

Número interno do documento:[AC-1873-28/16-P](#)**Número do Acórdão:**

1873

Ano do Acórdão:

2016

Colegiado:

Plenário

Processo:[028.129/2014-8](#)**Tipo do processo:**

REPRESENTAÇÃO (REPR)

Interessado:

3. Interessados/Responsáveis: não há.

Relator:

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Representante do Ministério Público:

não atuou.

Unidade técnica:

Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHid).

Representante Legal:

- 8.1. Lúcia Helena Ferreira de Oliveira e outros, representando Ministério dos Transportes (vinculador).
- 8.2. Renata Amado Ferreira e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Assunto:

Representação de unidade técnica acerca de irregularidades em editais de chamamento público de estudos de viabilidade técnica de implantação de infraestrutura ferroviária de responsabilidade do Ministério dos Transportes. Análise das oitivas.

Sumário:

REPRESENTAÇÃO DE UNIDADES TÉCNICAS DO TCU. PROCEDIMENTOS DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE - PMIs. SUBSÍDIO À IMPLANTAÇÃO DE INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA. IRREGULARIDADES EM EDITAIS DE CHAMAMENTO PÚBLICO DE ESTUDOS. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO À ISONOMIA, IGUALDADE TRANSPARÊNCIA, IMPESSOALIDADE, COMPETITIVIDADE E INTERESSE PÚBLICO. DETERMINAÇÕES. CONCESSÃO DE OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO, PRELIMINARMENTE À FORMAÇÃO DE CONVICÇÃO A RESPEITO DA MATÉRIA.

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de Representação formulada por unidades técnicas do TCU, em face de possíveis irregularidades, constantes dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6/2014, 7/2014, 8/2014, 9/2014, 10/2014 e 11/2014, do Ministério dos Transportes (MT), relacionadas a Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), lançados com intuito de complementar os estudos de viabilidade técnica, a fim de subsidiar a implantação da infraestrutura ferroviária;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fulcro nos artigos 71, IX, da Constituição Federal e 237 do Regimento Interno do TCU, em:

- 9.1. conhecer da representação para, no mérito, considerá-la procedente;
- 9.2. determinar ao Ministério dos Transportes-MT, com base no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, II, do RITCU, que, no prazo de 30 dias:
 - 9.2.1. com relação aos estudos técnicos aprovados no âmbito dos Editais 9/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 276/2014) e 11/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 278/2014), apresente ao TCU os fundamentos técnicos da decisão de aprová-los e a metodologia de cálculo dos ressarcimentos;
 - 9.2.2. com relação aos estudos técnicos recebidos no âmbito do Edital 6/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 273/2014), publique critérios claros, objetivos e coerentes para seleção dos estudos técnicos e para o cálculo do valor de ressarcimento, abra novos prazos, proporcionais à complexidade do estudo pretendido, para que novos interessados, se o desejarem, solicitem autorização para elaborar e apresentar projetos/estudos concorrentes aos já entregues;
 - 9.2.3. enquanto não cumprida a determinação e avaliados os estudos eventualmente recebidos no âmbito do Edital 6/2014, o Ministério dos Transportes deve abster-se de publicar despacho indicando o projeto vencedor e o valor da restituição.
 - 9.2.4. na hipótese de, na data de recebimento da notificação do teor desta deliberação, já haver sido aprovado o estudo recebido no âmbito do Edital 6/2014, adotar, em relação ao estudo, o procedimento indicado no item 9.2.1, acima;
 - 9.2.5. tendo em vista terem sido os estudos técnicos acolhidos, apresentados por potenciais licitantes, informe as medidas, tomadas no âmbito dos procedimentos de que tratam os Editais 6, 9 e 11/2014, para evitar os riscos, decorrentes de assimetria informacional e de conflitos de interesses, de ocultação de informações relevantes à avaliação da rentabilidade do empreendimento e de indução à adoção de soluções que privilegiem os interesses da futura concessionária em detrimento do interesse público, relativas a premissas do projeto, soluções de engenharia, requisitos de qualificação, distribuição de riscos, nível de investimento e remuneração;
 - 9.2.6. encaminhe relatórios, estudos e avaliações, ainda que parciais, relativos à definição de metodologia de verificação da capacidade operacional que será utilizada nas próximas licitações de ferrovias, os quais permitam demonstrar o aumento da governança pública na definição das políticas públicas ferroviárias, conforme previsto nas recomendações contidas no [Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário](#);
- 9.3. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária que autue processo apartado de levantamento de auditoria, a fim de promover a oitiva da Secretaria-Executiva do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, do Ministério dos Transportes e da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), para, querendo, manifestarem-se sobre os seguintes pontos:

- 9.3.1. indícios de baixa efetividade do atual modelo institucional de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), também denominado Procedimento de Autorização de Estudos (PAE), do ponto de vista do aproveitamento dos estudos/projetos de estruturação em empreendimentos de infraestrutura delegados por meio concessão ou Parcerias Público-Privadas, bem como riscos inerentes ao atual arranjo normativo, decorrentes dos seguintes fatores:
- 9.3.1.1. exíguo prazo mínimo de 20 dias, a contar da publicação do edital de chamamento, para apresentação de requerimento de autorização (art. 4º, § 3º, do Decreto 8.428/2015), insuficiente, portanto, para eventuais interessados se inteirarem do objeto de estudo e apurarem os riscos e custos a ele inerentes, mormente em se tratando de estruturação de empreendimentos complexos;
- 9.3.1.2. baixa probabilidade de ressarcimento dos custos incorridos pelos autorizatários, na realização dos estudos de estruturação de empreendimentos, haja vista as seguintes condições estabelecidas no Decreto 8.428/2015, a desestimular os interessados a acudirem ao chamamento público de PMI:
- 9.3.1.2.1. concorrência do PMI ocorrer após as etapas de desenvolvimento e entrega dos estudos, quando os interessados já incorreram nos gastos necessários à sua elaboração, sem a certeza de que seus projetos serão selecionados ou ressarcidos (arts 6º, IV e 15);
- 9.3.1.2.2. possibilidade de a Administração Pública recusar todos os projetos apresentados (art. 12, parágrafo único);
- 9.3.1.2.3. faculdade de o Poder Público revogar todas as autorizações conferidas a qualquer tempo, mesmo prontos ou em elaboração os estudos, ainda que por mera perda de interesse, sem que isso implique ressarcimento dos valores despendidos pelas autorizadas (art. 7º, II, "a", e § 3º);
- 9.3.1.2.4. possibilidade de a Administração Pública, a seu critério, não adotar os projetos selecionados no âmbito do PMI em futuro certame (arts. 11, 16 e 17), além de a licitação não lograr sucesso (art. 17);
- 9.3.1.2.5. ausência de segurança de que o valor do reembolso arbitrado pelo Poder Público será suficiente para cobertura dos custos de preparação dos projetos, tampouco remunerar pelos riscos assumidos (art. 15, caput e §§ 1º e 2º);
- 9.3.1.2.6. ausência de previsão normativa de correção monetária do valor arbitrado dos estudos selecionados até o efetivo recebimento;
- 9.3.1.2.7. possibilidade de a Administração exigir alterações do projeto selecionado, sem qualquer referência ao ajustamento do ressarcimento devido (arts. 4º, § 6º e 15, § 5º).
- 9.3.1.3. desestímulo ao desenvolvimento do mercado de empresas consultoras e estruturadoras independentes decorrente de seu alijamento de Procedimentos de Manifestação de Interesse, mecanismo responsável por parte significativa dos projetos de infraestrutura lançados atualmente, haja vista a baixa probabilidade de ressarcimento dos custos incorridos, bem assim o fato de concorrerem em condições desiguais com empresas interessadas na licitação da concessão ou da parceria público-privada (PPP), uma vez que o potencial empreendedor, com maior porte financeiro, incorrerá, de qualquer modo, ao menos em parte, nos custos de elaboração de estudos para confecção de suas propostas em futuro certame de delegação dos serviços públicos, cuja importância não é representativa em relação valor total do empreendimento;
- 9.3.1.4. potencial assimetria de informações e conflito de interesses entre o Poder Público, a empresa estruturadora de empreendimento, cujos estudos tenham sido selecionados pelo PMI e venha a participar de licitação destinada à outorga de serviço público, regulado por concessão ou parceria público-privada, e a demais empresas interessadas na implantação do empreendimento, haja vista a possibilidade de aquela sociedade deter posição informacional privilegiada que possa afetar o caráter competitivo do futuro certame e influenciar na economicidade da avença com alta probabilidade de favorecimento ao interesse privado em detrimento do interesse público;
- 9.3.1.5. possibilidade de captura da empresa estruturadora de empreendimentos, cujos estudos tenham sido selecionados em PMI, por investidores privados interessados na implantação dos serviços públicos a serem delegados por concessão ou parcerias público-privadas, de sorte a repassar-lhes informação privilegiada e, assim, garantir-lhes êxito na licitação destinada a outorga em condições competitivas desiguais em relação aos demais concorrentes;
- 9.3.1.6. ausência de estrutura e quadros técnicos suficientes no Poder Público para acompanhar e avaliar estudos e projetos complexos, mormente nos casos de diversos projetos/estudos em elaboração simultânea no âmbito de um PMI;
- 9.3.2. possível contrariedade ao princípio da licitação pública, inscrito no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em razão da possibilidade de subcontratação dos serviços de estruturação de empreendimentos pelo Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias, com quem o Poder Público foi autorizado a celebrar contratação direta para prestação dos mesmos serviços (arts. 16, 17, caput e §1º, da Medida Provisória 727, de 12 de maio de 2016);
- 9.3.3. possível desconformidade com o sistema normativo em razão do disciplinamento, mediante decreto regulamentar e a partir de autorização genérica conferida pela lei, de procedimento de contratação de estudos e projetos com disposições dissonantes com princípios basilares atinentes às contratações do poder público;
- 9.3.4. oportunidades de aprimoramento do Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), tendo por base as sugestões da literatura especializada e considerações da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária, com vistas em especial:
- 9.3.4.1. consolidação de quadro técnico qualificado no Poder Público, com conhecimento setorial, podendo contar com o apoio de serviços terceirizados de consultoria especializada, a fim de elaborar o edital de chamamento público de PMI, dialogar com os autorizados durante a elaboração dos estudos/projeto, avaliar e selecionar os estudos e, ainda, arbitrar o valor do ressarcimento;
- 9.3.4.2. inclusão dos novos empreendimentos a serem estruturados por meio de PMI no planejamento estratégico nacional de longo prazo voltado a concessões e parcerias público-privadas, cujas prioridades tenham sido definidas com participação dos investidores privados, potenciais beneficiários diretos e indiretos e sociedade, para tornar claros aos investidores e à própria Administração as prioridades do Poder Público e os rumos das políticas dirigidas ao setor;
- 9.3.4.3. estabelecimento de valor de reembolso dos estudos e projetos autorizados que compreenda margem de lucro compatível com a natureza do serviço e com os riscos envolvidos, cujos critérios de cálculo constem do edital de chamamento;
- 9.3.4.4. ressarcimento dos estudos realizados, no caso de desistência de empreendimento pelo governo;
- 9.3.4.5. antecipação, parcial ou integral, do ressarcimento;
- 9.3.4.6. previsão normativa de correção monetária, de prazo para apresentação de requerimento compatível com a complexidade dos estudos e de cabimento de recursos administrativos sobre decisões de mérito;
- 9.3.4.7. seleção dos interessados que serão autorizados a realizar os estudos no âmbito do PMI, antecipando a etapa competitiva;
- 9.3.4.8. limitação do número de autorizações a serem expedidas pelo Poder Público nos PMI, em se tratando de empreendimentos complexos, tendo por base critérios objetivos, a fim de permitir análise pormenorizada e aprofundada dos projetos a serem apresentados;
- 9.3.4.9. proibição, como regra, à participação dos autores dos projetos/estudos no futuro certame licitatório destinado à outorga de serviços públicos regulados por concessão ou parceria público-privada;
- 9.3.4.10. utilização de PMIs somente em casos pontuais, nas hipóteses de projetos inéditos, inovadores, não previamente identificados pelo governo ou caracterizados por elementos de propriedade intelectual;
- 9.3.4.11. não-utilização do PMI para estruturação de empreendimentos prioritários, tendo em vista sua baixa conversão em contratos assinados, de forma evitar que importantes aspirações da sociedade estejam sujeitas a contingência;

9.3.4.12. estabelecimento de ônus financeiro à autorizada que desista de apresentar estudos; e

9.3.4.13. realização de audiências e/ou consultas públicas antes de publicar novos PMIs, com o intuito de debater com a sociedade civil todas as regras e critérios a serem utilizados nos futuros editais de chamamento público de estudos.

9.5. determinar à Segecex que acompanhe os desdobramentos da edição da Medida Provisória 727/2016, em especial aos decretos eventualmente expedidos para sua regulamentação, representando a esta Corte no caso de irregularidades.

Quórum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

Relatório:

Adoto, como relatório, a instrução peça 42, a seguir transcrita, da lavra do AUFC da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária - SeinfraHid, que obteve a anuência do titular da unidade.

“1. Cuidam os autos de representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas em 6 (seis) Editais de Chamamento Público de Estudos (6/2014, 7/2014, 8/2014, 9/2014, 10/2014 e 11/2014), do Ministério dos Transportes (MT), relacionadas a Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) lançados com intuito de complementar os estudos de viabilidade técnica a fim de subsidiar a implantação da infraestrutura ferroviária nos seguintes trechos:

Edital de Chamamento Público de Estudos 6/2014: trecho da EF - 151, no trecho entre Açailândia (MA) e Barcarena (PA), desenvolvido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);

Edital de Chamamento Público de Estudos 7/2014: trecho da EF - 354, no trecho entre Anapólis (GO) e Corinto (MG), desenvolvido pela ANTT;

Edital de Chamamento Público de Estudos 8/2014: trecho da EF - 116, no trecho entre Belo Horizonte (MG) e Guanambi (BA), desenvolvido pela ANTT;

Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014: no trecho entre Estrela D`oeste (SP) e Dourados (MS), desenvolvido pela ANTT;

Edital de Chamamento Público de Estudos 10/2014: trecho da EF - 354, no trecho entre Sapezal (MT) e Porto Velho (RO), a ser acompanhado pela ANTT;

Edital de Chamamento Público de Estudos 11/2014: trecho da EF - 170, no trecho entre Sinop (MT) e Miritituba, distrito de Itaituba (PA), a ser acompanhado pela ANTT.

A representação foi formulada pelas então Secretaria de Fiscalização de Obras Portuárias, Hídricas e Ferroviárias (SecobHidroFerrovia) e Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Transportes (SefidTransporte) do Tribunal de Contas da União, com fundamento no inciso VI do art. 237 do Regimento Interno (RITCU).

Em instrução preliminar, após análise dos PMIs lançados pelo MT, a unidade técnica entendeu pela existência de uma série de irregularidades na regulamentação expedida pelos editais acima relacionados que deveriam ser discutidas e solucionadas antes do prosseguimento dos respectivos processos.

Em poucas palavras, a unidade técnica consignou pela existência das seguintes irregularidades:

ausência de critérios objetivos de julgamento e de cálculo da remuneração da melhor proposta, em afronta aos princípios da isonomia e da publicidade, conforme jurisprudência do TCU consubstanciada nos Acórdãos 332/2003 da Segunda Câmara, Acórdão 3.474/2006, 3.362/2013 e 1.155/2014, todos do Plenário;

ausência de previsão no edital de meios de impugnação e recurso pelos proponentes, contrariando os princípios da isonomia, da moralidade, do contraditório, da ampla defesa, do julgamento objetivo e da impessoalidade;

restrição à competitividade, motivada pela não realização de audiências e consultas públicas para que todos os possíveis interessados tomassem conhecimento e pudessem se manifestar quanto à definição das regras da participação no certame, da escolha do estudo vencedor, do valor e da forma de remuneração, entre outras medidas que pudessem implicar na redução dos riscos do processo. Na presente forma, nenhuma empresa teria garantia de que seria ressarcida e estariam sujeitas a julgamento com base em critérios subjetivos, cujo resultado não poderia ser alvo de contestação administrativa. Os altos riscos envolvidos no processo inviabilizariam, a princípio, a participação no certame de possíveis interessados, principalmente de empresas de menor porte, tais como empresas projetistas de engenharia;

quebra de isonomia entre os licitantes do futuro empreendimento devido à inexistência de vedação ao autor do estudo/projeto em participar, de forma direta ou indireta, das futuras licitações de infraestrutura ferroviária e à insuficiência nas especificações dos estudos demandados, aliados à falta de previsão, sob risco de severa apenação por descumprimento, de que todos os levantamentos, sondagens e demais dados e relatórios que iriam embasar os estudos de engenharia realizados pela empresa escolhida fossem disponibilizados aos demais concorrentes: é necessário que sejam estabelecidas regras claras e suficientes para a apresentação dos estudos, de forma a diminuir a assimetria de informações existente entre a administração e a empresa vencedora do PMI, bem assim, entre essa última e os demais licitantes da obra.

descumprimento de determinações e recomendações expedidas no Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário, no âmbito do TC 031.086/2013-6;

insuficiência de prazo para o conhecimento do problema e apresentação de propostas pelos proponentes do projeto, ferindo o caráter competitivo do certame, conforme previsto no inciso I do §1º do art. 3º da Lei de Licitações.

Tais irregularidades acima relacionadas deram fundamento à unidade técnica pela presença de fumaça do bom direito. No entanto, visto que a seleção dos projetos só ocorreria a partir de fevereiro de 2015 e que, até esta data, em tese, ainda havia tempo suficiente para que o TCU chegasse a uma decisão de mérito a respeito do assunto, concluíram pela inexistência, até aquele momento, do perigo da demora. Diante da situação, propôs-se oitiva do MT para que se manifestasse sobre as irregularidades das alíneas acima relacionadas, as quais poderiam resultar na anulação dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6/2014, 7/2014, 8/2014, 9/2014, 10/2014 e 11/2014.

Em despacho de 17/10/2014, o Exmo. Sr. Ministro Relator conheceu da representação e determinou a realização da oitiva do MT nos termos propostos pela unidade técnica (peça 8). A resposta do órgão encontra-se acostada à peça 25.

À época da apreciação da resposta, a unidade técnica entendeu por bem realizar inspeção no MT a fim de suprir lacunas de informação existentes quanto ao andamento dos referidos editais.

A inspeção foi oficializada por meio da Portaria de Fiscalização 630/2015 (peça 31) e comunicada ao órgão pelo Ofício 604/2015-TCU/SeinfraHidroferrovias (peça 32), datado de 13/7/2015.

Em específico, procurou-se, com a referida fiscalização, obter informações a respeito da atual situação dos procedimentos regulados pelos Editais 6 ao 11/2014: se já houve entrega de projetos em algum deles; se não, por que não houve entrega no prazo estipulado pelos editais e quais foram as medidas tomadas pelo Ministério a respeito.

O objeto dessa instrução se constitui na análise dos argumentos apresentados pelo corpo técnico do Ministério acerca das irregularidades das alíneas ‘a’ a ‘f’, bem assim da proposição de medidas para saneamento dos autos.

EXAME TÉCNICO

Em resposta à oitiva promovida por esta Secretaria, por meio do Ofício 0520/2014-TCU/SefidTransporte (peça 9), datado de 24/10/2014, o Ministério dos Transportes apresentou tempestivamente as informações e/ou esclarecimentos solicitados, por meio do Ofício 715/2014-SE/MT, de 28/11/2015, que encaminhou a Nota Técnica 29/2014/Decon/SFAT/MT, de 26/11/2015, constantes da peça 25.

Nessa seção, cada alínea que compõe a oitiva será analisada separadamente. Logo, primeiramente far-se-á a apresentação dos argumentos oferecidos pelo MT seguida da respectiva análise e proposta de encaminhamento.

Antes, vale ressaltar que, após a inspeção realizada no MT no dia 16 e 17/7/2015, foi possível obter informação sobre as autorizações dadas no âmbito dos PMIs regulados pelo Editais 6 ao 11/2014, conforme segue abaixo:

Edital de Chamamento Público de Estudos 6/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 273/2014): prorrogado consecutivamente pelas Portarias MT 140, de 9/7/2015, e 237, de 1º/9/2015, até 30 de outubro. Houve a apresentação de estudo pela Triunfo Participações e Investimentos S.A;

Edital de Chamamento Público de Estudos 7/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 274/2014): prorrogado pela Portaria MT 22, de 18/2/2015, até 30 de junho, mas não houve apresentação de estudos, motivo pelo qual a portaria tornou-se ineficaz pelo decurso do prazo;

Edital de Chamamento Público de Estudos 8/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 275/2014): prorrogado pela Portaria MT 22, de 18/2/2015, até 30 de junho, mas não houve apresentação de estudos, motivo pelo qual a portaria tornou-se ineficaz pelo decurso do prazo;

Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 276/2014): prorrogado consecutivamente pelas Portarias MT 140, de 9/7/2015, e 202, de 7/8/2015, até 30 de setembro. Devido às diretrizes governamentais relacionadas ao Programa de Investimentos em Logística - Segunda Etapa (PIL 2), por meio do Comunicado Relevante 19/2015/CSF/MT, ficou facultado às empresas autorizadas a entrega de estudos apenas do trecho Estrela d'Oeste/SP - Três Lagoas/MS. Em vista disso, houve a entrega de apenas um estudo pelas empresas Zetta Log S.A, Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A e a Concremat Engenharia e Tecnologia S.A. em associação. Tal estudo foi escolhido como o vencedor do PMI (Despacho do Ministro de 13/11/2016).

Edital de Chamamento Público de Estudos 10/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 277/2014): prorrogado pela Portaria MT 22, de 18/2/2015, até 10 de agosto, não teve estudos apresentados, motivo pelo qual a portaria perdeu eficácia por decurso do prazo;

Edital de Chamamento Público de Estudos 11/2014 (Autorizações de Estudos dada pela Portaria MT 278/2014): prorrogado consecutivamente pelas Portaria MT 22, de 18/2/2015, e 203, de 7/8/2015, até 31 de outubro. Houve a entrega de apenas um estudo pela Estação da Luz Participações Ltda.

Portanto, dos seis editais que foram abertos pelo MT, apenas três tiveram estudos entregues: Editais 6, 9 e 11/2014.

Dessa forma, as irregularidades apontadas nessa Representação poderão apenas ensejar responsabilização quanto a esses editais acima referenciados, em vista de que os outros, por não terem sido prorrogados, não poderão criar situações jurídicas que impliquem em ilegalidade, ilegitimidade ou antieconomicidade para a administração pública.

Ausência de critérios objetivos de julgamento e de cálculo da remuneração da melhor proposta (alínea 'a')

O MT alegou que o processo de seleção e julgamento é baseado em critérios claros e de conhecimento geral, mesmo se tais critérios forem definidos durante o processo.

Esclareceu que a definição prévia de critérios rígidos não é só prescindível como danosa ao resultado do processo. Isto porque seria apenas durante a elaboração dos estudos que tanto a administração pública, no caso representada pela comissão de seleção instituída pela Portaria MT 272/2014, quanto o setor privado poderiam ter conhecimento que os levassem a compreender com detalhes quais os elementos dos estudos são os mais relevantes.

Como exemplo, explicou que para uma dada ferrovia uma maior quantidade de pontos de sondagem poderia ser o fator preponderante para a qualidade do estudo. Já, para outra, essa variável poderia não ser tão relevante, quer seja pela maior quantidade de obras de arte especiais, quer seja pela maior homogeneidade geológica do trecho.

Logo, explicou que a adoção prévia e detalhada de critérios de julgamento poderia estabelecer metodologia que não seja a mais adequada para julgamento do tipo de projeto pretendido.

Com relação ao cálculo da remuneração, informou que os atos da comissão de seleção são expressamente motivados em pareceres específicos, como a Nota Técnica 2/2014/CSF/MT, de 28 de agosto de 2014, que analisou os custos envolvidos em estudos similares aos que eram objeto de PMI. Consignou que tal nota teria considerado 'os preços praticados no mercado para a elaboração de estudos de porte e complexidade similares'.

Ademais, adicionou que na referida nota a comissão informou que:

(...) na definição do valor máximo para ressarcimento levou em consideração: (i) a possibilidade de variação no dimensionamento de equipes e expertise, como resultado de eventual inovação apresentada pelo interessado; (ii) a possibilidade de variação no dimensionamento de equipes e expertise, como resultado de eventuais alterações de escopo exigidas pela comissão de seleção no curso do processo; e (iii) o prêmio de risco para acomodar incertezas inerentes ao processo, como a incerteza da concessão e de ser selecionado para eventual ressarcimento dos estudos.

Análise

De antemão, deve-se ter em mente que qualquer procedimento administrativo deve obedecer aos princípios constitucionais administrativos, tanto os explícitos - a saber, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, da publicidade e da eficiência - quanto os implícitos.

Os princípios constitucionais implícitos da administração pública estão disciplinados no art. 2º da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Dessa feita, para que o PMI respeite o ordenamento jurídico em vigor, faz-se necessário que os critérios de julgamento dos estudos/projetos sejam claros, restando indiscutível a finalidade do procedimento administrativo, resguardando o interesse público e a segurança jurídica dos atos praticados pela administração.

Os critérios também precisam ser objetivos. A subjetividade não encontra guarida no ordenamento vigente, haja vista não se coadunar com os princípios da impessoalidade, por ferir a isonomia, e o da moralidade a que se deve obedecer.

Por último, devem ser detalhados previamente no documento basilar do procedimento administrativo em referência, a saber, o Edital de Chamamento Público de Estudos, de forma a se respeitar o caráter moral, impessoal e público do procedimento.

Conforme já foi visto no [Acórdão 3.474/2006-TCU-Primeira Câmara](#):

A decisão subjetiva é rechaçada pelo ordenamento jurídico, que impõe o julgamento objetivo e a vinculação ao edital, em homenagem aos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

Nada obstante, não é o que se consegue observar quando se defronta com o texto dos referidos editais. Conforme se verifica no item 5,

5 Da Avaliação e Seleção dos Estudos

5.1 A avaliação dos estudos apresentados será realizada por comissão de avaliação indicada pelo Ministério dos Transportes, que deverá considerar, para a seleção do estudo a ser utilizado na futura ferrovia, os seguintes critérios:

- a. consistência das informações que subsidiaram sua realização;
- b. adoção das melhores técnicas de elaboração, segundo normas e procedimentos científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor técnica aplicável ao setor;
- c. compatibilidade com as normas técnicas emitidas pelo Ministério dos Transportes, Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e demais agentes do setor, bem como à legislação pertinente;
- d. razoabilidade dos valores apresentados para eventual ressarcimento, considerando estudos similares e preços usuais de mercado;

5.2 Com base na análise dos estudos, a comissão selecionará o autorizado cujos estudos serão utilizados como base para a licitação. Não será admitida a combinação de estudos realizados por autorizados diferentes para utilização na licitação.

Na verdade, quando se lê os critérios estipulados no edital, percebe-se que, se forem aplicados, haverá vários estudos/projetos vencedores. Basta que os mesmos sejam consistentes, compatíveis com as normas técnicas em vigor e obedeçam a algum documento que estabeleça as melhores técnicas de elaboração e que seja razoável em seus valores de ressarcimento.

Os critérios de avaliação não podem ser abrangentes a tal ponto de considerar, após escrutínio, vários projetos vencedores do certame. O procedimento deve ser minuciosamente descrito no edital, de forma a diminuir impasses e impugnações posteriores no judiciário. Para isso, deve estipular quais fatores práticos, claros e objetivos serão utilizados para aferir a consistência das informações apresentadas.

Deve-se consignar qual documento identificará as melhores técnicas do mercado para as quais as empresas autorizadas deverão adaptar seus estudos/projetos. Urge-se apontar, identificando-os, todos os documentos que deverão ser obedecidos pelos autorizados.

Deve-se, ainda, estipular que parâmetros serão considerados ao se avaliar a razoabilidade dos valores de ressarcimento solicitados pelos autorizados.

Tão importante quanto isso será a estipulação dos critérios objetivos e claros, definidos previamente, de classificação dos estudos/projetos apresentados.

Não obstante, percebe-se que tais editais carecem de qualquer rigor técnico quanto à avaliação e seleção dos estudos. Os critérios apresentados são vagos, superficiais, em tese, deixando a definição precisa do significado de cada alínea ao arbítrio da comissão julgadora, o que coloca em cheque a isonomia e a impessoalidade de todo o processo e, por conseguinte, o interesse público.

Por meio do sítio eletrônico da ANTT, teve-se acesso ao Comunicado Relevante 1/2014/CSF/MT (peça 28), de 25 de agosto, dirigido aos PMIs ferroviários dos Editais 6 a 9/2014, em que supostamente seria feita a apresentação dos critérios claros, objetivos e minuciosamente definidos de avaliação dos estudos pela comissão de seleção. Ao se analisar os itens de avaliação descritos no referido comunicado, abaixo reproduzidos, percebe-se novamente que os mesmos continuam a carecer de qualquer objetividade e clareza.

Em cumprimento ao estabelecido no artigo 1º, parágrafo 3º da Portaria MT nº 272, de 07 de agosto de 2014, a Comissão de Seleção torna públicos os critérios de avaliação para os estudos previstos nos Editais de Chamamento Público nº 06 a 09/2014:

ESTUDOS BÁSICOS
Estudos Iniciais Cartografia e Geoprocessamento Traçado Geométrico Estudos Geológicos e Geotécnicos Estudos Hidrológicos e Hidráulicos
PROJETO
Terraplanagem Obras de Arte Correntes (OAC) e Drenagem Obras de Arte Especiais (OAE) Superestrutura Ferroviária Interferências e Obras de Arte Complementares Faixa de Domínio Sistemas Ferroviários e Instalações Auxiliares
PLANO DE EXECUÇÃO DAS OBRAS
Condições Locais de Implantação do Trecho Ferroviário Planejamento Executivo Principais Métodos Construtivos Propostos Logística e Apoio Interferências da Execução das Obras com os Sistemas de Transportes
ORÇAMENTO
CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO

Fonte: peça 28

Deve-se pontuar que a definição prévia dos critérios não é danosa para o procedimento, como alegou o responsável. Isso porque, embora cada estudo/projeto possa possuir certas particularidades que o definam de modo único, ainda assim é possível a definição clara dos critérios de julgamento sem perder a adequabilidade da metodologia aplicada para o julgamento.

Utilizando-se do exemplo do responsável, se um projeto será desenvolvido em terreno geologicamente menos homogêneo, poder-se-ia registrar no edital valor mais alto para uma quantidade maior de sondagens. Já para projetos mais homogêneos, a quantidade e a qualidade das obras de arte poderia preponderar.

Claro que isso pressupõe que a administração tenha mínimo conhecimento do ambiente e da região em que será desenvolvido o projeto. Isso poderia ser feito por meio de fase preliminar à publicação do edital em que se abre consulta pública a fim de que todos os interessados apresentem ponderações e considerações a respeito dos critérios a serem sopesados no julgamento e seleção.

De toda sorte, não há como a administração ficar totalmente à mercê do que os autorizatários apresentarem, sob pena de se dar preponderância a fatores não tão relevantes, em vista do significativo desconhecimento da administração pública com relação ao estudo/projeto.

Com relação aos critérios de cálculo da remuneração do estudo/projeto vencedor, novamente os critérios utilizados pela comissão são definidos posteriormente ao edital, não são claros nem objetivos, carecendo de qualquer substância moral ou impessoal que possibilitasse sua efetiva aplicação em prol de julgamento objetivo e isonômico.

Isso porque levar em consideração a 'possibilidade de variação no dimensionamento de equipes e expertise como resultado de eventual inovação apresentada pelo interessado' ou como resultado 'de eventuais alterações de escopo exigidas pela comissão de seleção no curso do processo', conforme citado pelos responsáveis, não diz nada a respeito de como isso foi sopesado. Além disso, o 'prêmio de risco para acomodar incertezas inerentes ao processo, como a incerteza da concessão e de ser selecionado para eventual ressarcimento dos estudos' não foi detalhado. Nem sequer qualquer metodologia de cômputo de análise de risco foi considerada.

Diante da argumentação expendida, propõe-se **determinar ao Ministério dos Transportes que se abstenha de publicar os resultados da seleção dos estudos/projetos entregues no âmbito dos Procedimentos de Manifestação de Interesse regulados pelos Editais de Chamamento Público de Estudos 6 e 11/2014 antes da devida publicação de critérios claros, objetivos e coerentes que serão utilizados para a seleção dos estudos técnicos e para o cálculo do valor de ressarcimento, em obediência aos princípios da competitividade, isonomia, finalidade, moralidade e impessoalidade.**

Em vista de já ter havido a seleção de estudo vencedor no âmbito do Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014, propõe-se **determinar ao Ministério dos Transportes que demonstre ao TCU, no prazo de 15 dias, que a escolha do estudo vencedor ocorreu conforme critérios claros, objetivos e coerentes, em obediência aos princípios da competição, isonomia, finalidade, moralidade e impessoalidade.**

Ademais, deve-se salientar que a publicização de critérios claros e objetivos para julgamento e cálculo da remuneração da proposta vencedora poderá viabilizar a participação no PMI de empresas que outrora não demonstraram interesse na autorização para estudos, em vista das condições anteriores estabelecidas.

Por isso, crê-se também necessário **determinar que o Ministério dos Transportes, após a publicação dos critérios claros, objetivos e coerentes para seleção dos estudos técnicos e para o cálculo do valor de ressarcimento, abra novos prazos razoáveis para que novos interessados, se assim desejarem, possam solicitar autorização para estudos no âmbito dos Procedimentos de Manifestação de Interesse 6 e 11/2014 e apresentar projeto/estudo concorrente aos demais já entregues, a fim de garantir pleno atendimento ao Princípio da Isonomia.**

Por último, propõe-se chamar em audiência os Srs. Jefferson Vasconcelos Santos, Coordenador-Geral de Estruturação de Projetos, e Dino Antunes Dias Batista, Diretor do Departamento de Concessões e Presidente da Comissão de Seleção dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6 a 11/2014, por terem assinado a Nota Informativa 136/2014/Decon/SFAT/MT (peça 26, p. 2-4), de 9/6/2014, pela qual se encaminharam as minutas dos editais para avaliação da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, e o Sr. Daniel Sigelmann, Secretário de Fomento para Ações de Transporte, por ter falhado em seu dever de supervisão hierárquica ao elaborar e assinar o despacho de 9/6/2014 (peça 26, p. 4), no qual se posicionou de acordo com a referida Nota Informativa, elaborada pelos seus subordinados, para que apresentem razões de justificativa ante a ausência de critérios claros, objetivos e coerentes, previamente definidos e devidamente publicizados, para fins de seleção dos estudos técnicos, bem assim para o cálculo do valor do ressarcimento pelos estudos, no Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014, ferindo os princípios da competitividade, isonomia, finalidade, moralidade e impessoalidade.

Ausência de previsão no edital de meios de impugnação e recurso pelos proponentes (alínea 'b')

Alegou que o art. 11, caput, do Decreto 5.977/2006, aplicado analogicamente aos processos de PMI no âmbito das concessões por determinação do TCU ([Acórdão 112/2012-TCU-Plenário](#)), determinava que:

(...) a avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito da comissão não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito.

Análise

Deve-se registrar, de pronto, que o referido documento utilizado para embasar a decisão de não se estipular recursos e impugnações aos diversos atos que compõem o PMI é mero decreto regulamentador.

Sendo assim, tal norma não pode inovar o ordenamento jurídico e deve obedecer a todos os dispositivos das leis promulgadas e da Constituição Federal.

Sabendo que o PMI se constitui em procedimento administrativo sem lei específica a respeito, nesse caso, vale a norma geral, Lei 9.784/1999, que trata dos procedimentos administrativos no âmbito da administração pública federal. Essa Lei estabelece, em seu art. 2º, que a administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...), ampla defesa, contraditório (...).

Tal artigo obedece a comando constitucional disposto no art. 5º, inciso LV, que estabelece:

'aos litigantes em processo judicial ou administrativo será assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.' (grifou-se)

Em consequência dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, o art. 56 da Lei 9.784/1999 assevera que 'das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito'.

Vale registrar que o art. 58 pondera que tem legitimidade para interpor recurso qualquer um que, ao menos, tenha sido atingido indiretamente em seus interesses com a decisão administrativa, além dos cidadãos, organizações e associações que tiverem direitos ou interesses, difusos ou coletivos, atingidos pela medida tomada no âmbito administrativo:

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

- I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;
- II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;
- III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
- IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos. (grifou-se)

Diante da flagrante irregularidade do art. 11, caput, do Decreto 5.977/2006, e com fundamento no art. 250, inciso II, do RITCU, propõe-se determinar ao Ministério dos Transportes que adote, no prazo de 15 dias, as providências necessárias em razão da nulidade do item 5.3 dos Editais 6, 9 e 11/2014 por vício insanável de ilegalidade.

Ademais, em vista da fase adiantada em que se encontram os PMIs regulados pelos Editais 6 e 11/2014, impende-se determinar ao Ministério dos Transportes que se abstenha de publicar os resultados dos julgamentos dos estudos entregues no âmbito dos Procedimentos de Manifestação de Interesse ainda vigentes (Editais de Chamamento Público de Estudos 6 e 11/2014) antes de abrir prazo razoável para a apresentação de recursos às decisões já tomadas pela administração pública no curso dos certames, em cumprimento ao disposto no art. 58 da Lei 9.784/1999.

Com relação ao Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014, no qual já houve a publicação do estudo vencedor, propõe-se determinar ao Ministério dos Transportes que demonstre, no prazo de 15 dias, que a ausência de previsão recursal no Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014 não ocasionou prejuízo a nenhum princípio administrativo.

Paralelamente, dever-se-ia propor dar ciência à Casa Civil da Presidência da República que o art. 11, caput, do Decreto 5.977/2006 afronta o art. 56, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

No entanto, o mencionado Decreto foi inteiramente revogado pelo Decreto 8.428, de 2 de abril de 2015, o qual dispõe sobre o PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Nesse novo decreto não há vedação aos editais em preverem a interposição de recursos às decisões tomadas no procedimento, motivo pelo qual não se vislumbram medidas adicionais a respeito.

Restrição à competitividade, motivada pela não realização de audiências e consultas públicas (alínea 'c')

O Ministério dos Transportes alegou que houve reuniões com a iniciativa privada e com o próprio TCU em relação ao conteúdo dos Termos de Referência e que tais discussões foram importantes no sentido de entender os tipos de preocupações oriundas da iniciativa privada em relação a projeto de grande vulto dos envolvidos no Programa de Investimento em Logística (PIL).

Nesse sentido, as reuniões foram feitas contando com representantes do Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada (Sinicon), entidade respeitada no setor, possuindo em torno de 450 empresas filiadas.

O objetivo principal das reuniões foi buscar melhor compreensão sobre o entendimento da iniciativa privada em relação aos elementos a serem avaliados na definição dos custos envolvidos na construção de uma ferrovia, considerando a tempestividade e o nível do projeto em questão.

Adicionou, com relação à restrição de competitividade, que, devido à discussão das regras com a sociedade, vinte empresas mostraram interesse nos Chamamentos Públicos, tendo um só Edital recebido 14 manifestações de interesse. Alegou também que não foram somente as empresas ligadas à construção de ferrovias que demonstraram interesse em participar no PMI, mas também empresas operadoras, investidores, usuários e até empresas projetistas.

Registrou que discussão de regras do PMI com a sociedade não alteram a atratividade da concessão, mas o modelo de exploração, o qual, segundo ele, tem sido bem recebido pela iniciativa privada.

Por último, assinalou que a realização de audiências e consultas públicas prévias não constitui procedimento estabelecido no Decreto 5.977/2006. Segundo a nota, a previsão de audiência do art. 68 da Lei 10.233/2001 não teria nenhuma aplicação ao caso das PMIs.

Análise

Sabe-se que a pretensão do MT se constitui na regulamentação de procedimento administrativo inovador, sem precedentes no ordenamento jurídico pátrio, o que, por si só, deveria ensejar cautela por parte desse órgão.

Nesse contexto, a realização de audiências e consultas públicas viria suprir a demanda por participação popular na construção jurídica do referido procedimento. Por meio dessas, seria possível colher a opinião e a expertise de todos os setores da economia que serão afetados, direta e indiretamente, pela introdução do novo tipo de certame, a fim de torná-lo o mais isonômico, impessoal e, conseqüentemente, mais próximo do atendimento ao interesse público.

Assim, apesar de o citado artigo referir-se a alterações de normas administrativas e a iniciativas de projetos de lei no âmbito da ANTT, no caso, entende-se que seria recomendável que a introdução de novo procedimento, como o PMI, o qual pode trazer grande impacto na forma pela qual a administração pública obterá os projetos de infraestrutura, ensejasse a realização de audiências públicas prévias.

Adicionalmente, a Lei 9.784/1999 estabelece regulamentação mais ampla sobre o assunto.

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado. (grifou-se)

O referido normativo estabelece que, a critério da autoridade, diante da relevância de matéria, poderá realizar consultas, audiências públicas e outros meios de participação dos administrados na construção das medidas a serem tomadas.

Resta limpo que a questão envolve alto grau de incerteza e, conseqüentemente, de riscos para todas as partes e administração, haja vista o ineditismo da utilização do referido instrumento para regular a elaboração de estudos e projetos de infraestrutura que terão impacto significativo em toda a matriz econômica nacional, bem assim por ensejar grande impacto no erário, haja vista os valores previstos de gastos com tais projetos, na ordem de centenas de bilhões de reais no horizonte próximo.

Como exemplo, poder-se-ia argumentar que a realização de tais audiências poderia viabilizar, por meio do debate, a participação de empresas projetistas de menor porte, de modo que essas possam competir com as grandes empresas da construção civil em pé de igualdade, em prol da ampliação da competitividade do certame.

Com relação à alegação de que teria havido reuniões com o Sinicon com intuito de debater o conteúdo dos Termos de Referência, deve-se pontuar que não basta chamar apenas uma entidade do setor para discutir o assunto, ainda que essa tenha grande quantidade de filiados.

Por isso, a audiência somente será pública quando a divulgação for ampla, dando possibilidade para todos aqueles que queiram participar e contribuir, compareçam, na data e local indicados no referido documento.

Ademais, a competitividade só é alcançada, em toda sua plenitude, não quando algumas, ou até muitas empresas, se interessam pelo certame, mas quando as condições de participação, estatuidas no edital, possibilitam que grande parte, senão a totalidade das empresas do setor projetista, tenham condições de concorrer entre si em igualdade de condições. Isso se torna mais importante quando se percebe que o setor de construção ferroviária é propenso a baixa concorrência, visto que poucas empresas participam do mercado, os valores dos projetos são extremamente altos, os investimentos a serem realizados são, em sua maioria, do tipo greenfield, os custos fixos iniciais são elevados e existem outras barreiras financeiras, econômicas e tecnológicas que dificultam a entrada de novos concorrentes.

Portanto, mostra-se imprescindível a realização prévia de tais procedimentos de participação popular, de modo a dar garantias, tanto aos administrados quanto à administração, de que a regulamentação estabelecida de acordo com as conclusões e sínteses de tais reuniões conduzirá da melhor forma possível o modus operandi do instrumento, a fim de atendimento do interesse público, resguardando assim a isonomia, a impessoalidade e a finalidade do procedimento.

Diante da argumentação expendida, propõe-se recomendar a realização de audiências e consultas públicas prévias para debater com a sociedade civil as regras a serem utilizadas em futuros Procedimentos de Manifestação de Interesse, conforme recomendam os arts. 31 e 32 da Lei 9.784/1999, a fim de resguardar os princípios a que a administração está sujeita, tais como o da Isonomia, Moralidade, Impessoalidade e Finalidade.

Quebra de isonomia entre os licitantes devido à possibilidade de o autor do projeto vencedor participar da licitação, à insuficiência nas especificações do estudo e à falta de previsão de acesso a todos os dados produzidos no estudo/projeto vencedor (alínea 'd')

Com relação à inexistência de vedação ao autor do projeto vencedor de participar da licitação, alegou o Ministério dos Transportes que o art. 31 da Lei 9.074/1995 permite que o autor participe, direta ou indiretamente, da licitação.

Alegou que não existiria quebra de isonomia, porque todos os levantamentos, sondagens e demais dados e relatórios embaixadores dos estudos selecionados deverão ser disponibilizados aos concorrentes da futura licitação. Isso seria uma preocupação central da comissão de seleção instituída.

Com relação à necessidade de que o edital preveja a possibilidade de o traçado ser otimizado pelas empresas autorizadas, registrou que o primeiro momento dos estudos previstos nos PMIs é a crítica das diretrizes de traçado indicadas nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) realizados pela ANTT, no caso dos Editais 6 a 9/2014, ou a proposta de pelo menos três diretrizes de traçado, no caso dos editais 10 e 11/2014.

Alegou também que as empresas autorizadas são frequentemente alertadas que faz parte dos trabalhos a otimização dos traçados a partir das diretrizes postas.

Análise

A permissibilidade de o projetista vencedor da PMI participar da licitação da respectiva obra emana da Lei 9.074/1995 que, em seu art. 31, dispõe sobre a faculdade que o administrador público tem sobre tal feito:

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

Ressalta-se, de antemão, que seu permissivo não pode ser aplicado irrestritamente, haja vista a possibilidade de, se aplicado per si, impingir ao procedimento fatores que o condenarão de irregularidades, o que, dessarte, acabará por macular o próprio procedimento e o futuro processo concessório. Isso porque, antes de tudo, a ação da administração deve sempre ser voltada para a satisfação do interesse público. O que não estiver na direção deste deverá ser atacado, revisto, anulado ou revogado por desvio de finalidade precipua.

Portanto, a amplitude de seu alcance impende ser modulada por métodos hermenêuticos que possibilitem sua harmonização com os demais princípios gerais do direito. Em específico, faz-se mister interpretá-lo, tendo em consideração que o ordenamento jurídico é uno e orgânico (método lógico-sistemático), já que 'não se pode conhecer, de modo algum, o Direito, levando em conta uma norma, senão um sistema' (MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Considerações em torno dos princípios hermenêuticos, in: Revista de Direito Público, v. 5, n. 21, p. 141-147, 1972, p. 143).

In casu, o exame de adequação urge pela interpretação restritiva de sua potencialidade de forma a harmonizá-lo com todo o espectro jurídico vigente. Nesse diapasão, as vias da razoabilidade tendem a propor que tal dispositivo seja aplicado apenas quando o interesse público, bem assim princípios administrativos como a Isonomia, Eficiência, Moralidade estejam comprovadamente resguardados. Isso porque tal dispositivo tem natureza de norma de aplicação dispositiva.

Haja vista a condição de superioridade de facto, frente aos demais licitantes, em que se encontra a empresa projetista vencedora, por conhecer todas as nuances e idiosincrasias do projeto elaborado, essa poderá se utilizar de sua expertise específica para obter vantagens para si.

Quando essa vantagem amalgama-se à alienação das equipes técnicas do setor público, que costuma naturalmente surgir de processos como o PMI, em que o setor privado faz praticamente tudo em relação ao projeto, tal conjunção de fatores consolidará o que na literatura especializada costuma se chamar de **assimetria informacional**, em que a diferença de conhecimento sob o processo ou sistema entre as partes possibilita que uma delas - com informações relevantes - consiga extrair vantagens (em que a renda extra pode ser uma delas) da parte desinformada.

Ao apoiar a Administração em atividades críticas, tais como as principais definições quanto aos estudos de viabilidade, a empresa que tiver seus estudos selecionados exerce influência no processo que define os principais aspectos da futura licitação da concessão e garante vantagem informacional em relação a outros competidores, caso venha a participar daquele processo de outorga.

Paralelamente ao problema da assimetria informacional, deve-se pontuar a emergência de **conflitos de interesses** entre as autorizadas e a administração pública. Segundo Thompson, analisando conflitos no setor da saúde:

O conflito de interesse é um conjunto de condições nas quais o julgamento profissional no que tange a um interesse primário (tal como bem-estar do paciente ou validade de uma pesquisa) tende a ser indubitavelmente influenciado por um interesse secundário - tal como ganhos financeiros. (THOMPSON, Dennis F., Understanding Financial Conflicts of Interest, The New England Journal of Medicine, nº 8, 1993, Vol. 329, pp. 573-576, trad. livre)

O maior objetivo de qualquer empresa é maximizar o retorno do capital investido e, com isso, obter o maior lucro possível, a fim de satisfazer os anseios de seus controladores, sejam eles sócios ou acionistas. De outra sorte, o principal objetivo da administração pública em PMIs consiste na obtenção de estudos/projetos claros, consistentes e bem elaborados que possam ensejar a deflagração de licitações efetivamente competitivas e isonômicas, de modo a garantir a adjudicação da concessão/obra à empresa apresentadora da proposta mais vantajosa e com isso possibilitar o atendimento máximo do interesse público.

As empresas que participem de um PMI devem ter como interesse primário vencer a disputa pelo melhor projeto/estudo, visando obter a devida remuneração pela elaboração do projeto/estudo vencedor. No entanto, muitas das empresas que participam do PMI estão mais interessadas na licitação que decorrerá do projeto do que na remuneração que advir do PMI. Dessa forma, as empresas autorizadas farão o possível para garantir - ou ao menos aumentar - as chances de vitória na licitação.

Em vista da assimetria de informações existente, a empresa projetista pode, por exemplo, por meio de modelagem econômico-financeira ineficiente, sob a ótica do interesse público, gerar maiores ganhos econômicos ao bloco empresarial vencedor da licitação. Dessa forma, a empresa projetista vencedora deterá informações sobre o projeto que poderão ajudá-la a vencer a fase competitiva da licitação, mediante a possibilidade de apresentação de lances mais baixos que os concorrentes que não possuem essas informações.

Essa mesma poderá também, ao olhar de uma administração não capacitada para tanto, propor divisão de riscos que favoreça a diminuição das incertezas sobre os retornos do projeto para o parceiro privado.

Com o objetivo de gerar maior rentabilidade para si, o potencial licitante que elaborar os estudos naturalmente vai buscar maximizar suas chances de vencer a licitação da concessão e melhorar a relação risco-retorno do projeto. Ao desenvolver os estudos de viabilidade selecionados pela Administração - que são a base

para a elaboração do edital, contrato e anexos - ele consegue exercer grande influência na tomada de decisão sobre elementos-chave que constarão no contrato e no edital.

Ademais, possível a atuação do projetista na própria fase licitatória a fim de reduzir a competição por meio do estabelecimento de critérios rígidos que impossibilitem desnecessariamente que empresas igualmente capazes de competir venham a efetivamente disputar o certame.

Tal conjunto de atuações oportunistas contra a administração acima referenciadas elucidam outro problema que pode surgir como resultado da assimetria de informações e dos conflitos de interesse existentes entre os participantes: o risco de captura. Segundo Dal Bó, estudando a captura de agências reguladoras:

De acordo com a interpretação ampla, a captura regulatória é o processo pelo qual interesses distintos afetam a intervenção governamental em qualquer das suas formas, a qual pode incluir áreas diversas como dimensionamento de impostos, escolha da política monetária ou externa, ou a legislação afetando pesquisa e desenvolvimento. (DAL BÓ, Ernesto, Regulatory Capture: A Review, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 22, n. 2, 2006, p. 1, trad. livre)

Percebe-se, portanto, que o relacionamento íntimo entre a empresa projetista, que visa apenas maximizar a rentabilidade de sua carteira de investimentos, e a administração pública, conjuntura possibilitada pela estrutura atual do PMI, viabiliza a influência direta sobre o modo de agir da administração pública capturada, a fim de que esta tome medidas em prol da satisfação de interesses que conflitam com o interesse público.

Ademais, deve-se salientar o risco de seleção adversa e de ineficiência do projeto escolhido ao permitir que o projetista vencedor do PMI participe da licitação subsequente. Sabe-se que, basicamente, há potencialmente dois tipos de empresas que poderão participar de PMIs para a apresentação de estudos/projetos: empresas projetistas independentes e empresas construtoras. A princípio, a empresa independente seria a única que poderia ter interesse apenas na confecção do projeto e na conseqüente remuneração pelo projeto, caso se consagrasse vencedora.

Já a empresa construtora só tem interesse marginal no PMI, em face de seu foco estar principalmente na licitação. Portanto, elas estariam dispostas em até diminuir o valor de ressarcimento pelo projeto, para até abaixo do custo real despendido, a fim de se consagrar vencedora no PMI e conseqüentemente deter o controle de todas as nuances e informações estratégicas do projeto a fim de alavancar as suas possibilidades de se consagrar vencedora na licitação.

As projetistas independentes, sabendo disso, teriam dificuldades em competir em preço de ressarcimento com as construtoras, motivo que as faria desistir de participar dos PMIs. Tal conjuntura engendraria a seleção adversa dos concorrentes em prol da participação de apenas aquelas empresas que tenham interesses marginais no PMI, ou seja, os potenciais licitantes. Por conseqüente, o PMI resultaria apenas na confecção de projetos/estudos não otimizados - e, portanto, ineficientes - em vista das vantagens que informações ocultadas (condizentes ao ambiente/espaço em que o projeto será desenvolvido) - e, portanto, não internalizadas na modelagem do projeto/estudo - possam dar à construtora na licitação.

Salienta-se que essas são apenas algumas formas em que, em breve análise, pode-se suspeitar que a empresa formuladora dos estudos, que também é uma potencial licitante, poderia atuar em causa própria, a fim de obter vantagens que a ajude a vencer a licitação. No entanto, faz-se imperioso que a administração avalie profundamente cada PMI, no caso concreto, de forma a garantir que a projetista vencedora não obtenha vantagens indevidas em relação aos possíveis concorrentes da licitação, caso seja permitido que a empresa projetista que teve seus estudos selecionados participe da fase licitatória. Tal avaliação deve sopesar explicitamente todos os argumentos e resultar na disposição nos editais, termos de referência e outros documentos relevantes do PMI de regras claras que mitiguem tais riscos levantados acima e evitem o descumprimento das normas que regem os processos concessórios.

Logo, se for da conveniência e oportunidade da administração pública que a empresa que tiver os estudos selecionados participe da fase licitatória, faz-se necessário que aquela, antes de lançar editais de PMIs, faça análise minuciosa de cada caso concreto, levando em consideração a materialidade do projeto, a sua relevância, bem assim os riscos incorridos na autorização do projetista em participar da licitação, as idiossincrasias do setor ao qual pertence o projeto, entre outros fatores, a fim de se concluir que a participação do projetista não desencadeará riscos à isonomia da licitação e ao interesse público, e que os princípios da Finalidade, Moralidade, Eficiência, entre outros, estejam resguardados. Cabe à administração avaliar e demonstrar que esses riscos estão mitigados, evitando-os por meio da provisão à licitação de regras claras que desloquem de sua condição cuminal a empresa que teve os estudos selecionados em direção ao patamar compartilhado por todos os demais licitantes, de modo a igualá-los em suas possibilidades e expectativas, de acordo com as condições de participação, possibilitando assim a competição aberta e isonômica entre seus participantes.

Feitas as devidas análises, é possível que a Administração verifique que os riscos apontados nesta instrução ensejem a vedação da participação, na licitação da concessão correspondente, da empresa que tiver os estudos selecionados - ou de empresa que pertença ao mesmo grupo econômico. Assim, em razão do disposto no subitem 7.3 dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6 a 11/2014, que autorizam a participação, na futura licitação, das empresas que tiverem seus estudos selecionados, é necessário que essa avaliação de riscos ocorra o quanto antes, a fim de conferir às empresas autorizadas a oportunidade de desistir da entrega dos estudos caso tenham a intenção de participar do certame.

Diante dos relevantes riscos de que eventual assimetria de informação, associada e agravada por um natural conflito de interesses entre o governo e potenciais licitantes, prejudique a isonomia, a ampla competitividade e a impessoalidade dos futuros processos de concessões ferroviárias, entende-se que a decisão da administração, quanto à participação ou não da empresa autora dos estudos selecionados no processo de outorga da concessão, deve ser explicitamente motivada, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, conforme preconiza o art. 50, inciso I, da Lei 9.784/1999.

Isso porque a referida decisão, a ser tomada em definitivo por ocasião da publicação dos editais de licitação, poderá afetar interesses das empresas hoje autorizadas a apresentar os estudos técnicos no âmbito dos PMIs. Além disso, é uma decisão que pode afetar também interesses e aspectos concorrenciais relativos à licitação de cada concessão ferroviária.

Constata-se que a motivação para essa decisão não consta nos documentos que respaldam o processo de PMI. Além disso, a minuta de edital para 'Subconcessão para a prestação do serviço de transporte ferroviário associado à exploração da infraestrutura ferroviária, no trecho compreendido entre Ouro Verde de Goiás/GO e Estrela d'Oeste/SP - Três Lagoas/MS', submetida à audiência pública pela ANTT em 19/11/2016, não contém nenhuma vedação à participação, no certame, da empresa que elaborou os estudos escolhidos pelo MT. Não consta, da documentação disponível sobre a audiência, nenhum esclarecimento ou a devida motivação para essa opção.

No âmbito do presente processo, adicionalmente, os argumentos apresentados até o momento pelo Ministério dos Transportes não foram capazes de afastar o caráter potencialmente restritivo à competitividade das licitações das concessões decorrente da assimetria da informação que pode resultar da modelagem do PMI, agravada pelo conflito de interesses entre a Administração Pública e a potencial licitante.

Em face de todo esse contexto, entende-se pertinente, com fundamento no art. 250, inciso II, do RITCU, e em obediência ao Princípio da Motivação, insculpido no art. 2º da Lei 9.784/1999, determinar ao Ministério dos Transportes que, em conjunto com a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), encaminhe ao TCU, no prazo de 30 dias, os fundamentos jurídicos e técnicos, para cada processo de PMI, em prol da participação ou não, nos processos licitatórios para concessões ferroviárias, de empresas ou grupos econômicos responsáveis por estudos técnicos selecionados no âmbito dos Procedimentos de Manifestação de Interesse dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6, 9 e 11/2014, de forma a demonstrar que os riscos de ocorrência de seleção adversa ou de danos decorrentes de assimetria informacional ou de conflitos de interesses foram devidamente tratados e não comprometerão os Princípios da Isonomia, da Ampla Competitividade e da Impessoalidade que devem reger as futuras licitações, considerando, entre outros:

o risco de que a influência exercida pela empresa que tiver os estudos selecionados, no decorrer do processo de desenvolvimento dos estudos de viabilidade e de elaboração do edital e da minuta contratual, gere para si vantagens informacionais em relação a outros competidores nos processos concessórios;

o risco de que os objetivos das empresas privadas, tais como a maximização do retorno esperado e a minimização do risco, se sobressaiam ao interesse público de que deve se revestir o processo concessório;

o risco de que as soluções de engenharia propostas pela empresa que tiver os estudos selecionados não sejam adequadas, eficientes e econômicas, gerando um excedente econômico indevido resultante do processo de outorga da concessão;

o risco de que os editais e minutas contratuais a serem utilizados nos processos licitatórios contenham obrigações ou exigências que gerem vantagens competitivas indevidas para a empresa que tiver os estudos selecionados ou para empresa do grupo econômico de que ela faça parte;

o risco de que estudos entregues por consultorias independentes sejam preteridos mesmo quando tiverem melhor qualidade, em razão da possibilidade de empresas construtoras tenderem a solicitar menores valores de ressarcimento no âmbito do PMI.

Os aspectos legais e fáticos, bem como os riscos apontados, devem ser considerados pelo Poder Público em sua decisão por autorizar ou não a empresa que elaborou os estudos selecionados a participar das licitações. Assim, deve-se determinar à ANTT que, em obediência ao Princípio da Motivação, consigne expressamente nos futuros processos de concessões ferroviárias, de maneira clara e congruente, os fundamentos da opção por autorizar ou não autorizar empresa ou grupo econômico que tenha elaborado os estudos utilizados pela Administração Pública a participar do processo de licitação da concessão correspondente, de forma a demonstrar que os riscos acima listados foram devidamente eliminados.

Por último, deve-se salientar que a regra hoje presente nos editais de PMI, bem como na minuta de edital de concessão ferroviária submetida à audiência pública em 19/11/2016, constitui na permissividade de participação, na licitação, da empresa que tiver os estudos selecionados. No entanto, uma avaliação ampla das consequências dessa participação, em consonância com o que se propõe determinar acima, pode vir a concluir pela impossibilidade fática de sua permissividade, haja vista, em breve análise, poder afetar princípios ordenadores do direito público como, por exemplo, a isonomia e a impessoalidade que devem revestir os atos e procedimentos administrativos.

De outra sorte, a proibição de participação poderá viabilizar a disputa de empresas que outrora não demonstraram interesse na autorização para estudos, em vista das condições anteriores estabelecidas. A proibição de participação, na licitação, da empresa responsável pelos estudos possibilitaria, a priori, que empresas projetistas menores participassem, eis que as empresas construtoras, geralmente de grande porte, cujo interesse é primordialmente na licitação, perderiam o interesse no PMI.

Por isso, pensa-se necessário também determinar que o Ministério dos Transportes, nos Editais de Chamamento Público de Estudos em que se concluir pela inviabilidade da participação da empresa que teve seus estudos selecionados na licitação da concessão correspondente, abra novos prazos para que outros interessados, se assim desejarem, solicitem autorização no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse e apresentem projeto/estudo concorrente aos demais já entregues.

Descumprimento de determinações e recomendações do TCU (alínea 'e')

Acerca dos descumprimentos às determinações contidas no Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário, o MT apresentou, para os três itens, breves alegações, que serão sintetizadas a seguir.

Sobre a ausência de informação quanto ao bloqueio junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), destacou que no momento da publicação dos Editais de Chamamento não havia definição dos traçados que seriam necessários para proceder aos bloqueios de jazidas. Completou que a preocupação do TCU em relação ao bloqueio das jazidas deveria ser avaliada à luz da alocação de riscos dos futuros contratos, onde os custos unitários e os riscos de suas variações são alocados ao privado.

Em seguida, sobre a obscuridade na metodologia de verificação da capacidade operacional, afirmou, sem apresentar nenhum documento, que os servidores responsáveis pela elaboração do edital já estariam avaliando essa metodologia. Em seguida, ressaltou que os parâmetros a serem utilizados para verificação dos projetos elaborados pela futura concessionária também estão sendo avaliados e que deveriam estar explícitos na minuta de contrato. Concluíram, portanto, que tais pontos somente devem ser avaliados por este Tribunal no edital e/ou no contrato, mas não no âmbito das PMIs.

Acerca da necessidade de especificação dos estudos de engenharia com nível de detalhamento, ressaltou que os PMIs visam detalhar os EVTEAs já elaborados pela ANTT. Sobre o tema, lembrou que a discussão sobre a suficiência do detalhamento dos estudos de engenharia é objeto recorrente das tratativas com os técnicos desta Corte.

Análise

Antes de proceder à análise das alegações, deve-se considerar que o Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário originou-se da avaliação do Programa de Investimento em Logística - PIL Ferrovias lançado em 2012. Há de se destacar que no modelo do referido programa cabia ao Poder Público suportar diversos riscos do empreendimento, especialmente o de engenharia, que o Tribunal buscou mitigar ao prolar citado Acórdão.

Em junho de 2015, o Governo Federal divulgou novo Programa de Investimento em Logística 2 - PIL Ferrovias 2, cujas premissas são conflitantes com aquelas de 2012. Prudente alertar que o Governo ainda não excluiu oficialmente o modelo econômico previsto no PIL Ferrovias 2012, apesar de as condições econômicas brasileiras não mais permitirem a sua evolução.

As principais alterações no PIL Ferrovias 2015 consistem na retomada do modelo vertical de exploração das ferrovias e do maior valor de outorga como critério de licitação. As premissas deste programa foram divulgadas à sociedade, resultando em nova matriz de risco que será encaminhada para análise deste Tribunal.

Quanto às análises da manifestação sobre o descumprimento do referido acórdão, verificou-se que, primeiramente, para o pedido de bloqueio no DNPM das jazidas é fundamental conhecer o traçado referencial da ferrovia, porque a distância entre a jazida e a obra é um dos fatores determinantes para a decisão sobre a sua utilização. Em resposta, o MT afirmou que tem alertado as empresas projetistas sobre a necessidade de otimização dos traçados, mas que somente após os Comunicados Relevantes 10 a 13/2014 é que foram definidas as diretrizes de traçado.

Continuou alegando que nos futuros contratos os custos unitários e os riscos de suas variações seriam alocados ao privado, mas não apresentou qualquer documento ou relatório que delimite ou aprove a matriz de riscos para o novo modelo de concessão. É certo, entretanto, que em ambos os modelos, a redução da assimetria de informações propiciada pelo bloqueio das jazidas ao longo do traçado pode contribuir para a redução dos custos de construção das ferrovias, aumentando a isonomia do processo licitatório.

Considerando que a redução da assimetria de informações promove a isonomia dos participantes e a possível ampliação dos licitantes, julga-se necessário manter, conforme disposto no item 9.4.3 do Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário, a recomendação para que o MT proceda ao bloqueio das jazidas de areia, laterita, brita e cascalho dos traçados previstos nos Comunicados Relevantes 10 a 13/2014 e dos demais que forem de interesse da administração. Entretanto, conclui-se que as alterações promovidas no modelo econômico associadas a uma possível alteração dos traçados referenciais e da matriz de riscos são razões que justificam o monitoramento do cumprimento das determinações e recomendações previstas no Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário somente na entrega do EVTEA definitivo.

Quanto aos indícios de irregularidade na metodologia de avaliação da capacidade, destaca-se que o PIL Ferrovias 2015 excluiu a premissa de remuneração ao privado pelo poder público baseado em tarifa por disponibilização da capacidade operacional (TDCO), portanto, a apontada obscuridade na metodologia de avaliação da capacidade operacional apresenta, agora, baixo risco tanto para o poder público quanto para o licitante. Nesse sentido, é possível concluir que, caso o MT adote o maior valor de outorga ofertado como critério de seleção no modelo verticalizado, esse item perderá seu objeto.

Por outro lado, o MT afirmou em sua resposta que há servidores realizando trabalhos que culminarão na elaboração dos documentos editais, assim como nos parâmetros para as simulações do projeto a ser entregue, sem ter apresentado nenhum documento ou portaria de designação dos servidores responsáveis pelos estudos, desenvolvimento da metodologia de avaliação da capacidade operacional. Portanto, mostra-se oportuno determinar que o MT encaminhe ao TCU, no prazo de 15 dias, relatórios, estudos e avaliações, ainda que parciais, produzidos pela equipe alocada nesses trabalhos, relativos à definição de metodologia de verificação da capacidade operacional.

Quanto à necessidade de licitação com estudos de engenharia com suficiente nível de detalhamento, o MT alegou que os PMIs buscam detalhar os EVTEAs já elaborados pela ANTT. Nesse ponto, merece considerar que o novo modelo de concessão possui menores riscos de engenharia a ser suportado pela administração

que o modelo anterior. Ainda assim, visando reduzir a assimetria de informação existente nesse processo, julga-se necessário oferecer dados suficientes para que possíveis licitantes possam desenvolver o projeto básico e competir de maneira isonômica, nos termos do [Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário](#):

9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II do Regimento Interno do TCU, que nas próximas concessões de exploração de infraestrutura ferroviária:

(...)

9.3.10. somente licite o trecho ferroviário da EF-151, entre Açailândia/MA e Barcarena/PA, bem como os demais trechos do programa de concessões ferroviárias PIL-Ferrovias, com base em estudos de engenharia com nível de detalhamento e grau de precisão suficientes para bem identificar as características de cada projeto;

Uma vez que os estudos de engenharia ainda não foram enviados para análise, vislumbra-se que o determinado no item 9.3.10 do [Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário](#) aplica-se aos EVTEAs que serão derivados das PMIs, portanto, o cumprimento do mesmo deverá ser monitorado no momento do envio desses estudos ao Tribunal para análise do 1º estágio de acompanhamento de que trata a IN/TCU 27/1998.

Por fim, necessário atentar que as alegações encaminhadas pelo MT são apenas descritivas e não foram acompanhadas de nenhum documento, relatório, anexo ou estudo que as suportem. A falta de formalização na definição das políticas públicas por este Ministério foi uma das conclusões do TC 019.059/2014-0, cujo objeto era a avaliação da governança do PIL Ferrovias 2012. Assim como no PIL Ferrovias 2012, as políticas públicas previstas no PIL Ferrovias 2015 devem ampliar o seu grau de governança pública por meio das determinações contidas no [Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário](#).

Insuficiência de prazo para o conhecimento do problema e apresentação de propostas pelos proponentes do projeto (alínea 'f')

Alegou que o prazo era para as empresas apenas manifestarem interesse em participar do processo, sendo que a possibilidade de desistência de tal participação era franqueada a qualquer um a qualquer momento.

Consignou que a comparação do Chamamento Público com uma licitação é inadequada, pois naquele as empresas não possuem custos de desistência como numa licitação.

Aventou que a alegada promoção de ambiente competitivo não deveria encontrar respaldo em um contexto em que os estudos não são de interesse apenas da administração, mas também de cada empresa interessada na licitação da obra, o que, por si só, já motivaria cada uma a desenvolver seu próprio projeto.

Análise

O item 2.3 dos editais estabeleceu prazo de vinte dias úteis para o conhecimento do problema e a apresentação de propostas pelos proponentes, contados do dia 10/6/2014, data da publicação dos editais, a saber:

2.3 Os interessados em participar deverão protocolar, perante o Ministério dos Transportes, em até 20 (vinte) dias úteis contados da publicação deste chamamento, requerimento da autorização prevista no art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Nada obstante, o prazo de vinte dias úteis dado pelo edital pareceu demasiado curto, na ótica da unidade técnica, na instrução anterior, para as empresas interessadas firmarem convicção em participar do certame. Isso porque não há lei regulando especificamente o instrumento do PMI.

Na sua falta, deve-se basear seus regramentos nas leis gerais e nas que poderiam ser utilizadas por interpretação analógica, após análise das similaridades fáticas que existam entre o previsto na lei a ser utilizada por analogia e a situação de aplicação.

Nesse diapasão, pode-se citar a Lei 8.666/1993, a Lei Geral de Licitações, que, em seu art. 13, inciso I, estabelece que:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se **serviços técnicos profissionais especializados** os trabalhos relativos a:

I - **estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;** (grifou-se)

Os estudos e projetos solicitados pelos editais poderiam se enquadrar no conceito de 'serviços técnicos profissionais especializados' da Lei de Licitações. Em vista do valor de custo desses projetos, que podem custar até R\$ 35 milhões, verifica-se, com base no art. 23, alínea 'c' c/c art. 21, inciso I, alínea 'b', que o prazo de recebimento das propostas deveria ser de, no mínimo, 45 dias.

Embora a diferença não enseje, a princípio, problemas graves para a participação dos interessados, seria de bom alvitre que o MT, por meio de audiência pública, regularmente estatuida e devidamente publicizada, pudesse debater com a sociedade civil qual seria o prazo mais razoável para que as empresas, seja qual for o porte, possam firmar convencimento quanto ao respectivo interesse em participar dos chamamentos públicos de estudos.

Ante à argumentação expendida nessa alínea e nas anteriores, a fim de se obterem subsídios quanto ao prazo razoável para as empresas manifestarem interesse em participar dos editais de chamamento público de estudos, propõe-se recomendar ao Ministério dos Transportes que, com base nos arts. 31 e 32 da Lei 9.784/1999, realize audiências e/ou consultas públicas com o intuito de debater com a sociedade civil todas as regras e critérios a serem utilizados em futuros Editais de Chamamento Público de Estudos, de modo a assegurar a isonomia, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e moralidade dos atos praticados pela administração pública nos Procedimentos de Manifestação de Interesse.

CONCLUSÃO

A presente instrução tratou da análise da oitiva prévia encaminhada pelo Ministério dos Transportes (MT) quanto às irregularidades detectadas nos Editais de Chamamento Público de Estudos 6 a 11/2014. Tais editais dizem respeito à regulamentação de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), os quais objetivam obter, do setor privado, estudos/projetos mais adequados, realistas e otimizados para o setor ferroviário, os quais não poderiam ser confeccionados em grau semelhante pela administração pública, devido à alegada ausência de expertise prática e atualização técnica do corpo técnico estatal.

Em resumo, apontou-se que os editais não proviam critérios claros e objetivos de julgamento dos estudos submetidos à avaliação e para cálculo da remuneração do projeto vencedor, e meios de impugnação e recurso às etapas dos procedimentos regulados.

Além disso, consignaram-se possíveis riscos de que os futuros processos de concessões ferroviárias se revestem, em especial os riscos de ocorrência de seleção adversa e de danos decorrentes de assimetria informacional e de conflitos de interesses. Diante disso, foi elaborada proposta de determinação para que o Ministério dos Transportes e a ANTT demonstrem que tais riscos inexistem no caso concreto, a fim de resguardar o Princípio da Motivação e prevenir danos a outros princípios aplicáveis à Administração Pública.

Ademais, apenas a irregularidade que se refere à ausência de critérios claros e objetivos de seleção da proposta vencedora e do cálculo do valor de ressarcimento ensejou chamamento em audiência dos responsáveis (parágrafo 46).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante todo o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

realizar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso IV c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, a audiência dos Srs. Dino Antunes Dias Batista, CPF 258.656.438-35, Diretor do Departamento de Concessões e Presidente da Comissão de Seleção dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6 a 11/2014 e Jefferson Vasconcelos Santos, CPF 524.849.473-72, Coordenador-Geral de Estruturação de Projetos, por terem assinado a Nota Informativa 136/2014/Decon/SFAT/MT, de 9/6/2014, e Sr. Daniel Sigelmann, CPF 021.484.577-05, Secretário de Fomento para Ações de Transporte, por ter falhado em seu dever de supervisão hierárquica ao elaborar e assinar o Despacho de 9/6/2014, no qual se posicionou de acordo com a referida Nota Informativa, pela qual se encaminhou as minutas dos editais para avaliação da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, para que apresentem, no prazo de 15 (quinze) dias, razões

de justificativa ante a ausência de critérios claros, objetivos e coerentes, previamente definidos em edital, para fins de seleção dos estudos técnicos, bem assim para o cálculo da ressarcimento do projeto vencedor, no Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014 (parágrafo 46);

determinar ao Ministério dos Transportes, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do RITCU, que:

em obediência ao Princípio da Motivação, insculpido no art. 2º da Lei 9.784/1999, encaminhe ao TCU, no prazo de 30 dias, os fundamentos jurídicos e técnicos, para cada processo de PMI, em prol da participação ou não, nos processos licitatórios para concessões ferroviárias, de empresas ou grupos econômicos responsáveis por estudos técnicos selecionados no âmbito dos Procedimentos de Manifestação de Interesse dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6, 9 e 11/2014, de forma a demonstrar que os riscos de ocorrência de seleção adversa ou de danos decorrentes de assimetria informacional ou de conflitos de interesses foram devidamente tratados e não comprometerão os Princípios da Isonomia, da Ampla Competitividade e da Impessoalidade que devem reger as futuras licitações, considerando, entre outros:

o risco de que a influência exercida pela empresa que tiver os estudos selecionados, no decorrer do processo de desenvolvimento dos estudos de viabilidade e de elaboração do edital e da minuta contratual, gere para si vantagens informacionais em relação a outros competidores nos processos concessórios;

o risco de que os objetivos das empresas privadas, tais como a maximização do retorno esperado e a minimização do risco, se sobressaiam ao interesse público de que deve se revestir o processo concessório;

o risco de que as soluções de engenharia propostas pela empresa que tiver os estudos selecionados não sejam adequadas, eficientes e econômicas, gerando um excedente econômico indevido resultante do processo de outorga da concessão;

o risco de que os editais e minutas contratuais a serem utilizados nos processos licitatórios contenham obrigações ou exigências que gerem vantagens competitivas indevidas para a empresa que tiver os estudos selecionados ou para empresa do grupo econômico de que ela faça parte;

o risco de que estudos entregues por consultorias independentes sejam preteridos mesmo quando tiverem melhor qualidade, em razão da possibilidade de empresas construtoras tenderem a solicitar menores valores de ressarcimento no âmbito do PMI; (parágrafo 107)

adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias em razão da nulidade do subitem 5.3 dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6, 9 e 11/2014 por vício insanável de ilegalidade; (parágrafo 54)

abstenha-se de publicar os resultados dos julgamentos dos estudos/projetos entregues no âmbito dos Procedimentos de Manifestação de Interesse regulados pelos Editais de Chamamento Público de Estudos 6 e 11/2014 antes da devida publicação de critérios claros, objetivos e coerentes que serão utilizados para seleção dos estudos técnicos e cálculo do valor de ressarcimento da proposta vencedora, em obediência aos princípios da competitividade, isonomia, finalidade, moralidade e impessoalidade; (parágrafo 42)

abstenha-se de publicar os resultados dos julgamentos dos estudos entregues no âmbito dos Procedimentos de Manifestação de Interesse ainda vigentes (Editais de Chamamento Público de Estudos 6 e 11/2014) antes de abrir prazo razoável para a apresentação de recursos às decisões já tomadas pela administração pública no curso dos certames, em cumprimento ao disposto no art. 58 da lei 9.784/1999; (parágrafo 55)

demonstre, no prazo de 15 (quinze) dias, que a escolha do estudo vencedor, no Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014, ocorreu conforme critérios claros, objetivos e coerentes em obediência aos princípios da competitividade, isonomia, finalidade, moralidade e impessoalidade; (parágrafo 43)

demonstre, no prazo de 15 (quinze) dias, que a ausência de previsão recursal no Edital de Chamamento Público de Estudos 9/2014 não ocasionou prejuízo a nenhum princípio administrativo; (parágrafo 56)

abra novos prazos razoáveis, nos Editais de Chamamento Público de Estudos em que for concluído pela inviabilidade da participação da empresa projetista vencedora na respectiva licitação da obra, para que novos interessados, se assim desejarem, possam solicitar autorização no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse e apresentar projeto/estudo concorrente aos demais já entregues, em obediência aos princípios da competitividade e isonomia; (parágrafo 111)

abra novos prazos razoáveis, após a publicação dos critérios claros, objetivos e coerentes para seleção dos estudos técnicos e cálculo do valor de ressarcimento, para que novos interessados, se assim desejarem, possam solicitar autorização para estudos no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse dos Editais de Chamamento Público de Estudos 6 e 11/2014 e apresentar projeto/estudo concorrente aos demais já entregues, a fim de garantir pleno atendimento aos princípios da competitividade e isonomia; (parágrafo 45)

encaminhe, no prazo de 15 (quinze) dias, relatórios, estudos e avaliações, ainda que parciais, relativos à definição de metodologia de verificação da capacidade operacional que será utilizada nas próximas licitações de ferrovias que permitam demonstrar o aumento da governança pública na definição das políticas públicas ferroviárias conforme previsto nas recomendações contidas no Acórdão 1.205/2015-TCU-Plenário; (parágrafo 123)

determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do RITCU, que consigne expressamente nos futuros processos de concessões ferroviárias, de maneira clara e congruente, os fundamentos da opção por autorizar ou não autorizar empresa ou grupo econômico que tenha elaborado os estudos utilizados pela Administração Pública a participar do processo de licitação da concessão correspondente, de forma a demonstrar que os riscos acima listados foram devidamente eliminados, de forma a resguardar o Princípio da Motivação, insculpido no art. 2º da Lei 9.784/1999. (parágrafo 108)

recomendar ao Ministério dos Transportes, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do RITCU, que realize audiências e/ou consultas públicas antes de publicar novos Procedimentos de Manifestação de Interesse, com o intuito de debater com a sociedade civil todas as regras e critérios a serem utilizados nos futuros editais de chamamento público de estudos, - de modo a assegurar a isonomia, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e moralidade dos atos praticados pela administração pública nesses procedimentos, considerando os termos dos arts. 31 e 32 da Lei 9.784/1999, a fim de resguardar os princípios a que a administração está sujeita, tais como o da Competitividade, Isonomia, Moralidade, Impessoalidade e Finalidade. (parágrafo 76 e 136)."

Voto:

Em exame representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Obras Portuárias, Hídricas e Ferroviárias (SecobHidroFerrovia) e pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Transportes (SefidTransporte), com fundamento no art. 237, VI, do RITCU, acerca de possíveis irregularidades, em seis editais de chamamento público, lançados em 10/6/2014 pelo Ministério dos Transportes (MT), para abertura de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), no intuito de obter estudos/projetos que poderão ser utilizados em complemento aos estudos de viabilidade técnica elaborados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), como base para licitações voltadas à concessão de trechos ferroviários que fazem parte do Programa de Investimento em Logística Ferroviária do Governo Federal (PIL-Ferrovias).

A Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidro), responsável pela instrução dos autos, informa que o valor máximo de ressarcimento dos estudos, de que tratam os seis editais, é de R\$ 169 milhões, conforme critério publicado após as autorizações, sendo que tais estudos têm o potencial de nortear a aplicação de aproximadamente R\$ 33,5 bilhões em investimentos para os seis trechos ferroviários.

Conheço da representação, por preencher os requisitos de admissibilidade atinentes à espécie.

Após examinar os elementos obtidos em inspeção e a oitiva dirigida ao MT, a unidade técnica concluiu subsistirem as impropriedades a seguir sintetizadas:

ausência de critérios objetivos para seleção dos estudos técnicos e para cálculo do valor do ressarcimento;

ausência de meios de impugnação das decisões tomadas no âmbito do procedimento;

ausência de realização de audiências e consultas públicas;

possibilidade de o autor do projeto vencedor participar da futura licitação;

descumprimento de determinações e recomendações contidas no [Acórdão 3.697/2013-Plenário](#), atinentes a: bloqueio de jazidas junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral; clareza da metodologia de verificação da capacidade operacional; e detalhamento dos estudos de engenharia; e

prazo insuficiente para conhecimento do problema pelos interessados.

Mais que os apontamentos acima, apurou-se esvaziada resposta do mercado em relação aos seis chamamentos. Foram concedidas autorizações, em média, a doze empresas ou grupos por chamamento, entre as quais operadoras, investidores, usuários e projetistas. Todavia, somente foram apresentados estudos técnicos no âmbito de três chamamentos e, mesmo assim, por uma única empresa ou grupo por chamamento. Ademais, nenhuma das três empresas ou grupos que apresentaram estudos era exclusivamente projetista ou consultora. Eram todos potenciais interessados nas eventuais concessões dos trechos objeto dos estudos, revelando perfil de ação que adiante será objeto de considerações.

Como os seis editais foram elaborados no bojo de Processo de Manifestação de Interesse (PMI), para a formação de convicção a respeito de tais questões, impende, preliminarmente, perscrutar da pertinência prática no atendimento ao interesse público desse especial mecanismo de obtenção de estudos e projetos, que vem sendo largamente utilizado pelo Ministério dos Transportes e pela ANTT, no desenvolvimento de futuras concessões e parcerias público-privadas (PPPs).

II

Em inúmeros julgamentos nesta Corte, tive a oportunidade de explicitar o papel de controle do Tribunal de Contas da União, em relação à totalidade da Administração Federal. O TCU não define política pública, inerente aos estamentos políticos, nem realiza escolhas discricionárias, privativas do administrador, ou delas participa. Ele apenas verifica se as escolhas feitas estão consonantes com a legislação em vigor e, com o suporte fático naquele momento existente, à disposição do administrador, se ele procedeu de acordo com o interesse público. Caso contrário, o órgão de controle estaria a travestir-se em administrador, o que em nenhum momento se pretende.

À identificação de empreendimento de infraestrutura e à decisão de delegar sua exploração à iniciativa privada, mediante concessão ou permissão de serviços públicos, parceria público-privada, arrendamento de bens públicos, ou de concessão de direito real de uso, segue-se a etapa de estruturação, que compreende elaboração de estudos técnicos - engenharia, meio ambiente, demanda etc. - estudos de modelagem econômico-financeira, minutas jurídicas de contrato e do edital de licitação. Somente após o cumprimento dessa etapa, a Administração torna-se apta a apresentar o novo empreendimento ao mercado e a dar início ao procedimento licitatório, etapa que compreende interação com o mercado, com agentes econômicos, aprofundamento dos estudos, definição dos documentos finais da licitação e escolha da melhor proposta, entre as apresentadas, por meio do certame licitatório.

A Administração Pública dispõe, então, de três alternativas para estruturar empreendimentos de infraestrutura: empregar seu quadro de servidores; celebrar contratos com empresas projetistas e de consultoria, para que a apoiem em maior ou menor grau; ou, como é o caso destes autos, autorizar a iniciativa privada para que o faça, por sua própria conta e risco, a partir dos balizamentos por ela previamente estabelecido.

As duas primeiras alternativas enquadram-se no modelo *solicited proposals*, definido pela literatura especializada como procedimento de identificação e preparação de projetos pelo próprio governo, ainda que com o apoio de consultores independentes, normalmente adotado em países desenvolvidos. A terceira enquadra-se no modelo *unsolicited proposals*, adotado em países emergentes, que consiste na transferência ao setor privado da responsabilidade pela preparação dos estudos e projetos em que se basearão futuras licitações e, por vezes, também, pela identificação de novos empreendimentos.

Ao longo dos anos, o Estado brasileiro vem perdendo significativa capacidade técnica de elaboração de estudos e projetos internamente, como bem evidenciam inúmeros processos submetidos à apreciação desta Corte de Contas, com gravíssimas deficiências de forma e conteúdo, o que lhe impõe a busca de soluções fora de seus quadros. Exemplo disso foi a situação do DNER que, de entidade de primeira linha, atravessou período de decadência e esvaziamento, até o seu final desaparecimento e perda de capacidade e conhecimentos acumulados.

A contratação de projetos regida pela Lei 8.666/1993, por sua vez, é pouco atraente ao administrador, haja vista a complexidade do procedimento, a necessidade de indicação de recursos orçamentários que assegurem o pagamento pelos serviços (art. 7º, § 2º, III), a incerteza quanto ao tempo necessário à sua conclusão e a dificuldade de estabelecer condicionantes objetivas que assegurem a contratação de parceiros realmente confiáveis.

Por essas razões, não é de surpreender que o gestor público venha optando pela flexibilidade do PMI, em contraposição à rigidez das contratações administrativas, com fulcro na Lei Geral das Licitações, quando necessita de projetos de infraestrutura. E esta é escolha que incumbe ao administrador, na persecução do interesse público.

Realizada a opção pelas PMIs, há bastante material sobre o tema. Segundo Gustavo Henrique C. Schiefler, em dissertação submetida e aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, *“Procedimento de Manifestação de Interesse é o procedimento administrativo consultivo, sujeito ao regime de direito público, com ênfase para os princípios e valores da Constituição Federal, por meio do qual a Administração Pública organiza em regulamentação a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas, geralmente por via de concessão comum ou de parceria público-privada, requerendo, para tanto, que sejam apresentados estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem que seja garantido o ressarcimento pelos respectivos dispêndios, a adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, tampouco qualquer vantagem formal do participante sobre outros particulares.”* (<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107525/318832.pdf-sequence=1>, acessado em 1º/6/2016, grifo meu)

O autor entende que a juridicidade do procedimento decorre do próprio texto constitucional, uma vez que dá ensejo à concretização de quatro direitos fundamentais do indivíduo: de petição (alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º); de acesso à informação (incisos XIV e XXXIII do artigo 5º), de participação na Administração Pública (parágrafo único e inciso II do artigo 1º e parágrafo 3º do artigo 37) e igualdade (artigo 5º e inciso XXI do artigo 37).

De qualquer sorte, a primeira alusão legal à concessão de autorização ao setor privado para elaboração de projetos de infraestrutura foi o art. 21 da Lei 8.987/1995, Lei Geral das Concessões.

Lei 8.987/1995.

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

Não obstante legalmente admitido desde 1995, o mecanismo ganhou relevância a partir de 2006, com a publicação do Decreto 5.977/2006, que regulamentou a autorização de elaboração, seleção e ressarcimento de projetos, estudos, levantamentos e investigações a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas (PPPs) no âmbito da administração pública federal, prevista no art. 3º, caput e § 1º, da Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs).

Por meio do item 9.2 do [Acórdão 112/2012-Plenário](#), o TCU recomendou ao Ministério dos Transportes *“que utilize, por analogia, os ditames prescritos no Decreto nº 5.977/2006, sempre que conceder autorização para realização por particulares dos estudos técnicos de que trata o art. 21 da Lei nº 8.987/1995”*.

Mais tarde, esta Corte, na forma do item 9.5 do [Acórdão 1.155/2014-Plenário](#), determinou aplicação do Decreto 5.977/2006 às concessões comuns, disciplinadas pela Lei 8.987/1995, *“no que couber”*.

Outro dispositivo legal alusivo à autorização para apresentação de projetos pela iniciativa privada é o art. 2º da Lei 11.922/2009, *in verbis*.

Lei 11.922/2009.

“Art. 2º Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada.”

Em abril de 2015, o Decreto 5.977/2006 foi revogado pelo Decreto 8.428/2015 que, ao dispor sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), ampliou o rol de delegações de serviços públicos a terceiros que podem valer-se dos estudos trazidos pela iniciativa privada por meio PMI, para incluir concessão ou permissão de serviços públicos, arrendamento de bens públicos e concessão de direito real de uso.

Outras importantes inovações trazidas pelo Decreto 8.428/2015 são: permissão para apresentação espontânea de estudos (arts. 3º, *caput* e parágrafo único, e 4º, § 7º); possibilidade de realização de reuniões entre iniciativa privada e poder público durante a elaboração dos projetos (art. 8º); regimento de disponibilização dos estudos aos demais interessados (art. 14); possibilidade de condicionar o ressarcimento dos estudos à sua atualização (art. 4º, § 6º); e faculdade de a iniciativa privada recusar o valor estipulado pelo poder público para ressarcimento dos estudos (art. 15, § 2º).

Além disso, o novo decreto:

- estabelece a obrigatoriedade de fixação, em edital de chamamento público, dos critérios e diretrizes a serem considerados para deferimento dos pedidos de autorização (art. 4º, I, e II, “b” e “e”) e para seleção dos estudos (art. 4º, II, “f”);
- suprime a previsão constante do art. 11 do Decreto 5.977/2006, de não-cabimento de recursos administrativos sobre decisões de mérito no âmbito dos PMIs;
- dispõe que o prazo para requerimento de autorização a partir da publicação do chamamento público não poderá ser inferior a 20 dias (art. 4º, § 3º);
- prevê, em seu art. 18, possibilidade de autores e responsáveis pelo financiamento dos estudos participarem da licitação ou da execução de obras e serviços que neles se basearem, ressalvada disposição em contrário do edital de abertura do chamamento público. Assim, com base no decreto, a regra é participação dos autores ou responsáveis econômicos dos projetos em futuras licitações. Presentes circunstâncias que assim justifiquem, a Administração Pública pode impedir a participação dos autorizados na licitação subsequente.
- desobriga a Administração de levar adiante o empreendimento objeto do estudo selecionado, sem que isso implique em ressarcimento ao autorizado (arts. 6, III e IV, e 7º, II, “a”); e
- faculta aos autorizados, também sem ônus, desistir a qualquer momento de elaborar os estudos (art. 7º, II, “b”).

Mais recentemente, por intermédio da Medida Provisória 727, de 12 de maio de 2016, editada pelo Vice-Presidente da República no exercício da Presidência, o PMI, agora sob o título Procedimento de Autorização de Estudos (PAE), continuou ostentando prestígio como mecanismo de obtenção de projetos para estruturação de empreendimentos de infraestrutura.

O diploma provisório criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

Um elemento central do PPI é a estruturação integrada de empreendimentos, definida pelo artigo 14, § 2º, da MP como *“conjunto articulado e completo de atividades e serviços técnicos, incluindo estudos, projetos de engenharia, arquitetura e outros, levantamentos, investigações, assessorias, inclusive de relações públicas, consultorias e pareceres técnicos, econômico-financeiros e jurídicos, para viabilizar a liberação, a licitação e a contratação do empreendimento, segundo as melhores práticas e com transparência, podendo esses serviços incluir a revisão, aperfeiçoamento ou complementação de subsídios obtidos em trabalhos paralelos ou anteriores”*.

Para realização dos serviços de estruturação integrada de empreendimentos do PPI, a MP 727/2016 prevê duas alternativas:

- utilização de Procedimento de Autorização de Estudos (PAE) sob o regime do artigo 21 da Lei 8.987/1995 (artigo 14, I);
- celebração de contrato de estruturação integrada, por dispensa de licitação, com o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias (artigo 14, II).

A primeira alternativa de estruturação confunde-se com o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) a que venho me referindo neste voto. O Procedimento de Autorização de Estudos (PAE) pode aí ser definido como instrumento de que dispõe o Poder Público para obter estudos, projetos e demais pesquisas necessárias à estruturação de serviços públicos a serem delegados a terceiros, mediante autorização a qualquer interessado privado para que os elabore, por sua conta e risco, devendo os trabalhos acolhidos pela Administração serem ressarcidos ao autorizado pelo futuro delegatário.

Como exceção a essa regra geral, a MP inovou em dois aspectos:

- permitir a qualquer interessado, independentemente de autorização, apresentar projetos, levantamentos, investigações e estudos, vedado ressarcimento na forma do artigo 21 da Lei 8.987/1995, os quais poderão subsidiar procedimento preliminar aberto pela Administração Pública para definição de características básicas de empreendimento (art. 13, *caput*);
- possibilitar, quando previsto em edital de chamamento, expedição de autorização única para realização de estudos de estruturação integrada ou de liberação, desde que o requerimento do interessado inclua renúncia à possibilidade de atuação na licitação do empreendimento (art. 14, § 1º). A contrário senso, em se tratando de concessão de autorização para mais de uma empresa, a regra continua sendo participação do autor dos estudos e projetos na futura licitação.

Com relação à segunda alternativa de estruturação integrada de empreendimentos do PPI, cabe, aqui, abrir parêntesis sobre assunto relevante, em relação ao qual esta Corte precisará debruçar-se sem delongas. Trata-se da autorização dada pelos arts. 16 e 17 da MP 727/2016 para o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) constituir e participar do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias, com natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio do administrador e dos cotistas, com finalidade de realizar a prestação onerosa de serviços de estruturação e de liberação para parcerias de empreendimentos, por meio de contratação direta com a Administração Pública.

A depreender do artigo 16, § 5º, I, da MP, poderão integrar o Fundo, na condição de cotistas, pessoas de direito público, organismos internacionais e pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado, estatais ou não-estatais.

Conforme estabelece o parágrafo primeiro do artigo 17 do diploma provisório, para execução dos serviços técnicos para os quais tenha sido diretamente contratado pela Administração Pública, o Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias poderá utilizar-se do suporte técnico externo de profissionais, empresas ou entidades de elevada especialização. Referido suporte técnico haverá de ser prestado mediante regime de contratação a ser instituído de acordo com a legislação aplicável.

Relevante destacar a exigência estampada no artigo 17, § 2º, da MP de que os contratos de serviços técnicos celebrados pelo Fundo com os profissionais, empresas ou entidades de elevada especialização técnica contenham proibição aos autores dos projetos e estudos, na condição de contratados ou de subcontratados, e seus responsáveis econômicos, de participarem, direta ou indiretamente, da futura licitação para a parceria.

Conquanto, em exame perfunctório, pareça auspiciosa a constituição de Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias, a ser administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente pelo BNDES, exsurtem dos dispositivos mencionados dúvidas quanto à possibilidade de a Administração Pública Federal contratar, sem licitação, fundo privado autônomo para prover serviços especializados de estruturação de empreendimento (art. 16).

Há dúvidas, também, se esse mesmo Fundo, contratado diretamente para prestação de serviços definidos no diploma provisório, possa subcontratar especialistas privados, a partir de regime de contratação a ser instituído nos termos da legislação aplicável (art. 17, § 1º), os quais atuarão sob a coordenação dos agentes públicos do Fundo (art. 17, *caput*). ,

Em princípio, tal subcontratação desnaturaria o próprio instituto da dispensa de licitação, como exceção à regra constitucional, dado o caráter *intuitu personae* dos serviços avançados entre a Administração e o Fundo e a própria finalidade legal específica para a qual foi autorizada a referida contratação direta. Nessa hipótese, indaga-se da própria eficiência e economicidade da subcontratação, na medida em que os próprios serviços terceirizados pelo Fundo poderiam ser licitados pela Administração, a franquear a quaisquer interessados a possibilidade de prestar serviços especializados por preços mais econômicos ao Poder Público.

Pela importância da matéria, sem prejuízo da oitiva dos responsáveis, determino à Segecex que acompanhe os desdobramentos da aplicação da Medida Provisória 727/2016, sua eventual conversão em Lei pelo Congresso Nacional, bem como dos decretos eventualmente expedidos para sua regulamentação, representando a esta Corte em caso de serem identificados indícios de irregularidades.

III

O Procedimento de Autorização de Estudos (PAE) foi acolhido com entusiasmo pela Administração Pública no Brasil e por alguns estudiosos do assunto por várias razões, dentre as quais as seguintes: permitir a estruturação de projetos de infraestrutura mesmo na circunstância de carência de recursos financeiros por parte do Estado; transferir os custos da estruturação de projetos de infraestrutura ao setor privado; facilitar o diálogo entre os setores público e privado durante a estruturação dos projetos e, com isso, melhor alinhar o projeto aos interesses pretendidos; constituir mecanismo mais rápido e flexível que a contratação tradicional; produzir projetos inovadores com maior qualidade e mais condizentes com o interesse dos usuários; reduzir conflitos entre os setores público e privado na implantação do empreendimento, mormente nos casos de estudos elaborados pelo próprio concessionário dos serviços públicos delegados; e contornar a falta de capacidade técnica do Estado para elaborar os projetos de infraestrutura.

Os resultados até agora verificados, entretanto, estão bem aquém dos esperados. A experiência mostra que a utilização do mecanismo na preparação de projetos de infraestrutura apresenta consideráveis riscos. Não por menos que, em alguns países, o PMI é expressamente proibido, ou, ao menos, não possui previsão legal, como é caso do Reino Unido, Canadá e União Europeia (vide o estudo *“Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil”*, de Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues, ambos da Área de Estruturação de Projetos do BNDES, disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/redeppp/docs/TD-PMI-1.pdf>, acessado em 6/6/2016).

O primeiro risco diz respeito à **baixa conversão de PMIs em contratos assinados**, que parece advir direta e inevitavelmente das características do mecanismo, ao menos da forma como vem sendo regulamentado e aplicado no país.

No Brasil, os procedimentos de manifestação de interesse ganharam força nos últimos anos. Estima-se que, atualmente, até 50% dos projetos de infraestrutura das três esferas de governo sejam lançados por meio de PMIs. O grande número de editais de chamamento, porém, não encontra correspondência com o número de contratos assinados.

Ao fim do procedimento, o Poder Público, que pretendia evadir-se dos custos de estruturação dos empreendimentos, mesmo sem obter os estudos pretendidos, acaba dependendo recursos públicos consideráveis na elaboração de estudos prévios; no estabelecimento do escopo, premissas e diretrizes do procedimento; e no acompanhamento e apoio às empresas autorizadas.

Conforme gráfico seguir, elaborado com base em dados de 311 editais de chamamento de PMIs publicados desde 2013 pela União, Estados e Municípios, levantados pela empresa Radar de Projetos (<https://www.radarppp.com>), especializada no mercado em inteligência de informações sobre projetos de infraestrutura, somente 7 PMIs foram convertidos em contratos assinados de concessão ou de PPP. Ainda que se considere somente o exercício de 2013, tendo em vista o prazo médio de 21 meses para conclusão dos procedimentos informado pelos responsáveis pelo referido banco de dados, o percentual de sucesso é de, somente, 7,7%.

Tais resultados não chegam a surpreender. Estão em consonância com os resultados registrados no âmbito internacional. Conforme o estudo *“Estruturação no Brasil e os Procedimentos de Manifestação por Interesse”*, de Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues, ambos da Área de Estruturação de Projetos do BNDES, disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/redeppp/docs/TD-PMI-2.pdf>, acessado em 2/6/2016:

*“Ao contrário dos países de referência, as nações em desenvolvimento, em função das dificuldades na contratação de consultores e da falta de capacidade técnica e financeira, têm utilizado em larga escala o mecanismo denominado *unsolicited proposals*, que no Brasil recebe as denominações de *Processo de Manifestação de Interesse (PMI)* e *Manifestação de Interesse Privado (MIP)*. Segundo esses modelos, o governo autoriza uma ou mais empresas (em geral, potenciais licitantes) a realizarem todos os estudos necessários para iniciar o procedimento licitatório. Desse modo, a responsabilidade pela preparação do projeto é transferida para o mercado privado. Entretanto, os resultados obtidos no Brasil e em outros países em desenvolvimento têm sido insatisfatórios. A maioria dos projetos não é licitada e, dos poucos que chegam à fase final de licitação (leilão), não se verifica concorrência pelo projeto [Pereira (2013) e World Bank (2014)].”* (grifei)

No já mencionado estudo *“Estruturação de Projetos de Infraestrutura: Experiência Internacional e Lições para o Brasil”* (disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/redeppp/docs/TD-PMI-1.pdf>, acessado em 2/6/2016), os mesmos autores proclamam desanimadores resultados práticos alcançados com o PMI em outros países. Informam que, apenas, 4% dos projetos das *unsolicited proposals* analisados pelo Banco Mundial, relativos a 21 países subdesenvolvidos, chegaram à fase final de licitação. No Chile, dos quase 400 projetos apresentados por proponentes privados até 2012, apenas 18 tinham sido licitados, e mesmo assim somente depois de muito tempo e quase sem concorrência. Na Coreia do Sul, proponentes originais venceram cerca de 90% das licitações de propostas não solicitadas, enquanto nas Filipinas isso ocorreu em 92% das licitações. Em Taiwan, em apenas um procedimento, entre 29, houve mais de um licitante.

Conforme os aludidos especialistas, após experimentar falta de competição em diversos projetos elaborados por meio de PMI, a Coreia do Sul vem promovendo e priorizando o modelo de *solicited proposals*, para que o próprio governo passe a identificar e preparar os projetos, ainda que com o apoio de consultores independentes.

A principal razão da diminuta efetividade do PMI parece ser o expressivo risco a ser assumido pelos interessados de, mesmo após terem sido autorizados pelo Poder Público, gastarem tempo e recursos para elaborarem estudos que não serão selecionados e, portanto, não serão objeto de ressarcimento, ou realizar estudos que, selecionados, ainda assim não serão ressarcidos, ou serão ressarcidos em valor insuficiente para retribuir os esforços empreendidos.

Os seguintes fatores, extraídos da formatação normativa adotada no Brasil pelo Decreto 8.428/2015, contribuem para avultar o risco de participação no procedimento:

- prazo mínimo de apenas 20 dias para apresentação de requerimento de autorização (art. 4º, § 3º), a contar da publicação do edital de chamamento, insuficiente, portanto, para avaliar o problema e apurar de custos e riscos da tarefa, mormente em se tratando de estudos complexos;
- a competição entre os interessados após as etapas de desenvolvimento e entrega dos estudos, quando já incorridos os custos de preparação do projeto;
- expedição pelo poder público das autorizações para elaboração de estudos, sem exclusividade, a todas as pessoas físicas e jurídicas que cumpram os critérios estabelecidos no edital de chamamento (arts. 4º, I e II, “a” e “b”, 5º e 6º, I);
- ausência de previsão de ressarcimento para projetos não selecionados (arts 6º, IV e 15);
- possibilidade de a Administração Pública recusar todos os projetos apresentados (art. 12, § único);
- o Poder Público tem faculdade de revogar todas as autorizações conferidas a qualquer tempo, ainda que os estudos estejam prontos ou se encontrem em fase elaboração, por mera perda de interesse, sem que isso implique ressarcimento dos valores despendidos pelas autorizadas (art. 7º, II, “a”, e 3º);
- no que concerne aos projetos selecionados, o ressarcimento não é uma certeza, mas mera possibilidade, haja vista que a Administração Pública pode, a seu critério, não adotá-los no futuro certame (arts. 11, 16 e 17), revogar as autorizações a qualquer tempo por perda de interesse (art. 7º, II, “a”), além da possibilidade de a licitação não lograr sucesso (art. 17);
- concluída a seleção, a Administração Pública poderá exigir alterações dos estudos e do projeto de estruturação (arts. 4º, § 6º e 15, § 5º);

- não há segurança de que o valor de reembolso será suficiente para cobrir os custos de preparação dos projetos, tampouco para remunerar pelos riscos assumidos (art. 15, caput e §§ 1º e 2º);
- não há previsão normativa de correção monetária do valor arbitrado até o efetivo recebimento; e
- concorrência desigual entre empresas interessadas em participar da licitação da concessão ou da parceria público-privada (PPP) e as empresas estruturadoras independentes, que acabam alijadas do procedimento.

No caso destes autos, foram conferidas autorizações para apresentação de estudos/projetos a, em média, 12 interessados, sendo o valor de ressarcimento de um deles arbitrado em quase R\$ 34 milhões (peça 46).

Sobre o último fator de risco arrolado acima, empresas interessadas em explorar os empreendimentos de infraestrutura incorreriam nos custos de elaborar de estudos/projetos mesmo que não participassem da PMI, ao menos em parte, porquanto precisariam obter conhecimentos aprofundados do objeto para se capacitarem a apresentar propostas nos futuros certames de delegação de serviços públicos. Além disso, esses custos não são tão representativos quanto se toma como referência os valores envolvidos nas concessões e PPPs de infraestrutura.

Por fim, a elaboração dos estudos/projetos pode-lhes conferir grande vantagem competitiva na licitação, por deterem informação privilegiada do objeto, bem assim permitir-lhes auferir maior rentabilidade no futuro empreendimento, haja vista a possibilidade de influir na definição do projeto de engenharia e das regras contratuais, sobretudo em razão de assimetria de informações entre o ente privado e o poder público.

Apenas excepcionalmente, uma empresa privada, cujo negócio consista, tão somente, na estruturação de empreendimentos se disporá a assumir custos de elaboração de estudos e projetos, chegando, em algumas situações, a despender dezenas de milhões de reais, como é o caso destes autos, dada a baixa probabilidade de obter o ressarcimento das despesas incorridas.

Desta forma, incapazes de assumir tamanho risco e cientes de suas desvantagens em relação a investidores interessados em explorar o futuro empreendimento, os consultores e projetistas acabam alijados do PMI.

Pesa também para a baixa efetividade dos PMIs a ausência de compromisso de entrega de estudos pelo autorizado, que pode, a qualquer tempo, desistir da autorização (art. 7º, II, “b”), sem qualquer ônus.

A questão da baixa efetividade dos projetos estruturados por meio de PMI se mostra ainda mais dramática quando se leva em conta o fato de o seu acompanhamento e avaliação sorverem recursos humanos e financeiros do Estado, ainda que as PMIs não resultem em contratos, sendo que o Poder Público optou pelo procedimento justamente em decorrência da escassez desses recursos.

Além disso, diferentemente do que ocorre nos países desenvolvidos, os projetos estruturados por meio de PMI no Brasil são justamente aqueles considerados prioritários e já constantes de seu plano de investimentos, que ficarão sobrestados enquanto o governo mantiver expectativa de êxito do procedimento.

No estudo “*Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*”, financiado pelo Programa de Fomento à Participação Privada, parceria entre o *International Finance Corporation* - IFC, o BNDES e o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, (disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/7211/1/Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20de%20projetos%20de%20PPP%20e%20concess%C3%A3o%20no%20Brasil_P.pdf, acessado em 2/6/2016), afirmam os seus autores:

“A regra [nos países de referência] é que a origem dos projetos ocorra dentro do setor público, estando inserida e concatenada com os instrumentos de planejamento setorial existentes. O mesmo é verdade em relação à estruturação do projeto, que também é conduzida pelo setor público - ainda que contando com o apoio de consultores especializados e formas variadas de interação com o setor privado.

(...)

A presunção quase universal [nos países de referência] é que a originação dos projetos ocorra dentro do setor público. O mesmo é verdade em relação à estruturação do projeto, que é integralmente feita por técnicos do governo, ainda que contando com o apoio de consultores especializados e formas variadas de interação com o setor privado.”

Nas economias emergentes aqui examinadas, por outro lado, o recurso a propostas iniciadas pelo setor privado é amplo e bem aceito. O mesmo se dá em relação a confiar o desenvolvimento do projeto a investidores privados que, em geral, são depois recompensados por esse esforço de alguma forma. De fato, o setor público não apenas estabelece procedimentos para o reembolso dos custos de desenvolvimento do projeto, como dá vantagem ao proponente original no processo licitatório, como visto aqui para os casos do Chile e da Colômbia.”

Outro grave risco que decorre do PMI, principalmente em se tratando de estruturação de projetos de infraestrutura complexos, é a possibilidade de os autores dos estudos/projetos que sejam interessados na exploração do empreendimento ostentarem **posição privilegiada na captação de informações para a futura licitação**, em comparação com o ente público responsável e com os demais concorrentes. Trata-se da possibilidade de assimetria de informações e de conflitos de interesse que podem efetivamente comprometer a economicidade do empreendimento, com nítida vantagem para o empreendedor privado e prejuízo para o Poder Público.

Conforme os excertos acima transcritos, nos países de referência, a iniciativa e a estruturação dos projetos de infraestrutura estão, em regra, a cargo de técnicos do governo, ainda que tais agentes públicos qualificados contem com o auxílio de consultores especializados. Para tanto, esses países mantêm corpo técnico altamente qualificado e com conhecimento setorial capaz de dialogar com o setor privado.

Há, portanto, claríssima dualidade na metodologia de identificação e estruturação de empreendimentos, empregada nos países ricos e nos países em desenvolvimento. Nos países que optam por transferir a estruturação de projetos para o setor privado, por sua vez, é clara a tendência de negligenciar a formação de quadros especializados próprios, ou, quando existentes, negligenciá-los, como visto no exemplo do DNER. E tal procedimento constitui deliberada política de governo que deve persistir por décadas, para desmantelar a capacidade interna de estruturação de projetos.

Ao assim fazê-lo, a Administração Pública passa a depender, inexoravelmente, do setor privado, no mais das vezes representado por potenciais licitantes, para preparar o projeto e apoiá-la durante todo o procedimento licitatório. Não raro, o autorizado possui objetivos opostos aos do governo, tendentes à maximização do seu lucro, e acaba induzindo à elaboração de projetos de engenharia caros e regras contratuais que não privilegiam a concorrência, nem maximizam o bem-estar da sociedade.

A assimetria das informações entre autorizado, governo e demais interessados na futura licitação cria a possibilidade de o primeiro direcionar, a seu favor ou a favor de associados, as premissas do projeto e as regras que regerão a licitação e o futuro contrato.

Entre as vantagens que podem ser indevidamente obtidas destacam-se: repartição desequilibrada dos riscos do empreendimento; estabelecimento de menores níveis de investimento ou de maior remuneração; obstrução à participação de potenciais licitantes mediante requisitos de qualificação prescindíveis; adoção de soluções de engenharia para as quais apresente alguma vantagem competitiva e ocultação de informações relevantes à análise da rentabilidade do empreendimento.

O setor privado tem como objetivo primordial a maximização do lucro e não o interesse público. É principalmente esse conflito de interesses que levou os governos de países desenvolvidos a proibirem ou limitarem fortemente a estruturação de projetos por agentes privados. Ingenuidade crer que o autorizado e potencial licitante conduza a soluções que melhor alcancem o interesse público, sem considerações de realização de lucro máximo no futuro empreendimento, nem de aumento de suas chances de êxito no certame.

Pela sua pertinência com o tema, transcrevo o trecho a seguir, do já mencionado estudo “Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento”:

“Neste contexto, a literatura clássica que aborda os temas regulação e contratação pública destaca que a assimetria informacional - que ocorre quando o governo não conhece integralmente as características do projeto e a eficiência das firmas, não observando o nível de esforço que elas realizam - permite às empresas extrair uma renda de sua interação com o Estado (Laffont e Tirole, 1993). O tamanho da renda assim extraída será tão mais elevado quanto maior for a assimetria informacional. No caso em questão, isso irá aparecer na forma da apropriação pelo privado de uma maior parcela do total criado pelo projeto. Essa lógica se aplica da mesma forma aos projetos de concessão estruturados por meio do modelo de autorização. Em síntese, quando a empresa tem mais informação que o governo sobre o projeto, ela é capaz de obter rendas informacionais, definidas como lucros excedentes ao que teria se essa assimetria não existisse.” (grifei)

Conquanto mitigado, esse viés subsiste latente ainda no caso de o autorizado estar impedido de participar da futura licitação. Bem verdade que estruturadoras independentes são movidas pelo ressarcimento do projeto/estudo e pela obtenção de boa reputação, com que possam aumentar suas chances de serem novamente selecionadas no futuro. Todavia, não se deve menosprezar a real perspectiva de captura da estruturadora independente, por investidores interessados na implantação do futuro empreendimento, nem de existência de vínculos entre eles, desconhecidos pela Administração.

Todavia, a formação ou a recuperação de quadros técnicos, capazes de estruturar projetos e estudos de boa qualidade, é política pública que envolve trabalho de décadas, o que parece não ser atualmente imperativo de governo.

IV

De acordo com o art. 21 da Lei 8.987/1995, cabe ao vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes aos estudos, investigações, levantamentos e projetos de utilidade para a licitação, realizados com autorização do público:

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

O art. 2º da Lei 11.922/2009, por sua vez, estabelece que o procedimento a ser estabelecido pelo executivo para percepção desses estudos deve estimular a apresentação de projetos pelo setor privado, cujos custos de elaboração correrão por sua conta custo e o risco:

“Art. 2º Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada.”

Com fulcro nos dispositivos acima, o Governo Federal expediu o Decreto 8.428/2015, estabelecendo o procedimento a ser observado pela Administração Pública Federal na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, contendo dispositivo que atribui ao vencedor da licitação o ressarcimento dos custos com elaboração dos projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados pela Administração Pública:

“Art. 16. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionado.”

Ainda que possa parecer que o PMI, com a contornos conferidos ao mecanismo pelo Decreto 8.428/2015, não onera o Erário, por caber à futura concessionária ou parceiro privado a responsabilidade pelo pagamento dos estudos/projetos elaborados sob risco de um ente, a rigor não é isso que ocorre.

O ressarcimento ao autor do estudo/projeto, assim como todas as demais despesas incorridas em razão do empreendimento, compõe a planilha de custos do licitante que, impulsionado pela ótica capitalista, somente destinará recursos ao empreendimento se acreditar que obterá retorno compatível com o capital investido. Quanto maior o capital empregado, compreendendo custos com estudos/projetos, menor o valor ofertado pela outorga ou maiores as tarifas postuladas, por mais que tais custos sejam marginais em relação ao valor total do empreendimento.

Além disso, há possíveis reflexos decorrentes do risco de superestimação dos valores de investimento, também baseados nos aludidos estudos, que possam diminuir o valor da outorga, em razão da já mencionada assimetria de informações.

Desta forma, o ônus decorrente da utilização de estudo/projeto obtido na forma do art. 21 da Lei 8.987/1995, em licitação de concessão ou PPP, será, indiretamente, suportado pelo Erário ou por toda a sociedade.

Além disso, os estudos/projetos obtidos por meio de PMI destinam-se a servir de base para a delegação de um serviço público, o que evidencia a presença de relevante interesse público.

Mesmo que se reconheça ser subjacente à instituição do PMI o estabelecimento de procedimento mais ágil que o disciplinado pela Lei Geral das Licitações, com o objetivo de facilitar a obtenção de estudos/projetos pelo setor público, a presença de interesse público relevante e o ônus indiretamente arcado pelo Erário ou pela sociedade atraem, inexoravelmente, os princípios que orientam a atuação da Administração Pública e, em especial, as diretrizes principiológicas das contratações públicas, entre os quais se destacam os princípios da moralidade, publicidade, do julgamento por critérios objetivos, isonomia, competitividade, seleção da proposta mais vantajosa, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório.

Nessa toada, não há como fugir ao fato de que o procedimento estabelecido pelo Decreto 8.428/2015, ainda que faça referência à autorização, regula espécie de contratação pública.

Na forma aduzida neste voto, o atual modelo de contratação de estudos e projetos estabelecido pelo Decreto 8.428/2015, em apreciação preliminar, aparenta ostentar contornos não-isonômicos, de potencial frustração ao caráter competitivo do certame, de comprometimento dos princípios da moralidade e impessoalidade da licitação, além de não favorecimento à realização de contratações potencialmente vantajosas sob a ótica do interesse público.

Contribui, ainda, para essa crítica ao atual modelo a ausência de marco legal que possa regulamentar a forma de contratação pelo PMI, observados os preceitos reitores da licitação pública insculpidos no *caput* art. 37 da Constituição Federal. Parece-me questionável o fato de que, a partir de autorização genérica conferida pela legislação e sem balizamento legal, possa o executivo, mediante expedição de decreto regulamentar, disciplinar procedimento de ajuste, contendo disposições dissonantes com princípios basilares atinentes às regras de contratações do poder público.

A função dos decretos regulamentares é descer às minúcias necessárias de pontos específicos, criando os meios necessários à fiel execução da lei, não lhe sendo lícito, por conseguinte, contrariar disposições da legislação, ou inovar o direito, em contrariedade a princípios estabelecidos na Carta Magna.

Em que pesem as limitações intrínsecas dos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), destacadas neste voto e evidenciadas em estudos que versam sobre a experiência nacional e internacional, corroboradas a partir dos editais de chamamento de que tratam estes autos, impende levar em conta que alguns empreendimentos, com grande importância social, hoje em andamento, poderiam não ter ocorrido não fossem o mecanismo.

A título de exemplo, cito os projetos do Aeroporto Regional da Zona da Mata; do Centro de Gestão Integrada do Distrito Federal; dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo; do Corredor da PR-323, PRC-487 e PRC-272; do esgotamento sanitário de Paraty, no Rio de Janeiro, e de Serra, no Espírito Santo; da Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos de Salto; das linhas 18 e 6 do Metrô de São Paulo; da Nova Fábrica de Produção da FURP; da Ponte Estaiada sobre o Rio Cocó; do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas; do Sistema Produtor Rio Manso em Minas Gerais, do Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos na RMBH em Minas Gerais; das Unidades de Atendimento Faça Fácil no Espírito Santo; do veículo leve sobre trilhos dos Município do Rio de Janeiro e do Eixo Anhanguera em Goiás, apenas citando PPPs assinadas a partir de 2013 que passaram por PMI, conforme informação fornecida ao meu gabinete pela radarppp.com1.

Ademais, a inclusão do PMI entre as ferramentas de que dispõe o Poder Público para obter estudos e projetos necessários a estruturação de concessões e de PPPs constitui clara opção do Congresso Nacional, com a sanção da Presidência da República, ao publicar a previsão normativa contida nos arts. 21 da Lei 8.987/1995 e 2º da Lei 11.922/2009.

Em vista da opção do legislador e em reconhecimento à premência de viabilizar empreendimentos de infraestrutura, em período que requer projetos capazes de estimular os investimentos do setor privado, bem mais profícuo a opor-se ao mecanismo é esta Corte valer-se dos instrumentos conferidos pela legislação para autorizar sua utilização desde que ajustada aos ditames que regem o exercício da Administração Pública e suas contratações, sem cercear a outorga de autorizações a partir de rigor formal excessivo ou do uso de analogias que o tornem letra morta.

Nesse ponto, coloco-me em plena consonância com o Ministro-Substituto Weder Oliveira, relator da proposta não acolhida pelo Colegiado por ocasião da prolação do [Acórdão 1.155/2014-Plenário](#), na parte em que afirma que não se trata de o TCU “*acabar com o modelo das autorizações previstas no art. 21 da Lei 8.987/1998, mas dotá-lo de maior legitimidade, afastar os questionamentos hoje existentes que pairam sobre o processo e viabilizar o integral atendimento dos objetivos do poder concedente quanto à obtenção de estudos por meio desse instituto*”.

Igualmente importante o TCU tomar parte na discussão que já vem sendo travada na literatura especializada sobre como tornar o PMI instrumento efetivo, para melhor contribuir com o desenvolvimento da infraestrutura do país e o bem-estar da população.

Por essas razões, julgo apropriado avaliar os aspectos de conformidade jurídica do atual quadro normativo referente ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) em processo apartado de levantamento de auditoria, a ser atuado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidro), a fim de melhor aquilatar as questões técnicas e de aderência legal e constitucional aqui levantadas.

Determino, assim, que, no novo processo, seja, desde logo, promovida a oitiva da Secretaria-Executiva do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, do Ministério dos Transportes e da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para, querendo, manifestar-se acerca dos riscos e questionamentos legais e as sugestões de melhoria da atual moldura do PMI, apresentadas no item a seguir.

V

As sugestões que se seguem foram colhidas do estudo “*Aspectos legais da experiência brasileira na modelagem de concessão e propostas para melhorar as normas vigentes*”, de Vera Monteiro, dos demais estudos mencionados neste voto, ou por mim aduzidas, com base no estudo do processo e da instrução transcrita no relatório.

Entre as soluções apontadas por especialistas para diminuir o risco de elaboração de estudos/projetos assumido pelo setor privado no âmbito de PMIs e, reflexamente, aumentar a probabilidade de êxito do procedimento, destacam-se:

- ressarcimento dos estudos já realizados, caso o governo desista do empreendimento no curso do PMI;
- antecipação de ressarcimento; prazo para conhecimento do problema compatível com a complexidade dos estudos pretendidos;
- previsão normativa de correção monetária;
- seleção de empresas autorizadas a elaborar projetos complexos, a partir da apreciação de pré-projetos e/ou de qualificação da empresa projetista/estruturadora, por critérios pré-estabelecidos, em vez de seleção de projetos;
- arbitramento de valor de reembolso que inclua margem de lucro compatível com a natureza do serviço e com os riscos envolvidos; e
- proibição de os autores dos projetos participarem do futuro certame licitatório para, entre outras razões, desenvolver o mercado de empresas especializadas estruturação de projetos;

No intuito de aumentar as chances de obtenção de estudos ao final do procedimento, informam Camacho e Rodrigues (*in* “*Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil*”) que o Chile exige garantia financeira do ente privado autorizado a apresentar estudos técnicos.

Segundo alguns especialistas, a limitação do número de autorizadas, em se tratando de projetos complexos, é absolutamente imprescindível, para não exceder a capacidade de a Administração participar efetivamente da elaboração dos projetos e de analisá-los a contento.

Além disso, parece-me contrariar a racionalidade econômica, o Poder Público, com o desiderato de poupar seus recursos, desperdiçar montante bem maior de recursos privados, requerendo a execução, em paralelo, de várias modelagens completas de projeto de concessão/PPP para, ao final, apenas uma delas ter serventia. É evidente que não realizariam os entes da iniciativa privada investimentos vultosos, dentro de um quadro em que a recuperação desses investimentos pareceria um jogo de loteria.

A limitação ao número de autorizadas não se aplica aos casos de PMIs que digam respeito, somente, a aspectos pontuais da futura outorga, numa espécie de consulta ao mercado, hipótese em que pode ser mais interessante ao poder público obter número maior de projetos/estudos para, a partir de diferentes avaliações, cenários, informações e soluções, pinçar os elementos que repute mais adequados à estruturação do empreendimento a ser licitado.

Unânime a percepção de especialistas na matéria de que, para assegurar a qualidade dos estudos e projetos oferecidos pelo setor privado, o Poder Público precisa manter em seus quadros corpo técnico qualificado e com conhecimento setorial, para ser capaz de dialogar com os autorizados durante a elaboração dos estudos/projetos e, posteriormente avaliar os resultados.

Necessário, também, que os novos empreendimentos estejam inseridos no planejamento estratégico nacional de longo prazo, voltado às concessões e parcerias público-privadas, cujas prioridades tenham sido definidas com participação dos investidores privados, de potenciais beneficiários diretos e indiretos e da sociedade. É preciso tornar claras, aos investidores e à própria Administração, as prioridades do Poder Público e os rumos das políticas dirigidas ao setor, para conferir previsibilidade às ações do governo e maior segurança aos investidores.

Outra sugestão que me pareceu interessante, apresentada pelos autores do estudo “*Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*”, é restringir a PMI a projetos pontuais em que, reconhecidamente, haja um componente de inovação ou ineditismo.

No mesmo sentido, Camacho e Rodrigues registram no estudo “*Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil*”:

“Em tese, o mecanismo das unsolicited proposal aplicado nos países em desenvolvimento teria a mesma função que nos países de referência, ou seja, trata-se de um mecanismo que deveria ser utilizado de maneira pontual em projetos inovadores, não identificados previamente pelo governo e caracterizados por elementos de propriedade intelectual.

(...)

Já em outros países como Austrália e Nova Zelândia, as unsolicited proposals são permitidas apenas em circunstâncias excepcionais. Em casos tais, o objetivo é promover inovações na forma de novos conceitos e tecnologias. Por isso, geralmente são caracterizadas por propriedade intelectual e tecnologia única. Esses projetos não podem integrar a carteira de projetos do governo, ou seja, aqueles que são considerados prioritários pelo governo não devem ser preparados pelo mercado. Por causa dos problemas de assimetria de informações e dos conflitos de interesses, estabeleceu-se que esses projetos não podem comprometer o orçamento público. Após receber e analisar a unsolicited proposal, o governo, muitas vezes, inicia negociação direta com o privado que apresentou a proposta. Considerando seu caráter único, assume-se que o projeto não seria passível de competição [NSW Government (2012); NSW Parliamentary Research Service (2013); New Zealand Government (2013b)].” (grifei)

Aduzem os mesmos autores, no já citado estudo “*Estruturação no Brasil e os Procedimentos de Manifestação por Interesse*”, que:

“A lição que países desenvolvidos trazem é a de que projetos prioritários devem ser preparados pelo governo, com o apoio de consultorias independentes, ou seja, devem-se promover as solicitadas propostas. Para isso, é necessário que se fortaleçam as instituições, com o desenvolvimento de sua capacidade interna, e que os governos disponham de mecanismos eficientes para contratar as melhores consultorias independentes no mercado.” (grifei)

Daí ser imprescindível, para que a autorização do art. 21 da Lei 8.987/1995 resulte em bons projetos, o poder público dispor de corpo técnico qualificado, com conhecimento setorial e aptidão para dialogar com o mercado privado, como também, quando necessário, recorra à expertise de consultores contratados. É preciso que o Poder Público conte com servidores e contratados no transcorrer das fases de elaboração do edital, de acompanhamento, avaliação e seleção dos estudos e de arbitramento do valor do ressarcimento.

Necessário ainda a Administração Pública limitar, a partir de critérios objetivos previamente estabelecidos, o número de autorizados, para que, efetivamente, seja capaz de acompanhar, contribuir e avaliar os estudos.

Além disso, cumpre ao Poder Público, preliminarmente à abertura do edital de chamamento do PMI, preparar estudos técnicos robustos sobre o futuro empreendimento. Nessa etapa, julgando conveniente, tem possibilidade de abrir consulta pública para colher ponderações e considerações dos interessados, a respeito dos critérios a serem sopesados no julgamento e seleção do PMI.

Com essa perspectiva, afirmam Camacho e Rodrigues no estudo *“Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil”*, o governo da Coreia do Sul elabora seu próprio estudo para compará-lo com o realizado pelo privado e o do Chile analisa e aprofunda os estudos apresentados pelo privado.

Nesse sentido também os excertos a seguir, extraídos do referido estudo:

“(...) o governo precisa desenvolver estudos de viabilidade robustos, a fim de mitigar a potencial assimetria de informações entre as partes. Entretanto, para elaborar esses estudos, o governo depende: (i) do desenvolvimento de expertise interna em infraestrutura; e (ii) da contratação de consultores externos com expertise técnica, financeira e jurídica.

(...)

Em razão da diversidade, da complexidade e da especificidade dos assuntos tratados, dificilmente o governo estará de posse de todo o conhecimento necessário à estruturação do projeto. Por isso, é importante contratar consultores externos nas áreas técnica, financeira e jurídica, o que possibilita a elaboração de estudos de viabilidade mais robustos.” (grifei)

VI

Voltando ao exame dos casos concretos apresentados pela unidade técnica, conforme consignado no preâmbulo deste voto, a instrução transcrita no relatório apresenta impropriedades em seis editais de chamamento público para elaboração de estudos de viabilidade técnica com intuito de subsidiar a implantação de infraestrutura ferroviária, lançados em 10/6/2014 pelo Ministério dos Transportes.

Propõe a unidade instrutiva ouvir em audiência servidores do Ministério dos Transportes, pela ausência de critérios claros, objetivos e coerentes, previamente definidos no edital, para fins de seleção dos estudos técnicos e o cálculo do ressarcimento do projeto vencedor.

Com relação aos demais apontamentos, propõe a revogação dos editais de chamamento e, por conseguinte, das contratações deles decorrentes ou, a depender do estágio em que se encontram, a adoção de medidas corretivas preliminarmente à publicação do julgamento.

De acordo com a SeinfraHidro, foram entregues os estudos autorizados nos chamamentos 6, 9 e 11/2014. As autorizações conferidas no âmbito dos demais chamamentos tornaram-se ineficazes pelo decurso do tempo.

Dois dos estudos entregues foram *“considerados vinculados à concessão e de utilidade para a licitação”*, ou seja, aprovados (editais 9 e 11 - vide item 13.d da instrução transcrita no relatório e peça 46). Ao menos até 4/5/2016, o estudo relativo ao chamamento 6 ainda não havia sido aprovado.

Ponho-me em consonância com a unidade instrutiva quando afirma que os editais apresentam critérios vagos e superficiais de seleção de estudos técnicos e de cálculo do ressarcimento, circunstâncias que obstam a definição do projeto vencedor e o valor da restituição, aumentando o risco de impasses e de impugnações no Judiciário.

É incompatível com ordenamento jurídico brasileiro conferência de tão ampla discricionariedade à comissão julgadora. Os princípios constitucionais que regem o exercício da Administração Pública, com destaque à isonomia, impessoalidade, moralidade e segurança jurídica, reclamam existência de critérios prévios, claros e objetivos, pelos quais a comissão julgadora possa pautar suas decisões.

Como demonstrado pela unidade instrutiva, ainda que cada estudo/projeto possua particularidades que o definam de modo único, é possível estabelecer critérios sem perder a adequabilidade da metodologia aplicada para julgamento.

Há que se considerar, entretanto, em benefício dos gestores, o pouco amadurecimento da jurisprudência e da doutrina pátrias sobre a matéria, justamente o que se busca superar com o presente processo.

No âmbito do TC [012.687/2013-8](#), ao apreciar representação que questionava a regularidade da Portaria SEP/PR 38, de 14/3/2013, responsável por conferir autorização, com exclusividade, para a Estruturadora Brasileira de Projetos S.A.-EBP, com fulcro no art. 21 da Lei 8.987/1995, para realizar estudo de viabilidade técnica e econômica concernentes à concessão de portos organizados e arrendamentos portuários, o Tribunal preferiu o [Acórdão 112/2012-Plenário](#), recomendando ao Ministério dos Transportes *“que utilize, por analogia, os ditames prescritos no Decreto 5.977/2006, sempre que conceder autorização para realização por particulares dos estudos técnicos de que trata o art. 21 da Lei n° 8.987/1995”*.

Pelo que pude divisar a partir da pesquisa da jurisprudência do TCU, foi no âmbito do processo acima que esta Corte, pela primeira vez, questionou ausência de divulgação prévia de critérios de avaliação e seleção de estudos, conforme item 9.2.7 do [Acórdão 3.362/2013-Plenário](#).

Ocorre que a questão não constou da deliberação de mérito adotada posteriormente no processo, por meio do [Acórdão 1.155/2014-Plenário](#), que se limitou a recomendar à Casa Civil da Presidência da República a regulamentação do art. 21 da Lei 8.987/1995 e, justamente, a lhe determinar *“que oriente os órgãos da administração pública a, caso pretendam emitir novas autorizações antes de ser editada a regulamentação referida no item anterior, adotem, no que couber, as disposições do Decreto nº 5.977/2006”*.

A propósito, por ocasião da prolação do [Acórdão 1.155/2014-Plenário](#), foram feitas considerações a respeito do PMI, principalmente nos votos do Ministro Zymler e do Ministro-Substituto Weder de Oliveira. Todavia, tais considerações não buscavam aquilatar o mecanismo em si, mas tão somente contextualizar os fatos questionados pela unidade técnica.

Não se perquiriu a licitude do PMI como mecanismo de obtenção de projetos e estudos. Não se questionou sua efetividade nem a possibilidade de instituição, por decreto, de regime de contratação que resulta em realização de gasto público em violação a ditames que regem o exercício da Administração Pública e suas contratações. Não se tratou da possibilidade de o autor dos projetos/estudos participar da licitação que neles se baseará.

Debatia-se, essencialmente, a respeito de suposto favorecimento à EBP, adequação dos valores fixados para ressarcimento e ausência de publicidade e de divulgação prévia dos critérios de avaliação e seleção dos estudos, havendo também menção a deficiências dos projetos apresentados pela empresa.

Prevaleceu o entendimento de que o interesse público seria melhor atingido com o aproveitamento dos estudos apresentados, sem prejuízo de adoção de medidas para aprimoramento do procedimento, entre as quais se destacam **determinações para adoção, no que couber, do Decreto 5.977/2006, que regulamenta o art.**

21 da Lei 8.987/95 no âmbito das PPPs, até superveniência de regulamentação específica, bem assim para fundamentação do cálculo do ressarcimento dos valores dos estudos técnicos selecionados (item 9.3.3.1, c/c o 9.5 do Acórdão 1.155/2014-Plenário).

Ao prolatar o Acórdão 273/2016, nos autos do TC [014.414/2015-5](#), que tratava de editais de PMI lançados pelo Governo Federal para subsidiar a modelagem de concessões de aeroportos, as atenções desta Corte estavam dirigidas à ausência dos critérios de avaliação e seleção dos projetos, nos editais de chamamento, em inobservância do entendimento firmado pelo Tribunal por meio do item 9.3.I do [Acórdão 1.155/2014-TCU-Plenário](#).

Diversas outras deliberações fizeram alusão a PMIs, todavia, no mais das vezes, tratando de questões sem relação direta com o mecanismo.

Pois bem, os editais de chamamento de que tratam estes autos, assim como inúmeros outros publicados pelo executivo federal posteriormente à recomendação do TCU, transcrevem incisos do art. 10 do Decreto 5.977/2006, que, segundo o normativo, contém os “critérios” para “avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados, parcial ou integralmente, na eventual licitação”.

Oportuno registrar a prevalência no Executivo, ainda hoje, do entendimento de que o PMI constitui procedimento administrativo destinado a obtenção de estudos/projetos que não onera a Administração e é dotado de ampla discricionariedade administrativa, consistindo, por conseguinte, em mecanismo rápido, barato e flexível de obtenção de projetos/estudos. Ainda que tal entendimento reclame reparos, havemos de sopesar, em benefício dos responsáveis, que por ocasião da publicação dos editais a jurisprudência desta Corte não havia nem mesmo sinalizado em sentido contrário.

Somente recentemente, com o Acórdão 273/2016, proferido em 17/2/2016 nos autos do TC [014.414/2015-5](#), esta Corte adotou decisão de mérito determinando, neste caso à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, a inclusão em PMIs, “no próprio instrumento convocatório, de maneira clara e objetiva, os critérios a serem utilizados na avaliação e seleção dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos”.

Na oportunidade, o Plenário também deu ciência à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República de que “a mera reprodução literal do art. 10, incisos I a V, do Decreto 8.428/2015, por si só, nos editais de Procedimento de Manifestação de Interesse, não atende aos requisitos de clareza e objetividade inerentes aos critérios de avaliação e seleção dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos”.

A mesma deliberação determinou à secretaria da aviação que, em futuros PMIs, a secretaria presidencial “proceda à divulgação do valor calculado para ressarcimento pelos projetos elaborados e da respectiva memória de cálculo, a ser fundamentada em dados objetivos, vinculados aos respectivos custos de elaboração dos estudos, incluindo margem de lucro compatível com a natureza do serviço e com os riscos envolvidos, e baseados em preços de mercado para serviços de porte e complexidade similares, nos termos do item 9.3.1 do Acórdão 1.155/2014-Plenário”.

O [Acórdão 273/2016-Plenário](#) também foi o primeiro que pude identificar prescrevendo inclusão, em editais de chamamento de PMI, dos critérios para cálculo do ressarcimento de estudos selecionados.

Cabe consignar que nenhum agente público foi responsabilizado na ocasião.

No que concerne ao questionamento da unidade instrutiva relativo à ausência de meios de impugnação das decisões tomadas no âmbito do procedimento, o Decreto 5.977/2006, cuja adoção foi, como já mencionado, recomendada e posteriormente determinada pelo TCU, dispõe que “A avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações no âmbito da comissão não se sujeitam a recursos na esfera administrativa quanto ao seu mérito”.

O normativo não dispõe sobre prazo para a iniciativa privada apresentar solicitação de autorização para realização de estudos, não prevê audiências e consultas públicas e autoriza, expressamente, participação dos autores ou responsáveis economicamente pelos estudos na eventual licitação ou execução de obras ou serviços.

Aliás, conforme expus neste voto, é imanente o risco de restrição à competitividade das licitações realizadas com base em projetos/estudos obtidos mediante PMI, ao menos na modelagem conferida ao mecanismo pelo Governo Federal.

Em que pesem as deficiências dos seis editais referidos pela unidade instrutiva, aqueles instrumentos foram elaborados com base no Decreto 5.977/2006, normativo cuja observância foi orientada pelo TCU.

Ademais, parte das deficiências foram superadas, ou pelo menos mitigadas, com a edição do Decreto 8.428/2015, mediante estabelecimento de obrigatoriedade de fixação, em sede do edital de chamamento público, dos critérios e diretrizes a serem considerados para deferimento dos pedidos de autorização (art. 4º, I, e II, “b” e “e”) e para seleção dos estudos (art. 4º, II, “f”); supressão da previsão de não cabimento de recursos administrativos sobre decisões de mérito; e estabelecimento de prazo mínimo de 20 dias para requerimento de autorização (art. 4º, §3º).

Por tudo isso, tendo em vista não haver notícia de inconformismo quanto à avaliação e a seleção de projetos, nem evidências de má-fé ou prejuízo ao Erário, considero que os fatos narrados não dão ensejo a apuração de responsabilidade e, ao menos por ora, os estudos técnicos acolhidos no âmbito dos Editais 9 e 11 devem ser preservados.

Sem embargo, determino ao Ministério dos Transportes que apresente ao TCU, no prazo de 15 dias, os fundamentos técnicos da decisão de acolhimento dos referidos estudos e a metodologia de cálculo dos ressarcimentos, bem assim as medidas tomadas, em observância aos princípios da isonomia, transparência, ampla competitividade, impessoalidade e seleção da proposta mais vantajosa, que deverão reger as futuras licitações de concessões, para evitar os riscos decorrentes de assimetria informacional e de conflitos de interesses, levando em conta que os estudos acolhidos foram apresentados por potenciais licitantes.

Com relação ao estudo apresentado no âmbito do Edital 6/2014, ainda não selecionado, em anuência ao propugnado pela unidade instrutiva, determino ao Ministério dos Transportes que publique critérios claros, objetivos e coerentes para seleção dos estudos técnicos e para o cálculo do valor de ressarcimento, abra novos prazos, proporcionais à complexidade dos estudos/projetos pretendidos, para que novos interessados, se assim desejarem, solicitem autorização para elaborar e apresentar projetos/estudos concorrentes ao já entregue.

Por consectário lógico, enquanto não cumprida a determinação e avaliados os estudos eventualmente recebidos, o MT deve abster-se de publicar despacho indicando o projeto vencedor e o valor da restituição.

Por fim, ponho-me de acordo com a unidade técnica, no que tange ao apontamento relativo ao descumprimento de determinações e recomendações contidas no [Acórdão 3.697/2013-Plenário](#) e adoto o encaminhamento proposto.

Com essas considerações, incorporo às minhas razões de decidir os fundamentos constantes da instrução oferecida pela SeinfraHidro, no que não colidem com este voto, e proponho que o Tribunal adote o acórdão que submeto à deliberação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de julho de 2016.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator

Data da sessão:

20/07/2016

Ata:

28/2016