

Tribunal de Contas da União

Dados Materiais:

Decisão 188/95 - Plenário - Ata 18/95

Processo nº TC 006.098/93-2

Interessados: Diretor-Geral do DNER e Representante Legal do Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER

Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira

Revisor: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva

Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado

Unidade Técnica: 1ª SECEX

Especificação do quorum:

Ministro Presentes: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, (Presidente), Fernando Gonçalves, Carlos Átila Álvares da Silva (Revisor), Paulo Affonso Martins de Oliveira (Relator), Olavo Drummond, Iram de Almeida Saraiva e o Ministro-Substituto Bento José Bugarin.

Assunto:

Pedido de Reexame da Decisão nº 763/94 - Plenário, adotada neste processo de Acompanhamento da 3ª Fase - Propostas de Tarifa, da concessão de exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio - Niterói).

Relatório e Voto do Ministro Revisor:

GRUPO II - CLASSE I - Plenário

TC 006.098/93-2 (c/ 09 volumes)

PROSEGUIMENTO DE VOTAÇÃO SUSPensa EM FACE DE PEDIDO DE VISTA

Inteiros teores do Relatório e Voto apresentados pelo Relator, Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, na Sessão Ordinária do Plenário realizada em 19.04.95 (Anexo II da Ata nº 15/95), bem como o Voto do Ministro-Revisor, Carlos Átila Álvares da Silva e, ainda, da Decisão nº 188/95, adotada nesta data pelo Tribunal Pleno (Proc. nº 006.098/93-2).

Apenso: TC 016.409/93-0 - Improriedades verificadas no processo licitatório para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói (c/ 04 volumes).

NATUREZA: Pedido de Reexame da Decisão nº 763/94-Plenário.

ENTIDADE: Departamento Nacional de Estradas e Rodagens - DNER

INTERESSADOS: Diretor-Geral do DNER e Consórcio Andrade

Gutierrez/Camargo Corrêa.

EMENTA: Pedidos de Reexame da Decisão nº 763/94 - Plenário, adotada quando do exame do Relatório de Acompanhamento dos procedimentos relativos aos estudos da viabilidade técnica e licitação da concessão de exploração da Ponte Rio-Niterói (3ª fase). Conhecer dos pedidos apresentados para, no mérito, dar-lhes provimento, e em consequência alterar a decisão recorrida, fazendo determinações e recomendações ao DNER.

Em 13.12.94, o Tribunal Pleno, acolhendo voto de minha autoria, coincidente com os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público, decidiu por unanimidade (Decisão nº 763/94 - Plenário), fixar prazo de 30 dias para o DNER "promover a anulação da 3ª fase da licitação para a concessão da Ponte Rio Niterói, em razão da ocorrência de vícios e ilegalidades nos itens do Edital de Propostas de Tarifas, bem como a inobservância dos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, ...".

Em tempo, a autarquia e o Consórcio declarado vencedor da licitação impetraram pedidos de reexame da referida Decisão. Relator do recurso, o eminente Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira trouxe o processo a julgamento na Sessão de 19.04.95. Na análise das razões do recurso, a Unidade Técnica, no caso a 1ª SECEX, manteve inalterada sua posição anterior, pela anulação do julgamento da 3ª Etapa da licitação questionada. Houve sustentação oral por parte de Advogado nomeado pelo Consórcio. O Ministério Público entretanto, em cota escrita referendada por pronunciamento formulado na Sessão, reviu sua posição anterior, opinando pelo acolhimento ao recurso, tornando sem efeito a Decisão nº 763/94.

O eminente Relator, no voto que proferiu, acolheu em parte as razões dos recorrentes, e submeteu ao Tribunal decisão na qual, entre outras providências (recomendações e determinações), torna sem efeito os itens 8.1 e 8.2 da Decisão recorrida, ou seja, precisamente os itens nos quais o Tribunal havia determinado ao DNER:

"8.1 - promover a anulação da 3ª fase da licitação (...)", e

"8.2 - rever o Edital de Propostas de Tarifa de forma a realizar novamente a 3ª fase da licitação (...) com observância da legislação que disciplina a matéria (...)".

O Senhor Ministro Paulo Affonso assinalou, no voto proferido na Sessão de 19.4.95 que:

"17. Após a Decisão Plenária acima mencionada (Decisão nº

763/94), o DNER, sob o fundamento de que o pedido de reexame tem efeito suspensivo (Lei nº 8.443/92, art. 48), firmou com o consórcio vencedor da licitação contrato de concessão, com o acréscimo da seguinte cláusula:"

Segue-se, no voto, a transcrição integral da cláusula 279, segundo a qual o contrato só viria "a produzir quaisquer efeitos ou gerar direitos ou obrigações se reconhecida afinal a validade da referida Fase III da Licitação."

Observa o Senhor Relator que tal dispositivo "constitui inovação do contrato, com cláusula não objeto de exame por parte do Tribunal. Poderiam fazê-lo os contratantes?" -- pergunta. E responde: "Creio que não". E, coerentemente, na Decisão que propõe à aprovação do Tribunal, sugere "considerar como não escrita" a indigitada disposição contratual.

Solicitei vista do presente processo porque, "data venia" do eminente Relator do recurso, entendo que a atitude adotada pelo Diretor-Geral do DNER, ao assinar o contrato nessas circunstâncias, constitui ato de suma gravidade, por suas implicações para o exercício das competências de controle externo atribuídas a este Tribunal.

O Senhor Ministro Paulo Affonso entende que o DNER não poderia inserir a cláusula condicional no contrato. Entendo eu que, na verdade, a autarquia não poderia sequer ter assinado o contrato, "tout court", pois lhe falecia, ao DNER, autorização legal para tanto, enquanto vigente a decisão deste Plenário que determinou a anulação da 3ª fase da respectiva licitação - ainda que tal decisão estivesse com sua aplicação interinamente suspensa por força do recurso "sub judice".

O disciplinamento normativo do direito de recorrer e dos efeitos produzidos pelos recursos sobre a eficácia da decisão recorrida - enquanto não julgado o recurso -- e de seus alcances, no tempo e no espaço, constitui matéria altamente complexa e por isso minudentemente tratada nos códigos de processo e na doutrina.

Diz o art. 48 da Lei nº 8.443/92 que o pedido de reexame de decisão proferida em processo de inspeção ou de auditoria tem efeito suspensivo. Fundado nessa circunstância, o DNER considerou-se autorizado a assinar o contrato de concessão com o consórcio vencedor da concorrência, apesar de o Tribunal ter-lhe determinado que promovesse a anulação da respectiva licitação, pela "ocorrência de vícios e ilegalidades" no processo em causa.

Pretendeu a Autarquia atenuar a temeridade dessa iniciativa, acrescentando ao contrato cláusula de condição suspensiva do início de sua execução, convindo as partes signatárias que a avença somente geraria direito se a inquinada 3ª fase da licitação viesse a ser considerada válida pelo TCU.

Extraio da Enciclopédia Saraiva do Direito, Tomo 63, pág. 445, o seguinte comentário, útil ao caso, na medida que incide sobre os efeitos dos recursos sobre a sentença proferida:

"O efeito suspensivo importa a obstrução de concretizarem-se imediatamente os efeitos produzidos pela decisão recorrida. Apesar da pronta eficácia desta, a realização daqueles resta entretanto sustada até quando do trânsito em julgado do pronunciamento pleiteado em grau de recurso. Daí por que, enquanto tal não aconteça, não se poderá em regra executar ou cumprir o decidido".

De notar portanto, claramente escandida na doutrina, a diferença que existe entre a sentença em si mesma e os efeitos da sentença. O caráter suspensivo do recurso incide sobre os efeitos da sentença, sem contudo alterar no mais ínfimo pormenor o mérito desta última, até que se produza a decisão sobre o recurso.

A Decisão nº 763/94 determinou ao DNER a anulação da 3ª etapa da licitação. O pedido de reexame, por sua força suspensiva, sobrestou o efeito da determinação contida na Decisão, ou seja, suspendeu seu efeito (a determinação de fazer) e portanto autorizou a autarquia a deixar de implementar, no prazo fixado, a anulação determinada, até que o Tribunal se pronunciasse sobre o mérito do pleito recursal. O recurso sustou assim os efeitos da Decisão, porém em nenhum grau lhe afetou o conteúdo e o mérito. A Decisão continuou válida, tal como aprovada pela Corte. Ou seja, o juízo de valor condenatório do processo de licitação permaneceu inalterado, contestado unicamente pelo recorrente, e aguardando o reexame pelo Tribunal (daí o nome dado a esta modalidade de recurso). E enquanto se aguarda o reexame, a essência do julgamento é a que existe. Não pode o responsável presumir sua alteração ou rejeição, e agir em conseqüência.

Em nenhuma hipótese, portanto, o efeito suspensivo conferia ao DNER o direito de agir contra o mérito da Decisão desta Corte, firmando um contrato cuja base jurídica de fundamentação -- isto é, a licitação -- tinha sido declarada ilegal pelo Tribunal, por decisão não revogada. Ao fazê-lo, o DNER agravou "de facto" a situação questionada pela Corte em sua primeira Decisão. Embora a

própria lógica do instituto recursal traga inerente a possibilidade de sua revisão, nem por isso pode o recorrente desde logo agir na presunção de que o recurso será provido, como já comentei acima.

Portanto, o único procedimento correto admissível na hipótese seria que, amparado pelo efeito suspensivo, o DNER exclusivamente deixasse de promover a anulação da licitação, como de direito a lei lhe assegurava e como de fato o fez. Nunca poderia entretanto ter prosseguido, dando seguimento ao processo administrativo licitatório e arrematando-o com a celebração do contrato.

Veja-se a propósito o comentário do eminente Mestre Vicente Grecco Filho, Professor Titular das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e Mackenzie, quando afirma:

"Cabe lembrar que o efeito suspensivo do recurso em nada acrescenta à decisão. Apenas obsta seus efeitos. Por exemplo, negada uma liminar, ainda que se pense em dar efeito suspensivo ao recurso, esse efeito não provocará a concessão da medida negada". (in' Direito Processual Civil Brasileiro, 2º vol. Ed. Saraiva, 7a ed. 1974, pag. 275).

"Mutatis mutandi", conclui-se que a suspensão meramente interina dos efeitos da Decisão nº 763/94, desta Corte, por força do pedido de reexame pendente de julgamento, de forma alguma poderia entender-se como capaz de remover o obstáculo legal impeditivo de o DNER assinar o contrato decorrente da licitação impugnada.

Penso, por isso, que não é somente a esdrúxula Cláusula 279 do contrato que deve ser impugnada e questionada, mas sim o ato do DNER, de assinar o contrato afrontosamente contra a deliberação expressa desta Corte.

Considero essencial que o Tribunal firme posição nítida e clara, nesta matéria e nesse sentido, sob pena de abrir-se caminho para a subversão da finalidade do instituto do recurso, permitindo-se que seu nobre objetivo de assegurar a ampla defesa seja desvirtuado e passe a servir de instrumento de chicanas e subterfúgios dos recalcitrantes e insubmissos ao controle.

À falta de uma posição firme que impeça tais estratégias, passaremos a defrontar-nos, a cada decisão da Corte, com a impetração de recursos seguida da consumação de atos administrativos impugnados pela decisão recorrida, com a agravante de consolidarem-se efeitos irreversíveis, em termos de despesas ilegais e de prejuízos para o erário.

Por isso, e à vista do caso concreto sob exame, proponho que, adicionalmente à decisão de mérito da questão analisada, o Tribunal adote a orientação de que o efeito suspensivo dos recursos impetrados contra suas Decisões susta provisoriamente a eficácia das mesmas até o julgamento do recurso, mas não autoriza o recorrente a, antes do pronunciamento do Tribunal sobre o mérito do recurso, praticar qualquer ato ou adotar qualquer providência que direta ou indiretamente contrarie qualquer dos itens da decisão recorrida, sujeitando-se o infrator à multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92, c.c. o art. 220, inciso II do Regimento Interno.

No caso presente, deixo de propor a aplicação de penalidade desde já ao Diretor-Geral do DNER, em vista do ineditismo da situação, sobre a qual não me ocorre tenha o Tribunal deliberado anteriormente.

No que respeita ao mérito da Decisão recorrida e do Voto do eminente Ministro Paulo Affonso, concordo com a análise do Ministério Público e do Relator, no sentido de que os elementos agora carreados aos autos sanam as irregularidades e a ilegalidade detectadas originalmente no processo de licitação sob análise.

No que respeita à inclusão no Edital da previsão do recurso ao juízo arbitral para resolver controvérsias entre as partes, embora concorde com as análises efetuadas, desejo acrescentar algumas considerações a respeito.

A adoção do juízo arbitral como forma de dirimir controvérsias que venham a surgir no curso da execução do contrato foi a cláusula que, no parecer que exarou por primeira vez neste processo, levou o Senhor Procurador-Geral a concluir pela ilegalidade do Edital, conduzindo portanto à proposição de anulação do certame licitatório -- proposta que acolhi como Relator e o Tribunal endossou à unanimidade em dezembro último.

De lá para cá, foi sancionada a Lei nº 8.987/95, que veio regular especialmente a concessão da exploração de obras públicas, e que se aplicaria, portanto, justamente aos casos como o que aqui examinamos.

Argumenta o ilustre advogado que representa os interesses do consórcio ao qual o DNER atribuiu o primeiro lugar na licitação, que a lei nova se aplica imediatamente no âmbito do direito público, e que portanto o contrato administrativo que concede a exploração da ponte Rio-Niterói àquela associação de empreiteiras

deve passar a regular-se pela Lei nº 8.987/95, convalidando-se todas as cláusulas desse mesmo contrato, ainda que a licitação sobre a qual se fundamenta tivesse infringido as leis que então a regulavam, porque aquelas cláusulas são agora compatíveis com o novo disciplinamento. Nessa linha de raciocínio, assinala que essa lei legítima, por força de seu art. 23, inciso XV, o juízo arbitral como meio hábil para a composição de litígios entre as partes nos contratos administrativos. Conseqüentemente, estaria convalidada, estaria superada a ilegalidade que motivou, na decisão recorrida, a determinação ao DNER de que anule a 3ª fase da licitação.

O Ministério Público, representado pelo Senhor Procurador, Dr. Lucas Furtado, acolhe a argumentação do recorrente e revê, em conseqüência, a quota anteriormente expendida pela Procuradoria, considerando agora sanada a ilegalidade e em conseqüência propondo o provimento do recurso, para considerar regular a licitação tal como realizada.

O Eminentíssimo Relator endossa tais conclusões e vota no mesmo sentido, ressalvando somente que o DNER deve cuidar de "não incluir, na parte da arbitragem, cláusulas que não observem estritamente os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público" (item 8.3.1, "b" da Decisão proposta).

Essa restrição expressa, formulada pelo Senhor Relator me parece essencial e sobretudo suficiente para que se convalide o Edital, embora por efeito retroativo da nova Lei - efeito esse que, como bem argumenta o Senhor Advogado e sempre interpretou essa Corte, é uma característica da lei administrativa. A ressalva proposta pelo eminentíssimo Relator apenas evidencia algo que, como adiante comento, lembrando o parecer emitido sobre o tema pelo Doutor Francisco Mourão Branco, quando dirigia o Parquet, nunca foi posto em questão: o juízo arbitral terá sempre de conformar-se àqueles princípios fundamentais, e por isso -- e enfatizo este ponto -- sempre que o laudo contrariar tais princípios, o responsável pelo órgão público contratante fica obrigado a recorrer à Justiça contra o laudo.

Assim entendida a questão, penso que efetivamente se pode aceitar que a Lei nº 8.987/95 tenha vindo inovar na matéria - e só assim se pode interpretá-la, sob pena de inconstitucionalidade.

Não é demais lembrar aqui, como adiantei acima, e tal a importância do tema, o brilhante parecer exarado pelo ilustre Doutor Francisco Mourão Branco, então Procurador-Geral junto a esta

Corte, quando enfrentou a questão no processo TC 8.217/93-9, do qual foi relator o eminente Ministro Homero Santos.

Dizia o Doutor Mourão Branco:

"10. Deve ficar claro que o "caput" do art. 37 da Constituição Federal impõe a toda a Administração Pública - direta, indireta e fundacional - a obediência ao princípio da legalidade, que tem como corolário imediato o princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos (...).

11. Da mesma forma que na transação, o Administrador, não podendo dispor ao seu talante dos direitos cuja titularidade pertence às pessoas jurídicas de direito público ou privado, fica igualmente impossibilitado, sem a indispensável autorização legal, de requerer a instauração de juízo arbitral, em que teríamos algo equivalente a uma temerária transferência de direitos, immanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido.

.....

17. No Direito Brasileiro, em que a garantia dos direitos e interesses pelo Poder Judiciário é princípio inscrito na Constituição, em mais de um dispositivo, principalmente no inciso XXXV de seu art. 5º, a sentença arbitral, aqui subentendida a de ordem extrajudicial, só se faz eficaz após sua homologação pelo Poder Judiciário, que assim lhe empresta a autoridade de "judicium" dotado de força executiva.

18. Da mesma forma, inobstante a cláusula `sem recurso', o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.048, prevê a possibilidade de a parte insubmissa recorrer à justiça comum. Sobretudo ganha relevo a regra do art. 1.035 do mesmo Código, que restringe (ex vi do disposto no citado art. 1.048) o compromisso aos direitos patrimoniais de caráter privado."

Com base nesse intróito, o então Procurador Geral junto ao TCU encaminhava seu raciocínio no sentido de concluir que "no geral, tem-se como impossível a instituição de juízo arbitral a respeito de matérias que não podem ser objeto de transação, ou para as quais exista um procedimento específico e obrigatório, como, por exemplo, as questões de Estado(...)."

Assinalava ainda que:

"21. E no caso de envolvimento de entidades da Administração Pública, com mais forte razão, em face dos interesses e direitos aí envolvidos, é de se defender o monopólio do Poder Judiciário como a jurisdição competente para a solução dos litígios, sem

referirmo-nos à competência mesma da Egrégia Corte de Contas, órgão constitucionalmente instituído para avaliar acerca do bom e regular emprego dos recursos públicos."

Lembrava ainda o Senhor Procurador que "o laudo condenatório, se não cumprido voluntariamente, tem de ser levado ao juiz togado para a execução forçada - o que desfaz a apregoada celeridade do juízo arbitral", para concluir que todas "estas observações induzem à precária prestabilidade, no Direito Pátrio, do compromisso como forma de solução de litígios (máxime - repisamos - quando envolvidas pessoas administrativas), de vez que, em sua grande maioria, as questões submetidas a laudos arbitrais têm como destino certo sua reavaliação no âmbito do Poder Judiciário, a partir da provocação da parte insatisfeita."

Esse era o disciplinamento vigente e a essa a interpretação do Tribunal, até o presente momento. No entanto, temos agora a evidência de que, sancionada a nova lei nº 8.987/95, e com a expressa condição oportunamente lembrada pelo Relator, a questão evoluiu significativamente.

Permanece válida a ressalva de que, mesmo quando submetido a juízo arbitral, a solução de qualquer tema controverso que surja na execução do contrato administrativo somente pode ser aceita pelo gestor público se respeitado estritamente o princípio da legalidade ao qual está ininterruptamente submetido qualquer ato seu - inclusive aquele de aceitação do compromisso ínsito no arbitramento.

Existem divergências, explicitadas pela instrução, quanto à interpretação que admite enquadrar-se o juízo arbitral entre os denominados "modos amigáveis de solução das controvérsias" - expressão usada pela nova Lei nº 8.987/95, e que os recorrentes consideram proporcionar a indispensável cobertura legal para a questionada cláusula.

Neste ponto, penso que o Tribunal, ao decidir, não pode deixar de considerar as circunstâncias que envolvem os dispositivos em exame. O processo de privatização que o Poder Executivo e o Congresso Nacional indiscutivelmente vêm apoiando e promovendo traz inerente forte mudança de rumos e de orientação na política e na doutrina institucionais do Estado. Essa mudança de rumos se expressa em nova legislação, ou seja, só se viabiliza na medida em que provoca a ruptura com as disposições normativas até então vigentes - que consolidavam e mantinham a economia estatizada e que são agora substituídas por disciplinamento novo, que vem abrir

caminhos diferentes para equacionar as questões políticas, econômicas e sociais na sociedade em que vivemos. Nessa ruptura, inevitavelmente surgem áreas de dúvida e mesmo de conflitos interpretativos da legislação antiga, ainda vigente, contraposta com a nova, ainda carente de maturação jurisprudencial, especialmente porque, como é sabido, o direito positivo não tem como esgotar todas as hipóteses de casos concretos que deve regular - situação que se agrava no campo do direito administrativo brasileiro, lamentavelmente saturado por um passado exageradamente profícuo na produção de normas e regulamentos sempre especiosos e nem sempre claros.

Por isso, ao decidir questões relacionadas com o programa de privatização, embora velando sempre pela preservação dos princípios constitucionais da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, da moralidade e da preservação do erário, o Tribunal deve procurar contribuir para encontrar soluções positivas, que promovam e nunca que obstaculizem, a conclusão dos processos incluídos no referido programa pelo Legislativo e promovidos pelo Executivo, sempre que nesses processos inexistam contradições essenciais graves com o normativo vigente, ou que se falhas existirem, sejam elas claramente formais, superficiais, e não comprometedoras dos mencionados princípios fundamentais do direito administrativo.

Com esse objetivo, a interpretação do direito positivo deve, sempre que possível, incorporar como azimute fundamental o prosseguimento daqueles processos, no interesse global do país.

Foi com esse espírito, aliás, que oportunamente votei a favor do prosseguimento da segunda etapa do processo de licitação da exploração desta mesma Ponte Rio-Niterói, relevando na oportunidade imperfeições formais detectadas no processo.

Nesta terceira etapa, a instrução e o Ministério Público apontaram ilegalidades essenciais que, diante dos elementos autuados à época e à luz da lei então vigente, impediam o prosseguimento do processo e conduziam à sua anulação.

Levando agora em conta as novas informações carreadas aos autos pelos recursos, e considerando a lei nova recém-sancionada, entendo cabível, neste novo contexto histórico e institucional, resolver as dúvidas doutrinárias ainda existentes, em matéria de admissibilidade do juízo arbitral, decidindo-se a favor de sua convalidação pela Lei nova, conforme acertadamente propõem o Ministério Público e o eminente Relator.

Por fim, entende o eminente Relator, diferentemente da instrução da 1ª SECEX, que o DNER comprovou ter realizado os estudos técnicos requeridos pelo Edital, para fundamentar o julgamento das propostas na fase final da licitação, e que o fato de não tê-los apresentado formalmente como base da adjudicação do certame não compromete a regularidade da concorrência.

Segundo o órgão técnico, as decisões administrativas têm necessariamente de ser motivadas; conseqüentemente, a Comissão de Licitação teria adotado decisão desmotivada e portanto ilegal, ao não vincular formal e expressamente a decisão final da licitação a estudos conclusivos e publicamente explicitados, para conhecimento e consulta de todos os interessados, sobretudo os licitantes.

Quando do julgamento que resultou na Decisão recorrida, o processo carecia de elementos que comprovassem a realização daqueles estudos. Os recursos ora apreciados suprem a falha e evidenciam que a exigência editalícia foi cumprida, tendo sido realizados os estudos técnicos exigidos e levados em consideração no processo final de julgamento da licitação, cujas conclusões teriam sido assim motivadas, como manda a lei. Em conseqüência, do estrito ponto de vista de fundamentação e motivação da decisão final, se falha houve, foi de caráter formal, e não essencial, pois evidentemente o julgamento final foi motivado por essa análise conclusiva das propostas apresentadas - mesmo que tal análise não tenha sido divulgada.

Por todas essas razões, acompanho o Voto do ilustre Ministro Paulo Affonso, quando encontra, nas defesas constantes dos recursos apresentados, e no advento da Lei nº 8.987/95, os elementos suficientes para convencê-lo a rever Decisão nº 763/94, sobretudo porque, como assinalado, estabelece adequado limite à inclusão do juízo arbitral no contrato que regulará a concessão sob apreciação.

Ao acompanhar Sua Excelência, proponho que, em aditamento ao julgamento de mérito do recurso, o Tribunal, pelos motivos que expus, acrescente à Decisão o seguinte item:

- "o efeito suspensivo dos pedidos de reconsideração e de reexame, bem como dos embargos de declaração, impetrados contra as Decisões do Tribunal, susta provisoriamente os efeitos das mesmas até o julgamento do recurso, mas não autoriza o recorrente a, antes do pronunciamento do Tribunal sobre o mérito do recurso, praticar qualquer ato ou adotar qualquer providência que direta ou indiretamente contrarie qualquer dos itens da decisão recorrida,

sujeitando-se o infrator à multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92, combinado com o art. 220, inciso II, do Regimento Interno"; e

finalmente, proponho ainda que o Plenário determine a continuação do acompanhamento, pelas Unidades Técnicas, competentes (1ª SECEX, em coordenação com a SECEX/RJ), da execução do contrato de concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, representando ao Tribunal sempre que motivo relevante o justifique.

Ementa:

Acompanhamento. DNER. Concessão de exploração da Ponte Rio Niterói. Pedido de reexame de Decisão que fora pela anulação da 3ª etapa da licitação. Análise das alegações de defesa. Provimento parcial.

Determinação.

- Decisão do TCU. Efeito suspensivo no caso de recurso.

Considerações sobre a matéria. Juízo Arbitral. Instituição e aplicação imediata das leis de Direito Público.

Data DOU:

22/05/1995

Página DOU:

7277

Data da Sessão:

10/05/1995

Fala dos Integrantes da Sessão:

Fala do Procurador-Geral, em exercício, Dr. JATIR BATISTA DA CUNHA

Senhor Presidente

Senhores Ministros

Nada teria a aduzir, além do que se contém nas manifestações já exaradas em pareceres do Ministério Público, constantes dos autos.

Mas, como funcionei na etapa em que o processo esteve sob os cuidados do Ministro CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA e a questão evoluiu, a partir dos recursos, ora em apreciação, devo confirmar o bem produzido trabalho do Subprocurador-Geral, Dr. LUCAS ROCHA FURTADO, nesta fase recursal, deixando para exame do Eg. Plenário as questões essencialmente técnicas, que esse complexo processo

traz em seu bojo, já examinadas pela SECEX competente e bem narradas pelo eminente Relator dos recursos.

Contudo, desejaria tecer considerações, em caráter de adminículo, sobre a questão operacional da Decisão que vier a ser produzida.

Há uma premissa, cuja conclusão vai desaguar na questão da arbitragem ou juízo arbitral.

A premissa é sobre a aplicabilidade da lei nova a fatos passados ou em formação.

Em matéria de Direito Privado, em normas estritamente sob o domínio de particulares, prevalece a parêmia "tempus regit actum", porque a estabilidade das relações jurídicas é ponto crucial, é a segurança dos atos civis, diz com o princípio do direito adquirido, da democracia até.

Mas, em Direito Público, como o caso dos autos, que gira na órbita do Direito Administrativo, e, no caso do Direito Processual, sabe-se que a lei nova atinge os atos em curso, porque o interesse público é a linha de comando, a lei nova, para o legislador, é melhor que a modificada, senão não seria alterada.

Em conseqüência, a arbitragem poderia ser admitida, se o Eg. Plenário admitir a premissa, sabido que o contrato foi firmado sob condição suspensiva, qual seja, a v. Decisão deste Tribunal.

Agora, vem a questão: Como proceder?

Dentro do princípio do "utile per inutile non viciatur", não haveria necessidade de anulação ou refazimento do contrato, mas, pela via de aditivo de re-ratificação, poder-se-iam eliminar incongruências e aditar outras cláusulas consideradas necessárias à perfeição do ato.

Por fim, para ressalva de defesa do patrimônio ou interesse da União Federal, há sempre, em favor da Administração, o direito de ir ao contencioso da Justiça Federal, se se verificar qualquer lesão de direito da União, visto como essa garantia é de nível constitucional e, por isso, inarredável.

A validade da decisão arbitral só se sustenta se e quando as partes não a impugnarem.

Relatório do Ministro Relator:

GRUPO II - CLASSE I - Plenário

TC 006.098/93-2 (c/09 volumes)

SUSPENSÃO DE VOTAÇÃO EM FACE DE PEDIDO DE VISTA

Inteiro teor do Relatório, Voto e Proposta de Decisão emitidos pelo Ministro Olavo Drummond, no tocante ao processo nº 014.080/93-1, versando sobre a Tomada de Contas Especial do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq, cuja votação foi suspensa (art. 56 do Regimento Interno), na Sessão Ordinária realizada em 03 de maio de 1995, ante pedido de vista formulado pelo Ministro Iram de Almeida Saraiva, após haver o Relator proferido seu Voto e apresentado a correspondente Proposta de Decisão.

Apenso: TC 016.409/93-0

- Improriedades verificadas no processo licitatório para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói (c/ 04 volumes)

Natureza: Pedido de Reexame da Decisão nº 763/94-Plenário

Entidade: Departamento Nacional de Estradas e Rodagens - DNER

Interessados: Diretor-Geral do DNER e Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa

Ementa: Pedidos de Reexame da Decisão nº 763/94 - Plenário, adotada quando do exame do Relatório de Acompanhamento dos procedimentos relativos aos estudos da viabilidade técnica e licitação da concessão de exploração da Ponte Rio-Niterói (3ª fase). Conhecer dos pedidos apresentados para, no mérito, dar-lhes provimento, e em consequência alterar a decisão recorrida, fazendo determinações e recomendações ao DNER.

Cuidam os autos dos pedidos de reexame do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER e do Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, formulados contra a Decisão nº 763/94 - Plenário, na qual, este Tribunal Pleno, ao examinar a 3ª fase do processo licitatório para a concessão de exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói) - Propostas de Tarifas, dentre outras medidas, decidiu:

" 8.1. nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e do art. 45 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 234 do Regimento Interno, fixar o prazo de 30 (trinta) dias para o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER adotar as seguintes providências:

8.1.1 - promover a anulação da 3ª fase da licitação para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, em razão da ocorrência de vícios e ilegalidade nos itens do Edital de Propostas de Tarifas, bem como da inobservância dos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, consignados nos arts. 3º, 43, inciso V, 44

e 45 da Lei nº 8.666/93, por ter a Comissão de Licitação deixado de considerar:

a) as essenciais diferenças de estimativas de volume e composição de tráfego contidas nas propostas das licitantes, as quais se refletem no preço por elas ofertado; e

b) a determinação dos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, no sentido de serem realizados estudos referentes a avaliação da consistência do plano econômico-financeiro, a verificação da razoabilidade das estimativas das licitantes - principalmente sobre os aspectos de custos, projeções de trânsito, tarifas e participações do endividamento no financiamento dos investimentos - e a análise de sensibilidade do plano econômico-financeiro;

8.1.2 - rever o Edital de Propostas de Tarifa de forma a realizar novamente a 3ª fase da licitação para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói com observância da legislação que disciplina a matéria, atentando especialmente para as seguintes providências corretivas:

a) incluir projeções de volume e composição de tráfego para todo o período contratual, a serem adotadas por todas as licitantes para elaboração de suas propostas de tarifa;

b) excluir os itens previstos no item 127 do Edital de Propostas de Tarifa, no sentido de estabelecer como alternativa ou complemento para a revisão da tarifa, compensações do tipo 'modificação do prazo do contrato de concessão; atribuição de compensação direta à concessionária; combinação das alternativas anteriores ou qualquer outra alternativa que venha a ser acordada entre as partes';

c) excluir as disposições dos itens 204 a 208 do Edital de Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para a adoção de tal instituto em contratos administrativos, consoante Decisão do Tribunal de 15/07/93 (Ata nº 29/93, Decisão nº 286/93 - Plenário):

8.1.3 - incluir, na ata de julgamento das propostas, todos os estudos de viabilidade, exequibilidade e avaliação de consistência do conteúdo dos respectivos planos econômico-financeiros;

8.2 - determinar à 1ª SECEX que dê continuidade ao acompanhamento do presente processo, incluindo o cumprimento das determinações feitas nesta oportunidade relativamente à 3ª fase da

licitação para a concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói e o respectivo contrato da concessão;

8.3 - enviar cópias desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Senhor Presidente do Senado Federal, a título de informação, bem como ao Senhor Ministro de Estado dos Transportes, para fins da supervisão ministerial."

2. Instruindo o feito, a zelosa equipe da 1ª SECEX, constituída pelos Analistas de Finanças e Controle Externo Christiano Caldeira Paiva, Lisaura Cronemberger Mendes Pereira e Sylvia Regina Caldas F. Pinto, em percuciente parecer, analisa os referidos pedidos de reexame nos seguintes termos:

"2. Inconformado com os termos da Decisão retro transcrita, o DNER deu entrada no Ofício nº 0975/94/DG, de 19/12/94 (fls. 362), mediante o qual apresenta pedido de reexame da mencionada Decisão e solicita autorização da Presidência do Tribunal, "ad referendum" do Plenário, para assinatura do contrato de concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói com o Consórcio vencedor da licitação, por meio de inclusão de cláusula de eficácia condicionando a efetivação do contrato ao resultado da apreciação do referido pedido.

3. Pelo Despacho de fls. 361, a Exma. Sra. Ministra Élvia L. Castello Branco, Presidente do Tribunal à época, determinou o reexame da matéria por esta Secretaria como pré-requisito para a análise, pela Presidência, da solicitação retromencionada (item 2).

4. Em cumprimento ao r. Despacho, passamos a analisar o pedido de reexame, que se dividiu em três partes:

a) na primeira, o DNER transcreveu alguns trechos do Voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva na Sessão Plenária de 05/10/94, quando o Tribunal exarou a Decisão 622/94, apresentando à Autarquia os seguintes comentários a respeito (fls. 366):

`Depreende-se de imediato que o DNER, precursor de projetos de concessão, inobstante a inexistência de legislação específica parametrizou seus procedimentos nas diversas fases que antecederam à presente, nos dispositivos legais aplicáveis à espécie, garantidos os princípios basilares de legalidade. Valendo salientar, neste passo, que a elaboração de todos os Editais (Fase I, II e III) foram acompanhadas `de per si' pela 1ª SECEX, tendo a Autarquia atendido às determinações orientadoras';

b) na segunda, criticou pontos do Relatório de Acompanhamento de fls. 199 a 229, submetido a julgamento na Sessão Plenária de

13/12/94, quando foi exarada a Decisão 763/94;

c) na terceira, transcreveu a análise feita pela Comissão de Licitação dos recursos impetrados pelos Consórcios Cowan/Mirak e Dragados/Mendes Júnior contra a decisão da Comissão que declarou vencedor o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa.

5. Inicialmente, cabe destacar que o DNER, com relação à primeira parte do pedido de reexame, ao transcrever o Voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, omitiu trechos importantes, especialmente o que abaixo reproduzimos (fls. 182):

‘O resultado final da licitação, de acordo com a praxe nestes processos de acompanhamento que o Tribunal executa, somente será analisado na fase de adjudicação e assinatura do contrato de concessão. Observo desde já, entretanto, a enorme diferença entre a proposta vencedora e a tarifa máxima (R\$ 2,00) admitida pelo DNER, ou ainda entre a mesma proposta vencedora e a tarifa de R\$ 1,65 adotada pela Autarquia como base para os cálculos de viabilidade do projeto.

Assinalo também que a proposta vencedora, segundo consta do relatório da Comissão de Licitação, autuado no processo, prevê investimento total de R\$ 55,1 milhões, e não de U\$ 150 milhões como inicialmente estimado pelo DNER.’ (grifamos)

6. Observe-se que, já naquela ocasião, havia a preocupação do Tribunal com a exequibilidade do projeto de concessão em relação à tarifa de R\$ 0,78 ofertada pela licitante vencedora e ao montante destinado aos investimentos.

7. Naquela Sessão (Decisão nº 622/94-Plenário) foi ainda determinado à 1ª SECEX ‘que dê continuidade ao presente processo de acompanhamento, estendendo-o, inclusive, à execução do contrato de concessão que vier a ser assinado com a empresa vencedora da licitação, dando-se ênfase, nesta nova etapa, à avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato’.

8. Ao se analisar as propostas das licitantes, em cumprimento à determinação acima transcrita, verificou-se que a disparidade entre a tarifa vencedora (R\$ 0,78) e a média das licitantes (R\$ 1,30), ou ainda entre a mesma tarifa vencedora e aquela classificada em segundo lugar (R\$ 1,04) era devida, basicamente, à superestimativa do volume e composição de tráfego adotados pela licitante vencedora, bem como à subavaliação dos investimentos pela mesma licitante.

9. Sobre os investimentos, observou-se que alguns itens de

Recuperação Geral da Ponte apresentados na proposta da licitante vencedora foram subavaliados. Alguns deles, como assinalado às fls. 212/221, item 18, do Relatório de Acompanhamento, foram cotados abaixo dos custos de material, trazendo riscos à execução do contrato.

10. O trecho do Voto (item 4) omitido pelo DNER em seu recurso demonstra a preocupação do Sr. Ministro-Relator acerca dos aspectos da proposta da licitante vencedora que careciam de análise mais aprofundada da Comissão de Licitação, os quais vieram a se constituir, justamente, naqueles pontos destacados pelo Tribunal na Sessão Plenária de 13/12/94.

10.1 Note-se ainda que, na Sessão Plenária de 05/10/94, o Tribunal não examinou esses aspectos, os quais somente foram analisados na instrução de fls. 199/233 e apreciados pelo Tribunal na Sessão de 13/12/94, ao ter presentes os atos relativos à 3ª fase da licitação (propostas de tarifa).

11. Na segunda parte do pedido de reexame, o DNER, no que se refere aos 'fundamentos do relatório apresentado pela 1ª SECEX do TCU', apresentou as seguintes críticas que passamos a transcrever e comentar:

11.1 `1. A TE (Tarifa Efetiva) como invocada pela 1ª SECEX não existe na fórmula prevista no Edital uma vez que a Tarifa Básica (TB) é calculada já levando em consideração a composição do tráfego corrigido, ao longo de toda a concessão, em conformidade com a fórmula seguinte:

$TB = \text{Encargos das concessões (custo final)}$

$\text{Vol V.levés} \times 1 + \text{Vol 2 eixos} \times 2 + \text{Vol 3 eixos} \times 3 + \dots + \text{Vol n eixos} \times n$

Dessa forma a Tarifa Básica já é um Tarifa Equivalente, ou seja uma TE, logo a 1ª SECEX se equivocou por estar alterando substancialmente a Tarifa Básica, tornando-a influenciável 2 vezes pelo mesmo Tráfego.' (fls. 367)

11.1.1 Registre-se que, ao contrário do que afirma o DNER, não houve equívoco desta 1ª SECEX. O que parece ter havido foi a incompreensão por parte do DNER acerca do que constou do Relatório de Acompanhamento. Para esclarecer o que foi consignado no Relatório a respeito do assunto, é necessário, inicialmente, que se faça a distinção entre dois conceitos.

11.1.2 O primeiro é o conceito de Tarifa Básica (TB) estipulado no item 106, alínea `a', do Edital de Propostas de

Tarifa:

106. Para os fins de reajuste de que trata esta Seção, são adotadas as seguintes definições:

a) TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO: é a tarifa de pedágio correspondente à Categoria 1 do Quadro constante do item 103 deste Edital;

11.1.3 O segundo é o conceito de Tarifa Efetiva (TE) utilizado no Relatório de Acompanhamento. Antes de apresentar tal conceito, no entanto, cabe destacar que, na verdade, não se invocou a TE, conforme menciona o DNER, uma vez que a Autarquia não estipulara nos Editais ou no Programa de Exploração da Ponte em que se constituiria a TE. O que se fez foi construir o conceito, convencendo-se que TE seria a divisão da receita total estimada pelo volume total de veículos, com a finalidade única de demonstrar a influência da composição de tráfego no cálculo da tarifa básica e, conseqüentemente, na competitividade da proposta.

11.1.4 Assim, tentou-se demonstrar a tarifa que realmente seria arrecadada, considerando-se a média das tarifas das diversas categorias. A TE constituiu-se, então, num valor hipotético que seria pago por cada veículo, caso todos eles fizessem parte da mesma categoria.

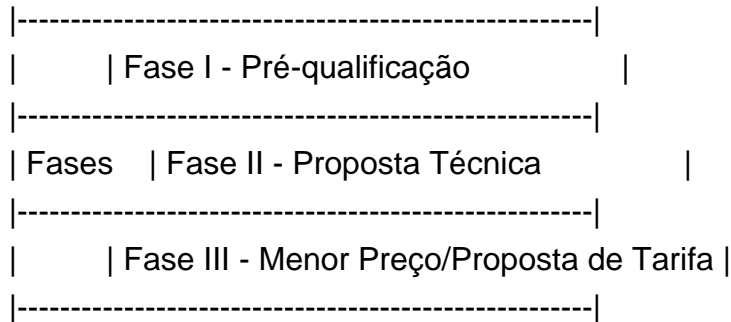
11.1.5 O que se pretendeu evidenciar no quadro comparativo entre as Tarifas Básicas e as Tarifas Efetivas, às fls. 242, subitem 5.1.1, do Relatório, é que as diferentes proporções guardadas entre as TBs e entre as TEs mostram o reflexo das diferentes composições de tráfego adotadas por cada licitante, o que não fica óbvio ao se analisar apenas a TB de cada uma.

11.1.6 Ao se deixar a cargo das licitantes as estimativas de composição de tráfego, esse dado passou a ser uma variável manipulada de forma tal, que acabou por se constituir numa vantagem ou desvantagem em termos de competitividade. A partir de uma composição de tráfego mais conservadora, a TB de uma licitante se eleva, enquanto que a partir de uma composição mais otimista, a TB se reduz.

11.1.7 Note-se que o demonstrado pelo DNER foi a fórmula utilizada pelas licitantes para o cálculo da Tarifa Básica ofertada, a que não se fez alusão no Relatório. Os esclarecimentos aqui expendidos evidenciam que o cálculo da TE não alterou substancialmente a Tarifa Básica, tornando-a influenciável 2 vezes pelo mesmo Tráfego, como alegado pelo DNER. O conceito de Tarifa

Efetiva foi desenvolvido para que se apresentasse um raciocínio. Não se pretendeu, com a sua utilização, modificar ou influenciar o conceito de Tarifa Básica.

11.2 `2. Vale observar que esta licitação é comandada por Editais de características "sui generis", sendo que a Pré-qualificação foi realizada sob a égide do Decreto-lei 2.300, em vigor à época e, por isso, foi mantido como diploma legal regulador da licitação para as Fases seguintes conforme definido a seguir:



Assim, a licitante que tivesse que ser desclassificada tecnicamente, já o teria sido na Fase II, não podendo o ser mais nesta Fase, além disto, o que o Edital define é que as Propostas de Tarifa (Fase III), sejam exequíveis, conforme qualquer concorrência de menor preço.' (fls. 368)

11.2.1 Ressalte-se que o que se questionou no Relatório de Acompanhamento foi o próprio julgamento com base no 'menor preço', sem que se fizesse a necessária análise de exequibilidade prevista expressa e detalhadamente no item 26 do Edital de Propostas de Tarifa. Foi justamente a omissão de tal análise o ponto que se criticou ao longo do Relatório.

11.2.2 Não se tratou das estimativas de volume e composição de tráfego como aspectos de uma proposta técnica, porém como de elementos essenciais a uma análise de exequibilidade de uma proposta de preço.

11.2.3 Em nenhum momento afirmou-se que a Comissão deveria desclassificar alguma licitante, mas que haveria de ter realizado as indispensáveis análises econômico-financeiras das propostas, de modo que pudesse concluir quanto à exequibilidade ou não das mesmas, desclassificando não a licitante e sim a proposta considerada inexecutável, como determina a lei.

11.3 `3. O DNER forneceu a todas as licitantes o histórico de volume de trânsito na Ponte, permitindo que as empresas, através de uma análise de regressão, pudessem fazer suas previsões futuras, o que o órgão público não poderia assumir senão teria que assumir

também as perdas de receitas relativas a qualquer redução do tráfego.' (fls. 368)

11.3.1 A alegação do DNER de que o órgão público não poderia assumir as previsões de tráfego, 'senão teria que assumir também as perdas de receitas relativas a qualquer redução do tráfego', é um argumento de que já se tratou no item 8 do Relatório de Acompanhamento (fls. 243), considerando-o não procedente, uma vez que, em fixando as estimativas de tráfego, estaria o DNER apenas estabelecendo um referencial técnico para servir de subsídio à elaboração das propostas e, especialmente, ao julgamento da exeqüibilidade das mesmas. Mantém-se, portanto, o entendimento de que não há incompatibilidade entre a divulgação de estimativas de volume e composição de tráfego e a desobrigação em relação à receita.

11.3.2 Observe-se que a fixação de tais parâmetros não teria caráter impositivo para as licitantes. Na verdade, seria um balizador tanto para as concorrentes quanto para a própria Comissão de Licitação, que teria assim, como dito, um referencial para seu estudo de razoabilidade das estimativas apresentadas, conforme o disposto no item 26 do Edital de Propostas de Tarifa.

11.3.3 Releva acrescentar que, a despeito da declaração do DNER de que forneceu a todas as licitantes o histórico de volume de trânsito, tal informação não consta do Programa de Exploração da Ponte ou do Edital de Propostas de Tarifa.

11.4 `4. As premissas quanto ao Manual são verdadeiras, entretanto, quanto ao subitem `c' do item 11.1.3, a velocidade máxima de operação será aumentada com a introdução dos equipamentos de controle de trânsito computadorizados (RODOVIA INTELIGENTE), exigidos pelo Edital.

5. Quanto ao subitem `d' do mesmo item, o Manual prevê redutores para equalização do tráfego em função dos quantitativos de caminhões e ônibus, sendo que no BRASIL, constatado pela DERSA/SP e DER/RJ, o volume máximo horário, ao invés de 2.000 veículos/hora/faixa previstos para Rodovias Americanas, que têm veículos maiores e comportamento dos motoristas diversos dos nossos, é igual a 2.400 veículos/hora/faixa, ou seja, 20% a maior, levando nossas rodovias a uma capacidade máxima real, maior do que a prevista no Manual.' (fls. 368)

11.4.1 É o seguinte o trecho do Relatório de Acompanhamento a que o DNER faz referência (fls. 208):

11.1.3 Note-se que a definição de capacidade máxima teórica das rodovias pressupõe a existência de condições ideais de tráfego que são as seguintes (capítulo 1, página 13 do Manual):

- a) largura das faixas de rolamento igual a 3,60 m (12 pés).
- b) distância de 1,80m (6 pés) de borda da pista de rolamento até as obstruções ou objetos de lado direito da pista ou no canteiro central.
- c) velocidade de projeto de 110 km/h (70 mph) para rodovia de múltiplas faixas ou de 95 km/h (50 mph) para rodovias com duas faixas.
- d) somente automóveis na corrente de trânsito.'

11.4.2 Quanto às considerações contidas no item 4 do pedido de reexame (subitem 10.4 retro), não há qualquer previsão no Programa de Exploração da Ponte ou no Edital de Propostas de Tarifa de aumento da velocidade máxima de 80 km/h permitida. Ao contrário, afora o aspecto legal, velocidade superior a essa de 80 km/h está inviabilizada pelo teor do item 76 do Anexo I do mencionado Programa, conforme abaixo transcrito:

'Manter-se-á a velocidade máxima atual, 80 Km/h, porque a 'autorização' para uma velocidade maior certamente acarretará problemas em função da elevada quantidade de obras que serão executadas'.

11.4.3 No que se refere ao item 5 do pedido de reexame, cabe mencionar que uma pesquisa realizada pelo Consórcio vencedor no dia 20/06/94 constatou um volume máximo horário de 6.142 veículos (vide subitem 12.1.4.3). Note-se que esse dia apresentou uma concentração de tráfego atípica, em razão da transmissão de jogo do Brasil na Copa do Mundo. Por meio desse dado, chega-se a uma capacidade máxima, na hora de pico, de 2.047 veículos/hora/faixa, o que se encontra muito próximo ao preconizado pelo Manual.

11.4.4 Segundo informação obtida junto ao DERSA/SP e DER/RJ, o dado de 2.400 veículos/hora/faixa como volume máximo no Brasil não consta em manuais daquelas Entidades.

11.4.4.1 Esse dado sobre volume máximo no Brasil, essencial para a estimativa de tráfego por cada licitante, não foi divulgado, uma vez que não consta do Programa de Exploração da Ponte ou do Edital de Propostas de Tarifa, havendo-se omitido, assim, um importante parâmetro para a análise, pela Comissão de Licitação, da razoabilidade das estimativas das propostas.

11.4.5 Ademais, quanto ao volume de tráfego, cabe destacar que

a estimativa de 10 horas consecutivas de operação da Ponte com volume máximo é tanto ou mais importante que a questão da capacidade das faixas. A esse respeito, o DNER não se manifestou.

11.4.5.1 Tal omissão evidencia a falta de argumentos capazes de sustentar que uma estrada, ponte ou qualquer outra via possa manter um fluxo de veículos correspondente à sua capacidade máxima por um período de 10 horas consecutivas.

11.5 `6. A definição da composição do tráfego e sua evolução ao longo da concessão é risco da concessionária, e não pode ser assumida pelo poder concedente, sob pena de se eliminar a quase totalidade dos riscos da mesma.' (fls. 368)

11.5.1 Quanto à assunção de riscos por parte do DNER já se discorreu a respeito nos subitens 11.3.1 e 11.3.2 retro. Cabe lembrar que, na verdade, a `definição' a que alude o DNER não é mais do que uma mera estimativa e, como tal, passível de ser ou não confirmada no futuro. Assim, seja essa estimativa feita pelo DNER ou pela licitante, sempre haverá um risco implícito.

11.5.2 Insistimos, porém, no entendimento de que o DNER não assumiria qualquer compromisso em relação à receita da concessionária pelo fato de, no intuito de fixar parâmetros para serem seguidos por todas as licitantes e, assim, criar condições para proceder a um julgamento com base na menor tarifa, estabelecer em edital referenciais de volume e composição de tráfego. Uma vez que o risco do tráfego ainda seria da concessionária, caberia a cada licitante, evidentemente, confirmar tais referenciais por meio de seus estudos.

11.5.3 Ressalte-se que, mesmo se fixados os parâmetros de volume e composição de tráfego a serem utilizados por todas as licitantes, validando, como já se disse, um julgamento com base na menor tarifa, os riscos não seriam quase totalmente eliminados, conforme afirma o DNER, uma vez que abrangem bem mais que as estimativas de tráfego. Restariam ainda variáveis decisivas para a estimativa da receita esperada, tais como: o montante e cronograma dos investimentos, o montante e a distribuição temporal dos custos operacionais e as características do financiamento (taxas de juros, prazos de amortização e de carência).

11.6 `7. Os investimentos são, mais uma vez, um risco da concessionária que terá que executar o projeto pré-fixado, entretanto, cumpre-nos observar que apesar dos investimentos do consórcio vencedor da licitação serem os menores, representando

cerca de 10% de sua arrecadação, seu custeio anual, representando os restantes 90% do negócio, está maior que a média das licitantes e do estimado pelo DNER, conforme mostrado abaixo.

		6		
	Custos Correntes	Reais x 10		
----- ----- -----				
	Ano 2	Ano 10	Ano 20	
----- ----- -----				
Custeio	Consórcio	16.60	16.00	16.00
----- ----- -----				
	Média	16.27	15.90	15.76
----- ----- -----				
	DNER	15.00	15.00	15.00'
----- ----- -----				

(fls. 369)

11.6.1 Não tem sentido o argumento apresentado pelo DNER de que os investimentos do consórcio vencedor são os menores, mas o seu custeio anual está maior que a média das licitantes e do estimado pela Autarquia, uma vez que um não compensa o outro e que os custos correntes (custeio) não foram, em nenhum momento, colocados em discussão no Relatório de Acompanhamento.

11.6.2 Acerca dos investimentos, é importante deixar claro as razões pelas quais foram eles objeto de questionamento do Tribunal. Para que procedesse ao julgamento com base no 'menor preço', a Comissão teria que fazer uma análise dos custos envolvidos, sem a qual não é possível uma averiguação correta da exeqüibilidade das propostas. Tal averiguação seria imprescindível para atestar a validade das propostas e, com isso, afastar a possibilidade de prejuízo para a Administração causado por uma eventual inexecução contratual.

11.6.3 Assim, não são apenas itens editalícios, cláusulas contratuais ou quaisquer outras disposições acerca, inclusive, de sanções à concessionária, que vão garantir a execução do 'projeto pré-fixado', já que as condições de mercado não se submetem a simples declarações.

11.6.3.1 Aliás, o que se observa na Administração Pública, com muita freqüência, inclusive no DNER, é a ocorrência de obras inacabadas, que, embora objeto de contrato cujas cláusulas previam sanções à contratada, resultam em prejuízo para o Estado.

11.6.4 Portanto, a responsabilidade por uma eventual subavaliação dos investimentos não pode ser simplesmente imputada à concessionária. Uma vez que terá efeitos deletérios para o interesse público, cabe ao poder concedente evitá-la.

11.6.5 Ademais, os questionamentos a respeito do baixo investimento previsto pela licitante vencedora não se prendiam, unicamente, ao risco de inexecução contratual, mas também, ao risco da ocorrência de pressões para a revisão de tarifa. Aliás, essas duas possibilidades foram assinaladas no parecer do Sr. Procurador-Geral Dr. Jatir Batista da Cunha, nos seguintes termos (fls. 253/254):

‘Por derradeiro, é de se observar que a proposta de menor preço nem sempre é a mais vantajosa para a Administração, veja-se a lição de CARLOS ARI SUNDFELD (Licitação e Contrato Administrativo; Malheiros, 1994, pág. 149), "verbis":

‘Ademais, a proposta de valor mais baixo nem sempre é exeqüível pelo licitante, o que, nos contratos de execução futura e continuada, conduz a graves prejuízos para o Estado. Realmente, se o contratado não puder cumprir o prometido, das duas, uma: ou paralisará a execução, deixando desatendido o interesse público a meio do caminho; ou, por vias de influências indevidas (aditamento contratuais, aceitação de material de má qualidade, etc.), buscará compensar a perda inicial com ‘vantagens’ de outra ordem.’

11.7. ‘8. Outra vez a 1ª SECEX se equivoca pois a empresa quando for executar seu PLANO DE CONTAS, terá que fazê-lo com base no investimento real, para atender ao Imposto de Renda, e, assim, a integralização do Capital também terá que acompanhar esta realidade ao longo da concessão.’ (fls. 369)

11.7.1. A razão para se ter levantado questionamentos acerca do valor de certos itens de investimentos referentes à Recuperação Geral da Ponte foi uma preocupação em relação à exeqüibilidade da proposta vencedora.

11.7.2 A referência à questão da integralização do capital social, quando da constituição da empresa concessionária, foi no intuito de chamar a atenção para a relação entre essa questão e o valor dos investimentos e de indicar, assim, mais um motivo pelo qual uma licitante teria interesse em subestimar a necessidade dos investimentos.

11.7.3 Observe-se que o montante dos investimentos apresentados na proposta, de acordo com o item 333 do Edital de

Propostas de Tarifa, é, sem dúvida, a única referência para o valor do capital social a ser integralizado quando da constituição da empresa concessionária.

11.7.4 O investimento real a que alude o DNER só passará a ser referência para o montante do capital integralizado num segundo momento, quando já em andamento a concessão, de acordo com o item 334 do referido Edital. Segundo tal dispositivo, o capital social subscrito e integralizado deverá corresponder em 30 de abril de cada ano, a pelo menos 20% do total dos investimentos realizados pela concessionária nos anos anteriores.

11.7.5 Vê-se, assim, que não houve equívoco, pois o Relatório de Acompanhamento menciona o aporte de capital inicial, a ocorrer antes da assinatura do contrato, e não a partir da primeira demonstração prevista no item 334 do Edital. Convém ressaltar, entretanto, que, quanto a essa questão dos investimentos, o ponto central apontado no Relatório foi o risco de inexecutabilidade da proposta vencedora e a necessidade imperiosa da manifestação da Comissão de Licitação acerca do nível de investimentos estipulados pela licitante, tendo em vista tal risco.

11.7.6 Mostra-se importante salientar que o DNER deixou de se manifestar acerca da questão essencial: a cotação, pelo Consórcio vencedor, de alguns itens de investimento referentes a serviços de recuperação da Ponte a preços muito abaixo da média das demais licitantes e, até mesmo, abaixo dos custos apenas do material necessário para a execução de tais serviços. Na verdade, não houve sequer tentativa do DNER em demonstrar que as cotações dos itens de Recuperação Geral da Ponte assinalados no Relatório de Acompanhamento condiziam com a realidade de mercado.

12. A terceira etapa do pedido de reexame constituiu-se, conforme assinalado no item 3 retro, na transcrição da análise da Comissão de Licitação dos recursos impetrados pelos Consórcios Cowan/Mirak e Dragados/Mendes Júnior contra a decisão da Comissão que declarou vencedor o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa.

12.1 Na parte introdutória da apreciação dos recursos pela Comissão de Licitação (fls. 382), o DNER destaca que:

a) `O critério de julgamento é o preço da tarifa básica e não o custo dos serviços, sendo que o Edital nº 0107/93-00 não exige a composição de custos para cada item de serviço constante do Programa de Exploração da Ponte';

12.1.1 A assertiva nos faz concluir que o DNER está se

referindo aos questionamentos dos Consórcios COWAN/MIRAK e DRAGADOS/MENDES JÚNIOR acerca dos custos dos serviços estimados pela licitante vencedora.

12.1.1.1 Os custos não foram definidos como critério de julgamento, todavia, sua análise, no julgamento, era essencial para a verificação da exeqüibilidade das propostas. Tanto assim que as recorrentes questionaram os custos previstos pelo Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa em razão do aspecto da exeqüibilidade - cuja análise pela Comissão de Licitação era imprescindível - e não em razão de os considerarem critérios para apreciação das propostas.

b) `com o intuito de resguardar o interesse público, o DNER estabeleceu um limite superior para a tarifa básica e uma série de sanções administrativas para o não cumprimento dos prazos e itens de serviço previstos além de exigir garantias e uma ampla cobertura de seguro de responsabilidade civil e de riscos diversos para proteger a União'.

12.1.2 O DNER tenciona demonstrar que o interesse público estaria resguardado apenas com o estabelecimento, no Edital e no Contrato, de teto para a tarifa básica de pedágio, de sanções administrativas para descumprimento contratual e de garantias e seguros.

12.1.2.1 Note-se que as sanções, as garantias e os seguros são instrumentos a serem utilizados após a ocorrência de prejuízo ou dano à Administração, aos usuários ou à própria Ponte (desde um atraso na execução das obras até um prejuízo de grandes proporções). A fim de resguardar o interesse público, a Administração deve não somente se prender a corrigir ou tentar corrigir um mal já existente, mas também, e principalmente, se cercar das devidas garantias a fim de evitá-lo.

12.1.2.2 Assim, voltamos ao ponto principal argüido no Relatório de Acompanhamento: o não cumprimento, por parte da Comissão de Licitação, dos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, que tratam dos estudos de razoabilidade das estimativas e de consistência e sensibilidade do plano econômico-financeiro das propostas das licitantes.

12.1.2.3 A realização e formalização desses estudos afastaria ou confirmaria os indícios de inexeqüibilidade da proposta vencedora apontados por esta Equipe e argüidos pelos Consórcios Cowan/Mirak e Dragados/Mendes Júnior em seus recursos contra o resultado da licitação.

12.1.2.4 Apenas dessa forma, mediante um exame prévio da solidez das propostas, estar-se-ia resguardando o interesse público, assegurando-se, assim, a efetiva execução do contrato.

c) 'a Comissão concentrou sua análise na consistência interna, a razoabilidade das estimativas realizadas e a solidez global das Propostas de Tarifa';

12.1.3 O DNER alude à análise da consistência interna e da razoabilidade das estimativas e da solidez das propostas e noticia no Relatório de Julgamento que foram analisadas a exeqüibilidade dos dados fornecidos pelas licitantes, bem como examinados os planos econômico-financeiros.

12.1.3.1 Ressalte-se, entretanto, que não consta da documentação integrante do processo de licitação qualquer registro de tais análises, de modo a fundamentar a decisão proferida no julgamento das propostas, deixando, pois, de atender ao princípio do julgamento objetivo estipulado no art. 44 da Lei nº 8.666/93 e, também, à vedação estabelecida no § 1º do mesmo artigo.

12.1.3.2 A esse respeito, vem muito a propósito mais um excerto do parecer do Sr. Procurador-Geral (fls. 236):

'Como registra a Unidade Técnica, a Comissão de Licitação deixou de apresentar, em seu relatório de julgamento (fls. 138/140), os critérios com que procedeu e as justificativas quanto à sua apreciação sobre a consistência, a razoabilidade, a sensibilidade e a exeqüibilidade das propostas, nos termos do disposto nas cláusulas 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa.

Entendemos que a explicitação de tais justificativas e critérios é requisito essencial à validade do aludido julgamento, de modo que o seu não cumprimento poderá ensejar a anulação do ato.

É requisito essencial, porque, para mais da argumentação coligida pela 1ª SECEX, a uma, o princípio da motivação exige que os atos de julgamento sejam acompanhados de exposição de motivos ampla e suficiente; a duas, é vedado, no julgamento das propostas, a utilização de qualquer elemento, critério ou fator 'sigiloso, secreto, subjetivo, reservado, ou não explicitado', que possa, mesmo indiretamente, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (art. 44, § 1º, da Lei nº 8.666/93)' (grifo nosso).

12.1.3.3 Como se vê, as declarações do DNER sobre a realização dos estudos de razoabilidade, consistência e sensibilidade do teor das propostas não possui o condão de elidir uma das irregularidades apontadas pelo Tribunal na Decisão 763/94 para determinar a

anulação da terceira fase do processo licitatório - o não cumprimento, por parte da Comissão de Licitação, dos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa -, uma vez que não houve a explicitação dos critérios utilizados no julgamento das propostas, acompanhados das respectivas justificativas quanto à avaliação da consistência do plano econômico-financeiro e à verificação da razoabilidade das estimativas constantes das propostas.

d) `antes de declarar o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa como vencedor a Comissão achou por bem pedir informações complementares sobre as projeções de tráfego do referido Consórcio e anexou resposta, considerada satisfatória, ao laudo final do julgamento'.

12.1.4 São as seguintes as informações complementares sobre as projeções de tráfego da proposta vencedora solicitadas pela Comissão de Licitação (fls. 138/139):

`1 - Como se justifica a proporção de 70% para veículos que fazem o trajeto casa-trabalho (CT), pesquisada pelo Consórcio referida na página 21, e a distribuição do tráfego ao longo do dia, com níveis máximos de operação da Ponte em cerca de 10 horas/dia, por sentido, conforme quadros da página 25?

2 - Qual é o volume horário de pico máximo esperado ao longo da Concessão e a justificativa técnica para fluidez do trânsito nesse horário?

3 - O que o Consórcio entende pela palavra 'imprescindível' (cláusula de eficácia) contida na página 97 desta Proposta, em relação ao cumprimento dos itens 352 a 358 do Edital?'

12.1.4.1 O Consórcio declarado vencedor respondeu o seguinte:

`1 - Que 70% do fluxo Casa-Trabalho corresponde a uma pesquisa feita com veículos de passeio que somam aproximadamente 80% do tráfego total, significando na realidade 56% deste total de tráfego. Informou ainda, que a pesquisa foi feita entre as 06 e 22 horas do dia, confirmando os 70% de viagens Casa-Trabalho distribuído neste intervalo, e que o mesmo só ocorre durante os dias de semana.

2 - Que uma pesquisa realizada na própria Ponte, em 20 de junho de 1994, apresentou o registro 6.142 veículos na hora de pico, confirmando que no Brasil os volumes horários são superiores aos volumes previstos no HCM/85, e que de acordo com estudos de volume e de velocidade por ele realizados, chega-se a capacidade teórica de 6.952 veículos por hora.

Explica, ainda, que tal volume vem ocorrendo no Túnel Rebouças no Rio de Janeiro que tem Três faixas de Tráfego, com condições técnicas inferiores as da Ponte Presidente Costa e Silva.

3 - Que se deve entender o sentido da palavra 'imprescindível' como 'recomendável', uma vez que o objetivo com a redação do item 2 do Capítulo VI da Proposta de Tarifa, foi o de alertar esta Comissão, para as dificuldades em se obter a tempo, os documentos indicados nos itens 352 a 358 do Edital."

12.1.4.2 Observe-se que, no tocante à pergunta nº 1, o Consórcio deixou de se manifestar sobre a distribuição de tráfego, com a manutenção de níveis máximos de operação durante 10 horas por dia. Esclarecimento a esse respeito seria fundamental, pois, conforme consta nos subitens 11.1.1 a 11.1.4, fls. 207/209, do Relatório de Acompanhamento, essa estimativa é de difícil confirmação. Não obstante, a Comissão considerou satisfatória a resposta.

12.1.4.3 Apesar de a Comissão ter aceitado, também, a resposta nº 2, esta deixou de abranger todos os aspectos da pergunta do DNER, já que o Consórcio não apresentou a justificativa técnica requerida. Quanto ao 'volume horário de pico máximo esperado ao longo da Concessão', o Consórcio não se manifestou com clareza. No entanto, deduz-se que a 'capacidade teórica de 6.952 veículos por hora' corresponde ao volume sobre o qual questionou o DNER. Tal estimativa é frágil, pois é difícil imaginar a concretização dessa capacidade teórica, quando, em circunstâncias muito especiais - dia de jogo do Brasil na Copa do Mundo, com uma concentração maciça e atípica de tráfego num mesmo horário, foi constatado apenas o volume máximo de 6.142 veículos/hora.

12.1.4.4 Quanto à pergunta nº 3, cabe esclarecer que ela não se referiu às projeções de tráfego, como as questões anteriores. Os itens 352 a 358 do Edital de Propostas de Tarifa dizem respeito à demonstração de capacidade financeira para execução do empreendimento até a data da celebração do contrato de concessão.

12.2 Após a introdução da análise dos recursos, na qual o DNER apresentou os esclarecimentos reproduzidos às alíneas 'a' a 'd' do subitem 12.1 retro e seus desdobramentos, a Comissão de Licitação passou a examinar pontos específicos dos recursos. No decorrer desse exame, reportava-se às contra-razões da recorrida, transcritas às fls. 374/380, item 5, do pedido de reexame, afirmando a cada questionamento das recorrentes que considerava

satisfatórios ou suficientes os argumentos do Consórcio vencedor (fls. 382/386, subitens 7.1 a 7.2.1).

12.2.1 Em seus argumentos, a Comissão insiste em afirmar que os riscos em relação às estimativas de tráfego e de custos são apenas da concessionária e sustenta estar a execução do contrato garantida pela existência de projeto pré-estabelecido (Programa de Exploração da Ponte) e pela previsão, em contrato, de sanções administrativas.

12.3 Concluindo a análise dos recursos contra a sua decisão, a Comissão de Licitação declara não considerar 'qualquer dos argumentos apresentados pelos recorrentes como suficientes para desclassificar as Propostas de Tarifa' (fls. 387).

12.4 Ainda sobre a apresentação do parecer sobre os recursos, é muito importante salientar que essa é a parte do pedido de reexame que efetivamente diz respeito aos atos da Comissão de Licitação. Com a apresentação de tal parecer, o DNER tentou demonstrar que os estudos de razoabilidade das estimativas, de consistência e sensibilidade do plano econômico-financeiro das propostas teriam sido realizados.

12.5 Nesse ponto, em que o DNER tratou de atos da Comissão posteriores ao julgamento das propostas, a Autarquia procurou se manifestar a respeito da questão principal constante do Relatório de Acompanhamento: a infringência dos arts. 3º, 43, inciso V, 44 e 45 da Lei nº 8.666/93. Pretendeu o DNER que a apresentação da análise dos recursos demonstrasse o cumprimento das exigências contidas nos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, elidindo dessa forma, a irregularidade apontada na Decisão 763/94, pois, após a transcrição da mencionada análise, assim concluiu a Autarquia (fls. 387):

'Fica assim, fastidiosamente comprovado que a Comissão de Licitação obedeceu, em seu julgamento, todas as formalidades legais exigidas, considerando-se aí a peculiaridade da matéria posta sob exame.'

12.5.1 Ressalte-se que, conforme assinalado no subitem 12.1.3.3, as declarações do DNER não elidem a omissão quanto ao estabelecido nos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa. Igualmente não a elide a apresentação do exame dos recursos contra o resultado da licitação, pois o mencionado exame não fez parte do procedimento do julgamento. Refere-se, sim, à fase recursal, quando a Comissão teve que se pronunciar em virtude da provocação de

licitantes inconformadas com o julgamento.

12.5.1.1 Perceba-se que mesmo se as justificativas da Comissão para os pontos isolados levantados pelas recorrentes houvessem constado do julgamento, ainda assim seriam insuficientes para o cumprimento dos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, uma vez que não tiveram a abrangência determinada nos mencionados itens.

12.5.2 Ao longo da maior parte do pedido de reexame, o DNER tratou de pontos da proposta vencedora questionados no Relatório de Acompanhamento (volume e composição de tráfego e investimentos). Perceba-se, no entanto, o seguinte: ainda que a proposta vencedora, ou mesmo qualquer outra, não contivesse qualquer aspecto discutível, poder-se-ia argüir a ilegalidade dos atos da Comissão, pois mesmo assim, seria obrigatória a formalização dos estudos previstos nos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, porquanto a obrigação de elaborar tais estudos independia do conteúdo das propostas.

12.6 Cabe ressaltar que além da ilegalidade relativa ao julgamento da licitação indicada no subitem 8.1.1 da Decisão 763/94 - 'inobservância dos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, consignados nos arts. 3º, 43, inciso V, 44 e 45 da Lei nº 8.666/93' -, o Tribunal apontou, ainda no mesmo subitem 8.1.1, a 'ocorrência de vícios e ilegalidade nos itens do Edital de Propostas de Tarifas', objeto, inclusive, da determinação constante do subitem 8.1.2 da Decisão, do seguinte teor:

8.1.2 - rever o Edital de Propostas de Tarifa de forma a realizar novamente a 3ª fase da licitação para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói com observância da legislação que disciplina a matéria, atentando especialmente para as seguintes providências corretivas:

a) incluir projeções de volume e composição de tráfego para todo o período contratual, a serem adotadas por todas as licitantes para elaboração de suas propostas de tarifa;

b) excluir os itens previstos no item 127 do Edital de Propostas de Tarifa, no sentido de estabelecer como alternativa ou complemento para a revisão de tarifa, compensações do tipo 'modificação do prazo do contrato de concessão; atribuição de compensação direta à concessionária; combinação das alternativas anteriores ou qualquer outra alternativa que venha a ser acordada entre as partes';

c) excluir as disposições dos itens 204 a 208 do Edital de

Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para a adoção de tal instituto em contratos administrativos, consoante Decisão do Tribunal de 15/07/93 (Ata nº 29/93, Decisão 286/93 - Plenário);'

12.7 Dessa maneira, não foi a falha da Comissão em relação ao cumprimento do Edital a única irregularidade indicada pelo Tribunal. Foram apontadas também as questões assinaladas às alíneas `a' a `c' do subitem 8.1.2 da Decisão 763/94 retrotranscrito, as quais levaram à anulação da 3ª fase da licitação. Não constou do pedido de reexame, todavia, pronunciamento da Autarquia a respeito do contido nas alíneas `b' e `c', embora no aditamento de fls. 416/425 tenha solicitado que tais medidas fossem adotadas no contrato de concessão.

13. Concluindo as razões que submete ao Tribunal, o DNER requer o reexame da Decisão 763/94 e acrescenta: `porquanto é impossível acreditar que a 1ª SECEX, ao elogiar fartamente o DNER, porque estava, de perto acompanhando, o seu, para ela, notável trabalho, vem agora, numa ação surpreendente, propor a anulação, importa repetir, a ANULAÇÃO DA FASE III do certame, alegando uma série de vícios e irregularidades no procedimento licitatório, outrora, por ela mesma, não identificados.' (fls. 388)

13.1 É necessário deixar claro que o acompanhamento levado a efeito por esta SECEX pautou-se, durante todo o tempo, pelo rigor técnico. Buscou-se pura e simplesmente analisar os procedimentos do DNER relativos ao processo de concessão da exploração da Ponte, de acordo com o que determinara o Tribunal na Sessão Plenária de 28/04/93 (fls. 03). Sendo assim, o trabalho realizado não incluiu elogios ou julgamentos, tendo se constituído simplesmente na análise, à luz da legalidade e do interesse público, dos fatos, após sua ocorrência, sem qualquer tentativa de influir nas decisões da Autarquia.

13.2 Cabe esclarecer ainda que o trabalho de acompanhamento, nos termos da Decisão TCU 141/93, vem sendo desenvolvido em etapas, sendo que os procedimentos administrativos ora questionados pertencem a um estágio de avaliação cujos resultados somente foram submetidos à apreciação do Tribunal na Sessão de 13/12/94, quando foi proferida a Decisão 763/94.

13.3 Convém ressaltar, por oportuno, que nos estágios anteriores do acompanhamento, ao contrário do que afirma o DNER,

foram constatadas várias impropriedades nos procedimentos adotados, para cujo saneamento foram determinadas as medidas pertinentes.

14. Registre-se que foram juntados aos presentes autos os elementos constantes do Volume VII, intitulado 'recurso de reconsideração', no qual o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, tido como vencedor da licitação, solicita o reexame da Decisão 763/94.

14.1 Inicialmente, o Consórcio questionou a validade do julgamento que deu origem à Decisão 763/94, alegando ser nulo por não haver sido este TC 006.098/93-2 incluído em pauta, em desacordo com o art. 71 do Regimento Interno (fls. 02/03 do Volume VII).

14.1.1 A afirmativa do Consórcio não tem qualquer fundamento, pois este processo foi incluído em pauta para apreciação na Sessão Extraordinária do Plenário de 13/12/94, por solicitação do Exmo. Sr. Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva à Exma. Sra. Ministra Élvia L. Castello Branco, Presidente do Tribunal à época (fls. 429/430).

14.2 Os argumentos ali contidos tratam das mesmas questões consideradas pelo DNER em seu pedido de reexame, acrescentando, todavia, alguns comentários acerca dos aspectos do Edital de Propostas de Tarifa considerados irregulares pelo Tribunal, dos quais passamos a tratar adiante.

14.2.1 Quanto à omissão de projeções de volume e composição de tráfego no Edital, cuja correção foi determinada pelo Tribunal no subitem 8.1.2, alínea 'a', da Decisão 763/94, há que ser considerada a seguinte informação constante do recurso do Consórcio (Volume VII, fls. 19/20):

'O DNER forneceu a todos os licitantes os dados históricos de tráfego, fruto de contagens já realizadas e dos registros estatísticos do período em que foi cobrado pedágio nas rodovias federais e na própria Ponte Rio-Niterói.'

14.2.1.1 A divulgação dos dados históricos a que se refere o Consórcio não pôde ser levada em conta no Relatório de Acompanhamento e, conseqüentemente, não foi considerada pelo Tribunal, uma vez que dela não se tinha conhecimento, já que não constava do Programa de Exploração da Ponte ou do Edital de Propostas de Tarifa, conforme assinalado no subitem 11.3.3 retro.

14.2.1.2 Note-se que, não obstante essa referência comum, há variáveis que podem alterar substancialmente as estimativas de tráfego e, conseqüentemente, a tarifa ofertada, tais como

capacidade máxima da Ponte, período diário de operação em nível de capacidade máxima, aumento do fluxo de veículos decorrente das melhorias na Ponte, fuga de veículos em razão da cobrança de pedágio e taxa de crescimento do tráfego, as quais necessitariam ser exaustivamente examinadas pela Comissão de Licitação.

14.2.1.3 Tendo em vista, entretanto, que os dados históricos constituem-se num balizador adotado, como dito, por todas as licitantes para a realização de suas projeções de volume e composição de tráfego, consideramos que a providência corretiva determinada pelo Tribunal no subitem 8.1.2, alínea `a', pode ser dispensada, já que, sabe-se agora, todas as licitantes contaram com um mesmo ponto de partida para as suas estimativas de tráfego.

14.2.2 Quanto ao item 127 do Edital, relativo a alternativas para a revisão de tarifa, e aos itens 204 a 208, relativos a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, cuja exclusão foi determinada pelo Tribunal no subitem 8.1.2, alíneas `b' e `c', da Decisão 763/94, o Consórcio argumenta que mesmo sendo ilegítimos ou ilegais, não comprometeriam o procedimento licitatório, pois não influenciam na formulação das propostas (Volume VII, fls. 52/54).

14.2.2.1 De fato essas questões não tiveram influência nem na elaboração nem no julgamento das propostas, razão por que entendemos aceitável a ponderação do Consórcio no sentido de as impropriedades assinaladas nas alíneas `b' e `c' do subitem 8.1.2 da Decisão 763/94 poderem ser sanadas por meio de cláusulas contratuais. Tal medida foi, inclusive, sugerida pelo próprio DNER no aditivo ao pedido de reexame (fls. 424):

`2º - rever o item 8.1.2 da mesma decisão, de forma a dirigir suas atuais determinações no sentido de modificar o Contrato de Concessão.'

14.3 Ainda a respeito do pedido de reexame do Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, é importante destacar que a maior parte dele trata de justificar pontos da proposta do Consórcio, apesar de tal proposta não haver sido levada a julgamento do Tribunal.

14.3.1 O que se registrou, no Relatório de Acompanhamento, foram questionamentos acerca da exeqüibilidade e consistência da referida proposta no que concerne a estimativas de tráfego e de investimentos, havendo-se enfatizado a necessidade do cumprimento do Edital pela Comissão de Licitação no que diz respeito ao

juízo, conforme se pode constatar pelo contido nos seguintes trechos do Relatório:

10.2 Conforme passaremos a relatar, há alguns aspectos da proposta vencedora que, por discreparem sensivelmente da média dos dados utilizados pelas demais licitantes, bem como da realidade de mercado, e por desconsiderarem postulados teóricos sobre tráfego, condicionariam sua aceitação pela Comissão de Licitação à apresentação de razões e fundamentos que demonstrassem, inequivocadamente, a exeqüibilidade da proposta.' (fls. 206)

21. Torna-se, portanto, muito difícil aceitar o conteúdo da proposta do Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa no que se refere aos investimentos previstos, sem se temer pela futura execução do contrato de concessão, visto que há indícios de que o Consórcio não poderá executar certos serviços aos preços cotados.

22. Diante desse risco para o interesse público, caberia à Comissão se manifestar expressamente acerca de mais essa disparidade da proposta do Consórcio - com a utilização, inclusive, dos próprios estudos do DNER, que indicam US\$ 150 milhões como montante dos investimentos necessários para recuperação, como parâmetro -, afastando, por meio de seu parecer sobre viabilidade (item 26 do Edital), indícios de inexecüibilidade da proposta que qualquer análise mais atenta tende a levantar (...).' (fls. 222/223)

14.3.2 O próprio conteúdo da proposição constante do Relatório de Acompanhamento deixa claro que o alvo das ressalvas foi o juízo realizado pela Comissão de Licitação e não o teor da proposta da licitante vencedora. Observe-se que, entre as razões apresentadas para a anulação do juízo, não se fez referência à proposta da licitante, conforme se verifica pelo trecho abaixo (fls. 227/228):

1º - anulação do juízo da 3ª fase da licitação para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, em virtude de inobservância dos princípios da isonomia e do juízo objetivo, consignados nos arts. 3º, 44, inciso V, 44 e 45 da Lei nº 8.666/93, uma vez que a Comissão de Licitação deixou de considerar (item 25 retro, 2º e 3º):

a) as essenciais diferenças de estimativas de volume e composição de tráfego contidas nas propostas das licitantes, as quais se refletem no preço por elas ofertado; e

b) a determinação dos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, no sentido de serem realizados estudos referentes à

avaliação da consistência do plano econômico-financeiro, a verificação da razoabilidade das estimativas das licitantes - principalmente sobre os aspectos de custos, projeções de trânsito, tarifas e participação do endividamento no financiamento dos investimentos - e a análise de sensibilidade do plano econômico-financeiro'.

15. Em 13/01/95, quando a presente instrução já se encontrava em fase de conclusão, foi juntado aos autos aditivo ao pedido de reexame do DNER, contendo argumentação adicional àquela já apresentada e solicitando a adoção, pelo Tribunal, de uma `alternativa diferente daquela então proposta' (fls. 416).

15.1 A solicitação contida no mencionado aditivo consiste em que, alternativamente ao que fora requerido no pedido de reexame (item 2 retro), o Exmo. Sr. Ministro-Presidente Marcus Vinícius Rodrigues Villaça, ad referendum do Plenário, torne sem efeito as alíneas `a' e `b' do subitem 8.1.1 e reveja o subitem 8.1.2 da Decisão 763/94, de forma que as modificações ali determinadas sejam feitas no contrato de concessão assinado em 28/12/94, através de aditivo, e não no Edital de Propostas de Tarifa.

16. Passamos a analisar a seguir os principais pontos do aditivo ao pedido de reexame:

16.1 a) `(...) a Comissão de Licitação efetuou profunda e cuidadosa análise de todas as propostas apresentadas pelos concorrentes, incluindo-se nesta análise a questão das diferenças de estimativas de tráfego. A Comissão chegou à conclusão de que essas diferenças se justificam, porque o volume e a composição do tráfego variarão em função da melhora das condições de operação da ponte e sobretudo dos serviços oferecidos. Não se poderia, conseqüentemente, raciocinar com base nas características do tráfego verificadas no passado recente, quando as condições operacionais da ponte retardam o fluxo de veículos, pois, tais condições variarão, necessariamente, em função da forma pela qual cada concorrente se propõe a administrar a concessão.' (fls. 417)

16.1.1 Registre-se que a forma pela qual cada concorrente propõe-se a administrar a concessão não altera as condições técnicas de operação da Ponte, uma vez que essas foram estabelecidas no Programa de Exploração da Ponte, único para todas as licitantes.

16.1.2 A variação das `condições de operação da ponte e sobretudo dos serviços oferecidos' ocorreu quando da apresentação

de propostas técnicas, na 2ª fase da licitação. Nessa fase, realmente, cada licitante ofereceu soluções diferenciadas para essas questões. Posteriormente, conforme dispunha o Edital de Propostas Técnicas, as diferentes soluções foram 'equalizadas' a fim de constituírem o Programa de Exploração da Ponte, que passou a definir quais obras e serviços seriam realizados.

16.1.3 Assim, na 3ª fase, cada licitante fixou as estimativas de volume e composição de tráfego para definição da própria tarifa, levando em conta as mesmas condições pré-estabelecidas de operação da Ponte e de serviços a serem prestados. Portanto, nessa fase as variações entre as concorrentes se referiram a aspectos econômico-financeiros e às estimativas de volume e composição de tráfego a que aludimos. Já não havia, então, ofertas de condições técnicas por parte das licitantes.

16.1.4 Por certo, diferentes administrações da Ponte gerenciariam, de diferentes maneiras, as condições técnicas estabelecidas pelo Programa de Exploração da Ponte - e não pela licitante -, sendo possível, é claro, a otimização das mesmas. Entretanto, o gerenciamento pela licitante vencedora, por si só, não seria capaz de alterar as condições de operação a um ponto que justificasse a grande diferença de volume de tráfego estimado.

16.1.5 Quanto a se 'raciocinar com base nas características do tráfego verificadas no passado recente', é importante deixar claro que esse não foi o procedimento adotado no Relatório de Acompanhamento. Não se desenvolveu raciocínio com base em dados do passado, porém com base na capacidade da Ponte, estimada a partir do que foi observado pelas licitantes (inclusive pela vencedora) e dos dados que constam no Highway Capacity Manual.

16.1.6 Não obstante, cabe frisar que as 'características do tráfego verificadas no passado recente' constituem-se num elemento norteador imprescindível para o estabelecimento de estimativas futuras. A própria Autarquia assim o reconhece, pois, conforme afirmou, 'o DNER forneceu a todas as licitantes o histórico de volume de trânsito na Ponte, permitindo que as empresas, através de uma análise de regressão, pudessem fazer suas previsões futuras' (fls. 368, item 3).

16.2 b) 'Não procede portanto, data máxima venia, a conclusão da 1ª SECEX de que o DNER deveria ter estabelecido uma estimativa do volume de tráfego - uma espécie de estatística oficial - que todas as concorrentes deveriam obrigatoriamente tomar comum de

cálculo para formular suas propostas. Essa forma de proceder não teria qualquer sentido, porque o volume de tráfego não é uma constante; ao contrário, se trata de uma variável importantíssima, que entra como componente essencial de diferenciação das propostas.' (fls. 417)

16.2.1 Como já dito várias vezes, não se propôs o estabelecimento de volumes de tráfego a serem considerados rigidamente pelas licitantes. O que se apontou foi a necessidade de o DNER apresentar parâmetros que servissem não só às licitantes, mas também à própria Comissão que julgou as propostas (subitem 6.3 a 10.2 do Relatório de Acompanhamento, fls. 204/206). O fato de o volume de tráfego não ser 'uma constante', como afirma o DNER, não implica em que 'essa forma de proceder não teria qualquer sentido', pois se todas as licitantes puderam fazer projeções e estimar o volume de tráfego, obviamente a Autarquia também poderia. Insistimos no entendimento de que tal procedimento seria não apenas possível, mas também necessário. De outro modo a Comissão de Licitação não poderia proceder a um julgamento de menor preço, pois comparava diferentes conteúdos.

16.2.2 Uma vez que os aspectos técnicos de cada licitante foram elementos considerados apenas para a elaboração do Programa de Exploração da Ponte (2ª fase), não mais cabia, na 3ª fase, uma análise da influência que esses aspectos teriam sobre estimativas de volume de tráfego. O que restava ser analisado era a razoabilidade dessas estimativas, levando-se em consideração as condições técnicas estabelecidas no Programa, pois já não havia propostas técnicas individuais, mas sim um projeto comum a todas as concorrentes.

16.2.3 Destaque-se que, se, conforme afirma o DNER, a Comissão analisou as estimativas de volume à luz das condições de operação da Ponte ofertadas, houve uma distorção no processo de julgamento. O procedimento adotado contrariou os princípios da licitação, pois a Comissão realizou um julgamento de menor preço, sem condições para tal, já que estava levando em conta, conforme se verifica pelo trecho do recurso retro transcrito, aspectos técnicos referentes à operação da Ponte, fator não referido no Edital de Propostas de Tarifa, contrariando, assim, o art. 45 da Lei 8.666/93, abaixo transcrito:

'Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em

conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e 'de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos', de maneira a possibilitar a sua aferição pelas licitantes e pelos órgãos de controle.' (grifo nosso)

16.2.4 Observe-se que, no momento do julgamento das propostas de tarifa, todos os aspectos técnicos, inclusive aqueles referentes à operação da Ponte e à sua melhoria, já se encontravam definidos no Programa de Exploração da Ponte e eram, portanto, iguais para todas as licitantes. Em consequência, o Edital de Propostas de Tarifa tratava tão-somente da oferta da tarifa, das questões econômico-financeiras da concessionária, das projeções de tráfego e da execução do contrato e previa um único critério para a classificação das propostas: o preço ofertado.

16.2.5 Assim, de acordo com o que agora declara o DNER, a Comissão levou em conta elementos cuja consideração não seria cabível diante do que dispunha o Edital, ficando caracterizada outra irregularidade, já que se trata da utilização de um fator de julgamento não previsto, em afronta, como dito, ao disposto no art. 37 do Decreto-lei nº 2.300/86, então em vigor, e no art. 45 da Lei 8.666/93.

16.3 c) 'Assim, bem ao contrário do que pensa a equipe técnica da Secretaria desse Tribunal, e com escusas por dela divergir neste aspecto, a previsão de fluxo que cada concorrente se compromete a atingir constitui elemento crítico na avaliação da respectiva proposta - elemento que inexistiria se o DNER houvesse decretado um fluxo máximo de tráfego a ser observado comodamente por todos, seria, literalmente, o nivelamento por baixo, comprometendo a competitividade do certame e o objetivo final visado com a concessão.' (fls. 418)

16.3.1 Conforme já dito, se a previsão de fluxo de cada concorrente deveria constituir-se em 'elemento crítico na avaliação da respectiva proposta', isso deveria estar explicitado no Edital de Propostas de Tarifa.

16.3.2 Convém destacar que a competitividade do certame na fase de propostas de tarifa referia-se a questões econômico-financeiras (receita esperada, investimentos, custos operacionais e características do financiamento). Tais aspectos continuariam a ser fatores de competição, ainda que as estimativas de tráfego fossem absolutamente as mesmas para todas as licitantes.

16.4 d) 'Dessa forma, cada concorrente se responsabilizou

integralmente pelo fluxo que prevê possível obter, como conseqüência do programa que se propõe executar. O vencedor foi o que melhor programa apresentou, comprovando consistentemente sua viabilidade técnico-operacional.

E mais paradoxal ainda, não posso deixar de repisar, seria invalidar a licitação a pretexto de que o DNER deixou aos concorrentes a liberdade de incluir, em suas propostas, medidas capazes de maximizar o fluxo de veículos na Ponte.' (fls. 418/419)

16.4.1 Paradoxal é o DNER afirmar que 'vencedor foi o que melhor programa apresentou', quando é sabido que, na 3ª fase da licitação, havia apenas um único programa (Programa de Exploração da Ponte, elaborado pela própria Autarquia) a ser seguido por todas as licitantes para elaboração de suas propostas de tarifa.

16.4.2 É sabido também que 'a liberdade de incluir, em suas propostas, medidas capazes de maximizar o fluxo de veículos na Ponte' ocorreu na 2ª fase da licitação - Fase de Propostas Técnicas. Veja-se que a possibilidade de apresentar alternativas que melhorassem as condições de operação da Ponte e, conseqüentemente, maximizassem o fluxo de veículos só existiu quando da elaboração das propostas técnicas. Cabe repetir que não seria na fase de propostas de tarifa que tais 'medidas' poderiam ser apresentadas ou levadas em conta.

16.5 e) 'Claro está que uma estimativa absurda e materialmente impossível de atingir-se teria de ser rejeitada. A proposta vencedora entretanto de forma alguma apresenta essa impossibilidade material, conforme cuidadosamente avaliou a Comissão de Licitação, e está demonstrado no Recurso apresentado ao TCU. Escuso-me porém de trazer aqui tais elementos de juízo, Senhor Presidente, porque se trata de matéria eminentemente técnico-operacional e não legal. Ora, se não se trata de questão que comprometa a legalidade do ato administrativo, e que envolva eminentemente definições e conceitos de engenharia de trânsito, permito-me ponderar - reiterando sempre meu integral respeito por esta Corte que a matéria não poderia ter sido objeto de determinação do Tribunal, mas no máximo de sugestão que o DNER pode ou não aceitar, acatando ou contestando - não a legitimidade da sempre respeitável decisão do Plenário mas antes o acerto do raciocínio técnico dos não menos respeitáveis servidores da 1ª SECEX.' (fls. 419)

16.5.1 É oportuno assinalar que o Tribunal em momento algum

pretendeu emitir ou adentrar em conceitos definitivos sobre aspectos técnicos dos atos administrativos em discussão. Ao contrário, exigiu, à vista do que previu o Edital de Propostas de Tarifa, que esses mesmos aspectos fossem devidamente avaliados e os resultados de tal avaliação, consignados nos trabalhos a cargo da Comissão de Licitação. Daí a determinação contida no subitem 8.1.1 da Decisão 763/94.

16.5.2 Por outro lado, a Comissão de Licitação, em não realizando as avaliações requeridas nos itens 26 e 56 do Edital e, por conseguinte, não consignando os respectivos resultados, ao contrário do que afirma o DNER, comprometeu a legalidade do julgamento das propostas, pois afrontou, a um só tempo, princípios da isonomia e do julgamento objetivo, estabelecidos nos arts. 3º, 43, inciso V, 44 e 45 da Lei 8.666/93, e a vedação contida no art. 44, § 1º, da mesma Lei, consoante consta da Decisão 763/94.

16.6 f) O único questionamento que se pode fazer a propósito dessa matéria diz respeito ao fato de a Comissão não ter incluído em ata e feito publicar em Diário Oficial da União um relatório detalhado desse exame técnico que efetuou sobre as propostas. Essa inclusão e publicação não foi feita por duas razões principais: primeiro, porque nem a lei nem o edital exige tal publicação e, segundo, por motivos de economia processual.

(...)

Em nenhum trecho do Edital, naqueles ou noutros itens, está escrito que a Comissão devesse elaborar relatório escrito, anexá-lo a atas ou publicá-lo. No entanto, diz a equipe técnica da 1ª SECEX que 'a Comissão de Licitação deixou de elaborar pareceres técnicos sobre a consistência do Plano'.

Essa afirmação carece de fundamento, Senhor Presidente. Pode-se dizer que os estudos não foram publicados, mas não se pode afirmar que não tenham sido feitos. E a publicação não era de obrigação, nem legal, nem editalícia.

(...)

Lamentavelmente, portanto, e sem qualquer outro propósito senão o de defender a lisura, a regularidade e a legalidade da atuação da Comissão de Licitação, sou compelido a salientar para Vossa Excelência, que a errônea afirmação da equipe técnica induziu o Ministério Público, o Ministro Relator e o Tribunal a equivocadamente entender que a Comissão de Licitação teria inobservado o Edital e que portanto o julgamento da concorrência

estaria afetado por vício insanável.

(...)

Desconheço o motivo que terá levado o respeitável órgão técnico desse Tribunal a supor que tais estudos não teriam sido efetuados. (...) (fls. 420/421)

16.6.1 Há algumas afirmativas feitas a respeito das conclusões desta Equipe que não correspondem aos fatos, conforme pode ser verificado no Relatório de Acompanhamento. Assim, é necessário que se façam os esclarecimentos a seguir.

16.6.1.1 Primeiramente, que fique claro que não há, em nenhum item das 35 (trinta e cinco) laudas que constituem o Relatório de Acompanhamento, a afirmativa de que o DNER devesse publicar no Diário Oficial da União os seus estudos referentes à consistência e à exeqüibilidade das propostas de tarifa.

16.6.1.2 O Relatório de Acompanhamento consignou informações precisas a respeito do que ocorreu no julgamento. Informamos que a Comissão deixou de elaborar os estudos referidos nos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, observando o seguinte (subitem 4.2, fls. 201, do Relatório de Acompanhamento): `apesar de haver registrado em seu relatório de julgamento que foram analisadas as exeqüibilidades dos dados fornecidos pelas licitantes, bem como examinados os Planos Econômicos e Financeiros, que apresentaram, em grau aceitável:

- a) consistência interna;
- b) razoabilidade das estimativas realizadas;
- c) solidez global. (fl. 139)

16.6.1.3 Para enfatizar ainda mais a clareza de nossa instrução no que tange ao procedimento da Comissão, pode-se verificar o parecer do Ministério Público e o Voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva, nos quais há referências à não explicitação ou à não formalização dos estudos. Em ambos, encontra-se o entendimento de que a declaração do DNER de que os realizara não supre a necessidade de os registrar, conforme se verifica pelas transcrições a seguir:

'Como registra a Unidade Técnica, a Comissão de Licitação `deixou de apresentar', em seu relatório de julgamento (fls. 138/140), os critérios com que procedeu e as justificativas quanto à sua apreciação sobre a consistência, a razoabilidade, a sensibilidade e a exeqüibilidade das propostas, nos termos do disposto nas cláusulas 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa.

Entendemos que a explicitação de tais justificativas e critérios é requisito essencial à validade do aludido julgamento, de modo que o seu não cumprimento poderá ensejar a anulação do ato.' (grifo nosso) (parecer do Sr. Procurador-Geral em exercício, Dr. Jatir Batista da Cunha, fls. 236)

'A questão se resume no seguinte:

(...)

2) em conseqüência, os itens 26 e 56 do edital da licitação (Edital de Propostas de Tarifas), prevêm que a Comissão de Licitação deve realizar, como ponto essencial para o julgamento das propostas, estudos de avaliação da consistência dos planos econômico-financeiros e a razoabilidade das estimativas dos licitantes, especialmente no que se refere a custos, projeções de trânsito, tarifas, investimentos e endividamento;

3) 'a realização formal e expressa desses estudos é essencial', pois a viabilidade do plano depende obviamente da receita líquida auferida pelo concessionário, receita esta que será produto do fluxo de tráfego multiplicado pela tarifa, deduzidos tanto os custos de investimento na recuperação e manutenção da obra quanto os de operação da concessão;' (grifo nosso) (Voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva, fls. 255)

16.6.2 Está perfeitamente demonstrado, portanto, a justeza dos registros constantes do Relatório de Acompanhamento de fls. 199/233, o qual serviu de base para as considerações constantes do parecer do Sr. Procurador-Geral, Dr. Jatir Batista da Cunha, e para o Relatório e Voto do Exmo. Sr. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, proferidos na Sessão Plenária de 13/12/94, quando foi exarada a Decisão 763/94.

16.6.3 Explicitada essa questão, deve-se agora atentar para a argumentação central do DNER, segundo a qual:

- os estudos foram feitos, apenas não foram publicados; e
- inexistia obrigação para a formalização de tais estudos, seja em decorrência de lei, seja em decorrência de disposições do Edital.

16.6.4 Conforme já assinalado, não se afirmou que o DNER deveria publicar as análises no D.O.U. O que se apontou como irregular foi a inexistência da correspondente documentação no processo, impossibilitando a comprovação do cumprimento dos itens 26 e 56 do Edital, o que caracteriza desrespeito aos arts. 43, inciso V, 44 e 45 da Lei nº 8.666/93.

16.6.5 Ao mesmo tempo, não houve a obrigatória motivação do julgamento. Como se sabe, tal motivação é requisito essencial do ato administrativo, sendo elemento indispensável para torná-lo juridicamente perfeito. Uma vez que não consta dos documentos relativos ao julgamento a explicitação dos estudos determinados pelo Edital, ou seja, a fundamentação para a escolha da licitante vencedora - que vai além da constatação do menor preço ofertado -, esse ato fica prejudicado em sua validade.

16.6.6 Mesmo que tais estudos houvessem sido realizados, como afirma o DNER, o fato de não constarem formalmente do processo de julgamento caracteriza irregularidade, uma vez que eles não podem ser considerados à luz da legalidade, ante o disposto no art. 37 do Decreto-lei 2.300/86, em vigor quando do início da licitação, e no art. 44 da Lei 8.666/93.

16.6.7 Dessa forma, a falta de motivação torna nulo o ato de julgamento, uma vez que o torna imperfeito. A esse respeito, cabe citar o pensamento de Hely Lopes Meirelles ("in" Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, 10ª Edição, pag. 162):

'A ilegitimidade como toda fraude à lei, vem quase sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos é preciso que a Administração ou o Judiciário desçam ao exame dos motivos, dissequem os fatos e vasculhem as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame do mérito administrativo, porque não se aprecia a conveniência, a oportunidade ou a justiça do ato impugnado, mas unicamente a sua conformação, formal e ideológica, com a lei em sentido amplo, isto é, com todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública.' (grifo nosso)

16.6.8 Assim, é importante que fique demonstrado que, ao contrário do que alega o DNER, havia obrigação legal para a formalização dos estudos relativos à exeqüibilidade e à consistência das propostas, não sendo necessária sua publicação na imprensa oficial.

16.6.9 A esse respeito, ainda vale observar que a argumentação da Autarquia de que o Edital não explicitou a determinação de que os estudos fossem formalizados fica bastante sem sentido, pois não se compreende, ao certo, o que pretendeu dizer com isso. Se tencionou afirmar que, de acordo com o Edital, as análises previstas em seus itens 26 e 56 poderiam ter sido feitas informal

ou verbalmente pela Comissão, tal argumentação é totalmente improcedente, pois o Edital não fez referência simplesmente àquilo que é por demais óbvio: a obrigatoriedade da formalização dos atos da Comissão, ante o que dispõe o art. 44, "caput" e § 1º, da Lei 8.666/93.

16.6.10 Uma vez demonstrada, de forma clara, a obrigação legal para a formalização das análises das propostas, desejamos enfatizar dois pontos:

- a declaração do DNER de que elaborou os estudos requeridos nos itens 26 e 56 do Edital não elide a irregularidade de não os ter formalizado; e

- o DNER tinha obrigação de fazer constar do processo os mencionados estudos, o que, no entanto, não ocorreu, sendo pois ilegal o julgamento, conforme foi exaustivamente demonstrado.

16.6.11 Por último, há uma consideração muito importante a ser feita. Todas as nossas ressalvas à omissão da Comissão quanto à elaboração dos estudos de exequibilidade e consistência das propostas não foram resultado de um mero rigorismo. A insistência na obrigatoriedade de a Comissão cumprir o Edital nesse aspecto prende-se não só a uma exigência do cumprimento da lei, mas também ao conteúdo das propostas, especialmente da proposta declarada vencedora, cujas estimativas de volume e composição de tráfego e de custos são questionáveis.'

3. Em face do exposto, opina no sentido de que "a Decisão 763/94 deva ser mantida no que se refere à anulação do julgamento das propostas de tarifa (subitem 8.1.1 da Decisão), uma vez que as razões apresentadas pelo DNER e pelo Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa em seus recursos (fls. 362/388, 416/425 e Volume VII) não elidem as irregularidades determinantes da anulação.

18. A respeito das irregularidades que levaram à determinação da revisão do Edital de Propostas de Tarifa no subitem 8.1.2 da Decisão 763/94, consideramos o seguinte:

- quanto à alínea 'a' - inclusão de projeções de volume e composição de tráfego no Edital -, que podem ser relevadas, tendo em vista a alegação do DNER de que forneceu dados históricos do tráfego na Ponte Rio-Niterói a todas as licitantes (subitem 14.2.1 retro);

- quanto às alíneas 'b' e 'c' - exclusão dos itens 204 a 208 do Edital de Propostas de Tarifa, referentes à arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o

DNER, e do item 127, referente às alternativas para a revisão de tarifa -, que podem ser sanadas com a não inclusão no contrato de cláusula de igual teor, tendo em vista que tais questões não comprometeram o procedimento licitatório e não tiveram influência sobre a formulação e julgamento das propostas (subitem 14.2.2 retro).

18.1 Além disso, consideramos também que as determinações constantes do subitem 8.1.2 da Decisão 763/94, se relevadas para o caso da concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, devam ser feitas para as próximas licitações de concessões.

19. É importante lembrar que, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei 8.666/93, a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato. Assim, oportuno se faz alertar ao DNER que eventual contratação em decorrência dos atos ora impugnados deverá merecer o tratamento legal adequado, sob pena da aplicação do disposto no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal.

20. Assim, submetemos os presentes autos à consideração superior, propondo que:

I - sejam conhecidos os recursos impetrados pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER e pelo Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, para, no mérito, dar-lhes provimento em parte;

II - seja, em conseqüência, reformulada a Decisão 763/94, para tornar sem efeito a determinação constante do subitem 8.1.2, mantendo-se o teor dos demais termos da Decisão recorrida, ajustando-se, entretanto, a redação dos subitens 8.1.1 e 8.1.3 para o seguinte:

8.1.1 - promover a anulação do julgamento da 3ª fase da licitação para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, em virtude de inobservância dos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, consignados nos arts. 3º, 43, inciso V, 44 e 45 da Lei nº 8.666/93, uma vez que a Comissão de Licitação deixou de considerar:

a) as essenciais diferenças de estimativas de volume e composição de tráfego contidas nas propostas das licitantes, as quais se refletem no preço por elas ofertado; e

b) a determinação dos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, no sentido de serem realizados estudos referentes a avaliação da consistência do plano econômico-financeiro, a verificação da razoabilidade das estimativas das licitantes e a

análise de sensibilidade do plano econômico-financeiro;

8.1.3 - realizar novo julgamento da 3ª fase da licitação para concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, elaborando, detalhadamente, os estudos mencionados à alínea 'b' retro, em cumprimento ao disposto nos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, de forma a fazer constar dos autos, como fundamento da decisão que vier a ser proferida no julgamento das propostas, a análise da razoabilidade das estimativas apresentadas, na proposta declarada vencedora, inclusive com justificativas quanto aos aspectos constantes do item 26, alínea 'b', do Edital de Proposta de Tarifa, quais sejam:

- custos previstos para os investimentos e despesas correntes;
- projeções de trânsito;
- tarifas e arrecadação;
- fontes de receitas complementares;
- participação do endividamento no financiamento dos investimentos;

III - seja determinado ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER que deixe de incluir no contrato relativo à concessão da Ponte Rio-Niterói:

a) cláusula do teor do item 127 do Edital de Propostas de Tarifa, relativo a alternativas para a revisão de tarifa, uma vez que se trata de liberalidade que contraria o interesse público;

b) cláusula do teor dos itens 204 a 208 do Edital de Propostas de Tarifa, relativos a arbitragem como método de resoluções de conflitos, uma vez que carecem de amparo legal, conforme Decisão do Tribunal de 15/07/93 (Ata nº 29/93, Decisão nº 286/93 - Plenário);

IV - seja determinado ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER que, nas próximas licitações relativas a concessões:

a) inclua, nos respectivos editais, estudos sobre volume e composição de tráfego, a serem utilizados como referencial por todas as licitantes na elaboração de suas propostas de tarifa, bem como os parâmetros que serão utilizados para a avaliação da razoabilidade das estimativas das propostas;

b) deixe de incluir, nos editais e nos respectivos contratos:

1) disposições como as constantes do item 127 do Edital de Propostas de Tarifa relativo à concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, no sentido de estabelecer como alternativa ou complemento para a revisão de tarifa:

- modificação do prazo do contrato de concessão;

- atribuição de compensação direta à concessionária;
- combinação das alternativas anteriores;
- qualquer outra alternativa que venha a ser acordada entre as partes;

2) disposições como as constantes dos itens 204 a 208 do Edital de Propostas de Tarifa relativo à concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói, no sentido de estabelecer como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER a arbitragem, ante a inadmissibilidade de tal instituto em contratos administrativos, consoante Decisão do Tribunal de 15/07/93 (Ata nº 29/93, Decisão nº 286/93 - Plenário);

V - seja alertado ao DNER que eventual contratação em decorrência dos atos ora impugnados deve merecer o tratamento previsto no art. 49, § 2º, da Lei 8.666/93, sob pena da aplicação do disposto no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal;

VI - seja encaminhada cópia da decisão que vier a ser adotada, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem ao Exmo. Sr. Ministro dos Transportes, para fins de supervisão ministerial;

VII - seja o presente processo restituído a esta 1ª SECEX para que se possa dar continuidade ao acompanhamento determinado na Decisão 141/93."

4. Posteriormente, o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, mediante expediente dirigido a este Relator, requer, em razão dos argumentos que expõe, o seguinte:

"a) a aplicação da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) quando do julgamento do pedido de reexame da decisão nº 763/94, fazendo-a incidir e reger o contrato de concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói;

b) a incontinente intimação do DNER, solicitando-se daquele órgão autárquico a juntada aos autos dos estudos técnicos mencionados no ADITAMENTO ao pedido de reexame, datado de 11 de janeiro último e subscrito pelo Diretor-Geral da citada autarquia."

5. Julga o Consórcio que, "com o advento da nova legislação sobre concessões, 'ganham legitimidade fórmulas consensuais de solução de disputas como, por exemplo, o juízo arbitral que, em última análise, constitui modelo clássico de solução amigável de controvérsia contratual' (fls. 470). Com base nesse raciocínio, considera elidida a ilegalidade apontada pelo Tribunal na Decisão 763/94."

6. A 1ª SECEX opina no sentido de que "tal entendimento não

procede, por não ser o juízo arbitral um modo amigável de resolução de conflitos. A arbitragem é caracterizada pelo sentido de aceitarem um ou mais árbitros, objetivando a solução de um impasse. Esse procedimento é formal e encontra-se disciplinado pelo Código Civil (arts. 1.037 a 1.048) e pelo Código de Processo Civil (arts. 1.072 a 1.102), podendo envolver, inclusive, recurso à Justiça.

2.1.3 Não há, portanto, como a arbitragem ser confundida com modo amigável de resolução de conflitos, que ocorre entre as partes, prescindindo-se da intervenção de terceiros.

2.1.4 Segundo Raul Armando Mendes ('in' Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, Editora Saraiva, 1991, 2ª Edição, pag. 146), os árbitros têm 'autorização para julgar por equidade, fora, portanto, das regras e formas de direito, ou seja, usando o bom senso'.

2.1.5 Ora, um julgamento por equidade não é admissível no âmbito do Direito Administrativo, que não permite atos que venham de encontro aos princípios da primazia do interesse público sobre o privado, da legalidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público.

2.1.6 A prerrogativa do árbitro de se valer do princípio da equidade significa a possibilidade de julgamento afastado do direito objetivo, o que afronta o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração não pode fazer aquilo que não estiver expressamente autorizado em lei. Ademais, a equidade não pode ser utilizada quando existe a primazia do interesse de uma das partes sobre o da outra.

2.1.7 Ressalte-se que a arbitragem é um processo previsto no Direito Civil, que visa reger a relação entre partes livres para dispor de seus direitos. Por conseguinte, é inaceitável a sua aplicação a pessoas de Direito Público, que não podem, de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público, alienar os direitos que lhe cabem. Apenas aos particulares é dado o privilégio de fazer tudo aquilo que não é proibido por lei.

2.1.8 Vê-se, dessa forma, que a Administração não pode submeter-se à arbitragem, um processo apartado da justiça comum no qual não se consideram os princípios do Direito Administrativo, conforme consta da Decisão exarada na Sessão Plenária de 15/07/93 (Decisão nº 286/93 - Ata 29/93).

2.1.9 Sendo assim, o caminho para resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER está na aplicação de cláusulas

contratuais e editalícias, na legislação pertinente e nos princípios que a fundamentam. Um eventual impasse acerca da interpretação desse conjunto de normas poderia ser resolvido de forma amigável ou, em última instância, recorrendo-se à Justiça."

7. Informa ainda que, com o advento da Lei de Concessões, o Consórcio entende que a omissão de dados a respeito de volume e composição de tráfego no Edital de Propostas de Tarifa estaria sanada.

8. A esse respeito, a equipe assinala que, "de acordo com o que foi consignado nos subitens 14.2.1 a 14.2.2.1 do Relatório de Acompanhamento (fls. 449/450), entendemos que a providência corretiva determinada pelo Tribunal no sentido de 'incluir projeções de volume e composição de tráfego para todo o período contratual' (subitem 8.1.2 da Decisão 763/94) pode ser dispensada, tendo em vista a declaração do DNER de que foram distribuídos a todas as licitantes dados históricos do tráfego na Ponte Rio-Niterói.

5. No que se refere à sugestão do Consórcio de que o Tribunal solicite ao DNER os estudos técnicos previstos nos itens 26 e 56 do Edital de Propostas de Tarifa, consideramos tal medida incapaz de elidir a ilegalidade no julgamento das propostas de tarifa apontada pelo Tribunal, uma vez que a Comissão de Licitação deveria tê-los formalizado quando da realização do mesmo, sendo, pois, intempestiva a sua apresentação agora (subitens 16.6.4 a 16.6.11 do Relatório de Acompanhamento - fls. 458/460)."

9. Ao examinar o pedido de reexame formulado pelo Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa o eminente Procurador, Dr. LUCAS ROCHA FURTADO, assim se manifesta:

"Discordando da Decisão prolatada, o representante legal do Consórcio supramencionado interpôs o recurso sob comento requerendo:

'a) a aplicação da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) quando do julgamento do pedido de reexame da decisão nº 763/94, fazendo-a incidir e reger o contrato de concessão da exploração da Ponte Rio-Niterói;

b) a incontente intimação do DNER, solicitando-se daquele órgão autárquico a juntada aos autos dos estudos técnicos mencionados no ADITAMENTO ao pedido de reexame, datado de 11 de janeiro último e subscrito pelo Diretor-Geral da citada autarquia.'

O primeiro aspecto abordado pelo peticionante refere-se a eventual vício no edital decorrente da existência de cláusulas que

prevêem o arbitramento como forma de solução de questões que venham a surgir ao longo da execução do contrato de concessão.

Argumenta o recorrente que 'de fato, à época do julgamento ora `sub judice' não havia previsão legal nesse sentido. Diversa, porém, é a situação atual. (...) Do novo diploma legal - lei de direito público, por isso mesmo aplicável de imediato aos fatos em curso - cabe destacar a regra que supre a lacuna da legislação anterior na parte relativa ao modo de resolução de conflitos entre o poder concedente e a concessionária'.

Ao analisar o dispositivo da Lei nº 8.987/95 que estabelece as cláusulas essenciais do contrato de concessão, dentre as quais se incluem as relativas 'ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais' (grifo nosso), a Primeira Secretaria de Controle Externo entende ser improcedente a pretensão do recorrente, 'por não ser o juízo arbitral um modo amigável de resolução de conflitos'.

De acordo com o entendimento da doutrina mencionada (Raul Armando Mendes, `in' Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos, Ed. Saraiva), conclui a SECEX que a utilização de árbitros implica a existência de autorização para julgar por equidade, e que 'um julgamento por equidade não é admissível no âmbito do Direito Administrativo, que não permite atos que venham de encontro aos princípios da primazia do interesse público sobre o privado, da legalidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público'. Acrescenta, ainda, que 'a arbitragem é um processo previsto no Direito Civil, que visa reger a relação entre partes livres para dispor de seus direitos'.

Impende, inicialmente, ressaltar que o Direito Administrativo não constitui ramo absolutamente autônomo dentro da Ciência do Direito. Mantém aquele direito estreita afinidade com diversos outros ramos da Ciência Jurídica, de acordo com o entendimento da doutrina moderna, e, aqui, mencionamos o administrativista García de Enterría.

Entre nós, Hely Lopes Meireles (`in' Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 13ª Edição) manifesta-se nessa mesma linha de entendimento ao afirmar que 'com o Direito Civil e Comercial as relações do Direito Administrativo são intensíssimas, principalmente no que se refere aos contratos e obrigações do Poder Público com o particular' (grifo nosso).

A primeira premissa que aqui devemos esclarecer diz respeito

ao fato de que, por se tratar de instituto de Direito Privado, não deve, por esse só motivo, ficar excluída a possibilidade de utilização do juízo arbitral aos contratos celebrados pelo Poder Público. É fato que a Administração Pública subsume-se ao princípio da legalidade estrita, princípio, aliás, elevado à categoria de princípio constitucional impositivo pelo constituinte de 1988. Portanto, se houver previsão legal que permita a aplicação de um instituto de Direito Privado ao Direito Administrativo não deve restar qualquer dúvida em relação à sua admissibilidade.

Cumpra, destarte, verificar se o compromisso arbitral é instituto que pode ser incluído no âmbito da expressão 'modo amigável de solução das divergências contratuais', inserida em nosso ordenamento pela Lei nº 8.987/95.

O compromisso arbitral ou simplesmente arbitragem consiste na utilização de árbitros para a solução de controvérsias, subtraindo-se a demanda da jurisdição da Justiça ordinária.

Uma interpretação restritiva da expressão 'modo amigável de solução das divergências contratuais' poderia levar à conclusão de que apenas seria admitida a 'transação', instituto disciplinado pelo Código Civil em seus arts. 1.025 a 1.036, e que consiste na solução de controvérsias por parte dos próprios interessados mediante concessões mútuas.

Ora, se for admitida a 'transação' como forma de solução de litígios em contratos de concessão, em que o Poder Público e o concessionário fazem 'concessões mútuas' (Código Civil, art. 1.025) para a solução amigável das divergências contratuais, não deve haver qualquer empecilho a que se admita a utilização de árbitros.

A interpretação teleológica do Art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/95 deve concluir que o legislador utilizou a expressão 'modo amigável de solução de divergências' em oposição a 'solução jurisdicional de controvérsias'.

Ademais, ao analisar o instituto, Caio Mario da Silva Pereira manifesta-se nos seguintes termos:

'Há notória semelhança entre o compromisso e a transação, similitude que não deixou de impressionar o legislador, mandando o Código Civil de 1916 (art. 1.048) que ao compromisso se apliquem as normas relativas à transação, quando seja possível. Ambos perseguem o objetivo genérico de pôr fim a uma controvérsia.'

A argumentação utilizada pela SECEX de que os árbitros utilizam-se de equidade em seus julgamentos, e que a equidade é

incompatível com o Direito Público não deve prosperar. Os árbitros, ao contrário do que indica a zelosa SECEX, não buscam fundamentação jurídica para suas decisões fora do 'direito objetivo'. São, na verdade, especialistas em determinada área do conhecimento jurídico que, freqüentemente, estão em condições de decidir de forma mais acertada e célere que os meios jurisdicionais ordinários. Ressalte-se que os contratos de concessão envolvem matéria que exige notória especialização para a solução de controvérsias decorrentes de sua execução.

A utilização de arbitragem encontra, portanto, fundamento legal, sendo descabido falar-se em violação do princípio da legalidade, e constitui forma célere e econômica para a solução de litígios em contratos de concessão, podendo apenas trazer vantagens para a Administração Pública.

Deve-se concluir, portanto, que a utilização de árbitros possui amparo legal (Lei nº 8.987/95) e apresenta-se conveniente para a Administração Pública, não sendo mais possível, após o advento da legislação mencionada, falar-se em ilicitude da cláusula do contrato de concessão celebrado com o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Correia.

Outro aspecto objeto do pedido do aditamento ao pedido de reexame sob comento relaciona-se ao argumento apresentado pelo recorrente de que o veto presidencial apostado ao art. 24 da Lei nº 8.987/95, que impunha a fixação de tráfego mínimo, no caso de obras viárias, faria com que desaparecesse a irregularidade detectada.

Nesse tocante, manifesta-se o Ministério Público de acordo com o entendimento da SECEX que conclui que 'a providência corretiva determinada pelo Tribunal no sentido de 'incluir projeções de volume e composição de tráfego para todo o período contratual' pode ser dispensada (...)'.
'

Finalmente, no que se refere à sugestão do Consórcio de que o Tribunal solicite os estudos técnicos mencionados, opina o Ministério Público igualmente de acordo com a Secretaria de Controle Externo, no sentido de que tal medida demonstra-se incapaz de elidir a ilegalidade no julgamento das propostas de tarifa apontada pelo Tribunal.

O Ministério Público manifesta-se, portanto, pelo acolhimento parcial do pedido de reexame e entende não ser mais possível determinar a anulação de toda a 3ª fase da licitação. Opina o Ministério Público por que se restabeleça a recomendação originária

da 1ª SECEX no sentido da anulação apenas das propostas de tarifa."

10. Posteriormente, a pedido deste Relator, o ilustre Procurador examinou também o recurso interposto pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER (fls. 363/412), e o seu aditamento (fls. 416/425), bem como o recurso impetrado pelas empresas CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A. e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A (anexo VII), nos seguintes termos:

"Dois são os fundamentos básicos da Decisão recorrida, a qual determinou a anulação de toda a 3ª fase da licitação em tela, a saber:

a) o primeiro, um vício no julgamento das propostas, pois que a Comissão de Licitação, no relatório desse julgamento, deixou de apresentar os estudos de consistência, razoabilidade, sensibilidade e exeqüibilidade das propostas, nos termos que dispõem as cláusulas 26 e 56 do Edital;

b) o segundo, os vícios do próprio Edital de Propostas de Tarifa, no que concerne à:

b1) ausência das projeções de volume e composição de tráfego para orientação das licitantes;

b2) existência de meios compensatórios de tarifa, na cláusula 127, que não se coadunam com os princípios e normas do Direito Administrativo; e

b3) falta de amparo legal da adoção do juízo arbitral para solução de conflitos de interesse, no âmbito dos Contratos Administrativos.

Quanto ao primeiro fundamento, retifica este representante do MP/TCU os termos de seu pronunciamento exarado no parecer às fls. 478/480, no qual analisou-se apenas o recurso impetrado pelo Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Correia, ocasião em que se acolheu o entendimento da 1ª SECEX (fls. 458/460, itens 16.6.3 a 16.6.11), no sentido de que a explicitação dos aludidos estudos, formalmente nos autos do processo licitatório, é requisito essencial para a validade do ato de julgamento. Após melhor analisar os argumentos fáticos constantes do recurso apresentado pelo DNER, e seu posterior aditamento, entende o Ministério que a declaração do DNER de que elaborou tais estudos elide a irregularidade de não os ter formalizado.

Ressalte-se, inicialmente, que a licitação sob comento possui características que a distinguem de processos licitatórios comuns. Procedem os argumentos apresentados pelo DNER, que em seu recurso

(fls. 377), argumenta que 'não se trata evidentemente, de uma simples licitação para a execução de obras por preços unitários - onde o contratado executa, mede, e recebe pelo que executou - já que seu escopo e sua natureza são muito mais abrangentes e exigem mais do particular, até mesmo por representar, para este, um risco maior'.

A peculiaridade que caracteriza a presente licitação decorre do fato de que o critério de julgamento é o preço da tarifa básica, e não o custo dos serviços. O edital fixa, ao contrário, um limite superior para a tarifa básica e prevê a imposição de sanções para o não cumprimento dos prazos e condições estabelecidos, além de exigir garantias de forma a isentar a União de qualquer risco decorrente da execução do contrato de concessão.

A grande diversidade entre as propostas apresentadas pelas empresas habilitadas decorre exatamente do fato de que cabe às empresas interessadas em participar do certame, e não à Administração, efetuar os estudos, análises e pesquisas no intuito de obter parâmetros para atender ao objeto da licitação, considerando-se, necessariamente, o interesse público. O Ministério Público, nesse tocante, considera fundamental a argumentação de que a exatidão dos cálculos apresentados pelos concorrentes imputará responsabilidade exclusivamente a quem os apresentar, ficando o Poder Público com seus interesses ressaltados, em função das garantias exigidas pelo edital. Cumpre ao órgão licitante, no caso o DNER, considerar aspectos globais das propostas apresentadas relativos à 'razoabilidade das estimativas realizadas e à solidez global das Propostas de Tarifa'.

Em seu relatório final, transcrito na íntegra no recurso apresentado pelo DNER, a Comissão de Licitação (fls. 383) 'lembra que a Concessionária assumirá integralmente o risco de tráfego inerente à exploração da Ponte, neste se incluindo o risco de redução do tráfego (...). Cabe a (sic) Concessionária tomar as medidas operacionais para garantir a fluidez do tráfego em conformidade com o item 'f' da Cláusula 89 do Edital sob pena de sanções administrativas pela inexecução parcial ou total do contrato. Assim, qualquer defasagem na receita projetada ou eventual falta de capacidade para escoar o tráfego em determinadas horas do dia não será motivo para revisão da tarifa'.

Ressalte-se, ainda, conforme já mencionado, que a presente concorrência não se enquadra nos procedimentos comuns por preço

unitário. Nestas hipóteses, ainda que ocorra a divulgação das propostas dos concorrentes, nada afeta a possibilidade de, ocorrendo eventual anulação do certame, poderem ser apresentadas novas propostas. No caso em análise, ao contrário, coube aos concorrentes elaborar suas propostas com base em estudos e pesquisas por eles próprios realizados. Eventuais inexatidões que venham a ser detectadas implicarão prejuízo para a concessionária, jamais para a Administração. O pressuposto para a escolha da melhor proposta teve por base, portanto, exatamente os estudos de custos apresentados pelas empresas concorrentes. Determinar que sejam apresentadas novas propostas, o que resultaria da anulação da 3ª fase da licitação, implicaria a inviabilização do próprio critério de escolha, conquanto referidos estudos já foram divulgados.

Conclui-se, destarte, que a definição da composição do tráfego e sua evolução ao longo da concessão é risco da concessionária. O objetivo da presente concessão é exatamente este, transferir o risco da exploração do empreendimento à concessionária, daí as peculiaridades que envolvem a celebração do contrato sob análise.

No que pertine a outros vícios apontados no Edital, outras considerações convém aduzir.

No tocante às projeções de volume e composição de tráfego, reiterando os termos do parecer às fls. 478/480, manifesta-se este Ministério Público de acordo com entendimento da Unidade Técnica (fls. 449/450, item 14.2.1 e 460, item 18), no sentido de que a declaração do DNER de que forneceu às licitantes dados históricos sobre o tráfego na Ponte Rio-Niterói vem a sanar a irregularidade.

Antes de se prosseguir a análise, cumpre tecer comentários sobre fato novo, que foi a publicação da Lei nº 8.987/95.

Conforme, com razão, alega o representante do Consórcio ANDRADE GUTIERREZ/CAMARGO CORRÊA, na peça recursal, às fls. 469/472, e já ressaltado no parecer deste Ministério Público, às fls. 478, essa lei é de direito público e, por isso, tem eficácia imediata sobre os fatos em curso. Por conseguinte, incide sobre o contrato a que visa a licitação em apreço.

Nesse sentido, tanto a política tarifária (cláusula 127 do Edital) quanto a forma de resolução de conflitos (cláusulas 204 e 208 do Edital), relativas à concessão, devem subsumir-se à nova lei, ou melhor, ao que dispõem o capítulo IV e o art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/95, respectivamente.

Ademais, sobre a questão do juízo arbitral, em face da aludida

Lei, o MP/TCU, de modo exaustivo, manifestou-se no parecer às fls. 478/480.

Por todo o exposto, retifica parcialmente este representante do Ministério Público o seu entendimento anteriormente firmado no parecer de fls. 478/480, e manifesta-se, desta feita, com a devida vênia por discordar do entendimento firmado pela zelosa SECEX, pelo acolhimento integral dos pedidos de reconsideração constantes dos autos e, em consequência, por que este Tribunal de Contas reforme a Decisão nº 763/94-Plenário e considere legal a celebração do presente contrato de concessão para exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (Ponte Rio-Niterói)."

11. Finalizando, cabe registrar que encontra-se acostado aos autos expediente do Consórcio Cowan/Mirak, no qual requer que o Tribunal determine ao DNER "a sustação da assinatura do contrato de concessão para exploração da Ponte Rio-Niterói".

12. A 1ª SECEX, após minuciosa análise das razões constantes da documentação apresentada, informa que o mencionado Consórcio faz referência à Decisão nº 763/94 - Plenário, que dentre outros assuntos fixou o prazo de trinta dias para que o DNER promovesse a anulação de toda a 3ª fase da licitação, e, anexa, ainda, recorte do Jornal "O Globo", de 16.12.94, contendo o "Aviso de Contratação Adjudicatória" (fls. 03), por meio do qual o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa é chamado para a assinatura do Contrato de Concessão em 22.12.94.

13. Conclui o seu parecer propondo a juntada dos documentos apresentados pelo Consórcio Cowan/Mirak a este processo face à correlação de matérias, pois, segundo esclarece, os fatos carreados aos autos pelo mencionado Consórcio "têm sua análise condicionada ao que o Tribunal vier a decidir, ante os recursos opostos à v. Decisão do Tribunal nº 763/94". É o Relatório.

ACÓRDÃO NÃO ACOLHIDO

Processo nº TC 014.080/93-1

Responsável: José Alfredo de Oliveira Baracho (CPF: 010.864.306-97)

Entidade: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq

Relator: Ministro Olavo Drummond

Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha

Unidade Técnica: Sexta Secretaria de Controle Externo (6ª SECEX)

Especificação do quorum:

ASSUNTO Tomada de Contas Especial

ACORDAO VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial de responsabilidade do Sr. José Alfredo de Oliveira Baracho;

Considerando que citado, o responsável apresentou a Prestação de Contas de forma incompleta;

Considerando que não há indícios de apropriação indébita, o que descaracteriza o débito;

Considerando que a Prestação de Contas foi apresentada intempestivamente;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, por unanimidade, em:

a) com fundamento nos arts. 16, inciso II e 18, da Lei nº 8.443/92, julgar as presentes contas regulares, com ressalva, dando-se quitação ao responsável;

b) aplicar ao responsável, Sr. José Alfredo de Oliveira Baracho, a multa prevista no art. 58, inciso I da citada Lei, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), com base no limite permitido na legislação então vigente (art. 53 do Decreto-lei nº 199/67 combinado com a Portaria nº 216-GP/94), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 159, inciso III, alínea "a" do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional;

c) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial da dívida, acrescida dos encargos legais contados a partir do dia seguinte ao término do prazo ora estabelecido, até a data do recolhimento, caso não atendida a notificação, na forma da legislação em vigor.

Voto do Ministro Relator:

14. O eminente Ministro CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA, com a acuidade e proficiência de sempre, submeteu a este Colegiado, em Sessão de 13.12.94, à luz dos elementos constantes dos autos à época, substanciosos Relatório e Voto, que fundamentaram a Decisão nº 763/94 - Plenário.

15. O DNER e o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, discordando da Decisão prolatada, formularam pedidos de reexame com vistas a reformá-la.

16. Já o Consórcio Cowam/Mirak apresentou expediente, no qual solicitava ao Tribunal que determinasse ao DNER "a sustação da assinatura do contrato de concessão para exploração da Ponte

Rio-Niterói". Sobre esse expediente desejo formular algumas considerações.

17. Após a Decisão Plenária acima mencionada, o DNER, sob fundamento de que o pedido de reexame tem efeito suspensivo (Lei nº 8.443/92, art. 48), firmou com o Consórcio vencedor da licitação contrato de concessão, com o acréscimo da seguinte cláusula:

"Cláusula 279. Não obstante o item 276 acima, as partes têm pleno conhecimento de que o Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU, por meio de Decisão nº 763/94, do Plenário, tomada em 13 de dezembro de 1994, no processo TC 006.098/93-2, determinou que o DNER, no prazo de 30 (trinta) dias, promoveria a anulação da Fase III da licitação, para Concessão da Exploração da Ponte Presidente Costa e Silva. Inconformados, porém, com a precitada Decisão, CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA, no prazo legal, interpuseram, perante a Corte de Contas, recursos visando à reforma integral daquela deliberação com o conseqüente reconhecimento da validade daquela fase do procedimento licitatório. Assim, considerando que os mencionados recursos se revestem de efeito suspensivo "ex vi" do disposto no art. 33 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e considerando, também, o expediente ministerial datado de 26 de dezembro de 1994, rubricado pelas partes e que, junto a esse processo, passa a fazer parte integrante deste CONTRATO, independentemente de transcrição, concordam as partes em firmar este CONTRATO sob condição suspensiva, só vindo a produzir quaisquer efeitos, ou gerar direitos ou obrigações, se reconhecida, afinal, a validade da referida Fase III da Licitação. Concordam, outrossim, as partes, em renunciar, por seus representantes legais competentes, a qualquer direito, ação, pretensão ou indenização, caso seja anulado o CONTRATO".

18. O que se observa na espécie é a inovação do contrato, com cláusula não objeto de exame por parte do Tribunal. Poderiam fazê-lo os contratantes? Creio que não.

19. Qual o objetivo da citada cláusula? Quem o sabe, a não ser o concedente e o concessionário.

20. Outro aspecto a ser examinado é o que dispõe o art. 42, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro do corrente ano, segundo o qual "as concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas". Estando a matéria sub-judicis e em caso de nulidade da licitação tal norma não prevalecerá. Assim, considero a cláusula 279 como não escrita,

tendo em vista que não foi objeto do primeiro exame do Tribunal.

21. Ainda sobre o mencionado expediente, cabe destacar, ante o seu teor, que o Consórcio Cowan/Mirak não se configura como interessado na Decisão a ser adotada sobre os pedidos de reexame formulados.

22. Devidamente esclarecido o meu ponto de vista acerca da cláusula contratual inquinada, desejo formular algumas observações sobre outro assunto de grande relevância no exame deste processo, a aplicabilidade imediata das chamadas "Leis de Direito Público".

23. Doutrina o mestre Maximiliano, em seu notável "Direito Intertemporal" (3ª Edição - Rio de Janeiro, 1955, Livraria Freitas Bastos S.A.) que as leis administrativas e financeiras têm aplicação imediata, sem porém, retroagir.

24. Juízo similar apresenta o emérito tratadista Cunha Gonçalves (Tratado, cit., V.I, tomo I, p. 429) ao apregoar que "a verdadeira razão por que estas leis são de imediata aplicação é que os chamados direitos públicos são principalmente, para não dizer exclusivamente, direitos subjetivos do Estado, e, por isso, pode este dispor a respeito deles como melhor entender."

25. A Lei nº 8.987/95, "Lei das Concessões", de 13 de fevereiro de 1995, é uma lei de Direito Público, portanto aplicável de imediato aos fatos em curso.

26. Concluindo essas importantes observações, examino, no mérito, a Decisão nº 763/94 - Plenário, ante as razões apresentadas nos pedidos de reexame, os novos documentos acostados aos autos e as modificações da legislação específica, sob dois aspectos principais, a saber:

- a) a anulação da 3ª Fase de Licitação - Propostas de Tarifa;
- b) a anulação apenas da etapa de julgamento das propostas.

27. Do Relatório acima, como apropriadamente registra o nobre representante do Ministério Público, observa-se que, na Decisão recorrida, os fundamentos básicos para a anulação de toda a 3ª fase da presente licitação foram:

a) vícios do próprio Edital de Propostas de Tarifa, no que concerne à:

- 1) ausência das projeções de volume e composição de tráfego para orientação dos licitantes;
- 2) existência de meios compensatórios de tarifa, na cláusula 127, que não se combinam com os princípios e normas do Direito Administrativo;

3) falta de amparo legal das cláusulas 204 a 208, que tratam "Da Arbitragem" para a solução de interesse no âmbito dos Contratos Administrativos;

b) vício no julgamento das propostas, pois a Comissão de Licitação deixou de apresentar estudos de consistência, razoabilidade, sensibilidade e exeqüibilidade das propostas, nos termos do que dispõem as cláusulas 26 e 56 do Edital.

28. Segundo o saudoso e brilhante jurista Hely Lopes Meirelles, em seu "Direito Administrativo Brasileiro", a "anulação é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade", e, "por basear-se em ilegalidade no seu procedimento, pode ser feita em qualquer fase a qualquer tempo". "O essencial é que seja claramente demonstrada a ilegalidade, pois a anulação sem justa causa é absolutamente inválida".

29. A Licitação deve ser anulada quando o Edital apresentar vícios insanáveis, já a fase de julgamento quando apresentar ilegalidades devidamente caracterizadas.

30. Sobre os vícios apontados no Edital de Propostas de Tarifa, cabem as seguintes análises face ao disposto no item 26 deste voto.

31. Tendo em vista que todas as licitantes contaram com um mesmo ponto de partida para suas estimativas de tráfego e que a definição de sua composição e evolução ao longo da concessão é risco da concessionária, ficando assim assegurada a igualdade entre os concorrentes e a competitividade da licitação, manifesto-me de acordo com os pareceres eqüânimes da 1ª SECEX e da douta Procuradoria no sentido de que a providência corretiva determinada sobre a ausência das projeções de volume e composição de tráfego para orientação das licitantes pode ser dispensada.

32. Em relação aos meios compensatórios de tarifa constantes da cláusula 127, não essencial para a elaboração e o julgamento das propostas, entendo, com base no art. 9º, "caput", da Lei nº 8.987/95, que esses meios passam a ter amparo legal. Dispõe o referido artigo, "verbis:

"Art. 9º. A tarifa do serviço público será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas `regras de revisão previstas' nesta Lei, `no edital' e no contrato.

§ 1º."

(grifou-se).

33. Releva notar que as regras previstas no edital não devem

conflitar com o interesse público.

34. Ainda sobre a remuneração do Concessionário, cobra relevo registrar os entendimentos de Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, respectivamente:

a) "o serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público) e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí por que impõe-se a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço, a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada.

A revisão das tarifas é ato privativo do poder concedente, em negociação com o concessionário, que deverá demonstrar a renda da empresa, as despesas do serviço e a remuneração do capital investido, ou a ser investido nas ampliações necessárias" (in' Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, Ed. Revista dos Tribunais - 1989, pag. 346);

b) "o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; ele faz jus ao recebimento da tarifa, do equilíbrio econômico da concessão, e à inalterabilidade do objeto; vale dizer que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que respeitar o seu objeto e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico- financeiro, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessório" (in' Direito Administrativo - Maria Sylvia Zanella Di Pietro - Ed. Atlas S.A - 1990, pág. 219).

35. Sobre a utilização da arbitragem para solucionar divergências contratuais, cabe registrar que o Edital a considera como forma de evitar a litigiosidade judiciária. Convém lembrar que:

a) arbitragem aplica-se somente aos direitos disponíveis, não incidindo sobre o interesse público, que é indisponível por não se achar entregue à livre disposição do Administrador;

b) somente quando autorizada pela lei a transigir amigavelmente, a Administração pode eleger árbitro para mediar suas divergências contratuais.

36. Assim, entendendo que a Lei nº 8.987/95 conferiu, nas condições acima, base legal para a utilização da arbitragem (art. 23, XV), acolho parcialmente as conclusões da 1ª SECEX e da douta Procuradoria no sentido de considerar a arbitragem no âmbito da

expressão "modo amigável de solução das divergências contratuais", desde que observe o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público, o que também deve ocorrer nas chamadas "concessões mútuas", ou na "transação".

37. Sanados, pois, os vícios do Edital, deixam de existir as causas justas que ensejaram a anulação da 3ª Fase da Licitação - Propostas de Tarifa.

38. Quanto à proposta de anulação da etapa do julgamento, baseada no fato de a Comissão de Licitação ter deixado de apresentar estudos de consistência, razoabilidade, sensibilidade e exeqüibilidade das propostas, nos termos que dispõem as cláusulas 26 e 56 do Edital, cabem algumas análises em face das razões tratadas no item 26 deste voto.

39. No Relatório de julgamento da 3ª Fase - Propostas de Tarifa, a Comissão informa que examinou "as Propostas de Tarifa da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói) na forma prevista no Edital" e apresenta os "parâmetros utilizados para a avaliação das mesmas" (fls. 138).

40. Informa também, que analisou as "exeqüibilidades dos dados fornecidos pelas licitantes", bem como examinou "os Planos Econômicos e Financeiros, que apresentaram em grau aceitável:

- a) consistência interna;
- b) razoabilidade das estimativas; e
- c) solidez global".

41. Após as mencionadas análises, considerou que a proposta do Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, que apresentou a menor tarifa, foi a vencedora do Edital nº 0107/93-00, 3ª Fase - Proposta de Tarifa da Ponte Presidente Costa e Silva, com o valor de R\$ 0,78, cobrado num sentido de tráfego.

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

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

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

45. Examinando-se os referidos estudos verifica-se que os

tópicos constantes das cláusulas 26 e 56 do Edital foram observados pela Comissão de Licitação que concluiu, após detida análise das propostas apresentadas pelas licitantes abaixo nominadas, no sentido de que os seus Planos Econômico-Financeiros "possuem razoabilidade, consistência, solidez e atendem aos dispositivos do Edital de Licitação":

- Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa;
- Consórcio Cowan/Mirak;
- Queiroz Galvão;
- Consórcio Mendes Júnior/Dragados; e
- Norberto Odebrech.

46. A Comissão analisou também os seguintes quesitos das Propostas de Tarifa das licitantes:

- a) Volume, Composição do Trânsito e sua justificativa;
- b) Custos Correntes e Custos de Capital;
- c) Estrutura de Financiamento; e
- d) Fluxo de Caixa do Empreendimento.

47. Ao final concluiu basicamente que:

a) os equívocos observados em algumas das propostas não são suficientes para se justificar, de maneira alguma, a desclassificação de qualquer delas;

b) "os testes de sensibilidade efetuados demonstram que, mesmo na pior alternativa imaginada pela Comissão, o nome da licitante primeira colocada não seria alterado. Os testes mostram, ainda, uma variação equivalente entre as duas propostas, com pequenas variações, o que confirma o equilíbrio do certame".

48. Em face do exposto, entendo que os estudos, com maiores detalhes e posteriormente juntados aos autos, não podem ser caracterizados como fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado capaz de comprometer a igualdade dos licitantes, pois vieram a ratificar e oferecer mais elementos objetivos à decisão adotada, não cabendo se falar em inobservância do § 1º do art. 44 da Lei nº 8.666/93.

49. Portanto, observa-se que o julgamento foi objetivo, vinculado aos critérios fixados pela Administração no Edital, onde, tendo em vista o interesse público, foi escolhida a proposta que apresentou técnica satisfatória e preço mais vantajoso.

50. Sanados os vícios apontados na fase de julgamento, considero que foram observados os princípios da isonomia e do julgamento objetivo, consignados nos arts. 3º, 43, V, 44 e 45 da

Lei nº 8.666/93, e que não existe justa causa para anulá-lo.

51. Além disso, afigura-se-me sem sentido anular a fase de julgamento se, ao promovê-la novamente, o nome da licitante primeira colocada não será alterado.

52. Quanto ao princípio da motivação, tratado em diversas oportunidades neste processo, releva notar que ele implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

53. Supondo que no presente caso o princípio não tenha sido observado no momento próprio, o que não ocorreu, a doutrina apresenta entendimentos diversos, valendo destacar a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, segundo a qual:

"Sem embargo - e nisto acompanhamos uma vez mais, como é habitual, as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello - em se tratando de atos vinculados (nos quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público) o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato" (in' Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, pag. 183).

54. No que tange ao contrato, sou de opinião que a 1ª SECEX deve acompanhar esta fase, levando em consideração as diretrizes fixadas pelo Tribunal.

55. Há que se considerar, também, face aos problemas apontados na estrutura da Ponte, o direito inviolável de seus usuários, previsto no art. 5º, "caput", da Constituição Federal, que deve preservado pelo Estado, o direito à vida, uma vez que estão preenchidos todos os requisitos legais.

56. Assim, levando em conta todos os aspectos retratados nestes autos e acolhendo, em parte, os pareceres da 1ª SECEX e da douta Procuradoria, entendo que se deva conhecer dos pedidos de

reexame para, no mérito, dar-lhes provimento e, em consequência, "data venia", reformular a Decisão nº 763/94 - Plenário.

Voto, portanto, no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que submeto ao Plenário.

Decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. com fundamento nos arts. 31 e 48 da Lei nº 8.443/92, e nos arts. 222 e 224 do Regimento Interno, conhecer em parte dos pedidos de reexame formulados pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER e pelo Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, e em consequência reformular a Decisão nº 763/94, para tornar sem efeito os subitens 1 e 2;

2. considerar que o DNER observou os requisitos legais quando da realização da 3ª Fase do processo licitatório para a concessão de exploração da Ponte Presidente Costa e Silva;

3. determinar ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, que no tocante:

I - ao contrato relativo a concessão da Ponte Presidente Costa e Silva:

a) observe o que preceitua, em relação a política tarifária, os arts. 9º a 13º da Lei nº 8.987/95;

b) não incluir, na parte da arbitragem, cláusulas que não observem estritamente o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público;

II - às próximas licitações relativas a concessões:

a) inclua, nos respectivos editais, estudos sobre volume e composição de tráfego, a serem utilizados como referencial por todas as licitantes na elaboração de suas propostas de tarifa, bem como os parâmetros que serão utilizados para a avaliação da razoabilidade das estimativas das propostas;

b) faça constar da ata de julgamento a análise, o mais detalhada possível, de todos os critérios constantes do edital;

4. determinar à 1ª SECEX, em coordenação com a SECEX/RJ, que dê continuidade ao acompanhamento do presente processo na fase relativa à assinatura do contrato para a concessão da exploração da Ponte Presidente Costa e Silva, bem como a sua execução, observando, em especial, as determinações desta e das decisões anteriores, e representando ao Tribunal sempre que motivo relevante

o justifique;

5. considerar como não escrita a cláusula 279 inserida no contrato após a Decisão nº 763/94 - Plenário, do Tribunal de Contas da União;

6 - considerar como de caráter normativo o entendimento de que o efeito suspensivo dos pedidos de reconsideração e de reexame, bem como dos embargos de declaração, impetrados contra as Decisões do Tribunal, susta provisoriamente os efeitos das mesmas até o julgamento do recurso, mas não autoriza o recorrente a, antes do pronunciamento do Tribunal sobre o mérito do recurso, praticar qualquer ato ou adotar qualquer providência que direta ou indiretamente contrarie qualquer dos itens da decisão recorrida, sujeitando-se o infrator à multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, combinado com o art. 220, II, do Regimento Interno;

7. encaminhar cópias da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, aos Senhores Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados, ao Senhor Ministro de Estado dos Transportes, para fins de supervisão ministerial, ao Sr. Diretor-Geral do DNER e ao Senhor Representante Legal do Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Corrêa.

Indexação:

Acompanhamento; Licitação; Concessão de Serviços Públicos; RJ; DNER; Empresa Privada; Princípios Básicos da Licitação; Pedágio; Contrato Administrativo; Cláusulas Essenciais; Recurso; Legislação; Vigência; Efeito Suspensivo; Privatização; Julgamento das Propostas; Juízo Arbitral; Decisão; TCU; Pedido de Reexame; Anulação; Licitação;