



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Conselheiro-Substituto Alexandre Manir Figueiredo Sarquis
Segunda Câmara
Sessão: 21/3/2017

28 TC-014710/026/11 INSTRUMENTOS CONTRATUAIS

Contratante: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP.

Contratada: Concessionária SPMAR S/A.

Abertura do Certame Licitatório por: Resolução de Diretoria em 17-12-09.

Homologação e Despesa Autorizada por: Resolução de Diretoria em 23-12-10.

Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Karla Bertocco Trindade e Carlos Eduardo Sampaio Doria (Diretores Gerais), José Valney de Figueiredo Brito (Diretor de Controle Econômico e Financeiro), Theodoro de Almeida Pupo Junior (Diretor de Investimento), Marco Antonio Assalve (Diretor de Operações), Paulo Henrique Exposto Sanches Vargas (Diretor de Assuntos Institucionais) e Marcos Martinez (Diretor de Procedimentos e Logística).

Objeto: Concessão dos serviços públicos de exploração da Malha Rodoviária Estadual de ligação Rodoanel Mário Covas com a Rodovia Régis Bittencourt até entroncamento com a Rodovia Presidente Dutra e acesso Ribeirão Pires e Mauá - Lote 25.

Objeto: Concessão dos serviços públicos de exploração da malha rodoviária estadual de ligação formada pelo trecho Sul do Rodoanel Mario Covas e a construção para posterior exploração do seu trecho Leste.

Em Julgamento: Licitação - Concorrência Internacional. Contrato celebrado em 10-03-11. Valor - R\$21.620.643.190,52. Justificativas apresentadas em decorrência de assinatura(s) de prazo, pelo Conselheiro Robson Marinho e Substitutos de Conselheiro Auditores Valdenir Antonio Polizeli e Samy Wurman, publicada(s) no D.O.E. de 01-12-12, 15-07-14 e 03-10-15.

Advogado(s): Márcio Dantas dos Santos (OAB/SP nº 285.951), Fernanda Lima Batistella (OAB/SP nº 211.085) e outros.

Acompanha(m): TC-010768/026/13, TC-019535/026/12, TC-026877/026/15, TC-028815/026/11, TC-033654/026/12, TC-043258/026/12, TC-046146/026/14 e TC-035632/026/10.

Procurador(es) da Fazenda: Jorge Eluf Neto, Cristina Freitas Cavezale, Evelyn Moraes de Oliveira, e Luiz Menezes Neto.

Fiscalizada por: GDF-1 - DSF-I.

Fiscalização atual: GDF-9 - DSF-I.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Relatório

Em apreciação, licitação e contrato de concessão entre o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio de sua **Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transportes - ARTESP**, e a **Concessionária SP MAR S/A**¹ (Lote 25), para exploração de trecho sul do Rodoanel Mário Covas, incluindo a construção para posterior exploração do trecho leste, bem como a execução, gestão e fiscalização dos serviços delegados e apoio e gestão de serviços não delegados e complementares, conforme regulamento da concessão².

A **licitação** foi processada na modalidade de concorrência internacional (nº 1/2010), pelo critério de julgamento do menor valor para a tarifa básica, cujo aviso de edital foi publicado no DOE em 4/8 e 3/9/2010, em jornal de grande circulação em 4/8/2010 e na imprensa internacional, e para a qual 3 interessados ofertaram propostas.

A licitante vencedora (doravante, concessionária) ofertou tarifas base de R\$ 2,1991 para o trecho sul e de R\$ 1,6493 para o trecho leste, com deságio de 63,35% em relação aos parâmetros fixados pelo edital (R\$ 6,00 para o trecho sul e R\$ 4,50 para o trecho leste).

¹ Constituída pelas empresas Cibe Investimentos e Participações S/A e Contern Construções e Comércio Ltda.

² O sistema existente compreende o trecho sul do Rodoanel, com extensão aproximada de 61,4km, com início na altura do km 278+800 da rodovia Régis Bittencourt (BR-116) no município de Embu, passando pelos municípios de Itapecerica da Serra, São Paulo, São Bernardo do Campo e Ribeirão Pires. O trecho leste do rodoanel, em construção, terá aproximadamente 43,8km, com início no município de Ribeirão Pires, passando pelos municípios de Mauá, Poá, Suzano, Itaquaquecetuba e Arujá.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

O **contrato** foi assinado em 10/3/2011, com prazo de 35 anos, outorga fixa de R\$ 389.308.091,10 e outorga variável de 3% sobre o montante mensal da receita bruta proveniente da arrecadação de tarifas de pedágio.

A **1ª Diretoria de Fiscalização (DF-1)** apontou em seu relatório, em relação à licitação e ao contrato: **(a)** a exigência de recolhimento de garantia de participação considerou o valor estimado da contratação (correspondente ao total da receita de pedágio, para todo o prazo da concessão), em afronta ao enunciado da Súmula 27 desta Corte (item 3.1.5 do edital); **(b)** a exigência de recolhimento de garantia de participação deu-se em percentual superior a 1%, que é o estabelecido pelo art. 31, III da Lei de Licitações, pois os estudos preliminares da concessão indicam investimentos globais de cinco bilhões de reais durante o prazo do contrato, e a garantia de participação exigida foi de R\$ 270.000.000,00 (ao invés de R\$ 50.000.000,00, que seria o equivalente a 1% do valor sobre a estimativa total de investimentos); **(c)** o edital exigiu a comprovação de qualificação técnico-profissional em atividade específica, consistente na exploração de rodovia pedagiada, pelo prazo mínimo de 3 anos, com volume médio diário anual de tráfego mínimo de dez mil veículos (item 8.2.4.2, 'b', do edital); **(d)** o valor exigido a título de patrimônio líquido mínimo foi de R\$ 810.000.000,00, ultrapassando o montante equivalente ao percentual de 10% sobre o valor estimado dos investimentos (de cinco bilhões de reais), nos termos admitidos pelo art. 31, § 3º da Lei de Licitações; e **(e)** houve disparidade significativa de 63,35% entre o valor das tarifas teto, de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

R\$ 6,00 para o trecho sul e de R\$ 4,50 para o trecho leste (o que levou à estimativa de receita durante toda a concessão no valor de vinte e sete bilhões de reais), e o valor das tarifas ofertado pelo consórcio vencedor da licitação, de R\$ 2,1991 para o trecho sul e de R\$ 1,6493 para o trecho leste, sem que houvesse nos autos "elementos suficientes a demonstrar que os valores orçados pela administração não foram superestimados ou que, por outro lado, os valores propostos não são inexequíveis" (fls. 9512/9534).

A **Assessoria Técnica** manifestou-se para afirmar: **(a)** é restritiva a exigência de comprovação de qualificação técnico-profissional consistente na exploração de rodovia pedagiada ("ora, um profissional que tenha sido o responsável pela operação do próprio Rodoanel antes de sua 'privatização' parece o mais indicado para a assunção dessa mesma responsabilidade para a mesma rodovia, sendo ela pedagiada ou não"); e **(b)** a discrepância entre os valores teto fixados para as tarifas e os valores ofertados pela licitante vencedora indica superestimativa por parte da administração, com impacto nas exigências econômico-financeiras feitas pelo edital de licitação (fls. 9538/9544).

A ARTESP foi **notificada** para esclarecer os seguintes aspectos econômico-financeiros da concessão: **(a)** o procedimento de cálculo das garantias; **(b)** as razões que embasam a exigência para a comprovação de no mínimo 3 anos de operação e conservação de rodovia pedagiada; **(c)** os motivos pelos quais o valor mínimo exigido do patrimônio líquido dos participantes supera o percentual de 10% da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

soma total dos investimentos; **(d)** a taxa de desconto utilizada para o cálculo do valor presente do fluxo de caixa da concessão, bem como a taxa interna de retorno implícita, com e sem financiamento, além das estimativas do custo médio do capital (WACC), apresentando os valores com as respectivas memórias de cálculo; **(f)** o plano de seguros, incluindo custos e desembolsos; e **(g)** as regras para a incorporação de novos investimentos ao longo da vigência do contrato de concessão, tendo em vista as oscilações do custo médio de capital e as taxas de retorno compatíveis com o mercado à época (fls. 9548/9550).

A **ARTESP** apresentou suas justificativas para defender a regularidade da licitação e do contrato. Amparada em estudos elaborados pelas áreas técnicas da autarquia (fls. 9564/9585), alegou que: **(a)** o procedimento de cálculo das garantias considerou "não apenas o montante a ser investido pelo concessionário no futuro, mas a necessária remuneração pela operação do sistema rodoviário como um todo"; **(b)** a exigência de comprovação de qualificação técnico-profissional consistente na exploração de rodovia pedagiada, pelo prazo mínimo de 3 anos, é adotada desde o início do programa estadual de concessões, sem receber censura desta Corte; e **(c)** o montante estabelecido para fins de exigência de patrimônio líquido mínimo considerou aspectos típicos da concessão, como a adequada prestação dos serviços, a segurança dos usuários e as exigências ambientais inerentes ao empreendimento (fls. 9558/9564).

Os **estudos técnicos** trazidos aos autos pela ARTESP informam que **(a)** "no estudo de viabilidade, observa-se que os dispêndios estimados no projeto [são de] R\$



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

10.400.000.000,00 e compreendem, além dos investimentos (R\$ 5.400.000.000,00), desembolsos com a operação do sistema rodoviário, custo de manutenção de rotina, pagamento de tributos e impostos, bem como o valor da outorga fixada pelo poder concedente"; **(b)** "no caso em tela, o valor estimado da contratação não é o montante a ser investido pelo futuro concessionário em melhorias do sistema (investimentos previstos em ampliação da capacidade da rodovia), mas a justa remuneração pela operação do sistema rodoviário (...)" ; **(c)** "há exigências no edital de licitação no sentido de que o mercado segurador e ressegurador apenas poderia emitir o 'bid bond' (garantia de proposta) com o compromisso firme de emissão das garantias de 'performance bond' após avaliar a capacidade do proponente, ou seja, além da garantia de proposta exigida de R\$ 270.000.000,00, o grupo segurador, na eventualidade de o licitante sagrar-se vencedor, teria que emitir as garantias do contrato que totalizariam as cifras aproximadas da ordem de R\$ 490.000.000,00 (estudo de viabilidade); **(d)** nesse contexto, "o montante previsto como patrimônio líquido mínimo para participação no certame foi de R\$ 810.000,00, o que representa 3% do valor estimado da contratação"; **(e)** "a previsão do fluxo de caixa da concessão apura taxa interna de retorno (estimada) no valor percentual de 7,09% e a previsão do fluxo de caixa da concessão com financiamento apura taxa interna de retorno (estimada) no valor percentual de 8,37%" ; **(f)** quanto aos seguros exigidos, tem-se apólices específicas e individuais para "cobertura das funções operacionais, de conservação e de pagamento do ônus variável mensal", para "cobertura das funções de ampliação", para "assegurar os riscos de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

responsabilidade civil" (incluindo "riscos de operação" e de "engenharia") e para "riscos operacionais"; e **(g)** o edital de licitação e o contrato não contemplam a hipótese de incorporação de novos investimentos (fls. 9564/9576).

A ARTESP trouxe aos autos os estudos de viabilidade econômico-financeira da concessão, em mídia eletrônica, que, segundo ela, corroboram os esclarecimentos prestados.

Os autos voltaram à **Assessoria Técnica**, que reiterou seus pronunciamentos anteriores, e acrescentou: "nos cálculos da receita, nos estudos elaborados pela ARTESP, foi considerado para os 35 anos de contrato, o volume de veículos pedagiados em 3.289.819.000, estimando a receita em R\$ 27.000.000.000,00. Já a SP Mar contemplou [o número de veículos pedagiados] em 4.717.961.935, 43,41% maior do que a [quantidade] prevista pelo poder concedente, estimando a receita de pedágio em R\$ 20.500.000.000,00". Propôs nova notificação para a ARTESP se pronunciar (fls. 9593/9603).

Em resposta, a **ARTESP** esclareceu, por sua diretoria de controle econômico-financeiro, que a participação na licitação e o sucesso do licitante pressupunham que o "segurador precisaria fazer a alocação do risco do negócio no mercado segurador (capacidade técnica do tomador assumir risco - garantias reais), (...), ou seja, verificar se o tomador possuía fôlego financeiro para pagar a outorga fixa no valor de R\$ 373.000.000,00, 48 horas antes da assinatura do contrato, fazer a integralização mínima de capital próprio exigida de R\$ 190.000.000,00 (10% dos investimentos previstos no 1 e 2º ano da proposta) e ter garantias reais



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

para emissão das garantias contratuais de R\$ 490.000.000,00".

Quanto à eventual inexequibilidade da proposta vencedora, a ARTESP afirmou que o andamento atual do contrato revela que "o desafio do sistema rodoviário - construção do trecho leste - possui mais de 90% de sua extensão concluída e em operação (até a Ayrton Senna), os riscos de obtenção de recursos financeiros foram superados e precisam ser administrados, a operação da rodovia e a prestação dos serviços aos usuários estão sendo executados, remanesce, apenas, a gestão do negócio e a futura remuneração do capital do acionista". De tal sorte, "os principais riscos do contrato assinado com a SP foram superados".

Finalmente, apresentou "cartas de empresas do mercado segurador e de auditorias independentes atestando o plano de seguros e a adequabilidade da proposta sob o aspecto contábil e tributário" (fls. 9628/9634).

A **Assessoria Técnica** se pronunciou sobre o acréscido, acolhendo, sob o aspecto econômico, as justificativas ofertadas, nos seguintes termos: **(a)** "a elevada diferença entre o valor estimado da contratação (R\$ 27.000.000,00) e o valor da proposta do consórcio vencedor (R\$ 21.620.000,00) decorre do fato de a licitante proponente não ficar adstrita ao valor do orçamento básico, mas sim de efetuar por sua conta e risco a montagem da estrutura financeira da concessão, na medida em que elabora as projeções futuras de tráfego nas rodovias calculadas com base no volume de tráfego e nas receitas advindas de pedágios"; **(b)** ao apresentar sua proposta - cujas tarifas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

revelam um deságio de 63,35% -, o licitante já "pressupõe que esta remuneração será suficiente a custear todas suas despesas e gastos, bem como seu lucro ao longo da vigência do contrato de concessão"; e (c) "no tocante às exigências de garantias para licitar calculadas sobre o valor total estimado da contratação (correspondente ao total da receita de pedágio, para todo o prazo da concessão), tal procedimento, à primeira vista, não seria recomendável nos demais contratos de concessão, como, por exemplo, na delegação de transporte de passageiros urbanos, cujas receitas arrecadadas são de valor não expressivo. No entanto, diferente situação se afigura nos demais contratos de concessão onerosa de rodovias, pois nestes há o envolvimento da cobrança de pedágios, ampliações decorrentes do aumento do volume de tráfego, construção de obras de arte (passarelas de pedestres, viadutos, alças de acessos e outros), cuja natureza dinâmica do contrato o diferencia dos demais contratos administrativos (...)", "como os valores envolvidos são de elevada monta, incluindo as receitas de pedágio a serem arrecadadas, se faz necessária a cobertura de seguros de amplo espectro, de modo a garantir as obrigações assumidas, já devidamente consignadas no edital de caráter internacional (...)", "nesse sentido, não se pode simplesmente se adotar como parâmetro para as garantias o valor dos investimentos, pois o êxito do contrato de concessão se alicerça no cumprimento de suas obrigações e como garantir estas, senão pelo oferecimento de garantias através de apólices de seguros a nível internacional, cujos valores adotados devem refletir a magnitude do contrato de concessão rodoviária ao longo de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

sua elevada vigência por mais de três décadas” (fls. 9658/9669).

Igualmente, **Chefia de Assessoria Técnica** se pronunciou pela regularidade da matéria, pois: **(a)** não “restou concretizada restrição à competitividade do certame por quaisquer óbices lançados desde a instrução preliminar da matéria”; **(b)** “sequer uma empresa do ramo especializado suscitou ilegalidades nas exigências para qualificação técnica e capacidade econômico-financeira”, sem que houvesse “inabilitação ou desclassificação de proponentes”; e **(c)** a experiência técnica exigida justifica-se ante à “inequívoca complexidade da concessão, o prazo de duração, as características físicas do local, entre outros aspectos”, inclusive porque o edital facultou à administração comprovar a qualificação técnico-profissional na fase de habilitação ou, alternativamente, após a declaração do vencedor do certame” (fls. 9670/9674).

A ARTESP foi novamente **notificada**, dessa vez para informar **(a)** a existência de termos de aditamento; **(b)** se a presente concessão é objeto de controvérsia relativa a eventual aditamento de reequilíbrio econômico e financeiro; e **(c)** o objeto e o andamento de inquérito civil em curso no MPE³ (fls. 9677).

Em resposta, a **ARTESP** registrou **(a)** a inexistência de termo de aditamento (até a data do protocolo da petição, em 9/10/2015); **(b)** a inexistência de controvérsia a respeito de reequilíbrio econômico e financeiro; e **(c)** o inquérito civil acima mencionado deve-se a eventual assunção de

³ Inquérito Civil nº 511-11 - 5º-PJ (pedido de informação pelo MPE no expediente TC-46146/026/14).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

riscos - "encargos impostos pelos órgãos ambientais ao particular como condicionante para obtenção do licenciamento ambiental" -, pelo poder concedente, que importariam em dispêndio desnecessário de recursos públicos (fls. 9678/9682). Trouxe aos autos parecer da Procuradoria Geral do Estado, exarado por intermédio da Consultoria Jurídica da ARTESP, que propõe à autoridade competente que formulasse pedido de arquivamento do referido inquérito (fls. 9684/9711).

A **Procuradoria da Fazenda do Estado** manifestou-se pela regularidade da matéria (fls. 9715/9716).

O **Ministério Público de Contas** teve vistas dos autos, nos termos do art. 1º, § 5º, do Ato Normativo nº 6/14-PGC (fls. 9716, verso).

É o relatório.

amfs



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Voto

TC-014710/026/11

Há apontamentos que, solucionados pela instrução, podem ser relevados.

I - Exequibilidade da proposta em concessão de serviço público

Diferentemente do que ocorre nos contratos administrativos regidos pela lei de licitações, em que a administração estabelece as características do objeto contratual e os meios para sua execução (p. ex. através do projeto básico, de cronogramas, de quantitativos, etc.), nos contratos de concessão o parceiro privado tem alto grau de autonomia e liberdade para definir o mecanismo mais eficiente para consecução do objeto contratado.

Em contrapartida, nas concessões, o parceiro privado tem maiores condições de se beneficiar legitimamente pelos resultados econômicos positivos derivados de sua eficiência. Nesse sentido é que, nos contratos de concessão, a exploração do bem ou serviço concedido dá-se por *conta e risco* do parceiro privado.

Por esses motivos, deve-se ter cautela ao pretender adotar a lei de licitações como parâmetro para a aferição da exequibilidade das propostas ofertadas em concessão de serviço público, como a ora em exame.

Ao comentar especificamente a aplicação do art. 48 da lei de licitações, que trata da exequibilidade das propostas, às concessões de serviços públicos, Carlos Ari Sunfeld esclareceu que "tal dispositivo é absolutamente



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

inaplicável à espécie” (Inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 no exame da exequibilidade de propostas em licitação para concessão. *Pareceres, Vol. II.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp.: 243/250).

No caso concreto, vê-se que a suspeita quanto à inexequibilidade da proposta vencedora no certame deu-se em razão de comparativo que considerou o valor da tarifa ofertada pelas demais licitantes e o valor-base da tarifa fixada no edital de licitação. Segundo a instrução, a disparidade observada por ocasião da apresentação do valor-base pela licitante vencedora poderia induzir à sua inexequibilidade.

Todavia, como se disse acima, há de se considerar que, nas concessões de serviços públicos, os particulares dispõem de alto grau de autonomia para estabelecerem as premissas de suas propostas econômicas, arcando, no curso da execução do contrato, com as consequências positivas ou negativas derivadas de suas escolhas.

Confira-se, uma vez mais, o que diz Carlos Ari Sundfeld a esse propósito:

“Não há, em absoluto, qualquer problema na circunstância de [a licitante] ter baseado sua proposta em estimativas de fluxo de tráfego e de receita tarifária superiores às dadas como parâmetros no edital. Estas, como o nome diz, não passam de parâmetros, e como tais não são de observância obrigatória, mas sim meros indicativos. São estimativas feitas pela administração pública que podem ou não ser tomadas pelas licitantes tal qual apresentadas.

Deveras, cada licitante é livre para adotar os parâmetros que repute adequados na formulação de sua



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

proposta econômica. Seria equivocado supor que todos devessem seguir as estimativas feitas pela administração. São perfeitamente naturais as diversidades de estimativas em cenário de longo prazo como a concessão rodoviária. São muitas as variáveis a considerar e, por óbvio, muitas as estimativas plausíveis” (Inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 no exame da exequibilidade de propostas em licitação para concessão. *Pareceres*, Vol. II. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp.: 243/250).

Afora essa constatação, de natureza teórica e tomada a priori, há nos autos notícia de que o contrato tem sido executado a contento - “o desafio do sistema rodoviário - construção do trecho leste - possui mais de 90% de sua extensão concluída e em operação (até a Ayrton Senna), os riscos de obtenção de recursos financeiros foram superados e precisam ser administrados, a operação da rodovia e a prestação dos serviços aos usuários estão sendo executados, remanesce, apenas, a gestão do negócio e a futura remuneração do capital do acionista”.

Igualmente, há nos autos farta documentação expedida por entidades financeiras e de securitização que atestam a boa ordem e a sustentabilidade econômico-financeira da proposta vencedora.

Não há, por esses motivos, razões de ordem jurídica ou econômica para questionar a exequibilidade da proposta apresentada pela licitante vencedora.

II - TIR do contrato e fluxo de caixa marginal

A ARTESP informou que “a previsão do fluxo de caixa da concessão apura taxa interna de retorno (estimada) no valor



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

percentual de 7,09% e a previsão do fluxo de caixa da concessão com financiamento apura taxa interna de retorno (estimada) no valor percentual de 8,37%".

No passado, o remanejamento e a inclusão de novos investimentos nos contratos de concessão eram remunerados pelos mesmos percentuais previstos inicialmente para a taxa interna de retorno (TIR). Assim, as condições econômicas que entabularam a equação econômico-financeira original eram perpetuadas durante todo o prazo do contrato, inclusive em relação aos investimentos não contemplados originalmente.

Com a edição da Resolução ARTESP nº 1, de 25/3/2013, estabeleceu-se nova metodologia para cálculo da "taxa anual de desconto a ser utilizada nos fluxos de dispêndios e das receitas marginais para efeito de equilíbrio econômico-financeiro em novos investimentos". Desse modo, a partir da referida resolução, a remuneração pela inclusão de novos investimentos em contratos de concessão rodoviária passou ser calculada a partir de parâmetros externos ao contrato originalmente acordado (fluxo de caixa marginal).

Nos dizeres da nota técnica que balizou a edição da resolução, "a implantação da metodologia a seguir proposta pretende viabilizar investimentos não contemplados no fluxo de caixa constante das propostas vencedoras de concessões, uma vez que a TIR e a respectiva alocação de riscos representarão melhor o contexto econômico-financeiro motivador das decisões dos investidores, bem como o custo de oportunidade para o Poder Concedente".

Em outras palavras, a "metodologia do fluxo de caixa marginal" autoriza a remuneração de novos investimentos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

considerando-se taxas de retorno consentâneas com o momento de sua realização - e não mais transportando as premissas econômico-financeiras balizadas no início do contrato de concessão. Evidentemente, esse mecanismo não se presta a reequilibrar o contrato em razão da ocorrência de eventos supervenientes e que eventualmente afetem o contrato original e a equação econômico-financeira nele estabelecida.

Apesar do necessário esclarecimento feito acima, inexistem notícias de termos de aditamento ou de reequilíbrios contratuais a serem feitos, razão pela qual a problemática não se pôs concretamente.

III - Risco ambiental e inquérito civil

O inquérito civil acima referido foi instaurado pelo Ministério Público do Estado em razão da suspeita de que o poder concedente teria assumido riscos indevidos ao incumbir-se dos "encargos impostos pelos órgãos ambientais ao particular como condicionante para obtenção do licenciamento ambiental" (fls. 9678/9682).

Ilustrativo, a esse respeito, o parecer exarado pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio da Consultoria Jurídica da ARTESP, ao se pronunciar sobre referido inquérito:

"Diante de tais condições, as autoridades estaduais responsáveis pelo planejamento da concessão em comento sopesaram aos fatores envolvidos. Nessa atividade de planejamento, identificaram que as medidas de compensação ambiental postas pelos órgãos da secretaria estadual do meio ambiente como condições para licenciamento do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

empreendimento (...) não seriam utilizadas única e exclusivamente na fiscalização das obras e operação do trecho leste do Rodoanel, 'mas também em todas as ocorrências nas áreas de competências dos 1º e 2º pelotões da 5ª Companhia da Polícia Militar Rodoviária Ambiental (...). Ademais, foi considerado que, por se tratar de exigência fora da faixa de domínio do empreendimento rodoviário e por prazo indeterminado, a transferência dessas responsabilidades ao empreendedor privado certamente seria transferida ao usuário da rodovia, já que tais obrigações refletiriam em maiores tarifas de pedágio para remunerar a concessionária" (fls. 9694).

O excerto acima mostra que a alocação de riscos, em qualquer contrato, implica na respectiva compensação econômica por sua assunção por cada uma das partes. É dizer, cada risco vem acompanhado de sua respectiva remuneração. Além disso, a distribuição dos riscos pode interferir sobremaneira na saúde do contrato, caso algum dos riscos efetivamente se concretize e recaia sobre parte que não tem condições ou interesse de mitigá-lo.

Por esses motivos, a alocação de riscos deve considerar as reais condições de cada uma das partes (i) para evitar a concretização do risco, (ii) para mitigar seus efeitos negativos, uma vez que o risco ocorra, e (iii) para melhor suportar esses efeitos negativos do ponto de vista econômico, a fim de salvaguardar a continuidade do contrato.

No caso concreto, tem-se se tratar de risco oriundo de possíveis exigências impostas por órgãos ambientais, que integram a estrutura estatal, e que por isso tendem a ser mais suscetíveis à influência do poder concedente, no



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

exercício de suas funções de administração pública, do que da concessionária.

Igualmente, os custos derivados desses riscos não parecem precificados *ex ante*, do que se infere alto grau de incerteza quanto à sua efetiva ocorrência. Nesse quadro, natural que o poder público os assumisse a fim de assegurar que os custos daí derivados - porque de ocorrência incerta e de momento desconhecido - não impactassem, imediatamente, o valor das tarifas ofertadas por ocasião da licitação.

É equivocado, pelas razões acima, supor que a transferência de riscos ao particular proporcione, automaticamente, a economicidade do ajuste em benefício da administração pública e do interesse público.

Em verdade, parece que a transferência de riscos ao particular comumente se dá de modo irracional, a fim de auferir suposta vantagem econômica momentânea.

Todavia, muitas vezes, esse tipo de decisão irrefletida importa tão somente na postergação ou na diluição, pelo prazo do contrato, dos custos derivados da assunção do referido risco, mascarando a aparente economicidade.

Ainda assim afastadas, resta conteúdo anormal suficiente ao decreto de irregularidade do torneio, face às restrições havidas na competição.

IV - Exigência de comprovação de qualificação técnico-profissional

O item 8.2.4.2."b" do edital de concorrência impõe comprovação técnica-profissional por meio de atestado e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

certidão de acervo com os prazos e quantitativos que estabelece.

8.2.4.2. Documento hábil de comprovação de que o LICITANTE demonstre que tem, ou o compromisso de que terá, no quadro permanente da sociedade de propósito específico, caso venha a se sagrar vencedor desta LICITAÇÃO, profissional(is) detentor(es) de atestado (s) de responsabilidade técnica, emitido(s) por entidade (s) pública(s) ou privada(s), acompanhado(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico - CAT, expedida (s) pelo CREA, que atenda (m) a seguinte qualificação:

a) habilitação para construção de obras com características e complexidade tecnológica e operacional semelhantes às que são objeto desta LICITAÇÃO, especificamente no que refere à construção de rodovia, atendendo aos itens especificados no QUADRO A, integrante deste Edital;

(b) habilitação para operação e conservação de rodovia pedagiada, a ser comprovada com, no mínimo, 03 (três) anos na operação e conservação de rodovia pedagiada, com volume médio diário anual de tráfego (VDMA) de, no mínimo, 10.000 (dez mil) veículos.

Ainda que se relevasse violação do enunciado n° 23 de nosso repertório sumular, por exigir atestados e CATs



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

apresentadas concomitantemente, houve infringência direta da Lei ao exigir quantitativos dos profissionais:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(..)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - **capacitação técnico-profissional**: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

(...) (Lei 8.666/93)

Ademais, a exigência de experiência de 3 anos, a par de parecer razoável, destoa da legislação protetiva dos trabalhadores, na medida em que a experiência máxima que pode ser exigida para contratação é de 6 meses:

Art. 442-A. Para fins de contratação, **o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade.** (Decreto-Lei 5452/43 CLT)

V - Exigências econômico-financeiras feitas na licitação

Não há como aceitar a fixação de requisitos de qualificação econômico-financeira, a exemplo da garantia de proposta e da garantia de execução contratual, considerando "não apenas o montante a ser investido pelo concessionário no futuro, mas a necessária remuneração pela operação do sistema rodoviário como um todo".

É que a jurisprudência deste Tribunal há muito não permite tal cômputo, reputando-o em desconformidade com a Lei e restritivo, haja vista que alija da disputa Sociedades com situação líquida menor. Assim a Orientação do MPC-SP nº 1.31, no seguinte teor:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

OI-MPC/SP n.º 01.31:Na licitação para a concessão de serviço público, a exemplo do transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira, tais como a garantia contratual, a caução participativa e a comprovação do capital social integralizado, devem ter como referência o montante dos investimentos a serem realizados pela concessionária.

Nesse sentido, fartos são os julgados tanto antes da licitação que se aprecia, quanto depois: TCs 29349/026/09, 29529/026/09, 34871/026/09, 784/010/09, 785/010/09, 29697/026/07, 3194/003/11, 39965/026/11 e 192/989/12 de transporte coletivo de passageiros, bem como 52/008/08 e 866/989/12 da concessão de outros serviços.

Da doutrina de Marçal Justen Filho:

"Outra questão relevante é a do capital social ou patrimônio líquido mínimos. (...) O art. 31, §3º da Lei 8.666/93 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor da contratação. Tem-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Parece que essa interpretação desnatura a exigência. Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato. A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

reside no *montante estimado de desembolsos*. A titularidade de um certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões).”(In “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”. São Paulo. Editora Dialética. 3ª Reimpressão. 2003. Pp 227-228).

A simples alegação de complexidade do objeto não autoriza a severa limitação da competição que se observou, mesmo porque, a par de ser complexo financeiramente, não há complexidade operacional na prestação do serviço.

É de se sublinhar que, a toda evidência, pode o contrato ser executado com valor de tarifa inferior à orçada, agravando a restrição que aqui se censura.

Não ignoro a decisão deste Tribunal que admitiu a imposição de exigências econômico-financeiras tomando por parâmetro o valor estimado da contratação (correspondente ao total da receita de pedágio, para todo o prazo da concessão) nos autos do TC-12641/026/00 (lote 6, outorgado à concessionária Intervias). Nada obstante reputo tratar-se de decisão isolada e substancialmente anterior à jurisprudência dominante que subsequentemente se firmou.

VI - Visita em data e hora única, obrigatória e coletiva

Se a explicação da ARTESP convenceu aos órgãos de instrução, a mim não. O item 12.2 do edital, chamado à



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

colação para refutar o apontamento de visita em data e hora única, deve ser lido em conjunção com os itens 12.1 e 12.4:

12.1. **Os LICITANTES deverão vistoriar** o SISTEMA RODOVIÁRIO e suas cercanias, bem como as vicinais a serem mantidas, previstas neste Edital, em data a ser estabelecida pela CONTRATANTE, tendo em vista a verificação das condições locais, para avaliação própria da quantidade e natureza dos trabalhos, materiais e equipamentos necessários à realização do objeto da CONCESSÃO (...)

12.2. Poderão ser feitas tantas vistorias quanto cada LICITANTE considerar necessário, mas a primeira vistoria será conjunta e oficial; para tanto, os representantes credenciados dos LICITANTES deverão apresentar-se no local, data e hora a serem estabelecidos pela CONTRATANTE.

(...)

12.4. **Ao final da vistoria oficial, a CONTRATANTE fornecerá aos representantes credenciados dos LICITANTES o Atestado de Vistoria, que fará parte do envelope contendo a METODOLOGIA DE EXECUÇÃO.**"

Se o item 12.2 deixa dúvidas, os itens 12.1 e 12.4 esclarecem que a vistoria é obrigatória, fixada em data e horário únicos, coletiva, e presumivelmente foi realizada ao início do período de formulação das propostas. Vejo no expediente adotado pela ARTESP potencial lesivo para o interesse público, posto que capaz de circunscrever o universo de proponentes em período crítico para a disputa. Da jurisprudência do TCU colhe-se:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

"A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando for imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela Administração no processo de licitação, devendo o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto. **As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não uma obrigação imposta pela Administração,** motivo pelo qual devem ser uma faculdade dada pela Administração aos participantes do certame." (TCU, Plenário, Acórdão 234/2015, Rel.Min. Benjamin Zymler)

E, abordando também o quesito de visita coletiva:

"2. A previsão editalícia de realização de visitas técnicas coletivas contraria os princípios da moralidade e da probidade administrativa, uma vez que permite tanto ao gestor público ter prévio conhecimento das licitantes quanto às próprias empresas terem ciência do universo de concorrentes, criando condições propícias para o conluio." (Acórdão 234/2015-Plenário, TC 014.382/2011-3, relator Ministro Benjamin Zymler, 11.2.2015.)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

VII - Conclusão

Ante o exposto voto pela **irregularidade formal** da licitação e do contrato, determinando o acionamento do disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93.

É como voto.