os valores constantes nos estudos de viabilidade as diferenças seriam compensadas para fins de reequilíbrio econômico e financeiro. Cabe ressaltar que os custos apurados para recuperação ambiental baseados no cadastro passivo ambiental feito pela futura concessionária seriam baseados no SICRO. Além disso, o Poder Concedente, justificou o uso de um levantamento do passivo ambiental que não era preciso porque bastaria “*um relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis*”, conforme expresso na IN TCU nº 46/2004, art. 3º, parágrafo I, alínea e.

Os técnicos do TCU refutam o argumento que a IN TCU nº 46/2004 induz a realização de estimativas imprecisas explicam: “*O que se pretende é receber um relatório sintético de todos os estudos porventura existentes, mas não que os levantamentos e as estimativas ambientais, necessárias para fundamentar o estudo de viabilidade, sejam realizados de forma sintética.*”. Além disso, justifica a necessidade de que a avaliação do passivo seja criteriosa por dois motivos: (i) por ter o mesmo impacto no estudo de viabilidade que os investimentos e (ii) para poder atribuir a responsabilidade de cada parte pelo passivo preexistente e pela recuperação dos passivos eventualmente causados durante a concessão.

Assim, o relator em seu voto, ao tratar o tema consigna:

“No tocante aos custos ambientais, destaco a constatação da precariedade das estimativas de custos apresentadas, tendo em vista a ausência de fundamentação adequada e a não-previsão, nos trechos rodoviários a serem explorados, da recuperação do passivo ambiental existente e do eventualmente causado durante a concessão, considerando-se as responsabilidades atribuíveis a cada parte da relação contratual.”

Assim, foi determinado no Acórdão que constasse dos estudos de viabilidade:

“9.2.1. inclusão dos custos relativos ao passivo ambiental preexistente e que desconsideram as responsabilidades atribuíveis a cada parte da relação contratual;”

E à ANTT foi determinado à inclusão de cláusulas no edital de licitação com as seguintes finalidades:

“9.3.2. condicionar o início da cobrança de pedágio à aprovação do cadastro do passivo ambiental existente, a ser realizada por aquela Agência;

9.3.3. identificar as responsabilidades das partes contratuais quanto à recuperação do passivo ambiental preexistente e à do passivo ambiental eventualmente causado durante a concessão, bem como quanto ao monitoramento dessas questões;”

#### vii. Custos Operacionais Superavaliados

Foram dois os principais focos de questionamento com relação aos custos operacionais: (i) superavaliação e (ii) falta de justificativa técnica para as escolhas das soluções adotadas. Os itens acabavam superavaliados pelos seguintes motivos: (a) arredondamento a maior no cálculo dos custos operacionais em função da localização dos serviços, sem ajuste proporcional à quilometragem total da rodovia; (b) equívocos na cotação de alguns itens. A falta de justificativas técnicas é oriunda do detalhamento insuficiente bem como por não haver parâmetros que definam padrões operacionais para as rodovias. Em seu voto o Relator resume da seguinte forma a situação dos itens operacionais:

“Quanto aos custos operacionais apresentados, foi identificada a falta de critérios para definição de parâmetros operacionais, a ausência de justificativas de preços orçados e a falta de racionalização na alocação de equipamentos operacionais, resultando, [...] em ampliação dos custos da concessão e, conseqüentemente, do valor máximo estabelecido para a tarifa de pedágio.”

Dessa forma, no Acórdão, em inúmeros itens, os preços que foram considerados superestimados tiveram sua revisão demandada. Além disso, foram exigidas: justificativas, especificações e composições para inúmeros itens. Também foi requerida a fundamentação técnica para as estimativas de vida útil de itens que compõe os custos operacionais.

Por derradeiro, foi determinado à ANTT com fulcro no inciso IV do art. 24 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001<sup>22</sup>, que estabelecesse “*parâmetros de estrutura operacional mínima obrigatória para as rodovias federais concedidas, a serem seguidos nos futuros procedimentos licitatórios*”

viii. Metodologia para determinação das Distâncias Médias de Transporte – DMT

Inicialmente a DMT foi considerada igual a 400 km para todos os trechos a serem concedidos. Posteriormente a ANTT, por considerar que os custos dos serviços de pavimento uma parcela significativa (de 48 a 65%) do valor total dos investimentos ao longo do período de concessão, optou por utilizar a DMT diferenciada para cada um dos lotes. No entanto, a equipe técnica do TCU ao observar a metodologia aplicada pela ANTT para o cálculo da DMT e as localizações das usinas de asfalto entendeu que as DMTs calculadas estão superestimadas. Assim, o Acórdão, apontou que fundamentassem as DMTs adotadas nos orçamentos de investimento.

Ao observar os tópicos relativos aos elementos de projeto básico percebe-se que eles se relacionam a imprecisões dos preços, dos quantitativos ou da falta de justificativas para existência de determinado investimento. O que é latente é que as imprecisões, em todos os casos, representavam majorações de custos o que, necessariamente, repercutiam no valor máximo de pedágio. Ou seja, a incerteza sobre qualquer que fosse o custo era imediatamente repassada para tarifa. É importante frisar que o objetivo das análises dos técnicos do TCU não

---

<sup>22</sup> Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

...

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

é a redução de custos do estudo de viabilidade, nas palavras do Secretário de Controle Externo:

“A análise dos técnicos do TCU, em grande medida, esteve voltada para avaliar se os dados e as premissas adotados nesses estudos encontravam-se devidamente embasados, de modo a que o valor estabelecido no edital de licitação como teto para a tarifa de pedágio pudesse, a um só tempo, ser suficiente para que os investidores possam auferir uma justa remuneração e ser módico para os usuários da rodovia.”

Ou seja, as conclusões dos técnicos não foram construídas na busca da redução do preço teto da tarifa de pedágio mas sim na busca de um preço que garanta uma justa remuneração para o concessionário e seja módica para o usuário. O resultado da ação dos técnicos pode ser visto na Tabela 2, abaixo.

**TABELA 2 - Resultado da ação do TCU sobre a tarifa máxima (em R\$) por trecho rodoviário**

Trecho	Rodovia	Segmento	Tarifa máxima inicial (R\$)	Tarifa máxima revisão ANTT (R\$)	Variação (%)
1	BR-153/SP	Divisa MG/SP – Divisa SP/PR	5,1	4,25	-16,69
2	BR-116/PR/SC	Curitiba – Divisa SC/RS	5,2	4,4	-15,37
3	BR-393/RJ	Divisa MG/RJ – Entro. BR116 (Via Dutra)	4,2	4,03	-4,07
4	BR-101/RJ	Divisa RJ/ES – Ponte Presidente Costa e Silva	4,6	3,98	-13,5
5	BR-381/MG/SP	Belo Horizonte – São Paulo	4,9	3,22	-34,27
6	BR-116/SP/PR	São Paulo – Curitiba	4,6	3,04	-33,89
7	BR-116/PR; BR 376/PR e BR 101/SC,	Curitiba – Florianópolis	4,6	3,21	-30,33
8	BR-101/ES	Divisa BA/ES – Divisa ES/RJ	4,8	4,08	-15,1

Fonte: Acórdão 2.299/2005

Mesmo assim, além dos pontos acima mencionados, houve outras inconsistências nos Estudos de Viabilidade que foram apontadas e a sua correção era condição para publicação do edital, conforme foi consignado no

Acórdão nº 2.299/2005. No entanto, a ANTT interpôs pedido de reexame em 18/01/2006.

A partir daí, nos meses subsequentes, houve uma grande contenda tratando da aceitação ou não do reexame pedido pela Agência. É importante salientar que em momento nenhum foram discutidos os argumentos do reexame mas a possibilidade do pedido. O resultado foi o Acórdão nº 188-A/2006 que negou o reexame seguido pelo Acórdão nº 533, de 19 de abril de 2006, que tornou o anterior insubsistente. O reexame do Acórdão nº 2.299/2005 foi retomado, nele foram tratados os itens do citado Acórdão que a ANTT discordava da posição do TCU e as alterações que a agência fez nos estudos de viabilidade.

O resultado do reexame foi o Acórdão nº 2.047, de 8 de novembro de 2006, que manteve a autorização para a publicação dos editais, condicionada ao saneamento de falhas e inconsistências encontradas nos estudos de viabilidade. Na análise do reexame, mais uma vez, serão observados apenas os pontos concernentes àquilo que se possa relacionar aos elementos de projeto básico.

- i. Definição de método e de base de dados para determinação de preços - item utilizado para construção do orçamento.

A ANTT com relação a esse tópico não apresentou uma proposta alternativa à disposta nos estudos de viabilidade avaliados no âmbito do Acórdão 2.299/2005. Ou seja, a agência apenas deseja manter os preços próximos aos do SICRO2. Para tanto apresentou apenas uma sondagem superficial de preços de mercados e a partir deles fez uma extrapolação de um orçamento parcial, utilizando um dos lotes a serem concedidos como exemplo. Além da própria superficialidade da argumentação, ela continha inúmeras inconsistências que comprometem seu resultado.

Os argumentos que o SICRO2 não deveria ser utilizado, pois ele não espelha bem a realidade com a qual as concessionárias irão se deparar é consenso entre os técnicos do TCU e a ANTT. A solução apontada, a época do Acórdão nº 2.299/2005, foi aplicar um desconto de 32% sobre os valores do SICRO2, que foi construída com base na observação dos descontos obtidos pelo DNIT em contratos de obras de conservação e restauração de rodovias. Essa solução, não agradou a ANTT mas como aponta o relatório da equipe técnica do TCU:

Sem o levantamento real dos preços de mercado (que espelhem os que deverão ser praticados pelas concessionárias), a simulação realizada pela ANTT não consegue reproduzir os fatores que fazem com que os preços a serem obtidos pelas concessionárias sejam inferiores ao do SICRO2. Cabe destacar que a ANTT se encontra desfalcada dessas informações devido à falha da Agência na regulação do setor, pela demora na implantação de um plano de contas para as atuais concessionárias de rodovias, o que permitiria dispor dos dados com mais facilidade.

A ANTT acabou adotando o desconto de 32% nas planilhas de custos dos estudos de viabilidade por ser a única alternativa com razoável fundamentação técnica capaz de aproximar os orçamentos para as obras contidas nos estudos de viabilidade à realidade, assim, acabou prevalecendo à orientação do Acórdão nº 2.299/2005.

No entanto, a ANTT promoveu alterações na forma de compor os serviços de pavimentação *via-à-vis* aquela disposta no SICRO2. Assim, ao alterar o método de cálculo de referências unitárias corrompeu a base de preços sobre a qual foram aplicados os descontos. Dessa forma, o Tribunal determinou, no Acórdão nº 2.047/2006, "*manter os cálculos dos custos unitários condizentes com a metodologia empregada no SICRO2*".

Além disso, a ANTT incluiu nos custos unitários das obras um adicional de 5,36% a título de despesas com mobilização, desmobilização e canteiro de obras. A despeito do mérito da inclusão desse custo o corpo técnico do TCU discordou do método aplicado para determinação do índice a ser aplicado

sobre os custos. Propuseram uma nova metodologia que foi acatada pelo Tribunal, logo percentual que deveria ser aplicado é de 3,37%.

- ii. Desconsideração das intervenções feitas pelo DNIT nos trechos a serem concedidos entre 2004 e o momento da licitação.

Mais uma vez foi questionado, pela equipe do TCU, a desconsideração do atual estado do pavimento para determinação da necessidade de investimento. Tal informação é relevante visto que os últimos levantamentos são de 2004 e neste interregno houve intervenções no pavimento dos trechos rodoviários que estavam sendo licitados.

Assim, os técnicos recomendaram a adequação dos estudos de viabilidade e apontaram três possibilidades de solução. No entanto, em seu voto, o relator não acatou a proposta dos técnicos uma vez que a ANTT afirmou que tinha considerado tais intervenções. Apesar dos técnicos não terem conseguido observar como a ANTT incluiu tais intervenções como redutoras de custo, o relator sugeriu que os esclarecimentos quanto a metodologia utilizada poderia ser objeto de futura diligência junto à ANTT.

Não obstante, no Acórdão, há o seguinte alerta à ANTT:

9.5 alertar à Agência Nacional de Transportes Terrestres e ao Ministério dos Transportes, com fulcro no que estabelece o inciso XV do art. 18 da Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal:

9.5.1 da necessidade, nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, de haver projeto básico com elementos mínimos que permitam a caracterização da obra, tanto para atender aos mandamentos legais como para aumentar a precisão do investimento orçado e garantir a participação de um maior número de interessados no processo licitatório;

9.5.2 de que estejam presentes nos projetos dos estudos de viabilidade para concessões elementos suficientes para fundamentar as soluções técnicas determinantes das estimativas de custos;

9.5.3 de que, não obstante ser admissível a flexibilização de alguns elementos de projeto, tal flexibilização somente pode ser considerada aceitável quando implicar a redução dos valores previstos com a execução, para preservar o interesse do usuário final do serviço;

### iii. Passivo Ambiental

A agência argumentou que quando elaborou o PER dos diversos trechos bem como os Editais incluiu como obrigação das futuras concessionárias a recuperação de problemas ambientais localizados dentro da faixa de domínio, que afetam diretamente o corpo estradal tais como erosões, escorregamentos e instabilidades em terraplenos e encostas. Além disso, passou a deixar claro que caberia ao Poder Concedente promover a recuperação do passivo ambiental dos trechos da rodovia existente fora da faixa de domínio cujo o fato gerador tenha ocorrido até a data da assinatura dos contratos de concessão.

Ou seja, nos novos PER e nos novos editais, o Poder Concedente adotou as medidas corretivas determinadas no Acórdão 2.299/2005. Dessa forma os técnicos do TCU comentam em seu relatório constante do Acórdão 2.047/2006:

“cabe observar da análise das alegações da recorrente que ela, na realidade, não refutou a determinação do Tribunal constante do item 9.2.1 do Acórdão 2.299/2005-TCU-Plenário. Ela, ao contrário, afirma não estar incorrendo na inconsistência mencionada em virtude de ter adotado as providências pertinentes para sanar as irregularidades apontadas pelo TCU. Dessa forma, foi inócua e desnecessária a interposição do pedido de reexame para o ponto analisado.”

### iv. Custos Operacionais Superavaliados

Naqueles itens onde foram observados equívocos na cotação, apontados no Acórdão 2.299/2005, e os mesmos foram revistos, a própria equipe técnica solicitou a exclusão do respectivo item das deliberações do Tribunal. Aqueles em que nada foi alterado e que não houve uma justificativa técnica para sua manutenção o Tribunal manteve o posicionamento constante no Acórdão 2.299/2005.

No entanto, a equipe técnica, com relação a custos operacionais, focou especialmente a introdução de novos custos que resultaram em significativo aumento dos custos totais, e que, por óbvio, se refletiram nos valores das tarifas de pedágio. Os técnicos apontaram que entre a primeira versão dos estudos de viabilidade, apresentada pelo MT, e a última, apresentada pela ANTT, os custos operacionais que representavam 82,53% dos investimentos físicos passaram para 102,7%. Ainda mostram que: *“A própria a ANTT não possui estudos que definam quais são os serviços indispensáveis a uma concessão rodoviária e quais os níveis mínimos e desejáveis de serviços, adequados a cada padrão de rodovia”*. Dessa forma concluem que *“na formulação das despesas operacionais devem ser evitados os excessos. É necessária a demonstração da relação custo/benefício dos investimentos operacionais, tendo em vista a modicidade tarifária”*. Assim, para amenizar os custos dos impactos dos custos operacionais, propõe: *“excluir os custos relativos a projetos de responsabilidade de outros órgãos, como controle eletrônico de velocidade, afeto às autoridades de trânsito.”*

No entanto, em seu voto, o relator, alerta que além de não entrar no mérito da legalidade ou não do exercício do controle eletrônico de velocidade por concessionária deve-se respeitar o poder discricionário da agência na escolha das melhores alternativas à solução dos problemas anotados.

Contudo, no Acórdão o Tribunal recomenda à ANTT que:

9.4.1 nas elaborações de estudos de viabilidade para concessões rodoviárias, sejam realizados estudos com vista a avaliar as possíveis relações entre custos e benefícios advindos da incorporação de estrutura operacional nos respectivos projetos;

9.4.2 estabeleça parâmetros de estrutura operacional mínima obrigatória para as rodovias federais concedidas, a serem seguidos nos futuros procedimentos licitatórios;

- v. Metodologia para determinação das Distâncias Médias de Transporte – DMT

No recurso interposto, a ANTT, apresentou os fundamentos técnicos que embasavam sua metodologia. De tal forma a unidade técnica aceitou a demonstração da metodologia de cálculo da DMT, entendendo, portanto, que o disposto no Acórdão 2.299/2005 fora atendido.

vi. Alteração das soluções técnicas para o pavimento

Ao atender a determinação, constante no Acórdão 2.299/2005, de ajustar o cronograma físico financeiro a ANTT informou que alterou as soluções técnicas adotadas recuperação do pavimento, um dos itens de maior significância. Para determinar as possíveis soluções os técnicos do TCU explicam:

“é necessário dispor de um conjunto de informações técnicas sobre o estado do pavimento. Normalmente, no caso de obra específica, esses dados são levantados detalhadamente para a elaboração de um projeto básico, onde é definida a solução. No caso desses estudos de viabilidade, que não dispõem de projetos básicos, levantamentos mais simples e expeditos fundamentaram as propostas técnicas e, em consequência, aumentaram significativamente a imprecisão ou a margem de erro das soluções escolhidas”

E, arrematam:

“a simplificação do projeto representa riscos de estimativas e que ela somente deve ser aceita nos casos em que a posição adotada conduzir a valores iguais ou mais baixos para a estimativa de desembolsos do que a de um projeto adequadamente elaborado.

[...] em função da vantagem que o licitante auferir, ao poder avaliar o projeto antes de apresentar proposta, diferentemente dos usuários, em tratar às possíveis distorções nos orçamentos das obras. No caso de valores subestimados, o licitante pode se resguardar, questionando valores ou fazendo composições que atendam ao conjunto dos orçamentos.”

Ao analisar a solução proposta pela ANTT, consideraram que a mesma recaiu sobre uma de orçamento mais elevado sem que houvesse qualquer justificativa para sua escolha. Assim, propuseram que optassem pelas soluções preconizadas pela IS/DG/DNIT nº 11, de 16 de setembro de 2004, que

estabelece as soluções técnicas a serem adotadas para obras do programa de recuperação de pavimentos PIR IV.

No entanto, tal proposta não foi acatada pelo relator. Conforme posto, às recomendações da equipe técnica são complexas e tecnicamente questionáveis, além retardarem ainda mais os processos licitatórios. Isso porque elas não permitem, de antemão, certificar uma melhoria na relação custo/benefício. Ademais o relator acolheu o argumento, da ANTT, que as soluções de recuperação de pavimento adotadas no âmbito do PIR IV seriam inadequadas, em princípio, para serem aplicadas a uma concessão uma vez que são soluções de menor durabilidade.

Mais uma vez é cabível o alerta que o Tribunal fez a agência citada quando analisado o item (ii), acima.

#### vii. Inclusão de nos custos de iluminação

A ANTT incluiu nos estudos de viabilidade novos custos de iluminação para as rodovias. A área técnica do TCU apontou que não há como definir como o Poder Concedente chegou as composições de custos, pois, não havia elementos que possibilitassem qualquer análise. Assim concluíram que era necessário o detalhamento dos custos estimados, pelo menos com referência em projetos padrão, adequadamente dimensionados para cada trecho rodoviário a ser concedido. Tal sugestão foi inteiramente acatada no Acórdão.

O Acórdão nº 2.047/2006 pouco reexaminou, de fato, questões relativas aquilo que foi posto pelo Acórdão nº 2.299/2005. O que observa é que as determinações do Acórdão nº 2.299/2005 foram acatadas mesmo que a contragosto e que as alterações nos estudos de viabilidade posteriores ao Acórdão nº 2.299/2005 que foram o cerne do debate. De qualquer forma, mais uma vez as diferenças entre a posição dos técnicos do TCU, do próprio

Tribunal e do Poder concedente se concentram no nível de detalhamento e justificativas para itens que compõe os investimentos.

Poucos meses após a edição do Acórdão nº 2.047/2006, em 8/11/2011, foi editada a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, que criou o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura – REIDI, e que impactou de sobremaneira os estudos de viabilidade. Conseqüentemente, estes tiveram que ser revistos. Dessa forma por meio do Acórdão nº 1.045, de 25 de julho de 2007, o Tribunal se pronunciou. Esse Acórdão autorizou a publicação do edital, como nos dois outros, mas dessa vez observando que as medidas saneadoras determinadas nos Acórdãos anteriores foram aplicadas aos estudos de viabilidade.

A primeira fase da segunda etapa marca um aumento do rigor no acompanhamento dos processos de concessão rodoviária, uma vez que questões relacionadas a falta de legislação e normatização dos processos de concessão foram superadas. O Poder Concedente sofreu um grande processo de reorganização, tendo vários representantes nesse interregno, o que certamente afetou o andamento das concessões. A cada revisão do processo por parte do Poder Concedente, o Tribunal aprofundava sua análise. A postergação dos processos por parte do Poder Concedente retirava o caráter de urgência das medidas o que dava espaço para proposição de novos questionamentos.

### **3.3 Segunda Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias – 2º Fase**

A segunda fase da segunda etapa de concessões rodoviárias trata apenas de uma outorga de serviço público relativa à concessão para restauração, manutenção, operação e aumento da capacidade de trechos rodoviários da BR-116 e da BR-324 no Estado da Bahia. Entre o recebimento dos primeiros documentos pelo TCU, em 10/07/2006, e a assinatura do contrato passaram aproximadamente 3 anos. No entanto, a despeito de ser apenas um processo

tinha por assunto o primeiro projeto de Parceria Público-Privada (PPP)<sup>23</sup> apresentado ao TCU, sendo ele da modalidade de concessão patrocinada, no qual, além da tarifa cobrada dos usuários, há uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Na Lei de PPP, à época, não havia qualquer menção a forma como os projetos deveriam ser entregues<sup>24</sup>, conseqüentemente, não há que se falar em elementos de projeto básico. No entanto, essa licitação deve ser estudada, pois apesar de começar como PPP terminará como concessão. Pode-se inferir que ao longo do tempo e com as modificações que o projeto sofreu as receitas com pedagiamento superaram os custos de tal forma que pode se prescindir da contraprestação pública.

Assim, na primeira análise do TCU, constante do Acórdão nº 101, de 7 de fevereiro de 2007, ao avaliar os investimentos, os pontos do projeto referentes às soluções técnicas apresentadas e seus respectivos custos, contatou-se que não foi enviado o projeto básico, conforme exige o art. 6º, inciso IX da Lei 8.666/93. Existiram algumas simplificações e generalização de soluções que levaram a algumas imprecisões no orçamento final do empreendimento que foram tratadas da seguinte forma pela equipe:

“Considerando que o contrato será gerido consoante critérios de avaliação de desempenho, é razoável a posição de que o projeto em questão não necessita de todo o detalhamento exigido para um projeto de obra a ser contratada pela Administração Pública. Entretanto, simplificações de projeto podem ser válidas somente se comprovada uma posição conservadora com relação ao preço final, conduzindo necessariamente a uma estimativa de custo mais baixa. Caso contrário,

---

<sup>23</sup> Regido pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

<sup>24</sup> Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012 incluiu o § 4º ao art. 10 que determina: “Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.”

deve ser executado o projeto nos exatos termos da Lei 8.666/93. Tal entendimento está de acordo com os princípios constitucionais da Razoabilidade e Economicidade.”

A equipe anotou que havia dois tipos de inconsistências, no primeiro grupo estão às incoerências de quantificação e ausência de concordância com os normativos vigentes, no segundo grupo estão às imprecisões provenientes de simplificações na metodologia de dimensionamento que embasaram o orçamento do empreendimento. As inconsistências foram tratadas de três formas diferentes:

- (i) As inconsistências que resultaram em custos foram acatadas, conforme o relatório são elas:

“II.2.2 – Diagnóstico das condições das rodovias e soluções técnicas apresentadas diferem do normativo vigente; II.2.4 – Cálculo do número N; II.2.5 – Homogeneização do IRI e do tráfego no levantamento das pistas duplas; II.2.6 – Projeto de PPP com trecho rodoviário em perímetro urbano; II.2.7 – Sondagens não realizadas; II.3.1 – Ausência de vínculo entre a solução adotada e o IGG, ICPF e IES; II.4.1 – Utilização do IRI no ‘Catálogo de soluções’; II.4.3 – Substituição do recapeamento com CBUQ de espessuras 4, 5 ou 6 cm por reciclagem de espessura 7 cm; II.5.1 – Ausência de critério na estimativa dos serviços; e II.6.1 – Altura do pavimento. É importante destacar que a inconsistência apontada no item II.6.1, embora tenha sido saneada em relação ao MPOG, dará margem a uma determinação do Dnit, conforme descrito na análise da referida inconsistência pela equipe.”

- (ii) Há inconsistências que foram apontadas pelo TCU e que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG já havia se manifestado no sentido de acatá-las e alterar o projeto, geraram uma redução de custos de aproximadamente R\$ 41 milhões, são elas:

II.2.1 – Desconformidade entre a situação inicial apresentada no projeto e o encontrado na prática; II.2.3 – Ausência de estudos de acidentes e segurança de trânsito; II.3.2 – Inconsistência nos levantamentos dos acostamentos; II.4.4 – Sobreposição dos serviços de recapeamento com CBUQ de espessuras 7 e 8 cm e fresagem descontínua em 31% da área total; II.7.2 – DI inadequado e II.7.3 – Encargos sobre mão-de-obra inadequados. Especial atenção deve ser dada à inconsistência apontada no item II.2.3, posto que a redução de acidentes é uma das

principais razões para se manter a malha rodoviária em bom estado de trafegabilidade, devendo portanto ser tratada com prioridade em todos os empreendimentos do setor.

- (iii) As inconsistências apontadas pelos técnicos do TCU as quais os esclarecimentos do MPOG não foram satisfatórios e que podem gerar uma redução de custos entre R\$ 183 milhões e R\$ 344 milhões, a depender do desconto a ser adotado sobre os preços, adotados no SICRO2 (15% ou 30%), são:

II.4.2 – Ausência de vínculo entre o ‘Catálogo de soluções’ e as obras; II.5.2 – Superestimativa de quantitativos de serviços para a fase de manutenção; II.6.2 – Quantitativos de imprimação e pintura de ligação superestimados; II.6.3 – Largura de plataforma incoerente para as duplicações; II.6.4 – Largura de plataforma incoerente para as implantações de terceira faixa; II.6.5 – Duplicidade de previsões para terraplenagem e pavimentação nos serviços de duplicação; II.6.6 – Estimativa de implantação de terceira faixa em local com alargamento já existente; II.6.7 – Camada drenante quantificada incorretamente; II.6.8 – Dreno profundo quantificado incorretamente; II.6.9 – Inconsistência na quantificação dos dispositivos de drenagem e escavações em seções de aterro e em nível; e II.7.1 – Valores do projeto de PPP x Valores do Sicro2.

Ao rever os pontos do item (iii) acima o MPOG teceu algumas considerações gerais sobre os objetivos do projeto no caso de uma PPP, é interessante examinar o posicionamento do Ministério, pois em geral ele se aplica a outros órgãos que representam o poder concedente quando trata-se de concessões, conseqüentemente, ao entendimento daquilo que deve compor os elementos de projeto básico.

O projeto, conforme o MPOG, tem como objetivo servir de base para elaboração do orçamento, conseqüentemente, ser uma das principais variáveis na determinação do valor teto da contraprestação pública. Prossegue a argumentação do Ministério, uma vez que na PPP a contratação é feita por parâmetros de desempenho, cabe à concessionária definir a solução técnica que lhe parecer mais conveniente, portanto, o projeto pode conter simplificações *vis-à-vis* a um projeto básico, uma vez que este não vincula o

concessionário. Assim, arremata, o preço de licitação deve estar baseado em premissas conservadoras, entenda-se, conservadoras como superavaliadas, de forma a estimular a participação do maior número de licitantes. E conclui, conforme consta no relatório da equipe técnica do TCU: *“Ainda que os parâmetros do edital possam servir de base para os lances iniciais da disputa entre os licitantes, a concorrência no processo licitatório leva, como mostra a experiência, a resultados claramente favoráveis ao poder público e à sociedade em geral”*. Ou seja, entende que a própria concorrência ajustaria o conservadorismo dos preços constantes no projeto, levando-os à preços de mercado.

A equipe do TCU, por sua vez, rechaçou a argumentação do MPOG, em duas frentes. A primeira é com relação ao conservadorismo do orçamento, os técnicos argumentam que, de fato, em licitações comuns o orçamento deve ser conservador e o objetivo é dar um teto de admissibilidade de preços. Por outro lado, em uma PPP ou concessão, conforme o relatório *“a margem de erro ou risco do negócio será avaliado na avaliação econômica do empreendimento. É a avaliação econômica que estabelecerá a margem a ser dada em relação ao preço do edital. O orçamento, portanto, deve refletir o preço de mercado.”* A segunda é com relação espúria entre conservadorismo e aumento da concorrência. De acordo, com os técnicos do TCU, quanto maiores as simplificações, maiores as incertezas, conseqüentemente maior o risco do empreendimento que impactará a análise de sensibilidade e a avaliação econômica do empreendimento. Ou seja, uma vez que há um risco maior quanto aos custos os licitantes precificarão esse risco, alocando-o em seus custos.

De qualquer forma, antes do Tribunal proferir seu Acórdão inúmeras correções foram efetuadas no projeto de PPP, assim restaram apenas algumas alterações a serem feitas, quais sejam:

- (i) Quantitativos de manutenção. A equipe sugere que conste no edital que ao término do contrato a condição da rodovia apresente os seguintes critérios de desempenho:  $IRI \leq 2,0$  m/km,  $TR = 0,0$  % e  $SNC \geq 5,2$ ;
- (ii) Duplicações em nível e em aterro – dispositivos de drenagem e aterro. A equipe sugere que o projeto elimine as estimativas de cortes nas seções em nível e nos aterros.
- (iii) Composições de custos unitários. É sugerido pelos técnicos que o projeto apresente preços de mercado para os serviços, tomando como referência contratos firmados pela iniciativa privada ou contratos firmados pela Administração Pública, resultantes de licitações em que ocorreu efetiva situação concorrencial, ou, alternativamente, acolha o estudo já efetuado pela ANTT adotando o desconto médio em relação ao Sicro2 de 32%, como o utilizado no âmbito da primeira fase da segunda etapa de concessões rodoviárias

O relator ao analisar as propostas dos técnicos, acata a referente ao item (i) integralmente. Com relação ao item (ii) concorda no mérito, isto é, com a necessidade de que os indicadores de desempenho sejam mais rigorosos ao final do contrato, no entanto, entende que cabe o MPOG a determinação desses parâmetros acompanhados da justificativa técnica da sua escolha. Com relação ao item (iii) o relator não acompanha o posicionamento dos técnicos e altera a posição do tribunal quanto aos descontos assim como os invalida, de tal forma que merece uma observação pormenorizada de seus argumentos.

O relator observa que a razão para as taxas de desconto serem tão divergentes (32% apresentada pelos técnicos do TCU e 5,16% pelo MPOG) é função de diferenças metodológicas. A mais importante é a utilização, pelo MPOG, dos preços comerciais da areia e brita enquanto os técnicos do TCU entendem que o prazo da concessão é suficientemente longo para justificar a instalação de plantas próprias para produção de brita e de licenciamento de

jazidas de areia em nome da concessionária. Assim explica o relator em seu voto:

“Esse contencioso é relativamente bem conhecido por esta Corte, que tem se confrontado com o problema em diversos processos envolvendo a execução de obras públicas. Normalmente, a chave para a solução da questão é saber o que diz o projeto de engenharia da obra. Se as jazidas de materiais pétreos são expressamente identificadas no projeto, cumpre exigir que o orçamento básico da obra reflita essa circunstância, cotando o preço dos insumos pelo seu custo de produção própria. Se, por algum motivo, não há tal previsão, o orçamento básico poderá perfeitamente trazer os preços comerciais dos materiais, ainda que se admita que as empresas que contarem com estrutura própria de produção dos insumos próxima ao local da obra, usufruirão inevitavelmente de uma vantagem comparativa em relação às suas potenciais concorrentes.

No presente caso, não há ainda o projeto das obras previstas no empreendimento, os quais, por sinal ficarão a cargo da própria concessionária. O que se tem são meras estimativas dos serviços que serão executados, obtidas com base em valores médios. Assim, mesmo que seja razoável supor que a futura concessionária terá um vigoroso incentivo a buscar plantas próprias, o gestor não está, por isso, inexoravelmente impedido de elaborar seu orçamento básico com base na situação menos econômica. Isso porque o fornecimento dos insumos pétreos é, reconhecidamente, um dos custos-chave de incidência da competição licitatória em se tratando de obras públicas, e como tal não escapará ao rigoroso escrutínio de todos os interessados.

Por outro lado, força é lembrar que esta Corte tem adotado o sistema de custos Sicro como padrão preferencial da avaliação econômica das obras rodoviárias, quando adaptado as circunstâncias específicas do caso em consideração. O ajuste maior a ser feito, na espécie em comento, é a retirada da margem de lucro dos custos indiretos, o que ocorreu. Ainda assim, o orçamento do MPOG embute um desconto de 5,16%, que seja, em relação ao Sicro ajustado, o que de nenhuma maneira pode ser considerado desprezível ou irrelevante em relação à experiência desta Corte de Contas.”

Ou seja, o argumento de que o SICRO 2 não espelha a realidade que uma concessionária encontrará utilizado quando da análise da primeira fase da segunda etapa foi por terra. Depois o relator derruba o argumento dos técnicos que o orçamento deve espelhar a realidade de mercado e não ser conservador quando explica porque a utilização desconto médio de 32% dos preços praticados nos contratos do programa PIR IV do DNIT, não é cabível. Conforme o relator:

“é preciso ver que tais preços já resultaram da competição licitatória, na qual se espera que os concorrentes, de acordo com suas estruturas de custo específicas, efetuem, de fato, cortes nos preços constantes do orçamento de referência do procedimento. Adotar a média de preços vencedores em licitações passadas não significa, só por isso, seguir o padrão de mercado, mas, sim, do seu segmento mais competitivo. Basear a licitação nesses preços limítrofes seria visto pelas empresas concorrentes como um claro incentivo à feitura de propostas cegas, irresponsáveis até, com previsíveis repercussões na qualidade das prestações devidas pela futura contratada, no grau de revisionismo do contrato, e, quiçá, na própria exeqüibilidade da avença. Por isso, muito mais consentâneo com o interesse público é ancorar o orçamento em bases realistas, com a chancela institucional do Sicro, amplamente referendado por esta Corte, deixando para a fase competitiva do processo as reduções de custos que a dinâmica do mercado tem condições de oferecer.”

Ainda na esteira do conservadorismo do orçamento o relator explica que em razão do caráter inovador do projeto, a PPP, e em função dos benefícios que o projeto trará, ele *“há de merecer de seus avaliadores, ao menos nesta fase preliminar de estudos, certa predisposição positiva na análise dos aspectos mais críticos do programa”*. E arremata:

“se folga há no dimensionamento de algum custo que será transferido à concessionária, tal folga não afronta sobremodo a jurisprudência desta Casa e poderá não subsistir ao termo da fase competitiva do programa, podendo eventual resquício mostrar-se completamente irrelevante frente aos benefícios esperados, não justificando seja obstado o início da experiência brasileira em parcerias público-privadas, que, sem dúvida, constitui-se em promissora iniciativa para o aperfeiçoamento da administração pública.”

Assim, o Acórdão nº 101/2007, aprova os procedimentos relativos ao primeiro estágio do acompanhamento, apenas com as ressalvas supracitadas, naquilo que se refere aos investimentos, ou seja, no que pode ser ligado aos elementos de projeto básico. No entanto, a ANTT informou que o Poder Concedente reavaliou o Projeto BR-116/324, antes de sua efetiva implementação e entendeu que deveria uniformizar o Projeto ao modelo ao modelo utilizado na 2ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Sete Lotes). Assim, o projeto passou de concessão na forma de

PPP, modalidade patrocinada, para a de concessão comum, regido pela Lei nº 8.987/1995.

A Agência encaminhou a nova documentação em 13/07/2008 e resultou no Acórdão nº 2.104, de 24 de setembro de 2008. A mudança não foi apenas no modelo de concessão mas uma mudança ampla no projeto mesmo que o trecho a ser concedido mantenha-se o mesmo. No entanto, observando apenas aquilo que se relaciona a elementos de projeto básico, as proposições dos técnicos seguiram duas vertentes, uma observando apenas as alterações na proposta e outra retomando questões debatidas no âmbito do Acórdão nº 110/2007 para serem aplicadas aos futuros processos de concessão rodoviária.

Os técnicos do TCU observaram que as determinações contidas no Acórdão nº 110/2007 foram implementadas. Observaram também que os preços aplicados no orçamento mantiveram-se os mesmos o que resultou em questionamento à ANTT. Que explicou, conforme relatório dos técnicos do TCU:

“Não foi elaborada atualização monetária deste orçamento e, portanto, a tarifa teto de referência do estudo não foi modificada em função deste fator. Contudo, o Edital de licitação explicita que os valores de referência para a tarifa serão os de dezembro de 2005, sofrendo atualização por meio do IPCA.

Se considerado o INCC como proxy da variação de custos da concessão, no período compreendido entre dezembro de 2005 até junho de 2008, há uma defasagem de aproximadamente 7% entre o INCC e o IPCA. Assim, entende-se que a proposta de tarifa de referência de leilão já embute um deságio implícito”

Tal solução, heterodoxa, foi aceita excepcionalmente, porque ela embute um fator de conservadorismo. Dessa forma os pontos reativos a essa concessão se encerraram.

Os técnicos retomaram duas discussões do Acórdão nº 101/2007. A primeira foi com relação à adoção de composições de custo de areia e brita à preços

comerciais dos materiais ao invés de prever a utilização de materiais extraídos pela própria construtora como defendem os técnicos do TCU. Apenas afirmando que assunto foi amplamente discutido no TCU os técnicos propuseram o seguinte texto, que foi integralmente acatado pelo relator, e consta do Acórdão nº 2.104/2008, determina que para as próximas concessões: *“adote, nas suas estimativas de custos de investimentos, composições com base em materiais extraídos in loco;”*

A segunda discussão que foi retomada refere-se ao percentual de desconto a ser aplicado no orçamento. No entanto, tal discussão precede de outra, com relação à fonte de onde se originaram os preços de referência. No caso da concessão em tela, o Sicro foi utilizado somente como uma referência de estrutura de custos e uma pesquisa de mercado de preços dos insumos foi a base para o orçamento, o que tornou inaplicável o desconto determinado no Acórdão 2.047/2006. Assim, mais uma vez os técnicos observam a importância da ANTT construir um banco de dados próprio capaz de oferecer uma estimativa mais segura dos custos operacionais e de obras que retrate os valores efetivamente praticados pelas concessionárias. Mesmo assim, enquanto não houver tal banco de dados os técnicos propõem que sejam utilizados os sistemas de orçamento oficiais. E motivam seu posicionamento:

“Evidentemente, assim como a Administração Pública em seus contratos, também no caso de um banco de dados de custos das concessionárias não se pode contar somente com consultas de preços para cada empreendimento, tampouco amparar-se unicamente em custos tomados de fornecedores que têm interesses diretos nas obras

Na defesa desse entendimento, faz-se necessário lembrar que a utilização das referências oficiais de custos tornou-se exigível porque a Administração, para efetuar as contratações de interesse público, não poderia se amparar unicamente em pesquisas locais e limitadas, nas quais é comum o surgimento de preços forjados por interesses particulares.”

Assim os técnicos propõem que no Acórdão constem as seguintes determinações que devem ser aplicadas às próximas concessões, e que foram aceitas pelo Tribunal:

“desenvolva um banco de dados contendo os custos operacionais e de obras rodoviárias praticados efetivamente pelas concessionárias e, enquanto esse sistema não esteja em operação, desenvolva uma metodologia consistente a fim de orçar os referidos custos;

apresente a comparação com as referências oficiais, Sicro e Sinapi, dos custos orçados para os serviços mais significativos entre os investimentos em obras, sempre que possível e de forma complementar;”

Da segunda etapa de concessões rodoviárias se extrai algumas lições. A primeira é que o TCU é quem está no papel de indutor do processo de avanço dos estudos de viabilidade das concessões rodoviárias, por meio da edição de suas Instruções Normativas e Acórdãos que levam o Poder Concedente a cada nova licitação a melhorar esse instrumento. A segunda é que há por parte do Tribunal uma tendência em cada vez mais aumentar o nível de detalhamento dos investimentos (seja em obras, seja em serviços) constantes do estudo de viabilidade. Por outro lado o Poder Concedente busca a utilização de generalizações na confecção dos orçamentos de investimentos. Maior causa de conflito entre as partes. A terceira é que o há uma tendência dos técnicos do TCU serem mais rigorosos que o Tribunal, no entanto, o tribunal vai absorvendo o rigor dos técnicos com o passar do tempo. Quarto, após a criação do órgão regulador, o tribunal insiste que o mesmo crie normatizações que sejam aplicáveis aos processos de concessão rodoviária, no entanto, o órgão insiste em fazer regulação por meio de editais.

Após a análise histórica cabe verificar a atuação do Tribunal e do Poder concedente frente ao conceito de elementos de projeto básico o que objeto da Conclusão deste trabalho, o próximo e último capítulo.

#### 4 CONCLUSÃO

A conclusão é o resultado do encontro daquilo que se entende como elementos de projeto básico e a apreciação do histórico de como a questão veio sendo tratada pelo TCU e Poder Concedente ao longo de quase de 20 anos de processos de concessão rodoviária. O que se pode perceber é que a postura do tribunal tem uma direção comum ao longo dos anos, mesmo tomando em consideração os anos anteriores a edição da Lei 8.987/1997. Ao mesmo tempo, o Tribunal, vem se tornando mais rigoroso em seu acompanhamento das licitações das concessões rodoviárias, ao menos no que tange a elementos de projeto básico.

Portanto, o que o Tribunal vem mostrando é que há uma interpretação daquilo que sejam elementos de projeto básico e que, ao longo do tempo, vem aumentando o rigor quando da análise da forma como o Poder Concedente preenche o conceito. Ou seja, a ação do tribunal é sobre a discricionariedade do agente na escolha das formas de precificar o investimento que consta no EVTE.

Por meio de Instruções Normativas o Tribunal espelhou de forma bastante concreta o seu entendimento daquilo que sejam elementos de projeto básico quase chegando ao ponto de preencher o conceito, o que não poderia fazer e não fez, pois se trataria de invasão de competência. No caso de concessões rodoviárias, o tribunal foi mais longe do que em qualquer outro setor, com a edição da IN TCU nº46/2004, mas, ainda assim, manteve-se dentro de seus limites. Por outro lado, tal avanço do Tribunal, foi necessário uma vez que os processos de concessão rodoviária, mesmo aqueles posteriores a Lei 8.987/1995, não contavam com instituições aptas a implementá-los, sendo necessário balizadores mínimos para construção dos EVTEs.

As instituições do Poder Concedente que construíram os EVTEs, mesmo considerando que em geral são contratadas firmas de consultoria para fazê-los,

não contavam, com qualquer regulamento ou parâmetro para construí-los. Os EVTEs de cada etapa e fase das concessões rodoviárias eram criados sem qualquer balizamento em regulamentos ou parâmetros. Ou seja, as discussões sobre as escolhas do Poder Concedente de como construir os EVTEs eram feitas durante o acompanhamento dos processos de concessão. Tal procedimento traz para a licitação discussões que poderiam ser feitas anteriormente e de forma melhor estruturada. Por óbvio tal situação é resultado de primeiro ter se operado tentativas de concessões sem antes ter um marco legal e instituições que as apoiassem. Sob tais condições a atuação do Tribunal foi determinante para resultados relativamente melhores das licitações.

Implementando regulamentos e balizadores, é provável que os acompanhamentos do TCU sejam mais sucintos e pontuais. Assim, no caso em análise, regulando e definindo anteriormente à apresentação do EVTE ao TCU daquilo que compõe os elementos de projeto básico seria possível superar essa discussão longa.

No entanto, não basta apenas regular. É necessário que haja embasamento que justifique a escolha do regulador, mesmo porque o Tribunal tem competência para questioná-la. Conforme foi observado muito dos apontamentos não eram relativos ao mérito da decisão do poder concedente sobre a forma de precificar o um item de investimento mas a falta de justificativa da escolha o que a invalida frente a qualquer outra forma, mesmo que indevida, que se apresente mais econômica.

É interessante observar a recente alteração na Lei 11.079/2004, Lei de PPP, pela Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012, que incluiu o seguinte parágrafo ao art. 10:

“§ 4o Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a

licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.”

Tal parágrafo pode traduzir o que são elementos de projeto básico uma vez que tem o mesmo objetivo do conceito discutido no trabalho. A questão que se pode colocar é da necessidade de na Lei de PPP constar essa redação e não o conceito posto na Lei 8.987/1995 para que houvesse paralelismo entre as leis. O que o parágrafo 4º do art. 10 da Lei 11.079/2004 faz é evitar a interpretação do conceito de elementos de projeto básico, o que por outro lado, traz uma maior restrição *vis-à-vis* ao uso de um conceito indeterminado. Mesmo não havendo qualquer menção ao acréscimo do parágrafo 4º do art. 10 da Lei 11.079/2004 na exposição de motivos da Medida Provisória que resultou na Lei 12.776 podemos inferir que a intenção do executivo era evitar o conceito elementos de projeto básico.

No entanto, o que se percebeu na análise é que as divergências entre o Poder Concedente e o Tribunal de Contas não estão na interpretação do Conceito mas no seu preenchimento. De tal forma que a redação que consta na Lei de PPP não alterará em nada a forma de atuar do Tribunal, pois ele ainda poderá questionar as escolhas do Poder Concedente sobre, por exemplo, tal ou qual orçamento irá adotar e quão sintético ele deve ser. A solução do impasse se encontra no fortalecimento institucional do Poder Concedente, no que tange o setor de infraestrutura rodoviária.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in **Temas de Direito Processual**, 2ª série. São Paulo, Saraiva: 1988.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

CASTRO, N. Privatização do setor de transportes no Brasil. In: CASTELAR, A., FUKASAKU, K. (eds.). **A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**. BNDES/OECD, 1999.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista PGE/SP**. jun, 1988.

DA ROCHA, Lincoln Magalhães. Caráter Técnico-Político das Decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**. n.98 (out/dez), Brasília: TCU, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: Poder ou Dever? In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1986.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Cláudia. **Finanças Públicas**, Teoria e Prática no Brasil. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. A Política das Reformas Institucionais no Brasil: A Reestruturação do Setor de Transportes. **Tese de Doutorado**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista dos Tribunais**. Ano 3, n.12, jul/set. 1995.

MELLO, Célia Cunha. Interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v.12, n.3, jul/set. Belo Horizonte. 1994.

NOHARA, Irene Patrícia. **O Motivo no Ato Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

PEREIRA, Vicente de Brito. O Subsetor de Infra-Estrutura Rodoviária. *In*: REZENDE, Fernando e DE PAULA, Tomás Bruginski (Coord.). **Infra-Estrutura: Perspectivas de Reorganização**. Brasília: IPEA. 1998.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Institucional**. Texto para Discussão nº 941. Rio de Janeiro: IPEA. 2003.