

KAREN CAMPOS FARALLI

**A INTENSIDADE DO CONTROLE DAS DECISÕES DISCRICIONÁRIAS DA ANTT
PELO TCU**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Marcos Augusto Perez

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

KAREN CAMPOS FARALLI

**A INTENSIDADE DO CONTROLE DAS DECISÕES DISCRICIONÁRIAS DA ANTT
PELO TCU**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração: Direito do Estado, subárea: Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Associado Marcos Augusto Perez. Versão corrigida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Faralli, Karen Campos
A intensidade do controle das decisões
discricionárias da ANTT pelo TCU ; Karen Campos
Faralli ; orientador Marcos Augusto Perez -- São
Paulo, 2023.
188
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2023.

1. Controle externo. 3. Intensidade de controle.
4. Tribunal de Contas da União. 5. Exame de edital
não publicado. I. Perez, Marcos Augusto, orient. II.
Título.

FARALLI, Karen Campos. **A intensidade do controle das decisões discricionárias da ANTT pelo TCU**. 2023. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Aos meus pais e irmão, por tudo. Sempre.

AGRADECIMENTOS

Dizia Vinícius de Moraes que não andava só. Que só andava em boa companhia. Que posso fazer se eu também? Embora ausente o violão, as páginas que se seguem foram minha canção e a poesia, ah... essa ficou por conta de cada palavra e gesto de incentivo que recebi de quem me acompanhou até aqui. Se a execução de um trabalho dessa natureza é solitária, certamente a minha caminhada não foi. E à generosidade de tais pessoas, meu agradecimento neste espaço é pouco. Mas, certa de que a vida há de se encarregar de que a energia seja um dia retribuída, resta-me apenas externalizar a gratidão que de mim transborda.

Aos meus pais, Miguel e Patrícia, e ao meu irmão, Gregório, o obrigado é sempre reiterado. Nos momentos de maior incerteza, a certeza de vocês me animou a prosseguir e olha onde chegamos!

Ao Daniel, por compreender exatamente a natureza do desafio que me coloquei, ser meu maior viabilizador de tempo e, principalmente, aconchegar nos momentos mais tortuosos do trajeto. Também por ouvir frases desconexas, ideias incompletas e ainda assim acreditar que eu estava no caminho.

À Gabriela Nunes Francisco, pela amizade milenar e pelo compartilhamento de parte da minha história de vida que gerou as sementes que florescem agora.

À Mayara Rodrigues Ribeiro, pelo cuidado a qualquer tempo. Seu reconhecimento e estímulo são um presente muito valioso e sincero.

Ao Professor Marcos Augusto Perez, agradeço a oportunidade ímpar que me conferiu de ingressar no programa de pós-graduação. Mas, mais do que isso, e sob um aspecto maior, por abrir caminhos a novas formas de pensar o direito administrativo, arrojadas e conectadas com a realidade.

Aos colegas de pós-graduação, Bianca Correia, Lucas Módolo, Bruno Lauer e Anna Beatriz Savioli, com os quais dividi monitorias e contei com apoio ao longo dos anos. À Bianca, em especial, pela prontidão e auxílio na reta final da maratona, sempre com palavras de incentivo.

À Alessandra Wainstein, quem, ao longo do período, jamais repreendeu minhas dificuldades. Ao contrário, acolheu-as.

Às minhas chefes, Dra. Cristiana de Castro Moraes e Rosy Maria de Oliveira, pela compreensão e colaboração em favor do desenvolvimento desta dissertação. O trabalho certamente é manancial rico, muito propício a inúmeras perguntas e respostas que se apresentam no cotidiano do controle externo à Administração Pública.

Por fim, ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP que, ao disponibilizar aos servidores acesso *online* a plataformas de editoras e periódicos, facilitou muito a obtenção de fontes de pesquisa atualizadas. E, embora muito eu tenha me valido da biblioteca digital, os servidores da Biblioteca “Ministro José de Moura Resende” do TCESP, Gilliard e Cleonice, além das estagiárias Karina e Thais, sempre foram muito prestativos e gentis comigo nas retiradas de livros físicos constantes do acervo.

RESUMO

FARALLI, Karen Campos. **A intensidade do controle das decisões discricionárias da ANTT pelo TCU**. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

A presente dissertação, ao retratar as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU no âmbito das concessões de rodovias federais, especificamente relacionadas aos atos e procedimentos administrativos anteriores à deflagração das licitações, tenciona verificar a intensidade do controle exercido pelo TCU nas escolhas efetuadas pela Administração Pública. Busca responder à seguinte inquietação: admitindo-se a sindicabilidade do mérito das decisões discricionárias da Administração Pública, qual a intensidade do controle desempenhado pelo TCU nos exames que efetua? Como ferramenta de pesquisa, vale-se dos acórdãos que examinaram estudos de viabilidade e respectivas minutas de edital e contrato não publicados das concessões de rodovias integrantes do Programa Federal de Concessões de Rodovias – PROCROFE, cujos documentos foram submetidos ao TCU por determinação normativa específica. No que tange ao campo teórico, aborda conceitos atrelados à deferência judicial e à derrocada da insindicabilidade do mérito administrativo, amparando-se na segunda para fins de compreender e analisar a atuação do TCU. A relevância do estudo vincula-se especialmente ao incremento da atividade fiscalizatória por controladores externos, com destaque ao Tribunal de Contas da União, que tem provocado, reflexamente, inúmeras críticas à sua atuação, com propostas majoritárias de contenção de competências em sua extensão, sem que sejam abordados, contudo, os novos contornos relacionados à revisitação da teoria da imunidade do mérito administrativo, que igualmente produz consequências ao exercício e à avaliação da atuação do controlador. Como contribuição, ao exibir panorama a respeito da forma como a atividade controladora decisória se amoldou em relação aos exames prévios de editais pelo TCU, permite que a atividade seja caracterizada, propiciando substrato prático às propostas que buscam equacionar a tensão existente entre a necessidade de controle, legitimidade democrática e separação dos poderes.

Palavras-chave: Controle Externo. Intensidade. Tribunal de Contas da União. Exame de edital não publicado. Concessões de Rodovias.

ABSTRACT

FARALLI, Karen Campos. **The intensity of the control of ANTT's discretionary decisions by TCU.** 2023. Dissertation (Master's degree in law). Law School of University of São Paulo. São Paulo, 2023.

This dissertation aims to verify TCU's control intensity of the discretionary choices made by Public Administration. For that, analyzes Federal Court of Account's decisions on the context of highway concessions, specifically related to acts and administrative procedure before the publication bidding notice. It intends to answer the following question: being possible to review the discretionary decisions of Public Administration, in this case, ANTT, which is the intensity of control performed by TCU? As a research tool, it uses collegiate decisions that examined viability's studies and the respective drafts of unpublished bidding notice and contract of highway concessions that are part of the Federal Highway Concession Program – PROCROFE, whose documents were submitted to the TCU by specific normative determination. To support the findings, it uses the theories of judicial deference and the derogation of the merit immunity of discretionary administrative act, relying on the last one to understand and analyze TCU's performance. The relevance of the study is especially related to the increase of inspection activity by external controllers, which has reflexively provoked many criticisms of its performance, with majority proposals to contain competences in their extension, without embrace, however, the new contours concerned to revisiting the theory of merit immunity of administrative act, which also has consequences for the exercise and evaluation of the controller performance. As a contribution, by displaying an overview of how the decision-making activity was shaped in relation to previous examinations of public notices by the TCU, it allows the activity to be characterized, providing a practical substrate for proposals that seek to equalize the tension between the need for control, democratic legitimacy and separation of powers.

Keywords: External control. Intensity. Federal Court of Accounts. Unpublished bidding documents examination. Highway Concessions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
i. Pergunta de pesquisa, seu desdobramento e hipóteses.....	15
ii . Razões à escolha do tema e Metodologia da Pesquisa	16
iii.A acepção do indicador escolhido para aferição da intensidade de controle: a deferência.	21
1. SOBRE A ANÁLISE DE MINUTAS DE EDITAL E CONTRATO NÃO PUBLICADAS PELO TCU E AS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS.....	24
1.1 Da análise prévia das minutas de edital e contrato pelo Tribunal de Contas da União	24
1.1.1 Como o trabalho abordará o tema	31
1.1.2. As instruções normativas do TCU: regramento próprio à análise da documentação encaminhada.....	33
1.2. As concessões de rodovias federais do país depois de 1988.....	36
1.2.1. O Programa de Concessão de Rodovias Federais: contexto.....	36
1.2.2. A 1ª Etapa do Programa e os Acórdãos 141/1993 e 394/1995	39
1.2.3. A 2ª Etapa e os Acórdãos 2299/2005, 2047/2006, 1405/2007 e 2104/2008.....	42
1.2.4. 3ª Etapa e os Acórdãos 1974/2013, 3204/2013, 2304/2013, 3033/2013, 2604/2013 e 86/2015	44
1.2.5. A 4ª Etapa – Os Acórdãos 1174/2018, 1096/2019, 2195/2019, 40362020, 4037/2020, 1766/2021 e 3136/2021	47
2. A RESPEITO DA NECESSIDADE DE CONTROLAR A ADMINISTRAÇÃO E BALIZAR A ATUAÇÃO DO CONTROLADOR.....	51
2.1 A intensificação do controle externo à Administração Pública: diagnóstico.....	51
2.2.O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa até a Constituição de 1988	54
2.3.Constitucionalização do direito administrativo: considerações a respeito da legalidade, discricionariedade e controle jurisdicional da Administração	62
2.4.As mais recentes propostas de conformação da atuação administrativa discricionária à constitucionalização do direito e a necessidade de balizar a atuação do controlador.....	66
2.4.1. O fim da teoria da imunidade do mérito e os testes de legalidade	69
2.4.2. O recurso à deferência administrativa no Brasil dos dias atuais	73
2.4.2.1. Considerações sobre Chevron.....	78
2.4.2.2. Os artigos 20 e 22 da Nova LINDB e a busca por delineamento à deferência	81
2.4.2.3. Os testes de legalidade e os artigos 20 e 22 da LINDB.	85
2.5. O referencial teórico e as determinações efetuadas pelo TCU	86
3. RESULTADOS QUANTITATIVOS	88

3.1. Aspectos quantitativos.....	89
3.2. Decompondo os indicadores/aferidores	93
4. ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS DELIBERAÇÕES REALIZADAS PELO PLENÁRIO E OS RESULTADOS QUALITATIVOS DECORRENTES	95
4.1 Deliberações a respeito dos temas selecionados.....	95
4.1.1 <i>Qualificação econômico-financeira das licitantes</i>	95
4.1.2 <i>Da sistemática contratual para inclusão de novos investimentos</i>	96
4.1.3 <i>Prorrogação contratual</i>	100
4.1.4 <i>Alocação de riscos contratuais</i>	102
4.1.4.1 <i>Licenciamento ambiental</i>	102
4.1.4.2 <i>Gatilho volumétrico</i>	104
4.1.5 <i>Reajustes de Tarifas de Pedágio pelo Concessionário</i>	105
4.1.6 <i>Acordo Tripartite</i>	107
4.1.7 <i>Desconto de Usuário Frequenter – DUF</i>	109
4.1.8 <i>Receitas do Free-Flow</i>	111
4.1.9 <i>Relator Independente e Organismo de Avaliação de Conformidade – OAC</i>	113
4.1.10 <i>Resolução de controvérsias</i>	118
4.1.10.1 <i>Mediação e autocomposição</i>	118
4.1.10.2 <i>Abrangência dos mecanismos de resolução de controvérsias</i>	120
4.1.10.3 <i>Autocomposição e sigilo</i>	121
4.1.10.4 <i>Comitê de resolução de controvérsias – Dispute Board</i>	122
4.1.11 <i>Questões concernentes à extinção contratual</i>	123
4.1.11.1 <i>Extinção amigável e relicitação</i>	123
4.2 Considerações a respeito dos achados qualitativos de pesquisa e o referencial teórico proposto por esta dissertação	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132
TABELAS DE ACÓRDÃOS	144

INTRODUÇÃO

A atuação dos Tribunais de Contas, especialmente do Tribunal de Contas da União, tem atraído bastante visibilidade social há, pelo menos, uma década. O aparecimento de suas decisões na mídia, cujos desfechos paralisam obras, julgam contratações irregulares, suspendem licitações, determinam devoluções ao erário, dentre outras, colocam o órgão em posição de destaque, senão de igualdade, em relação às demais instituições que também efetuam controle externo à Administração, a exemplo do Poder Judiciário.

Para a academia, o fato pode ser explicado pela amplitude com que as Cortes de Contas vêm interpretando suas atribuições constitucionais, fazendo com que a jurisdição que exercem se expanda, englobando variadas atividades e ramificações estatais, para além das privadas¹, que se conectam à seara pública por conta de arranjos específicos e acabam, por força de regramento infraconstitucional, prestando-lhes contas dos recursos recebidos do Poder Público.

Muitos são os estudos de direito administrativo que tencionam circunscrever limites e aclarar as possibilidades de atuação do órgão, centrando-se nos dispositivos constitucionais pertinentes à instituição. E alguns deles serão mencionados ao longo deste trabalho.

Mas a largueza das competências e do rol de jurisdicionados não é só o que tem atraído a atenção da academia. Questão correlata e de grande valia a esta dissertação, quanto à atuação dos Tribunais de Contas – especificamente ao Tribunal de Contas da União – relaciona-se à forma com que o exercício do controle tem se dado, mormente em razão das consequências às demais instituições públicas, à governabilidade e ao cotidiano da Administração.

Sobre o tema, a principal crítica reside na ingerência cometida pelo Tribunal quando da análise de matéria colocada sob seu crivo. Segundo consta, ao efetuar a averiguação, o TCU, no mais das vezes, avalia a fundamentação das decisões discricionárias da Administração, não apenas para validar o caminho jurídico percorrido, mas também para censurá-lo e determinar direcionamento que reputa adequado à questão.

A consequência de maior envergadura diz respeito ao enfraquecimento das instituições e/ou poderes que se submetem à jurisdição dos Tribunais de Contas, com abalos à respectiva credibilidade social, além do espraiamento e preponderância da mentalidade controladora nas mais variadas ações administrativas, desequilibrando a separação dos poderes e, indiretamente, contestando a legitimidade democrática da tomada de decisão administrativa.

Ocorre que, de modo geral, de 1988 para cá, as prescrições concretas e diretrizes gerais

¹ A exemplo das entidades do terceiro setor e das fundações de direito privado que mantêm convênios com a Administração Direta.

da Constituição Federal, aliadas a demais fatores, têm influenciado tanto a forma como a Administração Pública desempenha seus misteres quanto a maneira como é e/ou deveria ser submetida ao controle externo, seja ele judicial ou de contas, provocando, por consequência, revisitações de temas importantes do direito administrativo.

Assim, considerando a intensificação das hipóteses de ação discricionária administrativa, bem como o perecimento da teoria da imunidade do mérito do ato administrativo, viabilizador do amplo controle do Tribunal de Contas da União às matérias que examina, é salutar checar em quais condições tal controle tem ocorrido cotidianamente.

A pergunta que este trabalho tenciona responder, portanto, é a seguinte: admitindo-se a sindicabilidade do mérito das decisões discricionárias da Administração Pública, qual a intensidade do controle desempenhado pelo TCU nos exames que efetua?

O nicho de verificação escolhido foi o das concessões de rodovias federais, com recorte adstrito ao exame das minutas de edital e contrato não publicados. O fato de o governo federal contar com Programa de Concessão de Rodovias Federais, o PROCROFE, dividido por etapas, facilita que o panorama do controle realizado pelo TCU seja traçado de modo encadeado no tempo, com chances de mapear a atividade controladora conforme a evolução dos estudos e modelagens contratuais, bem como do amadurecimento da instituição no período.

Vale ressaltar que, embora verificados pelo TCU em conjunto os estudos técnicos e minutas de edital e contrato, a presente dissertação fixará sua atenção à modelagem contratual e cláusulas de edital (que o TCU chama de modelagem jurídica), ainda que em alguns momentos haja conexão expressa entre eles, pois muitas das disposições das minutas submetidas à análise originam-se especificamente de questões apuradas nos estudos de viabilidade.

A conclusão dos achados de pesquisa revela que o controle é majoritariamente forte, sem prejuízo de nuances a serem narradas, cuja exibição contribui a um panorama mais aproximado da realidade, em que não são desconsideráveis os demais resultados. A 4ª Etapa apresenta situações de “deferência” às opções realizadas pela Administração, de “parcial deferência”, em que, embora efetuadas determinações para aprimoramento das opções, a escolha administrativa não foi mantida na íntegra, tampouco concretizada em sua totalidade a proposta efetuada pela fiscalização, bem como de “não deferência”. As análises foram feitas sob as óticas quantitativa e qualitativa, explicadas na seção de método deste trabalho.

A relevância da dissertação relaciona-se à necessidade de conhecimento prático sobre a atividade decisória do TCU, para que possam ser mais facilmente mapeados eventuais desbordos, contemplando outras frentes de discussão e análise para além da limitação de suas

competências formais. Até mesmo porque, como relembra Carlos Ari Sunfeld², o Supremo Tribunal Federal não tem dado acenos certos em prol da contenção³ definitiva das atribuições do TCU. Ademais, o sucesso de eventual contenção de atribuições, pelos Poderes Judiciário ou Legislativo, não é capaz de obstar a ocorrência de decisões com alto ou médio potencial de substituição do administrador em seu conteúdo.

Cumpra ainda anotar outros acontecimentos, decorrentes da interação prática entre instituições de controle externo ou entre controladores e controlados, cujos efeitos podem não ser atravessados pela limitação das competências. Como exemplo, menciona-se a não interferência do Poder Judiciário nas decisões proferidas pelos Tribunais de Contas⁴ quando da análise dos atos da Administração Pública, apesar do consagrado pelo art. 5º, inciso XXXV⁵ da Constituição Federal, bem como a disparidade de qualificação⁶ existente entre os corpos

² “Em certos casos de interpretação heterodoxa do TCU, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem sendo acionado por alguma das partes interessadas. Liminares são dadas em alguns casos, mas o STF, envolvido com seus próprios problemas e conflitos internos, evitou até agora dedicar-se ao julgamento definitivo e amplo das ações para fixar os limites de jurisdição do TCU.”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 20.

³ A bem da verdade, Guilherme Afonso Dourado registra uma postura “bastante deferente à atuação do TCU” pelo STF, mencionando mandados de segurança, em que avaliada de modo indireto, por exemplo, a competência da Corte de Contas para o registro de aposentadorias, sendo-lhe assegurada a palavra final quanto à legalidade do ato e seu registro, em razão da complexidade do ato administrativo em questão. DOURADO, Guilherme Afonso. **O controle da função normativa das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 52.

⁴ A depender da matéria que a decisão proferida pelos Tribunais de Contas engloba (atrelada a suas competências), bem como da unidade da federação em que fixados o Tribunal de Contas e o Tribunal de Justiça, os resultados podem ser distintos, como apuraram Carolina Cabral e Vladimir França em pesquisa empírica junto aos Tribunais de Justiça do Rio Grande de Norte e São Paulo: “Por outro lado, o TJRN e TJSP divergem quanto à possibilidade de revisão do mérito das decisões do Tribunal de Contas. O TJSP tem postura reiterada no sentido de não admitir a rediscussão da matéria de mérito da decisão proferida pelo Tribunal de Contas, pois ao Poder Judiciário somente compete inquirir a legalidade e legitimidade da decisão administrativa, assim como indagar a respeito da nulidade ou não do ato administrativo em pauta. O mérito administrativo, portanto, foge à sua competência.

A jurisprudência do TJRN quanto à análise do mérito da decisão administrativa apresenta grande variação, mas na maior parte dos casos consente com o pleito do administrado para apreciar a matéria anteriormente discutida na seara administrativa.”. CABRAL, Carolina Souza Mariz Maia; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O controle judicial sobre o Tribunal de Contas: análise comparativa da jurisprudência do TJRN e TJSP. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. v. 10, n. 2, 17. ed., p. 80-101, jul. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/issue/view/776>>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁶ Em texto para discussão publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, que correlaciona a atividade de controle externo à elaboração de políticas públicas, Eduardo Grin pontua o quanto segue a respeito da educação formal dos servidores do TCU em relação aos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com reflexos à qualidade da atividade fiscalizatória: “O outro parâmetro para avaliar a estrutura do controle externo é o nível de qualificação técnica dos servidores públicos do TCU e dos demais Poderes, considerando sua escolaridade. A tabela 2 mostra que o estrato mestrado ou doutorado apresenta uma significativa diferença em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário. Não é possível aferir se o TCU incentiva seus servidores a ingressar em cursos de mestrado ou doutorado, mas os números de servidores com essa titulação acadêmica impressionam quando comparados com aqueles dos demais Poderes: em 2017, 5,5 vezes maior que o Poder Judiciário; dez vezes maior que o Poder Legislativo; e quase duas vezes maior que o Poder Executivo. Enquanto em 2017 chegou a

técnicos dos Tribunais de Contas e de seus jurisdicionados, produzindo vinculação indireta, com viés de dependência⁷ destes em relação àqueles. Assim, ao se ponderar que o panorama atrelado ao controle externo à Administração é também bastante complexo, parece benéfico que a investigação dos fatos possa ser complementada por outras abordagens, que não apenas àquela que alude às atribuições.

A presente dissertação foi dividida em quatro capítulos. O primeiro deles contextualiza o leitor acerca do controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas em sede de exame prévio de editais e minutas de contrato não publicados, posicionando-o sobre a forma que o trabalho tratará a análise, a despeito da negativa de parte da doutrina quanto à possibilidade de que o TCU assim o faça. Também tece breves considerações sobre o Programa de Concessões de Rodovias Federais, apresentando-o, com identificação de suas etapas, respectivos trechos rodoviários e acórdãos correspondentes.

O segundo destina-se a apresentar o substrato teórico que embasa a análise empírica, fundada na derrocada da teoria da sindicabilidade do mérito do ato discricionário, passando pela diagnose a respeito da intensificação do controle externo à Administração Pública na atualidade e suas causas, sem deixar de noticiar as tendências quanto às novas possibilidades de controle da Administração, a exemplo dos testes de legalidade e da deferência administrativa, que têm relevância aos achados de pesquisa.

O terceiro capítulo envolve a apresentação dos resultados quantitativos e a decomposição dos aferidores. Foram elaborados gráficos em que contrastados os números de determinações plenárias que endossaram propostas da unidade técnica do TCU em detrimento da manutenção da escolha originária realizada pela ANTT, isto é, aquela que constou das minutas enviadas. Nele são apresentados os critérios que permitiram os resultados apurados, numa tentativa de extrair a racionalidade por de trás das conclusões de controle forte, moderado

49,5% os servidores do Poder Executivo com ensino superior (incompleto ou completo), o TCU alcançou 57%, ano com o menor percentual. Mesmo quando confrontados com o Judiciário, que apresenta os maiores números no nível 3, ainda assim seria enganoso concluir que está mais bem organizado que o tribunal, uma vez que esse órgão só fez crescer a parcela de seus servidores com pós-graduação. Como será visto, uma das razões alegadas para a expansão da atuação do TCU no *policy making* é o seu maior conhecimento técnico ante a administração pública federal, para o que considerar a escolaridade de seus servidores é uma *proxy* importante. Ainda é importante destacar que, de 2013 a 2017, cresceu de 17,3% para 23% o número de servidores com cursos de especialização *latu sensu* ou aperfeiçoamento. Esse percentual pode ser somado àquele que possui ensino superior completo, de forma que esse estrato amplia sobremaneira sua participação na força de trabalho em comparação com os demais Poderes”. GRIN, Eduardo José. **Controle Externo e Policy Making? Uma análise da atuação do TCU na administração pública federal**. Texto para Discussão n.º 2595. 92 p. Rio de Janeiro: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, set. 2020. p. 28-29.

⁷ Para Carlos Ari Sunfeld, um dos efeitos do movimento por ele intitulado de “autoexpansão” do TCU é o fato de que “os gestores públicos evitam ‘bater de frente’ com o Tribunal e cada vez procuram mais seu sinal verde, formal ou informal, para medidas importantes.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Direto Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 20.

e fraco, oriundos dos critérios de aferição “deferente”, “parcialmente deferente” e “não deferente”

No quarto e último capítulo, foram condensadas as decisões emanadas pela Corte de Contas para conhecimento dos temas recorrentes ou de destaque regulatório quanto à inovação das modelagens contratuais empreendidas, com indicação das posições sustentadas pela unidade técnica, defendidas pela ANTT e, por fim, determinadas pelos julgadores. Ao descrever organizadamente a forma de decidir do Tribunal, foi possível extrair algumas considerações de caráter qualitativo a respeito da atividade decisória realizada pelo órgão de controle, as quais encerram o capítulo.

Feitas as considerações finais, o trabalho conterà as tabelas que guiaram a análise, para que sejam eventualmente cotejadas as propostas feitas pela unidade técnica, a cada acórdão, e aquelas adotadas pela decisão Plenária, permitindo a conferência a respeito dos dados agrupados por ocasião da análise quantitativa.

i. Pergunta de pesquisa, seu desdobramento e hipóteses

Recapitulando, a pergunta que guia a presente pesquisa é: admitindo-se a sindicabilidade do mérito das decisões discricionárias da Administração Pública, qual a intensidade do controle desempenhado pelo TCU nos exames que efetua?

A indagação parte da percepção retratada pela academia, relacionada ao controle externo desempenhado pelo TCU, de que o mérito (objeto/conteúdo, motivo e finalidade) dos atos discricionários é sindicado de modo habitual e indistinto, muitas vezes de maneira intrusiva. Anteriormente, esse “lugar” era intangível, consolidado como espécie de barreira intransponível ao controle, ainda mais se efetuado por instituições que não exercem jurisdição em sentido estrito, mesmo que fosse para corroborar a motivação escolhida pelo administrador. Na atualidade, todavia, o paradigma, de tão desgastado que está, desmoronou, trazendo consigo novas e intrincadas questões atinentes à maneira como o controle ocorre.

O objetivo primeiro da pergunta, então, é aferir a intensidade que o controle propicia à motivação da Administração para as escolhas que efetua, em um viés quantitativo. O fundamento para essa busca relaciona-se à constante queixa de ingerência do controlador no âmbito das escolhas administrativas, com críticas relacionadas, em síntese, ao fato de o TCU ser o revisor geral⁸ da Administração. Muito embora no mundo ideal fosse lógico esperar um

⁸ A expressão consta do artigo “Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites”, subscrito por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Câmara. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda.

controle moderado ou fraco, porquanto incidente em momento anterior ao da publicação dos editais de licitação, a hipótese é de que, na prática, o inverso se dá.

Seu desdobramento, e objetivo indireto, é tentar mensurar, sob a óptica qualitativa, se há parâmetros ao controle de mérito. Essa decorrência provém de inquietações da autora quanto à atividade decisória no que tange a sua racionalidade. A hipótese aqui é de que as diretrizes que guiam as intensidades apuradas não são aleatórias, embora talvez não tão explícitas, cujo mapeamento é salutar em favor de um controle com maior transparência, racionalidade e previsibilidade, além de eficiência.

Isso porque, a essa altura da história constitucional, causa estranheza que instituições da república exercitem suas funções sem quaisquer critérios, motivo pelo qual é importante que a prática seja investigada. Também se suspeita que o controle não esteja, no macro, tão assim desconectado do tempo histórico e, principalmente, das novas tendências do direito administrativo moderno – o que não impede que os paradigmas eleitos sejam inadequados e as partes interessadas discordem do encaminhamento dado pelo controlador no caso concreto, com base naquela diretriz.

ii. Razões à escolha do tema e Metodologia da Pesquisa

A definição da matéria objeto de análise considerou sua importância social e econômica. O desenvolvimento da infraestrutura de transportes do país pareceu, então, uma boa serra de estudos.

A escolha do modal rodoviário esteve ligada ao histórico brasileiro. As opções⁹

Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020. Ademais, no início de 2023 foi lançado livro pela editora Fórum em que agrupados incontáveis artigos curtos, “publicados ao longo de cinco anos na Coluna Controle Público, no site JOTA.info, produzidos por pesquisadores do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP” em que amplamente problematizada a atuação do TCU, em suas mais variadas frentes. A produção evidencia a percepção dos autores de que o TCU não deveria ser tido como o revisor geral da Administração. ROSILHO, André (org.). **Direito Administrativo e Controle de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

⁹ Brevemente, podem ser citados os seguintes acontecimentos: na década de 20, a predisposição do Presidente Washington Luís de permitir, considerado seu *slogan* “Governar é abrir estradas”, que empresas norte-americanas (Ford e General Motors) se instalassem em São Paulo; a criação do Plano Geral Nacional de Viação – PGNV, de 1934, no Governo Vargas, responsável por coordenar a política nacional de transportes e amparar a criação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER em 1937, vocacionado à coordenação da política do transporte rodoviário; a instituição de Fundo Rodoviário Nacional (FRN), em 1945, para garantir o DNER de recursos para desenvolver rodovias que adentrassem ao interior do país; a política do governo JK (1956-1960), com tendências à desarticulação das ferrovias e registro do setor de transporte rodoviário no Plano de Metas, nas metas 08, 09, 27 e 31 (síntese), com proposta de pavimentação asfáltica, construção de milhares de quilômetros de rodovias de primeira classe, dentre outros; a criação, em 1965, do Grupo Executivo de Integração da Política de Transportes – GEIPOT, destinado a prestar apoio técnico e administrativo aos órgãos do Executivo com atribuições de formular, coordenar e executar a política nacional de transportes em seus variados modais; na década

político-econômicas do país, iniciadas a partir da década de 20 do século passado, privilegiaram-no em detrimento dos demais modais, fazendo com que a malha rodoviária expandisse, demandando manutenção e melhorias. Com o ápice do estrangulamento da capacidade de financiamento¹⁰ do Estado nas décadas de 80 e 90, a prestação direta dos serviços pelo Poder Concedente não mais se sustentava, dando azo, então, às desestatizações¹¹, dentre as quais estão as concessões.¹²

de 70 houve a construção de grandes eixos rodoviários nacionais, objetivando implantar novas estradas e ligá-las às redes da Amazônia, Nordeste e Planalto Central, tendo a malha rodoviária federal do país pavimentada crescido de 8.675 quilômetros em 1960 para 47.487 quilômetros em 1980, além de outras medidas. O compilado teve como referencial os seguintes trabalhos, os quais podem ser consultados para conhecimento e maior detalhamento das informações acima elencadas: PEREIRA, Luiz Andrei Gonçalves; LESSA, Simone Narciso. O processo de planejamento e desenvolvimento do transporte rodoviário no Brasil. **Revista Caminhos de Geografia**. Uberlândia, MG, v. 12, n. 40, dez/2011; PEREIRA, Vicente de Brito. **Transportes: história, crises e caminhos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014; PAULA, Dilma Andrade de. Estado, sociedade civil e hegemonia do rodoviarismo no Brasil. **Revista Brasileira de História da Ciência**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 142-156, jul.-dez. 2010; LAFER, Celso. O Planejamento no Brasil – observações sobre o Plano de Metas. In: LAFER, Betty Mindlin. **Planejamento no Brasil**. Coleção Debates. São Paulo: Perspectiva, 1975.; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Programa de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek: Estado do Plano de Desenvolvimento Econômico em 30 de junho de 1958**. Rio de Janeiro, 1958. Serviço de Documentação; FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de Rodovias**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017; CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. *et al.* **Gargalos e demandas da infraestrutura rodoviária e os investimentos do PAC: mapeamento do IPEA de obras rodoviárias**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, mar. 2011; CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; SOARES, Ricardo Pereira. **Das concessões rodoviárias às parcerias público-privadas: preocupação com o valor do pedágio**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, maio 2006.

¹⁰ Para um panorama mais detalhado a respeito do contexto político-econômico relacionado à falência da capacidade estatal em prover serviços públicos e desempenhar isoladamente atividades econômicas, desaguando, dentre outros efeitos, na criação das agências reguladoras, vale consultar: SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 463-517.

¹¹ De acordo com Egon Bockmann Moreira, “a transferência de empresas, bens e serviços públicos às pessoas privadas pode-se dar de modo *formal* ou *substancial*. Aqui, há a desestatização absoluta (o Estado abdica da titularidade); lá, a desestatização executiva ou de gestão (o Estado persiste titular)”. Pontua que a “privatização substancial não se confunde com as concessões e permissões”. Nestas espécies, “persiste íntegra a titularidade pública dos serviços”. “A depender do serviço e/ou da obra, a maioria dos bens permanece no setor público dos meios de produção (v.g., rodovias, ferrovias e usinas hidrelétricas). Apenas a gestão e o domínio imediato dos bens a ela essenciais são transferidos ao empreendedor privado, por prazo certo.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 20 e 22.

¹² Para Floriano de Azevedo Marques Neto, a concessão, instituto incorporado pelo direito administrativo quando de seu desenvolvimento já no âmbito do Estado Moderno, é “(...) um instituto jurídico por meio do qual uma parte (concedente) outorga a outra (cessionário) um plexo de direitos e obrigações atinentes à exploração de uma utilidade pelo outorgado, mas para atendimento de uma necessidade, uma obrigação ou um interesse cuja tutela seja de responsabilidade do outorgante. Antecipe-se já, aqui, que esse rol de objetivos (finalidades) perseguidos pelo concedente pode não corresponder a um interesse próprio seu (ao contrário do que ocorria nas concessões do Antigo Regime com as quais o soberano buscava rendas ou ocupação territorial), mas no mais das vezes deve corresponder ao interesse da coletividade (como ocorre no geral dos serviços públicos) ou de segmentos específicos de particulares (caso, por exemplo, de uma concessão de construção e gestão de moradias para a população de baixa renda).” Em uma concepção mais estrita, relativa ao direito administrativo, o Autor pondera que “a esse caráter de conferência dos direitos a outrem se agrega, delimitando um pouco o conceito, o fato de que um dos polos figurar a Administração Pública, na qualidade de poder concedente⁴⁴⁹. E, por conseguinte, esses direitos guardam uma relação finalística, direta ou indireta, com as competências detidas pelo Poder Público delegante⁴⁵⁰ e traduzem-se em direitos que lhes são próprios, ainda que não exclusivos.⁴⁵¹”. “É a concessão, nesse sentido, um instrumento jurídico voltado a atribuir a um privado direitos ou poderes próprios da administração.⁴⁵³”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 115-117.

Ao se pesquisar “concessões” e “rodovias” na base jurisprudencial do TCU, verificou-se a existência de programa temático em curso, o Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCROFE.

As fiscalizações do Tribunal de Contas da União que envolvem o PROCROFE são realizadas em diversos momentos e por variados procedimentos. A título exemplificativo, selecionada a busca de jurisprudência do TCU por “Acórdãos”, digitando-se a sigla “PROCROFE” na barra de pesquisa, o resultado devolverá mais de 70 acórdãos cujos tipos são Auditorias Operacionais, Representações, Monitoramento, Solicitação do Congresso Nacional, Acompanhamentos, Desestatização, além daqueles classificados segundo à fase e tipo processual que se encontram, a saber Pedido de Reexame, Embargos de Declaração etc.

Feita uma incursão pelo espaço amostral inicial, notou-se como os tópicos relacionados ao tema eram abordados pelos tipos de processos, no intuito de concluir qual deles seria mais adequado à verificação da intensidade do controle. A grande dificuldade esteve assentada na localização de processos com amostragem de atos administrativos majoritariamente discricionários, em que não estivessem umbilicalmente ligados a outros com gradações de discricionariedade menores, dificultando a mensuração do controle, dada a complexidade de muitos dos atos administrativos editados.

Os acórdãos que tratam de “Desestatização” revelaram que o exame feito pelo TCU nos processos de privatizações e concessões se dá por estágios. Com base em instrução normativa própria, o Tribunal acompanha todo o procedimento concessório de rodovias, aprovando ou não os documentos a ele submetidos.

Até a Instrução Normativa nº 81/2018, a fiscalização da outorga das concessões era dividida em 05 (cinco) estágios e realizada mediante análise de documentos submetidos à Corte pelo Poder Concedente, sistemática que vigorou por longos anos com base na Instrução Normativa nº 46/2004. O primeiro deles, em síntese, esmiuçava os estudos de viabilidade técnico, econômica e ambiental, bem como o programa de exploração de rodovias. O segundo avaliava o edital e seus anexos, dentre os quais a minuta do contrato de concessão, justificativa para escolha do parâmetro ou indicador a ser utilizado, dentre outros. A partir do terceiro estágio, a análise recaía sobre etapas do procedimento licitatório já em curso, a exemplo de questionamentos encaminhados às licitantes sobre a fase de habilitação jurídica, atas de abertura e encerramento da fase de habilitação, seguindo os demais conforme a continuidade do procedimento.

Novamente, a leitura dos acórdãos colaborou à definição de mais uma camada do corte metodológico. Embora o primeiro estágio de acompanhamento não obrigasse, de modo

expresso, o encaminhamento da minuta de edital para análise, o documento era sempre remetido para exame conjunto com os estudos prévios, assim como a minuta contratual. E o Tribunal o aceitava, efetuando a análise sob o argumento de que “o próprio art. 5º da IN-TCU 46/2004 autoriza a análise dos elementos de um processo de desestatização na medida em que forem sendo recebidos.”¹³, consoante consignado no Acórdão 1.174/2018. Consolidou-se, então, o envio conjunto dos estudos e das minutas para avaliação.

A assimilação de que a união de tais elementos – estudos de viabilidade, programa de exploração de rodovias e minutas de edital e contrato – seria avaliada de modo conjunto pelo Tribunal, em etapa específica, contribuiu para solucionar a adversidade relativa à detecção de espaço amostral factível para análise de atos majoritariamente discricionários. Os estudos prévios são balizadores das condições em que as concessões se darão, cujos reflexos se encontram no edital e na minuta contratual que virá, no futuro, a obrigar as partes. Não à toa são chamados de estudos de viabilidade.

Na fase interna, fixam-se os modelos pelos quais as necessidades e prioridades do Poder Público serão atendidas, relacionadas à construção de infraestrutura e disponibilização dos serviços correlatos. Neste momento, são definidos os “(...) os níveis de serviço, os investimentos obrigatórios, a política tarifária, a alocação de riscos e o modelo de remuneração do concessionário”¹⁴, seara farta, portanto, às decisões baseadas em conveniência e oportunidade administrativas. Assim, foram selecionados como referência de análise os acórdãos que aprovaram o 1º estágio de acompanhamento das outorgas de rodovias. Em todas as decisões, há menção expressa ao envio das minutas de edital e contrato para exame.

Como nem sempre estudos de viabilidade resultaram em contratos depois de submetidos à averiguação do TCU, o assegurador do espaço amostral foram os contratos de concessão realmente pactuados. Para tanto, consultou-se a base de dados da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT¹⁵, na parte de concessões rodoviárias, onde indicados todos os ajustes assinados até 31/12/2022, sendo o último de agosto de 2022.

Verificados os contratos, os trechos das rodovias consignados no objeto foram as palavras-chave que garantiram que os segmentos contratados resultassem em acórdão averiguado por este trabalho. Na data máxima de pesquisa, isto é 31/12/2022, o Poder Público

¹³ Fls. 5 do voto do Ministro Relator, proferido no Acórdão 1.174/2018.

¹⁴ PINTO JUNIOR. Mário Engler. Estruturação de Projetos de Infraestrutura. *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coords.). **Experiências práticas em concessões e PPP: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**. vol. I. Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 39.

¹⁵ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias> Consulta realizada em 25/01/2022.

havia celebrado 29 contratos. O número não necessariamente espelha o total de acórdãos retratados, pois, como se perceberá, os estudos prévios de alguns deles foram avaliados conjuntamente pelo TCU. Igualmente, houve adição ao espaço amostral desta dissertação das decisões expressamente mencionadas no acórdão de aprovação do 1º estágio de acompanhamento, cujo cumprimento de determinações outrora efetuadas foi ali conferido, colaborando à respectiva decisão de anuência (ou não) das opções administrativas.

O universo selecionado para elaboração desta dissertação foi, então, de 19 acórdãos relacionados ao Programa de Concessões de Rodovias Federais. Destes, 07 contêm determinações expressas relativas à correção ou modificação de cláusulas da minuta de edital e contrato concernentes à modelagem jurídica¹⁶, diante da modificação do escopo de auditoria do Tribunal, consideradas as consequências apuradas ao longo da execução contratual de avenças mais antigas. São todos da 4ª Etapa do Programa, os quais deram delineamento final ao espaço amostral deste trabalho, composto pelo exame de 108 determinações.

Tendo explicitado a estratégia de seleção da base amostral, passa-se a esmiuçar como a análise dos acórdãos operará para que a pergunta de pesquisa possa ser respondida.

Os acórdãos do Tribunal de Contas da União são compostos de duas partes – relatório e voto, que antecedem e fundamentam a prolação do documento publicado como “acórdão”, em que anotadas as informações administrativas (a exemplo dos presentes na sessão, relator do feito, número de ata etc.) e as determinações e recomendações decorrentes da deliberação entre Ministros.

O relatório é composto de informações concernentes à instrução da matéria, isto é, como a equipe técnica efetuou os exames e procedeu à abordagem dos assuntos auditados – cujo fruto é uma proposta de encaminhamento – quais foram os esclarecimentos prestados pelos interessados diante dos apontamentos, se houve a participação de terceiros, do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas e demais ocorrências processuais de relevo.

É com base nas informações consignadas no relatório que o Relator do feito passa a analisar a matéria, tecendo as considerações que reputa pertinentes para deslindar os assuntos tratados ao longo da instrução processual, sempre após franqueado o contraditório. O produto de tal análise é voto a ser submetido à apreciação colegiada que, no caso dos acórdãos ora examinados, refere-se ao Plenário da Corte, podendo ser chancelado sem retoques, com

¹⁶ A partir da 2ª Etapa do Programa, as sugestões da unidade técnica relacionam-se aos estudos de viabilidade econômico-financeira e ambiental, com pouco ou quase nenhuma atenção dada pelo TCU quanto às nuances da modelagem jurídica. A partir do fim da 3ª Etapa, então, o escopo de análise foi expressamente modificado, conforme se detalhará em tópico próprio neste trabalho.

retoques parciais ou revisado por ocasião de entendimento diverso ao proposto pelo relator.

É dessa dinâmica processual que provém o parâmetro de mensuração quantitativo, inspirado de certo modo nas próprias decisões¹⁷ coletadas, dado pelo cotejamento numérico entre as determinações propostas pela unidade técnica do Tribunal – denominada de proposta de encaminhamento – e as determinações realizadas pelo Plenário, tendo sempre como referencial a opção originária realizada pela ANTT quanto ao tema. O comparativo exibirá a intensidade do controle desempenhado pelo colegiado do TCU quanto à motivação inicial das escolhas realizadas pela Administração, defendidas pela Agência ao longo da instrução processual via esclarecimentos, visitas técnicas e reuniões realizadas.

No caso concreto, não foram consideradas as recomendações pelo fato de a Autora anuir ao entendimento de que, a princípio, no âmbito do TCU, referidas manifestações “não têm caráter cogente nem sujeitam a sanção as autoridades responsáveis, no caso de desatendimento”¹⁸.

No que se refere ao viés qualitativo da pesquisa, os acórdãos serão sinteticamente descritos ao longo do trabalho, por recorrência temática e relevo à modelagem, no intuito de que sejam conhecidas as abordagens e a dinâmica processual inerente à questão para que, ao fim, possam ser identificados, ou não, os parâmetros de controle utilizados pelo órgão para revisão ou manutenção das posições eleitas pelo administrador, no caso, pela Agência Reguladora.

É preciso deixar claro que a forma de análise instituída pelo TCU, via requisição dos documentos elaborados na fase interna da licitação, acaba por viabilizar que todas as decisões relacionadas a tomada de postura pela Agência sejam avaliadas no âmbito do primeiro estágio de acompanhamento da concessão. Isto é, nenhuma deixa de ser examinada por estar inserida no campo da discricionariedade administrativa, o que, contudo, não parece ser percepção reconhecidamente expressa pelo órgão, como se verá.

iii. A aceção do indicador escolhido para aferição da intensidade de controle: a deferência.

Para mensurar a intensidade do controle desempenhado pelo TCU, verificou-se o nível

¹⁷ A exemplo do Acórdão 3136/2021.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 27.

de deferência das deliberações realizadas pelo colegiado do Tribunal em relação à primeira opção efetuada pela Agência, originária de processo administrativo interno, antes do apontamento da unidade técnica de fiscalização, a ser defendida via esclarecimentos prestados pela ANTT no bojo do processo de controle externo. O nível de intensidade – forte, moderado e fraco – provém, assim, dos indicadores individuais *não deferente, parcialmente deferente e deferente*.

Cumprir pontuar, para fins desta dissertação, que a principal expressão que compõe os aferidores – deferência – não é sinônima da aceção utilizada pela jurisprudência estrangeira que alude ao julgamento do caso Chevron. Seu emprego está mais atrelado à maneira pela qual os argumentos da ANTT são avaliados pelo TCU no âmbito dos exames prévios, a ser conferida em capítulo próprio. Decorre, então, da própria forma de decidir apurada pela pesquisa.

Dificilmente os julgadores reputam a cláusula ou o mecanismo contratual/editalício regular, validando-o, embora nitidamente realizem o amplo exame das opções levadas a efeito pela Agência. Esse comportamento está mais relacionado à natureza do controle desenvolvido – preventivo, do que à incorporação da sistemática de avaliação relacionada à Chevron.

Nesta etapa, os atos administrativos ainda não foram publicados e o que se tem são estudos e minutas de edital e contrato, sendo avaliada a potencialidade de riscos nas prescrições registradas, conforme consignado pelo Ministro Relator do Acórdão 1.174/2018, em resposta à preliminar aventada pela ANTT sobre ausência de demonstração de violação, pela Agência, das normas legais:

A suposta ausência de demonstração de violação às normas legais também está relacionada à própria natureza destes autos, qual seja o controle prévio de um processo concessório. Os atos aqui examinados ainda não possuem eficácia plena, pois não percorreram todo o processo de formação. Logo, não há que se falar em irregularidade propriamente dita. O que se está a fazer é identificar riscos e corrigir desvios, com vistas a aperfeiçoar os atos e contratos que se originarão da concessão.¹⁹

Deste modo, o Tribunal não chancela expressamente a opção da Agência, dando-lhe o aparente benefício da dúvida quanto aos efeitos concretos futuros, mas, no caso concreto, examina detalhadamente as premissas que levaram a Administração à tomada daquela decisão. É como se a deferência equivalesse à manutenção da esfera de discricionariedade do administrador depois de averiguado o mérito pelo controlador, embora assim expressamente não o registre.

Vale anotar, ademais, que em nenhum dos acórdãos averiguados houve a aplicação dos dois passos relacionados ao teste característico de Chevron. Por fim, para mensurar a

¹⁹ Fl. 3 do voto condutor do Relator Bruno Dantas no Acórdão 1.174/2018.

intensidade do controle, era necessário estabelecer um parâmetro de fácil entendimento e um critério de significado corrente soou satisfatório.

1. SOBRE A ANÁLISE DE MINUTAS DE EDITAL E CONTRATO NÃO PUBLICADAS PELO TCU E AS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS.

Este capítulo objetiva explicitar como o exame dos estudos prévios e minutas de edital e contrato ainda não publicados é realizado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, a despeito da existência de posições doutrinárias em sentido oposto, favoráveis à inexistência de competência dessa natureza às Cortes de Contas. O reconhecimento dessa prática é, portanto, o marco zero da presente dissertação.

Tenciona, na sequência, apresentar as concessões rodoviárias federais já concretizadas no âmbito do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCROFE, delineando-as e indicando os acórdãos emanados pelo TCU em cada etapa, no âmbito do acompanhamento do 1º estágio de desestatização aprovado, assim categorizado até o Acórdão 1096/2019 (o segundo acórdão dos sete da 4ª Etapa), eis que, posteriormente, houve modificações na metodologia de análise do órgão, empreendidas pela IN-TCU 81/2018.

1.1 Da análise prévia das minutas de edital e contrato pelo Tribunal de Contas da União

Por força do artigo 70 da Constituição Federal, o Tribunal de Contas da União, e por simetria os Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e os remanescentes dos Municípios e Municipais, são competentes para realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Compõem o sistema de controle externo à atividade da Administração Pública, tendo como função constitucional auxiliar o Poder Legislativo no seu mister fiscalizatório.

O texto constitucional detalha atribuições a seu encargo (art. 71), descreve sua composição, garantindo-lhe quadro próprio de pessoal, jurisdição em todo território nacional, bem como atesta a seus membros as mesmas garantias, prerrogativas e condições ofertadas aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, consignando, igualmente, os requisitos e forma de investidura de seus Ministros (art. 73).

Medauar conclui se tratar de instituição estatal independente, “pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, §3º). Daí ser impossível

considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo.”²⁰ ²¹ Isso porque, “se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes”.²²

Pela descrição efetuada, poder-se-ia imaginar haver pacificação quanto à compreensão da posição institucional do órgão, assim como quanto aos contornos relativos às competências consignadas pelo texto de 1988.

Contudo, mais de 30 anos após a instituição da nova ordem constitucional, o exercício do controle externo pelo TCU continua sob intensa observação e discussão, tendo em vista a existência de múltiplas controvérsias a respeito de sua atuação. Prova disso são as inúmeras²³ dissertações de mestrado e teses de doutorado dedicadas à análise da atividade controladora, sendo o Tribunal de Contas da União referência majoritária de pesquisa empírica.

²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 23. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 392.

²¹ Ao refazer o percurso histórico das reuniões e trâmites da Assembleia Nacional Constituinte, no intuito de verificar como se deram as discussões que levaram à aprovação do texto constitucional, relativo ao Tribunal de Contas da União, André Rosilho afirma, sobre o tema, ter prevalecido “a proposta de os Tribunais de Contas serem auxiliares do Legislativo (ficando incerto se, do ponto de vista orgânico, eles pertenceriam, ou não, a esse Poder.), ressalvada a necessidade de maior aproximação e interação entre as instituições (Legislativo e Tribunais de Contas)⁴²”. ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 60.

²² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno (...)**, p. 392.

²³ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar. 2018, p. 226: “Podemos citar, a título de exemplo, alguns trabalhos recentes: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, 321 f.; ROSILHO, A. J. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, 358 f.; WILLEMANN, Marianna Montebello. **O Desenho Institucional dos Tribunais de Contas e sua Vocação para a Tutela da Accountability Democrática: perspectivas em prol do direito à boa Administração Pública no Brasil**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. 360 f.; CANDEIA, Remilson Soares. **A Judicialização das Decisões Proferidas pelo Tribunal de Contas da União: Uma Visão Sistêmica**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2015. 199 f.; SCLiar, Wremyr. **Tribunal de Contas: Origens e evolução – O Tribunal no Brasil – Instituição de Estado Democrático de Direito – Direitos Humanos – Problemas e Lacunas – Propostas**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, 295 f.; MENDONÇA, Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de. **O Poder Dever dos Tribunais de Contas de Fiscalizar a Implementação de Políticas Públicas para a Concretização de Cidades Sustentáveis**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, 184 f.; BUSQUETS, Cristina Del Pilar Pinheiro. **A Configuração Jurídica do Tribunal de Contas: o processo e o tempo**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, 284 f.; LIMA, Luiz Henrique Moraes de. **O Tribunal de Contas da União e o Controle Externo da Gestão Ambiental**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. 342 f.; PELEGRINI, Márcia. **A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas no Exercício da Função Controladora: contornos constitucionais**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, 331 f.; ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. **A Importância do Controle da Gestão Pública para a Efetividade dos Direitos e das Políticas Sociais: considerações acerca do papel do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, 224 f.

Não obstante a recorrência temática, importa anotar que as análises ocorrem sob ópticas variadas, dada a singularidade que o desenho constitucional propiciou a órgãos desse tipo, a maneira com que exercidas as atribuições que lhe foram conferidas, bem como as consequências causadas à Administração pelas decisões que proferem. No que concerne a suas atribuições, os limites e possibilidades de controle foram e têm sido foco de estudo de vários pesquisadores do direito, no intento de fixar balizas ao exercício dos comandos insculpidos nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal.

De modo geral, perseguem soluções às questões decorrentes da fluidez e amplitude que o texto propiciou aos Tribunais de Contas do país, assim captadas por Marcos Augusto Perez:

O art. 70 da Constituição estabelece que é de competência do Legislativo (Congresso Nacional) o controle externo (...) No mesmo artigo, há uma enumeração de competências relativas a essa atividade de controle e já começam aí as imprecisões; (1) primeiramente, em que pese o título da seção IX se referir à fiscalização *contábil, financeira e orçamentária*, o texto do art. 70 inclui entre as missões do Legislativo a fiscalização *operacional e patrimonial*, expressões que tendem a ampliar enormemente o referido controle externo; e, além disso, (2) ao referir-se aos critérios que devem ser adotados para a realização do referido controle, o mesmo art. 70 menciona os da *legalidade, legitimidade e economicidade*, forjando, ao tentar definir as competências fiscalizatórias do Legislativo, uma norma tão ampla em termos de alcance quanto vaga em termos de limite.

(...) o Legislativo atua, nesse caso, com o auxílio do Tribunal de Contas, o qual possui competências autônomas, isto é, que independem do aval ou comando do Legislativo – do qual, recorde-se, o Tribunal seria um auxiliar –, como evidenciam os incs. II a VI, VIII a X e o §2º do referido artigo.

Constata-se, dessa forma, que a Constituição ampliou os poderes fiscalizatórios do Legislativo só de modo aparente, pois, de fato, a maior parte das competências de controle sobre a Administração encontra-se delegada a um órgão supostamente independente, não submetido aos freios e contrapesos tradicionais, inerentes à tripartição dos poderes e que, assim, decide sem prestar contas ao Legislativo (do qual é um estranho auxiliar) ou a ninguém. Ao cabo do sistema criado pela Constituição, o único poder a fiscalizar e controlar amplamente a atuação dos tribunais de contas é o Judiciário.²⁴

Vale destacar que esta dissertação optou por privilegiar a *atividade decisória* do Tribunal de Contas da União. Não é seu objetivo avaliar a pertinência da atuação sob o enfoque da competência. Apesar disso, entende não poder ignorar a existência de discussões sobre o tema, porquanto lhe dizem respeito, ainda que sob foco de exame diverso. Por isso, a seguir, serão apresentadas considerações doutrinárias atinentes à competência do TCU para examinar de modo prévio os editais de licitação, em prol de uma visão global a respeito do assunto.

Para melhor acomodação do tema, é importante recuperar brevemente alguns fatos históricos quanto ao *momento* em que realizado o controle pelo Tribunal de Contas da União.

²⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade:** métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 168-169.

A Constituição de 1967 alterou a lógica preponderante quanto ao tempo em que efetuado o controle externo pelo TCU, até então realizado de modo prévio à edição dos atos administrativos.

Em sua gênese, a criação do Tribunal, em 1890, englobou preocupação relativa ao combate do excesso de despesas do Estado, dada a percepção, ainda no Império, de que os “administradores gastavam mais do que o orçamento previa às respectivas pastas.”²⁵ Desejava-se criar instituição superior de controle financeiro “visando à solução de um problema gerencial do Poder Executivo: o controle limitado que o ministro da Fazenda tinha sobre a gestão financeira dos administradores.”²⁶

Proclamada a República, o texto constitucional de 1891 consagrou a instituição de um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar sua legalidade, *antes de serem prestadas ao Congresso*.²⁷ Isto é, os contratos, previamente à produção de efeitos, com a geração das despesas respectivas, deveriam ser submetidos a registro anterior pelo TCU. E, sem a aprovação do controlador, o ajuste não poderia ocorrer.²⁸

O arranjo perdurou até a Constituição de 1967, quando o crescimento do Estado e de suas funções, com reflexos diretos ao volume dos ajustes realizados, amparou a mudança do momento em que efetuado o controle.²⁹ Outras modificações provenientes da reforma administrativa ocorrida no período ditatorial atingiram o TCU, a exemplo da possibilidade de realização de inspeções ou auditorias, significando permissivo para coleta de dados *in loco* e não somente por solicitações.³⁰ Ademais, elenca-se a adoção de um sistema de controle interno, desvinculado tanto da Administração quanto do Tribunal de Contas, numa espécie de tentativa de balanceamento pela extinção do controle prévio das despesas.

Ressalta Speck que a mudança do sistema de registro prévio para a fiscalização posterior não era uma modificação secundária. Ela alteraria profundamente o caráter da fiscalização, que até então era quase-administrativa.³¹

²⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, out. 2000, p. 38.

²⁶ Ibidem.

²⁷ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 239.

²⁸ Ibidem.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 31.

³⁰ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, out. 2000, p. 69.

³¹ Ibidem, p. 68

Os argumentos de ordem prática, relacionados às dificuldades burocráticas de proceder ao exame e registro de todas as despesas, para ambas as partes, fizeram com que o controle *prévio* fosse substituído pelo modelo *a posteriori*, baseando a atuação fiscalizatória na análise e correção de despesas que já haviam ocorrido. O controle externo a cargo do TCU passou então a se dedicar majoritariamente à repressão e não à prevenção de eventuais irregularidades e desvios, como outrora ocorria. A predominância do modelo remanesceu na ordem constitucional de 1988.

Mas por que tudo isso importa à dissertação? Há posicionamentos³² doutrinários que defendem, considerando a preponderância do controle externo realizado de modo repressivo e não preventivo, *a posteriori* e não *a priori*, que o Tribunal de Contas da União não seria competente para examinar previamente os editais de licitação não publicados.

A bem da verdade, e somente por determinação do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, que instituiu normas de licitação e contratos da Administração Pública, aos Tribunais de Contas caberia o exame prévio de editais de licitação já publicados, com possibilidades de intervenção no curso da licitação, tendo em vista a conjugação dos ditames do artigo 71, incisos IX e X da CF e do artigo 113, §2º da Lei nº 8.666/93. Em acréscimo, nos termos do art. 113, *caput* e §2º, as eventuais medidas corretivas apenas seriam ordenadas em função do exame de legalidade. Atos de comando, emanados pelo TCU, portanto, não poderiam ser licitamente produzidos a partir do exame de legitimidade ou economicidade³³, dada a letra da lei.

De outro lado, não se deve perder de vista, como já noticiado, que a Constituição também conferiu ao TCU, no exercício do controle externo, poderes de verificação da legitimidade e economicidade dos atos administrativos, para além da legalidade (art. 70, *caput*, da CF):

A rigor, seria possível compreender a legitimidade e a economicidade como meros aspectos da legalidade, entendida amplamente.⁸ Mas a utilização de vocábulos diversos parece ser uma forma de o constituinte deixar claro que o exame promovido pelo TCU deve ir além da mera conformidade da ação administrativa à letra expressa de dispositivos legais. Envolverá, portanto, a conformidade a princípios e normas jurídicas implícitas (seria isso a “legitimidade”) e uma avaliação relativa ao eficiente e adequado uso dos recursos públicos em vista dos fins a serem realizados (isso seria a “economicidade”).³⁴

³² JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out/dez. 2014. ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 237-260.

³³ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 249.

³⁴ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out/dez 2014, p. 212.

No entanto, embora reconhecida a viabilidade da fiscalização pelos parâmetros da economicidade e legitimidade, conforme acima transcrito, Eduardo Jordão pondera, ao caso concreto – isto é, em relação à análise prévia de estudos, minutas de edital e contrato – que os poderes conferidos ao Tribunal para o enfrentamento das ações administrativas contrárias à tríade legalidade, legitimidade e economicidade teriam lugar tão somente depois de publicado o edital que dá início ao procedimento licitatório.³⁵

De modo mais recente, e ainda quanto ao tema, embora a Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC) não tenha reproduzido o texto constante do artigo 113, *caput* e §2º da Lei nº 8.666/93, parece ter ensejado a possibilidade de controle prévio de editais de licitação por Tribunais de Contas, publicados ou não, tendo em vista as diretrizes globais consignadas em relação ao controle das contratações públicas. A possibilidade, contudo, não veio blindada a críticas:

A nova Lei de Licitações, em sua literalidade, parece expandir significativamente essa prerrogativa do Tribunal de Contas, de modo a reconhecer expressamente a sua atribuição para suspender cautelarmente qualquer fase do procedimento licitatório, o que incluiria a sua fase preparatória ou interna (art. 171, §1º da Lei nº 14.133/2021). Essa singela modificação pode acarretar um inegável retrocesso no planejamento e na gestão das licitações, uma vez que a expansão ilimitada do controle prévio pelas Cortes de Contas asfixiaria a atribuição conferida pelo texto constitucional ao Poder Executivo para realização das contratações públicas. Ao se permitir a interferência ilimitada na formação das licitações, antes da publicação dos respectivos editais, o legislador abre caminho para que os Tribunais de Contas atuem como *veto player*, impedindo que a fase preparatória da licitação, que compreende atos de planejamento e de gestão de competência do Poder Executivo, prossiga sem o seu aval. Essa dinâmica de controle prévio (*veto player*) caracteriza-se por originar uma intervenção dos órgãos de controle na própria etapa de planejamento das políticas públicas, subordinando a atividade administrativa à prévia aprovação da Corte de Contas, considerada, nesse caso, um “órgão quase-administrativo.”^{14 36}

Como assinalam Fortini e Amorim, um dos eixos estruturantes da nova lei é o fortalecimento à prevenção de condutas antijurídicas, razão pela qual “o legislador reforçou que as contratações devem ser submetidas a ‘práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo’”^{49,37} Em complemento, Marçal Justen Filho relata, ao enunciar que a

³⁵ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out/dez 2014, p. 213.

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 13-25, jun. 2021.

³⁷ FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. **Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores**, p. 8. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_85.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023. Os autores mencionam os 05 eixos estruturantes do projeto de lei que veio a originar a Nova Lei de Licitações: Eixo

lei incentiva a continuidade das atividades de controle, “tendência à superação das concepções sobre controle antecipado ou posterior, eis que a observância dos postulados do controle conduz à sua atuação permanente.”³⁸

Para Rafael Amorim de Amorim, o novo Diploma “reflete tendência observada no direito administrativo contemporâneo de redução da denominada ‘marginalização da legalidade’”³⁹, já que pairava no ar a percepção de “certa ‘impenetrabilidade da lei e do parlamento’ em aspectos internos da Administração relativos às contratações públicas”⁴⁰.

Consoante sustenta, as “relações intra-administrativas e atividades internas constituíam um domínio quase exclusivo da Administração, ainda que fossem determinantes para os resultados alcançados nas licitações e contratos”³.⁴¹ Conclui o Autor que a Nova Lei de Licitações enseja a subordinação à lei de toda atividade interna e externa da Administração:

A NLLCA tem, assim, uma característica diferenciada: como as leis antecedentes se concentravam na fase externa das licitações e na execução contratual, elas alcançavam basicamente a esfera administrativa e, assim, vinculavam exclusivamente os agentes administrativos; agora, ao ampliar o conteúdo normativo do novo marco legal, incorporando preocupações que envolvem todo o sistema de contratações públicas, inclusive o controle, a NLLCA acaba disciplinando, em alguma medida, a atuação de todos aqueles que desempenham atribuições relacionadas a contratações, o que contempla, conforme nomenclaturas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (incluídas pela Lei nº 13.655, de 25.04.2018), as esferas administrativa e controladora.”⁴²

Por meio de capítulo próprio destinado ao controle das contratações (Capítulo III), a NLLC estabeleceu sistema de controle composto por três linhas coordenadas, exercidas por autoridades de estruturas variadas, estando os Tribunais de Contas na terceira delas, a quem se deve acesso irrestrito a documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, incluídos aqueles classificados nos termos da Lei nº 12.527/2011 (art. 169, incisos I, II e III e §2º da NLLC).

Muito embora não seja prática comum, até então, aos Tribunais de Contas realizarem exame prévio de editais ainda não publicados, exceção feita ao TCU, a Nova Lei de Licitações

1 – promover a governança das contratações; Eixo 2 – profissionalizar os recursos humanos; Eixo 3 – impulsionar o planejamento; Eixo 4 – absorver tecnologia da informação e comunicação; Eixo 5 – fortalecer a prevenção.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1737.

³⁹ AMORIM, Rafael Amorim. Capítulo III – Do Controle das Contratações. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, v.2, artigos 71 a 194, p. 559.

⁴⁰ Ibidem, p. 559.

⁴¹ Ibidem, p. 559.

⁴² Ibidem, p. 560.

restituiu a todos eles permissivo expresso à realização de controle prévio na seara das contratações públicas. Não o fez de forma ampla, é verdade, tendo inserido as Cortes de Contas em “uma rede voltada ao controle dos atos e contratos administrativos, submetendo-se a diretrizes gerais de observância cogente.”⁴³, dentre as quais podem ser mencionadas as prescrições para quando constatadas “simples impropriedade formal” ou “irregularidade que resulte em dano à Administração” (art. 169, §3º, incisos I e II):

A nova lei atribuiu a *todos* o dever de dar preferência à adoção de medidas de saneamento e de mitigação de riscos contra sua nova ocorrência, em especial pela adoção de controle preventivo e pela capacitação dos agentes públicos, no caso de simples impropriedade formal (art. 169, §3º, inc. I). Sem embargo, nas hipóteses de irregularidades que gerem dano ao erário, além das diretrizes anteriores, exige-se a adoção das providências necessárias à apuração das infrações (art. 169, §3º, inc. II, primeira parte), como não poderia ser diferente.⁴⁴

Não obstante, parece inegável conclusão em favor do controle prévio dos atos administrativos relacionados às contratações públicas pelas três frentes registradas pelo Diploma. Em assim sendo, o tempo dirá de que maneira as disposições da Lei nº 14.133/21 serão incorporadas pelo TCU (e demais Tribunais) no que se refere aos exames prévios de edital ainda não publicados e quais serão as consequências.

1.1.1 Como o trabalho abordará o tema

Tendo apresentado brevemente o panorama relativo às discussões que concernem à competência do TCU para avaliar documentos previamente enviados, no âmbito de editais e minutas de contratos concessórios não publicados, cumpre mencionar como este trabalho efetivamente abordará a matéria.

Embora a dissertação também parta do fato de que o TCU realiza controle prévio, pretende percorrer caminho diverso, atrelado não ao dever-ser prescrito pela norma delimitadora das competências do órgão (tendo como base o art. 113, §2º da Lei nº 8.666/93), mas sim à forma com que o exercício do controle tem se dado nessas ocasiões.

Desde 1995 o Tribunal de Contas da União edita Instruções Normativas estabelecendo procedimentos fiscalizatórios, os quais impõem obrigações aos jurisdicionados e destinam-se a sistematizar a análise prévia dos editais e estudos relacionados a desestatizações, sejam elas

⁴³ RODRIGUES, Ricardo Schneider. A lei nº 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Novos institutos jurídicos de licitações e contratos, vol. 11, n.º 3, dez. 2021, p. 172.

⁴⁴ Ibidem, p. 172.

concessões ou privatizações. E, a partir de então, a Corte emite acórdãos que aprovam ou condicionam a publicação do instrumento convocatório ao cumprimento de determinações por ela consignadas.

Nessa fase, em que a ausência de publicação ainda não levou ao mundo externo o ato convocatório, tornam-se passíveis de eventuais correções, sem grande burocracia, os estudos e demais decisões administrativas internas, relacionadas ao procedimento que dará substrato fático e jurídico às regras que futuramente obrigarão as partes contratantes. A tomada de decisões de uma Administração Pública democrática, que presta contas ao cidadão, sopesa interesses, avalia riscos e busca dar concretude aos direitos da Constituição, passa, obrigatoriamente, pelo registro e formalização dos caminhos que percorreu para concluir em favor (ou não) de determinada opção.

E justamente porque a atuação administrativa é cada vez mais complexa e cheia de desafios, com potencial decisório mais amplo, dadas suas atribuições constitucionais e regramentos infraconstitucionais menos específicos, é que os atos internos à tomada de escolha tornam-se tão importantes. Diante do panorama, tem-se que a edição de Instruções Normativas, sistematizando a forma com que incidente o controle, com obrigatoriedade de remessa de documentos da fase interna ao controlador, antes de publicizados os atos, acabou por facilitar um controle mais aprofundado do TCU em relação às escolhas administrativas.

Sobre os Tribunais de Contas sindicarem o mérito dos atos discricionários da Administração, duas ponderações precisam ser feitas.

A primeira delas é que, na atualidade, há sinalização doutrinária expressa em favor da superação⁴⁵ da teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo. Dessa forma, o antigo núcleo político intangível ao controle efetuado pelo Poder Judiciário, relacionado à conveniência e oportunidade do gestor na tomada de decisão, não mais seria passível de intangibilidade. Ou seja, as decisões da administração, sejam elas vinculadas ou discricionárias seriam controláveis pelo Judiciário.

A segunda delas relaciona-se ao fato de instituições de controle externo também serem capazes de controlar as decisões discricionárias da Administração, embora não lhes tenha sido concedida jurisdição equiparada a do Poder Judiciário, de pacificação definitiva de conflito social e/ou capacidade permanente de dizer o direito. Respeitante ao tema, vale o registro de que o critério orgânico para definição da função jurisdicional não é absoluto, havendo outros

⁴⁵ Como sustenta Marcos Augusto Perez em sua tese de livre docência pela USP, convertida na seguinte obra: PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

órgãos do estado, para além do Poder Judiciário, capazes de exercer em alguma medida funções jurisdicionais (jurisdição de escopo limitado)⁴⁶:

(...) o Poder Judiciário é aquele que, no Brasil, realiza de maneira ampla o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Mas há outros órgãos estatais de controle externo ou interno que, dotados de maior ou menor independência funcional, realizam um controle análogo ao jurisdicional, ainda que especial, relacionado a temas específicos, com alcance e efetividade restrita, ou seja, o exercício desse controle não gera efeitos definitivos, não faz coisa julgada material (*e.g.*, os tribunais de contas, os conselhos de contribuintes, as corregedorias ou controladorias administrativas, entre muitos outros).⁴⁷

Esta dissertação, então, compartilha a compreensão de que

o ordenamento jurídico brasileiro temperou o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, executado em sua plenitude pelo Poder Judiciário, com a criação de uma série de órgãos de controle externo e interno dotados de relativa independência, os quais também realizam a função de verificar a legalidade das condutas da Administração, função análoga à jurisdição, a partir dos métodos e condicionamentos jurídicos semelhantes aos utilizados pelo Poder Judiciário (...).⁴⁸

Ademais, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, registrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, consagrador da opção legislativa brasileira pela adoção do sistema *uno* de jurisdição⁴⁹, entende que suas decisões são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

1.1.2. As instruções normativas do TCU: regramento próprio à análise da documentação encaminhada

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a fiscalização das concessões segue rito fixado por instruções normativas fundamentadas, essencialmente, nos art. 3º⁵⁰ da Lei nº

⁴⁶ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 177.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 177.

⁴⁹ “Desde os primórdios da República, o Brasil abolira o sistema do contencioso administrativo. Com ele não se confundem tribunais administrativos, cujos procedimentos estão sempre sujeitos à revisão pelo Poder Judiciário e que existem mesmo no sistema de jurisdição *una*, como é o nosso. A emenda constitucional n. 1, de 1969, fez surgir na Lei Maior a expressão *contencioso administrativo*, no art. 111. Não tendo sido jamais criados aqueles órgãos, a doutrina se dividia quanto à verdadeira natureza do instituto cuja criação a emenda de 1969 possibilitava. A Constituição de 1988 silencia deliberadamente a respeito e o nosso sistema é hoje, iniludivelmente e sem qualquer insinuação em contrário, o da *jurisdição una*.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 176.

⁵⁰ “Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade”.

8.443/92 – Lei Orgânica do TCU, no art. 18, inciso VIII⁵¹ da Lei nº 9.491/97 e no art. 71, inciso IV⁵² da Constituição Federal.

Anteriormente, o Tribunal de Contas da União tinha vigentes quatro normativos: a IN-TCU 27/1998, de caráter geral (mais sucinta), e três de natureza específica, atreladas às concessões setoriais correspondentes, consoante narrado no bojo do Acórdão nº 1382/2018⁵³ do Plenário. A IN-TCU nº 43/2002 objetivava a revisão das tarifas de energia, a IN-TCU nº 46/2004 era destinada ao controle da exploração de rodovias e a IN-TCU nº 52/2007 fiscalizava as parcerias público-privadas.

Os acórdãos da 2ª, 3ª e parte da 4ª Etapas do PROCROFE foram apreciados sob égide da Instrução Normativa nº 46/2004, que dividia a fiscalização prévia e concomitante dos processos de outorga de concessão para exploração de rodovias federais em cinco estágios, destinados à análise documental.

No primeiro deles – que é o objeto de estudo deste trabalho, requeria-se ato justificativo quanto à conveniência da concessão, em que caracterizado o objeto, a área e o prazo, bem como estudos⁵⁴ de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações quanto à projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras, fluxo de caixa projetado coerente com o estudo de viabilidade, o Programa de Exploração da Rodovia (PER), relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis, dentre outros (art. 3º, I e suas alíneas). E, como se verificará por meio dos acórdãos analisados, acabavam sendo encaminhados para

⁵¹ Alterou procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização e revogou lei anterior que disciplinava o tema (Lei nº 8.031/90). “Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo: VIII - preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União;”.

⁵² “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;”.

⁵³ Que versa sobre processo administrativo com projeto de Instrução Normativa que instituirá novo modelo quanto ao acompanhamento dos processos de desestatização pelo Tribunal de Contas da União, revogando as IN TCU nº 27/1998, nº 46/2004 e nº 52/2007.

⁵⁴ De modo detalhado: Os estudos de viabilidade técnica e econômica deveriam conter, entre outras informações que o gestor julgasse necessárias: 1) objeto, área e prazo da concessão; 2) quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas; 3) estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados; 4) estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para a rodovia ou trecho de rodovia em licitação; 5) orçamento, com data referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar; 6) custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais; 7) projeção das receitas operacionais da concessionária; 8) ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos; 9) eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados; 10) fluxo de caixa projetado do empreendimento, coerente com o estudo de viabilidade.

análise neste estágio as minutas de edital e de contratos a serem potencialmente licitados.

No segundo estágio, solicitava-se edital de licitação e seus anexos, justificativa para escolha do parâmetro ou do indicador a ser usado para aferição do equilíbrio econômico-financeiro, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, com eventuais retificações do instrumento convocatório, bem como as impugnações apresentadas em seu desfavor (art. 3º, II e suas alíneas).

No terceiro, os papéis vinculavam-se, em síntese, às atas de abertura e encerramento da fase de habilitação; relatório de julgamento da fase de habilitação, com abordagem aos aspectos atrelados à habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, além de questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a habilitação (art. 3º, III e suas alíneas).

De modo sucinto, o quarto momento destinava-se a averiguar o julgamento das propostas técnicas caso houvesse, com os papéis inerentes, além da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras, também com os arquivos correlatos (art. 3º, IV e suas alíneas).

Por fim, quinto e último deles aludia à verificação do ato de outorga; do contrato de concessão assinado; do Programa de Exploração de Rodovia (PER) apresentado pela concessionária ou qualquer outro documento para delimitar as obras e os serviços a serem realizados ao longo do prazo contratual, afora a cópia da proposta econômico-financeira entregue pela vencedora e os correspondentes anexos, inclusive em meio magnético, com a solicitação de arquivos específicos (art. 3º, V e suas alíneas).

O normativo também a fixava prazo para entrega de todos os documentos solicitados, com diretrizes aos órgãos do TCU quanto aos procedimentos adotáveis em meio às entregas.

No que concerne ao acompanhamento da execução contratual, o foco estaria no fiel cumprimento das normas e cláusulas contratuais, aditivos, com registro acerca da possibilidade de avaliação relativa à ação exercida pelo órgão, entidade federal concedente ou respectiva agência reguladora, bem como quanto às diretrizes por eles estabelecidas (art. 6º). Tal apreciação se daria mediante realização de inspeção, levantamento ou auditoria no órgão ou na entidade concedente, na agência e na concessionária, conforme o caso (parágrafo único do art. 6º).

Atualmente, é vigente a IN-TCU nº 81/2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, estando por ela abrangidas as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado (art. 1º). Com

a edição da IN-TCU nº 81/2018, foram revogadas as IN-TCU nº 27/1998, nº 46/2007 e nº 52/2007, ao passo que a IN-TCU nº 77/2017 revogou a IN-TCU nº 43/2002 (Acórdão nº 991/2017).

Referida instrução encerrou a lógica do acompanhamento em cinco estágios, pontuando que o controle das desestatizações observaria o princípio da significância, segundo os critérios⁵⁵ de materialidade, relevância, oportunidade e risco (art. 2º, §1º) permitindo, assim, que o exame anterior dos estudos de viabilidade e minuta contratual permanecesse ocorrendo. Seu artigo 3º manteve determinação ao Poder Concedente quanto à disponibilidade, para acompanhamento dos processos de desestatização, dos estudos de viabilidade, minutas de instrumento convocatório e anexos, incluindo a minuta contratual e caderno de encargos, esmiuçando a documentação a ser enviada em seus vinte e um incisos.

Para fins desta dissertação, cabe pontuar que a IN-TCU nº 81/2018 é incidente a partir da 4ª Etapa do Programa, e em apenas parte dela, pois, não obstante datada de 20/06/2018, seus efeitos foram diferidos a procedimentos de desestatização cujos editais fossem publicados depois de 01/01/2019 (art. 15⁵⁶).

1.2. As concessões de rodovias federais do país depois de 1988

1.2.1. O Programa de Concessão de Rodovias Federais: contexto

As concessões de rodovias federais no Brasil, a partir de 1988, foram implementadas por programa governamental específico. O Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCROFE foi criado em 1993 pela Portaria Ministerial nº 10/93, de 21/01/1993, consoante narra o histórico das concessões disponibilizado no endereço eletrônico⁵⁷ da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

É fruto do mesmo tempo histórico que ensejou a edição da Lei nº 8.987/95, instituidora do regime geral de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da

⁵⁵ A redação está em sintonia com o art. 170 da Nova Lei de Licitações.

⁵⁶ Art. 15. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

§ 1º Aplica-se esta Instrução Normativa a todos os procedimentos de desestatização que tiverem edital publicado a partir de 1/1/2019, bem como a todos os contratos ou termos aditivos para prorrogação ou renovação de concessões ou permissões celebrados após a mencionada data;

§ 2º Os processos já autuados ou que vierem a ser autuados até 31/12/2018 permanecerão submetidos aos ritos estabelecidos nas IN TCU 27/1998, IN TCU 46/2004 ou IN TCU 52/2007”.

⁵⁷ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Disponível em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/historico>>.

Constituição Federal, quando o Estado já não dispunha de capacidade satisfatória de investimentos para expandir, modernizar e muito menos atualizar a infraestrutura do país, tendo em vista sua organização jurídica e gerencial.⁵⁸

Está inserido no contexto reformista que arrebatou a Administração Pública na década de 90, oriundo de uma crise generalizada da gestão pública, que englobou questionamentos atrelados à importância do sistema administrativo público, a razão de sua eficácia condicionar o desenvolvimento de toda a sociedade e o fato de não serem mais admissíveis, em um Estado moderno, certas disfunções e rotinas⁵⁹, conforme encadeia Medauar.

Em resposta à tensão verificada, foram realizadas reformas “no sentido da liberalização de mercados, desregulação e privatização, com reflexos na Administração Pública e no Direito Administrativo”⁶⁰. Como exemplo, no Brasil de 1995, ganhou vida o Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE, responsável por confeccionar o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, vocacionado a definir objetivos e estabelecer diretrizes à reforma da Administração Pública brasileira.

Em suas páginas iniciais, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado registrou diagnóstico de defasagem do modelo estatal vigente, individualizado, no particular desta dissertação, pela derrocada da política institucional⁶¹ de transportes entre meados de década 1970 e início de 1990:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração de serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia.⁶²

No campo do direito administrativo, Medauar cita, dentre os vetores que permearam as modificações do período: a) a administração a serviço do cidadão; b) a transparência; c) a administração eficiente e a d) privatização difusa, sob dois aspectos – a transferência, ao setor privado, de atribuições públicas, com a redução do número de órgãos da Administração e a

⁵⁸ A referência é atribuída a Fernando Henrique Cardoso quando do prefácio do livro de: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze Issa (coords). **Experiências Práticas em Concessões e PPP**: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol II – Execução, Controle e Exercício das Funções Públicas por Concessionário. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 21.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 147.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 151.

⁶¹ A esse respeito, consultar obra de: PEREIRA, Vicente de Brito. **Transportes: história, crises e caminhos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

⁶² CARDOSO, Fernando Henrique. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 9.

expansão de práticas inspiradas no direito privado, com a adoção de medidas que priorizam resultados.⁶³

Sobre privatizações, já em 1990, foi editado o Programa Nacional de Desestatização – PND pela Lei nº 8.031/90, com objetivos fundamentais de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, dentre outros (art. 1º, incisos I a III da Lei nº 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos aos PND, revogando-o).

Embora tenha havido movimentações na agenda privatizadora dos primeiros anos da década de 90, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso recorda que, no campo político, “falar e ainda mais fazer privatizações” tinha um custo muito alto⁶⁴ e, “além disso, em parte significativa dos setores de infraestrutura havia impedimentos de ordem constitucional para a participação do capital privado”⁶⁵. É nesse panorama de privatizações com ressalvas que a Lei de Concessões (Lei nº 8987/95) se insere. No intuito de resolver o imbróglio, enquanto senador, o ex-Presidente apresentou

(...) projeto de lei regulamentando a concessão de serviços públicos. Não se tratava apenas de uma questão semântica, embora as palavras contem muito na política. Como a concessão prevê a operação de serviços públicos pelo setor privado, mas não a transferência da propriedade dos ativos do Estado para os novos operadores, a participação do investimento e da gestão privada poderiam aumentar, sem o estigma da privatização, em setores como os de energia elétrica, transportes e portos, para os quais não havia vedação constitucional.⁶⁶

Embora o PROCROFE tenha concedido as primeiras rodovias à iniciativa privada antes de editada a Lei de Concessões, com fundamento no Decreto nº 94.002/1987⁶⁷, possui como gênese o mesmo cenário ensejador do Diploma, sendo espécie de contrarresposta ao modelo estatal-desenvolvimentista vivenciado entre as décadas de 1930 a 1980, impulsionado pela nova configuração constitucional instaurada a partir de 1988.

⁶³ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 151.

⁶⁴Corroborando a percepção do ex-Presidente, todavia em relação às dificuldades de aprovação da lei de concessões, estão as palavras de Floriano de Azevedo Marques: “Analisando os debates [do projeto de lei], percebe-se que, afora algumas questões menores (como a resistência à subconcessão), a grande dificuldade enfrentada para a sua aprovação estava na resistência oferecida pelos setores mais estatistas, nacionalistas ou ligados às corporações de empregados estatais, que viam na concessão uma modalidade de privatização contra a qual pelejavam.”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

⁶⁵ TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze Issa (coords). **Experiências Práticas em Concessões e PPP**: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol II – Execução, Controle e Exercício das Funções Públicas por Concessionário. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 22.

⁶⁶ Ibidem, p. 22.

⁶⁷ Que, em seu artigo 1º, permitia ao Ministro de Estado dos Transportes autorizar o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem – DNER a contratar por licitação, com empresa nacional, mediante concessão, a construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais.

1.2.2. A 1ª Etapa do Programa e os Acórdãos 141/1993 e 394/1995

O Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCROFE foi criado⁶⁸ pela Portaria nº 10/93, cujo conteúdo, em verdade, instituiu grupo de trabalho para elaborar edital de licitação objetivando a restauração, manutenção, operação e exploração, mediante pedágio, da Ponte Rio-Niterói e da Rodovia Presidente Dutra. Em 1994, a 1ª Etapa foi inaugurada com a entrega da Ponte Rio-Niterói à exploração da iniciativa privada. No ano subsequente, foram concedidos outros quatro trechos nessa mesma sistemática, totalizando cinco extensões rodoviárias.

Nem todos os trechos entregues decorreram de concessões realizadas diretamente pelo Governo Federal. Em 1996, a Lei nº 9.277/96 possibilitou aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal que solicitassem a delegação de partes de rodovias federais para incluí-los em seus Programas de Concessão de Rodovias. “Entre 1996 e 1998, foram assinados Convênios de Delegação com os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina e Minas Gerais.”⁶⁹ No Rio Grande do Sul, tratou-se do lote rodoviário BR-116/392/RS.

Nos anos 2000, diante das dificuldades para implementação dos programas estaduais, o Conselho Nacional de Desestatização – CND recomendou, através da Resolução nº 08, de 05/04/00, a revisão do Programa de Delegação de Rodovias Federais de que trata a Lei nº 9.277/96, autorizando o Ministério dos Transportes a adotar medidas necessárias à reunificação da política de concessões rodoviárias – ano em que o lote rodoviário gaúcho foi sub-rogado à União.

A 1ª Etapa do Programa ocorreu entre 1994 e 1998, contando com 06 concessões, contabilizada aquela atribuída ao Estado do Rio Grande do Sul e sub-rogada à União nos anos 2000.

Nesse primeiro momento, “o programa montado tinha claramente um caráter de

⁶⁸ Alusão explícita ao Programa adveio da Portaria GM nº 824, de 03/09/1993, responsável por constituir Grupo de Trabalho para dar prosseguimento das concessões. O diploma foi substituído pela Portaria MT nº 246, de 11/05/1994, que efetivamente instituiu o PROCROFE, em execução pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, que contará com o apoio técnico e administrativo da Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT. Posteriormente, foi concebido no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, grupo de trabalho para planejar e executar as medidas necessárias ao prosseguimento do Programa de Concessões, visando à outorga para a exploração, ainda em 1994, dos trechos rodoviários: BR-101/RJ – Ponte Presidente Costa e Silva (Ponte Rio-Niterói), BR-116/RJ/SP – Presidente Dutra (Rio-São Paulo), BR-290/RS (Osório-Porto Alegre) – Entroncamento BR-116 – Acesso a Guaíba, BR-040/RJ/MG (Rio-Petrópolis-Juiz de Fora) e BR-116/RJ – Entroncamento BR-040 Teresópolis – Além Paraíba, bem como determinar o desenvolvimento de atividades para ampliar o Programa, incorporando-lhe outros trechos rodoviários.

⁶⁹ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Anuário ANTT – Histórico. Disponível em: <<http://anuario.antt.gov.br/index.php/content/view/4750.html>>. Acesso em: 07 out. 2022.

emergência, pela necessidade de investimentos de restauração”. Valeu-se de experiência anterior do DNER, de cobrança de pedágio como fonte adicional de financiamento rodoviário – nas cinco rodovias que viriam a fazer parte do que seria a 1ª Etapa do Programa, entre 1973/1989 – “com a execução de atividades de conservação, manutenção e monitoramento daqueles trechos considerados fundamentais, mas com reduzidos investimentos de expansão ao longo do período”⁷⁰

Economicamente falando, o período era instável, tornando “(...) todas as previsões, principalmente em contratos complexos, uma tarefa hercúlea. Segundo Banco Central, a taxa Selic média diária de juros chegou, em outubro de 1997, a 46% a.a.⁸.”⁷¹. Afora isso, “o arranjo político, jurídico e institucional ainda não estava consolidado para reger e regular as concessões de serviços públicos.”⁷²

Àquela época, o Tribunal de Contas da União ainda não havia editado regramento específico à análise prévia dos estudos de viabilidade efetuados pelo Governo Federal.

Já lançado à praça o Edital de Pré-Qualificação nº 0107/93-0, em 05/04/1993, para outorgar, via concorrência, as atividades atreladas à operação da Ponte Rio-Niterói (BR-101/RJ), o Ministro Relator⁷³ do Acórdão 141/1993, depois de anotar que concessões de serviços públicos não eram incomuns no Brasil, aludindo à época imperial, destacou ser novidade, todavia, a construção e a exploração atribuídas a concessionário privado. Isso porque, desde 1945, quando criado o DNER, a construção de estradas de rodagem federais era realizada por contratos de empreitada sob a exploração da Autarquia de transportes.

Por isso, dada a “originalidade do empreendimento sob a responsabilidade do DNER”, o Relator submeteu proposta de requerimento ao Plenário para que fosse determinado ao órgão técnico do TCU o acompanhamento de todos os procedimentos relativos à concessão da Ponte Rio-Niterói.

Deveriam ser examinados, quanto à viabilidade, os estudos técnicos e projetos necessários à elaboração de orçamentos e apresentação de propostas; as justificativas sobre a conveniência da outorga; os custos e tarifas etc. Quanto à licitação, eram foco a observância dos princípios básicos de igualdade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório,

⁷⁰ PEREIRA, Vicente de Brito. **Transportes: história, crises e caminhos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 216-217.

⁷¹ SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (coord.). **Direito e Infraestrutura: Rodovias e Ferrovias – 20 Anos da Lei Nº 10.233/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, v. 2, p. 215-216.

⁷² Ibidem, p. 215-216.

⁷³ Ministro Luciano Brandão Alves de Souza.

julgamento objetivo e demais pressupostos legais. Outorgada a concessão, seriam averiguadas a legalidade e legitimidade da estipulação do contrato, especialmente quanto às normas regulamentares ou de serviço.

O Plenário acolheu na íntegra o requerimento lavrado pelo Relator. Tal decisão ocorreu mais de 20 dias *após* lançado à praça o edital de pré-qualificação referente à concorrência que selecionaria parceiro privado à exploração da Ponte Rio-Niterói.

Na sequência, os processos de concessão dos trechos BR-116/RJ/SP, BR-290/RS, BR-116/RJ e BR-040/RJ-MG, objeto dos editais nº 0291 a 0294/93-00, foram acompanhados pelo Tribunal, via Acórdão 394/1995.

Àquela altura, duas das três fases previstas para a licitação da BR-116/RJ/SP estavam concluídas. Para a BR-290/RS, estavam finalizadas as três fases de licitação previstas e os procedimentos atrelados aos trechos BR-116/RJ e BR-040 contavam, igualmente, com duas das três etapas do torneio executadas.

Finda a auditoria, o Titular da 1ª Secex ressaltou terem sido localizadas nos documentos de concessão da BR-290/RS as mesmas irregularidades que integraram a outorga da Ponte Rio-Niterói, levando-o a crer que seriam igualmente identificadas nos procedimentos das demais rodovias federais com licitação em curso, pois os editais e procedimentos adotados pelo DNER eram idênticos. Entendeu por bem, assim, que o acompanhamento das concessões fosse destinado a aferir a consistência dos Programas de Exploração das Rodovias, com o fito de apurar a compatibilidade dos registros deles constantes com as efetivas necessidades das rodovias.

Desejava que o TCU pudesse acompanhar os novos processos de concessão de modo mais ágil e dinâmico, para que, lançada uma fase, os documentos fossem prontamente analisados e remetidos ao Plenário da Corte, para conhecimento e adoção de providências. Sugeriu, então, o estabelecimento de estágios de acompanhamento, com previsão de mecanismos de remessa automática de documentos pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem à Corte, condicionando o início da execução da fase posterior à regular implementação da anterior.

A proposta submetida ao Relator mencionava a instituição de 05 (cinco) estágios de acompanhamento, embrionários do conteúdo que passou a integrar as Instruções Normativas da Corte, já mencionadas em tópico oportuno nesta dissertação.

O voto condutor anuiu à proposta da Secex, para que às rodovias em fase de licitação fosse aplicada a nova sistemática de acompanhamento, no intuito de comprovar a consistência das informações insculpidas nos respectivos Programas de Exploração.

O Relator⁷⁴ do Acórdão 394/1995 notou a magnitude e significância do PROCROFE, assim como a inexistência de normatização para a fiscalização dos processos de concessão, sendo necessário que o Tribunal fizesse acompanhamento mais ágil e dinâmico, por estágios para o exame de tais processos, com previsão de remessa automática de documentos pelo DNER ao TCU, condicionando o início da execução do estágio seguinte à regular implementação da etapa anterior.

Sugeri à Presidência a constituição de grupo de trabalho com o fito de apresentar proposta de Instrução Normativa visando à regulamentação da atuação do TCU nos processos de concessão de serviços públicos, dentre outras determinações específicas relacionadas aos editais analisados quanto aos quatro trechos em comento.

O acórdão 394/1995 foi emitido em agosto de 1995, 43 dias *depois*⁷⁵ de lançado o pacote de concessões dos quatro trechos de rodovias. Nesta fase do programa, então, não houve acompanhamento prévio à publicação dos editais pelo Tribunal de Contas da União.

1.2.3. A 2ª Etapa e os Acórdãos 2299/2005, 2047/2006, 1405/2007 e 2104/2008

A 2ª Etapa do Programa ocorreu em contexto institucional diferenciado da etapa anterior, tendo em vista a existência de novos atores no processo, característicos das transformações estruturais pelas quais o Estado vinha passando, intensificadas a partir da segunda metade da década de 1990.

Em 2001, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT foi criada pela Lei nº 10.233/11, no intuito de implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte. Consta de suas atribuições a exploração da infraestrutura rodoviária federal (art. 22, inciso V), além da publicação de editais, julgamento das licitações e celebrações dos contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros, (art. 26, inciso VI). A Autarquia assumiu, então, a condução dos estudos necessários à licitação de concessões de rodovias federais, realizados até então diretamente pelo Ministério dos Transportes.

A Lei nº 10.233/01 também instituiu o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes – DNIT, submetido ao regime autárquico, vinculado ao Ministério dos Transportes

⁷⁴ Ministro Fernando Gonçalves.

⁷⁵ BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. **O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?** Dissertação (Mestrado profissional em Administração Pública). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ, 2015, p. 30.

(atual Ministério da Infraestrutura), em substituição ao extinto DNER. Em meio a seus objetivos, tem como função implementar a política formulada para a administração da infraestrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais.

Esclarece Alexandre dos Santos Aragão que a divisão de competências entre ANTT e DNIT é compreendida a partir da “delegação”, já que as rodovias concedidas se submetem à regulação da ANTT e as demais, não geridas pela iniciativa privada, estão sob esfera de atuação do DNIT.⁷⁶

Feito o parêntesis quanto à modificação do aparato estatal responsável pela administração das concessões, depois de longo período, 07 (sete) lotes rodoviários federais foram leiloados em 2007, os quais integraram a 2ª Etapa de concessões do Programa. Em 2009, houve a concessão isolada do trecho BR-116/324/BA e BA-526/528.

A 2ª Etapa do Programa, apesar de efetivada apenas em 2007/2008, foi gestada pelo DNER em 1997/1998, que, de um lado, tencionava “repassar para a iniciativa privada alguns trechos de pista simples que necessitavam de restaurações pesadas e imediatas (...) e, de outro lado, usar um novo modelo de parceria com o setor privado para as rodovias federais mais importantes do país.”⁷⁷

Para Britto Pereira, o 2º lote de concessões “poderia igualmente ser caracterizado como uma transferência de ativos, na qual o papel principal das concessionárias estaria relacionado com restaurações, manutenção e operação das rodovias, e não com investimentos de expansão da oferta de infraestrutura.”⁷⁸, de responsabilidade do Governo Federal. Menciona o Autor que “a emergência de novos atores, principalmente o TCU, a extinção do DNER, a criação da ANT e o novo ambiente político, dentre outros fatores, acabaram por postergar o lançamento do edital.”⁷⁹.

Neste estágio, o cenário macroeconômico era melhor, se comparado ao anterior, com maior estabilidade. Foi almejada a modicidade das tarifas e, “em razão do momento econômico e social otimista, e dos trechos concedidos, que já contavam com uma demanda consolidada, foi possível o estabelecimento de uma taxa interna de retorno mais baixa que a da etapa

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 235.

⁷⁷ PEREIRA, Vicente de Brito. **Transportes: história, crises e caminhos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 220.

⁷⁸ Ibidem, p. 220-221.

⁷⁹ Ibidem, p. 221.

anterior.”⁸⁰ O critério para julgamento dos 07 lotes inicialmente licitados foi o de menor tarifa básica de pedágio, a Taxa de Retorno Interno – TIR do projeto foi 8,95% e os reajustes se deram com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

No que respeita à análise realizada pelo Tribunal de Contas da União, o exercício do controle prévio com base em instruções normativas já ocorria, eis que editada a IN-TCU 46/04, que norteou a análise de boa parte dos editais submetidos à análise pela Corte até então.

Por meio do Acórdão 1405/2007, o TCU autorizou sem condicionantes, mas recomendações, a publicação dos editais de 07 dos 08 lotes que compõem os trechos concedidos em razão da 2ª Etapa de Concessões do PROCROFE. A autorização final à publicação dos instrumentos não ocorreu de plano, por decisão Plenária única. Houve exames anteriores efetuados pela equipe de fiscalização do TCU, em que também efetuadas determinações nos Acórdãos 2299/2005 (houve autorização para publicação do edital, todavia com condicionantes de correção das inconsistências apuradas nos estudos de viabilidade) e 2047/2006 (reexame interposto em face do Acórdão 2299/2005), cujo cumprimento foi conferido no Acórdão 1405/2007.

A anuência para publicação do 8º lote ocorreu posteriormente, via Acórdão 2104/2008, com base nas determinações efetuadas no Acórdão 101/2007 – primeiros estudos submetidos à ao TCU para concessão na modalidade patrocinada, posteriormente reavaliados em favor da concessão comum, assim como àquelas prescritas no Acórdão 1405/2007.

De modo geral, na análise prévia à publicação dos editais, nesta etapa, o Tribunal tinha como foco o exame minucioso dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTA) e do Programa de Exploração Rodoviária (PER), sem dedicação direcionada à modelagem jurídica contida minutas de edital e contrato, a não ser quando a correção de pontos relacionados ao EVTA e ao PER impactavam no instrumento convocatório e requeriam modificações por consequência.

A partir da 3ª Etapa, o Tribunal começa a sinalizar modificações na forma como analisa os documentos enviados à Corte, ainda que de modo incipiente, como se verá a seguir.

1.2.4.3ª Etapa e os Acórdãos 1974/2013, 3204/2013, 2304/2013, 3033/2013, 2604/ 2013 e 86/2015

⁸⁰ SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais. *In*: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (coord.). **Direito e Infraestrutura: Rodovias e Ferrovias – 20 Anos da Lei N.º 10.233/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, v. 2, p. 224.

O exercício de 2013 marcou o início da 3ª Etapa de concessões, com a entrega de 02 trechos rodoviários. Em 2014, foram assinados contratos de 05 novas concessões, de rodovias que passam por 06 estados brasileiros, expandindo o número de outorgas efetivadas.

Os ajustes de 2013 e 2014 originam-se de leilão de 07 lotes rodoviários federais, destinados a melhorar os corredores logísticos de transporte de cargas de demais regiões do país, para além do sul e sudeste, alcançando regiões agrícolas e minerais mais ao norte do Brasil. Cabia às concessionárias implantar obras e serviços de engenharia, prestando serviços inerentes à concessão segundo parâmetros técnicos cuja avaliação se daria por critérios de desempenho e resultado.⁸¹

Em 2015, depois do término do contrato assinado em 1994 pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, a ANTT promoveu novo leilão para concessão da Ponte Rio-Niterói, pelo prazo de 30 anos.

Os editais previram como critério de seleção o menor valor da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) e continham condicionantes ao início da cobrança de pedágio, das quais se destaca a execução de 10% das obras de duplicação sob responsabilidade da concessionária, que deveria ocorrer até o quinto ano de concessão. Ademais, registraram previsão de exploração de receitas extraordinárias por parte da futura concessionária, com parcela dos valores revertida à modicidade tarifária anualmente, no momento da revisão ordinária.

Os estudos prévios e modelagens atinentes à publicação dos 07 editais são contemporâneos, de que modo que o TCU consignou, em não havendo modificações, que as análises que empreenderia em relação aos lotes submetidos a seu crivo aproveitaria aos demais.

Para esta etapa do Programa, o Tribunal de Contas da União entendeu que a metodologia de auditoria, em adição à análise da adequação das variáveis do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica - EVTE, deveria concentrar seus trabalhos na avaliação qualitativa dos parâmetros técnicos e de desempenho, das cláusulas contratuais e das soluções de engenharia e operacionais, para verificar se faziam sentido entre si e geravam entendimento claro das obrigações e deveres entre as partes.⁸²

Isso porque, não obstante a atuação conjunta do TCU e da ANTT, que passou com o tempo a apresentar estudos de viabilidade melhores, e a despeito da competitividade nos certames, as falhas na execução dos contratos eram perceptíveis, mormente vinculadas a fatores regulatórios e contratuais e não necessariamente relacionadas aos estudos de viabilidade.⁸³

⁸¹ Informações retiradas do relatório do Acórdão 1974/2013.

⁸² Informações retiradas do relatório do Acórdão 1974/2013.

⁸³ Informações retiradas do relatório do Acórdão 1974/2013.

Foram inicialmente encaminhados pela ANTT os estudos referentes aos Lotes 2 e 4, cuja aprovação do primeiro estágio de acompanhamento do processo de desestatização de serviços relativos à operação, recuperação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade das rodovias produziu o Acórdão 1974/2013.

O Acórdão 2304/2013 decorreu da aprovação do primeiro estágio de concessão dos documentos relativos ao Lote 1; o Acórdão 2603/2013 da aprovação do primeiro estágio dos Lotes 03, 05 e 07; o Acórdão 3033/2013 relaciona-se ao Lote 6; o Acórdão 3204/2013, à BR-040/DF/GO/MG e o Acórdão 86/2015 relaciona-se à aprovação do 1º estágio da Ponte Rio-Niterói.

De modo geral, o exame das minutas de contrato, nesta fase, não evidenciou significativas incorreções aptas a gerar *determinações* ao fim da instrução.

No Acórdão 1974/2013, por exemplo, após questionamentos feitos à ANTT sobre: prorrogação, data de transferência e posse dos bens da concessão; revisão ordinária e Fator X; sanções para obras e serviços com vícios; alocação de riscos à concessionária e Poder Público (com destaque a licenciamento ambiental e desapropriações), dentre outros, a unidade técnica considerou que os esclarecimentos e alterações efetuadas pela Agência foram satisfatórios “não sendo necessárias determinações à Agência para correções de inconsistência no escopo da avaliação pela equipe de auditoria.”.

Nesta fase, ou foram efetuadas determinações atreladas ao EVTEA e PER ou foram consignadas apenas recomendações à Agência. Para este último caso, há o exemplo do Acórdão 3033/2013, que sugeriu fossem definidos os trechos prioritários para cumprimento dos 10% das obras de duplicação. Quanto ao primeiro, menciona-se o Acórdão 2604/2014, em que prescritas determinações à Agência atreladas aos preços estimados de capina, roçada e poda na faixa de domínio; modificação entre os percentuais previstos dos trabalhos mecanizado e manual; substituição da periodicidade de realização do serviço de corte de vegetação etc.

Por fim, menciona-se que o Acórdão 86/2015, relativo ao último trecho integrante da 3ª Fase possui, em verdade, determinação para que o Tribunal de Contas da União apresente, em 180 dias, “Plano de Ação referente ao desenvolvimento de metodologia para cálculo do Fator X das recentes concessões rodoviárias, contendo, entre outros, cronograma de atividades e indicação dos respectivos responsáveis (por atividade).”.

Por se tratar de determinação pontual, tendo em vista os acórdãos da 3ª etapa, deixou de integrar o espaço amostral da presente pesquisa, que acabou circunscrito, pelas características da atuação do Tribunal na análise do Programa, às determinações da 4ª Etapa.

1.2.5. A 4ª Etapa – Os Acórdãos 1174/2018, 1096/2019, 2195/2019, 40362020, 4037/2020, 1766/2021 e 3136/2021

A 4ª Etapa do PROCROFE foi inaugurada em 2019, com a assinatura de dois contratos com as concessionárias ViaSul (rodovias BR-101/290/386/448/RS) e Ecovias do Cerrado (BR-364/365/GO/MG).⁸⁴ Em 2020 e 2021, dois novos ajustes foram celebrados com a CCR ViaCosteira (BR-101/SC) e EcoVias do Araguaia (BR-153/TO/GO), cada qual em um exercício. Em 2022, enquanto a etapa está em curso, houve mais 03 concessões avançadas com a CCR Rio/SP (BR-116/101/SP/RJ), ViaBrasil BR-163 (BR-163/MT) e EcoRioMinas (BR-116/465/493/RJ/MG), totalizando 07 concessões até o momento.

Dentre as quatro, é etapa com maiores inovações regulatórias e modelagem jurídica mais robusta. Como inovações, são mencionadas: critério de julgamento híbrido, de menor tarifa e maior outorga *upfront*; mecanismos de proteção de demanda e de câmbio; previsão de acordo tripartite; desconto de usuário frequente; relator independente; divisão de riscos mais detalhada; permissivo à utilização de comitê de resolução de conflitos, dentre outros que serão enunciados quando da evidenciação dos acórdãos por esta dissertação.

Sob os aspectos fiscalizatórios, o Tribunal de Contas da União modificou seu escopo de auditoria, baseado nas experiências decorrentes dos exames prévios de etapas anteriores e, principalmente, das fiscalizações que realiza para o acompanhamento das respectivas execuções contratuais.

Procedimentalmente, manteve-se guiado pelas disposições constantes do normativo IN-TCU 46/2004 até o Acórdão nº 1096/2019, o segundo dos sete sob análise, todavia, ao invés de suas unidades técnicas focarem majoritariamente nos estudos de engenharia, planilhas de modelos operacionais e estudos econômico-financeiros, a Corte decidiu privilegiar elementos estruturais da minuta contratual, os quais, direta ou indiretamente, proporcionaram baixa eficiência ao serviço público de exploração das rodovias federais, com sucessivos acréscimos no valor das tarifas pagas pelos usuários, em muitas ocasiões acima da inflação.

De acordo com o Acórdão 1174/2018, pioneiro no exame dos editais da 4ª Etapa, a análise do EVTEA e documentos correlatos, “focada na redução de eventuais excessos de

⁸⁴ A cronologia acima apresentada foi retirada do endereço eletrônico da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, em que indicadas as etapas do Programa por datas. Informações disponíveis em: <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/historico>>. Acesso em: 15 jul. 2022. Além disso, a ANTT disponibiliza uma página própria, que possui algumas informações um pouco mais detalhadas: <<http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1170/Apresentacao.html>>. Acesso em: 07 out. 2022.

custos dos serviços” e conseqüente redução no valor da tarifa-teto, “tem se mostrado de baixa efetividade”, eis que, quando dos leilões, os deságios obtidos na tarifa final aos usuários suplantavam, em muito, o valor retificado pelo Poder Público. Ou seja, os apontamentos do Tribunal “relativos às inconsistências de custos serão de menor relevo e, valer dizer, é o que tem sido verificado na prática, com certames concorridos e deságios da ordem de 40% a 50%” (Acórdão 1096/2019).

É que, na 2ª e 3ª fases do Programa, como o foco de análise baseava-se nos estudos de viabilidade econômica, técnico e ambiental, além dos programas de exploração da rodovia, eventuais economias propiciadas em razão da detalhada análise realizada pelas secretarias específicas, que impactavam favoravelmente na redução das tarifas teto máxima, não surtiam efeitos práticos depois dos lances.

Ademais, de acordo com o Tribunal, situações graves foram sendo verificadas ao longo da prestação dos serviços. “Merecem destaques os altos índices de inadimplemento contratual por parte das concessionárias, a inserção (sem licitação) de vultosas obras nos contratos e problemas relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro das avenças em desfavor dos usuários e da União.” (Acórdão 1174/2018).

Em síntese, a análise como procedida outrora não abrangia questões verificadas nos acompanhamentos da execução de tais contratos, quais sejam as inexecuções de obras previstas, além do aumento no valor das tarifas para além da inflação do período.

Por isso, o exame dos documentos atrelados à fase que precedeu a publicação dos editais da 4ª Etapa norteou-se, segundo consta, pela necessidade de que a modelagem contratual efetivamente pudesse propiciar a execução tempestiva das obras e serviços, sem reflexos desarrozoados nas tarifas em desfavor do usuário. Isso porque, sob a ótica do controle externo, o cenário até então conhecido indicava um modelo regulatório e regras contratuais que, não obstante variações nas três etapas do Programa, “incentivam a inexecução das obrigações” (Acórdão 1174/2018).

Os níveis de inadimplemento relacionam-se, em especial, a não realização de investimentos programados e, “apesar de os concessionários não executarem boa parte dos investimentos inicialmente contratados, são contemplados com aumentos tarifários que incrementam a taxa de retorno do negócio”, sem mencionar a possibilidade de grandes alongamentos na vigência contratual para acomodar desequilíbrios econômico-financeiros. A consequência da sistemática em tais termos “é a não prestação de um serviço público adequado, por infringir os padrões de segurança, eficiência e modicidade tarifária”. (Acórdão 1096/2019).

Consoante registrado no Acórdão 1096/2019, para que tais efeitos fossem impedidos,

era preciso que a modelagem contratual estivesse bem realizada, contendo incentivos ao cumprimento dos ditames contratuais originalmente pactuados, com a ANTT exercendo suas atribuições de agente regulador e fiscalizador da melhor forma possível, nos termos da Lei nº 10.233/2001.

A partir do Acórdão 2195/2019 (terceiro), a metodologia de fiscalização seguiu o rito da Instrução Normativa nº 81/2018, que aboliu os acompanhamentos por estágios, guiando as averiguações pelo princípio da significância, segundo critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco. Isto é, a partir dele, não mais foram aprovados estágios como outrora, mas sim consignadas determinações e recomendações, a serem cumpridas antes da publicação dos editais ou para ocasiões vindouras, prosseguindo-se ao acompanhamento.

Não obstante a alteração quanto ao normativo metodológico, a sistemática de o primeiro acórdão de cada etapa exarado pelo Plenário servir de norte às demais análises realizadas, e assim sucessivamente, foi mantida. Logo, para além dos itens específicos escolhidos para averiguação, a exemplo das minutas de contrato, estudos de viabilidade etc., os decisórios subsequentes verificaram a observância e/ou inobservância de determinações e ou recomendações previamente emitidas.

Registra-se que, a partir do Acórdão 4036/2020, novidades regulatórias foram efetivadas pela ANTT nas minutas contratuais. Por isso, “a unidade técnica buscou analisar todas as inovações, não somente observando aspectos legais, mas também efetuando uma análise sobre como, na prática, a ANTT irá implementar cada mudança.” Segundo consta, as alterações modificaram o tipo de leilão, a alocação de riscos e até exigências quanto a projetos, a serem entregues para materialização de obras contratuais, afora aquelas que vierem a ser consideradas necessárias no futuro.

Até o fechamento deste trabalho, a 4ª Etapa do PROCROFE, ainda em curso, já concedeu trechos de rodovias federais a 07 Concessionárias distintas, cuja análise prévia dos estudos concessórios culminou na emissão dos Acórdãos 1174/2018⁸⁵, 1096/2019⁸⁶,

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 1174/2018. Tribunal Pleno (sessão de 23/05/2018). Brasília – DF. Ministro Relator Bruno Dantas.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 1096/2019. Tribunal Pleno (sessão de 15/05/2019). Brasília – DF. Ministro Relator Bruno Dantas.

2195/2019⁸⁷, 4036/2020⁸⁸, 4037/2020⁸⁹, 1766/2021⁹⁰ e 3136/2021⁹¹.

Os temas abordados em cada um dos acórdãos não foram exaustivamente tratados, em razão de seu grande nível de detalhamento. Foram relacionados os assuntos centrais abordados, relativos aos apontamentos reiterados de fiscalização vinculados à modelagem contratual, para conhecimento, a serem oportunamente apresentados.

⁸⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 2195/2019. Tribunal Pleno (sessão de 11/09/2019). Brasília – DF. Ministra Relatora Ana Arraes.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 4036/2020. Tribunal Pleno (sessão de 08/12/2020). Brasília – DF. Ministro Relator Vital do Rêgo.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 4037/2020. Tribunal Pleno (sessão de 08/12/2020) Ministro Relator Benjamin Zymler.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 1766/2021. Tribunal Pleno (sessão de 28/07/2021) Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 3136/2021. Tribunal Pleno (sessão de 15/12/2021). Ministro Relator Raimundo Carreiro.

2. A RESPEITO DA NECESSIDADE DE CONTROLAR A ADMINISTRAÇÃO E BALIZAR A ATUAÇÃO DO CONTROLADOR

Diante da compreensão favorável à possibilidade de o TCU sindicarem os atos discricionários da Administração, explicitada no capítulo anterior, é importante apresentar o referencial teórico que permite falar em controle amplo de atos não vinculados, para que assim ele possa ser aferido, tendo em mira que a pesquisa tomou como pressuposto o fato de que exame dessa natureza acontece.

Por isso, em prol de um melhor entendimento dos resultados, devem ser abordados os temas da discricionariedade e sua forma de controle jurisdicional, assim como expostas as atuais tendências teóricas que buscam conciliar a separação dos poderes e os demais valores democráticos, pois, reconhecida a deterioração da imunidade do mérito, balizas devem ser fixadas para preservar a opção administrativa efetuada em conformidade com o direito.

2.1 A intensificação do controle externo à Administração Pública: diagnóstico

Com o advento da Constituição de 1988, o Brasil passou a experimentar “um movimento de ampliação do controle da Administração Pública.”⁹², cujas raízes permanecem vinculadas à “necessidade de proteger os delegatários do poder estatal contra o risco de seu exercício arbitrário.”⁹³ O controle da Administração é, então, decorrência da noção de Estado de Direito e, justamente porque ao Poder Público são conferidas prerrogativas e atribuições para condução e organização da sociedade, deve ele atuar em estrita observância aos ditames jurídicos, incluídos os princípios da legalidade e finalidade.⁹⁴

Considerada a necessidade de se conformar a atuação administrativa, tem-se que o movimento de expansão do controle é contrarresposta natural à ampliação “de uma progressiva complexização material e institucional da administração pública”⁹⁵. Pela perspectiva material (atribuições), o anseio por “soluções expeditas e especializadas produz a transferência de competências antes atribuídas ao legislador para autoridades administrativas. Estas delegações

⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21.

⁹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 9, n. 100, 2010, tópico II, item 04.

⁹⁴ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 19.

⁹⁵ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 33.

umentam a responsabilidade da Administração, que passa a decidir cotidianamente questões altamente relevantes”⁹⁶.

A esse respeito, Perez menciona que as tarefas hodiernas da Administração são “muito extensas, variadas, especializadas e, ao mesmo tempo, complexas a executar”⁹⁷:

Os pais fundadores do Direito Administrativo seguramente não imaginaram que o Estado chegaria ao grau de intervenção social e econômica que hoje se presencia. Seja por força da necessidade de uma intensa ação afirmativa para a efetivação de direitos fundamentais, seja como fruto de uma sociedade (ou existência de movimentos sociais) cada vez mais reivindicadora ou de atuações estatais¹⁵, seja, por fim, pela necessidade de constantemente intervir no domínio econômico para corrigir falhas de mercado, para executar medidas contra graves e recorrentes crises econômicas ou para ajudar as pessoas sem recursos ou condições econômicas de sobrevivência digna.¹⁶

Sob o aspecto institucional (estrutura), há que sublinhar a tendência da Administração à pluralidade de centros decisórios, originária da reconfiguração do Estado, no contexto de desestatizações e privatizações das últimas décadas do século XX.⁹⁸ Houve, nesse particular, uma “reformulação das estratégias de intervenção do Estado na economia.”⁹⁹, pois, “através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos de 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto.”¹⁰⁰

Tal contexto ensejou, por exemplo, a instituição das agências reguladoras, destinadas à implementação das políticas setoriais desenhadas e à fiscalização das atividades delegadas ao setor privado. Foram criados órgãos reguladores para setores considerados sensíveis, “de significativa ressonância à população”, a exemplo da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que, na companhia de “conselhos deliberativos e consultivos, com representação da sociedade civil como um todo ou de segmentos relacionados à atividade do órgão”, permitiram a configuração de uma administração em rede¹⁰¹, não hierarquizada.

Diante do panorama, sem perder de vista a exigência de conformidade da atividade administrativa a princípios e determinações legais – que por opção legislativa passaram a ser

⁹⁶ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 34.

⁹⁷ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-68.

⁹⁸ JORDÃO, E.; JUNIOR, R. T. C. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, p. 537-573, 2018.

⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266-267.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Todas as citações do parágrafo são de MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 152-153.

recheadas de indeterminações¹⁰², o incremento do controle da administração era esperado, mormente em razão da intensificação dos espaços de discricionariedade do Poder Público. Mais do que isso, vigente uma Constituição democrática e cidadã, que zela pela publicidade e transparência dos atos administrativos, o fortalecimento e a ampliação dos mecanismos de fiscalização e controle, sejam eles processuais, de participação popular, de consolidação das instituições de controle interno e externo eram desejáveis.

Basicamente, pode-se dizer que a Administração Pública, no Brasil de hoje, sujeita-se ao *controle externo*, exercido pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último com o auxílio do Tribunal de Contas, quanto se trata da fiscalização financeira, contábil e orçamentária; e ao *controle interno*, exercido pela própria Administração Pública. Além disso, no sistema atual, atribui-se ao Ministério Público importantíssima função de controle da Administração Pública, não só pela sua competência para atuação na esfera criminal, mas também pela atribuição de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal), isto sem falar no seu relevante papel de controle da improbidade administrativa.¹⁰³

Em acréscimo, registram Marques Neto e Palma¹⁰⁴ que, a partir de 1988, instituições foram edificadas com a finalidade exclusiva de verificar a lisura nos gastos públicos e checar a legalidade no exercício das competências públicas, a exemplo da Controladoria-Geral da União. Relatam, de outro lado, a reconfiguração de instituições já existentes e consolidadas no panorama político brasileiro no intuito de reforçar o ideal do controle, como o Ministério Público, gradativamente estruturado em termos de carreira, orçamento, organização administrativa. Também mencionam a criação de mecanismos de fiscalização pelo Poder Legislativo, vide as Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Anticorrupção, dentre outras.

Adiciona-se ao quadro, ainda, o controle desempenhado individualmente pelos particulares, por representantes da sociedade civil organizada, pelos órgãos de classe, associações sem fins lucrativos, independentemente de integrarem quaisquer dos Poderes constituídos acima indicados. Trata-se do controle popular ou social, “inerente à ideia de democracia participativa incrementada com a Constituição de 1988, a partir da adoção do

¹⁰² “O motivo principal dessas indeterminações todas talvez não seja a dificuldade prática de o constituinte fazer redações mais precisas. Afinal, para vários assuntos espinhosos a linguagem da Constituição é exata,¹⁸ enquanto o significado do direito à vida nem o legislador consegue precisar totalmente. E qual a dificuldade? A falta de consenso e de apoio político para textos mais exatos com certeza tem algo a ver com isso. (...) As indeterminações normativas envolvem, assim, um adiamento pragmático de decisões difíceis.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 213-214.

¹⁰³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da administração e a judicialização das políticas públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Controles da Administração e Judicialização das Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 169.

¹⁰⁴MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21.

modelo do Estado de Direito Democrático”.¹⁰⁵

Todavia, nem tudo são flores. Embora incontestável que os mecanismos que sustentam o constante exercício fiscalizatório da Administração devam existir, intensas são as críticas a respeito da multiplicidade das instâncias controladoras, “o que muitas vezes faz com que as competências sejam exercidas de maneira sobreposta e excessiva.”¹⁰⁶.

Além disso, as queixas também se destinam, em grande volume, à amplitude e à profundidade com que o controle externo exercido sobre a Administração Pública tem se efetuado, tendo em vista as premissas acima colocadas, interessando a esta dissertação as ocorrências atreladas ao juízo mais denso elaborado pelo TCU quanto à atividade administrativa realizada pela Agência.

O presente capítulo objetiva, então, apresentar como os desafios a que submetida a Administração Pública contemporânea, inserida em um panorama de constitucionalização do direito, ampliação de atribuições e efetivação de direitos fundamentais, não são mais compatíveis com a existência de núcleos administrativos decisórios intangíveis. De outro lado, e como consequência reflexa, busca pontuar as atuais propostas destinadas a racionalizar ou conter o exercício do controle dessa administração constitucionalizada, em favor do esperado equilíbrio entre os poderes da República.

Em relação a esse último, de modo geral, duas são as tendências mais modernas que se apresentam no direito administrativo brasileiro. Uma delas está atrelada ao desenvolvimento de parâmetros-guia à atividade decisória dos controladores, que, ao fim, serão capazes de emitir juízo quanto à legalidade (em sentido amplo) de ato administrativo de qualquer natureza. A outra, por sua vez, concerne à preservação de certo espaço decisório da Administração, tendo em vista a capacidade institucional do emissor da decisão ou do espaço legislativo destinado à ponderação do administrador.

2.2. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa até a Constituição de 1988

Antes de qualquer conexão de ideias, cumpre definir discricionariedade. Para Celso Antonio Bandeira de Mello, discricionariedade compreende o espaço de liberdade conferido ao

¹⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170.

¹⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 9, n. 100, 2010, item 46.2.

administrador para que possa eleger, “segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”¹⁰⁷, quando dela não se possa extrair “objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”¹⁰⁸.

Di Pietro menciona a existência de situações em que o ordenamento jurídico não logra êxito em entregar à Administração todos os aspectos de seu agir e, por isso, “deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, *todas válidas perante o direito*.”¹⁰⁹. Em casos assim, está-se de frente ao poder discricionário da administração, pois “a adoção de uma ou outra solução é baseada em critérios de *mérito* – oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, a serem perquiridos pela autoridade, porque não definidos pelo legislador.”¹¹⁰.

A discricionariedade, então, pressupõe um espaço de liberdade de atuação, predeterminado em lei e destinado ao gestor, cujo exercício deve guardar compatibilidade com o ordenamento jurídico, em conformidade ao direito. Diante de possibilidades igualmente legais, a opção do administrador será guiada por um juízo de *conveniência e oportunidade*, cuja ponderação corresponde ao mérito administrativo¹¹¹, no intuito de buscar solução que atenda ao caso concreto.

No Brasil, esse espaço decisório foi blindado de interferência judicial pela instituição da teoria da imunidade jurisdicional do mérito administrativo, segundo a qual o juízo de conveniência e oportunidade realizado seria impassível de revisão pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário repousaria preponderantemente sobre os chamados elementos externos de legalidade: competência e forma, deixando de lado aspectos relacionados com a ponderação dos fatos, valores ou interesses que determinariam, em cotejo com as finalidades legais, a conveniência e oportunidade de determinada decisão.¹¹²

A compreensão do controle dos atos discricionários no Brasil reivindica conhecimento a respeito da decomposição do agir administrativo em elementos, no intuito de que o espaço reservado à liberdade de escolha do administrador seja identificado. A sistemática possibilita

¹⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2. ed. 12ª tir., 2017, p. 48.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 62.

¹¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 131.

¹¹² PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 92.

seja circunscrito um *lugar* de imunidade, que chancela a manutenção da opção política originalmente realizada por quem de direito, a partir de onde fixam-se os limites ao controle jurisdicional.

Bem relembra Marcos A. Perez¹¹³ a ausência de uniformidade doutrinária em relação à classificação dos componentes dos atos administrativos (discricionários ou vinculados) – se integrado por pressupostos, aspectos, requisitos ou elementos. Para este trabalho, assim como proposto pelo Autor, serão considerados aqueles que, se viciados, ensejam a anulação do ato praticado, nos termos da Lei nº 4.717/65 (Ação Popular), quais sejam: competência, forma, objeto/conteúdo, motivo e finalidade.

Perez acresce um sexto elemento – o processo administrativo ou processo de tomada de decisão – dada sua incontestável importância na atual formação das decisões administrativas como um todo¹¹⁴, mormente após a edição da Lei nº 9.784/99, responsável por estabelecer regras básicas ao processo administrativo no âmbito federal, com especial importância à proteção dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. O processo administrativo é assim descrito

Outrora confundido com a forma – no sentido de que esta abrangeria as formalidades prévias necessárias para a edição de um ato administrativo - e por vezes mal acomodado no elemento identificado como motivo, o *processo* é, em verdade, um elemento autônomo que tangencia a forma, o motivo e até mesmo a finalidade, é um elemento que os liga, porém não se confunde com um, nem com outro, pois tem densidade e significados jurídicos suficientes para ser tratado autonomamente em relação aos demais.¹¹⁵

Os componentes dos atos administrativos, discricionários ou vinculados, acomodam-se entre elementos de legalidade interna – conteúdo/objeto, motivo e finalidade – e de legalidade externa – competência e forma – incluído, neste último grupo, o processo administrativo.

A emanção do poder discricionário da Administração encontra espaço nos elementos de legalidade interna, cujo manejo corresponde a um juízo de conveniência e oportunidade, compreendido pelo mérito do ato administrativo. Cumpre mencionar que a legalidade externa sempre foi passível de controle jurisdicional, porquanto os itens que a integram são indicados de modo vinculativo em lei, isto é, sem espaço para escolhas relativas viáveis de competência e forma, destino que obrigatoriamente deve seguir o processo administrativo.

¹¹³PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade:** métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 180-181.

¹¹⁴ Ibidem, p. 182.

¹¹⁵ Ibidem, p. 190.

Originariamente, em favor da separação dos poderes, tendo em vista a propositada abertura legislativa conferida ao administrador para o desempenho das atribuições a ele imputadas, o juízo de conveniência e oportunidade não seria passível de controle pelo Poder Judiciário. Medauar relembra, em retrospectiva que

(...) a existência dessa área livre vem historicamente explicada como resultado da separação e equilíbrio entre poderes, tal como interpretada na França e depois difundida pelo mundo ocidental: o controle jurisdicional só poderia incidir sobre o aspecto da atividade administrativa referente à observância das leis; o controle efetuado pelo juiz não poderia traduzir-se em ingerência nas decisões relativas à conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público. Assim, na França, até o século XX, o ato discricionário ou de pura administração era ato insuscetível de apreciação pelo juiz; contra esse ato só cabia recurso administrativo.¹¹⁶

Aqui no Brasil, essa vedação à revisão das decisões discricionárias da Administração foi denominada teoria da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário. Sua instituição, contudo, não esteve diretamente ligada ao direito francês.

De modo geral, a influência invocada para sua incorporação faz menção ao direito italiano¹¹⁷ do século XX, cuja doutrina, à época, preocupava-se em responder duas questões latentes, atreladas à amplitude da liberdade da Administração em efetuar juízo de conveniência e oportunidade (mérito), bem como à possibilidade ou não de se realizar controle jurisdicional do mérito administrativo.¹¹⁸

Marcos Perez, ao percorrer o iter histórico próprio da legislação brasileira, sem perder de vista os influxos da legislação estrangeira aos juristas do país, concluiu, todavia, que na realidade, a teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário “tem origem até certo ponto brasileira e que esse legado jurídico não deve, de fato, ser tributado a uma influência estrangeira específica.”¹¹⁹ Sua instituição remonta à Lei nº 221/1894, disciplinadora dos meios judiciais de controle das autoridades administrativas, que, no art. 13, §9º, impedia “os juízes de: ‘apreciar o merecimento [...] sob o ponto de vista de sua conveniencia e oportunidade’ dos atos administrativos.”¹²⁰

O projeto de lei que lhe deu origem, Projeto nº 47/1891, mantinha as premissas de controle jurisdicional do Brasil monárquico, influenciado pelos regimes europeus, que não refutava a possibilidade de controle dos atos jurisdicionais. Ainda assim, no período

¹¹⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 239.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 175.

¹¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 94.

¹¹⁹ Ibidem, p. 100.

¹²⁰ Ibidem.

republicano, quando já extinto o Conselho de Estado brasileiro, o Projeto nº 47/1891 fez consignar quase as “mesmas funções anteriormente exercidas pela jurisdição administrativa da monarquia.”¹²¹

O projeto reforçava o controle jurisdicional, pois eliminava a chamada *jurisdição graciosa*, remetendo ao Judiciário, ou seja, à *jurisdição contenciosa*, tanto os conflitos de direito como os conflitos de interesse, o que, a partir dos conceitos utilizados na época, poderia ser considerado uma porta aberta para um controle jurisdicional amplo da discricionariedade.¹²²

Contudo, o texto foi emendado e de sua tramitação não se fez registro a respeito de discussões sobre a amplitude do controle jurisdicional dos atos administrativos, tendo sido aprovado de modo bastante célere. Em sua digressão histórica, Perez registra que, apesar de os anais do Senado não detalharem debates quanto à emenda proposta, “seus escritos posteriores vão revelar que o senador [Amaro Cavalcanti, autor da modificação] realmente acreditava, em função de seus estudos norte-americanos, que a correta solução era a que propusera.”¹²³. Nos anos que se seguiram, de 1890 a 1940, as discussões relativas ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no país foram superficiais.¹²⁴

De 1940 até a promulgação da Constituição de 1988, contudo, o cenário se apresentou diverso. “(...) a doutrina passa a se preocupar com uma sistematização mais objetiva da validade e conseqüentemente da invalidade dos atos administrativos – dos atos em geral e dos atos discricionários em particular.”¹²⁵. Verificou-se igualmente “uma tentativa de aprofundamento das reflexões sobre os limites da discricionariedade, a qual, de certo modo, acaba sendo contida pela absoluta preponderância nesse período da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*.”¹²⁶.

Ao longo do século XX, na Europa continental, o direito administrativo francês passou paulatinamente por modificações, cujos resultados minoraram, de forma gradativa, o amplo espaço de liberdade outrora concedido ao administrador via separação de poderes, permitindo a incidência de algum tipo de controle a essa esfera de competência da Administração.

No Conselho de Estado francês, no início do século XX, se fixa, primeiro, exigência de observância da *competência*; em momento posterior, impõe-se o cumprimento de regras de *forma*. Em seguida, desenvolveu-se entendimento no sentido da vinculação do poder discricionário à realização do interesse público. Ainda na França, buscou-se traduzir em fórmula jurídica a obrigação de atender ao *fim de interesse público*,

¹²¹ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade:** métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 104.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem, p. 106.

¹²⁴ Ibidem, p. 111.

¹²⁵ Ibidem, p. 112.

¹²⁶ Ibidem, p. 112.

criando a figura do vício do ato administrativo por *desvio de poder* (ou *desvio de finalidade*); portanto, admitiu-se a apreciação jurisdicional da conformidade ao fim. Como pondera Caio Tácito, “a teoria do desvio de poder teve o mérito de focalizar a noção de interesse público como centro de legalidade entre o ato e seus antecedentes ou circunstâncias de fato, situando-se no *motivo* um vínculo a mais no exercício do poder discricionário.”¹²⁷

Eduardo Jordão alonga a lista. Menciona que, em 1961, o Conselho de Estado francês conceituou a ideia de erro manifesto de apreciação, permitindo “um controle mínimo, limitado, sobre as escolhas discricionárias da Administração. Este passo é muito importante, por se relacionar com o controle até mesmo do *objeto* do ato administrativo – último elemento que ainda permanecia livre da intervenção do juiz”.¹²⁸

Na sequência, na década de 1970,

(...) o Conselho de Estado francês passa a aceitar, ainda – e também para aumentar o controle –, a ideia de controle de proporcionalidade e a análise de custos e benefícios de uma decisão administrativa.⁸ Trata-se de um avanço adicional sobre o *objeto* do ato administrativo. Ainda que uma decisão específica seja discricionária, ela terá que passar não só pelo controle de não ser manifestamente errada, mas também de não ser desproporcional, nem de seus custos superarem suas vantagens. Para fechar o cerco à Administração Pública e ampliar o controle, o Conselho de Estado fez uso, ainda, e finalmente, dos chamados “princípios gerais do Direito”, permitindo o controle sobre os atos da Administração Pública mesmo na ausência de lei específica.¹²⁹

Os avanços verificados na França do século XX, atrelados ao controle dos atos administrativos, foram incorporados anos depois pela jurisprudência e doutrina brasileiras.

Cabe aqui um pequeno parêntesis. A relação do direito brasileiro com o direito estrangeiro é de há muito antiga. Especialmente no direito administrativo, tem-se forte influência das diretrizes francesas em seu processo teórico de formação. Apesar disso, a construção de conceitos locais nem sempre foi homogênea quanto à sua fonte (não obstante as preponderâncias¹³⁰), e, mais do que isso, nem sempre esteve fiel à concepção originária

¹²⁷ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 240.

¹²⁸ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 353.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ De acordo com Carlos Ari Sunfeld, “A influência francesa na adoção, desde as primeiras décadas do século XIX, dessa ideia de Estado administrativo não foi destruída pela Constituição da República, de 1891, de espírito norte-americano. É verdade que nesse momento o Brasil deu uma guinada para o modelo jurisdicional à americana, de Justiça Comum, abandonando o Conselho de Estado, que tinha sido tomado na França. Também incorporou o presidencialismo e o federalismo. Ademais, o debate jurídico foi apimentado com teses mais liberais em matéria econômica e de liberdade pessoal (teses para limitar as medidas de autoridade administrativa). Mas, no caminhar dos anos, a base “à francesa” – o estatismo, a superioridade do Estado administrativo e a especialidade de seu direito – iria permanecer como predominante na ideologia do direito administrativo substantivo do Brasil.⁶ Já, quanto ao direito administrativo contencioso, à organização da Justiça, aos tipos de processuais, prevaleceu a base norte-americana, acrescida da noção de direito público subjetivo de inspiração alemã.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 59-60.

escolhida como parâmetro, justificando, em certa medida, o uso do vocábulo *influência* ao se abordar essa temática.

Em alguns momentos, a decorrência adveio do direito italiano, como a inspiração sobre o mérito, em outros, do direito estadunidense, a exemplo da unicidade de jurisdição, do republicanismo, da instituição de agências reguladoras e lei de processo administrativo. A permeabilidade do sistema por princípios, com inequívocos reflexos ao direito administrativo, de outro lado, é originária do direito alemão pós-guerra, de sorte que boa parte das soluções às respostas de questões do direito brasileiro é uma combinação de inspirações e influências diretas de outros países, sem que necessariamente seus pressupostos originários sejam também incorporados. Fechado aqui o parêntesis acima enunciado.

Em continuidade, passada a época da constituição da República, de 1940 até a Constituição de 1988, voltaram ao centro dos debates as ideias de origem notadamente europeias, com proeminência dos ideários franceses, quando estavam à mesa temas relacionados ao agir administrativo e sua limitação.

No que respeita à validade dos atos administrativos, houve o “predomínio da sistematização originária da doutrina francesa que, à época, com algumas variações, já era utilizada por boa parte do direito europeu continental.”¹³¹. Destinava-se a “identificar os elementos ou requisitos de validade do ato administrativo, na ausência dos quais o ato padeceria de vício invalidante.”^{207,132}.

A ideia de desvio de poder, criada em 1875 pela jurisprudência francesa, obteve assento no Brasil pela primeira vez em acórdão datado de 1941, emitido pelo TJRN.¹³³ Em 1944, o STF valeu-se dos conceitos de “qualificação jurídica dos fatos” e de “exatidão material dos fatos”, “que haviam sido criadas pelo Conselho de Estado para permitir o controle de aspectos relativos ao motivo do ato administrativo.”¹³⁴ Ademais, duas outras construções francesas foram incorporadas no direito pátrio, ainda que forma “menos consciente: (i) a doutrina do ‘erro manifesto de apreciação’, que permite um controle superficial sobre o núcleo de decisões discricionárias; (ii) e o controle baseado nos ‘princípios gerais do Direito’, que passaram a ser ainda mais relevantes a partir da Constituição/1988 (...)”.¹³⁵

¹³¹ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 113.

¹³² Ibidem.

¹³³ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 353.

¹³⁴ Ibidem, p. 354.

¹³⁵ Ibidem, p. 354.

À lista, também pode ser creditada a teoria dos motivos determinantes, de acordo com a qual “as razões que a Administração Pública enuncia para suas decisões terminam por vincular suas ações futuras.”¹³⁶.

No direito pátrio, na vigência da Constituição Federal de 1946, as posições marcantes de Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal e Caio Tácito assinalaram um passo importante na ampliação do controle jurisdicional além da competência e forma do ato administrativo, para adentrar nos motivos e fins, como integrantes da legalidade e não da discricionariedade e mérito.¹³⁷

Apesar da permeabilidade do direito brasileiro às formas francesas de controle dos elementos que compõem o juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, com produção doutrinária correlata, para além das decisões judiciais, Marcos A. Perez menciona que a segunda metade do século XX ainda é marcada pela defesa da imunidade jurisdicional do mérito, sem grande uniformização acerca da “abordagem sobre a fixação dos limites à discricionariedade ou, caso se prefira, sobre as condições jurídicas para o exercício da discricionariedade.”¹³⁸. Os teóricos de 1940-1990, então, caracterizar-se-iam como

liberais em grande medida – todos são declaradamente contra o arbítrio estatal, contra o abuso de poder, entre outros estandartes liberais do direito administrativo –, mas são, ao mesmo tempo, *estatistas*, pois desejam uma Administração forte, que detenha as ferramentas necessárias a enfrentar os grandes desafios nacionais e que, ao perseguir esses objetivos, em grande medida de maneira discricionária, essa perseguição seja contida pela ação jurisdicional.¹³⁹

Isto é, apesar de os elementos internos de legalidade dos atos discricionários virem sendo averiguados e cerceados conforme diretrizes de influência europeia, os limites objetivos ao exercício da discricionariedade eram turvos e o reconhecimento de que a teoria da imunidade do mérito não mais se destinava a localizá-los com segurança não ocorria.

A Constituição de 1988 muda profundamente a forma com que a sociedade se relaciona com a Administração Pública, assim como com o Poder Judiciário e seus órgãos de jurisdição especializada. Como consequência, as tradicionais estratégias para controlar os espaços livres do administrador passaram a requerer oxigenação para que pudessem fazer frente aos desafios dos tempos atuais.

¹³⁶ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 354.

¹³⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Belo Horizonte: Fórum, p. 398.

¹³⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 117-118.

¹³⁹ Ibidem, p. 119.

2.3. Constitucionalização do direito administrativo: considerações a respeito da legalidade, discricionariedade e controle jurisdicional da Administração

Muito mudou no direito administrativo a partir da Constituição de 1988. Para fins deste trabalho, são valiosas três alterações: i) as consequências do caráter normativo da Constituição, assegurado pelo amplo acesso à justiça, ii) a revisão do conceito de legalidade, com efeitos ampliativos às hipóteses discricionárias e, principalmente, iii) a forma com que o controle jurisdicional da Administração passou (ou deveria passar) a ser exercido.

Em relação ao caráter normativo da Constituição, houve a superação do “entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador.”¹⁴⁰ Como reflexo de tal suplantação, o direito contemporâneo caracterizou-se “pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico³¹, onde disfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica.”¹⁴¹

A Constituição tornou-se, desta feita, “o filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”¹⁴², em um fenômeno conhecido como *constitucionalização do direito*:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes (...). Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.”¹⁴³

O espraiamento dos ditames constitucionais acabou também por produzir a revisão de variados temas em que assentadas as premissas de formação teórica do direito administrativo brasileiro, por decorrência sistêmica.

(...) não apenas a doutrina invoca a Constituição ao lidar com a interpretação e aplicação do direito positivo – indicando por exemplo, as normas constitucionais

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

¹⁴¹ Ibidem, p.85-86.

¹⁴² Ibidem, p. 86.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 32-33.

sobre licitação, sobre contratos, sobre bens públicos, sobre servidores públicos ou sobre desapropriação – como ainda as análises que a doutrina faz do direito administrativo em geral e, eventualmente, da própria teoria do direito administrativo, são constitucionalmente inspiradas.

Pois é a partir da Constituição que autores brasileiros (...) pontuam suas análises sobre tendências evolutivas do direito administrativo positivo e da teoria do direito administrativo.¹⁴⁴

Ao assegurar o cumprimento de deveres materiais pelo Estado, concretizáveis via Administração Pública, a constitucionalização do direito administrativo acabou por evidenciar que suas balizas teóricas demandavam acréscimos ou atualizações de acomodação, isto é, para que pudessem fazer jus aos desafios constitucionalmente instituídos. Como precitado, encontram-se nesse lugar a revisitação do princípio da legalidade, a ampliação das hipóteses discricionárias e, por consequência, a necessidade de readaptação da forma de controle jurisdicional da Administração.

O princípio da legalidade sempre esteve associado à submissão do Estado às próprias leis que edita¹⁴⁵, sendo corolário do Estado de Direito¹⁴⁶, em contraposição “a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes”¹⁴⁷. Vincula-se “originalmente à separação de poderes e a todo o conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei.”¹⁴⁸

De modo mais concreto, e tendo em mira sua aplicação no cotidiano administrativo, o princípio consagrava “a ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.”¹⁴⁹ Em uma compreensão mais restrita, tem-se que “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal¹⁵⁰. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe,

¹⁴⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 406.

¹⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 20.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 100.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 166.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

¹⁵⁰ Binenbojm, de outro lado, posiciona-se favoravelmente à natural existência de espaços indeterminados a serem preenchidos pelo administrador, desde os primórdios do direito administrativo: “O ofício administrativo, todavia, não se reduz – e, como visto linhas atrás, jamais se reduziu – à mera aplicação mecanicista da lei⁶⁴. A própria origem pretoriana e *autovinculativa* do direito administrativo por obra do Conselho de Estado francês, e os amplos espaços discricionários deixados pela lei para serem preenchidos pelo administrador, já comprometeriam, a rigor, a noção de que a Administração não age por vontade própria, senão que se limita a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador. Em verdade, mesmo a atividade de interpretação da lei, já o dizia Kelsen, comporta

na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza.”¹⁵¹

A partir da segunda metade do século XX, no entanto, alguns fatores concorreram ao esvaziamento do princípio administrativo como tradicionalmente reconhecido, são eles: o processo de desprestígio do legislador e de erosão da lei formal como expressão da vontade geral¹⁵²; o surgimento do Estado providência, por meio do qual uma série de atribuições foram criadas à Administração; o aumento significativo da complexidade das relações econômico-sociais a demandar a intervenção tempestiva do Estado, fazendo com que a Administração deixasse de se apresentar “como instância de execução de normas heterônimas, mas é, ao invés, em maior ou menor medida, fonte de normas autônomas⁶⁷. Tais normas, dado o seu volume numérico e importância prática, acabam sobrepujando a tradicional proeminência da lei.”¹⁵³

Há que se elencar, ainda, a “proliferação das agências reguladoras nos Estados Unidos, cujos reflexos foram sentidos por aqui mais tardiamente, “e sua espetacular produção normativa na regulação dos mais diversos campos econômicos e sociais”¹⁵⁴, ensejando a percepção de que se vivencia “um Estado administrativo.”¹⁵⁵. Tal estado de coisas acaba por propiciar uma “pulverização do direito administrativo, que passa a ser pautado por uma legislação fragmentada, dispersa, extensa, assistemática e excessivamente principiológica^{8»156}.

Como resposta ao enfrentamento das consequências que se impõem, atreladas à pluralidade de normativos editados e à insuficiência do conceito de legalidade estrita a conformar a atuação administrativa, Binjenbojm sugere que

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.¹⁵⁷

O panorama mais adequado a lidar com a realidade jurídica, na esfera administrativa,

sempre uma margem autônoma de criação, daí se poder afirmar que mesmo os ditos *regulamentos de execução* expressam também algum conteúdo volitivo da Administração Pública.” BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 34.

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

¹⁵² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁵⁶ PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do direito administrativo. Diálogo entre teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do direito administrativo. *In*: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 854.

¹⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 36.

passou a ser aquele favorável à ampliação das fontes a que vinculadas a Administração, não mais circunscrita, apenas, à lei formal. O agir administrativo, então, deve estar atrelado a uma legalidade “identificada com a multiplicidade de fontes do direito administrativo como a constituição, os princípios gerais, os regulamentos e os precedentes judiciais”, legalidade essa que “alguns passaram a denominar juridicidade ou, simplesmente, conformidade com o direito.”¹⁵⁸.

Como resultado, a juridicidade também acabou por vincular a discricionariedade administrativa, permitindo verificar que “não há diferença de natureza entre o ‘ato administrativo vinculado’ e o ‘ato administrativo discricionário’, sendo a diferença o *grau de vinculação*.”¹⁵⁹. Segundo Binenbojm, se o ato vinculado está atrelado à letra da lei, o discricionário guarda vinculação direta aos princípios.¹⁶⁰

Em síntese, à Administração cabe observância às prescrições do ordenamento jurídico, devendo nortear-se pela Constituição, em seus princípios e regras gerais, com os quais, em tese, toda a produção normativa deveria estar consonante.

Notadamente, a ampliação da compreensão mais alargada de legalidade produz efeitos à discricionariedade e, principalmente, ao controle jurisdicional da Administração como um todo. Se, outrora, para a doutrina majoritária, a concepção de legalidade aplicada à Administração Pública abarcava a ausência de espaços volitivos ao administrador, o alargamento do conceito não pôde mais assegurar um sistema hermético, especialmente quando a produção legislativa contemporânea passou a ter como característica volumosas hipóteses discricionárias, “resultantes, em grande medida, da complexidade dos interesses sociais e econômicos que pressionam o Legislativo.”¹⁶¹.

Como fator adicional, relativo à legística brasileira das últimas décadas, verifica-se que

A profissionalização dos partidos políticos (um fenômeno inicialmente positivo e, em grande medida, inevitável) gerou externalidades negativas que implicaram a gradual clivagem entre a sociedade e os eleitos³⁸, dinamitando a representatividade, a “pregação do conteúdo programático”³⁹ e, até mesmo, a confiança no funcionamento da democracia representativa.

A lei formal, assim, fruto de um Legislativo enfraquecido em termos de representatividade política⁴⁰, tende a tornar-se menos clara, mais principiológica ou mais apegada aos conceitos jurídicos indeterminados. Desse modo, o Legislativo posterga ou empurra, por delegações explícitas ou implícitas, a solução das disputas

¹⁵⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 126.

¹⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 224.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 225.

¹⁶¹ Ibidem, p. 45.

sociais e econômicas para os demais poderes estatais, notadamente para a Administração.¹⁶²

Cumpra destacar que as modificações atreladas à legalidade não disseram respeito apenas à ampliação da aceção, no sentido de que o novo parâmetro de conformidade administrativa passou a ser o direito como um todo, ou, de outro modo, as diretrizes constitucionais. A forma com que a produção legislativa passou a criar e/ou disciplinar o direito também aboliu aquela percepção de que o caminho para todas as respostas passaria obrigatoriamente por único e exposto comando prescrito em lei. Na companhia de uma Constituição principiológica, a legística do país potencializou o exercício do poder discricionário da Administração, tendo em vista o volume das ocorrências discricionárias acopladas ao ordenamento.

A ampliação das hipóteses discricionárias acarretou grandes questões à Administração Pública, assim como ao Poder Judiciário e aos administrados. É que, em sendo possível a todos o acesso à justiça, assegurado por força do seu art. 5º, inciso XXXV da CF, e tendo em mira a força normativa da Constituição, promotora da efetividade de direitos e designadora de deveres do Estado, celeumas das mais variadas naturezas envolvendo as decisões da Administração foram encaminhadas à apreciação daquele Poder (Judiciário).

Como consequência, natural que o controle jurisdicional i) percebesse a modificação da dinâmica legislativa e ii) buscasse reagir às alterações, sem perder de vista a influência do texto constitucional que também lhe perpassava. Para tanto, teria que lidar de um modo diferente com a preservação do núcleo decisório dos atos discricionários – o mérito.

2.4. As mais recentes propostas de conformação da atuação administrativa discricionária à constitucionalização do direito e a necessidade de balizar a atuação do controlador

O atual cenário posto em relação ao controle jurisdicional da Administração Pública é movido e de redefinição de marcos teóricos.

É certo que a teoria da imunidade do mérito do ato discricionário veio sofrendo mitigações ao longo do século XX e que a promulgação da Constituição alterou suas bases fundantes, tendo colaborado, enfim, para que todos os elementos do ato discricionário fossem sindicáveis por órgãos jurisdicionais.

O texto de 1988, ao constitucionalizar o direito, acabou por “permitir o avanço final

¹⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 45.

sobre a última fronteira do controle judicial, relativa ao próprio *objeto* do ato administrativo”, produzindo “uma redução do espaço de liberdade da Administração (redução do mérito), na medida em que afasta algumas soluções abstratamente permitidas pelo enunciado normativo, mas colidentes com determinados princípios constitucionais.”¹⁶³.

A despeito de as possibilidades de controle terem aumentado, a aplicação da teoria da imunidade do mérito remanesce, embora sem os marcos objetivos outrora idealizados, que ficaram pelo caminho, possibilitando, na prática, que o exame possa se dar casuisticamente.

Há padrões decisórios consolidados sobre o comportamento a ser observado por juízes e demais controladores em situações de incerteza? A resposta parece ser negativa. (...) *Aqui*, juízes ativistas proclamam a controlabilidade do outrora intangível mérito administrativo, aplicando o dever de proporcionalidade. *Ali*, tribunais conservadores adotam postura de maior autocontenção, sendo deferentes a escolhas ou interpretações administrativas. *Acolá* (em Brasília, inclusive), cortes judiciárias e administrativas se recusam a decidir como questões administrativas devem ser decididas *ex ante*: depende do caso, dizem. Depende mesmo. Mas como os controladores devem lidar com os casos controvertidos, sem descambar para o voluntarismo ou a pura loteria?¹⁶⁴

O fato de o texto constitucional ser carregado de princípios traz efeitos tanto à Administração¹⁶⁵, que deve observá-los para concretizar seus fins, quanto ao julgador, instado a utilizá-los para pacificação do direito em muitas oportunidades. Todavia, a carga de indeterminação que caracteriza esse tipo jurídico, aliada à deterioração dos parâmetros objetivos para aferição da conformidade dos atos administrativos discricionários propiciam um cenário de incerteza jurídica, baixo pragmatismo e possibilidade de arbitrariedade por parte do julgador. A panorama dá azo à

problemática associada à (possível) perda de referenciais objetivos para o desenvolvimento do controle judicial da ação administrativa. Ampliada a esfera de investigação judicial pela conjugação da aplicação imediata dos direitos fundamentais e interpretação amplíssima da garantia de acesso à justiça, tem-se um incremento exponencial das demandas envolvendo a impugnação de escolhas públicas. O critério de análise, à vista da indeterminação de conteúdo destes mesmos direitos, por vezes

¹⁶³ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 353.

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. Decidindo como decidir (Parte I) – Padrões decisórios no controle da Administração Pública promoveriam mais coerência, eficiência e segurança jurídica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 184.

¹⁶⁵ “O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade.”. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 23. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 397-398.

resvala para apreciações subjetivas, com o uso retórico de cláusulas gerais como a proteção à dignidade da pessoa, ou ainda proporcionalidade e razoabilidade.¹⁶⁶

Nesse contexto, novas abordagens para tratar o controle jurisdicional se apresentam, colocando-se lado a lado à teoria da já tão mitigada imunidade jurisdicional do mérito.

De modo geral, têm duas naturezas: aquelas que, apesar de continuarem a reconhecer a presença de elementos discricionários e vinculados na produção legislativa, não mais utilizam a diferenciação¹⁶⁷ para fins de limite ao controle jurisdicional, mantendo o cerne da matriz de inspiração francesa, baseada nos elementos do ato administrativo e no estabelecimento de parâmetros de controle a partir deles. Como proposta, pretende instituir métodos para aferição da legalidade das decisões administrativas. De outro lado, recorrem ao direito estadunidense, que não se utiliza da lógica dos elementos de ato administrativo¹⁶⁸ para fins de controle da atividade administrativa, propondo seja conferida deferência à atuação do agir administrativo, caso a opção efetuada pela Administração, em sendo uma das possíveis, seja razoável.

Nas jurisdições europeias, verifica-se tendência a controles mais intensos, seja pela interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, seja pela aplicação de princípios. No mundo jurídico anglo-saxão, há maior deferência do Judiciário às decisões administrativas, observadas certas condições.¹⁶⁹

Muito longe de desejar esgotar o tema, passar-se-á à apresentação das duas vertentes de proposta na sequência. Há que se lembrar, antes disso, que a paulatina mitigação da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário, por meio da verificação dos elementos de legalidade interna, acabou se distanciando de uma vertente origem norte-americana e acabou por se reaproximar à influência francesa, o que demonstra, em certa medida, a permeabilidade do ordenamento a matrizes originárias bastante diversas.

¹⁶⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 25, n. 1, jan./abr. 2020, p. 111.

¹⁶⁷ Até mesmo porque a produção legislativa não mais reflete “formas puras ou absolutas de vinculação ou discricionariedade. Muitas vezes, a norma jurídica estabelece implícita ou explicitamente que o seu cumprimento depende de uma sequência de atos em que as noções de vinculação e discricionariedade se misturam, gerando a impressão de que, na verdade, há graus proporcionais de vinculação e discricionariedade.”. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 36.

¹⁶⁸ “O tratamento microscópico do controle judicial, com base nos elementos do ato administrativo, é algo desconhecido nos direitos administrativos de Países de *Common Law*.” JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 352.

¹⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. Decidindo como decidir (Parte II) – O controle da Administração Pública deve envolver escolhas realistas e esquemas decisórios factíveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTENFILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas**: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 186.

2.4.1. O fim da teoria da imunidade do mérito e os testes de legalidade

Com o intuito de sanar os efeitos de uma teoria da imunidade do mérito bastante desgastada e garantir que a atividade jurisdicional, majoritariamente guiada por princípios gerais do direito, não culmine na substituição do administrador pelo julgador, Marcos Augusto Perez propõe o emprego de testes de legalidade a guiar a atividade decisória dos magistrados e daqueles que desempenham jurisdição especializada. Para tanto, apregoa como “imperativo, enfim, sepultar-se a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*.”

Defende o exame irrestrito de todos os elementos do ato administrativo, de legalidade interna e externa, oferecendo parâmetros para que o julgador se guie ao longo da análise. Assim, a margem de escolha ao gestor é respeitada e o controle efetuado, homenageando-se tanto a discricionariedade quanto o amplo acesso à justiça e os valores constitucionais democráticos.

Os testes perpassam os seis elementos do ato administrativo: competência, forma, objeto/conteúdo, motivo, finalidade e processo administrativo. As diretrizes para observância da legalidade são realizadas em forma de questionamentos a serem respondidos pelos julgadores, apresentados a seguir de modo sintético. As ponderações atinentes à aplicação dos questionamentos são detalhadas pelo autor ao longo de sua obra.

No que se refere à *competência*, Perez elenca que o julgador deve avaliar as seguintes questões¹⁷⁰: (i) a autoridade ou órgão que praticaram o ato tinham atribuição legal para tanto? (ii) em que pese não ter atribuição legal, havia delegação da competência (em vigor ao tempo do ato) feita pela autoridade ou pelo órgão que a possuía? (iii) havia impedimento legal para a delegação? (iv) a autoridade ou órgão tinham *status* hierárquico e condições legais para avocar a atribuição de praticar o ato? (v) o ato, embora praticado pela autoridade ou pelo órgão errados, foi ratificado ou homologado pela autoridade ou pelo órgão com atribuição legal? (vi) a autoridade, embora competente (ou servidor integrante do órgão competente), deveria ter renunciado a participar do processo ou praticar o ato em função de suspeição ou impedimento (cf. arts. 18 a 21, da Lei nº 9.784/1999)?

Sobre a *forma*, as perguntas¹⁷¹ norteadoras são: (i) a lei impõe alguma forma específica de exteriorização da decisão? (ii) se impõe, essa forma foi observada? (iii) caso não observada,

¹⁷⁰ Todas elas constam da página 227. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁷¹ Todas elas constam da página 228. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

a decisão pode ser repetida ou retificada sem que se ofenda o direito subjetivo dos interessados? (iv) caso não observada, o meio utilizado conseguiu realizar as finalidades da norma formal a contento, sem prejuízo para os interessados?

Para verificação do *objeto*, é de bom tom que sejam respondidas as indagações¹⁷² que seguem: (i) o conteúdo do ato é compatível com a lei em vigor? (ii) o conteúdo do ato é compatível com regulamentos administrativos em vigor? (iii) o conteúdo do ato é compatível com precedentes jurisdicionais vinculantes? (iv) a lei eventualmente aplicada é constitucional? (v) o regulamento eventualmente aplicado é legal e constitucional? (vi) o conteúdo do ato é compatível com os princípios gerais do direito administrativo?

Os testes concernentes ao *processo administrativo* subdividem-se em três: existência do processo, instrução completa do processo e imparcialidade do processo. As perguntas¹⁷³ relativas ao primeiro deles são (existência de processo): (i) a decisão tomada pela autoridade ou pelo órgão competente foi precedida de processo? (ii) caso instaurado o processo, a autoridade deu a devida publicidade a ela? (iii) caso instaurado o processo, a autoridade ou o órgão competente vinculou-se à instrução do processo; (iv) o objetivo da decisão era abertura de processo administrativo? (v) caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados pela autoridade ou pelo órgão competente para proporcionar aos interessados o direito de conhecer e contraditar a decisão antes que ela fosse tomada? (vi) caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar os fundamentos acertados da decisão (vii) caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar o atendimento do interesse público ou da finalidade ínsita à decisão tomada?

Para o segundo¹⁷⁴ item (instrução correta do processo), registram-se os questionamentos a seguir: (i) a autoridade administrativa efetivamente se aplicou no exercício do dever de não deixar dúvidas sobre os fundamentos fáticos ou técnicos da decisão? (ii) os dados fáticos ou técnicos, constantes da instrução do processo, possibilitam que a decisão seja reexaminada jurisdicionalmente; (iii) as provas produzidas foram adequadas em termos de compatibilidade material (técnica ou econômico-financeira) com o objeto da decisão administrativa? (iv) as provas produzidas foram adequadas em termos de relevância e repercussão (impactos, externalidades) da decisão administrativa? (v) os interessados

¹⁷² Todas elas constam da página 231. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁷³ Todas elas constam da página 239. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁷⁴ Todas elas constam da página 245. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

participaram da produção das provas? Puderam juntar provas e contraditar as provas produzidas pela Administração e pelos demais interessados?

Quanto ao último subtópico relativo ao processo administrativo (sua instrução imparcial), o julgador deve se guiar pelas seguintes questões¹⁷⁵: (i) houve impulso oficial à instrução processual? (ii) a autoridade se cercou de cuidados para divulgar o processo e facultou a todos os potencialmente interessados o direito de participar do processo e da produção da prova? (iii) possibilitou-se o contraditório em torno da prova? (iv) foram utilizados meios abrangentes de consulta e participação em casos envolvendo interesses coletivos ou difusos? (v) os meios de consulta e participação foram efetivos ou foram falseados ou falhos? (vi) a autoridade se cercou de cuidados necessários para fazer conta do processo a diferentes visões técnicas ou científicas a respeito do tema tratado, quando for o caso? (vii) a autoridade se baseou em prova trazida somente por um grupo de interesses? (viii) a prova possibilita ponderação dos interesses envolvidos?

Os testes de *motivo* compreendem a verificação de ocorrência de três modalidades de erro, quais sejam o erro de direito, erro na qualificação jurídica dos fatos e erro de fato. As indagações¹⁷⁶ atreladas a esse teste são assim resumidas: (i) a decisão foi motivada, ou seja, houve exposição dos motivos de fato e de direito para a fundamentação da decisão administrativa em causa? (ii) houve indicação de uma norma jurídica como fundamento da decisão? (iii) a norma jurídica indicada como fundamento existe? (iv) a norma jurídica indicada como fundamento é aplicável ao caso? (v) os fatos alegados existem? (vi) houve correta qualificação jurídica dos fatos?

Quanto a esta última, propõe o Autor testes específicos à aferição da qualificação jurídica dos fatos por meio das perguntas¹⁷⁷ à frente: (i) os fundamentos da decisão são aferíveis e compreensíveis? (ii) há coerência nos fundamentos fáticos e jurídicos apontados na decisão? (iii) a decisão tem consistência do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica? (iv) há coerência com precedentes administrativos? (v) há razoabilidade e proporcionalidade na articulação entre fundamentos de fato e de direito?

Por fim, os testes destinados à identificação de *desvio de finalidade ou poder*

¹⁷⁵ Todas elas constam das páginas 249-250. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁷⁶ Todas elas constam da página 256. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁷⁷ Todas elas constam da página 259. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

demandam resposta aos seguintes questionamentos¹⁷⁸: (i) há indícios de que a autoridade administrativa usou sua competência para o favorecimento de seus interesses? (ii) há indícios do favorecimento ou desfavorecimento de terceiros que mantenham algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal com a autoridade administrativa? (iii) há pluralidade de interesses ou a coincidência aleatória entre o interesse público e os interesses pessoais do governante que justificariam a medida, aparentemente praticada em desvio de finalidade? (iv) o interesse público a que se buscou verdadeiramente atender está diretamente relacionado com a decisão administrativa? (v) as autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade?

O estabelecimento de perguntas a fim de balizar a análise de cada um dos elementos dos atos administrativos propicia concretude e pragmatismo à atividade decisória que, ainda assim, não será fácil, muito menos mecânica.

Por exemplo, os testes de motivo e processo administrativo podem, na prática, exigir grande capacidade de ponderação dos julgadores, a depender do caso concreto. Como consigna o Autor, tais etapas de verificação associam-se,

na atualidade, como elementos essenciais de legalidade na estruturação da decisão administrativa. Ademais, com a disseminação da discricionariedade administrativa, o exame dos motivos, por meio dos quais as autoridades justificam a conveniência e oportunidade de suas ações, passou a centralizar, sob o prisma do controle jurisdicional, boa parte da atenção do direito administrativo.¹⁷⁹

A verificação da legalidade do objeto, igualmente, apesar de parecer simplória, ganhou outro colorido tendo em vista a qualidade da produção legística do país, com o adensamento de conceitos indeterminados, para além da variação dos graus de discricionariedade, especialmente quando colocado à mesa a vinculação do agir administrativo a uma Constituição bastante principiológica.

Ademais, durante muito tempo a finalidade esteve compreendida como atendimento ao interesse público de modo genérico e estático, considerada por muitos doutrinadores como elemento vinculado, eis que expressamente decorrente da lei, já que todo ato administrativo pressupõe seu atingimento. Todavia, na atualidade, eventuais casos submetidos à apreciação do julgador podem retratar que ao administrador não havia apenas um interesse público a ser perquirido, mas vários, havendo espaço para ponderações de mérito a esse respeito.

Enfim, a percepção da insuficiência de respostas, no que se refere ao controle,

¹⁷⁸ Todos eles constam da página 266. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁷⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 254.

ofertadas pela teoria da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário decorre de uma leitura acurada do Autor a respeito da atividade jurisdicional da atualidade, assim como das formas de atuação da Administração Pública.

A proposta de testes de legalidade, apesar de parte deles já vir sendo efetuada pelos Tribunais há várias décadas, oferece maior profundidade à análise e determina ao magistrado a emissão de juízo conclusivo de regularidade ou legalidade a respeito da conduta adotada pela Administração, com norteadores ao caminho de ponderação. A inovação parece residir aí, assim como no fato de que o julgamento de mérito não culmina na substituição da opção do administrador pela do julgador, o que tem se mostrado, até então, consequência dada em parte considerável dos casos submetidos à jurisdição.

Esta dissertação, por se tratar de um trabalho empírico, cujo estímulo para investigação esteve vinculado à atividade decisória do TCU, mais especificamente à sensação de ingerência do controlador às atividades do controlado, entendeu que uma boa maneira de aferir a intensidade do controle desempenhada pelo órgão passava pelo reconhecimento de que a diferenciação de atos discricionários e vinculados não era mais relevante para fins de controle, porquanto intuía-se que o Tribunal já havia apagado tais fronteiras. Por isso, este é o referencial teórico que guia a presente dissertação e que melhor lê a atual conjuntura prática vivenciada em relação ao controle externo desempenhado pelo TCU.

A aplicação dos testes de legalidade, nos termos registrados pelo Autor, pressupõe que o julgador adote em seu iter decisório maior pragmatismo e racionalidade, apontando de alguma forma, todavia clara, a passagem pelos parâmetros indicados, no intuito de que (i) a decisão possa ser averiguada e (ii) que garanta respeito à esfera de discricionariedade do administrador. E isso somente acontecerá quando doutrina e jurisprudência anuírem à ideia de que os tempos atuais não mais comportam a insindicabilidade do mérito do ato administrativo discricionário.

Na sequência, aborda-se brevemente as propostas de adoção de comandos deferentes, pelo julgador, quando da apreciação de margem de liberdade pelo administrador.

2.4.2. O recurso à deferência administrativa no Brasil dos dias atuais

A edição da Lei nº 13.655/2018, responsável pela inserção dos artigos 20 a 30 ao Decreto-Lei nº 4.657/42, isto é, à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, parece ter incentivado a adoção de uma postura “deferente” às decisões emanadas por órgãos jurisdicionais e não jurisdicionais do país.

Como já mencionado em passagens outras nesta dissertação, a diversificação do rol de

atribuições destinadas à Administração, aliada à constitucionalização do direito – de que não escapou o direito administrativo, acompanhadas pela garantia ao acesso à justiça, fizeram com que o Poder Judiciário fosse instado a se manifestar em diversas oportunidades e sobre os mais sortidos temas nos últimos tempos.

Recentemente, na apreciação de algumas questões relativas à atuação da Administração, o Judiciário tem se apoiado na ideia de deferência às escolhas efetuadas como uma das formas de solucionar os conflitos de interesses a ele submetidos. É possível que isso se dê também por outras questões, mas a adesão à deferência, segundo seus defensores, funda-se no postulado da separação dos poderes, de modo mais amplo, e na teoria das capacidades institucionais, mais restritamente, preservando, em certa medida, as escolhas empreendidas pelos órgãos cujos atos praticados são objeto de impugnação.

Fortini e Horta¹⁸⁰, em publicação dedicada a investigar a aplicação da doutrina da deferência e a teoria das capacidades institucionais¹⁸¹ no exercício do controle jurisdicional da Administração Pública, sinalizam a existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal *não apenas atrelados às agências reguladoras*. Registram que a Corte “tem reconhecido a limitação do Judiciário em rever atos administrativos também de outros órgãos dotados de *expertise* e que institucionalmente tenham sido criados com um fim específico.⁴⁹”.

Ademais, com maior destaque, o mesmo Supremo Tribunal Federal, em seu Plenário, ao analisar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 460, que tratou de “políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero”, utilizou-se, de forma

¹⁸⁰ FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O controle jurisdicional da atividade administrativa em tempos de crise: deferência, capacidades institucionais e seus reflexos sobre o federalismo. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (orgs.). **A crise do federalismo em estado de pandemia**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2021, p. 315-316.

¹⁸¹ De acordo com Marcus Abraham, Diana Castro e Edenilson Farias, a teoria das capacidades institucionais é uma das diversas propostas destinadas ao enfrentamento das controvérsias relacionadas à intensificação da atuação judicial, originária da percepção do caráter normativo da Constituição, e a necessidade de se fixar limites ao exercício da atividade jurisdicional (pp. 20-21). Definem a expressão como “um recurso para saber que órgão reúne as condições necessárias para tomar determinada decisão. Frequentemente, faz-se alusão à obra *Interpretation and institutions* de Cass Sustein e Adrian Vermeule, a qual fornece o arcabouço teórico básico para essa teoria. De acordo com Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, ainda que o uso da expressão não seja uniforme, é possível identificar dois sentidos principais. De uma parte, a utilização do argumento refere-se às habilidades e limitações de uma instituição no exercício de sua competência jurisdicional (ARGUELHES; LEAL, 2011). De outro lado, enuncia-se um enfoque mais ‘institucional’ da expressão, em que são estabelecidas comparações entre as capacidades do Poder Judiciário e as das demais instituições. Nesse quadro comparativo, observa-se que determinada instituição – como o Congresso Nacional, a Presidência da República e as Agências Reguladoras – pode oferecer melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, ‘maior capacidade institucional’ – *rectius*, sendo mais capacitada – para resolver a questão, em virtude de sua expertise técnica e de sua habilidade para lidar com o elemento político envolvido. Em outros casos, porém, será exigida uma atuação proativa dos juizes, como na efetividade do mínimo existencial; na salvaguarda dos direitos fundamentais de minorias e na aplicação das normas constitucionais que definem patamares mínimos de investimento em saúde e educação.” ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das capacidades institucionais e reserva do possível no julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista controle – doutrinas e artigos**, v. 14, n. 2, 31 dez. 2016, p.34-35.

unânime, como fundamentação de sua decisão, de trecho assim redigido: “[a] capacidade institucional da comunidade de especialistas em pedagogia, psicologia e educação, responsável pelo desenho de políticas públicas no setor, impõe a virtude passiva e a deferência do Poder Judiciário”⁵⁰. No mesmo sentido, a manifestação do Ministro Barroso em julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 292, em ponto que tratava da fixação da idade mínima para o ingresso no ensino infantil, conforme trecho noticiado pela corte.^{51 182}

No âmbito das agências reguladoras, os autores elencaram os precedentes originários do Agravo Interno no Recurso Extraordinário 1.083.955/DF, relatado pelo Ministro Luiz Fux, e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que impugnada resolução colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, oportunidade em que endossada a deferência administrativa em parte da fundamentação.¹⁸³

O Recurso Extraordinário 1.083.955 foi intentado visando à anulação de decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em processo administrativo próprio, que condenou empresa à multa no valor de 5% de sua receita bruta anual (do exercício anterior), inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e publicação de anúncio em jornal com extrato da decisão punitiva. O fundamento à aplicação das penalidades relacionava-se ao impedimento do exercício da concorrência no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal. O recurso foi improvido, dando azo à interposição de agravo interno, cujo provimento foi negado pela 1ª Turma do Supremo. O segundo enunciado da ementa do Agravo Interno no RE 1.083.955/DF diz o seguinte:

2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Em acréscimo, sobre a aplicação da deferência no âmbito da ADI 4.874, que contemplou discussão concernente a regulamento da ANVISA, coibidor da adição de substâncias no tabaco capazes de aumentar sua atratividade, Antonio Sepulveda, Carlos Bolinha e Igor de Lazari corroboram a adesão do Supremo Tribunal Federal à deferência. Para os autores, embora o Supremo não tenha seguido de modo explícito as duas etapas da doutrina Chevron “deu deferência adequada à interpretação da agência, reconhecendo que o Congresso Brasileiro não havia dado um *pronunciamento direto, preciso e não ambíguo...sobre as*

¹⁸² FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O controle jurisdicional da atividade administrativa em tempos de crise: deferência, capacidades institucionais e seus reflexos sobre o federalismo. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (orgs.). *A crise do federalismo em estado de pandemia*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2021, p. 316.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 315.

medidas específicas a serem adotadas pela agência.”¹⁸⁴ O item 9 da ementa da ADI 4.874/DF, de 1º/02/2018, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, assim consignou

9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A v. Natural Res. Def. Council*).

Medeiros levanta, além disso, que Chevron foi invocada em “ao menos, três casos no Supremo Tribunal Federal, dezesseis do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cinco do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e dois do Tribunal de Justiça de São Paulo.”¹⁸⁵

Em continuidade, vivenciado o período mais intenso da pandemia do Covid-19, órgãos não jurisdicionais também passaram a se utilizar do recurso à deferência para privilegiar condutas administrativas levadas a efeito pelos gestores no enfrentamento da crise sanitária vivenciada. A ideia de deferência, então, se espraiou para além do âmbito das agências reguladoras, tendo sido empregada em favor da tomada da decisão de órgãos da administração direta.

A predisposição pode ser extraída de recomendações expedidas pelos Conselhos Nacionais de Justiça – CNJ e do Ministério Público – CNMP, como pontua Vanice Valle.¹⁸⁶ Pela Recomendação CNJ nº 66/2020¹⁸⁷, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a “todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que avaliem, com maior deferência ao respectivo gestor do SUS”, as medidas de urgência que tenham pleitos por vagas hospitalares, os pedidos de revogação de decretos ou normativos locais que visem ao controle

¹⁸⁴ SEPULVEDA, Antonio; BOLONHA, Igor; LAZARI, Igor de. **Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos**. Publicado em *Interfases*, em 09/08/2019 e *The Regulatory Review*, em 24/07/2019. Disponível em: <<https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>>. e <<https://www.theregreview.org/2019/07/24/sepulveda-bolonha-delazari-judicial-deference-agencies-decisions-brazil-united-states/>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

¹⁸⁵ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 188-189.

¹⁸⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com os standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, maio/ago. 2021, p. 139.

¹⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 66 de 13/05/2020, por meio da qual recomenda-se “aos Juízos com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional da pandemia da Covid-19”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacao66_2020-13052020-DJE137.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

e à mitigação da pandemia, solicitação de bloqueio judicial de verbas públicas, dentre outros acontecimentos elencados no art. 3º de referida norma.

A Recomendação Conjunta Presi-CN nº 2/2020¹⁸⁸, publicada no Diário Eletrônico do CNMP em 19/06/2020, prescreve “aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização das políticas públicas.”. Embora não faça menção expressa ao termo deferência, em seus *consideranda*, consigna, dentre outros, que a efetivação das políticas públicas se dá exclusivamente por atos administrativos de gestão e não por atos judiciais ou de controle; que na decisão administrativa em geral, e na execução de políticas públicas em particular, a atribuição é exclusiva do gestor, e que o controle do conteúdo da decisão administrativa realizado por outro órgão que seja o gestor transborda a análise objetiva de sua legalidade, ensejando a violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal da competência administrativa alheia.

Além disso, o parágrafo único do art. 2º da Recomendação supracitada alude a que, verificada a ausência de consenso científico a respeito de questão fundamental à efetivação de determinada política pública, “é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas”.

O socorro à expressão não para por aí.

O Ministro do Tribunal de Contas da União – TCU, Bruno Dantas, ao submeter ao Plenário voto condutor do que viria a ser tornar o Acórdão nº 1.174/2018, aprovado pelo colegiado, anotou a adoção de “posição mais deferente à metodologia desenvolvida pelo regulador”¹⁸⁹, deixando de acolher proposta elaborada pela fiscalização e endossada pelo MPTCU sobre a base de cálculo para a incidência dos percentuais do Fator “D”, relacionado a mecanismo previsto pela ANTT aos contratos de concessão da 4ª Etapa do PROCROFE.

Ao reunirem decisões do TCU reputadas relevantes, Bruno Dantas e Sérgio Guerra, na introdução da obra Direito da Infraestrutura, identificam quatro tendências de atuação daquele Tribunal extraídas dos acórdãos selecionados. A terceira delas,

(...) talvez a mais relevante, diz respeito ao esforço de autocontenção e deferência às escolhas regulatórias, devidamente fundamentadas, e à política pública. Pode-se observar que o TCU tem caminhado cada vez mais para um controle de ordem mais procedimental quando, em determinada análise, o ato controlado é uma escolha regulatória ou de política pública pura. Nessas situações, ainda que o TCU discorde

¹⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Recomendação Conjunta Presi-CN nº 2/2020, de 18/06/2020, publicada no Diário Eletrônico do CNMP, **Caderno Processual**, na edição de 19/06/2020. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

¹⁸⁹ Fl. 21 do voto condutor – Acórdão 1.174/2018.

da opção técnica, política ou regulatória, o Tribunal não deve interferir no conteúdo da decisão, considerando suficiente que a escolha esteja devidamente fundamentada e que o ato tenha percorrido o devido procedimento.¹⁹⁰

A título de curiosidade, cumpre anotar que a coletânea de acórdãos selecionados à análise pelos autores contempla o Acórdão nº 1.096/2019, que cuida do 1º estágio de acompanhamento da concessão de trechos da BR-364/365/GO/MG, cuja análise será contemplada por esta dissertação. Tangenciando colateralmente o tema da deferência, também é digna de nota a percepção de Bruno Dantas e Sérgio Guerra quanto à diferença de formas de atuação do Tribunal, com impactos ao nível de controle, que varia segundo o setor regulado, apontando para um potencial acolhimento, ainda que no discurso, à teoria das capacidades institucionais.

O TCU possui diversos acórdãos demonstrando a diversidade da capacidade organizacional das agências, o que acaba se refletindo no nível de controle. Com efeito, a maturidade e a governança da agência reguladora e a reputação dos agentes privados que compõem o setor regulado têm pautado a própria atuação do Tribunal, assim como o próprio contexto político-institucional em que os atos em análise são praticados.¹⁹¹

Ao que tudo indica, a ideia de deferência, acompanhada da teoria das capacidades institucionais, concorre a assento no ordenamento brasileiro, apesar de contar com antecedentes e circunstâncias bastante diversas daquelas em que cunhado o termo pela jurisprudência estadunidense.

Não se pode deixar de observar, contudo, que todas as passagens indicadas o termo foi utilizado em acepção genérica, sem muito delineamento a respeito do que se entende por deferência e quais critérios oferece para apreciação do caso concreto.

2.4.2.1. *Considerações sobre Chevron*

A ideia de deferência veiculada no Brasil guarda inspiração no direito estadunidense. Relaciona-se à doutrina Chevron, segundo a qual deverá ser preservada a escolha administrativa efetuada pelas agências governamentais¹⁹² dos Estados Unidos, desde que haja, à

¹⁹⁰ DANTAS, Bruno. GUERRA, Sérgio. **Direito da infraestrutura**: regulação e controle do TCU. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 8.

¹⁹¹ Ibidem, p. 7.

¹⁹² “Nos Estados Unidos, o termo “agência” abrange, mas não se limita, às agências reguladoras, englobando também as chamadas agências executivas, ramos da Administração Pública vinculados diretamente à chefia do Poder Executivo. Para um conceito de Poder Executivo e de agência nos Estados Unidos, conferir: POSNER, Eric Andrew; VERMEULE, Adrian. **The executive unbound**: after the madisonian republic. New York, NY: Oxford University Press, 2010, p.5-6. NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de.; MEIDEROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da

Administração, duas ou mais possibilidades decisórias válidas, razoáveis e que tenham lugar no ordenamento jurídico.

Uma boa compreensão a respeito da doutrina acima mencionada pressupõe, previamente, o reconhecimento de que sua aplicação original se vincula à atuação das agências reguladoras estadunidenses, quando da interpretação legislativa que realizam no desempenho de suas atribuições. Seu principal marco é identificado na resolução da contenda jurídica que teve como cerne a interpretação dada pela Agência de Proteção Ambiental estadunidense (Environmental Protection Agency/EPA), no exercício de suas atribuições, à expressão “fontes fixas”, oriunda de uma das emendas do Clean Air Act de 1977.¹⁹³

Ao deslindar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que “o poder concedido a uma agência para administrar uma legislação necessariamente requer a formulação de políticas públicas e a elaboração de regras para preencher lacunas deixadas, intencionalmente ou não, pelo Congresso.^{64”}¹⁹⁴ Dito de outro modo, “No que toca à revisão judicial da interpretação conferida pela agência à lei que ela administra, se o Congresso não tiver disposto diretamente sobre a precisa questão em debate, a questão para a Corte é se a resposta da agência se baseia numa construção permissível do sentido da lei.^{23”}¹⁹⁵

Para que se chegasse a tal conclusão, a Suprema Corte balizou-se pela realização de teste que foi cindido em dois:

No primeiro deles, o juiz avalia se a lei que fundamentou o ato do gestor público admite mais de uma interpretação. Se a resposta for negativa, isto é, se há somente uma interpretação possível, e o gestor se distanciou dela, o Poder Judiciário deve anulá-la. No entanto, se há duas ou mais interpretações plausíveis de acordo com o texto da lei, isto é, se o dispositivo for ambíguo, passa-se ao segundo teste, onde o magistrado se pergunta se a interpretação conferida pelo gestor é admissível, razoável, ou seja, se é compatível com a pluralidade de sentidos que pode ser extraída do texto. Se a resposta for negativa, a interpretação deve ser anulada. Se a resposta for positiva, o Poder Judiciário deve manter o ato do gestor, por mais que os magistrados possam entender que essa não é a melhor interpretação possível do texto.¹⁹⁶

A partir de Chevron, “a tarefa de resolver a ambiguidade legislativa e a conciliação de

LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova LINDB**: consequentialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 82.

¹⁹³ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 201.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 202.

¹⁹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com *standards* aplicados pela Suprema Corte estadunidense. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 137-164, maio/ago. 2021, p. 147.

¹⁹⁶ NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de.; MEIDEROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova LINDB**: consequentialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 83.

interesses conflitantes estaria atribuída à administração, em função de suas vantagens institucionais comparativas,⁶⁶ com maior legitimidade democrática e maior expertise nas questões pertinentes.”¹⁹⁷ A principal ideia por trás da deferência é determinar a autocontenção dos magistrados, evitando que se substituíssem ao gestor na tomada decisão. Ademais,

Em outro texto, Sunstein enfatiza especialmente a ideia de que, segundo *Chevron*, juízes devem confirmar as interpretações administrativas, desde que admissíveis, *ainda que eles discordem dessa interpretação*:

No que, assim defendida, *Chevron* representa muito mais do que a reivindicação modesta no sentido de que cortes não podem invalidar a ação executiva a menos que a legislação assim o exija. Menos modestamente, *Chevron* significa que tribunais devem confirmar interpretações razoáveis de agências mesmo que eles rejeitassem essas interpretações por conta própria. Tribunais devem estar preparados para dizer: “Se estivéssemos interpretando a lei independentemente, nós diríamos X ao invés de Y; mas porque há ambiguidade, o Executivo está permitido a preferir Y”^{440 198}

De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas¹⁹⁹,

A doutrina da deferência (*intelligible principles doctrine*) advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.⁷² Essa premissa se baseia no fato de que existem atos administrativos de natureza técnica, cuja competência é privativa da Administração Pública, a qual não pode ser substituída nessa tarefa por outra entidade detentora do poder.⁷³

Chevron é, então, a fixação de um limitador à atuação do Judiciário diante das potencialidades interpretativas do Poder Executivo, decorrentes de autorização legal, por lacunas ou ambiguidades, homenageando o princípio da separação dos poderes e a capacidade institucional das ramificações daquele Poder em executar suas atribuições e equilibrar interesses.

A despeito da sinalização em favor da incorporação da deferência no Brasil, as balizas de aplicação e até mesmo sua definição são incipientes e ainda precisam ser adaptadas à realidade do país, embora a Lei nº 13.655/18, tida por muitos como uma autorização clara à adoção de uma postura deferente à Administração Pública, tenha sido publicada em 2018.

O que se pretende dizer é que a doutrina estadunidense, enquanto inspiração, é válida à assimilação da deferência no Brasil, contudo, não pode ser incorporada sem criticidade e, principalmente, sem que se adapte às particularidades do direito administrativo brasileiro, que

¹⁹⁷ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 203-204.

¹⁹⁸ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 151-152.

¹⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública).** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 34.

inclui instituições com capacidades reais²⁰⁰ (e não legais) muito variadas.

2.4.2.2. *Os artigos 20 e 22 da Nova LINDB e a busca por delineamento à deferência*

Narra Carlos Ari Sundfeld, um dos autores do projeto de lei da Nova LINDB, que o texto proposto e posteriormente aprovado consolidou e avançou em reformas do direito administrativo brasileiro, destinando-se também a corrigir, “insuficiências ou desvios havidos na expansão do controle público ou da regulação administrativa a partir da década de 1980”²⁰¹. Como ferramental, os novos dispositivos, então, acolheram “tendências mais específicas, surgidas em outras teorias jurídicas sobre regulação administrativa em leis de regulação setorial e em construções sobre limites e condições do controle público.”²⁰².

Em tese, o recurso à deferência por órgãos jurisdicionais e não jurisdicionais, assim como a aplicação da teoria das capacidades institucionais estariam dentre as tendências incorporadas, que objetivam, de modo geral, “trazer mais equilíbrio à ação do estado, tornando mais segura a atuação dos gestores e dos parceiros privados, sem comprometer a eficiência da atividade administrativa e o papel do controle público”²⁰³. Foram contemplados nos artigos 20 e 22 do texto, os quais, nas palavras de Sundfeld, “combatem o equívoco de que interpretação e decisão por princípios seriam puros juízos abstratos que autorizariam o aplicador a se manter distante das evidências do real, das consequências e da metódica comparação de alternativas.”²⁰⁴.

²⁰⁰ André Silveira, antes da edição da LINDB, escreveu artigo sobre a possibilidade de uso da deferência como possível alternativa à insegurança jurídica no Brasil, decorrente do controle judicial às agências reguladoras. Não se mostrando contrário à incorporação da ideia, condicionou-a, todavia, ao fortalecimento das instituições públicas. “Contudo, a adoção de tal doutrina não pode ser feita sem se levar em conta a realidade brasileira. Ou seja, para que seja valorizada a atuação administrativa no Brasil, é preciso, primeiro, fortalecer as instituições públicas. (...) Entre as medidas necessárias para o fortalecimento das instituições brasileiras, como das agências reguladoras, podem ser citadas aquelas sugeridas pelo TCU, entre outras: adoção das boas práticas referentes a Análise de Impacto Regulatório (AIR) recomendadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); fazer com que todos os elementos de Desenvolvimento Econômico (OCDE); fazer com que todos os elementos característicos da tomada de decisão transparente sejam implementados e os sítios eletrônicos se apresentem de forma mais amigável e com usabilidade melhor, permitindo, assim, fácil interação com essas informações; edição de decretos visando regulamentar de forma mais rigorosa a forma de substituição dos diretores e conselheiros de agências reguladoras, em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares (...) Sem que ocorra o fortalecimento institucional, a deferência judicial a decisões administrativas pode significar apenas o retrocesso do controle da administração pública.” SILVEIRA, André Bueno da. *Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 143-144, 2017.

²⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 33.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 34.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 44.

Consoante explicitam Floriano Marques de Azevedo Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁰⁵, dedica-se o artigo 20 a obstar que controladores, valendo-se da utilização de conceitos abstratos, substituam os administradores na tomada de decisão sem os ônus correspondentes. De acordo com os Autores, sua inteligência sinaliza favoravelmente ao reconhecimento da teoria das capacidades institucionais no exercício do controle externo.

A ideia é de que, previamente ao exame do caso concreto, as questões de interpretação jurídica tenham início com a verificação das

situações estruturais internas das instituições envolvidas, identificando e avaliando suas capacidades e aptidões, de modo a determinar qual é o *locus* mais apropriado à tomada de uma determinada decisão.⁶⁶ Isto é: antes mesmo de se debater sobre a legalidade, constitucionalidade ou até mesmo a melhor forma de interpretação de uma determinada norma, dever-se-ia fazer uma análise das capacidades das instituições envolvidas. Assim, seriam verificadas questões empíricas como a possibilidade de o agente levantar recursos e informações⁶⁷; a sua especialização, representada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão⁶⁸. O objetivo dessa análise consistiria em, por meio da determinação da capacidade institucional dos agentes envolvidos, determinar qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em determinada matéria.⁶⁹ Em outras palavras, “a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa”⁷⁰. Nessas hipóteses, os tribunais devem reconhecer que o Poder Executivo tem aptidão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência.⁷¹

Especificamente quanto à deferência, Eduardo Jordão comunica ser o artigo 22 o responsável por franquear a utilização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O dispositivo, ao invocar o contexto que permeia a tomada de decisão, “produz uma espécie de ‘pedido de empatia’ com o gestor público e com suas dificuldades. (...) se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta.”¹⁴ ²⁰⁶

Ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação, o controlador deverá então cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, todas as quais lícitas. Dito de outro modo, o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica *real*, o controlador se limite a avaliar a *razoabilidade* da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá *prestar deferência* a esta escolha interpretativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão²⁷.

Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo *específico*, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração

²⁰⁵ Ibidem, pp. 32-33.

²⁰⁶ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 2018, p. 70.

pública.²⁰⁷

Apesar do fundamento invocado localizado na LINDB, Jordão sustenta a inexistência de vedação anterior ao seu manuseio no ordenamento jurídico (tanto que menção à deferência (Chevron) foi efetuada no RE n. 632.853/CE pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, previamente, portanto, à edição da Lei nº 13.655/18). Em seu entender, contudo, pode ser que o normativo “encoraje ainda mais os controladores a atuarem nesse sentido, em respeito a interpretações e decisões razoáveis da administração em contexto de indeterminação jurídica, ou, na expressão da lei, em contexto de ‘dificuldade’ jurídica.”²⁰⁸

Postos os potenciais vetores de mudança à atividade controladora incitada pela LINDB, no particular da deferência e capacidades institucionais, a doutrina pátria busca ofertar contornos à definição dos institutos, no intuito de propiciar concretude a sua aplicabilidade, acomodando-os à realidade brasileira.

Fortini e Horta, após mencionarem artigo de Palma e Marques²⁰⁹, em análise ao RE n. 632.853/CE, para quem o Supremo Tribunal Federal teria construído um modelo brasileiro de deferência, cogitam a respeito de “um aprofundamento teórico adequado, inclusive para verificação de sua aplicabilidade em contexto social distinto daquele em que concebidas”²¹⁰ as teorias da deferência e das capacidades institucionais. De todo modo, são concordes ao fato de que a deferência é extraível da leitura da LINDB, assim como a adesão às capacidades institucionais, apresentando sua proposta de compreensão a respeito do tema no sistema brasileiro. Para os Autores, a

deferência judicial à atividade administrativa deve ser compreendida de uma maneira global: por um lado, (i) somente haverá o prestígio judicial à atuação administrativa caso estejam presentes requisitos satisfatórios do devido processo legal; tal qual motivação idônea, atuação democrática, respeito a direitos fundamentais dos destinatários, de modo tal que o preenchimento de formalidades, por si só, não se constitui em fundamento suficiente para a aplicação da deferência administrativa; e, por outro lado, (ii) a deferência também poderá ser lida de uma maneira mais ampliada, de modo tal que o juízo deve atuar de forma empática em relação à realidade da Administração Pública objeto de controle judicial: considerando-se as dificuldades reais, as consequências positivas almejadas, a concretude e a dinâmica próprias da Administração, em detrimento a valores jurídicos abstratos.²¹¹

²⁰⁷ Ibidem, p. 78.

²⁰⁸ Ibidem, p. 78.

²⁰⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC Anatel.** Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf Consulta realizada em 07/04/2023.

²¹⁰ Ibidem, p. 312.

²¹¹ FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O controle jurisdicional da atividade administrativa em tempos de crise: deferência, capacidades institucionais e seus reflexos sobre o federalismo. *In: A crise do federalismo em estado de pandemia.* SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel

Operando em mesmo polo de compreensão, com algumas distinções, Vanice Regina Lírio do Valle condiciona a utilização da deferência a sua adaptação à realidade brasileira, que pressupõe o balanceamento entre o amplo acesso à justiça, a manutenção da separação dos poderes e os efeitos advindos da força normativa da Constituição.

Para Valle, a deferência não deve ser compreendida tão somente a partir “do reconhecimento em abstrato de especial capacidade institucional.”²¹² Defende uma matriz de controle que, à capacidade institucional, some “o elemento máximo evidenciador dessa mesma aptidão estrutural, que é a identificação e a publicização da racionalidade subjacente à escolha; racionalidade essa que se identifica como resultado da observância ao dever de planejamento.”²¹³

Propõe que a deferência seja lida como

atributo determinante de três distintos efeitos sobre a função judicante: 1º) determina o dever do controlador de conhecer os termos da opção administrativa que seja objeto de crivo; 2º) determina ainda ao controlador aferir se a escolha administrativa está sendo executada como formalmente enunciada – e se não está, quais os motivos da modificação; e 3º) determina o dever de que a impugnação à opção administrativa se desenvolva a partir de uma relação dialética para com as razões oferecidas pela Administração para eleição daquela específica trilha de ação.²¹⁴

A abordagem atrelada à deferência, então, sugere que o parâmetro de conformidade a guiar o controlador em sua análise decorra, também, da opção administrativa enunciada pelo gestor, originária do cumprimento de seu dever legal de planejamento, estando igualmente amparada pelos ditames constitucionais.

Eduardo Jordão, por sua vez, é favorável à criação, no Brasil, “pela via jurisprudencial ou legislativa, de modelos de controle deferente e não deferente – aos quais conviria dar um nome, pegando de empréstimo as didáticas denominações canadenses ou criando originais brasileiras.”²¹⁵ Reconhece, todavia, que “a existência de um modelo de controle deferente não é condição necessária para a limitação casuística do controle.”, ponderando que a fixação de moldes a serem seguidos produziria vantagens:

Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (orgs.). Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2021, p. 314.

²¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 25, n. 1, jan./abr. 2020, p. 118.

²¹³ Ibidem, p. 118.

²¹⁴ Ibidem, p. 118.

²¹⁵ JORDÃO, Eduardo. Por modelos distintos de controle da administração – Ao contrário do Brasil, alguns países contam explicitamente com modelos de intensidades diferentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 188.

deixaria mais evidente a existência de formas diferentes de controle à Administração Pública, a depender das circunstâncias do caso concreto; (ii) impor a discussão específica sobre a quais casos se aplicam cada um dos modelos; e (iii) esclareceria qual o juízo intelectual que se espera do controlador em cada caso, para fins de avaliação da licitude da atuação administrativa.²¹⁶

Por fim, partindo de pressuposto diverso, isto é, considerando que a dicotomia entre vinculação e discricionariedade se tornou obsoleta como “parâmetro de mediação entre inafastabilidade do controle judicial e separação dos poderes”, Gustavo Binjenbojm propõe que

STF eleja um caso que sirva de paradigma vinculante para todos os juízes e tribunais do país, como modelo de controle *jurídico institucionalmente adequado*. O modelo sugerido: (I) quanto mais objetiva a norma aplicável ao caso, mais intenso o controle; (II) em casos de incerteza normativa, o controlador deve se limitar à exclusão de decisões incongruentes ou insustentáveis, sendo deferente à interpretação ou escolha administrativa desde que observados os requisitos procedimentais (devido processo, participação, consideração dos fatos e motivação adequada). A decisão sobre como decidir casos de direito administrativo envolve, sobretudo, reconhecer os limites do direito na busca das melhores escolhas para a sociedade.²¹⁷

Por todo o exposto, observa-se um caráter experimental à adoção de uma postura deferente à tomada de decisão (ou interpretação) da Administração. Em sendo extraível permissivo à deferência dos artigos supracitados, a doutrina busca balizas para sua aplicabilidade, tendo em mira as particularidades do direito administrativo brasileiro e do ordenamento jurídico como um todo, o que é normal. Apesar de a Lei nº 13.655 ter sido promulgada em 2018, as modificações que propõe à atuação do controle externo são amplas, demandando acomodações. Além disso, foram objeto de inúmeras críticas e de resistência da esfera controladora.

As proposições sugeridas, contudo, parecem muito depender da delimitação e operacionalização do conceito pelo Poder Judiciário, em aderência às teorias indicadas, o que poderá ensejar a convivência de entendimentos plurais até a formação de um consenso e a segurança jurídica possa, de fato, ser mais consistente em matéria de controle no país.

2.4.2.3. Os testes de legalidade e os artigos 20 e 22 da LINDB.

²¹⁶ Ibidem, p. 188.

²¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Decidindo como decidir (Parte II) – O controle da Administração Pública deve envolver escolhas realistas e esquemas decisórios factíveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTENFILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 186.

Os testes de legalidade e as propostas de leitura à deferência administrativa, em que pesem partam de premissas diferentes, aqueles atrelados à superação da teoria da imunidade do mérito, e estes vinculados à manutenção de um espaço decisório destacado do controle jurisdicional – em um primeiro momento, eis que as propostas de conceituação da deferência ainda não são uniformes ou apresentam parâmetros objetivos de aplicabilidade, ambos os mecanismos encontram condições de atender aos ditames dos artigos 20 e 22 da Lei nº 13.655/18.

O fato é que a sindicabilidade do mérito não afasta o dever dos julgadores de exercer sua capacidade decisória com base em valores jurídicos não abstratos, consideradas as consequências práticas da decisão (art. 20). Igualmente não obsta, na interpretação das normas a respeito da gestão pública, que sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, além das exigências das políticas públicas a seu encargo. Da apreciação dos elementos do ato administrativo, também não escaparão as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (art. 22).

Isso ocorre porque os dispositivos inseridos na LINDB buscaram “imprimir na lei bússola do direito brasileiro, novas soluções de caráter operacional, agora para gerenciar as funções básicas dos profissionais do mundo jurídico público.”²¹⁸. Ou seja, apesar de mais pragmáticos os comandos, destinados a evitar razões de decidir desconectadas da realidade e de suas consequências práticas, o normativo, por fixar “protocolos universais para o direito público”²¹⁹, deixou de indicar expressamente em quais caminhos teóricos as balizas escolhidas para leitura e aplicação do direito público deveriam estar assentadas.

2.5 – O referencial teórico e as determinações efetuadas pelo TCU

O cenário delineado ao longo deste capítulo terá oportunidade de ser observado na prática quando da evidenciação dos resultados provenientes da pesquisa, embora nem sempre de modo linear como acima narrado. A apresentação da atividade decisória do TCU demonstrará sua resistência formal à derrogação da teoria da imunidade do mérito, todavia com apreciação irrestrita dos atos discricionários da ANTT.

A partir das decisões exaradas, também será possível observar a aplicação de parte dos testes de legalidade no julgamento das matérias, contudo, sem sinalização expressa à utilização da sistemática e demonstração de consciência institucional a esse respeito. Igualmente, em

²¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 36.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 41.

muitas oportunidades, a forma com que o Tribunal dá encaminhamento final aos assuntos talvez possa se assemelhar, a depender do conceito incorporado, a um recurso ou aproximação deferente à escolha do administrador.

Enfim, nos capítulos a seguir, tais percepções serão efetivamente apresentadas.

3. RESULTADOS QUANTITATIVOS

O objetivo primeiro desta dissertação é mensurar a intensidade do controle do TCU em relação às decisões discricionárias emitidas pela ANTT. Para tanto, precisou encontrar uma métrica de aferição objetiva, passível de reprodução e conferência, e que também pudesse dar lastro à análise qualitativa subsequente.

Tendo como norte o fato de que a principal queixa à atuação do TCU, na atualidade, corresponde a sua substituição ao administrador na tomada de decisão, a intensidade do controle precisava refletir o grau de interferência do órgão às opções efetuadas pela Administração.

É importante sublinhar que o espaço amostral de análise do TCU, no particular desta dissertação, refere-se à documentação enviada pela Agência concernente às minutas de edital e contrato não publicadas (modelagem jurídica). De modo geral, ao Tribunal, então, é ofertada uma gama de decisões realizadas pela Administração para construção das modelagens que darão efetividade à outorga das concessões consoante as políticas desenhadas pelo Ministério da Infraestrutura em conjunto com a Agência Reguladora.

Feito o exame dos documentos encaminhados, ou seja, das condições em que formulados os projetos licitatórios, a unidade técnica do Tribunal elenca questões que reputa capazes de, tendo em vista o controle *a priori* de atos ainda não publicados, oferecer riscos ao descumprimento da legislação de regência e a não consecução dos resultados esperados com a realização daquele projeto. A referência para aferição da intensidade do controle externo parte, então, desse lugar. Isto é, a intensidade do controle será mensurada a partir da manutenção, não manutenção ou parcial manutenção da primeira escolha realizada pela Administração, consequência de processo administrativo interno, que deveria, em tese, ser suficientemente robusto a ensejar a permanência das opções realizadas na maioria das vezes, considerados os motivos em que fundamentadas.

Para fins desta dissertação, então, o vocábulo *deferente* corresponde à situação em que o Tribunal Pleno acata integralmente a primeira opção efetuada pela ANTT ao confeccionar as minutas de edital e contrato, deixando de lhe tecer determinações. Em seu oposto, o aferidor *não deferente* corresponde à situação em que o colegiado não acata a primeira escolha da Agência, seja ela comissiva ou omissiva, a partir da proposta da unidade técnica (suprimir, modificar, inserir etc.), determinando-lhe correção de rumo. E, nas situações intermediárias, em que não mantida na íntegra a primeira opção administrativa, tampouco concretizada em sua totalidade a proposta da fiscalização, o resultado foi *parcialmente deferente*, gerando, igualmente, determinação à Autarquia especial.

Os achados de pesquisa foram divididos em dois eixos: os resultados quantitativos e qualitativos. Neste capítulo, serão abordados os aspectos quantitativos.

3.1. Aspectos quantitativos

Os resultados a seguir apresentados decorrem da análise de 108 propostas de determinações efetuadas pela unidade técnica do TCU, relativas à modelagem jurídica constante das minutas de edital e contrato não publicadas. Foram avaliadas no bojo de 07 acórdãos exarados pelo Tribunal Pleno, quando verificadas as concessões rodoviárias atinentes à 4ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais.

Foram sistematizados em 07 tabelas que integram o Anexo deste trabalho. Nos quadros individuais, foram listadas as propostas de encaminhamento da unidade técnica em cada acórdão e as determinações do Tribunal Pleno, se havidas. Abaixo, para exemplificação, reproduz-se *amostra adaptada* da Tabela do Acórdão 4036/2020, em que ocorridas as três situações noticiadas:

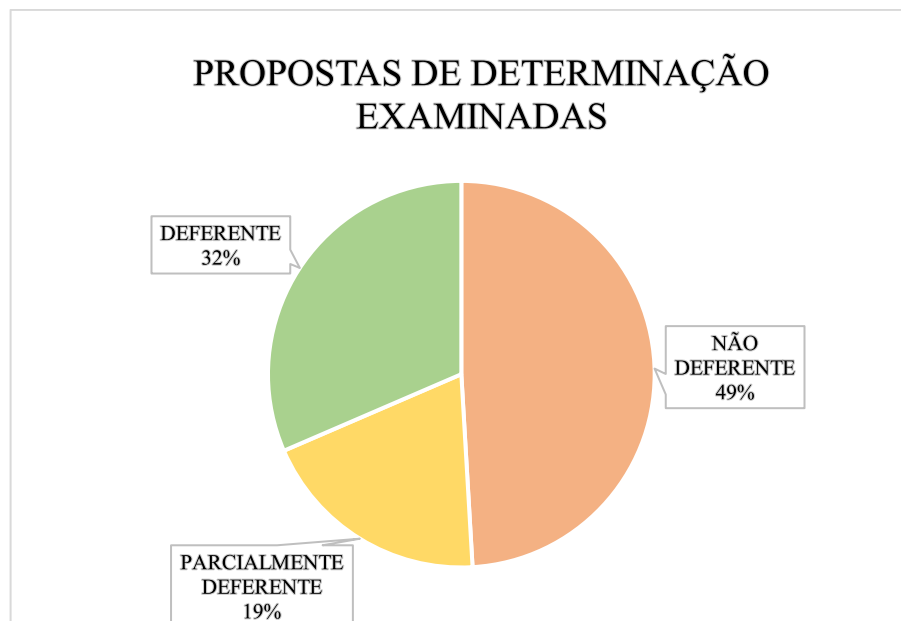
ACÓRDÃO 4036/2020 PLENÁRIO – RELATOR MIN. VITAL DO RÊGO					
ITEM	PROPOSTA DE DETERMINAÇÃO	ANTT	DETERMINAÇÃO DO PLENÁRIO		RESULTADO
a.38 (30)	preveja mecanismo de reequilíbrio contratual no caso do não atingimento das classificações pactuadas (segurança viária – sistema de gestão de segurança viária e metodologia).	Concordou.	9.2.29	preveja mecanismos de reequilíbrio contratual no caso de não atingimento das classificações pactuadas.	Não deferente.
a.39 (31)	defina qual a classificação requerida para o sistema de gestão da segurança viária, em cada etapa da concessão (segurança viária – sistema de gestão de segurança viária e metodologia).	Concordou, contudo, propôs alteração de redação.	9.2.30	estabeleça de forma clara, nos documentos contratuais, os critérios para a verificação de classificação mínima requerida para o sistema de gestão da segurança viária.	Parcialmente deferente.
a.40 (32)	detalhe na minuta contratual, ou em normas específicas, quais serão as informações requeridas da concessionária para fins de cumprimento da subcláusula 14.3	Solicitou conversão da determinação em recomendação, nos termos da Resolução TCU 315/2020.			Deferente.

	(prestação de informações e acesso ao sistema rodoviário).			
--	--	--	--	--

Vale sublinhar que o acolhimento ou não, pelo relator, da argumentação da Agência no bojo do processo de controle externo *não foi o que ensejou a classificação quantitativa proposta* (isto é, se as razões apresentadas foram acolhidas ou não), mas sim se o potencial de interferência à decisão administrativa, indicado pelo apontamento de fiscalização, foi concretizado ou não (se influenciou ou não no processo concessório), tendo em mira a primeira opção da Agência, oriunda de processo administrativo confeccionado na fase interna da licitação. As ponderações da Agência só ganham relevo para o exame qualitativo, por isso elas foram suprimidas da amostra acima.

Dos 07 acórdãos analisados, foram avaliados os resultados atrelados a 108 propostas de determinação pela unidade técnica. Das 108 propostas efetuadas, 53 modificaram as escolhas originalmente realizadas pela ANTT (não deferente), sendo convertidas em determinações; 34 ponderações privilegiaram as opções da Agência, não sendo objeto de determinações e 21 alteraram, em alguma medida, as opções da Autarquia, ensejando determinações mais ou menos deferentes ao referencial originário. O resultado evidencia, portanto, de um controle forte nos percentuais abaixo indicados:

Tabela 1: Análise quantitativa das deliberações efetuadas pelo Plenário do TCU.



Fonte: própria.

O resultado é de um controle forte pelo valor majoritário do aferidor não deferente,

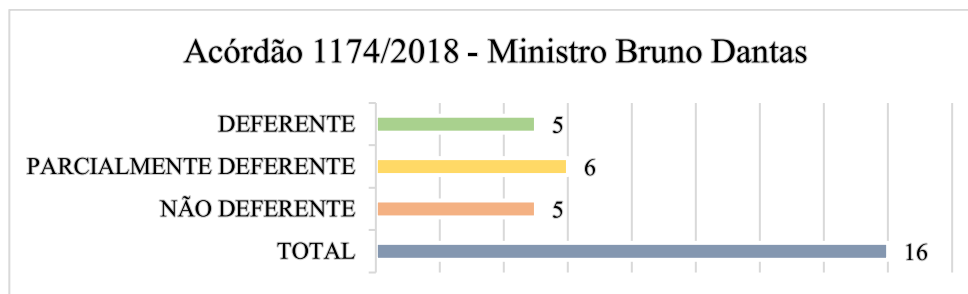
que abrangeu 49% do espaço amostral. Todavia, se somado ao parcialmente deferente, atrelado à existência de algum tipo de determinação formulado à Agência, não existente antes da proposta de intervenção da fiscalização, o número salta para 68%.

De modo geral, em sede de exame prévio de editais, esperar-se-ia um controle de intensidade moderada, eis que, a “fase prévia ou interna dos projetos envolve uma série de decisões complexas, tomadas num contexto de forte incerteza. Assim, é pouco razoável falar-se em soluções *corretas e incorretas*”²²⁰ Nesses casos, o controle deveria ser comedido “para evitar que as prognoses realizadas pelo administrador sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador.”²²¹ – todavia, o que se viu foi o inverso, sob o aspecto tão somente quantitativo.

Os Acórdãos de que pinçadas as propostas de determinação foram proferidos pelo Ministro Bruno Dantas (Acórdãos 1174/2018 e 1096/2019), Ministra Ana Arraes (Acórdão 2195/2019), Ministro Vital do Rêgo (Acórdão 4036/2020), Ministro Benjamin Zymler (Acórdão 4037/2020), Ministro Walton Alencar (Acórdão 1766/2021) e Ministro Raimundo Carreiro (Acórdão 3136/2021).

Os números parciais estão indicados na sequência e obedeceram a mesma lógica do resultado global, em que o “total” representa o número de propostas de determinação realizadas pela fiscalização em cada um deles, quanto às minutas de edital e contrato sob o aspecto da modelagem jurídica:

Tabela 2: Resultados relativos ao Acórdão 1174/2018

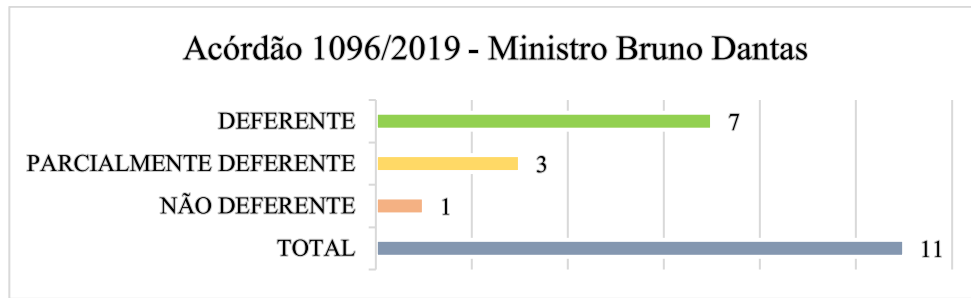


Fonte: própria.

²²⁰ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out/dez.2014, p. 211.

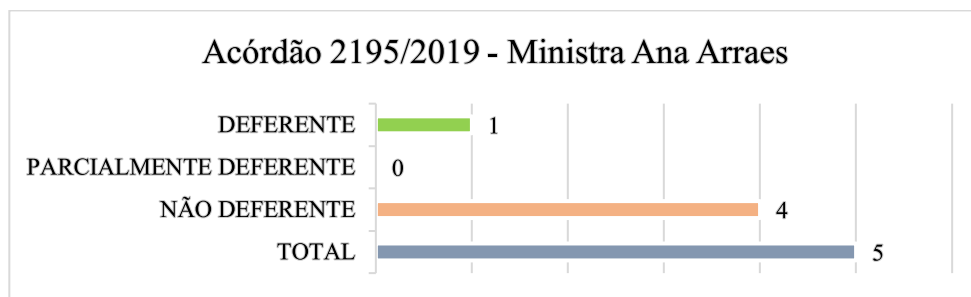
²²¹ *Ibidem*, p. 211.

Tabela 3: Resultados relativos ao Acórdão 1096/2019



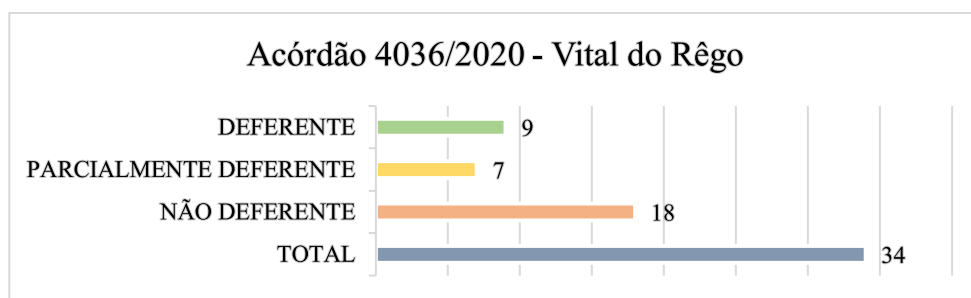
Fonte: própria.

Tabela 4: Resultados relativos ao Acórdão 2195/2019



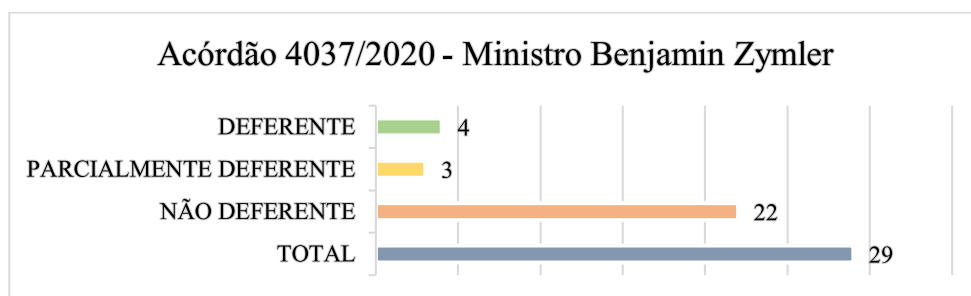
Fonte: própria.

Tabela 5: Resultados relativos ao Acórdão 4036/2019



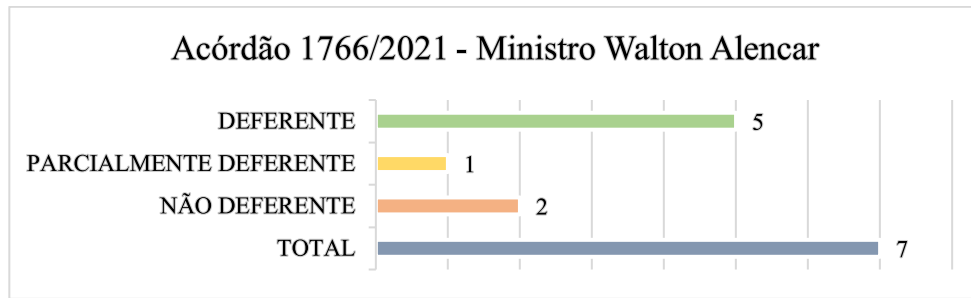
Fonte: própria.

Tabela 6: Resultados relativos ao Acórdão 4037/2019



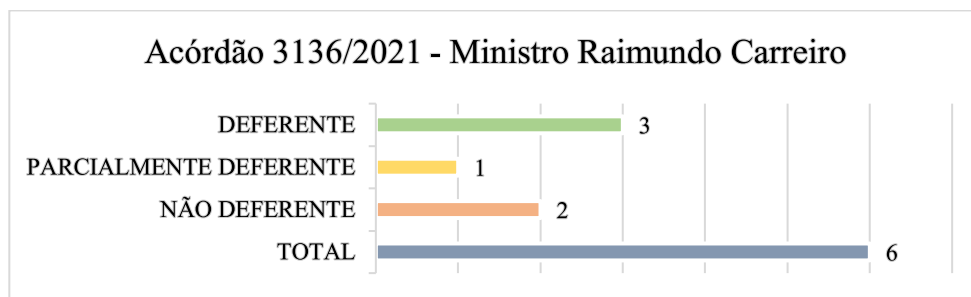
Fonte: própria.

Tabela 7: Resultados relativos ao Acórdão 1766/2021



Fonte: própria.

Tabela 8: Resultados relativos ao Acórdão 3136/2021



Fonte: própria.

Os resultados parciais evidenciados destinam-se ao conhecimento acerca da postura de cada Ministro em relação à intensidade do controle, no espaço amostral desta dissertação, e acabam por contribuir à conclusão final do trabalho, já que é comum ao colegiado acompanhar quase integralmente as ponderações do relator do feito.

3.2. Decompondo os indicadores/afetadores

É importante que os critérios sejam abertos a fim de que a intensidade do controle seja potencialmente racionalizada, no intuito de que se obtenha êxito em apurar a existência de parâmetros ao controle inseridos na atividade decisória do Tribunal. Como dito na seção metodológica deste trabalho, a hipótese é de que as diretrizes que guiam as intensidades não são aleatórias, embora provavelmente não explícitas, o que se comprova abaixo.

Inicia-se pela classificação *não deferente* – em que a primeira opção da Administração, efetuada no bojo do processo administrativo, não foi mantida. A ocorrência do indicador está atrelada a duas situações: 1) a verificação da potencialidade de cometimento de ilegalidade ou a irregularidade (indicada pela fiscalização ou verificada pelo próprio relator), seja ela motivada pela manutenção de determinada cláusula nas minutas enviadas ou pela ausência de

direcionamento reputado imprescindível (omissão), da qual a Agência discorda e 2) pela concordância da ANTT com o apontamento realizado, em razão do cometimento de erro material ou do reconhecimento de que é adequada a anotação fiscalizatória em relação ao mérito do tema. Nessa última hipótese, é praxe que a proposta de determinação seja mantida, ainda que a Agência reconheça a procedência do quanto averiguado pela unidade técnica, mencionando sua predisposição em futuramente sanear as impropriedades.

Na hipótese de *deferência* estão os casos em que: 1) o julgador não acolhe os argumentos da unidade técnica e, com isso, mantém a proposta originária da Agência; 2) o julgador expressamente anui às explicações da Agência; 3) as propostas de determinação são convertidas em recomendação, seja a pedido da Agência, seja por ponderação do próprio julgador e 4) em que não há determinação à ANTT por motivos outros que não aqueles explicitados pela Autarquia no bojo do processo de controle externo (a exemplo da determinação de extinção contratual por relicitação, não prevista na minuta originalmente, que com a qual a agência concordou em inserir após apontamento de auditoria e o relator entendeu por bem que não).

O aferidor *parcialmente deferente* é um intermediário, que evidencia o não acolhimento integral da proposta de determinação da secretaria, tampouco, e principalmente, a manutenção total da primeira escolha elaborada pela ANTT, na forma como consignada na minuta de edital e/ou contrato – que é o referencial objetivo para os aferidores.

As circunstâncias acima elencadas, componentes dos aferidores escolhidos, permitem previsibilidade quanto à intensidade do controle realizado pelo Tribunal – se forte, moderado ou fraco. Não obstante, os resultados mensurados não propiciam certeza quanto à ingerência do TCU sobre as decisões do administrador, que será tratado no tópico subsequente.

4. ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS DELIBERAÇÕES REALIZADAS PELO PLENÁRIO E OS RESULTADOS QUALITATIVOS DECORRENTES

Neste capítulo, foram selecionados os temas recorrentes nos acórdãos analisados, assim como aqueles que apresentaram inovações na modelagem contratual. Sua enunciação é relevante para que se tenha contato com a forma de decidir do julgador, conhecendo um pouco da lógica decisória empregada no âmbito dos exames prévios de edital. Além disso, facilitará a abordagem qualitativa do trabalho, por meio da qual o resultado das intensidades verificadas será explorado à luz do referencial teórico exposto no capítulo 2.

4.1 Deliberações a respeito dos temas selecionados.

4.1.1 Qualificação econômico-financeira das licitantes

Determinações relacionadas à qualificação econômico-financeira das licitantes aparecem nos Acórdãos 4036/2020, 4037/2020, 1766/2021 e 3136/2020. São, de modo geral, tópico reiteradamente tratado pelos acórdãos no que concerne à minuta do instrumento convocatório.

A fiscalização, após analisar as minutas de edital relacionadas aos quatro acórdãos, verificou a ausência de solicitação, aos interessados, de índices contábeis dentre as exigências para aferição da qualificação econômico-financeira, conforme disposição do art. 31, §5º da Lei nº 8.666/93.

Para a unidade técnica, “as exigências desse tipo de qualificação devem ser objetivamente demonstradas mediante índices contábeis, consoante disposto no art. 31, §5º da Lei 8.666/93”, motivo pelo qual sugeriu determinação à Agência para que os inclua no edital.

Contudo, para a Agência, os mecanismos escolhidos para qualificação econômica das participantes nos editais em comento, ainda que não cumulativos em todos as minutas, quais sejam – garantias de proposta e de execução contratual, obrigação de integralizar recursos vinculados, apresentação de balanço patrimonial e demonstrativo de recursos, além de certidões negativas de falência/autofalência/recuperação judicial, declaração de capacidade financeira a cumprir com todas as obrigações de aporte de recursos próprios, com obtenção também de montantes de terceiros – são suficientes a assegurar a boa situação financeira da empresa, isto é, seu fôlego financeiro.

Os Relatores dos Acórdãos 4036/2020 (Ministro Vital do Rêgo), 4037/2020 (Ministro

Benjamin Zymler) e 3136/2020 (Ministro Raimundo Carreiro), em harmonia, e a despeito dos esclarecimentos e justificativas apresentados pela Agência, entenderam por bem determinar-lhe a “inclusão no edital de concessão de exigências de qualificação econômico-financeira para as proponentes, devendo-se estabelecer critérios objetivos para comprovar a boa ordem da situação financeira delas, em consonância com o art. 31, I, da Lei nº 8.666/93.”

De outro lado, ao relatar o Acórdão 1766/2021, o Ministro Walton Alencar, na companhia do MPTCU, anuindo às explanações da ANTT, deixou de acolher a proposta efetuada pela secretaria do TCU, já que o projeto concessório contempla apresentação de garantia de proposta pelos interessados e obrigação de integralização de recursos vinculados e de garantia de execução contratual, dando maior robustez à qualificação econômico-financeira.

4.1.2 Da sistemática contratual para inclusão de novos investimentos

A temática de inclusão de novos investimentos foi analisada nos Acórdãos 1174/2018 e 1096/2019, tendo sido mencionada colateralmente pelo Acórdão 2195/2019, dada a presença de contornos urbanos alternativos inseridos pela mesma metodologia.

Como consignado pela minuta de edital encaminhada para análise (Acórdão 1174/2018), a inclusão de novos investimentos ocorre via fluxo de caixa marginal (FCM), nos termos da Resolução ANTT 3.651/2011²²², a serem anexados aos ajustes a partir de projetos e orçamentos lavrados pelo concessionário. A metodologia considera a taxa de retorno atualizada, o tráfego real e orçamentos elaborados com base no Sistema de Custos Rodoviários (Sicro), referencial de preço máximo a ser aceito pela Administração.

De acordo com o prognóstico, a despeito de quanto a obra venha a custar ao concessionário, 100% do custo Sicro será incluído no fluxo de caixa da concessão, ocasionando aumento correspondente na tarifa de pedágio. Consoante pontuado, o método introduz na modelagem “uma regulação por taxa de remuneração por ‘valor cheio’, na contramão de preceitos mais modernos de regulação”. Isso porque, segundo o relator, há um incentivo a que “os novos investimentos sejam remunerados com base nos sistemas referenciais de preços, sem

²²² “Aprova a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais da 1ª Etapa, da 2ª Etapa - Fase I e do Pólo Pelotas, em decorrência de novos investimentos e serviços.

(...)

Art. 2º A metodologia de que trata esta Resolução consiste na recomposição do equilíbrio contratual, na hipótese de inclusão de obras ou serviços não previstos no Programa de Exploração da Rodovia - PER, que esteja vigente à época da publicação da Resolução nº 3.651/2011, por meio da adoção de um Fluxo de Caixa Marginal, projetado em razão do evento que ensejar a recomposição, considerando (...).”

qualquer desconto”, incentivando, assim, o concessionário “a inflar os seus custos, ao invés de promover a busca por soluções mais eficientes e menos onerosas aos usuários do serviço.”

De outro lado, eventual exclusão de obra já prevista no PER ocorre pelo Fator D, “mecanismo preestabelecido e pactuado entre as partes”, destinado a manter o “equilíbrio econômico-financeiro para casos de descumprimento” dos critérios de desempenho, atrasos, dentre outros. Seu cálculo se dá “pela representatividade de determinado elemento do projeto sobre o custo estimado total em investimento e operação da concessão.” Sobre ele é incidente o deságio obtido no leilão, sendo o Fator D aplicado independentemente de a inexecução decorrer por fato atribuível à concessionária, já que é mecanismo de reequilíbrio e não ferramenta de sanção.

Para a unidade de fiscalização, a futura dinâmica contratual, assentada na inclusão de investimentos via projetos efetuados pela concessionária, por preço cheio (100% do Sicro), sem procedimento competitivo prévio assegurador do valor de mercado, atrelada à previsão de que eventual exclusão de investimentos seja efetuada via Fator D, em que incidente deságio da proposta, “constitui fator de desequilíbrio contratual em desfavor dos usuários, e pode desvirtuar o objeto licitado e concedido, a depender da representatividade das modificações.”

Também assinalou que a situação propicia um comportamento não desejado dos concessionários, “no sentido de postergar investimentos previstos originalmente nos contratos, sobre os quais incidem deságios ofertados no leilão, e buscar incluir novos investimentos, com base nos custos cheios obtidos junto aos sistemas referenciais oficiais”, sem a incidência de descontos. A fiscalização ainda destacou o “grande risco de assimetria das informações e a dificuldade em se examinar o orçamento proposto pela contratada”.

Explicita a fiscalização que “a inclusão de novos investimentos em excesso poderia constituir burla ao procedimento licitatório, na medida em que desvirtuaria o objeto da licitação. Desse modo, deve-se estabelecer, previamente à licitação, os limites e premissas para inserção e exclusão de obras ou obrigações.”

A Secretaria elencou alternativa ao mecanismo apresentado, qual seja o estoque de melhorias – usado na 3ª Etapa do PROCROFE, correspondente a um “estoque de obras previstos contratualmente, portanto já precificado, com grande probabilidade de serem necessários ao longo da execução contratual (passarelas, retornos, quilômetros de faixas adicionais)”. Pela sistemática alternativamente proposta, “quando necessária a inclusão de um dispositivo desse tipo inicialmente não previsto no contrato, baixa-se do estoque, sendo desnecessária a revisão tarifária.”

Dado o panorama, sugeriu três determinações à Agência. A primeira delas para que

aprimorasse as regras da minuta contratual quanto à inclusão de obras, investimentos e obrigações, no intuito de “melhor aproveitar as condições vantajosas da proposta vencedora”; a segunda, para que estabelecesse, nas minutas de edital e contrato, os limites e condições para inserção e exclusão de obras ou obrigações, inclusive com os objetos cuja inclusão ou exclusão futura estão vedados e, a terceira, para que compatibilizasse a introdução de obras e obrigações novos no contrato com o disposto pelo art. 9º da Lei Geral de Concessões, para não repassar totalmente aos usuários os custos correspondentes.

A Agência anuiu parcialmente às duas primeiras propostas, requerendo a supressão das expressões “de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas” e “incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente”, tendo concordado integralmente com a terceira sugestão. Além disso, apresentou providências por ela classificadas como avanços no modelo regulatório, destinadas a suplantarem as preocupações centrais relativas ao tema. Foram elas:

- i) vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos do contrato;
 - ii) inclusão de novos investimentos restrita às revisões quinquenais;
 - iii) inclusão de contornos urbanos condicionada à demonstração da vantajosidade e ao comparativo de projetos executivos, audiência pública e reequilíbrio apenas da diferença de custo;
 - iv) instituição de estoque de obras, com vedação à inclusão de obras de melhorias por fluxo de caixa marginal (FCM) antes de seu término;
 - v) estabelecimento de limitações e condições para prorrogação do prazo contratual;
- e

Ao iniciar suas ponderações, o Relator do feito, o Ministro Bruno Dantas (Acórdão 1174/2018), considerou como introverso o fato de que “a modelagem contratual da 3ª etapa de concessões de rodovias tem levado a problemas graves de inexecução e à incessante busca de inclusão de novas obras por parte das atuais concessionárias.”. Por isso, entendeu urgente que sejam modificadas as premissas previstas nas minutas apresentadas, “estabelecendo regulamentação que reduza esses incentivos que têm se mostrado perversos aos usuários”, favorecendo a “inclusão de investimentos não previstos por meio de instrumentos que, em vez de buscar eficiência, a modicidade da tarifa, incentivam o aumento dos custos pelo concessionário, onerando os usuários.”.

Considerou o Julgador, então, que as medidas apresentadas pela Agência “se prestam a mitigar em boa medida os riscos apontados pela unidade instrutora.”. Assim, “tendo em vista que a manifestação da Agência constitui compromissos do Poder Concedente que demandarão aperfeiçoamentos e alterações nas minutas de edital e contrato”, manteve as determinações propostas pela fiscalização, com ajustes de redação, “até que sejam comprovado seu efetivo

atendimento.”.

A minuta contratual da BR-364/365/MG/GO (Acórdão 1096/2019) trouxe à tona questões decorrentes daquelas apontadas no Acórdão 1174/2018, quanto à inclusão de novos investimentos. Ao verificar a matéria, a unidade instrutora buscou indicar pontos de aprimoramento das regras enunciadas pelo regulador no Acórdão 1174/2018, que poderiam ser aperfeiçoados.

A esse respeito, a Agência divergiu dos apontamentos, “por entender que os aprimoramentos apresentados no âmbito do processo que tratou da Rodovia de Integração do Sul (Acórdão 1174/2018), e reapresentados no caso em tela, são suficientes para tratar os riscos apontados pela unidade instrutora.”. Argumentou que, afora as medidas propostas à época do Acórdão 1174/2018, “está dando tratamento regulatório específicos a outras questões (...) a fim de aperfeiçoar os procedimentos de análise de viabilidade e inclusão de novas obras.”.

A Agência reforçou que os “investimentos classificados como ampliação de capacidade e melhorias, os mais vultosos do contrato, estão associados a mecanismos objetivos, o estoque de melhorias e os gatilhos de investimentos.”. Ademais, informou o encaminhamento de “plano de ação requerido pelo TCU frente à análise de viabilidade de inclusão de novas obras em contratos de concessão.”, além de outras medidas regulatórias.

Para o Relator (Acórdão 1096/2019), as soluções propostas pela Agência por ocasião do Acórdão 1174/2018 “bem como aqueles [encaminhamentos] subsequentes, relatados em sua manifestação, notadamente os regulamentos que estão sendo criados, revisados e aprimorados, buscam ordenar as questões das renegociações dos contratos e da inclusão de obras novas.”. No seu entender, “tais questões transcendem os dispositivos contratuais, devendo ser objeto de regulamentação de caráter geral e de melhorias na governança da Agência.”. Concluiu, então, que “as medidas até então endereçadas pela Agência estão em consonância com as determinações do Acórdão 1174/2018-TCU-Plenário, as quais buscam mitigar os riscos relacionados às renegociações contratuais precoces e prejudiciais aos usuários (...)”, o que não o obstou a fazer considerações em favor da melhoria dos mecanismos.

Das considerações que efetuou, houve determinação relativa à especificação clara e precisa do objeto concedido, eis que refutada a proposta de determinação para imposição de limites à inclusão de novos investimentos, já que “tal medida é uma escolha regulatória do Poder Concedente”, consoante fundamentou o Relator. Valendo-se das explicações do Poder Concedente, de que “as concessões rodoviárias se orientam pelo critério de nível de serviço, evitando-se, assim, fazer investimentos desnecessários”, determinou caber ao Poder Concedente “que estabeleça na minuta contratual ou no Programa de Exploração Rodoviária

(...) o nível de serviço especificado para a rodovia ou para cada um dos trechos homogêneos definidos, com o intuito de dar clareza ao objeto que efetivamente está sendo concedido.”

4.1.3 Prorrogação contratual

O tema foi abordado pelos Acórdãos 1174/2018 e 1096/2020.

Na minuta contratual do primeiro deles (BR-101/290/448/386/RS – Acórdão 1174/2018), a Cláusula 3 previa regras de prazo e critérios de prorrogação. O prazo concessório escolhido foi de 30 anos. Havia possibilidade de prorrogação por até mais 30 anos, na ocorrência de interesse público devidamente justificado, força maior comprovada e necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro por investimentos não previstos no PER, hipóteses cuja verificação é encargo exclusivo do Poder Público. E os atos de prorrogação deverão ser “adequadamente motivados pela ANTT”, inclusive quanto ao novo prazo, devendo a extensão contratual também abranger “as obras ou serviços a serem executados, os valores estimados e a tarifa básica de pedágio a ser cobrada.”.

Para a SeinfraRodoviaAviação, o permissivo de prorrogação por até 30 anos corresponderia praticamente a admitir novo contrato, distinto do pactuado em sua origem, sem tê-lo submetido a nova licitação, pois “as partes teriam total liberdade para negociar a inclusão de novas obras e serviços que seriam executadas nos 30 anos seguintes.”.

Diante da sistemática, de inclusão de novas obras e serviços pelo Fluxo de Caixa Marginal com preço cheio, cujos óbices já foram acima apontados, a fiscalização menciona que não haveria o aproveitamento das condições prefixadas na proposta inicial. No mais, “o instrumento de gatilho para obras condicionadas ao volume de tráfego poderia forçar prorrogações para além dos 30 anos, dada a necessidade de prazo adicional de exploração do serviço”, com a finalidade que sejam abatidos os investimentos executados nos últimos anos do período ordinário do ajuste.

Relatou, no mais, que, como não exigida a apresentação do plano de negócios pelo potencial concessionário, findos os 30 anos, período em que todos os investimentos iniciais já deveriam estar finalizados e amortizados, não seria dado reconhecer qual parcela da tarifa básica de pedágio deveria ser considerada em potencial prorrogação.

A Agência, em sua primeira manifestação, defendeu que o permissivo à prorrogação contratual consta da Constituição Federal e da legislação de regência, concluindo que “retirar a cláusula que prevê a eventual prorrogação da concessão poderia inviabilizar ou comprometer sua utilização em circunstâncias relevantes, nas quais esta pudesse ser única alternativa para a

viabilização de investimentos.”. Em momento posterior, noticia alterações às condições de prorrogação.

Primeiramente, “insere previsão de prorrogação antecipada, cuja única finalidade é a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro em função da inclusão de novos investimentos necessários no curto prazo”, pois a possibilidade de “aguardar o termo do prazo contratual original de 30 anos para os iniciar acarretaria situação desfavorável ao interesse dos usuários.”. A permissão teria como limite o período de 10 anos, “podendo ser utilizada uma única vez, restrita às revisões quinquenais previstas para os anos 15º, 20º e 25º de concessão. No caso de melhoria, somente será utilizada se esgotada a previsão de estoque.”.

Em segundo lugar, narrou a Agência que “a prorrogação contratual propriamente dita estaria limitada ao prazo de 5 anos, permitido o prolongamento do período da concessão por ocasião do término do prazo original mediante condições expressamente previstas no contrato” e na lei, as quais devem estar circunscritas aos “conceitos de caso fortuito ou força maior, fato do príncipe, ou ainda se restar irrefutavelmente comprovado o interesse público no caso concreto.”.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas assentiu às preocupações da unidade técnica, em favor do aperfeiçoamento das regras de prorrogação consignadas na minuta contratual. Não obstante, discordou da possibilidade de as negar. Em seu entender, devem ser estabelecidas “regras objetivas e restritivas, que permitam a prorrogação do contrato por prazos curtos, bem inferiores ao do contrato original, em condições nas quais a prorrogação se mostre medida precisamente indispensável à manutenção da qualidade do serviço e da modicidade da tarifa.”. Considerou, assim, “a nova proposta da ANTT um notável avanço no modelo.”.

O MPTCU propôs, então, fosse modificado o texto da determinação efetuada pela fiscalização (de exclusão das cláusulas referentes à prorrogação contratual caso não estabelecidas as condições em que se dariam, o que incluía o tratamento dos custos operacionais e sobretudo investimentos etc.). Sugeriu, em seu lugar, que a ANTT estabelecesse prescrições “objetivas e restritivas para disciplinar a prorrogação do contrato, admitindo-se a medida apenas nos casos em que esta se mostre indispensável à manutenção da qualidade do serviço e da modicidade tarifária, instituindo prazos curtos, bem inferiores aos do contrato original”, com indicações ao tratamento dos custos operacionais em investimentos.

O Relator manifestou-se em concordância com a redação sugerida pelo MPTCU. Ressaltou que “a redução do prazo de prorrogação de trinta para cinco anos constitui expressivo avanço, sobretudo porque se harmoniza com os resultados dos estudos de viabilidade econômica, técnica e ambiental, cujo horizonte era de trinta anos”, prestigiando, assim, “o dever

constitucional de licitar e ainda permite alguma flexibilidade ao gestor.”. Na determinação que efetuou, reforçou “a necessidade que a Agência regule, pela via contratual, o tratamento mínimo a ser dado aos custos operacionais e de investimentos ao término do período contratual ordinário, uma vez que, nesta data, os investimentos executados (...) devem estar amortizados.”.

4.1.4 Alocação de riscos contratuais

4.1.4.1 Licenciamento ambiental

Consoante relatado pela SeinfraRodoviaAviação no Acórdão 1766/2021, todo o processo de licenciamento ambiental seria iniciado após a assunção da rodovia, segundo os estudos de viabilidade, pois não havia registro de licenciamento na BR-101/SP/RJ e o da BR-116/SP/RJ não poderia ser aproveitado. Nos termos da minuta contratual, a obtenção das licenças ficou a cargo da futura concessionária, responsável também por arcar com os custos do atendimento às condicionantes impostas pelo órgão ambiental, à exceção de terras indígenas, comunidades quilombolas e sítios arqueológicos.

Relembra a unidade técnica que, por experiência proveniente da 2ª Etapa do PROCROFE, o licenciamento ambiental também esteve a cargo da concessionária e, depois de doze anos, obras relevantes não haviam sido executadas “sob a justificativa de que não dispõem das licenças necessárias.”. Tal fato levou o Poder Público a assumir para si a obrigação, entregando às contratadas o licenciamento na 3ª Etapa do Programa em pouco mais de um ano depois da celebração dos contratos, em relação a grandes extensões rodoviárias. O procedimento foi realizado pela Empresa de Planejamento e Logística (EPL).

De fato, no Acórdão 1974/2013, integrante do rol de decisões vinculadas à 3ª Etapa do PROCROFE (Lotes 2 e 4 – BR-262/ES/MG e BR-050/GO/MG), a fiscalização verificou que a concessionária estava inteiramente responsável por “todos os riscos ambientais”, à exceção dos riscos arqueológico e dos quilombolas. Para a unidade técnica, contudo, a melhor opção seria sua repartição, porquanto devem ser alocados “considerando a capacidade que cada lado possui” de melhor geri-los. Pontuou que, “No caso específico do risco ambiental, o Poder Concedente tem buscado transferir para as concessionárias esse ônus partindo da premissa de que as empresas privadas podem ser mais ágeis na obtenção de licenças.”.

Todavia, secretaria ponderou que

Atender os normativos dos órgãos ambientais e as demais demandas de outros órgãos intervenientes no licenciamento (a exemplo das prefeituras) não é uma tarefa simples.

As dificuldades inerentes ao processo de licenciamento ambiental torna (sic) o cenário propício a disputas de vários interesses difusos que não propriamente público. Nos casos em que, para as concessionárias, postergar investimentos é benéfico para o fluxo de caixa presente, não há incentivo para atender as exigências ambientais, inclusive transferindo para os órgãos públicos a culpa pela não obtenção da licença. Mostrou-se, portanto, que a premissa adotada, até então, de que o setor privado deve ser responsável pelo licenciamento ambiental está equivocada em alguns aspectos.

Depois de reunião efetuada “com os demais órgãos públicos envolvidos na modelagem (IBAMA, BNDES, Ministério dos Transportes e EBP)”, em 04/07/2013, a Agência noticiou ao TCU ter alterado “a repartição de risco ambiental”. Desta forma, tendo em vista as alterações efetuadas, não houve determinação para correção na parte dispositiva do acórdão. A questão também foi mencionada no Acórdão 2304/2013 (Lote 1 – BR-101/BA), oportunidade em que a repartição de riscos já havia sido realizada.

Retornando às prescrições do Acórdão 1766 – 4ª Etapa, não obstante maior celeridade no licenciamento via EPL, depois da 3ª Etapa, “os contratos reassumiram a distribuição de riscos da segunda etapa, como no caso vertente, em que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental está integralmente alocada ao particular.”.

Para a unidade técnica, a questão controvertida se relaciona à capacidade de manobra de obrigações contratuais das concessionárias, que as efetuam “nos limites da legalidade, de modo a executar apenas as intervenções que se coadunam com seus interesses e nos prazos que lhes convierem”.

No caso concreto, anotou que a minuta contratual da BR-116/RJ/SP e 101/RJ/SP favorece mencionado comportamento ao conferir a prerrogativa de que seis meses antes das obras a futura concessionária esteja em fase de anteprojeto, período insuficiente para obtenção da licença de instalação. Isso porque os estudos de viabilidade indicam, em média, que a obtenção de licença de instalação para as obras de ampliação de capacidade da BR-101/RJ/SP e BR-116/RJ/SP deverá levar ao menos 30 meses para ocorrer, em circunstâncias normais.

Pontua a unidade técnica, então, que a minuta contratual, além de não conter marcos temporais a serem cumpridos pela futura contratada quanto ao licenciamento, contém diretrizes de apresentação de projetos em períodos incompatíveis com o procedimento para angariar a licença, dando ensejo ao retardamento das obras por anos sem que se possa atribuir culpa à contratada.

Assim, propôs ao Relator determinar à ANTT que reavaliasse a matriz de riscos quanto às responsabilidades pelo licenciamento ambiental e, em havendo opção por alocar o risco à concessionária, incluísse na minuta contratual obrigações objetivas ao parceiro privado para conduzir o cumprimento do cronograma de obtenção da licença previsto nos estudos de

viabilidade apresentados, bem como compatibilizasse os prazos de apresentação de anteprojetos e projetos com as necessidades relativas ao processo de licenciamento.

Para a Agência Reguladora, contudo, a falta de licenciamento em contratos anteriores não foi a razão pelo não avanço das obras de ampliação, mas sim a “falta de incentivos a sua execução, sobretudo do ponto de vista econômico-financeiro”. Entende que a concessionária tem melhor capacidade de gerir o risco, sugerindo a supressão da proposta ou sua conversão em recomendação, por envolver juízo exclusivo do regulador e que “a ‘definição de prazos compatíveis’ envolve a sensibilidade subjetiva baseada na Agência.”.

Diante dos fatos, ponderou o Relator que, embora a ANTT defenda que a sistemática eleita propicie o cumprimento dos prazos e obrigações pela futura contratada, em razão da presença de incentivos econômico-financeiros, tal fato não anula a proposta registrada pela unidade técnica, no sentido de que a minuta contratual estabeleça, em acréscimo, obrigações mais objetivas. Desta feita, foi mantida a determinação proposta pela Secretaria do Tribunal.

4.1.4.2 Gatilho volumétrico

O gatilho volumétrico foi abordado nos Acórdãos 1174/2018 e 1096/2019.

Consoante relado no voto que conduz o Acórdão 1174/2018, “obras de manutenção do nível de serviço são intervenções físicas de ampliação condicionadas ao atingimento de determinados volumes de tráfego, chamados de ‘gatilho volumétrico’”. O mecanismo, quando disparado em relação a trecho específico da rodovia, “impõe ao concessionário a obrigatoriedade de implantação de faixas adicionais e de adequação de obras de arte especiais, acessos e interconexões naquele segmento, de modo a incrementar as condições de fluidez e de segurança da rodovia.”. No caso vertente, sendo a deflagração do gatilho evento incerto, o risco correlato foi atribuído ao Poder Concedente, via reequilíbrio econômico-financeiro.

Para a unidade técnica, todavia, porque as obras associam-se a situações que geram aumento de receitas, o risco deveria ter sido imputado à concessionária.

De acordo com a Agência, há possibilidade que o “acionamento do gatilho não esteja associado, necessariamente, ao aumento de receita. Isso porque o incremento no fluxo de veículos pode ocorrer em trechos entre praças de pedágio.” Ademais, ponderou que “o aumento de receita associada ao incremento do tráfego que levou ao disparo do gatilho pode não corresponder ao investimento necessário para a implantação de uma faixa adicional.”.

Em conclusão, a ANTT defendeu a divisão dos riscos com a utilização de dois gatilhos. “O primeiro, volumétrico, correspondente àquela cláusula já prevista nos documentos

editais. O segundo, associado ao incremento de receita, com o reequilíbrio na tarifa apenas após a conclusão da obra.”. Isto é, o reequilíbrio “ficaria condicionado à conclusão da obra e também levará em consideração os custos relativos à sua implantação, avaliando se as receitas adicionais apropriadas pela concessionária são suficientes para suportar os custos decorrentes da obra de ampliação da capacidade.”.

De acordo com o Ministério Público, a celeuma refere-se a quem arcará com os custos das obras a serem realizadas e, ao que lhe parece, “ambos os argumentos parecem acertados”, fazendo com que propusesse alteração à determinação sugerida pela unidade técnica, para fazer constar à ANTT que “estabeleça regras para o compartilhamento do risco relacionado às obras de manutenção do nível de serviço, em atendimento aos artigos 175, caput, e 37, inciso XXI da CF (...) e aos princípios da Administração (...)”.

O Relator compreendeu que ser o entendimento mais razoável à questão aquele que compartilha os riscos, “levando em consideração em que medida o aumento de receita decorrente do incremento de tráfego será suficiente para cobrir os custos necessários para as obras de manutenção do nível de serviço”, motivo pelo qual aderiu à sugestão do Ministério Público com ajustes redacionais.

No acórdão 1096/2019, o tema voltou à tona, tendo em vista à determinação efetuada no Acórdão 1174/2018, oportunidade em que a fiscalização verificou a metodologia empregada ao compartilhamento de riscos. À ocasião, houve apontamentos quanto às fórmulas e tabelas utilizadas para dar concretude à divisão dos riscos.

4.1.5 Reajustes de Tarifas de Pedágio pelo Concessionário

Questão apontada pela fiscalização, no Acórdão 4036/2020, decorre da possibilidade, consignada pela minuta contratual, de a concessionária praticar tarifa de pedágio decorrente de reajuste ou revisão não procedidos pela Agência, com burla às prescrições do art. 24, inciso VIII da Lei nº 10.233/01, responsável por conferir à Agência competência para revisão e reajuste tarifário dos serviços prestados. A unidade técnica propôs, então, determinação para que a Agência “exclua da minuta contratual qualquer previsão no sentido de a concessionária praticar tarifa de pedágio decorrente de reajuste ou de revisão que não tenham sido procedidos pela ANTT.”.

De acordo com a Autarquia, o reajuste é por ela homologado e sua atribuição, “consistente em competência privativa, não afasta o dever da concessionária de divulgar as tarifas vigentes, juntamente com os percentuais de alteração das tarifas decorrentes da aplicação

dos fatores”.

O voto condutor rememorou que, nos contratos da 2ª Etapa do Programa, as tarifas eram reajustadas segundo a variação do IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo – ou outro que viesse a ser definido em sua substituição. E, neste caso, não havia “custo regulatório para proceder ao reajuste, pois o índice adotado era produzido externamente ao ambiente regulatório.”

Nas concessões realizadas na 3ª Etapa do PROCROFE, o reajuste passou a ser calculado por fórmula pré-definida, que envolvia parâmetros de desempenho capazes de majorar ou minorar a tarifa. Tais mensuradores foram “criados pelo regulador que, em contrapartida, passou a depender de informações da concessionária para aferir o desempenho da empresa e, assim, ter condições de proceder ao cálculo do reajuste das tarifas.” Embora tenha havido um aumento no custo regulatório, inerente ao mister do regulador, foram verificadas “melhorias no desenho do contrato, em especial direcionando a prestação do serviço requerido para o resultado almejado via desempenho concessionário.”

De acordo com o Relator, os contratos de concessão de rodovias da 3ª Etapa do PROCROFE possuem fórmula idêntica à analisada, sem “evidências de que tais comandos tenham afastado o exercício das atribuições legais por parte da ANTT de proceder ao reajuste tarifário”.

Também anotou que, no âmbito da execução do Contrato de Concessão 1/2019 (Rodovias Integradas do Sul S.A.), integrante da 4ª Etapa do Programa, a Agência emitiu as Deliberações 195/2019 e 124/2020, relacionadas ao reajuste da tarifa de 2019 e 2020, em atendimento ao disposto no art. 24, inciso VII da Lei nº 10.233/2001, e o reajuste foi “praticado pela concessionária após publicação dessas deliberações no Diário Oficial.”

Contudo, no presente caso, consoante registrado em cláusula da minuta contratual, a concessionária “pode vir a proceder aos cálculos de todos os parâmetros contidos na fórmula e, então, praticar a tarifa [caso não seja comunicada pela ANTT de eventuais motivos para a não concessão do reajuste, o que equivale a uma homologação tácita]. Tal situação se assemelha à autorregulação.”, desvirtuando-se o art. 24, inciso VII da Lei nº 10.233/2001.

Para o Relator, o esclarecimento apresentado pela ANTT de que “homologa o reajuste” não deve prevalecer, pois não reflete o disposto no art. 24, inciso VII da Lei nº 10.233/2001. Segundo anotou, “o custo regulatório de calcular o (proceder ao) reajuste é da agência reguladora, por imposição legal. Também não se está questionando a divulgação das tarifas pela concessionária. Seria impensável não haver essa publicidade.”

Diante do raciocínio, o Julgador acolheu a sugestão da unidade instrutora, com

alterações, para determinar à Agência que “adote as medidas necessárias de modo que a prática pela concessionária da tarifa de pedágio reajustada ocorra após a agência reguladora proceder ao reajuste das tarifas”.

4.1.6 Acordo Tripartite

O tema foi analisado pelos votos condutores dos Acórdãos 4036/2020 e 4037/2020, com apontamentos e endereçamentos semelhantes feitos pela unidade de fiscalização e relatores de ambos os processos. Neste caso, o primeiro deles foi usado como base para sintetização dos argumentos e ponderações efetuados a respeito da matéria.

Consoante registrado no voto do relator, proferido no âmbito do Acórdão 4036/2020, o acordo tripartite é mecanismo contratual que permite aos financiadores do projeto de concessão, segundo hipóteses predeterminadas no contrato, a intervenção direta na concessão, assumindo temporariamente sua administração ou o controle acionário do concessionário (*step-in rights*). Sua assinatura é faculdade atribuída aos financiadores, vinculando a ANTT quanto à forma pela qual exercerão seus direitos previstos no art. 27 e 27-A da Lei de Concessões.

“Tem como pressuposto devolver a capacidade de o concessionário recuperar o fôlego financeiro mediante a geração de receitas ou, em outras palavras, gerar fluxo de caixa. E, nesse enfoque, oferecer alternativas para a continuidade da prestação dos serviços públicos (...)”. (Acórdão 4036/2020).

Segundo relatado, é dever da concessionária “manter o representante dos financiadores (Agente) semestralmente informado do desempenho de suas obrigações no âmbito do contrato, comunicando-o acerca de eventuais falhas e descumprimentos identificados.”, destacando-se, nessa direção, “os eventos de alerta, tipificados como aqueles onde há obrigação de notificação entre a ANTT e o Agente.”. (Acórdão 4036/2020).

Anotou o Ministro Benjamin Zymler, Relator do voto que deu origem ao Acórdão 4037/2020, que o acordo é mecanismo de “mão dupla, em que a troca de informações é bidirecional.” Pontua haver “obrigações recíprocas de notificações entre a ANTT e o financiador (ou quem o represente)”, decorrentes de descumprimento contratual ou de financiamento. Quanto à última, frisa que a notificação de alerta é relevante “não apenas para ANTT saber da existência de eventual calote e da possibilidade de ocorrer a liquidação antecipada do saldo não amortizado, mas também porque a perda ou o comprometimento das condições econômicas” à manutenção dos serviços podem ensejar declaração de caducidade.

Feitas as análises das minutas de contrato, os apontamentos convergiram para quatro

aspectos da previsão temática, ensejando propostas de determinação à Agência. A primeira [determinação] delas relacionou-se à necessidade de padronização “da nomenclatura sobre obrigações contratuais a ser utilizada nas notificações de eventos de alerta”; a segunda mencionou a necessidade de inclusão, na minuta contratual, “da forma de apuração objetiva dos valores devidos e vincendos (...) referentes a cada obrigação, viabilizando a efetiva aplicação do dispositivo e dos mecanismos previstos no documento”; a terceira, decorrente de possível “disfunção conceitual entre o descumprimento de obrigações que constituem evento de alerta e o descumprimento de obrigações que ensejam a execução das garantias contratuais apresentadas”, gerou proposta para alteração da definição de “evento de alerta” para “não condicionar a execução da garantia a nenhum percentual de inexecução contratual de forma a obedecer a legislação em vigor” e, por fim, a quarta vinculou-se à compatibilização do período de cura estabelecido pela ANTT àquele previsto na legislação.

Em sua manifestação, a Agência concordou com a primeira das determinações, informando que “procederá aos ajustes de modo que o acordo tripartite categorize as obrigações adimplidas, não adimplidas e/ou que tenham sido objeto de alteração de prazos de início ou de conclusão no cronograma contratual”. O Relator do feito, então, acolheu a proposta da secretaria, com ajuste de forma para determinar à Agência “que inclua, nas diretrizes do acordo tripartite (...) definição das possíveis situações referentes ao cumprimento das obrigações, de forma a evitar a dubiedade na interpretação dos termos que vierem a ser utilizados nas comunicações entre regulador e financiador.”.

Concernente à indicação de formas de se apurar objetivamente os valores devidos e vincendos referentes a cada obrigação da concessionária, a Autarquia argumentou que “a sistemática prevista no acordo tripartite (...) não se trata de precificar a obrigação adimplida ou as obrigações futuras, sejam elas de prestação de serviços ou realização de investimentos.”. Argumentou que a “determinação na forma sugerida se aproxima de modelo de regulação por custos que implica enormes custos regulatórios.”.

Ao avaliar a questão, o Julgador reputou “contraproducente condicionar a publicação do edital de licitação há (sic) existência de previsão prévia do valor de cada obrigação contratual inadimplida, como mencionado pela unidade técnica.”. Apesar de não acolher a proposta da fiscalização, entendeu por bem determinar à ANTT “que adote as medias necessárias para regulamentar, da forma que entender pertinente, os critérios gerais para precificação das obrigações adimplidas, oportunidade em que deverá definir o procedimento interno da Agência e indicar os setores competentes (...)”.

Sobre o conceito de “evento de alerta”, a Agência aclarou que “a disposição do acordo

tripartite se dedica a disciplinar as hipóteses em que será deflagrada notificação de alerta, e não a disciplinar o momento de acionamento da garantia contratual.”. Alegou estar a execução da garantia contratual “disciplinada no contrato de concessão, sem qualquer condicionante vinculada ao acordo tripartite.”. Ou seja, não haveria confusão conceitual capaz de inviabilizar o acionamento das garantias à execução contratual.

O Relator do Acórdão 4036/2020 concordou com a ANTT por não verificar “inviabilidade do acionamento das garantias de execução nos termos que definem o evento de alerta.”. Observou, ainda, ser o evento “uma alternativa para resolver a situação que deu ensejo ao alerta, previamente à execução da garantia contratual. É nesse sentido que entendo a menção às garantias contratuais”. Por isso, deixou “de acolher a sugestão da unidade técnica.”.

Em arremate, quanto ao período de cura – “prazo de 90 (noventa) dias concedido pela ANTT ou pelo Agente, mediante notificação à Concessionária, conforme o caso, para que sejam sanados eventuais descumprimentos observados no contrato ou nos documentos de financiamento, a fiscalização apontou que o período de 90 dias ofertado pela ocasião do evento de alerta poderia ser cumulativo, dadas as disposições da minuta contratual, com aquele que a ser concedido preliminarmente à decretação de caducidade da concessão, não previamente definido em lei. Exemplificou o apontamento da seguinte maneira:

na hipótese em comento (...) a concessionária disporá de um prazo para sanar as falhas, ante a possibilidade de decretação de caducidade (270 dias, por exemplo) e, por outro, também disporá de um prazo de noventa dias para sanar essas mesmas falhas, consubstanciadas em um “evento de alerta”: ou seja, eventualmente terá dois prazos para sanar as mesmas impropriedades. (FONTE?)

A Agência concordou com as ponderações feitas pela unidade técnica, sugerindo prever que “(a) o prazo do período de cura deve ser o mesmo do prazo legal, conferido nos termos do art. 38, §3º da Lei 8.987/1995, e (b) o prazo de período de cura integrará o prazo legal, ou seja, não serão prazos diversos (legal e contratual) devendo ter a mesma data de encerramento.”.

O Relator, então, aderiu à proposta da fiscalização, “no sentido de determinar à ANTT que compatibilize o prazo do período de cura atinente ao acordo tripartite decorrente do art. 27-A da Lei 8.987/1995 com o prazo mencionado no art. 38, §3º da Lei 8.987/1995.”.

4.1.7 Desconto de Usuário Frequente – DUF

É definido como o abatimento tarifário ofertado aos usuários que disponham de cobrança eletrônica e utilizem veículos de categorias específicas (1, 3, 5 e 11), “de acordo com

a quantidade de passagens realizadas em uma mesma praça de pedágio, no mesmo sentido de fluxo e dentro de um mesmo mês calendário”, em percentuais estabelecidos via contrato (Acórdão 4036/2020).

Narra o Relator do Acórdão 4036/2020 (Ministro Vital do Rêgo) que o abatimento “assemelha-se a um subsídio cruzado, na medida em que será reintegrado à tarifa cobrada de usuários não frequentes” e também daqueles que viajem em veículos de outras categorias. “Isso porque a concessionária será compensada anualmente, no âmbito da revisão ordinária, pela perda de receita tarifária líquida decorrente da aplicação desse desconto”.

Para a unidade técnica, há ausência de detalhamento na minuta contratual “sobre o compartilhamento de dados e informações que a concessionária deverá encaminhar à ANTT sobre a diferença de receita tarifária decorrente do desconto de usuário frequente (DUF).”

Sugeriu determinar à ANTT que detalhe “as obrigações exigíveis da contratada em relação à operacionalização do desconto de usuário frequente junto aos sistemas da ANTT, de forma a dar efetividade” ao mecanismo.

Para a Agência, a previsão contratual é suficiente, “podendo ser complementada por meio de regulamentação posterior quanto a procedimentos e rotinas”.

Segundo o Ministro Relator, “a preocupação da unidade técnica é válida, mas entendo ter razão à ANTT. Trata-se de procedimentos operacionais afetos às atividades de fiscalização da agência reguladora que podem ser tratados no âmbito das regulamentações, instrumentos propícios para tais situações.” Por isso, concluiu que a sugestão da fiscalização deve ser “direcionada na forma de recomendação” à Agência.

Ainda quanto ao tema, a Seinfra entendeu “que os diferentes percentuais fixados indicam uma falta de isonomia quando da aplicação do desconto. Por isso, sugere determinar à ANTT que reavalie os percentuais de desconto unitário”.

De acordo com a Autarquia, “os percentuais foram calculados por metodologia própria”. Registrou que “o objetivo do DUF, na prática, é que o usuário que precisa passar por uma praça de pedágio muitas vezes em um mesmo mês tenha um gasto mensal próximo ao que teria caso fosse implantado um sistema de cobrança baseado em distância de percurso.” Concluiu, portanto, que, “quanto menor a extensão da viagem referencial em relação ao trecho de cobertura da praça de pedágio (TCP), maior o percentual de desconto unitário (PDU), pois maior deve ser o desconto para que a tarifa média daquele usuário corresponda mensalmente a um valor próximo do que seria pago por ele, caso a cobrança fosse baseada na extensão percorrida da viagem referencial.”

A Agência esmiuçou a fórmula que utilizou para dar concretude à finalidade do DUF.

O Relator, então, considerou que “a metodologia adotada pela ANTT se enquadra na discricionariedade do regulador, não tendo sido apontado erro na formulação ou no resultado de sua aplicação.”. Pontuou que “a isonomia está garantida para os usuários frequentes de cada praça de pedágio, haja vista que a identificação não foi pessoal, mas por característica da viagem de maior ocorrência de um usuário genérico dentro do trecho de cobertura de cada praça de pedágio.”. Em acréscimo, anotou que “quanto maior a extensão referencial da praça de pedágio, menor o percentual de desconto, o que indica isonomia entre os usuários frequentes da rodovia, no sentido de que paga menos quem menos utiliza o trecho de cobertura da praça de pedágio e vice-versa.” Registrou ser “objetivo que esse usuário pague o valor mais próximo em relação à distância percorrida.”.

Assim, ao avaliar que “tem razão a ANTT”, o Relator “deixou de acolher a determinação sugerida pela unidade instrutora”.

4.1.8 Receitas do Free-Flow

Mecanismo cuja implementação ocorrerá tão somente na região metropolitana de São Paulo (BR-116/SP/RJ – Acórdão 1766/2021), que compreende a construção de pistas expressas e paralelas às demais, destinado aos usuários que optarem pela cobrança automática, isto é, quando dispensadas as cabines de pedágio, com tarifa proporcional a distância percorrida. Para minorar eventuais interferências no trânsito local sobre o fluxo da via expressa, as tarifas do pedágio sem cabine deverão ter valores dinâmicos, relacionados à situação da via quando do ingresso do usuário na rodovia.

A esse respeito, para a unidade técnica, embora os estudos de viabilidade tenham contemplado os custos relativos à implementação do mecanismo, não consideraram as receitas correspondentes no cálculo da tarifa de referência, “tendo a agência definido que parte delas (50%) seria destinada à futura concessionária e enviadas para conta de livre movimentação”.

De acordo com a fiscalização, todavia, “o investimento da concessionária deve ser amortizado pela exploração do serviço e/ou da obra realizados, consoante previsto no art. 2º, inciso III, da Lei 8.987/1995, e as receitas tarifárias devem ser consideradas no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”.

Para a ANTT, excluir as receitas do sistema *free-flow* da definição da tarifa-teto de equilíbrio do modelo econômico-financeiro é “política pública, definida pelo Poder Concedente, decorrente da escolha da solução que entende mais vantajosa para o procedimento licitatório, para a segurança regulatória e para os usuários, procedimento previsto no art. 13 da

Lei 8.987/1995.”.

Aclarou que opção pelo sistema objetivou solucionar problemas de tráfego, ainda que com algum risco, para “evitar discussões sobre reequilíbrio econômico-financeiro, dado o caráter imprevisível das receitas do *free-flow*, sem, contudo, deixar de mitigar eventuais impactos na precificação do ativo.”. De acordo com a ANTT,

a receita direcionada para a conta livre movimentação da concessionária tem como única finalidade a justa remuneração dos custos de implantação dos sistemas e da operação, enquanto a parcela restante é direcionada para a conta de ajuste que recebe os recursos vinculados, cuja finalidade é garantir os mecanismos regulatórios em benefício do usuário e incentivar o esforço comercial do agente privado.

Sobre o tema, o Relator, “acompanhando os lídimos fundamentos do parecer do d. Procurador”, acolheu a manifestação da ANTT em detrimento da proposta efetuada pela fiscalização.

Houve um segundo apontamento relativo à tarifa do sistema de fluxo livre, concernente ao fator de gerenciamento de sua cobrança, também no Acórdão 1766/2021.

De acordo com o voto condutor, a aplicação do fator de gerenciamento à tarifa do sistema *free flow* na Região Metropolitana de São Paulo destina-se a dar dinamicidade ao valor tarifário, “em função do nível de serviço da via expressa, com o objetivo de otimizar a utilização da capacidade do conjunto de vias, expressa e marginal.”.

A esse respeito, a SeinfraRodoviaAviação “propôs determinação de ajuste nos documentos destinados à licitação da concessão, com vistas a harmonizar o EVTEA e a Minuta de Contrato, no que tange à necessária aplicação do Fator de Gerenciamento na cobrança de fluxo livre na RMSP.”.

Segundo a ANTT, há dificuldade de se aplicar o fator na estimativa de receitas, considerado que o comportamento dos usuários “em relação ao aumento de tarifa só será conhecido com o sistema rodoviário em operação, o que (...) reforça a conveniência do desenho regulatório definido para o sistema *free-flow*...”. Ademais, “o usuário só escolherá trafegar na via expressa se a tarifa cobrada for vantajosa (...) À concessionária, é dada a ferramenta de preços flexíveis e dinâmicos, de modo que, racionalmente, caberá a ela a busca por maximizar a ocupação da via expressa afetando o mínimo o seu nível de serviço.”. Requereu, portanto, a exclusão da proposta efetuada pela área técnica.

O Ministério Público junto ao TCU concordou com a exclusão da determinação, sem prejuízo de recomendação, dada sua preocupação com a necessidade de regulação, pela ANTT, da possibilidade de majoração da tarifa. Isso porque, sob sua ótica, é real a tendência de a futura concessionária elevar a cobrança no intuito de maximizar seus resultados.

Dado o contexto, “considerando a imprevisibilidade das receitas oriundas do *free-flow*, o que justificou o desenho regulatório diferenciado”, o Relator do feito afastou a determinação proposta pela Secretaria. Teceu recomendação à Agência, contudo, para que reavaliasse o fator de gerenciamento no intuito de evitar oscilações abruptas de tarifas a serem cobradas dos usuários, “que deverão ter o seu valor majorado em função do nível de serviço da via expressa, com o objetivo de otimizar a utilização da capacidade do conjunto de vias, expressa e marginal.”.

4.1.9 Relator Independente e Organismo de Avaliação de Conformidade – OAC

A figura do Relator Independente aparece nos Acórdãos 4036/2020 e 4037/2020 e é referenciada no 1766/2021. Foi definida pela minuta contratual encaminhada no Acórdão 4036/2020 como “pessoa jurídica contratada e remunerada pela Concessionária para atuar como avaliador independente”, destinada a “aferir o cumprimento do Contrato, cuja prestação de serviço se dá perante a ANTT, conforme cláusulas específicas.”

Suas tarefas englobam o apoio à ANTT, especialmente para “a realização das monitorações, conclusão dos trabalhos iniciais e das obras de ampliação de capacidade e melhorias, certificações previstas no PER e aferição de acréscimo de reequilíbrio e desconto de reequilíbrio”. (Acórdão 4036/2020).

De acordo com a unidade de instrução, sua figura não é compatível com a legislação, propondo determinação à Agência para que suprima a previsão da minuta contratual. A ANTT defende que a previsão deve ser mantida, ainda que com eventuais ajustes. (Acórdão 4036/2020).

Tendo em mira as atribuições da ANTT, o Relator ponderou sobre as possibilidades de fiscalização direta ou indireta acerca das concessões de exploração de infraestrutura. Quanto à fiscalização indireta, destacou permissivo constante da Lei nº 8.666/93, em favor do acompanhamento da execução contratual por representante da Administração, especialmente designado para tanto, “permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes”, de acordo com o art. 67, combinado com o art. 124. Concluiu que a legislação enseja à Agência “contratar e remunerar terceiros para apoiá-la no exercício de sua atividade fiscalizatória”. (Acórdão 4036/2020).

Apesar da possibilidade, e de a Agência já ter efetuado algumas contratações indiretas, nos moldes previstos em lei, aplicadas à verificação, a partir de 2012, de trechos concedidos nas 1ª e 2ª Etapas, a SeinfraRodoviaAviação diz ser comum à Agência utilizar-se “da

sistemática de relatórios de monitoração, que consiste na obrigatoriedade contratual de a concessionária entregar periodicamente as informações requeridas nesses relatórios.” Referida sistemática foi prevista na minuta contratual do trecho BR153/TO/GO, avaliada pelo Acórdão 4036/2020.

Para a unidade técnica, contudo, “a contratação e remuneração do relator independente pela concessionária não garante a independência em relação ao conteúdo de seus pareceres”. Argumentou que, ao instituir a figura, a possibilidade de se estruturar a fiscalização direta pela Agência foi suprimida. Para exemplificar a percepção, a Seinfra anotou “que documentos e laudos associados a essa sistemática e que atestavam a qualidade das rodovias”, relacionados a contratos da 3ª Etapa do PROCROFE, “foram apreendidos em duas operações da Polícia Federal (Cancela Livre e Infinita Highway) e indicaram indícios de fraude nos ensaios de qualidade.” (Acórdão 4036/2020). É que, como anotado no Acórdão 4037/2020, “os dados da parceria privada ganharam uma importância extraordinária, pois, com base neles, a agência decide se a tarifa básica do pedágio deve sofrer, ou não, descontos em razão dos inadimplementos contratuais”.

Ciente das questões relativas ao monitoramento das concessões, a ANTT editou a Portaria 127, de 2019, “com vistas a implementar melhorias no acompanhamento das concessões e eliminar, ou reduzir, riscos de atos lesivos às competências da superintendência responsável pela exploração da infraestrutura rodoviária.”. Dentre as diretrizes gerais está a priorização da “contratação de empresas supervisoras para apoio à superintendência responsável pela fiscalização dos contratos”. (Acórdão 4037/2020).

Consoante relatado no Acórdão 4037/2020, em 2019 a Agência publicou edital de Pregão Eletrônico 14/2019, “destinado à contratação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva para a supervisão dos trechos das rodovias federais outorgados à exploração da iniciativa privada” para aferir a execução adequada dos serviços, “especificamente do cumprimento, pelas concessionárias, dos encargos contidos nas cláusulas do contrato de concessão.”.

No entanto, o ajuste a que se originaria do edital da BR-163/MT/PA e BR-230/PA (Acórdão 4037/2020) não estava incluído dentre os lotes passíveis de fiscalização por força do Pregão 14/2019, levando o Relator a concluir que, “possivelmente como medida mitigadora, a ANTT inseriu, na minuta do contrato de concessão da BR-163/MT/PA e da BR-230/PA, a figura do relator independente”.

De acordo com a Seinfra, a verba anual de fiscalização contida na minuta contratual seria suficiente para que a Agência efetuasse a aferição de desempenho nos moldes registrados

pela avença. A ANTT, por seu turno, rebateu que “seu orçamento sofre recorrentes contingenciamentos, tal como ocorre com os demais órgãos públicos”. (Acórdão 4036/2020).

Relembra o Relator que, “a previsão de verba de fiscalização, existente em todos os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária federal, não assegura que esse valor será integralmente disponibilizado à ANTT ou mesmo qual será o montante”, assistindo razão à Agência sobre “os percalços orçamentários.”. Rememorou, quanto à imparcialidade do contratado, que a Agência noticiou ser claro, na minuta contratual, a vedação a “que o relator independente possua qualquer vínculo com a concessionária ou suas partes relacionadas, servindo ao propósito de garantir independência ao relator para produzir informações que não se confundam com aquelas produzidas pela concessionária.”.

Notou, diferentemente do alegado pela Agência, que a contratação do relator independente “não está vinculada à acreditação no Inmetro”, havendo, não obstante, “a possibilidade de que a qualificação técnica desse avaliador, que deve ser apresentada pela concessionária, ser substituída pela acreditação do Inmetro”. Contudo, “essas regras não garantem a independência do avaliador, tampouco sua isenção. Ele continua contratado e remunerado pela concessionária, dentro de uma relação jurídica privada, sob a qual a ANTT não tem jurisdição, tampouco o TCU.”

O Relator do Acórdão 4037/2020 (Ministro Benjamin Zymler) raciocinou em mesmos moldes:

O relator independente foi pensado especificamente para a realização das monitorações (avaliação dos parâmetros de desempenho da rodovia), para a verificação do cumprimento dos trabalhos iniciais (requisitos para a cobrança de pedágio) e para a aferição dos fatores de reequilíbrio contratual, seja quando ocorre a antecipação dos investimentos (Fator A), seja quando há inadimplemento das obrigações contratuais (Fator D). Ou seja, as conclusões do parecer podem influenciar a avaliação da ANTT quando ao aumento, à manutenção ou à administração da tarifa básica de pedágio.

O caminho vislumbrado pelo Relator da matéria, Ministro Vital do Rego (Acórdão 4036/2020), foi, então, de que a ANTT deveria fiscalizar diretamente os ajustes, seja com apoio de suas unidades regionais ou via convênios de cooperação, nos termos do art. 26, inciso VII da Lei nº 10.233/01.

Mencionou, igualmente, a possibilidade de contratar diretamente os serviços para apoiá-la no âmbito das atividades de sua competência, nos termos do art. 30, parágrafo único da Lei nº 8.987/95, combinado com os artigos 67 e 124 da Lei nº 8.666/93. A reforçar suas percepções, referiu-se ao entendimento externado pela Procuradoria Federal, em favor da relação direta entre a autarquia especial e a figura do relator independente, via contratação para

“prestação específica dessa atividade de monitoração”.

Diante de todo o exposto, acolheu “a sugestão apresentada pela unidade técnica de determinar à ANTT que, previamente à publicação do edital, suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente”. Estabeleceu, ainda, que a Agência “adote medidas necessárias a fiscalizar diretamente o cumprimento dos contratos de rodovias federais concedidas”, contratando ou não “os serviços que considerar necessários para apoiá-la no exercício de atividades de sua competência legal.” (Acórdão 4036/2020).

No acórdão 4037/2020, a conclusão a que chegou o Ministro Benjamin Zymler foi assemelhada, quanto à inviabilidade da figura do relator independente contratado e remunerado pela Concessionária. Também propôs determinar, no intuito de “diminuir a dependência das informações prestadas pela concessionária e pelos terceiros por ela contratados”, que a Agência “adote providências para fiscalizar diretamente o cumprimento das condições do contrato de concessão, seja contratando e remunerando empresas supervisoras para auxiliarem na execução desse acompanhamento, seja por meio de outro mecanismo igualmente idôneo.”

Valendo-se das balizas fixadas à figura do Relator Independente, a análise quanto à previsão do Organismo de Avaliação de Conformidade – OAC, aquele que “executa serviços de avaliação da conformidade e que pode ser objeto de acreditação”, foi empreendida no Acórdão 1766/2021.

A Seinfra propõe sua exclusão da minuta contratual, ou qualquer outra entidade que seja remunerada pela concessionária para aferir parâmetros de desempenho, dada a possibilidade de o agente privado sofrer pressão de quem o remunera em prol da manipulação de informações.

As manifestações da fiscalização e do MPCTCU rememoraram, ainda, decisões do Plenário nos Acórdãos 4036/2020 e 4037/2020, em que determinada a supressão do Relator Independente, sob o argumento de que a motivação para exclusão do OAC é a mesma que levou o Tribunal a consignar as determinações acima indicadas.

Para a ANTT, todavia, suprimir o OAC “pode limitar a expansão do programa de concessões rodoviárias, tendo em vista que a agência não possui recursos humanos e orçamentários suficientes para contratar diretamente os serviços.”, afirmando inexistir óbice à contratação legal nesses moldes. Propõe seja a figura acreditada pelo Inmetro, nos termos do art. 17, §6º da Lei 14.331/2021, defendendo a possibilidade do estabelecimento de regras regulatórias destinadas à redução do conflito de interesses anotado.

De acordo com o Relator, Ministro Walter Alencar, a questão é a “mais sensível e complexa deste processo de acompanhamento”. Isso porque, “se, por um lado, o sucesso das

concessões rodoviárias depende de efetiva fiscalização”, de outro, “é sabido que a agência não detém e, como ela mesma afirma, não tem previsão de obter recursos humanos e orçamentários para exercer, diretamente ou mediante contratação de terceiros, tal importante mister”.

Relembrou de processo em que foi relator, quando do acompanhamento da concessão de serviços de apoio à visitação, turismo ecológico, recreação em contato com a natureza em parques federais, procedida pelo Instituto Chico Mendes, na qual foi considerada regular a utilização da figura do verificador independente para acompanhamento e fiscalização da execução contratual, condicionada à indicação de três empresas aptas a atuar como tal, sendo uma delas escolhida pelo Poder Concedente antes da assinatura do contrato (Acórdão 2.472/2020). E, desejando mitigar eventual conflito de interesses, a minuta contratual consignou que a escolhida poderia atuar como verificadora independente pelo período máximo de 05 anos, sem possibilidade de recontração em período subsequente.

Ponderou, então, não ser viável descartar a possibilidade de serem definidos meios redução de conflitos de interesses também nas concessões rodoviárias, no que se refere à contratação de OAC.

Em conclusão, substituindo as propostas formuladas pela Seinfra e MPC, determinou à ANTT que estabelecesse “mecanismos para redução de conflitos de interesse nas contratações dos OAC”, consignando que

os documentos e pareceres elaborados por esses organismos de avaliação, para serem utilizados nas tomadas de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, devem ser validados pelo órgão técnico do poder concedente, que não está vinculado às conclusões do OAC e responde solidariamente por eventuais irregularidades.

Nesse particular, o voto condutor foi interpelado pela declaração de voto do Ministro Vital do Rego, que corroborou entendimento segundo o qual a figura do Organismo de Avaliação de Conformidade é similar à do relator independente, prevista nas minutas de contrato das BR-153/414/080/GO/TO e BR-163/230/PA/MT, abordadas nos Acórdãos 4036/2020 e 4037/2020. Relembrou que, àquela ocasião, o Plenário da Corte compreendeu ser irregular a previsão da figura do relator independente, determinado à ANTT que suprimisse, em ambas as minutas, respectiva menção.

Para o caso em comento, anotou que, embora a ANTT tenha se comprometido com a não inserção do termo “relator independente” nas minutas, incluiu o OAC em seu lugar, figura que incorre, em seu entender, “em idênticos vícios do relator independente”.

À época em que Relator do Acórdão 4036/2020, reafirmou sua preocupação de que as regras previstas na minuta “não garantem a independência do avaliador, tampouco sua isenção.

Ele continua sendo contratado e remunerado pela concessionária, dentro de uma relação jurídica privada, sobre a qual a ANTT não tem jurisdição, tampouco o TCU”. Como solução à questão, registrou que a Agência deveria fiscalizar diretamente a concessão, mediante apoio de suas unidades regionais, via convênios de cooperação, contratos de concessão de infraestrutura rodoviária.

Ressaltou sua posição quanto ao relator independente, extensível ao Organismo de Avaliação de Conformidade”, no sentido de que a “ANTT deve adotar as medidas necessárias para fiscalizar diretamente o cumprimento dos contratos de rodovias federais concedidas”, contratando, ou não, “os serviços que considerar necessários para apoiá-la no exercício de atividades de sua competência legal”.

Para o caso vertente, o Ministro Vital do Rêgo noticiou o acompanhamento à direção temática dada pelo Ministro Walton Alencar, sugerindo acréscimo na parte dispositiva do subitem 9.1.6 da minuta do acórdão de condicionantes²²³ equivalentes àquelas tratadas no TC-028.116/2020-8 (Acórdão 1769/2021), de relatoria do Ministro Raimundo Carreira, no sentido de que sejam estabelecidos “mecanismos para redução dos conflitos de interesse na contratação do OAC que deverá atuar na concessão objeto desses autos”. A proposta foi incorporada e constou do teor do acórdão. Ou seja, a figura do OAC foi permitida, com condicionantes.

4.1.10 Resolução de controvérsias

4.1.10.1 Mediação e autocomposição

O tema a seguir abordado foi tratado nos Acórdãos 4036/2020 e 4037/2020.

Relembra o Relator do Acórdão 4037/2020 que a lei instituidora da ANTT (Lei

²²³ 9.1.6. adote medidas efetivas, **especialmente as discriminadas a seguir**, para que os documentos e pareceres elaborados pelo OAC para serem utilizados nas tomadas de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, sejam validados pelo órgão técnico do poder concedente, que não deverá estar vinculado às conclusões do OAC e responderá solidariamente por eventuais irregularidades, em atendimento ao disposto no art. 67 c/c o art. 124, da Lei 8.666/1993; no art. 37 da CF/88; nos art. 24, incisos VII e VIII, e 26, inciso VII, inciso VII, da Lei 10.233/2001; nos art. 6º, 25, § 2º, 29 e 30, parágrafo único da Lei 8.987/1995;

9.1.6.1 suprima a denominação “independente”;

9.1.6.2. preveja ampla transparência aos pareceres emitidos pelo OAC, oportunizando às associações de usuários das rodovias concedidas apresentarem contestações, dentro de prazo preestabelecido, por meio de parecer emitido por outro OAC, de maneira a facilitar o acesso às informações relevantes e fortalecer o controle social na concessão rodoviária;

9.1.6.3. estabeleça com clareza as condições de habilitação para atuação como OAC, atentando para o princípio da isonomia e para a obediência a normas de *compliance*;

9.1.6.4. preveja expressamente que eventual comprovação de conluio para atuação fraudulenta do OAC importará em sanções administrativas para a concessionária e para o Organismo, além das possíveis cominações cíveis e penais no âmbito judicial e da comunicação obrigatória à entidade credenciadora.

10.233/01) registrou, dentre as cláusulas essenciais do contrato, regras sobre resolução das controvérsias oriundas da execução e dos ajustes que viria a celebrar, mencionando expressamente as hipóteses de conciliação e arbitragem.

Alguns anos depois, a Lei nº 11.196/05 permitiu o emprego, nos contratos de concessão, “de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao negócio jurídico, incluindo a arbitragem. Dessa forma, passou-se a prever a incidência da lei de arbitragem sobre a relação firmada entre o poder concedente e os parceiros privados.”. De acordo com a Agência Reguladora, “trata-se de medida que minimiza os riscos decorrentes da heterogeneidade do Poder Judiciário e, com isso, tende a atrair investidores em projetos de infraestrutura.”.

Ainda quanto aos permissivos legais, o Relator do feito anotou terem sido editadas, em 2015, as Lei nº 13.129/2015 e 13.140/15, respectivamente responsáveis por “estender expressamente o uso da arbitragem à administração pública direta e indireta de todos os entes federados”, colocando fim à qualquer controvérsia existente até então, bem como instituir “duas outras formas de eliminação de litígios: a mediação, aplicável entre particulares, e a autocomposição, destinada aos casos em que for parte pessoa jurídica de direito público.”.

Segundo consta, no caso concreto, a minuta de edital dos trechos BR-163/MT/PA e BR-230/PA reservou capítulo específico para tratar dos mecanismos de resolução de conflitos.

A fiscalização registrou, em seu relatório, que a minuta contratual apontou “quatro mecanismos de solução de controvérsias, quais sejam: autocomposição de conflitos, mediação, arbitragem e comitê de resolução de conflitos, ou dispute board.”. Nos termos da Lei nº 13.140/15, contudo, a mediação se destina à resolução de controvérsias entre particulares, estando reservada a expressão “autocomposição” para os conflitos da Administração.

De acordo com a unidade técnica, a Resolução ANTT 5.845, de 14/05/2019, responsável por fixar “regras procedimentais para autocomposição e a arbitragem no âmbito da autarquia”, menciona “mediação” quando se propõe a tratar de autocomposição, definindo, também as demais formas de solucionar divergências. Tendo em vista potencial confusão causada pelo emprego equivocado dos termos “mediação e autocomposição”, concluiu que a minuta contratual, em verdade, desejava conter apenas três formas de “soluções de conflitos, quais sejam: autocomposição (que na resolução da ANTT é chamada equivocadamente de “mediação”), arbitragem e comitê de resolução de conflitos (dispute board)”.

Propôs, assim, que “as subcláusulas 38.1.1 e 38.1.2 devem receber ajustes para suprimir o termo mediação, utilizado de forma inapropriada, consoante art. 1º da lei 13.140/15.”. A proposta foi acolhida pelo Relator Benjamin Zymler, além de anuída pela

Agência.

Registra-se, em adendo, que no Acórdão 4036/2020, a minuta contratual dos trechos BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO consigna adequadamente os três mecanismos: autocomposição, arbitragem e comitê de resolução de conflitos.

4.1.10.2 Abrangência dos mecanismos de resolução de controvérsias

Prossegue o Relator, quanto ao tema, tangenciando a abrangência dos mecanismos de resolução conflitual, que depende do que “se entende por direitos patrimoniais disponíveis e, especialmente, para a autocomposição, da compreensão do que viriam a ser direitos patrimoniais indisponíveis que admitam transação.”.

Relembra que a Lei nº 13.448/17, no §4º do art. 31, prevê como controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis “as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão e o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.”. (Acórdão 4037/2020).

“Em 2019, a Resolução ANTT 5.845 acrescentou ao rol de direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias advindas da execução de garantias”. Posteriormente à edição da Resolução da Agência, o Decreto 10.025/2019, que regulamentou a Lei nº 13.448/17, reforçou o rol outrora assegurado pela Lei nº 13.448/17” (Acórdão 4036/2020).

Na análise em comento, as minutas avaliadas pelos Acórdãos 4036/2020 e 4037/2020 previram como direitos patrimoniais disponíveis, para além das “penalidades contratuais (e seu cálculo) e as controvérsias advindas da execução das garantias.”.

Para a unidade de fiscalização, contudo, “a agência deveria excluir a referência a ‘controvérsias advindas da execução de garantias’, pois tal hipótese não teria sido abarcada por outra norma ainda mais recente”, o Decreto 10.025/2019, editado pelo Presidente, que regulamenta a Lei 13.448/2017.

Sobre o ponto, para o Relator do Acórdão 4036/2020, não assiste razão à Agência. “Nada impede que a Resolução ANTT 5.845/2019 apresente definição de controvérsia de direitos patrimoniais disponíveis, desde que não extrapole as hipóteses previstas no Decreto 10.025/2019 e na Lei 13.448/2017.” “Também não há dúvidas de que é exaustivo o rol de direito patrimoniais disponíveis da lei 13.448/2017 e do Decreto 10.025/2019.”.

Assim, dado o panorama, o Relator do Acórdão 4037/2020, Ministro Benjamin Zymler, determinou à Agência “que exclua, da definição dos direitos patrimoniais disponíveis

sujeitos aos mecanismos de solução de controvérsias contidas na minuta contratual, a referência a ‘controvérsias advindas da execução de garantias’”, já que a hipótese não possui lastro no Decreto supracitado. O Ministro Vital do Rêgo, em posicionamento convergente, determinou à Agência “a adoção de medidas necessárias para que, na minuta contratual (...), o mecanismo de arbitragem seja empregado para solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis restritos ao rol previsto na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019.”

4.1.10.3 Autocomposição e sigilo

Continua o Relator mencionando que a Resolução ANTT 5.845/2019, “ao disciplinar as regras procedimentais para autocomposição, previu que o processo seria considerado sigiloso desde o pedido”, baseando-se na proteção “de terceiros de toda e qualquer informação.”. Todavia, registra que o fundamento invocado “no regulamento da agência (art. 30 da Lei 13.140/15) destina-se a tratar do procedimento de mediação, forma de solução de conflitos entre particulares.”, sendo a prescrição comum e lícita à seara privada “que agentes estipulem a confidencialidade nas suas relações jurídicas.”.

Sopesou, todavia, que o entendimento não deve ser aplicado ao Poder Público, pois, “além de estar situada topologicamente em outro capítulo da Lei 13.140/2015, não se confundindo com a mediação, a autocomposição nada mais é do que um procedimento administrativo e, como tal, está sujeita aos princípios da administração pública” constantes do art. 37 da Constituição, a exemplo do da publicidade. Por isso, acolheu proposta de determinação para que a Agência “preveja expressamente na minuta de contrato tal dever nos relacionados à autocomposição de conflitos, haja vista os princípios que norteiam as ações da Administração Pública.”.

A questão foi igualmente abordada pelo Acórdão 4036/2020, com propostas de determinação da unidade técnica para que a Agência “preveja expressamente na minuta do contrato o dever de publicidade dos atos relacionados à autocomposição” e “altere a redação do parágrafo único do art. 8º disposto na Resolução ANTT 5.845/2019, a fim de que o mandamento exposto na Lei 13.460/2017 (e reproduzido na Resolução ANTT 5.845/2019) se harmonize com os princípios que norteiam a Administração Pública”, a exemplo da transparência e da lei do usuário de serviços públicos. Naqueles autos (Acórdão 4036/2020), o Ministro Relator (Vital do Rêgo) acolheu a primeira determinação, também endossada pela Agência, e endereçou a segunda proposta ao campo das recomendações, em concordância com a Agência, “por considerar que a forma adequada de atingir o objeto almejado [assegurar a publicidade no

âmbito daquele normativo emitido pela ANTT] é via recomendação.”.

4.1.10.4 Comitê de resolução de controvérsias – *Dispute Board*

Por fim, foram abordadas questões relativas ao *dispute board*, “muito utilizado em contratos complexos de média ou de longa duração.”. Nos termos da minuta contratual, a adoção do mecanismo é facultativa, tendo sido projetado pela Agência para auxiliá-la na tomada de decisões relativas a questões de natureza eminentemente técnicas, em razão de “situações concretas excepcionais e complexas.”.

Esclarece o Relator que seu “escopo de atuação é restrito, se comparado com a abrangência da arbitragem e da autocomposição, e seus pronunciamentos são recomendatórios, ou seja, não vinculam a agência. Nesse ponto, aproxima-se muito do que se conhece internacionalmente por **dispute review board**.”.

A não ser por disposição em sentido contrário, “é composto por três membros, sendo um indicado pela autarquia, outro pela concessionária e um terceiro nomeado pelos dois membros designados pelas partes.”. O **dispute board** destina-se à prevenção e à resolução de conflitos, “sendo composto por profissionais qualificados e independentes.”. Normalmente, “é constituído no início do contrato para permitir um efetivo acompanhamento da execução do ajuste, tanto é que uma de suas vantagens, ao menos reconhecida na literatura, é a rapidez de seus pronunciamentos.”. No caso da minuta contratual da BR-163/MT/PA (Acórdão 4037/2020), a opção efetuada foi de sua instauração ser **ad hoc**, “provavelmente para não impactar significativamente o fluxo de caixa do projeto.”.

A seu respeito, a fiscalização anotou a ausência de previsão legal em Diploma específico, não tendo sido, igualmente, regulamentado pela Agência, diferentemente das outras duas modalidades de resolução conflitual (arbitragem e autocomposição). Por isso, entendeu que a omissão da Agência na regulamentação de um mecanismo previsto em contrato “pode induzir inexecução contratual ou questionamentos judiciais ou arbitrais por parte da concessionária, o que pode macular toda a execução contratual.”, já que não fixadas definições essenciais, a exemplo da experiência “exigida dos membros do comitê”, dentre outras.

Propôs, então, que a sistemática do *dispute board* só deverá ser utilizada “após regulamentação, uma vez que carece de detalhamento, conforme observou a procuradoria da ANTT”. Em linhas gerais, a Procuradoria da agência ressaltou que, apesar do caráter facultativo e recomendatório, o mecanismo deve ser “reservado a situações concretas excepcionais e complexas, não extrapolando a competência da autarquia, e destaca também a importância de

regulamentar tal mecanismo de forma a prever o rito e condições de aplicabilidade”.

A unidade técnica acrescenta, ademais, que o mecanismo pode não propiciar a agilidade desejada, já que “além de todo o tempo necessário à compreensão das complexidades específicas da concessão (...), o comitê será instituído de forma ad hoc, ou seja, somente quando houver problema (situação concreta excepcional e complexa)” para que, somente depois, possam se familiarizar as nuances das questões a serem resolvidas.

A fiscalização, então, propôs a exclusão do *dispute board* como mecanismo de resolução de conflitos, “consoante o disposto no art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/95 e no art. 37 da Constituição Federal.”.

A ANTT discordou da proposta endereçada pela unidade técnica. Afirmou a inexistência de descumprimento legal. Ao contrário, em verdade, a previsão encontraria respaldo no art. 23-A da Lei nº 8.987/95 e no Código de Processo Civil (art. 190). Arrazoou, ainda, que o mecanismo foi utilizado em demais projetos, “a exemplo da prorrogação antecipada da concessão da Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM), recentemente aprovada pelo Tribunal no Acórdão 1.947/2020-Plenário”.

Relativamente à contenda, o Ministro Relator manifestou preocupação “quanto à ausência de regulamentação de questões essenciais ao seu funcionamento, como a experiência a ser exigida dos membros do comitê, o procedimento interno da Agência e a definição das situações concretas excepcionais e complexas.”. Avaliou que, embora os procedimentos de instauração do Comitê devam ser “estabelecidos em comum acordo entre as partes”, entende que a matéria “merece um tratamento uniforme para todos os casos, sob pena de se promoverem indesejáveis diferenciações e questionamentos administrativos e judiciais intermináveis.”. Lembrou que a Agência já estabeleceu as “condições de contornos” dos institutos de arbitragem e autocomposição, “ou seja, considerou insuficiente o vago art. 23-A da Lei 8.987/1995.”.

Ante todo o exposto, o Relator propôs determinar à Agência que a inclusão de recurso ao **dispute board** somente ocorra “após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão desta não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária.”.

4.1.11 Questões concernentes à extinção contratual

4.1.11.1 Extinção amigável e relicitação

No Acórdão 1096/2019, que analisa a documentação prévia à concessão da BR-364/365/MG/GO, a fiscalização fez menção ao procedimento de relicitação e à possibilidade

de extinção amigável do contrato proveniente da Lei nº 13.448/2017 – que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos.

Para a SeinfraRodoviaAviação, “do ponto de vista econômico-financeiro, essas inovações podem incentivar a concessionária a não levar o contrato até o seu termo, sobretudo porque existe uma concentração de investimentos previstos para serem realizados ao final do contrato (24º e 25º ano)”. A modelagem contratual não teria se harmonizado às inovações da Lei nº 13.448/2017 por ter deixado de estabelecer: “(i) um cronograma de investimentos que desincentivasse a rescisão amigável previamente à realização dos principais investimentos; (ii) a inclusão na minuta contratual da hipótese de rescisão amigável e, conseqüentemente, a definição de regras para indenização dos bens reversíveis vinculados à concessão.”.

À ANTT foi sugerido, então, que fossem incluídas na minuta contratual a) a possibilidade de extinção amigável do contrato, nos termos da Lei nº 13.448/2017; b) a indicação de “normativo que deverá ser observado para o cálculo das indenizações pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato” e não amortizados e c) a promoção de ajustes à minuta para que sejam aferidos os valores de indenização de modo fidedigno.

O Titular da subunidade não concordou com o direcionamento proposto à matéria pela unidade fiscalizadora. Em seu entender, ainda não havia “maturidade adequada sobre o novo instituto da relicitação, bem como trabalhos de fiscalização concluídos sobre o tema.”.

Para o auditor Titular, tendo em vista a exposição de motivos da lei, “a norma tinha como objetivo reparar problemas e desafios históricos em importantes setores da infraestrutura, buscando a viabilização imediata de novos investimentos” quando “a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável.”. Por isso, utilizar-se da extinção amigável “associado a um processo de relicitação em um contrato de parceria iniciado após a vigência de referida lei, que fora motivada pela situação emergencial de contratos vigentes” seria controvertido.

O representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas corroborou as ponderações do Titular da subunidade, em favor da supressão das determinações propostas pela unidade técnica.

Por seu turno, a ANTT não apresentou resistência à inclusão da devolução amigável para fins de relicitação dentre as hipóteses de extinção de ajuste consignadas na minuta contratual. A respeito do cálculo das indenizações potenciais, noticiou desenvolvimento de normativo próprio, relacionado “à precificação de bens reversíveis, cujos estudos foram apoiados por consultoria especializada. A minuta estaria em elaboração e a audiência pública em vias de ser iniciada.”. Para a Agência, “a minuta contratual não deveria detalhar os

elementos de como será feita a precificação, pois isso será feito na seara regulatória. Desse modo, o ajuste traria apenas das diretrizes sobre a indenização, como feito em relação às demais hipóteses de extinção.”.

O Relator do feito, Ministro Bruno Dantas, corroborou posição majoritária quanto à desnecessidade de incorporação, neste ajuste, “da hipótese de rescisão amigável trazida pela Lei 13.448/2017”. Ponderou existirem “dúvidas sobre a validade de aplicação dessas inovações aos novos contratos, que não padecem das situações emergenciais que justificaram a edição da norma.”. Diante do cenário, concluiu não ser “recomendável a inclusão da novel hipótese de extinção do contrato antes da sua regulamentação e, principalmente, antes de o Poder Concedente sequer testar a sua aplicação nos específicos casos concretos para os quais o instituto foi criado.”.

4.2 Considerações a respeito dos achados qualitativos de pesquisa e o referencial teórico proposto por esta dissertação

O principal achado de pesquisa qualitativa refere-se ao exercício de um controle externo heterogêneo e confuso quanto a suas métricas de julgamento, que não bem harmoniza, no mais das vezes, o discurso que a se propõe e a solução que dá ao caso concreto, com chances de exame de mérito substitutivo ao desfecho proposto pelo administrador. O segundo deles, com efeitos colaterais ao primeiro, vincula-se à atuação das agências reguladoras na defesa das escolhas que realiza e submete à apreciação da Cortes de Contas, no bojo do processo de controle. Serão apresentados na sequência.

A pesquisa evidenciou que o Tribunal de Contas da União examina indistintamente os atos elaborados pela ANTT, independentemente de sua natureza e fase em que se encontram. Isto é, sejam discricionários ou vinculados, o Tribunal os verificará e acerca deles emitirá algum tipo de juízo, seja para modificá-los, a eles anuir, mesmo que tacitamente, ou validar. Por isso, as divisórias entre vinculação e discricionariedade para fins de controle externo foram há muito cruzadas pelo TCU.

No que se refere aos atos discricionários, percebeu-se que a análise não recebe tratamento uniforme por parte do colegiado do TCU, estando a abordagem relativa à forma de controlar a discricionariedade do gestor atrelada às percepções individualizadas dos julgadores. Vale destacar que, dos 07 acórdãos, 02 teceram considerações expressas a respeito da forma como o Tribunal se propõe a avaliar os atos discricionários da administração, indicando, ao menos expressamente, postura favorável à manutenção de margem política da tomada de

decisão da Agência – os Acórdãos 1174/2018 e 4037/2020.

No primeiro deles (Acórdão 1174/2018), o Ministro Bruno Dantas foi instado a enfrentar preliminar arguida pela Agência quanto ao fato de que a unidade técnica, ao esmiuçar os documentos que lhe foram enviados, teria alargado significativamente o escopo do exame, “em uma clara invasão do espaço de discricionariedade que a lei conferiu ao ente regulador” por abordar “elementos estruturantes da política pública setorial relativos à modelagem jurídica e econômica do contrato de concessão”.

Para a ANTT, a pretensão da fiscalização “teria sido a alteração do modelo regulatório e das regras contratuais, para que prevalecesse a sua concepção de melhor regulação contratual, imiscuindo-se em matéria regulatória da Agência, usurpando a competência do gestor público.”. Ainda de acordo com a Autarquia, “a SeinfraRodoviaAviação não teria demonstrado a violação de normas legais pela agência reguladora, limitando-se a fazer referências abstratas a princípios jurídicos gerais.”.

Ainda no voto condutor do Acórdão 1174/2018, o Relator não verificou o “alargamento do escopo do exame de uma fiscalização dessa natureza ou a invasão do espaço de discricionariedade do regulador e do Poder Concedente.” Ponderou que, “Enquanto a IN-TCU 46/2004 determina o conjunto de documentos a serem remetidos ao Tribunal *in casu*, cabe à secretaria especializada definir o escopo de análise.”. Segundo anotou, no caso concreto, “o presente acompanhamento cumpre o seu objetivo de identificar riscos e propor melhorias, visando tão somente aperfeiçoar o processo regulatório.”.

No que concerne à invasão ao espaço discricionário do gestor, o Ministro Bruno Dantas pontuou que as propostas de determinações foram realizadas de “modo aberto, com vistas a mitigar os riscos identificados, evitando-se a fixação de soluções predeterminadas, procurando justamente preservar o espaço de discricionariedade do regulador/formulador na proposição de medidas que entender adequadas ao tratamento das impropriedades”.

Quanto à queixa de que a unidade técnica não teria evidenciado infração à norma legal, efetuando apontamentos baseados em princípios jurídicos gerais e a referências abstratas, o relator concluiu, apoiado pelas considerações realizadas pelo MPTCU, que

A natureza do processo regulatório de concessão, pelo fato de estar baseado em normas abertas, conduz a um maior grau de discricionariedade das suas decisões. Por via reflexa, a análise desses atos exige do controle uma avaliação não apenas de sua estrita observância às leis, uma vez que são formadas propositalmente de conceitos abertos, mas também aos princípios norteadores da administração pública, a sua coerência com os objetivos das políticas públicas e até mesmo com os resultados de experiências anteriores passíveis de comparação. Por essa razão, tanto maior o espaço de discricionariedade do gestor e do regulador, na mesma medida ele deverá estar acompanhado de maior rigor na fundamentação e motivação técnicas destes atos.

Trata-se de um poder-dever.

A suposta ausência de demonstração de violação às normas legais também está relacionada à própria natureza destes atos, qual seja o controle prévio de um processo concessório. Os atos aqui examinados ainda não possuem eficácia plena, pois não percorreram todo o processo de formação. Logo, não há que falar em irregularidade propriamente dita. O que se está a fazer é identificar riscos e corrigir desvios, com vistas a aperfeiçoar os atos e contratos que se originarão da concessão.

Conforme já destaquei, os riscos apontados residem exatamente nas situações em que a legislação é omissa e os mecanismos atualmente postos, seja em contrato ou editais, têm se mostrado insatisfatórios em assegurar a execução a contento das avenças. Logo, é válido invocar os princípios de direito para buscar a solução mais consentânea com o interesse público.

No Acórdão 4037/2020, sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler, o voto condutor registrou que a análise da unidade técnica esteve destinada, em síntese, a “ampliar as chances de sucesso do certame e mitigar os riscos associados à inexecução de investimentos.” A despeito disso, lembrou que tais objetivos devem ser desempenhados nos exatos limites da competência desta Corte, “isto é, as determinações para adoção de medidas corretivas só podem ser exaradas quando se identificar a prática dos atos irregulares que caracterizem a violação a normas legais ou infralegais; as recomendações, por sua vez, são utilizadas quando se verificam oportunidades de melhoria de desempenho”.

Continua o Ministro ao aduzir que as medidas propostas devem ser efetuadas com parcimônia, “sob pena de, substituindo-se ao regulador, adentrar-se em atos práticos no exercício das competências discricionárias daqueles entes.” Rememorou que uma das “características fundamentais das agências é exatamente a liberdade para fazer escolhas lícitas, com as quais o TCU pode ou não concordar, mas deve sempre respeitar.”

Segundo consignado, “caso este Tribunal decida intervir quando entender que a opção discricionária adotada pela agência não foi a melhor, ele estará se imiscuindo na esfera de atribuições dos dirigentes dessa entidade e, pior, incrementará a insegurança jurídica. Logo, provocará um efeito oposto ao desejado.” Em arremate, concluiu que o Tribunal, no exercício de um controle objetivo, “deve pautar sua atuação pela observância dos limites da discricionariedade dos entes reguladores, devendo atuar apenas quando houver descumprimento de normas, abstendo-se, por outro lado, de sugerir alterações quando se tratar de escolhas lícitas.”

Ao longo de seu voto, o Ministro registrou que as propostas efetuadas pela unidade técnica que invadiam a esfera discricionária do Poder Concedente seriam modificadas ou suprimidas. É de se notar que o Acórdão 4037/2020 evidenciou controle forte pelo Tribunal, tendo em vista a preponderância de não manutenção das primeiras escolhas administrativas.

As ponderações noticiadas implicam três percepções. A primeira delas relaciona-se ao

reconhecimento pelo Tribunal acerca da vastidão do controle incidente ao objeto controlado, que se convencionou chamar, nos julgados, de modelagem jurídica da concessão, como reflexo de uma legística caracterizada por conceitos abertos, produtora de muitos diplomas com maiores graus de discricionariedade.

A segunda concerne especificamente, a despeito da ampla incidência do controle, à afirmação de um discurso favorável à preservação das opções realizadas pelo gestor, consubstanciada no fato de o Tribunal, ao analisar a matéria, ter efetuado determinações “de modo aberto”, evitando “a fixação de soluções predeterminadas, procurando justamente preservar o espaço de discricionariedade do regulador”. Todavia, o fato de as determinações serem abertas não garante que, ao avaliar o tema, o julgador tenha respeitado a opção do gestor.

Por fim, a terceira delas vincula-se à seguinte sistemática: em sendo a legislação omissa e os mecanismos postos insatisfatórios para assegurar a execução das avenças, é possível que os princípios de direito sejam invocados para buscar solução mais consentânea à produção do resultado esperado. Logo, apesar de, em alguns casos, o TCU não dizer qual é a decisão que o gestor deve tomar, afirma que a opção consumada não é a melhor para atingimento do interesse público, conclusão a que chega pela identificação de potenciais riscos a obstar a persecução do fim pretendido, bem como pela avaliação de experiências pretéritas nessa seara, cujo acompanhamento da execução contratual noticia o insucesso de determinadas opções.

Ou seja, parece haver a admissão de que o controle pode extrapolar a aferição da legalidade ou juridicidade das opções efetuadas, desempenhado em prol da consecução dos resultados esperados, cujo balizador, em muitas ocasiões, é dado pelo controlador. Desta forma, apesar de as determinações serem abertas, propiciando a sensação de respeito à esfera discricionária do gestor, partem da premissa de que não alcançarão determinado resultado, que, no caso dos autos, nem sempre é definido pelo administrador.

Os demais votos verificados não necessariamente abordaram a temática como uma questão controvertida ou passível de esclarecimentos preliminares. Em certa medida, mencionam a discricionariedade, quando assim requerido, ao julgar individualmente cada proposta de determinação formulada pela fiscalização. Com isso, pode-se dizer que a falta de consenso decisório a respeito das balizadas do controle prejudica a uniformidade da decisão proferida e causa insegurança aos gestores.

Como já mencionado, depois da Constituição de 1988, a teoria da imunidade do mérito do ato administrativo foi sendo mitigada em favor da conformação da atividade decisória da Administração ao direito como um todo. Apesar disso, formalmente, ainda é muito presente no discurso jurisdicional, produzindo contrassensos decisórios, eis que, não obstante invocada, não

é necessariamente aplicada. E, quando deliberadamente não aplicada, a decisão não se socorre de parâmetros decisórios predefinidos.

O exame dos acórdãos mostra cenários distintos, originários da avaliação de um mesmo colegiado, em uma mesma fase das concessões de rodovias federais, em um período de aproximadamente 04 anos.

Em muitas oportunidades, o controlador avalia o teor decisório e, por concordar com a motivação apresentada ou discordar da unidade técnica, deixa de tecer qualquer determinação, entendendo que assim preservou a esfera política de escolha do administrador. Nesses casos, o julgador “para no meio do caminho”, nem sempre validando a opção realizada, fundamentando sua conduta no respeito à discricionariedade do gestor, pois o resultado prático foi a manutenção da decisão primeira. Nesses casos, o exame se dá. O que nem sempre acontece, todavia, é um provimento jurisdicional expresso que ateste a regularidade da conduta escolhida. As situações de deferência, de modo geral, encaixam-se nessa sistemática, citando-se como exemplo Desconto de Usuário Frequente – DUF.

A segunda sorte de ocorrências concerne às situações em que o julgador não concorda com o desfecho proposto pela Agência, determinando solução diversa, substituindo a opção formulada pela Agência, não expressando, todavia, consciência de que adentra no juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Foram classificadas como hipótese de não deferência. Tem como exemplo a determinação, posteriormente revista, para adoção de índices contábeis dentre as exigências para aferição de qualificação econômico-financeira, apesar de a lei não apresentar obrigatoriedade em tal direção e a Agência ter optado por outros mecanismos de aferição da capacidade em comento. Esse é um caso de não deferência e ingerência, eis que não apurada nenhuma ilegalidade na conduta da ANTT.

Em um terceiro caso, o controlador, após avaliar o mérito do ato em questão, não concorda com a previsão na íntegra, propondo comando corretivo mais aberto, mantendo parcialmente a proposta realizada. É exemplo a previsão do comitê de resolução de controvérsias ou *dispute board*. Embora a fiscalização tenha proposto a exclusão por ausência de regulamentação, o Relator do feito determinou sua inserção condicionada à regulamentação do mecanismo, no intuito de evitar “questionamentos administrativos e judiciais intermináveis”. Na classificação proposta, a determinação foi inserida dentre as parcialmente deferentes e parece não deva ser classificada como ingerente. Causa estranheza que um mecanismo de resolução de controvérsias complexas não seja normativamente regulamentado pela Administração a ponto de lhe gerar controvérsias administrativas e/ou judiciais de relevo. Nesse caso, a opção por inclui-la na minuta contratual, conforme efetuada, parece ter sido

decorrente de uma ponderação equivocada ou incompleta a respeito da finalidade do mecanismo pela Agência.

Em acréscimo ao panorama, é importante mencionar a adesão voluntária da Agência a várias determinações propostas pelo Tribunal antes mesmo de emitido o acórdão. Dentre as situações que produzem as classificações “não deferente”, chama atenção a concordância da Agência em relação ao apontamento fiscalizatório. Isto é, muitas vezes a própria ANTT entendeu adequada a intervenção da unidade técnica naquele particular, anuindo às propostas formuladas. Os casos de inclusão de novos investimentos e prorrogação contratual de prazos são relevantes a essa análise.

Os mecanismos contratuais responsáveis pela prorrogação da avença e inclusão de investimentos não pareciam conter, isoladamente, qualquer irregularidade ou ilegalidade passível de repreensão. Não obstante, postos em um cenário em que são responsáveis por aditamentos de alto valor, aumentos tarifários correlatos, em um contexto de grandes inexecuções de obras, permitem que haja dúvida quanto à adequação da conduta administrativa.

É curioso pensar que a Administração, considerando o panorama que já vinha se apresentando no acompanhamento da execução dos contratos da 3ª fase, não tenha, ao elaborar a modelagem para os contratos da 4ª Etapa, levado em consideração suas experiências prévias na confecção das minutas e pensado, de antemão, como minorar as ineficiências regulatórias advindas de exercícios pretéritos.

O que se quer dizer é que, na formação do processo administrativo para outorga das novas concessões, parece ter havido valoração insuficiente dos fatos e, com isso, as primeiras propostas jurídicas não apresentaram, por óbvio, mecanismos capazes de mitigar ou excluir os efeitos negativos das lacunas contratuais inseridas em avenças anteriores. Desta forma, é possível que a atuação do Tribunal não tenha sido ingerente, eis que o processo de tomada de decisão discricionária da Administração deixou de considerar, *a priori*, elementos imprescindíveis ao desenho da modelagem contratual.

Nesse particular, há abertura para investigação relacionada a quanto do controle desempenhado pelo TCU em relação às Agências Reguladoras refere-se à qualidade insuficiente da tomada²²⁴ de decisão das autarquias especiais, tratando-se de um controle forte,

²²⁴ A respeito da atuação do TCU em relação à atuação das agências, vale a consulta de estudo empírico correlacionando a reputação institucional das Agências Reguladoras e a preferência do TCU pela adoção das interpretações técnicas de suas unidades técnicas, evidenciando, de certa maneira, ingerência do Tribunal nas decisões adotadas pelas autarquias especiais. MARQUES NETO, F. de A.; PALMA, J. B. de; REHEM, D.; MERLOTTO, N.; GABRIEL, Y. Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 2, p. 37–70, 2019.

é verdade, todavia não exclusivamente ingerente.

Por fim, vale aclarar que as ponderações acima realizadas não foram feitas em tom de certeza e para isso há motivo. No mais das vezes, a forma contraditória com que o Tribunal trata o controle que faz da discricionariedade dos atos praticados pela Agência não lhe permite seguir parâmetros condutores da decisão que expede. Como consequência, a fundamentação também deixa de indicar os caminhos percorridos para que se chegue ao resultado proposto. O que se consegue afirmar, com toda certeza, é o sopesamento realizado das razões apresentadas pela Agência em função dos apontamentos da unidade técnica, de onde se tenta extrair um determinado racional decisório, como feito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muitos anos, por meio de instruções normativas, o TCU deu azo à ampla verificação das opções administrativas efetuadas pela Agência Reguladora, no bojo do procedimento administrativo preparatório, isto é, prévio e interno, cujas conclusões tendem a embasar as modelagens econômica, financeira, jurídica e ambiental das concessões licitáveis, das quais apenas a vertente jurídica foi objeto de análise nesta dissertação.

Esse lugar – isto é, o controle prévio e/ou concomitante da fase preparatória – antigamente não muito publicizado e pouco tangenciado pela legislação ganhou especial atenção da Nova Lei de Licitações e Contratos (art. 169 da Lei nº 14.133/21). Cabe pontuar que, pelo aspecto legal, o controle realizado nos moldes do art. 113, §2º da Lei nº 8.666/93, embora igualmente antecedente, era condicionado à publicação dos editais e realizado anteriormente à data de recebimento das propostas, ou seja, quando o procedimento licitatório externo já havia se iniciado.

Deste modo, acredita-se que o controle preventivo às contratações públicas, inclusive pelos Tribunais de Contas, não mais se trate de controvérsia. A bem da verdade, feita a interpretação do art. 113, §2º da Lei nº 8.666/93 à luz de um conceito mais amplo de legalidade, a questão nem teria sido por tanto tempo debatida. O art. 113, §2º nunca proibiu o controle externo à fase interna da licitação. Era, de fato, uma interpretação “a despeito da lei”, mas não contra lei, o que não lhe dava a benesse da ausência de críticas e, ademais, não era mesmo a interpretação mais corrente do dispositivo legal.

A discussão doutrinária relativa à incompetência do TCU para realizar controle preventivo na fase interna da licitação, então, teria perdido seu maior limitador objetivo nesta seara, remanescendo a ampla possibilidade fiscalizatória sob as vertentes contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, norteadas pelos parâmetros da economicidade, legitimidade e legalidade, essa última compreendida em sua acepção mais ampla (arts. 70 e 71 da Constituição Federal).

Assim, a definição de fronteiras mais rígidas, impostas externamente ao órgão, ficou mais difícil, tendo em vista as variadas hipóteses de fiscalização e os parâmetros de controle conceitualmente fluidos. Curiosamente, a esse respeito, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, decidiu não intervir global e definitivamente em prol de restrições às interpretações que a Corte de Contas efetua de suas atribuições. Tal percepção, alinhada à volumosa atividade operacional da Administração que, de uma forma ou outra, sempre acarreta consequências financeira, orçamentária e patrimonial, realmente produziu um cenário de

controle externo à Administração bastante intenso. E a questão que se impõe quanto à intensidade do controle diz com os perigos reais de as decisões do controlador se substituírem àquelas adotadas pela Administração Pública, dada a ausência de parâmetros, ou de limitadores, a guiar a atividade decisória.

Até bem recentemente, a ausência de parâmetros objetivos à atividade controladora externa à Administração se socorria à intangibilidade do mérito do ato administrativo, e por consequência às noções de vinculação e discricionariedade, no intuito de preservar as opções administrativas decorrentes de comandos legislativos que não ofertavam caminho único e certo à resolução de questões.

Todavia, a intensificação da produção legislativa com o adensamento de conceitos e diretrizes cada vez menos singulares e predefinidos, acompanhada do espraiamento dos ditames constitucionais às diversas searas do direito – fatores que potencializam o socorro ao acesso à justiça, eis que as decisões tomadas não atendem uniformemente à coletividade – ensejaram a erosão daquilo que se convencionou identificar como mérito do ato administrativo.

Então, ao caldeirão do exercício do controle externo, já temperado pela amplitude, foi adicionado ingrediente relativo à ausência de novas balizas ao desempenho das atividades, já que as antigas não mais atendiam às necessidades contemporâneas.

É nesse momento que os potenciais caminhos resolutivos da atualidade encontram bifurcação. De um lado, agrupam-se entendimentos que admitem o controle dos atos administrativos independentemente de sua natureza. Buscam, para tanto, traçar balizadores à atuação controladora para evitar danos à legitimidade democrática das instituições. De outro, estão aqueles que mantêm, em maior ou menor grau, a noção de intangibilidade de certas decisões administrativas pela óptica da deferência, numa espécie de revisitação da teoria do mérito administrativo, com adequação às diretrizes da Constituição de 1988.

Esta dissertação filiou-se ao primeiro grupo, isto é, partiu do entendimento que o controle da atividade decisória da Administração Pública não deve encontrar limitadores a sua avaliação por órgãos jurisdicionais. Como consequência, a atividade decisória precisa se valer de parâmetros que se destinem a guiá-la, a fim de que a capacidade de efetuar o juízo de conveniência e oportunidade do administrador se mantenha. Isso porque, de modo abstrato, efetuar o controle não deveria ser sinônimo de substituir o teor das decisões pelo controlador, mas sim de examinar sua conformidade com o ordenamento jurídico.

Partindo desse pressuposto, a pesquisa se fez empírica em favor do mapeamento da intensidade da atividade decisória do TCU, no âmbito dos exames prévios de edital não publicados das concessões rodoviárias federais. Tendo em vista a amplitude do controle

efetuado pelo Tribunal, materializada pela determinação de envio e avaliação dos documentos que embasam às modelagens, buscou avaliar o nível de manutenção das primeiras decisões tomadas pela Administração, observando de que forma isso ocorreu, isto é, se havia uma lógica decisória na atividade realizada.

A conclusão foi de que o Tribunal desempenha controle forte à Administração, determinando modificações às suas decisões originais, o que não necessariamente significa um controle ingerente, isto é, substituidor da conclusão administrativa. A racionalidade decisória é existente, não obstante decorra tão somente do sopesamento dos argumentos da Agência em relação ao apontamento de fiscalização, com resultado atrelado à manutenção ou não da opção originalmente elaborada. A análise, contudo, não é claramente guiada por diretrizes pré-determinadas.

A bem da verdade, a pesquisa demonstrou não haver uma uniformidade na posição institucional do TCU relacionada à sindicabilidade do mérito do ato discricionário, o que realmente produz insegurança jurídica acerca da atividade decisória do controlador. O que se tenciona dizer é que, apesar de o órgão se valer, em algumas oportunidades, da ideia de preservação do mérito, realiza um controle amplíssimo das atividades da Administração e, ao fim do dia, vale-se da imunidade para manter as opções com as quais concorda. Outras vezes, as revisa em favor da manutenção de sua própria conclusão concernente ao tema, ou porque a solução jurídica proposta não encontra respaldo nas circunstâncias apresentadas no processo ou contém falhas na motivação.

Essa mistura de entendimentos nem sempre compatíveis claramente não é benéfica à Administração, tampouco ao controle, que vem reiteradamente sendo confrontado em sua atuação, inclusive via projetos de lei recentemente aprovados, vide a Nova LINB, Lei nº 13.655/2018 e a Nova Lei de Licitações, nº 14.133/21, pelos artigos 169, §3º, incisos I e II, art. 171, dentre outros. Aparentemente, tais movimentações podem ter surtido efeito, dada a edição, por exemplo, da Resolução TCU nº 315/2020²²⁵, em que conceituados os comandos de *determinação, ciência e recomendação* a serem expedidos pelo Tribunal.

²²⁵ Art. 2º Para efeito desta resolução, considera-se:

I - determinação: deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares;

II - ciência: deliberação de natureza declaratória que cientifica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas; e

III - recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.

Desta forma, embora o aferidor de intensidade criado pela pesquisa – deferente, parcialmente deferente e não deferente – evidencie uma lógica decisória, baseada no confronto argumentativo entre as partes envolvidas, o juízo formulado pelo julgador não é guiado por diretrizes claras e prefixadas capazes de conduzir a avaliação dos esclarecimentos apresentados pelos interessados – o que não significa, todavia, que na prática isso não tenha acontecido na avaliação dos casos.

O momento presente é, antes de tudo, de consolidação do reconhecimento prático acerca da necessidade de fixação de parâmetros ao exercício do controle externo à Administração, tanto é assim que a Lei nº 13.655/18 aponta nessa direção. A doutrina, de modo geral, há anos vem tentando oferecer fronteiras dessa natureza, no intuito de conformar à atividade administrativa e suas liberdades de escolha ao direito, sempre tendo em mira os ditames jurídicos de cada tempo em que inserida.

Atualmente, não se podendo negar a força normativa da constituição, o amplo acesso à justiça, os princípios democráticos, a separação de poderes e a necessidade de vedação ao arbítrio, é indispensável que, além de serem mantidas as discussões teóricas a respeito de como realizar o controle externo à Administração, haja um racional decisório que as coloque em prática de modo claro, a fim de que sua adequação à realidade possa ser constantemente verificada e adaptada, sempre no intuito de que os valores democráticos sejam preservados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das capacidades institucionais e reserva do possível no julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista controle – doutrinas e artigos**, v. 14, n. 2, p. 18-51, 31 dez. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos em espécie. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS – ABCR. **Novos caminhos para concessões de rodovias no Brasil**. São Paulo: ABCR, 2018.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 25. ed., 2. tir., 2008.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 12ª tir., 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. **O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?** 2015. Dissertação (Mestrado profissional em Administração Pública) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas - Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 66 de 13/05/2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacao66_2020-13052020-DJE137.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Recomendação Conjunta Presi-CN nº 2/2020, de 18/06/2020, publicada no Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, na edição de 19/06/2020. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>>._Consulta realizada em 15/03/2023.

BINENBOJM, Gustavo. Decidindo como decidir (Parte I) – Padrões decisórios no controle da Administração Pública promoveriam mais coerência, eficiência e segurança jurídica. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 183-184.

BINENBOJM, Gustavo. Decidindo como decidir (Parte II) – O controle da Administração Pública deve envolver escolhas realistas e esquemas decisórios factíveis. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano

de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTENFILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 185-186.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CABRAL, Carolina Souza Mariz Maia; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O controle judicial sobre o Tribunal de Contas: análise comparativa da jurisprudência do TJRN e TJSP. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 10, n. 2, 17. ed., p. 80-101, jul.2018.

Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/issue/view/776>>. Acesso em: 25 jan. 2023.

CAMPOS NETO, C. A. da S.; MOREIRA, S.V.; MOTTA, L.V. **Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios**. Rio de Janeiro: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, mar. 2018, Texto para discussão nº 2376, 91 p.

CAMPOS NETO, C. A. da S.; PAULA, J. M. de P.; SOUZA, F. H. **Rodovias brasileiras: políticas públicas, investimentos, concessões e tarifas de pedágio**. Rio de Janeiro: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, out. 2011, Texto para Discussão nº 1668, 44 p.

CANDEIA, Remilson Soares. **A Judicialização das Decisões Proferidas pelo Tribunal de Contas da União: Uma Visão Sistêmica**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Veiga de Almeida: Rio de Janeiro, 2015. 199 f.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SANTOS, Matheus Levi Fontes. A deferência judicial redimida. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 282, n. 1, p. 139-177, 2023.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 71 (2018).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. 2016. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2016. 321 f.

DANTAS, Bruno. GUERRA, Sérgio. **Direito da infraestrutura: regulação e controle do TCU**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de**

1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da administração e a judicialização das políticas públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo. *Controles da Administração e Judicialização das Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016.

DOURADO, Guilherme Afonso. **O controle da função normativa das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coords.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. **Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores**, p. 8. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_85.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel. Um olhar histórico-constitucional sobre as concessões de serviço público e as parcerias público-privadas: surgimento e incentivo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; MOTTA, Fabrício Macedo (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 Anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O controle jurisdicional da atividade administrativa em tempos de crise: deferência, capacidades institucionais e seus reflexos sobre o federalismo. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (orgs.). **A crise do federalismo em estado de pandemia**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2021.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de Rodovias**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1512>>. Acesso em: 31 out. 2022.

GARCIA, Fernando Couto. Controle judicial das decisões dos tribunais de contas. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRIN, Eduardo José. **Controle Externo e Policy Making? Uma análise da atuação do TCU na administração pública federal**. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, set. 2020, Texto para Discussão n° 2595, 92p.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out/dez.2014.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, R. T. C. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 4, n. 2, 2018.

JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil. *In*: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017).** São Paulo: Malheiros, 2017.

JORDÃO, Eduardo. Por modelos distintos de controle da administração – Ao contrário do Brasil, alguns países contam explicitamente com modelos de intensidades diferentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Publicistas: direito administrativo sob tensão.** Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 187-188.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

LIMA, Luiz Henrique Moraes de. **O Tribunal de Contas da União e o Controle Externo da Gestão Ambiental.** 2009. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009. 342 f.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública).** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública.** Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 9, n. 100, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES NETO, F. de A.; PALMA, J. B. de; REHEM, D.; MERLOTTO, N.; GABRIEL, Y. Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 2, p. 37–70, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 23. ed. rev. e atual. Belo Horizonte:

Fórum, 2023.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/216251>>. Acesso em: 01 abr. 2023.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Edalgina Bráulia de Carvalho Furtado de. **O Poder Dever dos Tribunais de Contas de Fiscalizar a Implementação de Políticas Públicas para a Concretização de Cidades Sustentáveis**. 2012. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. 184 f.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MOREIRA DA SILVA JUNIOR, F. A (Sobre) Regulação do Tribunal de Contas da União - TCU sobre Atividades-fim das Agências Reguladoras: análise do julgamento das Bandeiras Tarifárias à luz do Trilema Regulatório. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 21–49, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NEVES, Rogério Telles Correia das. Política de concessão de rodovias federais – Uma análise comparativa de modelos contratuais. **Debates em Direito Público - RDDP**, ano 7, n. 13, out./set. 2014.

NIEBUHR, Pedro; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de.; MEIDEROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 13-25, jun. 2021.

PAULA, Dilma Andrade de. Estado, sociedade civil e hegemonia do rodoviarismo no Brasil. **Revista Brasileira de História da Ciência**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 142-156, jul.-dez. 2010.

PELEGRINI, Márcia. **A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas no Exercício da Função Controladora**: contornos constitucionais. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. 331 f.

PEREIRA, Luiz Andrei Gonçalves; LESSA, Simone Narciso. O processo de planejamento e desenvolvimento do transporte rodoviário no Brasil. **Revista Caminhos de Geografia**. Uberlândia, MG, v. 12, n. 40, dez/2011, pp.27-28. Disponível em: <<https://seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia>>.

PEREIRA, Vicente de Britto. **Transportes: história, crises e caminhos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do direito administrativo. Diálogo entre teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do direito administrativo. In: WALD, Arnold; JUSTEN Filho, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. Estruturação de Projetos de Infraestrutura. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coords.). **Experiências práticas em concessões e PPP: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**. São Paulo: Quartier Latin, 2021 vol. I – Estruturação e Arbitragem.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. A lei nº 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Novos institutos jurídicos de licitações e contratos. Vol. 11, nº 3, dez.21.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ROSILHO, André (org.). **Direito Administrativo e Controle de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SANTOS, Humberto. Deferência judicial às decisões do CADE e o equilíbrio entre os poderes constituídos. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília. v. 9, n. 2, 223 p., dez. 2021. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/issue/view/48/71>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

SCHIRATO, Vitor Rhein. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 463-517.

SCLIAR, Wremyr. **Tribunal de Contas: Origens e evolução – O Tribunal no Brasil – Instituição de Estado Democrático de Direito – Direitos Humanos – Problemas e Lacunas – Propostas**. 2014. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2014. 295 f.

SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais. *In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (coord.). Direito e Infraestrutura: Rodovias e Ferrovias – 20 Anos da Lei Nº 10.233/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, v. 2.

SEPULVEDA, Antonio; BOLONHA, Igor; LAZARI, Igor de. Deferência judicial às decisões das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. Publicado em **Interfases e The Regulatory Review**. Disponível em: <<https://interfases.legal/2019/08/09/deferencia-judicial-decisoes-agencias-brasil-estados-unidos/>> e <https://www.theregreview.org/2019/07/24/sepulveda-bolonha-delazari-judicial-deference-agencies-decisions-brazil-united-states/>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 109–146, 2017.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, out. 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. *In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs). Tribunal de Contas da União no direito e na realidade*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coords.). **Experiências práticas em concessões e PPP: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**. Vol. I – Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze Issa (coords.). **Experiências Práticas em Concessões e PPP: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**. Vol II – Execução, Controle e Exercício das Funções Públicas por Concessionário. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência como efeito jurídico da ação pública planejada. *In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio e NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 931-947.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos

aprender com os standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 137-164, maio/ago. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 25, n. 1., p. 110-132, jan./abr. 2020.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **O Desenho Institucional dos Tribunais de Contas e sua Vocação para a Tutela da Accountability Democrática**: perspectivas em prol do direito à boa Administração Pública no Brasil. 2016. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016. 360 f.

TABELAS DE ACÓRDÃOS

Acórdão 1174/2018

ACÓRDÃO 1174/2018 PLENÁRIO – RELATOR MIN. BRUNO DANTAS					
ITEM	PROPOSTA	ANTT	DETERMINAÇÃO		RESULTADO
I.b (1)	aprimore as regras da minuta de contrato concernentes a inclusão de obras, investimentos e obrigações, de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora.	Concordou parcialmente. Propôs a retirada do trecho “de forma a aproveitar as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora.”.	9.2.1.	aprimore as regras da minuta de contrato concernentes à inclusão de obras, investimentos e obrigações, em atenção ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88, e no art. 9º, §4º, da Lei 8.987/1995.	Parcialmente deferente.
I.c (2)	estabeleça no edital e na minuta de contrato limites e condições para a inserção e exclusão de obras ou obrigações do contrato de concessão, incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente, sob pena de desvirtuar o objeto do contrato.	Concordou parcialmente. Propôs a retirada do trecho “incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente”.	9.2.2.	estabeleça no edital e na minuta de contrato limites e condições para a inserção e exclusão de obras ou obrigações do contrato de concessão, de forma a evitar o desvirtuamento do objeto do contrato, em atendimento ao princípio da licitação (CF/88, art. 175, caput, e art. 37, inciso XXI) e aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência da Administração Pública (CF/88, art. 37, caput, e Lei 9.784/1999, art. 2º, caput)	Parcialmente deferente.
I.d (3)	compatibilize a inclusão de novas obras e obrigações no contrato de concessão ao disposto no art. 9º da Lei 8.987/95, evitando repassar	Concordou.	9.2.3.	compatibilize a inclusão de novas obras e obrigações no contrato de concessão ao disposto no art. 9º da Lei 8.987/1995,	Não deferente.

	totalmente aos usuários os custos delas decorrentes, podendo-se levar em conta outros mecanismos como o estoque de melhorias, conforme os contratos anteriores.			evitando repassar totalmente aos usuários os custos delas decorrentes, podendo-se levar em conta outros mecanismos como o estoque de melhorias, conforme contratos anteriores, em atenção aos princípios que regem a Administração Pública, sobretudo a impessoalidade, a moralidade e a eficiência (art. 37, caput, da CF/88);	
I.e (4)	<p>suprima a parte final da subcláusula 20.1.17 da minuta contratual: ‘excetuando-se a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos previstos na subcláusula 20.2.5 e de responsabilidade do Poder Concedente’.</p> <p>(Obs.: De acordo com a cláusula 20.1, à exceção do previsto na subcláusula 20.2, a concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relativos à concessão, inclusive quanto aos de aumento do custo de capital, exceto aqueles atrelados à criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, de responsabilidade do Poder Concedente)</p>	Sem menção expressão no relatório e voto.	9.2.4.	suprima a parte final da subcláusula 20.1.17 da minuta contratual (“excetuando-se a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos previstos na subcláusula 20.2.5 e de responsabilidade do Poder Concedente”), em atenção aos arts. 2º, inciso II, e 9º, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.

I.f (5)	<p>suprima a parte final da subcláusula 25.1 da minuta contratual: ‘exceto o exposto na subcláusula 20.2.5.</p> <p>(Obs.: para a cláusula 20.2.5, a concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da concessão, exceto o exposto na subcláusula 20.2.5, relativa aos tributos e encargos ali especificados que poderão incidir no financiamento).</p>	Sem menção no relatório e voto.	9.2.5.	<p>suprima a parte final da subcláusula 25.1 da minuta contratual (“exceto o exposto na subcláusula 20.2.5”), em atenção aos arts. 2º, inciso II, e 9º, da Lei 8.987/1995.</p>	Não deferente.
I.g (6)	<p>exclua cláusula contratual que atribua riscos ao Poder Concedente, relacionados às obras de manutenção do nível de serviço.</p>	<p>Concordou parcialmente.</p> <p>Defende que o risco do disparo (ou não) do gatilho seja compartilhado entre a concessionária e o Poder Público.</p>	9.2.6.	<p>estabeleça regras contratuais para compartilhamento do risco relacionado às obras de manutenção do nível de serviço, de forma fundamentada, em atenção aos arts. 175, caput, e 37, inciso XXI, da CF/88, c/c art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/1995, e aos princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88, c/c §1º do art. 6º da Lei 8.987/1995), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária.</p>	Parcialmente deferente.

I.h (7)	exclua as cláusulas referentes à prorrogação do contrato de concessão, caso não se estabeleça as condições em que esta se dará, o que inclui, o tratamento dos custos operacionais e investimentos, sobretudo, aqueles relacionados às obras condicionadas ao volume de tráfego e às obras notadamente necessárias para a manutenção de trechos críticos em condições mínimas de operação, de maneira a compartilhar com os usuários os benefícios concorrenciais da presente licitação.	Concordou parcialmente. Propôs alterar as condições para prorrogação, utilizando-se de duas premissas: prorrogação antecipada para reequilíbrio econômico-financeiro por novos investimentos de curto período, limitada ao prazo máximo de 10 anos, podendo ser utilizada uma única vez, estando restrita às revisões quinquenais para os anos 15, 20 e 25. Em segundo lugar, quando desejada a prorrogação contratual propriamente dita, estando limitada a 5 anos, permitindo o alongamento da do prazo da concessão por ocasião do prazo original mediante condições expressamente previstas no contrato e lei.	9.2.7.	estabeleça regras objetivas e restritivas para disciplinar a prorrogação de contrato, admitindo-se a medida apenas nos casos excepcionais em que essa se mostre indispensável à manutenção da qualidade do serviço e da modicidade tarifária, instituindo prazos curtos, bem inferiores aos do contrato original, conforme proposto pela ANTT à peça 60 destes autos, e indicando o tratamento a ser dado, na época, aos custos operacionais restantes e aos investimentos devidamente amortizados, em atenção aos arts. 175, caput, e 37, inciso XXI, da CF/88, c/c o art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/1995, e os princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88, c/c o § 1º do art. 6º da Lei 8.987/1995), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária.	Parcialmente deferente.
I.k (8)	ajuste a metodologia do fator D, de forma a possibilitar a existência de critérios	Discordou.			Deferente.

	de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para todas as obrigações constantes no Programa de Exploração da Rodovia.				
I.l (9)	ajuste a base de cálculo da metodologia do fator D, de maneira a, efetivamente, propiciar o equilíbrio contratual nos casos de descumprimento ou exclusão de obrigações relacionadas à frente de recuperação e manutenção, à frente de ampliação de capacidade e melhorias e à frente de serviços operacionais.	Discordou.			Deferente.
I.m (10)	ajuste a metodologia do fator A e fator D, de maneira a garantir a equivalência econômica e financeira dos adiantamentos de obrigações contratuais concomitantes com as postergações equivalentes, de forma a impossibilitar o jogo de cronograma das obras e investimentos.	Discordou.			Deferente.
I.n (11)	suprima as subcláusulas 19.18 e 19.19 da minuta de contrato, em atendimento ao disposto no art. 29, inciso II, e art. 31, inciso IV, e ao parágrafo único, inciso II, do art. 23 da Lei 8.987/1995.	Sem menção expressa no relatório e voto.	9.2.10	suprima as subcláusulas 19.18 e 19.19 da minuta de contrato, em atenção ao disposto no art. 29, inciso II, art. 31, inciso IV, e no parágrafo único, inciso II, do art. 23 da Lei 8.987/1995.	Não deferente.

	(Obs.: as cláusulas referem-se à possibilidade de a Agência firmar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC) visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares.).				
I.o (12)	suprima a subcláusula 8.4 da minuta de edital e todas dela decorrentes, relativa à exigência de capital social adicional, tendo em vista a sua inaptidão para coibir as inexecuções contratuais, o seu caráter restritivo à competição e à modicidade tarifária, e a ausência de previsão legal no ordenamento, em atendimento aos princípios da legalidade e impessoalidade da Administração Pública.	Discordou.			Deferente.
I.cc (13)	reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo poder concedente, de modo a adequar o objeto da contratação e atender ao interesse do usuário – prestação de serviço adequado e modicidade tarifária, garantido que: i) todos os contratos referentes a obras e serviços no sistema rodoviário sejam rescindidos até a data de assunção por parte da concessionária; ii) a	Concordou parcialmente. (Entendeu oportuna a inserção da obrigação para que o concessionário acompanhe as obras a cargo do Poder Concedente para mitigar problemas que poderão advir da execução de obra pública, todavia, ponderou não ser crível afastar a possibilidade de inclusão de	9.2.22.	reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo Poder Concedente, de modo a adequar o objeto da contratação e atender ao interesse do usuário – prestação de serviço adequado e modicidade tarifária –, garantindo que: i) todos os contratos referentes a obras	Parcialmente deferente.

	<p>concessionária assuma todos os trechos do sistema rodoviário na data de assinatura do termo de arrolamento; iii) a concessionária assuma eventuais obras em andamento e não concluídas na data de assinatura do termo de arrolamento; iv) a concessionária acompanhe todas as obras que venham a ser executadas pelo poder concedente durante a concessão, de modo que esse acompanhamento não possibilite a inclusão de valores para recebimento de tais obras; iv) haja parâmetros para a precificação dos serviços posteriores ao recebimento – manutenção, conservação, operação, monitoração – compatíveis com a proposta original; v) inexistam possibilidade de trechos concedidos não receberem serviços (conservação, manutenção, operação, monitoração, etc.) por parte da concessionária.</p>	<p>valores no contrato por ocasião do recebimento da obra, diante do fato de que o concessionário não teria ingerência sobre a obra executada.).</p>		<p>de qualquer natureza e a serviços não essenciais à segurança dos usuários sejam rescindidos até a data de assunção por parte da concessionária; ii) a concessionária assumam todos os trechos do sistema rodoviário na data de assinatura do termo de arrolamento; iii) a concessionária assumam as obras em andamento e não concluídas na data de assinatura do termo de arrolamento; iv) a concessionária acompanhe todas as obras que venham a ser executadas pelo poder concedente durante a concessão; v) não exista possibilidade de trechos concedidos não receberem serviços (conservação, manutenção, operação, monitoração e outros) por parte da concessionária.</p>	
I.dd (14)	<p>suprima a parte final da subcláusula 9.2.1 da minuta de contrato: ‘Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em decorrência da alteração de</p>	<p>Concordou.</p>			<p>Não deferente.</p> <p>(Obs.: Embora não haja determinação de correções, estas já aconteceram previamente pela ANTT. A minuta analisada</p>

	obrigações a cargo da concessionária.				já não possuía mais cláusula nessa direção).
I.ee (15)	<p>suprima a parte final da subcláusula 9.1.4 da minuta de contrato: ‘que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos’</p> <p>(A cláusula 9.1.4 determina que o Poder Concedente se obriga a rescindir, até a data da assunção do trecho pela concessionária, todos as avenças referentes a obras e serviços no sistema rodoviário que estejam em vigor na data da assinatura do contrato, que impeçam ou prejudiquem a concessionária no atendimento aos parâmetros de desempenho nele estabelecidos.)</p>	Concordou, propondo, quanto aos contratos relativos a serviços, um período de transição de até dois anos, evitando a descontinuidade de serviços essenciais aos usuários, que nem sempre são passíveis de serem prestados tão logo a assunção do sistema ocorra.	9.2.23	ajuste a cláusula 9.1.4 da minuta de contrato, suprimindo sua parte final (“que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos”) e restringindo os contratos que deverão ser rescindidos, ali previstos, a todos os contratos referentes a obras e a serviços não essenciais à segurança dos usuários.	Parcialmente deferente.
I.ff (16)	estabeleça, na minuta de contrato, a não objeção aos projetos desenvolvidos pela concessionária como condição para o início da execução das obras, em consonância com os ditames legais aplicáveis.	Discordou.			Deferente.

Acórdão 1096/2019

ACÓRDÃO 1096/2019 PLENÁRIO – RELATOR MIN. BRUNO DANTAS				
ITEM	PROPOSTA	ANTT	DETERMINAÇÃO	RESULTADO
I.d (1)	aprimore as regras da minuta de	Discordou.		Deferente.

	contrato concernentes à inclusão de obras, investimentos e obrigações, em atenção ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88, e no art. 9º, §4º, da Lei 8.987/1995.				
I.e (2)	estabeleça no edital e na minuta de contrato limites e condições para a inserção e exclusão de obras ou obrigações do contrato de concessão, de forma a evitar o desvirtuamento do objeto do contrato.	Discordou.	9.2.3.	inclua na minuta contratual e/ou no Programa de Exploração da Rodovia a especificação do nível de serviço efetivamente planejado para os segmentos da BR-364/365/GO/MG a serem concedidos em sua totalidade ou por trechos homogêneos, em cumprimento ao art. 18, incisos I e II, da Lei 8.987/1995 e em consonância com o princípio da transparência.	Parcialmente deferente. Embora a proposta não tenha sido acolhida conforme elaborada, o Relator julgou oportuno determinar providências à Agência sob outra vertente, mas ainda assim relacionada ao tema.
I.f (3)	compatibilize as regras de inclusão de novas obras e obrigações no contrato de concessão ao disposto no art. 9º da Lei 8.987/1995, evitando repassar totalmente aos usuários os custos delas decorrentes, podendo-se levar em conta outros mecanismos como o estoque, os quais devem contemplar inclusive as obras de ampliação de capacidade e os	Discordou.			Deferente.

	<p>serviços operacionais; esclareça na minuta contratual que as melhorias, ainda que constem de projetos de ampliação de capacidade remunerados pelo fluxo de caixa marginal, serão incluídas pela metodologia prevista para o estoque (com ajustes no orçamento do projeto), até o esgotamento integral do percentual previsto para tal finalidade.</p>				
I.g (4)	<p>em consonância com o item 9.2.7 do Acórdão 1.174/2018-Plenário e com o art. 5º, da Lei 13.448/2017, reformule a minuta contratual de forma a indicar que: i) o prazo de dez anos para fins de reequilíbrio econômico-financeiro refere-se à prorrogação antecipada, suprimindo a terminologia ‘extensão de contrato’; ii) a prorrogação antecipada não poderá ser realizada no âmbito da revisão quinquenal prevista para o 25º ano da concessão; iii) a prorrogação pelo prazo de</p>	<p>Concorda apenas quanto à modificação da terminologia, a ser substituída de “extensão de prazo” para “prorrogação antecipada”.</p>			<p>Deferente.</p> <p>Obs.: Foi feita determinação <u>ao Ministério da Infraestrutura</u> para que atue de modo coerente e coordenado na definição de prazos de prorrogação dos contratos de concessão de empreendimentos do setor dos transportes, já que a disparidade dos prazos adotados em cada um dos seus modos chama a atenção (aeroportuário, ferroviário, portuário, rodoviário).</p>

	cinco anos não poderá ser proposta caso tenha ocorrido uma prorrogação antecipada nas revisões quinquenais do contrato (15º e 20º anos de concessão); iv) o prazo máximo do contrato de concessão não poderá ultrapassar, em nenhuma hipótese, quarenta anos.				
I.h (5)	reformule a subcláusula 3.4 da minuta contratual, de forma a estabelecer regras mais objetivas para os custos em eventual prorrogação contratual, em atendimento ao disposto no art. 23, inciso XII, da Lei 8.987/1995, e ao item 9.2.7 do Acórdão 1.174/2018-Plenário.	Discordou.			Deferente.
I.j (6)	revise a matriz de riscos do contrato de concessão no tocante à responsabilidade pelos custos posteriores à entrega (manutenção, conservação, operação etc.) das obras de ampliação de capacidade acionadas por meio de gatilho volumétrico, haja vista que a formulação do coeficiente	Concordou.	9.2.5.	revise a matriz de riscos do contrato de concessão no tocante à responsabilidade pelos custos posteriores à entrega (manutenção, conservação, etc.) das obras de ampliação de capacidade acionadas por meio de gatilho volumétrico, haja vista que a formulação do coeficiente “ α ”,	Não deferente.

	<p>‘α’, inciso no anexo 9 da minuta contratual, já considera tais encargos na definição da participação da concessionária (PC) e do poder concedente (PPC) sobre os custos de execução de tais obras.</p>			<p>inciso no anexo 9 da minuta contratual, já considera tais encargos na definição da participação da concessionária (PC) e do poder concedente (PPC) sobre os custos de execução de tais obras, em observância ao art. 23, inciso V, da Lei 8.987/1995.</p>	
I.m (7)	<p>aprimore as cláusulas da minuta contratual, de forma a estabelecer claramente as condições de acionamento do mecanismo de garantia contratual e a periodicidade em que os descumprimentos para tal feito serão apurados, de modo a efetivamente reduzir os riscos de prejuízo para a Administração e aos usuários em razão dos descumprimentos das obrigações do contrato.</p>	<p>Concordou em partes, propondo que a questão seja inserida em um plano de ação a ser elaborado pela ANTT, contemplando articulação com a Susep para amadurecer as ações necessárias ao aprimoramento das condições de acionamento dos mecanismos de garantia.</p>	9.3.1.4	<p>A proposta efetuada pela Agência para solucionar a questão foi encampada pelo Relator no subitem 9.3.1.4, com determinação à ANTT para que apresente um plano de ação contemplando medidas que possam aprimorar o uso do instrumento.</p>	Parcialmente deferente.
I.n (8)	<p>especifique, na minuta contratual, as regras que serão observadas para assegurar a proporcionalidade entre a magnitude do descumprimento contratual e da garantia a ser executada.</p>	<p>Concorda em partes, propondo que a questão seja inserida em um plano de ação a ser elaborado pela ANTT, contemplando articulação com a Susep para amadurecer as ações necessárias ao aprimoramento</p>	9.3.1.4.	<p>A proposta efetuada pela Agência para solucionar a questão foi encampada pelo Relator no subitem 9.3.1.4, com determinação à ANTT para que apresente um plano de ação contemplando medidas que possam aprimorar</p>	Parcialmente deferente.

		das condições de acionamento dos mecanismos de garantia.		o uso do instrumento.	
I.o (9)	inclua na minuta de contrato a hipótese de extinção amigável prevista na Lei 13.448/2017 e as condições em que essa possibilidade legal de extinção poderá vir a ocorrer.	Concorda.			Deferente Obs.: Embora a ANTT concorde com a proposta da fiscalização, o Relator entendeu por bem que a inserção da hipótese de rescisão amigável na minuta não é desejável.
I.p (10)	indique na minuta de contrato o normativo que deverá ser observado para o cálculo das indenizações pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados.	Discorda.			Deferente.
I.q (11)	promova os ajustes na minuta de contrato necessários para aferir fidedignamente o valor das indenizações tratadas no subitem anterior.	Discorda.			Deferente.

Acórdão 2195/2019

ACÓRDÃO 2195/2019 PLENÁRIO – RELATORA MIN. ANA ARRAES				
ITEM	PROPOSTA	ANTT	DETERMINAÇÃO	RESULTADO
a.6 (1)	exclua as cláusulas contratuais relativas à inserção de contornos, uma vez que essas contemplam a execução de obras de forma ampla	Sem menção no relatório de fiscalização e no voto.	Convertida na recomendação 9.3.1., após proposta de supressão da determinação originalmente proposta pelo item 9.2.5, efetuada por declaração de	Deferente

	e indefinida, em localidades externas ao Sistema Rodoviário concedido e que não constam do Sistema Nacional de Viação.		voto do Ministro Bruno Dantas.		
a.7(2)	insira no Anexo 5 da minuta contratual um desconto de reequilíbrio associado ao cumprimento do limite de Deflexão Característica (DC)	Concordou.	9.2.5.	insira no Anexo 5 da minuta contratual desconto de reequilíbrio associado ao cumprimento do limite de Deflexão Característica (DC), em consonância com o art. 9º, §2º, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
a.8 (3)	ajuste as minutas do PER e do contrato, de modo compatível com o anexo 9 da própria minuta contratual, e com as premissas de repartição de risco entre a concessionária e o poder concedente no caso de execução de obras de quartas faixas.	Concordou. A solução dada foi excluir a implantação de quartas faixas ao longo da concessão.	9.2.6.	ajuste as minutas do PER e do contrato, de modo compatível com o anexo 9 da própria minuta contratual e com as premissas de repartição de risco entre a concessionária e o poder concedente no caso de execução de obras de quartas faixas, em respeito ao art. 18, incisos I e II, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
a.9 (4)	ajuste a minuta contratual e a matriz de riscos de forma a deixar explícita a responsabilidade da concessionária pelos custos decorrentes das remoções e/ou dos remanejamentos de interferências, inclusive as relacionadas ao setor de infraestrutura.	Sem menção no relatório de fiscalização e voto.	9.2.7.	ajuste a minuta contratual e a matriz de riscos de forma a deixar explícita a responsabilidade da concessionária pelos custos decorrentes das remoções e/ou dos remanejamentos de interferências, inclusive as relacionadas ao setor de infraestrutura, em consonância com o art. 18, inciso II, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.

a.10 (5)	ajuste a minuta contratual no sentido de que, para fins de aplicação do desconto de reequilíbrio decorrente da não execução das obras de manutenção do nível de serviço, sejam incluídos, aos encargos da concessionária, o somatório de todas as obrigações associadas aos gatilhos de tráfego até então atingidos.	Sem menção no relatório de fiscalização e voto.	9.2.8.	ajuste a minuta contratual no sentido de que, para fins de aplicação do desconto de reequilíbrio decorrente da não execução das obras de manutenção do nível de serviço, seja incluído, nos encargos da concessionária, o somatório de todas as obrigações associadas aos gatilhos de tráfego até então atingidos, em consonância com o art. 9º, §2º, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
-------------	--	---	--------	--	----------------

Acórdão 4036/2020

ACÓRDÃO 4036/2020 PLENÁRIO – RELATOR MIN. VITAL DO RÊGO					
ITEM	PROPOSTA	ANTT	DETERMINAÇÃO		RESULTADO
a.9 (1)	inclua no edital exigências de qualificação econômica aos proponentes.	Discorda.	9.2.8	inclua no edital exigências de qualificação econômico-financeira, em atendimento ao disposto no art. 31, inciso I da Lei nº 8.666/93.	Não deferente.
a.10 (2)	inclua em subcláusula ajustes referentes a eventual atraso no início da cobrança de pedágio e aos efeitos da reclassificação tarifária.	Concordou em parte.	9.1.12.	proceda aos ajustes no mecanismo de mitigação do risco de receita, previsto no anexo 14 da minuta contratual, a fim de evitar incrementos tarifários no caso de eventual atraso no início da cobrança de pedágio decorrente de eventos de responsabilidade	Não deferente. Ajustes foram feitos pela ANTT para dar cumprimento à proposta da unidade técnica. Ainda assim, o relator entendeu por bem manter a determinação da unidade técnica, todavia, “com ajuste de forma” para evitar incrementos

				da concessionária, nos termos dos arts. 9º, §2º e 23, inciso IV da Lei nº 8.987/95.	tarifários no caso de eventual atraso no início da cobrança de pedágio decorrente de eventos de responsabilidade da concessionária.
a.11 (3)	inclua na minuta contratual disposição explícita acerca da necessidade de sua prévia autorização para execução antecipada de obras, para fins de acréscimo de reequilíbrio (fator A), nos termos do Acórdão 1174/2018 (mecanismo de mitigação de risco).	Concordou, propondo alteração de redação para que a minuta trouxesse explicitamente as situações em que necessária a prévia autorização para execução antecipada de obras, para fins de acréscimo de reequilíbrio (Fator A)	9.2.19	inclua na minuta contratual disposição explícita acerca da necessidade de sua prévia autorização para execução antecipada de obras, para fins de acréscimo de reequilíbrio (fator A), nos termos da Resolução ANTT 1.187/2005 e Acórdão 1174/2018.	Não deferente.
a.12 (4)	abstenha-se de publicar o edital de licitação até que a metodologia de cálculo do Fator A seja revisada de modo a evitar aumento desproporcional de rentabilidade pela sua aplicação (mecanismo de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro).	Concordou, sugerindo alteração na redação proposta, para que o edital não seja publicado até que a estrutura da tabela II do anexo 5 da minuta, referente ao percentual Dt, seja revisada, de modo a evitar o desproporcional aumento de rentabilidade.	9.2.18	revisite a estrutura da tabela II do anexo 5 da minuta contratual, referente ao percentual Dt, de modo a evitar aumento desproporcional de rentabilidade pela sua aplicação no fator A.	Parcialmente deferente.
a.13 (5)	revise o cálculo do percentual previsto no item 3 da Tabela III do anexo 5, referente a contorno urbano, de modo a considerar somente os gastos de manutenção e conservação nos anos subsequentes ao ano previsto para execução	Concordou.	9.2.17	revise o cálculo do percentual previsto no item 3 da Tabela III do anexo 5, referente ao contorno urbano, de modo a considerar somente os gastos de manutenção e conservação nos	Não deferente.

	da obra (mecanismo do equilíbrio econômico-financeiro).			anos subsequentes ao ano previsto da obra, nos termos do art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995.	
a.14 (6)	suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente.	Discordou. Sugeriu manter a previsão contratual, manifestando compromisso para realizar os ajustes que se fizerem necessários.	9.2.31	suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente, em atendimento ao disposto no art. 67, c/c o art. 124 da Lei nº 8.666/1993, art. 26, inciso VII e 24, incisos VII e VIII, da Lei 10.233/2001, art. 6º, 25, §2º, e 30, parágrafo único, da Lei 8.987/1995 e na Portaria ANTT 127/2019.	Não deferente.
a.15 (7)	inclua na minuta contratual indicação das multas que serão consideradas para o ajuste final de resultados, ante a possibilidade de haver penalidades pendentes de decisão de mérito (extinção dos contratos de concessão).	Concordou.	9.2.25	adote as medidas necessárias a fim de indicar as multas que serão consideradas para o ajuste final de resultados previsto na subcláusula 30.7 da minuta contratual.	Não deferente.
a.16 (8)	preencha a lacuna regulatória referente a ausência de metodologia para apurar o dano previsto na cláusula 32.3 item (iii), de modo a permitir o cálculo da indenização dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, quando da extinção antecipada.	Discordou.			Deferente.
a.17 (9)	adeque a minuta de contrato (subcláusula 32.3) de modo a afastar o pagamento de qualquer tipo de indenização, a financiadores ou mesmo à	Discordou.	9.2.26	adeque a ordem de preferência estabelecida pela subcláusula 32.3 da minuta contratual da concessão da BR-153/TO/GO e BR-	Parcialmente deferente. (Entendeu que a modificação da ordem de preferência, mencionada pelo

	concessionária, antes que todos os danos causados pela concessionária sejam devidamente quantificados e descontados.			080/414/GO, de forma que nos casos de extinção contratual não ocorra o pagamento de indenização à concessionária e/ou financiadores, antes que sejam descontados da indenização os valores das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.	MInfra, saneia a questão levantada pela fiscalização).
a.18 (10)	inclua, nas diretrizes do acordo tripartite, definição das possíveis situações referentes ao cumprimento das obrigações (reprogramadas, adimplidas, não adimplidas etc.), de forma a evitar erros de interpretação dos termos que vierem a ser utilizados nas comunicações (acordo tripartite)	Concorda.	9.2.9	inclua, nas diretrizes do acordo tripartite previstas no anexo 9 da minuta contratual, definição das possíveis situações referentes ao cumprimento das obrigações, de forma a evitar a dubiedade na interpretação dos termos que vierem a ser utilizados nas comunicações entre regulador e financiador.	Não deferente
a.19 (11)	inclua na minuta contratual indicação da forma de apuração objetiva dos valores devidos e vincendos, mencionados ao item "c" da subcláusula 9.2 do anexo 9, referentes a cada obrigação, viabilizando a efetiva aplicação do dispositivo e dos mecanismos previstos no documento (acordo tripartite)	Discorda.	9.3.2.	Adote as medidas necessárias para regulamentar, da forma que entender pertinente, os critérios gerais de precificação das obrigações inadimplidas, oportunidade em que deverá definir o procedimento interno da Agência e indicar os setores competentes, sem prejuízo da	Parcialmente deferente.

				inclusão de outras questões que entender pertinentes, conferindo efetividade ao disposto no art. 23, inciso V da Lei nº 8.987/95.	
a.20 (12)	altere a definição de "evento de alerta" constante da subcláusula 8.1, alínea "a", do anexo 9 da minuta contratual de modo a não condicionar a execução de garantia a nenhum percentual de inexecução contratual de forma a obedecer a legislação em vigor (acordo tripartite)	Discorda.			Deferente.
a.21 (13)	compatibilize o período legal (§ 3º do art. 38 da Lei 8.987/1995) com o período de cura previsto no acordo tripartite (subcláusula 8.4 do anexo 9 da minuta contratual) para os eventos de alerta definidos na subcláusula 8.1, alínea "b", do anexo 9, os quais podem resultar na caducidade da concessão (acordo tripartite)	Concordou.	9.2.10	compatibilize o prazo do período de cura atinente ao acordo tripartite decorrente do art. 27-A da Lei 8.987/1995, com prazo mencionado no art. 38, §8º da Lei 8.987/95.	Não deferente
a.22 (14)	preveja expressamente na minuta de contrato o dever de publicidade dos atos relacionados à autocomposição de conflitos.	Concordou.	9.2.21	Preveja expressamente na minuta de contrato o dever de publicidade dos atos relacionados à autocomposição de conflitos, haja vista os princípios que norteiam a Administração Pública e com a legislação, a	Não deferente.

				exemplo da Constituição Federal, da Lei da Transparência e da Lei do Usuário dos Serviços Públicos.	
a.23 (15)	altere a redação do parágrafo único do art. 8º disposto na Resolução 5.845/2019 a fim de que o mandamento exposto na Lei 13.460/2017 se harmonize com os princípios que norteiam a Administração Pública.	Concordou, mas propôs a conversão do ajuste em recomendação.	Convertida na recomendação 9.4.10		Deferente.
a.24 (16)	exclua da minuta contratual o mecanismo do comitê de resolução de conflitos (<i>dispute board</i>), diante da inexistente regulamentação dos procedimentos específicos aplicáveis (resolução de controvérsias)	Discorda.	9.2.22	adote as medidas necessárias para que a aplicação do mecanismo de <i>dispute board</i> ocorra somente após a sua regulamentação e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária.	Parcialmente deferente
a.25 (17)	restrinja, na minuta contratual e nas normas aplicáveis, as hipóteses de utilização de arbitragem, excluindo do rol, "controvérsias advindas da execução de garantias" (resolução de controvérsias)	Discorda, propondo seja endereçada como recomendação.	9.2.20	restrinja a aplicação do mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis restritos ao rol previsto na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996	Não deferente.
a.26 (18)	retifique a Resolução ANTT 5.845/2019, de modo que a definição de direitos	Discorda.	Convertida na recomendação 9.4.11.		Deferente.

	patrimoniais disponíveis esteja em consonância com o Decreto 10.025/2019				
a.27 (19)	especifique de forma mais detalhada as ações exigíveis da contratada em relação à operacionalização do desconto de usuário frequente junto aos sistemas da ANTT, de forma a dar efetividade a esse mecanismo de compensação tarifária (desconto de usuário frequente - DUF)	Discorda.	Convertida na recomendação 9.4.1.		Deferente.
a.28 (20)	reavalie os percentuais de desconto unitário do anexo 12 da minuta contratual, de forma a garantir isonomia dos usuários das praças de pedágio na aplicação do mecanismo de desconto de usuário frequente (desconto de usuário frequente).	Discorda.			Deferente.
a.29 (21)	na avaliação da vantajosidade da proposta de contornos alternativos, preveja não somente a construção, mas também restauração, manutenção, conservação e operação da referida obra ao longo dos anos de concessão (contornos alternativos).	Concordou.	9.2.16 9.2.17	considere os custos referentes à restauração, manutenção e operação, ao proceder à avaliação da vantajosidade econômica dos traçados envolvidos de contornos urbanos alternativos e revise o cálculo do percentual previsto no item 3 da Tabela III do anexo 5, referente a contorno urbano, de modo a considerar somente os gastos de manutenção e conservação nos anos subsequentes ao ano previsto	Não deferente.

				para execução da obra.	
a.30 (22)	exclua da análise de vantajosidade da implantação de contornos alternativos os valores relativos à desapropriação, uma vez que tais recursos representam risco alocado à concessionária, conforme cláusula 6.2.2 do Contrato (contornos alternativos).	Discordou.			Deferente.
a.31 (23)	reformule a definição de URT constante da minuta contratual, a fim de evitar interpretações prejudiciais à efetividade das multas previstas (penalidades) URT = unidade de referência.	Concordou.	9.2.23	reformule a definição de URT constante da minuta contratual, a fim de evitar interpretações prejudiciais à efetividade das multas previstas.	Não deferente.
a.32 (24)	defina os eventos ensejadores e os respectivos valores de penalidades com precisão suficiente para cominações e quantificações inequívocas, proporcionando assim efetividade de sua previsão e aplicação, sejam os eventos e valores previstos na minuta contratual, sejam os eventualmente previstos em normas da autarquia aplicáveis à pretendida concessão (penalidades)	Discordou, propondo seja a medida alçada ao campo das recomendações.	Convertida	na recomendação 9.4.6.	Deferente.
a.33 (25)	inclua na minuta contratual, regra de interpretação clara de prevalência em caso de conflito entre disposições do contrato e das normas da Agência (penalidades)	Concordou.	9.2.13	inclua, na minuta contratual, regra de interpretação clara de prevalência em caso de conflito entre disposições do contrato e das	Não deferente.

				normas da agência.	
a.34 (26)	defina objetivamente como serão estabelecidos os valores totais das 'obras novas e refazimento de obras deficientemente executadas', de forma a permitir a emissão de multas prevista na cláusula 20.4 (penalidades)	Concordou.	9.2.24	defina objetivamente como serão estabelecidos os valores totais das 'obras e refazimento de obras deficientemente executadas', de forma a permitir a emissão de multas previstas na cláusula 20.4, em observância do art. 23, inciso VIII, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
a.35 (27)	compatibilize a redação da cláusula 12.6.2 da minuta de contrato com o item 4.1 do Anexo 10 (recursos vinculados e mecanismos de conta)	Concordou.	9.2.11	compatibilize a redação da cláusula 12.6.2 da minuta de contrato com o item 4.1 constante do seu anexo 10.	Não deferente.
a.36 (28)	detalhe a minuta contratual e/ou normativos específicos a respeito do mecanismo de inspeção acreditada, diante da ausência de informações relevantes no processo de concessão (projetos)	Concordou parcialmente.	9.2.27	estabeleça critérios objetivos para habilitação de organismo de inspeção acreditada com o desiderato de garantir independência técnica na prestação do serviço e de evitar contestações quando de sua designação, a fim garantir a efetividade da subcláusula 7.11 da minuta contratual, quanto ao certificado de inspeção de anteprojetos e projetos executivos.	Parcialmente deferente.
a.37 (29)	preveja as sanções contratuais em caso do não atingimento das classificações	Concordou.	9.2.28	preveja as sanções contratuais em caso do não atingimento das	Não deferente.

	pactuadas para o sistema de gestão da segurança viária (segurança viária – sistema de gestão de segurança viária e metodologia).			classificações pactuadas para o sistema de gestão da segurança viária.	
a.38 (30)	preveja mecanismo de reequilíbrio contratual no caso do não atingimento das classificações pactuadas (segurança viária – sistema de gestão de segurança viária e metodologia).	Concordou.	9.2.29	preveja mecanismos de reequilíbrio contratual no caso de não atingimento das classificações pactuadas.	Não deferente.
a.39 (31)	defina qual a classificação requerida para o sistema de gestão da segurança viária, em cada etapa da concessão (segurança viária – sistema de gestão de segurança viária e metodologia).	Concordou, contudo, propôs alteração de redação.	9.2.30	estabeleça de forma clara, nos documentos contratuais, os critérios para a verificação de classificação mínima requerida para o sistema de gestão da segurança viária.	Parcialmente deferente.
a.40 (32)	detalhe na minuta contratual, ou em normas específicas, quais serão as informações requeridas da concessionária para fins de cumprimento da subcláusula 14.3 (prestação de informações e acesso ao sistema rodoviário).	Solicitou conversão da determinação em recomendação, nos termos da Resolução TCU 315/2020.			Deferente.
a.41 (33)	suprima a hipótese prevista na subcláusula 18.8.2, item "ii" da minuta contratual, por incompatibilidade com as subcláusulas 26.1 e 26.3, com a matriz de risco contratual e com a regulamentação vigente (revisão extraordinária). (Obs.: houve um erro material por parte da fiscalização. Sua proposta de	Apresentou esclarecimento quanto às informações contidas no subitem 18.8.2, item "ii", não abarcado o item "i". Quanto ao item "ii", propôs o afastamento da determinação.	9.2.15	revise o item (i) da subcláusula 16.6.2 da minuta de contrato, a fim de que passe a constar a informação de que o descumprimento iminente de obrigações justifica a revisão extraordinária, naquela hipótese específica, somente quando decorrente do	Parcialmente deferente.

	<p>encaminhamento referia-se, em verdade, ao item “i” da subcláusula 18.8.2, o que foi observado pelo relator e assim considerado na emissão de sua determinação.</p> <p>A cláusula 18.8.2 prevê que as revisões extraordinárias só ocorrerão quando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não possa ser tratada como revisão quinquenal, quando (i) houver risco de descumprimento iminente de obrigações da Concessionária que ensejem vencimento antecipado e/ou aceleração do vencimento nos financiamentos contratados perante os financiadores, comprovado nos termos de financiamento).</p>			risco alocado ao poder concedente.	
a.42 (34)	<p>exclua da minuta contratual qualquer previsão no sentido de a concessionária praticar tarifa de pedágio decorrente de reajuste ou de revisão que não tenham sido procedidos pela ANTT, tampouco sem comunicação prévia aos ministérios e sem autorização formal da autarquia mediante publicação de resolução, em consonância com o disposto na subcláusula 18.9.2 da minuta contratual</p>	Discordou.	9.2.14	<p>adote as medidas necessárias de modo que a prática pela concessionária da tarifa de pedágio reajustada ocorra após a agência reguladora proceder ao reajuste das tarifas, em observância ao disposto no art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001.</p>	Não deferente.

	(reajustes da tarifa de pedágio).				
--	-----------------------------------	--	--	--	--

Acórdão 4037/2020

ACÓRDÃO 4037/2020 PLENÁRIO – RELATOR MIN. BENJAMIN ZYMLER					
ITEM	PROPOSTA	ANTT	DETERMINAÇÃO		RESULTADO
a.1 (1)	estabeleça regras contratuais claras e objetivas concernentes às obrigações da futura concessionária de assumir a responsabilidade pelas condicionantes ambientais a serem atendidas, inclusive referentes a terras indígenas.	Concordou.	9.1.1	estabeleça regras contratuais claras e objetivas concernentes às obrigações da futura concessionária de assumir a responsabilidade pelas condicionantes ambientais a serem atendidas, inclusive referentes a terras indígenas, consoante o disposto no art. 23, V, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
a.4 (2)	faça constar detalhamento, no anexo 3 da minuta de contrato, do procedimento em caso de ocorrência de todos os eventos previstos na avença que ensejem execução da garantia, na hipótese de a concessionária optar por fiança bancária.	Concordou.	9.1.3	faça constar detalhamento, no anexo 3 da minuta de contrato, do procedimento em caso de ocorrência de todos os eventos previstos na avença que ensejem execução da garantia, na hipótese de a concessionária optar por fiança bancária, em atenção ao disposto nos arts. 18 e 23, V, da Lei 8.987/1995	Não deferente.
a.5 (3)	uniformize o prazo previsto para a reposição da garantia prestada pela concessionária, visto que no texto da minuta de	Concordou.	9.1.4	uniformize o prazo previsto para a reposição da garantia prestada pela concessionária, visto que, no texto da minuta de	Não deferente.

	contrato são previstos trinta dias e, nos termos do anexo 3 da mesma minuta, dez dias.			contrato, são previstos trinta dias e, nos termos do anexo 3 da mesma minuta, dez dias, em atenção ao disposto nos arts. 18 e 23, V, da Lei 8.987/1995.	
a.6 (4)	inclua no edital de concessão exigências de qualificação econômica para as proponentes.	Discordou.	9.1.5	inclua no edital de concessão exigências de qualificação econômica para as proponentes, devendo-se estabelecer critérios objetivos para comprovar a boa situação financeira delas, em consonância com o art. 31, I, da Lei 8.666/1993.	Não deferente.
a.7 (5)	suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente.	Discordou.	9.1.6	suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente, em atendimento ao disposto no art. 37 da Constituição Federal, art. 67 c/c o art. 124 da Lei 8.666/1993, art. 26, inciso VII, e 124, incisos VII e VIII, da Lei 10.233/2001, art. 6º, 25, § 2º, e 30, parágrafo único, da Lei 8.987/1995 e na Portaria ANTT 127/2019.	Não deferente.
a.8 (6)	inclua na minuta contratual disposição explícita acerca da necessidade de sua prévia autorização para execução antecipada de obras, para fins de acréscimo de	Concordou, mas propôs modificar redação.	9.1.7	inclua na minuta contratual dispositivo que, para fins de acréscimo de reequilíbrio (fator A), condicione a antecipação dos cronogramas de execução de obras e serviços	Não deferente.

	reequilíbrio (fator A)			estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia à prévia autorização da Diretoria da ANTT, consoante o disposto no § 1º do art. 5º da Resolução ANTT 1.187/2005 e o entendimento desta Corte que conduziu ao Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário.	
a.9 (7)	exclua da minuta contratual qualquer previsão no sentido de a concessionária praticar tarifa de pedágio decorrente de reajuste ou revisão que não tenha sido procedido pela ANTT, tampouco sem comunicação prévia aos ministérios, conforme a Portaria MF 150/2018 e a Portaria DG/ANTT 314/2018, e sem autorização formal da autarquia mediante publicação de resolução.	Discordou.	9.1.8	exclua da minuta contratual qualquer possibilidade de a concessionária praticar tarifa de pedágio decorrente de reajuste ou revisão que não tenha sido precedida de aprovação pela ANTT, em atendimento ao disposto no art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, tampouco sem comunicação prévia aos Ministérios da Infraestrutura e da Economia, conforme a Portaria MF 150/2018 e a Portaria DG/ANTT 314/2018, e sem autorização formal da autarquia mediante publicação de resolução, em consonância com o disposto no art. 37 da Constituição Federal e nas subcláusulas 16.3.6 e 16.7.2 da minuta contratual.	Não deferente.

a.10 (8)	exclua da minuta contratual qualquer previsão de admissão, pela ANTT, de inclusão de obras com base em anteprojeto, consoante o disposto nas Resoluções ANTT 3.651/2011 e 5.859/2019 e o entendimento desta Corte expresso por meio dos <u>Acórdão 290/2018-TCU-Plenário</u> (subitem 9.2.3) e 1180/2019-TCU-Plenário (subitem 9.7.2) ;	Concordou.	9.1.9	exclua da minuta contratual qualquer previsão de admissão, pela ANTT, de inclusão de obras com base em anteprojeto, consoante o disposto nas Resoluções ANTT 3.651/2011 e 5.859/2019 e o entendimento desta Corte expresso por meio dos Acórdãos 290/2018-TCU-Plenário (subitem 9.2.3) e 1.180/2019-TCU-Plenário.	Não deferente.
a.11 (9)	suprima da minuta contratual o item "i" da subcláusula 16.6.2, consoante o disposto na Resolução ANTT 675/2004 e nas subcláusulas 24.1 e 24.3 da própria minuta.	Discordou.	9.1.10	modifique a redação do item (i) da subcláusula 16.6.2 para que passe a constar nela a informação de que o descumprimento iminente de obrigações justifica a revisão extraordinária, naquele caso específico, somente quando decorrente de risco expressamente alocado ao poder concedente.	Parcialmente deferente.
a.12 (10)	retifique o cálculo dos seguintes itens referentes ao desconto de reequilíbrio (fator D), para compatibilizar os quantitativos com o disposto no Programa de Exploração da Rodovia: (a.12.i a 1.12.iv)	Concordou.	9.1.11	retifique o cálculo dos seguintes itens referentes ao desconto de reequilíbrio (fator D), para compatibilizar os quantitativos com o disposto no Programa de Exploração da Rodovia (9.1.11.1 a 9.1.11.4)	Não deferente.

a.13 (11)	estabeleça os critérios que serão seguidos para possibilitar o reequilíbrio econômico-financeiro pleno tanto das obras e serviços das frentes de ampliação de capacidade e melhorias quanto nos referentes e de serviços operacionais, incluídas no anexo 5 da minuta de contrato.	Concordou.	9.1.12	estabeleça os critérios que serão seguidos para possibilitar o reequilíbrio econômico-financeiro pleno tanto das obras e serviços das frentes de ampliação de capacidade e melhorias quanto das referentes a serviços operacionais, incluídas no anexo 5 da minuta de contrato, em atendimento ao disposto no art. 9º, §§ 2º e 4º, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
a.14 (12)	reformule a definição de URT constante da minuta contratual, a fim de evitar dubiedades e interpretações prejudiciais à efetividade das multas previstas.	Concordou.	9.1.13	reformule a definição de URT constante da minuta contratual, a fim de evitar dubiedades e interpretações prejudiciais à efetividade das multas previstas.	Não deferente.
a.15 (13)	defina os eventos ensejadores e os respectivos valores de penalidades com precisão suficiente para cominações e quantificações inequívocas, proporcionando assim efetividade de sua previsão e aplicação, sejam os eventos e valores previstos na minuta contratual ou os eventualmente previstos em normas da autarquia aplicáveis à pretendida concessão.	Propôs converter em determinação.		Convertida em determinação no item 9.3.6.	Deferente.

a.16 (14)	inclua no disposto à subcláusula 18.8 da minuta contratual (processo administrativo de aplicação de penalidades) menção precisa às normas que a complementam.	Discordou.			Deferente.
a.17 (15)	inclua na minuta contratual indicação clara de prevalência em caso de conflito entre disposições do contrato e das normas da Agência, para definição das penalidades a serem aplicadas e do procedimento de aplicação.	Concordou.	9.1.14	inclua na minuta contratual indicação clara de prevalência, em caso de conflito entre disposições do contrato e das normas da agência, para definição das penalidades e do procedimento de aplicação.	Não deferente.
a.18 (16)	inclua, nas diretrizes do acordo tripartite, definição das possíveis situações referentes ao cumprimento das obrigações (reprogramadas, adimplidas, não adimplidas etc.), de forma a evitar erros de interpretação dos termos que vierem a ser utilizados nas comunicações.	Concordou.		inclua, nas diretrizes do acordo tripartite, definição das possíveis situações referentes ao cumprimento das obrigações (reprogramadas, adimplidas, não adimplidas etc.), de forma a evitar erros de interpretação dos termos que vierem a ser utilizados nas comunicações, consoante o disposto no art. 37 da Constituição Federal.	Não deferente.
a.19 (17)	inclua, dentre os termos previstos no anexo 9 da minuta contratual, referente a eventual acordo tripartite, o expresso consentimento da concessionária de compartilhamento	Concordou.	9.1.15	inclua, dentre os termos previstos no anexo 9 da minuta contratual, referente a eventual acordo tripartite, o expresso consentimento da concessionária de	Não deferente.

	de informações de processos administrativos de apuração de infrações e aplicação de penalidades, de forma que tal anuência afaste alegações de violação do sigilo previsto pelo art. 78-B da Lei 10.233/2001.			compartilhamento de informações de processos administrativos de apuração de infrações e aplicação de penalidades, de forma que tal anuência afaste alegações de violação do sigilo previsto pelo art. 78-B da Lei 10.233/2001, consoante o disposto no art. 37 da Constituição Federal.	
a.20 (18)	adeque a definição de "evento de alerta" constante da subcláusula 7.1, alínea "a", do anexo 9 da minuta contratual, de modo que elimine conflitos interpretativos entre tal disposição e o disposto na subcláusula 10.5 da minuta contratual.	Discordou.			Deferente.
a.21 (19)	compatibilize o período de cura legal (§ 3º do art. 38 da Lei 8.987/1995) com o período de cura previsto nas diretrizes de eventual acordo tripartite (subcláusula 8.4 do anexo 9) para os eventos de alerta definidos na subcláusula 7.1, alínea "b", do anexo 9, os quais podem resultar na caducidade da concessão, evitando-se que novos prazos sejam	Concordou.	9.1.17	compatibilize o período de cura legal (§ 3º do art. 38 da Lei 8.987/1995) com o período de cura previsto nas diretrizes de eventual acordo tripartite (subcláusula 8.4 do anexo 9) para os eventos de alerta definidos na subcláusula 7.1, alínea "b", do anexo 9, os quais podem resultar na caducidade da concessão, evitando-se que	Não deferente.

	concedidos ao final de um longo processo em que concessionária e/ou financiadores não se revelaram aptos ao saneamento das falhas e transgressões apuradas.			novos prazos sejam concedidos ao final de um longo processo em que concessionária e/ou financiadores não se revelaram aptos ao saneamento das falhas e transgressões apuradas	
a.22 (20)	inclua na minuta contratual indicação da forma de apuração objetiva dos valores devidos e vincendos, mencionados ao item "c" da subcláusula 8.2 do anexo 9, referentes a cada obrigação, viabilizando a efetiva aplicação do dispositivo e dos mecanismos previstos no documento.	Discordou.	9.2.2.	regulamente, da forma que entender pertinente, os critérios gerais para a precificação das obrigações inadimplidas, oportunidade em que deverá definir o procedimento interno da agência e indicar os setores competentes, sem prejuízo da inclusão de outras questões que entender pertinentes, conferindo efetividade ao disposto no art. 23, V da Lei nº 8.987/1995.	Parcialmente deferente.
a.23 (21)	ajuste a minuta contratual (subcláusulas 38.1.1 e 38.1.2) para suprimir o termo "mediação", utilizado de forma inapropriada.	Concordou.	9.1.18	ajuste a minuta contratual (subcláusulas 38.1.1 e 38.1.2) para suprimir o termo "mediação", utilizado de forma inapropriada, consoante o art. 1º da Lei 13.140/2015.	Não deferente.
a.24 (22)	exclua da minuta contratual a previsão de utilização do mecanismo comitê de resolução de conflitos (dispute board), de modo a não licitar a concessão com tal	Discordou.	9.1.19	inclua, na minuta contratual, a fim de conferir eficácia ao art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995, dispositivo prevendo que o uso do dispute board	Parcialmente deferente.

	previsão se inexistente a regulamentação referente aos procedimentos específicos aplicáveis, prevista na minuta.			só ocorrerá após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjettivos à concessionária.	
a.25 (23)	faça constar da minuta contratual disposição de que não se aplicará, nos procedimentos de resolução de controvérsias ali previstos, o parágrafo único do art. 8º da Resolução ANTT 5.845/2019, a fim de que a minuta se harmonize com os princípios que nor-teiam a Administração Pública e com a legislação.	Propôs converter em recomendação.	9.1.20	faça constar na minuta contratual disposição de que não se aplicará, nos procedimentos de resolução de controvérsias ali previstos, o parágrafo único do art. 8º da Resolução ANTT 5.845/2019, a fim de que a minuta se harmonize com os princípios que nor-teiam a Administração Pública e com a legislação, a exemplo da Constituição Federal, da Lei da Transparência (Lei 12.527, de 18/11/2011) e da Lei do Usuário dos Serviços Públicos (Lei 13.460, de 26/6/2017).	Não deferente.
a.26 (24)	exclua, da definição dos direitos patrimoniais disponíveis sujeitos aos mecanismos de solução de controvérsias contida na minuta contratual, a referência a "controvérsias advindas da execução de garantias", uma vez que essa hipótese não encontra	Propôs converter em recomendação.	9.1.20	exclua, da definição dos direitos patrimoniais disponíveis sujeitos aos mecanismos de solução de controvérsias contida na minuta contratual, a referência a "controvérsias advindas da execução de garantias", uma vez que essa hipótese	Não deferente.

	respaldo no Decreto 10.025, de 20/9/2019.			não encontra respaldo no Decreto 10.025, de 20/9/2019, que regulamenta a Lei 13.448, de 5/6/2017, que trata da matéria.	
a.27 (25)	inclua na minuta contratual indicação das multas que serão consideradas para o ajuste final de resultados, ante a possibilidade de haver penalidades pendentes de decisão de mérito, evitando assim processos de resolução de conflitos decorrentes de divergências interpretativas.	Concordou.	9.1.22	inclua na minuta contratual indicação das multas que serão consideradas para o ajuste final de resultados, ante a possibilidade de haver penalidades pendentes de decisão de mérito, evitando assim processos de resolução de conflitos decorrentes de divergências interpretativas, consoante o disposto no art. 23, inciso XI, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
a.28 (26)	adeque a minuta de contrato (subcláusulas 28.7 e 30.2) de forma que nos casos de extinção contratual seja afastado o pagamento de qualquer tipo de indenização (à concessionária e/ou financiadores), antes que sejam descontados os valores das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.	Discordou.	9.1.23	adeque a minuta de contrato (subcláusulas 28.7 e 30.2) de forma que, nos casos de extinção contratual, seja afastado o pagamento de qualquer tipo de indenização (à concessionária e/ou financiadores), antes que sejam descontados os valores das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária, consoante previsto no art. 38, § 5º, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.

a.29 (27)	estabeleça metodologia para o cálculo dos prejuízos causados pela concessionária à União e à sociedade, preferencialmente antes que o contrato de concessão da BR-163/MT/PA e BR-230/PA seja celebrado.	Discordou.			Deferente.
a.30 (28)	ajuste a subcláusula 32.2 da minuta contratual de modo a permitir ao poder concedente decretar a caducidade da concessão com relação ao inadimplemento da concessionária de obras e serviços que, a despeito de constarem da subcláusula 19.2, tenham sido regularmente incluídos no escopo do contrato de concessão.	Concordou.	9.1.24	ajuste a subcláusula 32.2 da minuta contratual de modo a permitir ao poder concedente decretar a caducidade da concessão com relação ao inadimplemento da concessionária de obras e serviços que, a despeito de constarem na subcláusula 19.2, tenham sido regularmente.	Não deferente.
a.31 (29)	elimine, antes da licitação, as referências a regulamentações inexistentes que possam impedir a aplicabilidade das subcláusulas 32.1.1 e 32.1.2, haja vista a ausência de regulamentação acerca das restrições à decretação de caducidade.	Concordou, com proposta de ajuste na redação.	9.1.25	consoante o disposto no art. 23, inciso IX, da Lei 8.987/1995, elimine, antes da licitação, as referências a regulamentações inexistentes que possam impedir a aplicabilidade das subcláusulas 32.1.1 e 32.1.2.	Não deferente.

Acórdão 1766/2021

ACÓRDÃO 1766/2021 PLENÁRIO – RELATOR MIN. WALTON ALENCAR				
ITEM	PROPOSTA	ANTT	DETERMINAÇÃO	RESULTADO

a.3 (1)	reavalie a matriz de riscos no que tange às responsabilidades pelo licenciamento ambiental, e caso opte por alocar o risco à concessionária, inclua, na minuta contratual obrigações objetivas para a futura concessionária que conduzam ao cumprimento do cronograma de obtenção do licenciamento ambiental previsto nos estudos de viabilidade apresentados e compatibilize os prazos de apresentação de anteprojetos e de projetos com as necessidades de detalhamento atinentes ao processo de licenciamento ambiental.	Discordou.	9.1.4.	reavalie a matriz de riscos, no que tange às responsabilidades pelo licenciamento ambiental, e caso opte por alocar o risco à concessionária, inclua, na minuta contratual, obrigações objetivas para a futura concessionária, que conduzam ao cumprimento do cronograma de obtenção do licenciamento ambiental, previsto nos estudos de viabilidade apresentados, e compatibilize os prazos de apresentação de anteprojetos e de projetos com as necessidades de detalhamento atinentes ao processo de licenciamento ambiental, em consonância com o art. 23, V, da Lei 8.987/1995.	Não deferente.
a.4 (2)	suprima da minuta de contrato as referências ao Organismo de Avaliação da Conformidade, ou a qualquer entidade terceira contratada e remunerada pela concessionária para aferição do atingimento dos parâmetros de desempenho	Converter em recomendação, com ajuste na redação proposta.	9.1.5, 9.1.6 (aberto nos subitens 9.1.6.1. a 9.1.6.4) e 9.1.7. Obs.: na contagem, foi considerado apenas um item, isto é, o que permite a figura do OAC. Os demais são	(9.1.5) estabeleça mecanismos para redução dos conflitos de interesse na contratação do OAC que deverá atuar na concessão objeto destes autos, a exemplo da sistemática definida no Acórdão 2.472/2020-Plenário. (9.1.6) adote medidas efetivas, especialmente as discriminadas a seguir, para que os	Parcialmente deferente. Possível a figura do OAC, mas com condicionantes.

			<p>condicionantes do primeiro.</p>	<p>documentos e pareceres elaborados pelo OAC para serem utilizados nas tomadas de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, sejam validados pelo órgão técnico do poder concedente, que não deverá estar vinculado às conclusões do OAC e responderá solidariamente por eventuais irregularidades, em atendimento ao disposto no art. 67 c/c o art. 124, da Lei 8.666/1993; no art. 37 da CF/88; nos art. 24, incisos VII e VIII, e 26, inciso VII, inciso VII, da Lei 10.233/2001; nos art. 6º, 25, § 2º, 29 e 30, parágrafo único da Lei 8.987/1995; (9.1.6.1.) suprima a denominação “independente”; (9.1.6.2) preveja ampla transparência aos pareceres emitidos pelo OAC, oportunizando às associações de usuários das rodovias concedidas apresentarem contestações, dentro de prazo preestabelecido, de maneira a facilitar o acesso às informações relevantes e fortalecer o controle social na concessão rodoviária;</p>	
--	--	--	------------------------------------	--	--

				<p>(9.1.6.3) estabeleça com clareza as condições de habilitação para atuação como OAC, atentando para o princípio da isonomia e para a obediência a normas de compliance;</p> <p>(9.1.6.4) importará em sanções administrativas para a concessionária e para o Organismo, além das possíveis cominações cíveis e penais no âmbito judicial e da comunicação obrigatória à entidade credenciadora.</p> <p>(9.1.7) estabeleça norma no sentido de que apenas os OAC credenciados pela agência reguladora possam ser contratados pelas concessionárias, fixando requisitos rígidos de formação e capacidade, vedada a participação de entidades que já receberam punição pelo Poder Público, ou que, a qualquer tempo, percam a condição de credenciada pela agência reguladora.</p>	
a.5 (3)	adeque os dispositivos contratuais que cuidam das receitas provenientes do fluxo livre, de modo que essas receitas sejam tratadas em conformidade	Discordou.			Deferente.

	com as hipóteses previstas na Lei 8.987/1995 e revertidas integralmente em favor dos usuários na estruturação dos estudos.				
a.6 (4)	ajuste os documentos para à licitação ora em tela, no sentido de harmonizar o EVTEA e a Minuta de Contrato quanto à aplicação do Fator de Gerenciamento na cobrança de fluxo livre na RMSP.	Discordou.			Deferente.
a.7 (5)	altere as regras contratuais (em especial a cláusula 21.2.31 da minuta contratual) de forma a garantir que parcela da totalidade das receitas extraordinárias seja considerada para fins de reversão à modicidade tarifária, sem o limite imposto pelo projeto, cabendo à ANTT a definição do percentual adequado.	Discordou.			Deferente.
a.8 (6)	exclua da minuta contratual qualquer previsão contratual não aderente a legislação em vigor, ou, alternativamente, exponha no contrato, de forma clara, as	Discordou.			Deferente.

	obrigações das concessionárias em caso de não alteração da legislação (necessárias para a implantação da estratégia de gestão ativa de tráfego - harmonização de velocidade), informando ao usuário o impacto dessa medida no projeto (condição da via).				
a.10 (7)	inclua no edital de concessão exigências de qualificação econômica para as proponentes, devendo-se estabelecer critérios objetivos para comprovar a boa situação financeira delas.	Discordou.			Deferente.

Acórdão 3136/2021

ACÓRDÃO PLENÁRIO 3136/2021 – RELATOR MIN. RAIMUNDO CARREIRO					
ITEM	PROPOSTA	ANTT		DETERMINAÇÃO	RESULTADO
a.2 (1)	preveja critérios objetivos para verificar a qualificação e idoneidade econômico-financeira das empresas proponentes, de forma a comprovar situação financeira compatível com as obrigações a serem assumidas.	Discordou.		9.1.2. preveja critérios objetivos para qualificação econômica das empresas proponentes, de forma a comprovar situação financeira compatível com as obrigações a serem assumidas, e inclua tais exigências no edital, em observância aos arts. 18, inciso V, e 27, §	Não deferente.

				1º, inciso I, da Lei 8.987/1995.	
a.3 (2)	<p>promova, caso haja previsão de um interstício inferior a 12 meses entre os inícios das concessões da BR-101/116/RJ/SP e BR-116/465/493/RJ/MG, os ajustes necessários nos estudos e demais documentos pertinentes, modo que seja compatibilizada entre os dois contratos a competência para a administração do trecho de Viúva Graça (do km 168 ao km 214,7 da BR-116/RJ)</p>	<p>Concordou parcialmente.</p> <p>Embora de acordo com eventual descasamento entre os cronogramas da iNovaDutra e da Rio-Valadares, propôs alterações que não demandariam ajustes nos estudos, mas apenas nos dispositivos contratuais.</p>	9.1.3.	<p>estipule as datas prováveis de assunção, por parte da futura concessionária, da administração dos trechos anteriormente concedidos à Nova Dutra (km 168,1 ao km 214,7 da BR-116/RJ) e à CRT (km 2,1 ao km 148,4 da BR-116/RJ), caso se preveja que esses segmentos não serão assumidos concomitantemente ao restante do conjunto de rodovias, e realize os ajustes decorrentes no Contrato e na Modelagem Econômico-Financeira, se for o caso.</p>	Parcialmente deferente.
a.4 (3)	<p>Ajuste as cláusulas da minuta contratual de modo que sejam deduzidos os montantes associados aos recursos vinculados do valor relativo à Compensação do Desconto de Usuários Frequentes, com vistas à manutenção do equilíbrio contratual.</p>	Concordou.		<p>Perdeu o objeto.</p> <p>Em versão posterior àquela entregue à unidade técnica (e anterior à emissão do voto), a inadequação foi corrigida, motivo pelo qual não houve determinação no acórdão.</p>	Não deferente.

81.a .1 (4)	<p>corrija na minuta de edital o texto do item 8.3 que está contraditório com a redação do item 8.4</p> <p>(Proposta feita após instrução complementar em razão do envio de memoriais).</p>	<p>Não se manifestou especificamente sobre, já que a proposta foi elaborada após instrução complementar dado o envio de memoriais enunciando inovações, quando já finda a instrução regular.</p>			Deferente.
81.a.2 (5)	<p>promova ajustes na fórmula constante do item 4.2 do anexo 15, solucionando as falhas pontuadas nesta instrução, caso venha a implementar o Mecanismo de Compartilhamento de Risco de Preço de Insumo</p> <p>(Proposta feita após instrução complementar em razão do envio de memoriais).</p>	<p>Não se manifestou especificamente sobre, já que a proposta foi elaborada após instrução complementar dado o envio de memoriais enunciando inovações, quando já finda a instrução regular.</p>		Convertida em recomendação, no subitem 9.2.1., para caso a Agência venha a efetuar a inovação enunciada.	Deferente.

81.a.3 (6)	<p>especifique os critérios que eventualmente podem permitir a não observância da priorização prevista na subcláusula 4.6.2 do Anexo 15, relativa à quitação do saldo de compensação em favor do Poder Concedente, caso venha a implementar o Mecanismo de Compartilhamento de Risco de Preço de Insumo</p> <p>(Proposta feita após instrução complementar em razão do envio de memoriais).</p>	<p>Não se manifestou especificamente sobre, já que a proposta foi elaborada após instrução complementar dado o envio de memoriais enunciando inovações, quando já finda a instrução regular.</p>	<p>Convertida em recomendação, no subitem 9.2.2., para caso a Agência venha a efetuar a inovação enunciada.</p>	Deferente.
---------------	---	--	---	------------