

## A DIMENSÃO DO “PROJETO BÁSICO” NA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PRECEDIDOS DA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA

*Cezar Augusto Pinto Motta, cmotta@tce.rs.gov.br  
Pedro Jorge Rocha de Oliveira, pedroj@tce.sc.gov.br*

### RESUMO

*O conceito de projeto básico nas obras públicas realizadas sob a égide da Lei Federal nº 8.666/93 encontra-se bem definido e, mesmo distinto daquele usual nas relações privadas, já encontra referências teóricas e práticas suficientes para que se entenda plenamente seu significado técnico e jurídico.*

*No que se refere aos “elementos de projeto básico” que devem ser fornecidos para caracterizar o objeto das concessões precedidas de obra pública, não está delimitado de forma consensual em seus limites e amplitude.*

*Em função deste vazio conceitual o presente artigo se propõe a discutir a dimensão que o “projeto básico” representa neste contexto e, em função disto, são discutidos diversos aspectos relacionados, resultando na proposição de alguns parâmetros para a plena caracterização e posterior execução do objeto a contratar, dentro dos mandamentos legais e normativos.*

*Deve-se ressaltar que o artigo possui um caráter introdutório, visto a inexistência de definição objetiva sobre os chamados “elementos de projeto básico” e a necessidade de uma maior segurança dos agentes envolvidos, tanto na realização dos processos licitatórios, quanto da definição das propostas e na próprias atividades de fiscalização e regulação.*

**Palavras-chave:** Concessão de Serviços Públicos, Projeto Básico, Obras Públicas.

### 1. INTRODUÇÃO

Em sentido amplo, a concessão de serviços públicos consiste na busca da harmonização de interesses díspares entre um ente público concedente e um prestador privado.

Di Pietro (2009:76), citando George Vedel e Pierre Delvolvé, corrobora esta assertiva ao dizer que:

*a concessão de serviço público se constrói sobre duas idéias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão; trata-se:*

*-de um lado, de um **serviço público** que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração;*

*-de outro lado, de uma **empresa capitalista** que comporta, no pensamento daquele que está à sua testa, o máximo de proveito possível*

Em continuidade, a autora reforça que, mesmo que o contrato seja celebrado apenas entre os titulares dos interesses principais acima “os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste e que são os usuários do serviço concedido” (p.94).

Continuando, reitera que:

*Hoje, é pacificamente aceita a ideia de que o equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em **direito** do concessionário e esta ideia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato, Isto por que a teoria do equilíbrio econômico baseia-se em princípios maiores, que independem da previsão do direito positivo. (p.98)*

O resultado disso é que os interesses do poder concedente - que também atua como representante da sociedade - referem-se à necessidade de um fornecimento de determinado serviço público com qualidade adequada e tarifas módicas, disponibilizado a determinada parcela da população, ou a toda ela, idealmente. No outro pólo, os interesses do empreendedor privado, que prestará estes serviços e buscará maximizar seus ganhos.

Dentro do processo de uma concessão, há vários momentos em que são agregados novos atores sociais e procedimentos específicos que intentam alcançar resultados satisfatórios ao conjunto dos entes envolvidos.

Para assegurar o equilíbrio destas forças antagônicas, o legislador fornece, dentro de um consenso social viável, instrumentos regulatórios de sustentação a estas relações.

A licitação é a etapa onde são definidas as condicionantes gerais para que aqueles interesses sejam harmonizados de modo a se obter a proposta mais vantajosa à Administração, considerando os interesses da sociedade e a justa remuneração do prestador dos serviços.

Em sequência, há que se manter uma contratação que defina a execução dos investimentos e a prestação dos serviços adequados durante o longo período pactuado, onde a fiscalização e a regulação terão papel essencial, envolvendo-se com as atividades de controle e monitoramento da execução dos serviços, promovendo os estudos necessários e propondo soluções a serem observadas durante as revisões periódicas destes instrumentos, sem o que não se obterá os resultados projetados, dentro das condicionantes estabelecidas na relação original.

Pinto (2009) trata de diversas questões relevantes vinculadas ao controle exercido nas concessões, definindo, por exemplo, que: *“O controle prévio é fundamental no âmbito do controle das concessões, tendo em vista que ele pode representar o controle da destinação de elevadas quantias de recursos sociais e públicos (...) a serem gastos ou comprometidos durante um longo espaço de tempo”*. P.27

O controle concomitante *“deve abranger os aspectos material, técnico, financeiro e legal das concessões”* (p. 28) e, neste sentido, a influência dos projetos é determinante, visto que está ligado diretamente aos aspectos materiais, técnicos e financeiros em jogo. Mesmo que a concessionária execute os serviços por *“conta e risco”*, por envolver recursos públicos, não há como se esquivar de expor todos os seus atos ao Concedente – exceto aqueles de sigilo industrial ou intelectual.

O controle posterior no caso das concessões teria um caráter mais diretamente vinculado a avaliação de bens reversíveis, à reparação de danos e atribuição de responsabilidade aos eventuais infratores. Por certo, em havendo controle concomitante apropriado a ocorrência destes problemas seria bastante minimizada. Porém, a avaliação posterior poderia agregar alguns elementos que poderiam estar sendo mascarados pela concessionária, o que ocasionaria de forma efetiva a possibilidade e, mesmo, a busca de reparação ou responsabilização.

Ante o exposto, verifica-se que neste ambiente coexistem inúmeros fatores de complexidade técnica e econômica, e o processo deve ser conduzido de forma a atender as premissas que o Poder Concedente estabeleceu inicialmente como adequadas, obedecendo ao regramento legal e normativo vigente, dentro de padrões de eficiência, considerando a conjuntura institucional e as variáveis econômico-financeiras, técnicas e sociais, desde o início até o final da concessão, sem desconsiderar a situação de continuidade de prestação dos serviços após o término deste período.

O presente artigo objetiva discutir a dimensão que o *“projeto básico”* adquire neste universo onde as obras, mesmo que nem sempre sejam a maior parcela dos investimentos, têm grande relevância no resultado da relação econômico-financeira e da qualidade dos serviços prestados.

## **2. O PROJETO BÁSICO COMO CONCEITO LEGAL E NORMATIVO**

Ao alterar dispositivo da Lei de Licitações, a Lei Federal nº 8.987/95 (Lei de Concessões), fixou que em vez de utilizar o projeto básico, nas licitações relativas à concessão onde esta for precedida da execução de obra pública, devem ser apresentados *“elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização”*, o legislador gerou um ponto de incerteza ainda não pacificado, que

permitiu interpretações as mais diversas.

A elaboração adequada do projeto básico dentro de um processo licitatório onde existam obras e serviços de engenharia reveste-se de uma condição estratégica muitas vezes sub-dimensionada, mesmo fora do escopo das concessões, objeto central deste trabalho.

Trata-se da sua condição de definição objetiva do “quê” se pretende contratar, visto que isto inclui o conhecimento de elementos tecnológicos, econômico-financeiros e legais que garantem ao Poder Público ser eficiente na concepção do processo como um todo, inclusive durante as atividades de regulação, onde ocorrem revisões e adaptações periódicas do contrato, que requerem *expertise* dos agentes públicos envolvidos ou seus representantes - no caso de agência reguladora externa, desde a concepção até o término da vigência do pacto.

Ao aceitar que o projeto seja conduzido pelo empreendedor privado, em havendo o fornecimento incompleto dos “elementos de projeto”, a Administração perderá o domínio dos meios que lhe permitam dar à sociedade a fruição adequada destes serviços, visto o provável desconhecimento das técnicas e dos custos envolvidos.

Há que se observar, inicialmente, que o “projeto básico” conceituado no âmbito das licitações públicas é bastante diferente daquele conceito utilizado nas relações privadas.

O projeto básico sob os limites da Lei de Licitações já tem conceitos bem definidos consolidados, podendo se utilizar como referência a orientação técnica OT IBR-001/2007<sup>1</sup>, do Ibraop, que apresenta conceitos baseados na legislação, nas normas técnicas nacionais e na regulamentação profissional brasileira.

Na contratação de obra pública, o projeto básico deve delinear todas as condições econômicas e de concepção para que os licitantes consigam efetuar suas propostas em condições de igualdade e sem qualquer tipo de dúvida. Neste caso, trata-se de um projeto completo e com conteúdos consistentes e bem definidos, visto que, depois de realizada a licitação, não haverá margem para negociações ou ajustes significativos.

Na seara das relações privadas, o entendimento sobre o que seria um projeto básico tem menor rigidez, visto que as relações entre as partes possuem grande flexibilidade e podem se desenvolver em bases negociais amplas, até que sejam firmados os preços e as condições de execução das obras.

A questão relevante, no que tange às concessões - onde, via de regra, é contratada uma prestação de serviços, em que as obras compõem apenas uma parte das inversões realizadas - é definir quais são os tais “elementos do projeto básico” que serão adequados e bastantes para cumprir a função de definir os limites e estabelecer as condições de contratação sob parâmetros controláveis e que assegure ao Estado a realização do objeto na forma desejada, com tarifa módica e abrangência necessária, ao longo do tempo.

Isto por que a prestação do serviço concedido é dever do Estado, que temporariamente deixa de realizá-los por meios próprios, e tem obrigação de mantê-los sob controle como se fora ele o executor. Portanto, deve conhecer todos aqueles fatores que influem na qualidade, nos custos e na perfeição da oferta do objeto da concessão.

## **2.1. O teor da Lei Federal nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Públicos**

A Lei Federal nº 8.666/93 estabelece em seu artigo 124 que “*Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto*”. Também, determina que as exigências contidas nos incisos II a IV do §2º do art. 7º, da mesma Lei de Licitações, serão dispensadas nas licitações para concessão de serviços com execução prévia de obras em que não foram previstos desembolso por parte da Administração Pública concedente.

O art. 7º, §2º, fixa que:

---

<sup>1</sup> Disponível em [www.ibraop.org.br](http://www.ibraop.org.br), no link “Orientações Técnicas”

*as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:*

*I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;*

*II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;*

*III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;*

*IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.*

Como visto, a Lei dispensou os itens II, III e IV, relacionados acima, mas manteve, propositadamente, aquele relacionado ao projeto básico, deixando evidente que nas licitações para concessão de serviços com execução prévia de obras não está dispensada a elaboração do “projeto básico”, mas este não seguirá exatamente as regras desta Lei.

Em relação à questão da inexistência de um orçamento pormenorizado e completo, na fase licitatória, pertence afirmar que isto não significa a ausência de uma estimativa de custos. Apenas que, como não será fornecido um projeto básico com todos os seus “elementos técnicos”, por força do estabelecido pela Lei Federal nº 8.987/95, o orçamento fornecido deverá ser compatível com a precisão de cada momento do processo de concessão, desde a concepção até a sua execução.

A seguir, apresenta-se um quadro elaborado por Altounian (2007), que demonstra os níveis de precisão em função da fase do investimento, que facilitará o entendimento sobre o posicionamento dos autores que serão apresentados ao longo deste trabalho.

#### **QUADRO 01 – PRECISÃO DE METODOLOGIAS DE AVALIAÇÃO DE CUSTO X FASE DO EMPREENDIMENTO**

<b>Fase do empreendimento</b>	<b>Avaliação de custo</b>	<b>Referências</b>	<b>Precisão</b>	<b>Recurso para avaliação</b>
Inicial	Expedita	Custo por m <sup>2</sup> ou km	Baixa	Pouco
Intermediária	Resumida	Orçamento estimado dos serviços	Média	Médio
Final	Detalhada	Orçamento detalhado dos serviços	Alta	Elevado

## **2.2. O teor da Lei Federal nº 8.987/95 – Lei de Concessões**

Esta lei definiu, para fins do que dispõe (art. 2º), que considera-se:

*III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado*

No art. 18, dentre outras normas, fixa que:

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

*I-o objeto, metas e prazo da concessão; e*

*[...]*

*XV- nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os **elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização,***

*bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra. (grifamos)*

Outro aspecto que sofrerá influência direta do “projeto básico”, dos estudos prévios e demais elementos de definição do objeto, será o controle e fiscalização posterior, através de regulação. Disto, vale verificar o que estabelece o texto legal:

*Art. 3º -As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.*

*Art. 30. -No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.*

*Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.*

No caso dos serviços de saneamento, em adição, a Lei Federal nº 11.445/07 (art. 11, inc. III), firma a obrigação de “*existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização*” como condição de validade dos contratos, positivando exigência relevante ao sucesso da concessão.

Outro dispositivo que reforça a importância do “projeto básico” nesta forma de prestação de serviço público refere-se aos critérios de julgamento do certame, onde há obrigação de “julgamento por critérios objetivos”, na seguinte forma:

*Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:*

*I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;*

*II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;*

*III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;*

*IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;*

*V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;*

*VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou*

*VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.*

*§1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.*

*§2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas*

Em função destes critérios, revela-se a necessidade de que a caracterização prevista para o objeto da licitação seja bastante completa, em especial por que, mesmo que as análises econômico-financeiras sejam preponderantes para os estabelecimentos das tarifas e propostas financeiras, há forte indicação de que a “técnica” seja considerada.

Em todas as situações, serão as obras, os investimentos em infraestrutura e os serviços de engenharia (ou mão de obra para realizá-los) que comporão parte significativa na composição dos custos das proponentes, razão pela qual a contratação por estimativas vagas ou desprovida dos componentes técnicos de projeto, não se sustenta, sob princípios que se estejam embasados em dados e fatos.

Isto vale para a definição da Taxa Interna de Retorno (TIR), para estabelecer reajustes de tarifas ou o equilíbrio econômico-financeiro, dentre outros.

### 2.3. Breve análise comparativa entre os dispositivos legais

A análise dos textos acima, permite concluir que estes “elementos do projeto básico” resultam, em princípio, na flexibilização das exigências do disposto na Lei de Licitações.

A primeira diferença é a exclusão da obrigação de se fornecer “o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”.

Esta condição é coerente com a lógica, posteriormente discutida, de que o “projeto” disponibilizado pela Administração não será adotado obrigatoriamente pela Concessionária.

No entanto, será imprescindível que exista um orçamento, mesmo que sintético, que represente de forma mais confiável possível a estimativa de custos, resultante dos estudos realizados pela Administração Pública para fundamentar os parâmetros que utilizou para efetivar a contratação futura além de servir de comparativo com as propostas apresentadas na licitação.

Os chamados “*elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização*” não poderiam deixar de estar presentes, visto que seria inadmissível cogitar que o Poder Público contrate qualquer serviço ou adquira bens sem descrevê-los ou conhecê-los adequadamente

O que deve ser ressaltado no caso das concessões é que a definição final do objeto a contratar resultará da análise das propostas originadas no próprio competitivo, e, que entendem os autores, serão demonstradas viáveis dentro do conjunto de estudos prévios e da *expertise* da Administração, quando na função de julgadora da disputa.

Em relação aos demais incisos dispensados (art. 7º, inc. II a IV), tratam-se de regramentos que dizem respeito à inserção dos recursos no orçamento anual e no plano plurianual de investimentos. Como quem executará as obras, por sua conta e risco, será a concessionária, estas disposições perdem o sentido, exceto no caso das Parcerias Público-Privadas, do tipo patrocinadas, que não serão objeto de análise neste estudo, sob este viés.

Deve-se verificar que são ampliadas as exigências da Lei de Licitações, no que tange a metas, visto que são exigidos estudos contendo estimativas para todo o período da concessão, tema este que será abordado adiante.

### 2.4. Considerações sobre o licenciamento ambiental

É conhecida a importância que a questão ambiental vem representando, recentemente.

Durante a revisão bibliográfica realizada, uma das poucas discussões encontradas acerca de projeto básico nas concessões é feita por Ribeiro & Prado (2007; 268), quando avaliam a exigência do fornecimento de Licença Prévia antes da licitação para as Parcerias Público-Privadas.

Sob o viés dos autores, nas concessões, não haveria esta obrigação positivada. No caso das PPPs, afirmam que “*vem a propósito concluir que a Lei (...) ao exigir a licença ambiental prévia como condição de abertura do processo licitatório (...) inova em relação ao Direito vigente*”.

Em suas considerações ou autores dizem que “*um elemento importante para a geração de eficiência em PPPs e concessões comuns é a transferência para o parceiro privado da obrigação de desenvolver o projeto básico de engenharia, em conjunto com a realização da obra*” (grifamos), defendendo que não seria viável exigir-se LP antes da concessão.

Neste ponto discordamos dos autores, visto que o conjunto das leis envolvidas apenas permite que projeto executivo seja elaborado durante a execução das obras e, ainda assim, sempre antes do início da fase respectiva (*Lei Federal nº 8.666, art. 7º, §1º*). Ademais, a condição de existência de um projeto básico nos moldes da lei de licitações – com toda completude, conforme já mencionado, não é exigência obrigatória para a obtenção de LP de todas as obras.

Visando evitar-se a paralisação de obras ou, mesmo, a inviabilização dos projetos, em especial no caso de obras que deverão ser executadas no início do período de concessão, há que se disponibilizar a respectiva Licença Prévia - LP, válida e atualizada no momento da assinatura do contrato.

Se, por algum motivo específico, houver impossibilidade de disponibilizar esta LP - pela exigência de projeto executivo, por exemplo - a Administração deverá ter possuir estudos ou análises consistentes que indiquem ou afirmem a viabilidade do empreendimento. Restará à Concessionária, neste caso, dar continuidade aos trâmites legais respectivos, visto que será ela que fornecerá os projetos finais e manterá os subsídios para execução dos serviços e investimentos.

Neste sentido, a partir de sua Instrução Normativa 27/1998, o TCU estabelece o envio prévio à licitação para concessão, de relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais e que indiquem a situação do licenciamento ambiental.

Estes estudos e os critérios e exigências do órgão licenciador deverão ser demonstrados e integrar, como anexo, o edital.

### **3. O PROJETO BÁSICO DESDE O PLANEJAMENTO ATÉ A CONTRATAÇÃO**

A questão central abordada no presente estudo e que merece abordagem mais acurada é a definição do que sejam os “elementos de projeto básico” a serem fornecidos quando da realização de processos licitatórios para concessões precedidas da realização de obras.

Em função das diferenças conceituais entre a execução de obras como um fim em si e a concessão onde estas integram uma parte do “objeto” em disputa, mesmo que de grande importância perante o contexto geral, este instrumento passa a ter características diferenciadas que devem ser mais bem discutidas

A abordagem adotada segue a linha de que existem diferentes fases que compoem o processo de concessão, nas quais vão sendo adicionados, caso a caso e em sequência, novos elementos projetuais, incorporando conteúdos cada vez mais completos, aperfeiçoando este processo até seu encerramento.

#### **3.1. O “Projeto Básico” na Fase de Planejamento da Concessão**

O planejamento de infraestrutura e das obras públicas brasileiras tem sido objeto de justificadas críticas ao longo do tempo, visto a pouca importância que o estabelecimento de metas de médio e longo prazo tem recebido na legislação e nos planos governamentais do “mundo real”.

Com a edição da Lei Federal nº 11.445/07, a área de saneamento básico foi contemplada com um conjunto de normas que privilegiam acertadamente a existência de um Plano de Saneamento Básico, que agrega de forma significativa os estudos necessários para subsidiar as ações que os municípios devem realizar para que estes serviços fundamentais alcancem sua universalização.

A lógica contida no Plano de Saneamento inclui a realização de um amplo diagnóstico da situação existente, estudos de viabilidade econômico-financeira, definição de metas e objetivos, de programas e projetos, além da integração das ações a realizar com os instrumentos legais de planejamento orçamentário, todos elementos importantes na definição dos projetos e posterior execução das obras envolvidas na prestação dos serviços, de forma direta ou terceirizada.

O exemplo da área do saneamento, onde as regras legais estão bem estabelecidas, pode e deve, servir de parâmetro no sentido de balizar as ações para o conhecimento, o planejamento, a execução e o controle das inversões financeiras em todas as demais áreas da infraestrutura, no Brasil.

Ao referenciar o modelo dos planos de saneamento, como um padrão desejável, visto que os preceitos positivados são conceitualmente adequados e aplicáveis a qualquer processo projetual, entende-se que o roteiro desta lei setorial pode ser adotado nas demais áreas, resguardadas as peculiaridades próprias de cada tipologia.

Nesta lógica, a Administração deve buscar dados e informações através de um diagnóstico, para embasar seu planejamento, calcado em informações e projeções suficientes para atender às necessidades da coletividade. Seria uma espécie de “plano de necessidades” vinculado às informações deste diagnóstico, fornecendo as bases para transformar as metas e objetivos em

atividades realizáveis e distribuídas em cronograma que alcance, no mínimo, todo o período da concessão.

Neste conjunto de estudos preliminares, por assim dizer, existirão estimativas de custos e receitas que fixarão os prazos e as condicionantes do conjunto das necessidades detectadas.

O orçamento que embasará o estabelecimento das metas ao longo do tempo, neste momento, ainda poderá ser sintético e obtido a partir de indicadores setoriais gerais.

### 3.2. O “Projeto Básico” no Escopo da Licitação

No momento de elaborar o instrumento convocatório, duas são as hipóteses vislumbradas:

- fornecer um “projeto básico” que informe, de modo mais completo possível, aos licitantes e à sociedade os parâmetros que o Poder Concedente utilizou para estimar custos e receitas, fixar os padrões para a prestação dos serviços e cálculo das tarifas, e as condições que, sob seu ponto de vista, permitam a prestação de serviços dentro de padrões satisfatórios, sem que estes elementos obriguem o particular sob o ponto de vista da opção tecnológica adotada; ou.
- estabelecer padrões mínimos a atingir, deixando todo o desenvolvimento da solução ao empreendedor privado.

A *primeira opção*, seria aquela onde o Estado faz uma projeção dos cenários possíveis, em um sistema sob condições tecnologicamente e economicamente conhecidas, e sobre os quais define um “projeto básico”, aqui entendido como aquele grupo de conteúdos que o legislador estipulou de forma vaga na Lei, como os “*elementos que permitam a plena caracterização*” do objeto.

Sobre estes elementos, para fins de escolher a proposta mais vantajosa, estima custos, define estratégias e estabelece os resultados desejáveis dentro de um panorama de condições viáveis, ao longo do período do pacto, estabelecendo patamares de qualidade, modicidade de tarifas e desempenho técnico e de satisfação social.

Estes parâmetros servem para que o Poder Público afirme que, dentro do grau de conhecimento que tem sobre o tema, nas condições que exige que o prestador as realize, e pelo valor que dimensionou, ele mesmo realizaria tais atividades, nas condições desejáveis. Sem isto, o Concedente não tem como indicar que possui condições de conceber, projetar e, sobretudo, regular os serviços envolvidos, mas que apenas não os executará por que, ou tem dificuldades para alocar os recursos necessários nestes serviços, neste momento, ou que pretende utilizá-los em outras atividades em que seu uso será mais produtivo.

Este “projeto básico” não será assumido pela vencedora do certame, que elaborará os projetos necessários e suficientes para realizar o objeto concedido, sob as condições pré-estabelecidas e que serão acompanhadas e controladas através da fiscalização do Concedente e do ente regulador que atuarão durante a vigência do pacto.

A *segunda opção* refere-se ao estabelecimento dos padrões gerais que a prestação dos serviços deve atingir, na forma mais detalhada possível, acompanhada da determinação dos investimentos mínimos e dos bens e meios a incorporar ou serem disponibilizados durante a vigência da contratação, deixando o empreendedor privado totalmente livre para propor as soluções que melhor convierem à consecução do objeto, dentro de sua *expertise*.

A vantagem principal desta opção seria a eliminação do compromisso do titular em definir padrões operacionais mínimos, especificações e elementos que serviriam à regulação posterior.

A principal desvantagem, que poderia revelar a falta de estrutura mínima para estabelecer estes parâmetros, é que inexisteria um dimensionamento mínimo, por parte do Estado, que permitisse definir de antemão os limites econômico-financeiros exigíveis (custos e tarifa, por exemplo) ou limitantes das propostas submetidas ao competitivo, podendo redundar na impossibilidade de auferir efetivamente a relação custo-benefício para a sociedade, posteriormente.



### 3.3. O “Projeto Básico” na Proposta das Licitantes e na Vigência do Contrato

Em função da inexistência de um “projeto básico”, aos moldes preceituados na Lei Federal nº 8.666/93, a ser assumido pelo concessionário, a proposta deste, ainda na condição de licitante, deverá, além de firmar sua obrigação em cumprir com todas as exigências legais e editalícias, demonstrar sua capacidade técnica de executar os serviços juntando em sua proposta conteúdos e elementos técnicos suficientes para formar a convicção de sua capacitação no caso concreto, assim como de convencimento de que sua concepção para realizar o empreendimento é factível e adequada.

No instante da entrega da proposta não será necessário fornecer um projeto básico, como usualmente se conceitua, mas os “elementos de projeto” deverão contemplar, no mínimo, a solução para todos os pontos necessários à plena realização do Objeto, compatível com o “projeto” ou os “elementos” disponibilizados pela Administração, no sentido do atendimento ou superação das especificações que indicam os padrões estabelecidos pelo Concedente.

Por óbvio, na inexistência de um referencial com elementos suficientes no instrumento convocatório, a interessada deve atacar esta insuficiência através de recurso administrativo apurado, impugnando o mesmo.

A delegação de serviços públicos, segundo Pinto (2009; 26), “*pressupõe a tarefa estatal de estabelecer diretrizes e regulações para a iniciativa privada, ou seja, de fornecer as condições regulamentares das concessões. O que deve ser feito em conformidade com os limites e parâmetros impostos pelo ordenamento jurídico e pelos princípios constitucionais*”. (grifamos).

Disto resulta que o estabelecimento de diretrizes e parâmetros transparentes, objetivos e plenamente conhecidos é condição sem a qual um processo de delegação não pode ser encaminhado. Na falta de definição perfeita da Lei sobre os “elementos de projeto” a empregar, há que se direcionar as ações da Administração no sentido de garantir maior segurança em seu favor - enquanto representante do interesse público - quando da contratação, restringindo a possibilidade de que o particular escolha a opção que melhor sirva aos seus interesses privados. A liberalidade com que o Poder Público tratar dos negócios públicos inexiste quando restarem dúvidas relativas à assunção de posição de risco advindo de fatores que poderiam ser contornáveis de antemão.

Pinto (2006) apresenta considerações relevantes acerca da partição de risco nas concessões, que podem balizar mais apropriadamente eventuais discussões sobre a responsabilidade das partes, o que não será objeto de análise neste estudo, visto afastar-se dos seus objetivos centrais.

Retornando à questão dos “projetos”, devido às características intrínsecas das concessões, as condições originalmente propostas poderão ser alteradas ao longo da vigência contratual, no sentido da melhoria da prestação dos serviços.

Uma, por que o período do contrato é longo e muitas condições tecnológicas e do ambiente sócio-econômico se alteram; outra, por que é da característica conceitual das concessões de serviços a revisão periódica dos termos pactuados, visando não só a busca de atualização tecnológica, mas a manutenção das condições de equilíbrio entre as partes e da garantia de que a prestação se aperfeiçoe, ao longo do tempo.

Neste caso, pode-se ter convicção que a exceção seria a manutenção de um “projeto” estático e imutável, no decorrer dos anos.

Quanto à tipificação dos projetos, após a contratação consolidada não haveria como se deixar de exigir que a concessionária apresentasse um projeto similar ao “projeto básico” da Lei Federal nº 8.666/93 (ou, já um projeto executivo), antes do início da execução das obras necessárias à prestação dos serviços, para análise do Concedente e o estabelecimento dos padrões de manutenção da harmonia das relações contratadas.

Esta análise teria similaridade com as regras firmadas na Lei de Licitações, no sentido de que estabelecer obrigações e condições de monitoramento das atividades desenvolvidas. A diferença principal seria no sentido de que a redefinição dos projetos passaria por discussões e negociações

entre as partes, que estariam restritas a condições técnicas de ajuste, sem interferir, neste primeiro momento, em fatores que acarretassem em desequilíbrio nas cláusulas econômico-financeiras, de prazos ou de qualidade da prestação dos serviços.

Da mesma forma, quando da implantação de inovações ou de alterações tecnológicas ou conceituais, a fiscalização exercida pela concedente e/ou agente regulador, participará das redefinições e adoção das novas soluções ou alternativas.

Estas exigências não podem ser consideradas como descabidas, visto que somente assim se conseguirá acompanhar a realização dos custos e das opções tecnológicas adotadas pelo empreendedor privado sob parâmetros de transparência e, em última instância, eficiência, por conta das ações de regulação.

Ademais, somente com o conhecimento pleno das atividades empreendidas, se conseguirá manter objetivamente o equilíbrio econômico-financeiro, a modicidade da tarifa e a harmonização das relações entre as partes, ao longo do tempo, com o cumprimento das metas de prestação adequada dos serviços.

Outra hipótese, advinda da escolha feita ainda na concepção do processo de concessão, e que continua a lógica do que se denominou “segunda opção”, no item anterior, seria aquela que trataria de dar à concessionária plena liberdade de definir o que fazer, com a contrapartida de assunção de todos os riscos e decisões inerentes à concessão.

Neste caso, a função de regulação restringir-se-ia ao acompanhamento e fiscalização da manutenção da qualidade, da cobertura dos serviços e da modicidade da tarifa, restando a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro à ocorrência de fatos extraordinários e subsequentes, na área da Teoria da Incerteza ou, em quando o Poder Concedente alterasse as condições pactuadas, de forma unilateral e com consequências nesta equação.

Aqui, entende-se que as dificuldades estão centradas na imprecisão em estimar os custos e demais aspectos econômico-financeiros a regerar a equação deste equilíbrio, deixando margem a disputas em que somente a mediação externa venha a definir seu reestabelecimento, muitas vezes com consequências prejudiciais a um ou mais pólos desta intrincada relação.

Os autores defendem que, ante todas as condicionantes demonstradas, a forma mais adequada de realizar as concessões em análise seria aquela onde os “elementos de projeto básico” mencionados na Lei de Concessões, seriam aqueles em que os conteúdos fossem os mais completos possíveis, aproximando-se ao máximo do conceito do projeto básico da Lei Federal nº 8.666/93, resguardadas as limitações e observações feitas anteriormente.

Considerando, ainda, a inexistência de um “orçamento detalhado” como obrigação legal, não se pode prescindir de estimar os custos da maneira mais precisa possível, caso a caso e etapa a etapa. Isto por que, o Poder Concedente tem que contratar com a segurança que alcançou a eficiência estatuída constitucionalmente, como princípio basilar da Administração Pública.

#### **4. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES**

A licitação para concessão de serviços públicos antecidos da execução de obras públicas está inserta em um contexto de complexidade técnica e econômica, onde devem ser harmonizados interesses por definição antagônicos, em face de buscar a melhor relação entre as partes envolvidas: o Poder Público, a sociedade e o empreendedor privado.

O processo de concessão, desde sua concepção até o término do prazo contratual, necessita fundar-se sob parâmetros confiáveis e que permitam que os investimentos ocorram sem atrasos, com modicidade das tarifas, resguardadas a qualidade e a cobertura dos serviços ao longo de todo o período do contrato, seguindo-se da retomada dos bens e meios de produção em condição de continuidade da prestação, ao seu término.

Em função disso, os “elementos de projeto básico” que devem ser fornecidos para caracterizar o objeto a licitar não poderão ser negligenciados, tampouco confundidos com meros indicativos genéricos do que se pretende conceder.

A elaboração destes elementos técnicos deve ser considerada estratégica para o Poder Concedente, visto que é partir da perfeita caracterização do objeto que todas as condições técnicas, econômico-financeiras e de repercussão social se concretizarão a contento.

Nas várias etapas que compõem um processo de concessão existem diferenças no nível de precisão nas quais os demais elementos e conteúdos técnicos devem estar adaptados.

No planejamento da concessão, o Concedente deve realizar diagnósticos, estudos preliminares e definir objetivamente as necessidades a atender, além de estimar custos, investimentos e meios necessários para os serviços sejam prestados adequadamente.

Durante as fases da licitação o ente público, mesmo que não forneça um “projeto básico” para ser adotado pelo futuro concessionário, há que possuir “elementos de projeto” que contenham um conjunto de informações e conteúdos que demonstrem sua capacidade de estimar todos os custos, receitas e meios para consecução do objeto e posterior fiscalização, mesmo que não pretenda executar o objeto. Isto por que, sem conhecer razoavelmente alguma forma de execução do que se propõe a conceder, não terá como estimar a viabilidade da efetiva prestação sob padrões viáveis. Desta forma, estaria atuando “às escuras”, situação inaceitável e, mesmo, ilegal.

Por fim, a proponente vencedora do certame terá que apresentar “projetos” de sua autoria - ou que represente sua concepção do objeto - para confirmar sua proposta.

Durante o certame, serão suficientes elementos que comprovem sua capacidade para cumprir as exigências editalícias, algo próximo a um anteprojeto, demonstrando a concepção acerca do objeto, se vencedora do certame e que serão comparados e julgados por critérios objetivos.

Após transformar-se em Concessionária de direito, o projeto executivo deverá ser disponibilizado ao Concedente, para o exercício de controle e fiscalização, e atuação efetiva do ente regulador. Neste caso, entende-se possível a apresentação de um projeto básico, aos moldes daquele da Lei 8666, para ajustar as condições de realização das respectivas obras e dos serviços envolvidos, seguindo-se do projeto executivo, antes do início das obras ou etapas respectivas.

Outra opção para definição do objeto da concessão, que vislumbra-se de difícil aplicação no contexto prático “usual” da administração pública nacional, é aquela em que se parte da “especificação genérica do objeto” e delega-se ao concessionário o desenvolvimento da solução final. Entende-se que esta opção apenas seria viável em um cenário onde existissem condições excepcionabilíssimas de conhecimento técnico e de mercado, onde, para estabelecer as metas a atingir na concessão, se empregará indicadores confiáveis e plenamente testados e comprovados, além da clara limitação das tarifas (quando aplicável), além do estabelecimento de um rol de investimentos mínimos a serem feitos em áreas específicas e objetivamente fixadas.

As restrições práticas mencionadas devem-se: primeiro, à dificuldade em estabelecer os padrões aceitáveis de precificação dos serviços e definição de rentabilidade, dentre outros fatores de complexidade similar e; segundo, à capacidade que se teria para exercer as atividades de regulação, visto que, em princípio, a *expertise* seria preponderantemente de domínio da Concessionária, deixando o Poder Público em condição de inferioridade em relação ao ente privado, fragilizando as atividades de defesa da sociedade e do interesse público.

As seguintes recomendações para estabelecer os “elementos de projeto básico” são propostas como forma estimular a continuidade da discussão que julga-se necessário para reduzir a imprecisão oriunda do texto legal:

- as soluções escolhidas em cada etapa devem ser suficientes para fornecer visão global das obras e serviços, identificando todos os elementos constitutivos com clareza, permitindo estabelecer o valor dos investimentos em compatibilidade com os valores de mercado;

- todo e qualquer dimensionamento deve conter as demandas previstas para atendimento dos requisitos de desempenho, de acordo com a etapa respectiva do processo de concessão;

- realização de estudos preliminares consistentes, que demonstrem a viabilidade técnica do empreendimento, garantindo a sua viabilidade ambiental;
- realização de estudos que comprovem que o empreendimento tem viabilidade socioeconômica, que o fluxo de caixa esteja baseado em despesas compatíveis com o porte dos investimentos ao longo da concessão e que as receitas são suficientes para recuperar os investimentos do particular, observada a modicidade da tarifa;
- compatibilidade das especificações técnicas com a garantia de qualidade e durabilidade das obras, visando garantir a reversão de todos os bens com as suas funcionalidades mantidas, ao final do contrato ou em qualquer fase do empreendimento, se antecipado o término do contrato;
- no caso das concessões regidas pela Lei Federal nº 8.978/95, os investimentos já efetuados devem ser conhecidos e demonstrados antes da concessão, visto a exigência legal de que estes investimentos ainda não amortizados sejam ressarcido pelo futuro concessionário (art. 21);

Não é demais destacar que ao longo do período da concessão, os valores de *obras ou serviços novos* serão compatíveis com os preços de mercado, acompanhados, validados e considerados nos ajustes futuros pela agência reguladora. Portanto, a fiscalização e o controle eficiente do órgão regulador serão fundamentais para, sobretudo, a proteção aos usuários.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTOUNIAN, Cláudio Sarian, *Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.
- \_\_\_ Lei 8.666/1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/05/11.
- \_\_\_ Lei 8.987/1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/05/11.
- \_\_\_ Lei 11.079/2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/05/11.
- \_\_\_ Lei 11.445/2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/05/11.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. –São Paulo: Atlas, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. Ed. Dialética, São Paulo: 2003.
- IBRAOP - INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, *Orientação Técnica OT IBR-001/2006: Projeto Básico*. Disponível em <http://www.ibraop.org.br>. Acesso em: 19/09/07.
- MOTTA, Cezar Augusto Pinto. *Obras Públicas de Qualidade: Obrigações Legal e Normativa*, Revista Licitações e Contratos, n. 193, p. 275-92. Zênite: Curitiba, março de 2010.
- OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. *Obras Públicas – Tirando suas dúvidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- PINTO, Filipe Augusto Estorilo Silva. *Mecanismos de Controle das Concessões de Serviços e Obras Públicas Previsos no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: Negócios Públicos, Curitiba, Ano V, Janeiro 2009. P.24-9.
- PINTO, Marcos Barbosa. *Repatrição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas*. In: Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V, 13, n. 25, p. 155-182, Jun. 2006.
- RIBEIRO, Maurício Portugal & PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada: Fundamentos econômico-jurídicos*. Malheiros Editores, 1ª ed., São Paulo, 2007.