

Processo: 1041586

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Representantes: Cristiano Elias dos Reis Costa, Celso Antônio da Silva, Diego Álvaro dos Santos Silva (Prefeitos Municipais de Pedro Leopoldo, Confins e São José da Lapa), e Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por seu Procurador-Geral, à época, Daniel de Carvalho Guimarães

Representada: Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP, atual Secretaria de Infraestrutura e Mobilidade – SEINFRA

Responsáveis: Murilo de Campos Valadares, Lidiane Carvalho de Campos, Mário Fernando Lucchesi de Carvalho, Eriênio Jaderson de Souza, Leonardo Nunes de Souza, Leandro Carvalho Guimarães, Talita Oliveira Patry, Samira Marx Pinheiro, Nila Cristina Coelho Ferreira

Interessados: Marco Aurélio de Barcelos Silva, Marcela Campos Jabôr

Apensos: Representação n. 1041576 e Embargos de Declaração n. 1095453

Procuradores: Cristiano Fonseca Pereira, OAB/MG 77.498; Gustavo André Valadares, OAB/MG 152.738; Mônica Guedes Pereira, OAB/MG 103.338; Paola Toledo, OAB/MG 101.206; Gilmar Carlos Malaquias, OAB/MG 50.225; Gustavo André Valadares, OAB/MG 152.738; Marina Savoy Santos, OAB/MG 84.531; Kelly Regina Fonseca Viana, OAB/MG 84.146; Sara Fernanda da Silva, OAB/MG 175.822; Hairine Fernanda Cota Costa, OAB/MG 147.141; Shirley Cristiane Gonçalves de Oliveira, OAB/MG 96.419; Mônica Guedes Pereira, OAB/MG 103.338; Ewerton Oliveira Fonseca, OAB/MG 115.554; Paola Silva Bittencourt Lemos, OAB/MG 148.533; Renata Couto Silva de Faria OAB/MG 83.743 e outros

MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 16/12/2020

REPRESENTAÇÃO. SECRETARIA ESTADUAL. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO LOTE DA RODOVIA MG-424. CRITÉRIO DE JULGAMENTO DE MAIOR OFERTA PELA OUTORGA. AUSÊNCIA DE VALOR MÍNIMO PARA A OUTORGA. SUPERESTIMAÇÃO DE DESPESAS OPERACIONAIS COM PESSOAL, CONSULTORIAS E VIAGENS PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONCEDIDOS. CLÁUSULA CONTRATUAL DESTINANDO EXCLUSIVAMENTE À CONCESSIONÁRIA OS GANHOS ECONÔMICOS COM PRODUTIVIDADE OU REDUÇÃO DE CUSTOS OPERACIONAIS. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. O princípio da modicidade tarifária deve sobrepujar quando da definição do critério de julgamento, devendo o poder concedente juntar aos autos motivação suficiente que demonstre a imprestabilidade do critério do menor valor da tarifa em cada caso concreto, ou os aspectos negativos que anulem suas vantagens, devendo o critério definido atender de forma eficiente a adequação do serviço ao destinatário que deve auferir o benefício da concessão, o usuário.
2. O valor mínimo aceitável para a outorga da concessão deve constar dos autos do procedimento licitatório ou do edital de licitação, necessário para a avaliação das propostas apresentadas, possibilitando à comissão julgadora um julgamento objetivo acerca da compatibilidade financeira ou inxequibilidade da proposta, nos termos da Lei de Concessões e Estatuto das Licitações.
3. As despesas operacionais da futura concessionária deve ser objeto de detalhado estudo e comprovação por meio de pesquisa de mercado, no que couber, juntando-se aos autos do procedimento licitatório, buscando comprovação das particularidades dos custos da concessão, uma vez que repercutem no valor da tarifa de pedágio que deve atender, sempre, à modicidade tarifária.
4. Edital e minuta de contrato devem prever o compartilhamento dos ganhos de eficiência e produtividade entre a concessionária e os usuários, inclusive em razão de avanços tecnológicos e científicos não atribuíveis à concessionária, constituindo os ganhos de eficiência um dever da concessionária previsto na Lei de Concessões, decorrendo, ainda, dos princípios da eficiência, da supremacia do interesse público sobre o privado e da modicidade tarifária, corolário do real equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, que acolheu os acréscimos do Conselheiro Cláudio Terrão, em:

- I) julgar parcialmente procedente as Representações n. 1.041.586 e 1.041.576 (apenso), e irregulares as seguintes previsões constantes do edital de Concorrência Internacional n. 003/2018: (i) critério de julgamento da “maior oferta pela outorga da concessão” constante do preâmbulo e item 8.1 do edital; (ii) ausência de valor mínimo previsto para a outorga, subitem 8.1.1, do item 8 do edital; (iii) superestimação de despesas operacionais com pessoal, consultorias e viagens (Arquivo Complementar, planilhas OPEX); (iv) cláusula 29.11 da minuta contratual, destinando, exclusivamente, à concessionária os ganhos econômicos decorrentes de produtividade ou redução de custos operacionais, em detrimento da modicidade tarifária e dos princípios da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o privado; devendo o edital *sub examine* ser anulado ou retificado, preservando-se o contraditório e a ampla defesa em caso de anulação, nos termos do § 3º, do art. 49 da Lei n. 8.666/93, ou, optando pela retificação, ajustando o instrumento convocatório aos fundamentos desta decisão, com ampla publicidade e a consequente reabertura do prazo para o oferecimento das propostas, em conformidade ao § 4º, do art. 21 da mesma Lei;
- II) deixar de aplicar multa aos responsáveis, considerando que o certame se encontra suspenso, em obediência à determinação desta Corte de Contas, demonstrando-se a boa-fé dos gestores, ausente, portanto, a produção de efeitos do edital irregular;

- III) determinar aos gestores que, caso não insiram no edital de licitação o valor mínimo aceitável para a outorga da concessão, nos termos da fundamentação desta decisão, que esse conste dos autos, sendo franqueada vista aos interessados quanto ao valor, em observância ao princípio da publicidade;
- IV) determinar aos gestores, com espeque no reexame do Órgão Técnico, que, em razão das irregularidades do edital, a TIR do projeto deve ser revista, podendo ser significativamente alterada em face dos impactos financeiros, de modo a permitir a compatibilização entre a remuneração do capital investido e a realização do interesse público contido na disponibilização do serviço em níveis qualitativos e de preços razoáveis;
- V) determinar, ainda, que, em caso de publicação de novo edital de licitação para o mesmo objeto, que venha a ser deflagrado, os gestores encaminhem a esta Corte cópia do ato convocatório, fazendo referência a este processo, no prazo de 5 (cinco) dias, a partir da publicação do novo edital, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica deste Tribunal;
- VI) recomendar aos gestores, caso se adote o critério de julgamento previsto no inciso III, do art. 15, da Lei n. 8.987/1995, critério híbrido, que sejam instituídos instrumentos e ferramentas para uma eficiente gestão contratual, com vistas a criar um controle severo sobre o regime tarifário, assegurando um limite razoável de transferência do custo da outorga à tarifa, em razão do princípio da modicidade tarifária e atendimento ao interesse público, que deve nortear-se pela não oneração dos usuários da rodovia;
- VII) determinar a intimação das partes, dos interessados e seus procuradores da presente decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do RITCMG;
- VIII) determinar, tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos (principal e apenso), nos moldes do art.176, inciso I, do RITCMG.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 16 de dezembro de 2020.

MAURI TORRES
Presidente

WANDERLEY ÁVILA
Relator

(assinado eletronicamente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 16/12/2020

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representações oferecidas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas - MPTC, por seu Procurador-Geral, à época, Daniel de Carvalho Guimarães (autos principais) (fls. 01/12), que decorreu da Notícia de Irregularidade n. 153/2015, e do Procedimento Preparatório n. 018.2017.854, e pelos municípios de Pedro Leopoldo, Confins e São José da Lapa, por seus respectivos Prefeitos, Srs. Cristiano Elias dos Reis Costa, Celso Antônio da Silva e Diego Álvaro dos Santos Silva (apenso), em face do Processo Licitatório – Concorrência Internacional n. 003/2018-SETOP-MG, do tipo Maior Oferta pela Outorga de Concessão, promovido pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais, objetivando a concessão, conforme definido na Lei Federal n. 8.975/95, para exploração do lote da rodovia MG-424, composto pelos trechos especificados no Anexo I do Edital (fls. 112/141), pelo prazo de 30 (trinta) anos, com valor estimado, equivalente ao valor presente líquido (VPL) da projeção das receitas da cobrança do pedágio, calculado com a taxa de desconto de 9,20%, no valor de R\$ 585.672.541,87 (quinhentos e oitenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e dois mil, quinhentos e quarenta e um reais e oitenta e sete centavos) (referente ao mês de janeiro de 2016), fls. 116v e 118.

Os autos principais foram protocolizados neste Tribunal em 29/05/2018, autuados e distribuídos à minha relatoria em 04/06/2018. A Representação n. 1.041.576 foi protocolizada em 28/05/2018, autuada e distribuída à minha relatoria, por dependência, em 29/05/2018, estando a data de entrega dos envelopes da Concorrência marcada, inicialmente, para o dia 26/04/2018 (fl. 116). No entanto, posteriormente foi alterada para o dia 05/06/2018, conforme publicação no site TRANSPORTES.MG.GOV.BR - <http://www.transportes.mg.gov.br/transparencia-publica/concorrencia-003-2018-mg-424>, consultado em 04/06/2018.

A Representação n. 1.041.586, fls. 01/23, veio acompanhada da documentação de fls. 13/111, bem como o edital do procedimento licitatório em questão às fls. 112/141.

A exordial da Representação n. 1.041.576 consta entre os documentos instrutórios às fls. 14/51.

Os Representantes alegaram diversas irregularidades no instrumento convocatório, e, ao final, ressaltando a data prevista para a abertura da licitação, pleitearam a suspensão cautelar do certame, com arrimo nos artigos 95 e 96, inciso III, da Lei Complementar n. 102/2008.

Determinei, em relação à Representação n. 1.041.576 (fls. 368/368v), em sede de medida de instrução do processo, com fulcro nos artigos 140, § 2º e 306, II, da Resolução nº 12/2008, a intimação do Sr. Murilo de Campos Valadares, Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, à época, para encaminhar a esta Corte de Contas o inteiro teor da Procedimento Licitatório – Concorrência Internacional n. 003/2018-SETOP-MG (fase interna e externa), em razão do que foi protocolizada, em 05/06/2018, a documentação juntada às fls. 371/640, entre ela dois CDs (fls. 379 e 492).

Verifiquei, em 04/06/2018, em consulta ao site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que o procedimento licitatório representado é objeto da Ação Civil Pública n. 0033628-

65.2018.8.13.0210, em tramitação na Comarca de Pedro Leopoldo, na qual foi determinada a suspensão da realização da sessão de abertura do certame “até que sejam afastadas, *quantum satis*, as suspeitas de ilegalidades do edital”.

O Estado de Minas Gerais interpôs Agravo de Instrumento n. 0887008-18.2018.8.13.0000 – Município de Pedro Leopoldo, com pedido de efeito suspensivo, tendo sido concedido contra a decisão do juízo *a quo* que suspendera o certame, em razão da sua incompetência para o conhecimento e julgamento da demanda, haja vista que a licitação engloba mais de um município, sobrestando, assim, os efeitos da decisão agravada até ulterior apreciação do recurso, posto que proferida por Juiz incompetente.

Em consulta em 07/10/2020 verifiquei que a citada Ação Civil Pública continua em tramitação, ainda não julgada¹.

Em 05/06/2018, em exame perfunctório dos autos principais, concedi, *inaudita altera parte*, a medida acautelatória de suspensão do certame, sob pena de multa, com fundamento art. 267, art. 197, caput e §1º e §2º c/c art. 264, do Regimento Interno deste Tribunal, por vislumbrar o *fumus boni iuris* em relação aos seguintes apontamentos, além do *periculum in mora*, em razão da data em que ocorreu a sessão do certame (fls. 146/149):

- a) critério de julgamento definido no edital, “Maior Valor de Outorga” (item 8 do edital), em detrimento da possibilidade, mais condizente com os valores republicanos e os princípios norteadores do serviço público, qual seja, o de “Menor Valor da Tarifa”;
- b) ausência de previsão de valor mínimo para a outorga;
- c) número aparentemente discrepante de colaboradores necessários para a concessionária, quando comparado com outra concessão assemelhada;
- d) altos custos previstos para consultorias externas, auditorias e despesas com viagens.

A decisão monocrática foi referendada em sessão do Tribunal Pleno, do dia 06/06/2018 (fl. 215), vencido o Conselheiro Licurgo Mourão, conforme Notas Taquigráficas às fls. 163/168v.

Em 07/06/2018 foi protocolizada nesta Corte documentação comprovando a suspensão do certame, nos termos determinados (fls. 157/161).

Em seguida determinei o apensamento da Representação n. 1.041.576 à Representação n. 1.041.586 para apreciação conjunta, em cumprimento ao despacho de fl. 642.

Em 28/06/2018 encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização e Concessões de Projetos Financiados para a competente análise (fls. 171/172v), conforme encaminhamento da Secretaria do Tribunal Pleno às fls. 180 e 270.

Por solicitação do Procurador Geral do Município de Pedro Leopoldo (fls. 173), determinei a certificação do decurso do prazo para interposição de Agravo quanto à decisão interlocutória (fls. 172), Certidão de Publicação à fl. 177.

Em 28/11/2018 o então Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, Sr. Murilo de Campos Valadares, protocolizou requerimento pleiteando a cassação da decisão que suspendeu o procedimento licitatório, alegando, ainda, que não fora citado, juntando decisão proferida em Agravo de Instrumento n. 1.0210.18.003362-8/00, interposto pelo Estado de Minas Gerais junto ao Poder Judiciário, conforme citado acima, e documentos de fls. 184/265.

¹ https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento.jsp?comrCodigo=210&numero=1&listaProcessos=18003362.

Às fls. 181/182 juntou-se despacho exarado por este Relator, negando o requerimento, tendo em vista que o irresignante não logrou êxito na tentativa de demonstrar que houve alteração da situação fático-jurídica que sustentou a suspensão do certame, e intimação juntada às fls. 268/269.

Retornaram os autos à Coordenadoria de Fiscalização e Concessões de Projetos Financiados, tendo produzido o estudo de fls. 271/280, concluindo pela procedência da Representação quanto aos apontamentos elencados à fl. 279v.

Diante das Notas Técnicas protocolizadas pelo Secretário de Transportes e Obras Públicas (fls. 289/298v e 299/318), determinei o retorno dos autos à Coordenadoria de Fiscalização e Concessões de Projetos Financiados, para complementação de sua análise, tendo juntado o relatório de fls. 322/328.

À fl. 330 remeti os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para manifestação, nos termos do art. 61, § 3º, do RITCMG, tendo juntado parecer às fls. 331/333v, não apresentando aditamentos à Representação, opinando pela citação dos responsáveis.

Citados para apresentação de defesa, o Sr. Murilo de Campos Valadares, Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, à época, a Srª Lidianer Carvalho de Campos, então Presidente da Comissão Especial de Licitação, e os membros, Srs. Mário Fernando Lucchesi de Carvalho, Eriênio Jaderson de Souza, Leonardo Nunes de Souza, Leandro Carvalho Guimarães, e as Srªs Talita Oliveira Patry e Samira Marx Pinheiro, e a Srª Nila Cristina Coelho Ferreira, então Diretora de Concessões, conforme documentos de fls. 334/352, 356/360.

O Sr. Murilo Valadares manifestou-se (fl. 348), afirmando que deixaria de se defender por não mais fazer parte da SETOP, e, assim, o assunto deveria ser tratado pela atual gestão do Governo do Estado.

À fl. 347 o Sr. Leandro Carvalho Guimarães apresentou defesa informando, apenas, que não participou de nenhum ato da Concorrência Internacional nº 03/2018, tendo sido nomeado após a publicação do edital.

Os demais agentes citados deixaram transcorrer *in albis* o prazo de defesa, conforme Certidão de Manifestação à fl. 368.

Compareceu aos autos o então Secretário de Estado da Secretaria de Infraestrutura e Mobilidade - SEINFRA², Sr. Marco Aurélio de Barcelos Silva, protocolizando Of. GAB. SEINFRA 43/2019, e documentação (fls. 372/404), defendendo a legalidade do procedimento licitatório sob análise desta Corte.

Assim, determinei a juntada da documentação aos autos, com fundamento no art. 104, do RITCMG, e o seu encaminhamento à Coordenadoria de Fiscalização e Concessões de Projetos Financiados para exame das defesas e documentação apresentada pela SEINFRA (fls. 370/370v).

Aquela Coordenadoria promoveu o reexame (peça 20 do SGAP) concluindo pelas seguintes irregularidades: (i) escolha do critério de julgamento do maior valor de outorga em detrimento do de menor tarifa; (ii) superestimação de despesas operacionais com pessoal na prestação do serviço concedido; (iii) ilegalidade da cláusula 29.11 da minuta de contrato, destinando,

² No atual governo do Estado, por meio da Lei n. 23.304, de 30/05/2019, a SETOP passou a ter a nomenclatura de Secretaria de Infraestrutura e Mobilidade – SEINFRA.

exclusivamente, à concessionária os ganhos econômicos decorrentes de produtividade ou redução de custos operacionais, em detrimento da modicidade tarifária.

Em 13/05/2020 os autos foram digitalizados, conforme Termo de Digitalização, peça 24 do SGAP.

Ato contínuo foram os autos remetidos ao *Parquet*, para cumprimento do art. 61, IX, “d”, do RITCMG, tendo juntado parecer (peça 27 do SGAP), datado de 22/06/2020.

Em 10/09/2020 foi apresentada nesta Corte documentação protocolizada sob o n. 6485511/2020, dando entrada em meu gabinete em 17/09/2020, memoriais da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, subscrito pela Procuradora, Sr^a Renata Couto Silva de Faria, apresentando esclarecimentos, justificativas e nota técnica da SEINFRA, em relação ao reexame da Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e do MPTC (peças 42 a 45 do SGAP).

Em 06/10/2020 deu entrada neste Tribunal documento protocolizado sob o nº 6571211/2020, encaminhado pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR, por meio de procuradora, requerendo seu ingresso no processo como terceiro interessado, com fulcro no § 2º, do art. 163, do RITCMG, ou sucessivamente, na qualidade de *amicus curiae*, vista dos autos, com prazo de 30 (trinta) dias, a contar da disponibilização das cópias, para apresentação de manifestação por escrito, oportunidade em que apresentaria “importantes elementos técnicos e jurídicos pertinentes à matéria em análise” (peça 50 do SGAP).

Indeferi o pedido, com espeque na fundamentação constante da peça 52 do SGAP.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

MÉRITO

Antes de adentrar no mérito das representações julgo oportuno colacionar trechos do edital de licitação (Anexo 1, item 2 – Descrição do Sistema Rodoviário), e de Nota Técnica apresentada pela SEINFRA (peças 42 a 45 do SGAP), com o objetivo de, primeiramente, demonstrar o trecho de rodovia objeto da concessão representada, e retratar a atual situação da MG-424, e a importância da concessão pretendida para o Estado:

O Sistema Rodoviário objeto da concessão, intitulado “Lote MG-424”, compreende os seguintes trechos rodoviários: (1) MG-424 – iniciando no Km 0,00 (entroncamento com a rodovia MG-010 – Belo Horizonte) e findando no Km 49,71 (Rotatória no Entroncamento das Ruas Cláudio Castro Bahia e Equador – Sete Lagoas), com extensão total de 49,71 Km incluindo os elementos integrantes da faixa de domínio, além de acessos e alças, edificações e terrenos, pistas centrais, laterais, marginais ou locais ligadas diretamente ou por dispositivos de interconexão com a rodovia, acostamentos, obras de arte especiais e quaisquer outros elementos que se encontrem nos limites da faixa de domínio, bem como pelas áreas ocupadas com instalações operacionais e administrativas relacionadas à Concessão. Após a implantação dos contornos rodoviários das cidades de Matozinhos e Prudente de Moraes, os trechos rodoviários, hoje existentes, que serão “contornados” serão transferidos aos respectivos municípios e a extensão total do trecho concedido sofrerá um acréscimo de 1,38 quilômetros, passando a extensão total do trecho concedido a ser de 51,09 quilômetros.

**

A rodovia MG 424, que liga Sete Lagoas a Belo Horizonte, é um importante corredor rodoviário para a economia do estado de Minas Gerais. Com economia baseada principalmente no setor industrial, Sete Lagoas é a maior e mais importante cidade do Colar

Metropolitano. O Município abriga fábricas de empresas como a Ambev, Bombril, Elma Chips, Itambé Laticínios e Iveco, dentre outras. Outro empreendimento importante para a economia do estado que encontra-se localizado na região é o Aeroporto de Confins. Os municípios limítrofes ao longo do trecho fazem parte da Região Metropolitana ou do Colar Metropolitano de Belo Horizonte, e serão beneficiados com a geração de emprego direto e indireto durante as obras de ampliação e melhoramento, bem como diretamente com a concessionária, além da expansão da renda, dos salários e da arrecadação. Além disso, espera-se que existam efeitos positivos sobre a redução no número de acidentes. Os benefícios socioeconômicos esperados são explorados nas duas próximas seções.

[...]

Dos 49 quilômetros da rodovia existente, aproximadamente 30 encontram-se em pista simples, sem sequer vias marginais, fazendo da MG-424 uma rodovia extremamente insegura para trafegabilidade do usuário. Importante ressaltar que devido às características econômicas dos empreendimentos localizados ao longo desta rodovia, como cimenteiras, mineradoras de calcário, transportadoras, etc, este se torna um corredor com grande fluxo diário de caminhões, o que compromete ainda mais a segurança daqueles que trafegam pelo local. Conforme se verifica na Figura 2, contendo dados oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais – PMMG, a rodovia MG-424 é um trecho de grande insegurança para o usuário. Somando-se os números, com e sem vítimas, nos últimos cinco anos tem-se uma média anual de 250 registros, o que reflete em aproximadamente 70% dos 365 dias anuais com ocorrência de acidentes. Desta forma é evidente a necessidade de investimentos em melhorias na rodovia que garantam a segurança, como por exemplo, trechos duplicados, faixas adicionais e vias marginais.

[...]

Como forma de demonstrar a necessidade de investimentos, segue abaixo (Quadro 1) caracterização da rodovia MG-424 realizada pelo DER, através de metodologia própria, onde é evidente que do total dos 49 quilômetros, apenas parte do trecho duplicado existente, que perfaz um total de aproximadamente 16 quilômetros, encontra-se em bom estado de conservação. Do trecho duplicado, 4 quilômetros foram caracterizados como péssimo, ou seja, 20% do segmento duplicado encontra-se em péssimo estado. Os 30 quilômetros da rodovia existente em pista simples foram caracterizados como regular. A partir da concessão são estabelecidos parâmetros mínimos elevados e, assim, é obrigatória a garantia da qualidade do pavimento por parte da concessionária, que será fiscalizada pelo poder público.

[...]

Com base nas estimativas expostas acima, se a MG-424 não for concedida, o estado poderá deixar de receber benefícios econômicos consideráveis em um futuro próximo. Esse resultado é ainda mais importante no cenário atual de crise econômica causada pelo novo coronavírus, adicionado ao fato de que o estado se encontra endividado e com sua capacidade de investimento limitada. Investimentos no setor de infraestrutura podem alavancar a retomada da atividade econômica, especialmente nas localidades próximas às obras, visto que haverá maior demanda por trabalhadores e insumos, além de uma expansão da economia local com maior circulação de bens e serviços.

Cabe ressaltar, ainda, que os investimentos propostos em reparação e conservação das rodovias, por exemplo, não seriam mais feitos pelo DER-MG e, consequentemente, não exigiriam recursos financeiros do estado. Além disso, é esperado que hajam ganhos de eficiência em consequência da provisão dos serviços por parte da iniciativa privada. Se os ganhos forem observados, haverá redução nos custos com as obras na rodovia e sua respectiva manutenção, podendo implicar em propostas de menores tarifas por parte das concessionárias, o que também irá beneficiar a população.

Assim, passo à análise das Representações, dos estudos da Unidade Técnica, e do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em face dos documentos juntados aos autos.

II.1. Da escolha do critério de julgamento do maior valor de outorga em detrimento do critério de menor tarifa

Alegou o Representante que, na contramão da tendência das licitações nacionais, o Edital da MG-424, em seu item 8, definiu o critério de julgamento como sendo o de maior valor de outorga, *verbis*:

8. DA PROPOSTA ECONÔMICA

8.1. A PROPOSTA ECONÔMICA deverá ser apresentada mediante o completo preenchimento do modelo apresentado no ANEXO IV do EDITAL-MODELO DA PROPOSTA ECONÔMICA, conforme indicado neste EDITAL, e conterá o valor, expresso em reais, da oferta de pagamento da OUTORGA, devida pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE.

8.1.1. Não há exigência de valor mínimo para a OUTORGA a ser ofertada, classificando-se em primeiro lugar a licitante que ofertar o maior valor da outorga a ser paga ao poder concedente, sendo desconsiderada a PROPOSTA ECONÔMICA que apresentar valor nulo ou negativo; (...) (grifamos)

Sustentou que a opção, embora prevista no rol de critérios de julgamentos constante no art. 15, incisos I a VII, da Lei n. 8.987/1995, não seria comum nas licitações nacionais³ que, usualmente adotam o critério de oferta da menor tarifa, por tratar-se de mecanismo simples e objetivo que busca favorecer o usuário em termos de modicidade da tarifa, uma vez que a mesma Lei estabeleceu, entre outras inovações, a política tarifária dos concessionários de serviços públicos, e, por meio dos critérios contratuais para reajuste e revisão das tarifas, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, privilegiou o direito dos usuários à modicidade tarifária.

Registrou que inexistia no edital, anexos e na composição de custos, justificativa para o critério eleito, em detrimento do princípio da modicidade tarifária. E que o critério escolhido afasta-se dessa premissa, acarretando considerável e injustificável custo adicional para o usuário, o que não se revela razoável.

E, prosseguiu:

Sabe-se que a **modicidade tarifária** é a determinação legal imposta ao poder público para que este, em suas concessões, não onere excessivamente o cidadão, criando critérios objetivos que possibilitem a adoção e a **prática de tarifas módicas**, singelas, muito próximas do custo, portanto, possíveis de serem pagas, sem maiores dificuldades, por qualquer pessoa, independente de sua condição econômica.

Juntou à exordial anexo contendo Relatório Técnico recebido pelo MPTC, de municípios informantes (Representantes dos autos em apenso), elaborado por empresa especializada (fls. 42/111), alegando que retratam uma série de fundamentos que, efetivamente, demonstram custos superdimensionados, para permitir taxas de retorno de investimento maiores do que as previstas, ignorando a modicidade tarifária que poderia resultar em menores cobranças por pedágio dos cidadãos.

No mesmo sentido foi a petição dos Representantes nos autos em apenso, n. 1.041.576, alegando que: “No Brasil, é corriqueiro que concessões desta natureza estabeleçam como critério de julgamento a oferta da menor tarifa, por tratar-se de mecanismo simples e objetivo, o qual busca favorecer o usuário em termos de modicidade tarifária. [...]

³ Cita como exemplo a recente licitação promovida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em dezembro de 2017, referente à concessão da Rodovia de Integração do Sul – RIS (BR – 101/290/386/448/RS), e o edital referente às Rodovias Estaduais MTs 246, 343, 358 e mais um trecho da MT-130 (Mato Grosso).

Citou exemplos de concessões de rodovias, aduzindo, ainda, que o edital em exame está na contramão desta tendência.

Em análise inicial da Representação, a Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados (fls. 271/280v) observou que *“a adoção de critério diverso da menor tarifa para o usuário para a seleção da melhor proposta, exigiria justificativa embasada em estudo econômico/financeiro criterioso capaz de demonstrar a existência de vantagens efetivas para o usuário na sua adoção. E que, da “análise dos autos, não se vislumbram externalidades negativas capazes de anular as vantagens decorrentes da adoção do critério de menor tarifa para seleção de licitante capaz de bem prestar o serviço.”*

Registrou, ainda, que *“Não há qualquer justificativa na documentação enviada a esta Corte que demonstre a existência de vantagem para o usuário, destinatário primeiro e único dos benefícios de qualquer concessão, decorrente da adoção do critério de maior valor de outorga.”*

E, em seguida, após diligência por mim determinada (fls. 368/328v do apenso), e juntada de toda a documentação referente ao procedimento (fls. 284/318), instado a se manifestar, o Órgão Técnico juntou relatório de fls. 322/328v.

Citou que os responsáveis sustentaram (fl. 289) que a escolha do critério de maior outorga não resulta em qualquer desrespeito à legislação de regência ou ao interesse público, pois o artigo 15 da Lei Geral de Concessões afasta qualquer dúvida quanto à possibilidade da adoção do critério combatido, ao dispor de forma clara e objetiva que o Administrador teria a faculdade de escolher qualquer um dos sete critérios estabelecidos no dispositivo.

E que, compulsando a documentação apresentada verificou que os responsáveis não apresentaram, também nessa oportunidade, qualquer justificativa técnica de natureza econômico/financeira hábil a demonstrar as vantagens para o usuário na adoção do critério de julgamento de maior valor de outorga, em detrimento do critério de menor tarifa.

Em face disso registrou que a Representação é procedente quanto ao apontamento em tela.

O MPTC, em parecer preliminar (fls. 331/333v), ratificou as conclusões alcançadas pelo Órgão Técnico quanto a este ponto da Representação.

Citados os responsáveis (fls. 334/352, 356/360), o Sr. Murilo de Campos Valadares, Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, à época, apresentou rasa defesa (fls. 348), informando que todos os esclarecimentos já haviam sido fornecidos e o edital de licitação suspenso, reforçando os *“argumentos em favor da modalidade escolhida, maior outorga [e que] quem deve se manifestar sobre a questão é a nova gestão do governo estadual”*.

O Sr. Leandro Carvalho Guimarães, membro da Comissão Especial de Licitação, apresentou defesa informando, apenas, que não participou de nenhum ato da Concorrência Internacional nº 03/2018, tendo sido nomeado após a publicação do edital (fl. 347), demais responsáveis não apresentaram defesa.

Destarte, compareceu espontaneamente aos autos, o Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, à época, Sr. Marco Aurélio de Barcelos Silva, por meio do Of. GAB. SEINFRA 43/2019, juntando Nota Técnica e demais documentos (fls. 372/404).

Com esboço no art. 104 do RITCMG, em homenagem ao princípio da verdade material, determinei a juntada da documentação aos autos.

Registrou que:

[...] esclarecemos que a estruturação do projeto de concessão da Rodovia MG-424, a abertura do respectivo certame (objeto do presente processo) [...] ocorreram no ano de 2018, sendo que em 2019 houve a substituição de todos os gestores da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas (“Setop”), bem como a redução significativa do corpo técnico deste órgão.

[...] considerando que vários dos pontos objeto da Representação possuem impacto não apenas no certame referente à Rodovia MG-424, mas também em premissas e modelos a serem eventualmente adotados nos futuros processos de licitação de concessões rodoviárias do Estado de Minas Gerais, solicitamos a esta Egrégia Corte de Contas o recebimento da presente manifestação, para todos os efeitos de instrução do processo.

Quanto à fixação do critério de julgamento informou que a experiência em contratos de concessão do país, celebrados nas últimas décadas, integrantes da denominada 3ª Etapa de Concessões Rodoviárias Federais, demonstram que, embora o critério de julgamento do menor valor da tarifa seja aparentemente benéfico, traz efeitos colaterais graves.

E prosseguiu,

[...] a utilização do parâmetro menor tarifa contribui para: (i) a formação de um cenário de **distorções tarifárias** no sistema rodoviário do ente federado e do próprio país; (ii) a criação de um quadro de subsídio às avessas, em que as rodovias mais deterioradas e situadas em regiões de menor desenvolvimento econômico acabam por apresentar valores de pedágio bem maiores que as grandes rodovias, situadas em regiões com maior desenvolvimento; (iii) a fragilização da sustentabilidade dos contratos de concessão no longo prazo.

Registrou que, sendo as tarifas a principal fonte de remuneração do concessionário, a definição do seu valor depende: (i) da diferença entre as características da rodovia (número de faixas, nível de conservação etc.), e do padrão de qualidade que deverá ser disponibilizado pelo respectivo concessionário (pista duplicada, alteração de traçado, etc.), itens que formarão o nível de investimentos do futuro concessionário; (ii) fluxo médio de veículos – quanto maior o número de usuários pagantes, menor poderá ser o valor do pedágio.

E, ainda, que a experiência brasileira teria demonstrado que a adoção do critério de julgamento do “menor valor da tarifa” “pode fragilizar o Plano de Negócios da concessão e, por conseguinte, a sua sustentabilidade, especialmente em face das alterações do fluxo de veículos projetado e as outras intempéries do negócio ao longo do tempo”.

Defendeu que é exemplo dessa situação o contrato de concessão da rodovia BR-040, em vigor no Estado de Minas Gerais, em que a licitação teve como critério de julgamento o menor valor da tarifa, enfrentando a concessionária, atualmente, “severas dificuldades financeiras de tocar o negócio, em face, dentre outras, da insuficiência de receitas, algo estritamente relacionado às tarifas por ela praticadas com base na proposta [...]. A empresa está em tratativas com o Governo Federal desde 2017 para devolver o contrato, manifestando expressamente a sua incapacidade de cumprir com os compromissos de investimentos, incluindo a duplicação de mais de 700 Km².”

E que, esse critério também foi utilizado para a concessão da Rodovia BR-153, em 2014, que sofreu declaração de caducidade, com devolução do contrato para a União em 2017, pelos mesmos motivos que hoje repercutem na BR-040.

Ademais,

[...] ao se tomar a tarifa como o critério de seleção do licitante em uma concessão, seu valor acaba por perder a aderência com o padrão da rodovia e com os serviços nela ofertados. [...] leva a que, em um mesmo ente federado, verifique-se uma disparidade entre valores tarifários, e sobre rodovias com padrões semelhantes. Nesse cenário, o valor das tarifas tenderá a ser menor justamente nas rodovias que, antes da concessão, já tivessem recebido

investimentos públicos e possuísem boas estruturas. E o que é pior, geralmente tais rodovias coincidem com aquelas situadas em regiões economicamente mais desenvolvidas e que possuem maior fluxo de tráfego, fato esse (volume de tráfego) que também contribui para a redução do valor a ser praticado. Em contraponto, as rodovias situadas em locais de menor desenvolvimento econômico e que de fato precisam de investimentos massivos para levar desenvolvimento à região, acabam por ter valores elevados de pedágio, os quais podem, em alguns casos, inviabilizar até mesmo qualquer concessão.

Alegou que, se a concessionária recebe uma rodovia já duplicada e em bom estado de conservação, poderá, eventualmente, cobrar um pedágio inferior àquele cobrado em uma rodovia de pista simples muito deteriorada e que não possua estruturas importantes (acostamento, terceira faixa, sinalização etc.). Igualmente, uma rodovia de pista dupla, situada em local com grande fluxo de veículos poderá ter tarifas menores que rodovias de pista simples, situadas em locais com baixo fluxo de veículos.

Nessa esteira, defendeu que, como consequência, estabelece-se uma lógica da dispersão tarifária pelo critério de menor pedágio, de subsídios às avessas, em que as regiões de menor desenvolvimento tendem a ter tarifas mais altas, e regiões mais favorecidas viabilizam tarifas inferiores. E, assim, a criação de um “padrão tarifário”, que tenha como fundamento os investimentos que, de fato serão exigidos na via, em especial a qualidade das estruturas e dos serviços ofertados aos usuários, possui maior aderência a uma política pública de transportes sistêmica que, em última análise, favorece aos próprios usuários, todos, não apenas aqueles que trafegam por rodovias movimentadas.

Esclareceu que, outro fator determinante para a adoção de uma tarifa fixa na concessão, que seja compatível com o padrão dos serviços e com os respectivos investimentos, ou no uso do maior valor da outorga, está no fato de que esse último permite que o montante arrecadado pelo Estado, a título de outorga, venha a ser reinvestido no próprio sistema rodoviário, justamente em regiões com baixo nível de desenvolvimento sócio econômico, que tendem a ter malha rodoviária mais precária, e que são incompatíveis com a concessão. Esta lógica é reforçada no âmbito do Estado de Minas Gerais que possui o Fundo Estadual de Trânsito (FUNTRANS), que, de acordo com a legislação que o criou, determina que os valores recebidos nas outorgas das concessões rodoviárias devem, obrigatoriamente, ser reinvestidos no sistema.

E que, dessa forma, as grandes rodovias, por meio da outorga paga pelos concessionários, passam a subsidiar as rodovias menores em Minas Gerais, alimentando, assim, “um sistema virtuoso de sustentação dos projetos e de melhor distribuição de renda”.

Citou, também, concessões rodoviárias federais realizadas entre 1994 a 2007, que possuem histórico de execução contratual com maior taxa de sucesso, comparativamente aos contratos celebrados a partir de 2007, que passaram a utilizar o critério de menor valor da tarifa - rodovias BR-381/262 e BR-153 -, estão em fase de consulta pública pelo governo federal, prevendo o critério de combinação de menor tarifa básica de pedágio e de maior valor de outorga. E concessões rodoviárias do Estado de SP, a exemplo do recente edital de licitação do lote Piracicaba-Panorama, e, também, da Rodovia dos Calçados.

Alegou que, no setor de transporte e logística, os arrendamentos portuários realizados a partir de 1993 utilizaram o critério de maior valor de outorga, denominado de contribuição ao sistema, adotado, também, nos leilões de 2017.

E registrou que há convergência da tarifa quilométrica média nas esferas estaduais e nacional, pois a tarifa prevista para a rodovia MG-424 (praça de pedágio P1 – R\$ 3,46, e praça de pedágio P2 - R\$ 2,80), encontra-se compatível com aquelas praticadas nas rodovias: a) BR-116/293/RS (R\$ 0,1340/Km); b) BR-135 (R\$ 0,1195/Km); c) BR-381/262 (R\$ 0,1356/Km para pista simples

e R\$0,1763/Km para pista dupla); d) BR-153 (R\$0,1131/Km para pista simples e R\$0,1470/Km para pista dupla); e) Lote Piracicaba-Panorama (R\$0,1065/Km para pista simples e R\$0,1491/Km para pista dupla).

Concluiu, ao final, pela viabilidade jurídica e econômica do critério de julgamento escolhido para a Concorrência Internacional n. 003/2018.

Passado isso, determinei o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Fiscalização e Concessões de Projetos Financiados para exame da documentação (fls. 370/370v).

Aquela Coordenadoria juntou reexame da matéria, conforme peça 20 do SGAP. Destarte, corroborou sua conclusão dos relatórios anteriores, no sentido de que as informações trazidas aos autos pelo Secretário de Estado do atual governo, bem como a documentação juntada, não foram capazes de comprovar as vantagens para os usuários da concessão. Não houve justificativa técnica de natureza econômico-financeira, tampouco comprovação de alguma externalidade negativa que possa anular as vantagens do critério de menor tarifa.

O *Parquet* exarou parecer conclusivo (peça 27 do SGAP), e registrou que, sob o ponto de vista formal, o critério de julgamento de maior oferta pela outorga da concessão encontra respaldo no inciso II, do art. 15, da Lei n. 8.987/1995, e, embora seja inegável reconhecer à Administração certa margem de discricionariedade na escolha do critério de julgamento da licitação, com embasamento na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello a “discrição administrativa não pode significar campo de liberdade para [que] o administrador, dentre as várias hipótese comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto”⁴.

Complementou, embasado na mesma doutrina, que nas hipóteses em que confere discricionariedade ao administrador público “a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou. Deveras, a regra do Direito, como óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público.”⁵

Trouxe ao lume, também, lição de Marçal Justen Filho, que vai além e defende que, se a Administração Pública desejar afastar-se do critério do menor valor da tarifa, deve buscar autorização legislativa específica para o caso e ouvir a opinião da comunidade.⁶

Defendeu o MPTC que, em regra, a solução que atende “excelentemente” ao princípio da modicidade tarifária é a adoção do critério de julgamento segundo o menor valor da tarifa, pois, a eleição de critério distinto depende de robusta motivação, o que não ocorreu nos autos *sub examine*, pois, elencar rodovias cuja concessão foi problemática e se deu pelo critério do “menor valor da tarifa” não leva à conclusão da imprestabilidade do critério para a concessão ora analisada. E que, da mesma forma não se pode aceitar a assertiva de que “o uso do critério [do] maior valor da outorga contribui, em última análise, para que o próprio princípio da modicidade possa ser concretizado no contexto do sistema rodoviário do Estado de Minas Gerais em seu todo, que conta com mais de 25.000 km de rodovias”.

Aduziu que, no edital em exame, além da inexistência de autorização legislativa e da não realização de audiências públicas, a adoção do critério de julgamento do “maior valor da

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Judicial. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 63.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 906.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 356.

outorga” não se amparou em estudos, constantes na fase interna do certame, demonstrativos de que essa era a solução ótima para a concessão da Rodovia MG-424.

Prosseguiu no sentido de que o ônus econômico do valor da outorga, em última instância, recai, sempre, sobre a tarifa a ser paga pelos futuros usuários da rodovia. Diante disso, não parece razoável que esses sejam responsáveis por contribuir, exceto por meio de impostos, com o “sistema rodoviário do Estado de Minas Gerais em seu todo”, mesmo com rodovias pelas quais eles não transitam. Vale dizer: as tarifas – e, indiretamente, a outorga – devem vincular-se ao motivo que levou à sua criação. O Estado não pode se financiar, à custa de um pequeno grupo de pessoas, para o custeio de suas atividades gerais e ordinárias.

Refutou, ainda, a justificativa apresentada no sentido de que a adoção do critério de julgamento do “menor valor da tarifa” “pode fragilizar o Plano de Negócios da concessão e, por conseguinte, a sua sustentabilidade”, “porquanto tal argumentação, sem estudos que a embasem, é vazia”. E, ocorrendo essa situação, é exatamente porque a Administração se furtou em cumprir a sua principal obrigação no processo licitatório, a de elaborar um profundo estudo que permita aferir o valor mínimo da tarifa, que possa assegurar a sustentabilidade do negócio e, com essa referência, desclassificar por inexecuibilidade todos que apresentem valor inferior desacompanhado de garantias de efetiva execução.

Nessa esteira, o *Parquet* concluiu que o item 8 do edital da Concorrência Internacional nº 03/2018 deve ser alterado, a fim de que passe a consagrar o critério de julgamento de menor valor da tarifa, juntando-se aos autos da licitação o estudo referido que possa permitir o valor mínimo da tarifa, de forma a assegurar a sustentabilidade do negócio.

De início registro que, embora o Órgão Ministerial tenha citado em seu parecer que não foram realizadas audiências públicas para a licitação *sub examine*, verifico na rede mundial de computadores, no site da SEINFRA, a publicação das datas de 4 (quatro) audiências públicas realizadas, em 20/11/2017, em Sete Lagoas e Matosinhos, em 21/11/2017, em Pedro Leopoldo e Belo Horizonte, conforme horários e endereços ali indicados. A publicação data de 27/10/2017, nos jornais Minas Gerais (28/10/2017, pag. 66), O Estado de São Paulo (28/10/2017, pag. B11), e O Tempo (28/10/2017, pag. 26)⁷, conferindo-se ampla publicidade.

Verifico, também, vídeos de todas as audiências públicas realizadas, bem como arquivo contendo “Respostas às sugestões recebidas”.

Dessa forma, cumpriu-se a exigência prevista no art. 39, da Lei n. 8.666/93, não restando configurada irregularidade.

O ponto analisado, de fato, não diz respeito sobre a ilegalidade do critério de julgamento eleito no edital em exame, mas sobre a oportunidade, conveniência e justificativa para a sua utilização, em detrimento do critério de menor valor da tarifa, que traz, em si, o princípio constitucional da modicidade tarifária inscrito no inciso IV, do parágrafo único, do art. 175, da CR/88, *in litteris*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

⁷ <http://www.infraestrutura.mg.gov.br/ajuda/page/2271-audiencia-publica-referente-a-concessao-de-servicos-para-a-exploracao-de-trechos-da-rodovia-mg-424>. Consultado em 22/09/2020.

- II - os direitos dos usuários;
III - política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado. (g.n.)

A Lei de Concessões, n. 8.987/1995, no mesmo sentido:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.⁸ (g.n.)

Quanto ao princípio da modicidade tarifária, entendo equivocada a defesa que fazem os Representantes no processo em apenso, n. 1.041.576, no sentido de que esse princípio induz à “prática de tarifas módicas, singelas, muito próximas do custo, portanto, possíveis de serem pagas, sem maiores dificuldades, por qualquer pessoa, independente de sua condição econômica.”

Mister aclarar o sentido do citado princípio, pois o serviço adequado, nos termos dos diplomas legais acima citados não é caracterizado como aquele módico, singelo ou próximo do custo de sua execução. Veja-se que prestar serviço adequado significa que esse deve atender às necessidades e comodidades exigíveis para o projeto, e não, simplesmente, às peculiaridades pessoais de cada usuário. Adequado é “aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”, e, assim, não apenas módico, no sentido de “barato”, de pouco valor.

Assim, não se pode pretender que serviços concedidos atendam interesses quanto à tarifas módicas, singelas, próximas do custo, se o projeto e a modelagem prevista requerem do particular investimentos em infraestrutura e serviços e, *in casu*, como exposto no site da SEINFRA⁹, na apresentação das audiências públicas, investimentos até o 6º ano da concessão previstos em R\$284.676.000,00, totalizando até o 30º ano em R\$ 451.939.000,00, além de custos e despesas até o 6º ano, de R\$ 403.872.000,00; e até o 30º ano, de R\$ 664.131.000,00.

O vocábulo módico, derivado do latim “modicu” pode ter o significado de exíguo, pequeno, modesto, moderado e limitado.

Logicamente a modicidade a que se refere a Lei de Concessões não se limita ao sentido comum, vulgar do termo, mas ao seu significado jurídico.

Leciona Antônio Carlos Cintra do Amaral que a tarifa “deve refletir a composição: custos mais lucro mais amortizações de investimentos *menos* receitas alternativas e acessórias”.¹⁰

Assim, a determinação da modicidade, na prática, leva em conta as peculiaridades da situação fática, isto é, espécie de serviço, amplitude e características da necessidade pública a ser suprida, custos dos investimentos necessários e definidos pelo Poder Concedente, custos da

⁸ O art. 7º da mesma Lei dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários do serviço concedido, e no inciso I consta o direito a receber serviço adequado.

⁹ <http://www.infraestrutura.mg.gov.br/ajuda/page/2271-audiencia-publica-referente-a-concessao-de-servicos-para-a-exploracao-de-trechos-da-rodovia-mg-424>. Consultado em 22/09/2020.

¹⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*, p. 86.

execução do serviço, refletindo, cada fator, em critérios juridicamente apropriados para se chegar ao valor tarifário.

É por isso que, para o usuário, a modicidade da tarifa corresponde ao menor custo possível em face da adequação do serviço, no entanto, nem sempre seu valor alcança um patamar reduzido, pois poderia configurar valor deficitário e, assim, não se veria interesse na iniciativa privada para investir em serviços públicos postos em concessão, e, diante disto, nem sempre se alcança a correspondência de uma tarifa justa a todos os usuários.

Nesse diapasão, incorreta é a alegação do Representante, ao defender que a tarifa módica deve ser singela, muito próxima do custo, possível de ser paga, sem maiores dificuldades, por qualquer usuário, independente de sua condição econômica.

Pois bem, abordado esse ponto, passamos ao amparo legal do critério utilizado no edital em exame que consta do inciso II, do art. 15, da Lei nº 8.987/1995, *verbis*:

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.
(g.n.)

Trago à colação trechos da doutrina a respeito dos critérios de julgamento nas concessões de serviços, vejamos:

A adoção do critério de menor tarifa conduz a um modelo de concessão que se poderia chamar de “puro”. O usuário paga à concessionária uma tarifa que corresponde ao que lhe é efetivamente prestado. Já na concessão de maior oferta o usuário, a rigor, paga à concessionária um *plus* que reverte em benefício ao poder concedente ou de terceiros. Se o valor pago pela concessionária ao poder concedente destina-se à melhoria e conservação de rodovias não concedidas, como é o caso concreto de algumas concessões estaduais, o usuário da rodovia concedida estará subsidiando outros usuários, de outras rodovias. Isso não chega, ao meu ver, a constituir uma ilegalidade ou inconstitucionalidade, mas certamente contraria a lógica intrínseca da concessão, que consiste em pagar o usuário pelo que efetivamente recebe, e exatamente no limite do que recebe(...)” (CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos, *Concessão de Serviço Público*, 2º Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 83). (g.n.)

**

(...) Há, em relação ao item II (maior oferta nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão) e, conseqüentemente, nos itens II, VI e VII, que também lhe fazem menção, a necessidade de uma interpretação restrita, para que os preceptivos em causa não sejam acoimados de inconstitucionais por incursos em *desvio de poder*. Por certo, os responsáveis por ele (talvez economistas ou administradores públicos) não tinham preparo jurídico suficiente para perceberem este vício em que estavam incorrendo. É que serviço público, por definição, existe para satisfazer necessidades públicas e não para proporcionar ganhos ao Estado. Aliás, esta mesma Lei 8.987, em seu art. 6º, após considerar que toda concessão ou permissão pressupõe serviço adequado, no §1º dele, esclarece que serviço adequado é o que satisfaz, entre outras condições, a “modicidade das tarifas”, a qual, de resto, é um princípio universal do serviço público. Assim, serviço público não desenganadamente não é instrumento de captação de recursos para o Poder

Público (...). Atribuir peso importante à maior oferta de candidato à prestação de serviço público é contribuir para que este ofereça *tarifa maior*, embutindo nela o custo em que terá de arcar com sua oferta, o que é a antítese do desejável. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 27º Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 717). (g.n.)

**

Quanto à tarifa, embora o art. 9º, *caput*, estabeleça que “será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”, deve ter-se em vista que há hipóteses onde, dependendo do critério adotado para julgamento da licitação, as propostas não versam sobre valor de tarifa, tal como consta do artigo 15 da Lei nº 8.987/95, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98, que estabeleceu sete critérios distintos de julgamento. Via de consequência, se o critério não for o de menor tarifa, fica para o licitante apenas a definição do valor da oferta pela outorga da concessão ou da proposta técnica, conforme o caso, devendo a concedente predefinir o valor da tarifa no edital, nas condições ali estabelecidas. Deve-se anotar que a cobrança pela outorga da concessão pode significar um risco à observância do princípio da modicidade das tarifas. Ao cobrar pela outorga, o Poder Público aumenta os custos que o concessionário terá para prestar o serviço delegado. Como consequência, a tarifa há de ser maior neste sistema do que nos tradicionais, em que não se faz a cobrança, pois a tarifa paga pelo usuário é não apenas uma contraprestação pelos serviços a ele oferecidos, mas também um pagamento em benefício dos cofres públicos. Trata-se de uma forma indireta e oculta de apropriação da riqueza privada pelo Estado, que não se subordina ao regime tributário. Os valores correspondentes a essa tributação oculta são transferidos para a tarifa e exigidos dos usuários sem submissão ao regime jurídico correspondente. (A experiência brasileira nas concessões de serviço público, Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹¹) (g.n.)

Das lições citadas resta claro que para a consecução do princípio da modicidade tarifária, e, nos termos previstos no § 1º, do art. 6º, da Lei n. 8.987, o serviço adequado é o que satisfaz, entre outras condições, a “modicidade das tarifas”, e, por conseguinte, atribuir peso importante à maior oferta como critério de julgamento da licitação é contribuir para que o concessionário necessite praticar *tarifa maior*, pois embutirá nessa o custo da outorga paga ao Poder Concedente, o que não é desejável. Assim, o critério de maior valor da outorga significa um risco à observância do princípio da modicidade tarifária previsto na Lei.

E que, no modelo de concessão por oferta de maior valor de outorga o usuário paga à concessionária um *plus* que é revertido em benefício do Poder Concedente, ou de terceiros, como citado, em que usuários de uma rodovia subsidiam usuários de outras rodovias, não constituindo isso, propriamente, uma ilegalidade ou inconstitucionalidade, mas contrariando a lógica do instituto, na medida em que o usuário deve pagar pelo serviço que lhe é prestado.

Vejamos a lição de Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, quanto ao critério da oferta da maior outorga no sentido de que,

A instituição de cobrança pela outorga é justificada como meio de exigir uma contraprestação imediata do empresário pela infra-estrutura já existente (rodovias, redes de telecomunicações, usinas hidroelétricas, por exemplo) ou plena oportunidade de explorar um empreendimento de alta rentabilidade (como os serviços de telefonia móvel). É inegável, porém, seu impacto nas tarifas. Para que não haja burla ao princípio, deve-se somar à cobrança pela outorga um eficiente regime tarifário em que o poder concedente assegure um limite razoável de transferência desses custos à tarifa. Uma das

¹¹ Doutora e Mestre pela PUC/SP Professora de Direito Administrativo da PUC/SP Ex-Procuradora do Município de São Paulo, disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf

alternativas possíveis é o poder concedente fixar um limite máximo de tarifa a ser cobrado no momento da licitação ou mesmo sopesar este critério da melhor oferta com o da menor tarifa¹².

Ora, esse não é o caso da rodovia posta em concessão, haja vista que dos próprios autos comprova-se que o Poder Concedente expõe em suas notas técnicas a precária situação da rodovia a ser concedida, caso a situação fosse contrária poderia reivindicar, motivadamente, o necessário reembolso pelos investimentos já realizados pelo Poder Concedente, ativos que seriam utilizados pelo concessionário sem necessidade de investimentos imediatos.

Veja-se da Nota Técnica apresentada pela SEINFRA (peça n. 44 do SGAP):

[...]

Dos 49 quilômetros da rodovia existente, aproximadamente 30 encontram-se em pista simples, sem sequer vias marginais, fazendo da MG-424 uma rodovia extremamente insegura para trafegabilidade do usuário. Importante ressaltar que devido às características econômicas dos empreendimentos localizados ao longo desta rodovia, como cimenteiras, mineradoras de calcário, transportadoras, etc, este se torna um corredor com grande fluxo diário de caminhões, o que compromete ainda mais a segurança daqueles que trafegam pelo local. Conforme se verifica na Figura 2, contendo dados oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais – PMMG, a rodovia MG-424 é um trecho de grande insegurança para o usuário. Somando-se os números, com e sem vítimas, nos últimos cinco anos tem-se uma média anual de 250 registros, o que reflete em aproximadamente 70% dos 365 dias anuais com ocorrência de acidentes. Desta forma é evidente a necessidade de investimentos em melhorias na rodovia que garantam a segurança, como por exemplo, trechos duplicados, faixas adicionais e vias marginais.

Como forma de demonstrar a necessidade de investimentos, segue abaixo (Quadro 1) caracterização da rodovia MG-424 realizada pelo DER, através de metodologia própria, onde é evidente que do total dos 49 quilômetros, apenas parte do trecho duplicado existente, que perfaz um total de aproximadamente 16 quilômetros, encontra-se em bom estado de conservação. Do trecho duplicado, 4 quilômetros foram caracterizados como péssimo, ou seja, 20% do segmento duplicado encontra-se em péssimo estado. Os 30 quilômetros da rodovia existente em pista simples foram caracterizados como regular. A partir da concessão são estabelecidos parâmetros mínimos elevados e, assim, é obrigatória a garantia da qualidade do pavimento por parte da concessionária, que será fiscalizada pelo poder público.

[...]

Quanto à jurisprudência, em relação aos critérios de julgamento, vejamos excertos de decisões do Tribunal de Contas da União:

[...]

fnão é tarefa fácil satisfazer simultaneamente todas as condições que caracterizam o serviço adequado. É um grande desafio ponderar numerosas, complexas e dinâmicas variáveis, geralmente de caráter técnico e específico, que repercutem direta ou indiretamente sobre a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade, a cortesia na prestação do serviço e a modicidade das tarifas. Jamais a lei poderia disciplinar por completo o tratamento dessas variáveis. Daí se ter atribuído às

¹² CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, p. 88, nota 76.

agências reguladoras o poder de trabalhar com essas variáveis com a flexibilidade necessária à consecução do serviço público adequado;

[...] Nas questões tarifárias, o exercício dessa autonomia e dessa discricionariedade pelos entes reguladores assume especial importância. Sobre a relevância da atuação discricionária do ente regulador ao tratar desse tipo de questão vale trazer a lume as palavras do Professor Caio Tácito, que foram registradas em artigo intitulado “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público” (in Temas de Direito Público: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. pp. 199 a 255). Comentando o modelo norte-americano de definição e de revisão tarifárias, o qual inspirou o processo de criação de agências reguladoras no Brasil, esse administrativista afirmou que a regulação deve operar “tanto no sentido de impedir a fixação de tarifas discriminatórias ou excessivas, defendendo os interesses dos consumidores ou usuários, como no propósito de assegurar às empresas uma remuneração apropriada, afastando a possibilidade de tarifas confiscatórias ou deficitárias”. Consequentemente, a busca do ponto de equilíbrio econômico-financeiro da concessão se confunde com a busca da tarifa justa e da razoável remuneração do investimento realizado na concessão. Ainda segundo Caio Tácito, o momento em que se alcança esse ponto é “o mais nobre e eficaz da regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública, condensando processos complexos de ordem econômico-financeira e jurídica.”.

i)tão importante quanto a busca da modicidade tarifária é a busca da continuidade, da regularidade, da eficiência, da segurança, da atualidade e da generalidade do serviço público, condições essas que somente se realizam a contento quando a empresa concessionária satisfaz razoavelmente suas expectativas de investidor. A preocupação exclusiva com a modicidade tarifária pode remeter o sistema de prestação de serviços públicos à já comentada situação a que outrora chegaram as empresas estatais concessionárias, às quais era imposta a prática das já comentadas tarifas demagógicas. Àquela época, os déficits gerados nas estatais pela prática de tarifas insuficientes eram sistematicamente cobertos com recursos públicos, mas, no atual modelo de concessões, não há, em regra, garantia de socorro estatal às empresas privadas concessionárias, pelo que as tarifas demagógicas que lhes forem eventualmente impostas podem implicar sua quebra e, por conseguinte, a frustração do interesse público perseguido na concessão;

r)assim como as agências reguladoras devem perseguir o interesse público, traduzido na prestação de um serviço público adequado, sem pender sua atuação em benefício desequilibrado de qualquer dos atores da concessão, o TCU deve exercer o controle com a mesma finalidade. Não é papel desta Corte defender exclusivamente os interesses da coletividade usuária ou os de qualquer outra parte envolvida na concessão, cabendo-lhe zelar pela consecução do interesse público, consubstanciado na prestação de serviços públicos adequados por meio de concessões. Consequentemente, o Tribunal não deve pautar sua ação pela busca exclusiva da modicidade tarifária;

s)essa última afirmação não deve ser mal interpretada. Não seria nem necessário explicar que não escapa à nossa percepção que, se tem sido extremamente difícil para a maioria da população brasileira custear até mesmo suas necessidades mais elementares, mais árduo ainda tem sido o acesso dessa parcela da população aos serviços públicos tarifados. Todavia, deve-se ter claro que, no atual modelo de concessões, o problema do baixo poder aquisitivo da população deve ser enfrentado, antes de tudo, perseguindo-se rigorosa adequação entre os encargos das concessionárias de serviço público e a real capacidade econômica dos usuários. Ou seja, os encargos das concessionárias devem ser, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos, dimensionados na justa medida para que a população destinatária dos serviços públicos possa pagar por eles. Essas considerações evidenciam quão relevantes são as fases de concepção das concessões, razão pela qual a atuação do Tribunal de Contas da União nessas fases se revela tão ou mais importante que

o acompanhamento da execução das concessões. Uma concessão mal planejada, em que foram negligenciadas variáveis essenciais, como o real poder aquisitivo da coletividade destinatária dos serviços, inevitavelmente trará sucessivos problemas de custeio durante toda a sua execução;

31. Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União. [...] (Processo nº 006.931/2002-0, Relator Benjamin Zymler) (g.n.)

Da utilização do maior valor de outorga como critério de julgamento (peça 62, p. 35-44)

2. Aponta o MTPA que na época da análise do estudo doado pela Bunge para arrendamento do terminal de trigo, o Decreto 8.033/2013, em seu art. 9º, não permitia a utilização do critério de maior valor de outorga para julgamento das propostas, o que só foi possível com a alteração promovida pelo Decreto 8.464/2015, de 8/6/2015.

2. O Ministério informa que os objetivos previstos na redação anterior do Decreto 8.033/2013 foram mantidos com a nova redação, a saber: melhoria da eficiência das operações, modicidade tarifária e aumento do volume de investimentos públicos e privados. Lembra também que, com o desequilíbrio fiscal a partir de 2015, o critério de julgamento do maior valor de outorga se tornou mais aderente à realidade.

3. [...]

4. Por fim, conclui que o critério de maior valor de outorga simplifica a licitação por ser mais bem compreendido pelo mercado de potenciais licitantes.

Análise do maior valor de outorga como critério de julgamento

5. A definição do critério de julgamento tem de estar alinhada com a política pública desenhada pelo poder concedente. Uma vez alterado o Decreto regulamentador da Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), permitindo a adoção do critério de maior valor de outorga, é possível sua utilização.

[...] (Acórdão n. 2990/2016, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

Assim, registrado na jurisprudência daquela Corte um ponto fundamental: não é tarefa fácil satisfazer, simultaneamente, todas as condições que caracterizam o serviço adequado, termo genérico da Lei de Concessões, que deve retratar a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade, a cortesia na prestação do serviço e a modicidade das tarifas. E, por isso, tão importante às agências reguladoras ou ao Poder Concedente, trabalhar de forma equânime essas variáveis com flexibilidade e discricionariedade para a consecução do serviço público adequado.

Isso significa buscar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, que traduz a remuneração do particular - o investidor -, e a tarifa paga pelos usuários, devendo ser, sempre, apropriada. E, nesse aspecto, deve-se levar em conta o poder aquisitivo da coletividade a qual os serviços serão

direcionados, caso contrário, nega-se o acesso a serviços públicos adequados, contrariando o mandamento constitucional do inciso IV, do art. 175.

Ainda da lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹³, “em grande parte dos casos, os valores extremamente elevados das tarifas públicas brasileiras são o resultado da avidez estatal por recursos. Não é incomum que parte significativa das tarifas se direcione à satisfação dos encargos gerados pela cobrança pelo poder concedente de encargos em razão da outorga.”

Nesse sentido, também, é a lição de Justen Filho¹⁴:

Deve ser excluída a demagogia regulatória, que ocorre quando o poder concedente: a) ignorou, por ocasião da configuração da outorga, os previsíveis efeitos sociais e econômicos da implantação da concessão, preocupando-se apenas com a percepção imediata de elevada remuneração para os cofres públicos; e b) ignora, subsequentemente, a situação jurídica da concessionária, passando a prestigiar a insatisfação popular e a pressionar o concessionário a reduzir a contrapartida de benefícios e vantagens às onerosas condições de outorga.

[...]

Assim, o primeiro caso ocorre pela previsão de que a tarifa a ser cobrada dos usuários incorporará verbas destinadas ao poder concedente, resultado esse que se obtém por duas vias: quando o Poder Público adota como critério de julgamento da licitação a maior oferta pela outorga de concessão, ou quando prevê uma participação econômica do poder concedente nos resultados da exploração.

É nesse diapasão que não se pode prosperar o entendimento de que o pagamento da outorga pode financiar o estado e suas obrigações em relação aos demais serviços que presta à sociedade.

Pois bem, lado outro, não se pode desconsiderar que a Lei de Concessões prevê o critério de julgamento adotado na Concorrência Internacional n. 003/2018, e, sob esse aspecto, o procedimento encontra-se formalmente regular, sem dúvida alguma.

No entanto, deve-se considerar o escólio de Justen Filho e demais doutrinadores aos quais recorri, em que sobressai a conclusão de que não é possível que o Poder Concedente eleja um critério de julgamento, ao seu alvedrio, sem sequer avaliar as consequências sócio econômicas daí advindas, pois serviço público deve existir para satisfazer as necessidades públicas e não para proporcionar ganhos imediatos ao Estado, pois, ao cobrar pela outorga estará agregando, antes de qualquer investimento, esse valor ao custo do concessionário, que, via de consequência, levará os usuários a pagarem por esse custo.

A modicidade das tarifas é um princípio universal que propicia o amplo acesso de todos que tenham necessidade do serviço.

Noutra senda, não se ocuparam os responsáveis em demonstrar fatores negativos do critério previsto na Lei de Concessões, constante do inciso I, do art. 15 – menor valor da tarifa, e as vantagens do critério da maior oferta pela outorga em detrimento daquele.

¹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*. Op. Cit.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 68, 71.

Como registrado pela Coordenadoria de Concessões (fls. 271/280v) não restou demonstrado nos autos qualquer externalidade negativa efetiva, capaz de anular as vantagens do menor valor da tarifa. Não se verifica em qualquer Nota Técnica argumentos embasados em estudos técnicos, e econômico-financeiros que venham a demonstrar, cabalmente, a desvantagem desse critério.

Ao contrário, os responsáveis e a recente Nota Técnica da SEINFRA, encaminhada pela Advocacia-Geral do Estado, por meio de sua Procuradora (peças 42 a 45 do SGAP), não apresentam estudos nesse sentido, mas buscam salientar outras questões, quais sejam: (i) os aspectos positivos da concessão da MG-424; (ii) a necessidade de investimentos; (iii) o elevado número de acidentes em razão das condições de inadequação do trânsito em diversos trechos; (iv) os atuais prejuízos absorvidos pelo público que a utiliza; (v) as estimativas de efeitos macroeconômicos cruciais para a economia do Estado, especialmente dos municípios próximos à rodovia; (vi) impactos positivos com a concessão, como a expansão da produção e renda, o número de empregos diretos e indiretos e do nível de arrecadação (aspectos importantes no atual cenário de crise econômica e fiscal) que, devido aos fortes encadeamentos produtivos do setor rodoviário, levariam os investimentos a condições estratégicas para a retomada da atividade econômica e do emprego no médio prazo.

Em Nota Técnica de fls. 372/404, também aduziram que a adoção do critério de julgamento de menor valor da tarifa “pode fragilizar o Plano de Negócios da concessão e, por conseguinte, a sua sustentabilidade, especialmente em face das alterações do fluxo de veículos projetado e as outras intempéries do negócio ao longo do tempo”.

Nesse sentido, coaduno-me ao entendimento do Órgão Ministerial, em seu parecer conclusivo (peça n. 27 do SGAP), no sentido de que se há em uma concessão o desequilíbrio no Plano de Negócios, e a prática de tarifas que não se apresentam suficientes para cobrir os custos e o lucro da concessionária, desequilibrando a sustentabilidade da concessão, de fato, deve decorrer de deficiências do estudo preliminar que estipulou o valor referencial da tarifa e da TIR.

Ademais, previsto na Lei de Concessões critérios para o reajuste e a revisão das tarifas (§§ 2º e 3º, do art. 9º, inciso VIII, do art. 18, e inciso IV, art. 23), além da aplicabilidade da Teoria da Imprevisão.

De fato, como registrou o *Parquet*, a solução que atende “excelentemente” ao princípio da modicidade tarifária é a adoção do critério de julgamento segundo o menor valor da tarifa, e, motivar a escolha do critério da maior outorga, que, indubitavelmente, impactará nos valores das tarifas, com fundamento em exemplos de concessões de rodovias que se mostraram problemáticas (pelo critério do menor valor da tarifa), não justifica a conclusão da imprestabilidade desse critério para a concessão ora analisada.

Não se pode desconsiderar, de fato, o que ocorre com a rodovia MG-040, licitada pelo critério de julgamento do menor valor da tarifa, que está em processo de devolução amigável ao Governo Federal, conforme requerimento feito pela concessionária em agosto de 2019, e recomendado para qualificação pelo Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal.

No entanto, não se pode alegar, como quer a SEINFRA, que a devolução da concessão se deve em razão do insucesso do critério de julgamento, pois no site da Via 040¹⁵, concessionária dos serviços, verifica-se as seguintes informações a respeito, que levam, igualmente, a outras conclusões, vejamos:

Desde que assumiu a concessão, em 2014, a **Via 040 investiu mais de R\$ 1,78 bilhão** frente a uma arrecadação de R\$ 1,3 bilhão. Para a manutenção e operação da via nesse período foi necessário, inclusive, recorrer a aportes extras dos acionistas do grupo Invepar, da ordem de R\$ 874 milhões. Mesmo com as dificuldades, a rodovia está, hoje, em condições muito melhores, conforme pesquisas de qualidade da Confederação Nacional de Transportes (CNT). Também houve a redução de cerca de 40% no número de acidentes com mortes.

Dentre os investimentos, a empresa realizou 73 km de duplicação em áreas que tinham licença ambiental aprovada. Também recuperou o asfalto da BR-040 numa distância que supera em duas vezes a extensão concedida, além de instalar mais de 20 mil novas placas de sinalização. Os 21 postos de atendimento aos usuários construídos realizaram mais de **440 mil atendimentos**, incluindo o parto de 19 bebês. Todos os dias, cerca de **240 usuários recebem algum tipo de auxílio da empresa**.

Durante todo o período de operação, a Via 040 enfrentou um quadro setorial diferente do momento anterior ao leilão do trecho, realizado em 2013. As condições colocadas àquela época foram drasticamente alteradas por fatos supervenientes à gestão da concessionária, isto é, as condições do financiamento bancário foram modificadas, e as licenças ambientais para obras foram fragmentadas, emitidas com atraso e ainda há trechos bloqueados. Além disso, a forte crise provocou redução da atividade econômica em todo o país, impactando na diminuição significativa de tráfego de cargas e passageiros. (g.n.)

Igualmente não prospera o argumento da SEINFRA no sentido de que “o uso do critério [do] maior valor da outorga contribui, em última análise, para que o próprio princípio da modicidade possa ser concretizado no contexto do sistema rodoviário do Estado de Minas Gerais em seu todo, que conta com mais de 25.000 km de rodovias” (Nota Técnica e demais documentos, fls. 372/404), uma vez que a utilização do critério de julgamento da maior oferta de outorga permite que o montante arrecadado pelo Estado, a título de outorga, venha a ser reinvestido no próprio sistema rodoviário. E que os investimentos são alocados justamente em regiões com baixo nível de desenvolvimento sócio econômico, que tendem a ter malha rodoviária mais precária, e que são incompatíveis com a concessão. E que, essa lógica é reforçada no âmbito do Estado de Minas Gerais que possui o Fundo Estadual de Trânsito - FUNTRANS, que, de acordo com a legislação que o criou, determina que os valores recebidos nas outorgas das concessões rodoviárias devem, obrigatoriamente, ser reinvestidos no sistema.

15<http://via040.com.br/noticias/4/Negocios/40196/Pedido-de-relicitacao-da-BR040DFGOMG-e-recomendado-para-qualificacao.html>.

E que, dessa forma, as grandes rodovias, por meio da outorga paga pelos concessionários, passam a subsidiar as rodovias menores em Minas Gerais, alimentando, assim, “um sistema virtuoso de sustentação dos projetos e de melhor distribuição de renda”.

Também a documentação posteriormente protocolizada pela Advocacia-Geral do Estado, por meio de sua Procuradora, encaminhando Nota Técnica da SEINFRA (peças 42 a 45 do SGAP), defende que o art. 3º, VII, da Lei n. 13.452/2000, que criou o Fundo Estadual de Desenvolvimento de Transportes – FUNTRANS, determina que os investimentos realizados em rodovias estaduais devem ficar vinculados a investimentos em transportes no Estado, permitindo-se a implantação de verdadeira política pública de aprimoramento das rodovias, uma vez que Minas é o Estado com a maior malha rodoviária do país.

E registra,

Isso casa, ainda, com o Programa de Concessões Rodoviárias da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, por meio do qual pretende-se conceder 7.000 km de rodovias mineiras e cujos estudos estão já em fase de elaboração. Com efeito, com os investimentos da MG 424, cujos estudos já foram elaborados e o Edital estava já em fase externa de licitação, os recursos ali obtidos com a maior outorga poderiam ser, inclusive, utilizados em rodovias estaduais com demanda insuficiente para serem licitadas na modalidade de concessão comum e, portanto, favorecerá regiões mais necessitadas, assim como seus respectivos usuários.

E é nesse contexto sistêmico e sinérgico que o critério maior outorga é absolutamente compatível com a modicidade tarifária, pois garante que todo o conjunto rodoviário do Estado de Minas Gerais possa ter a melhor gestão possível, garantindo-se a todas as regiões do Estado rodovias seguras e com tarifas adequadas à contraprestação prestada pelo setor privado. Trata-se, aqui sim, de verdadeira justiça tarifária.

A argumentação não se coaduna com a previsão constante do próprio edital representado, indo de encontro à cláusula 36 PREÇO DA DELEGAÇÃO, minuta contratual, vejamos:

CLÁUSULA 36 PREÇO DA DELEGAÇÃO

36.2.1. Os recursos provenientes do pagamento da OUTORGA serão destinados ao FUNTRANS, vinculados à(s) subconta(s) específica(s) a ser(em) definida(s) em regulamento, conforme §2º do artigo 3º da Lei 13.452 de 12 de janeiro de 2000.

36.2.2. Os recursos referentes ao pagamento da OUTORGA serão investidos na região na qual está situada a rodovia, observadas as disposições do art. 4º da Lei 13.452, de 2000. (g.n.)

Ainda que os valores arrecadados com outorgas de concessões rodoviárias fiquem vinculados a investimentos no sistema de transporte do Estado, nos termos da Lei, restam descaracterizados os argumentos acima citados, utilizados como meio de justificar o recebimento da outorga e sua possibilidade de reaplicação em todo o sistema rodoviário do estado, “garantindo-se a todas as regiões do Estado rodovias seguras e com tarifas adequadas”, pois, obrigatoriamente, nos termos do subitem 36.2.2, da cláusula 36 da minuta contratual, do edital, o valor da outorga deverá ser aplicado, somente, na região na qual está situada a rodovia BR-424.

Quanto ao direcionamento obrigatório do valor da outorga ao FUNTRANS, esse ponto das Representações e das Notas Técnicas relaciona-se com questão não enfrentada pelo Órgão Técnico e pelo MPTC - a Lei n. 13.452/2000, que criou o Fundo Estadual de Desenvolvimento de Transportes.

O Fundo organiza financeiramente o setor de rodovias no Estado, ao estipular limites e prioridades para o uso de recursos públicos no setor de transportes. Em Minas Gerais, 224 municípios não tinham ligação pavimentada à rede de rodovias estaduais até o ano de 2003, e uma das ações prioritárias atuais é criar essas estruturas em todos os municípios, de modo a facilitar a implantação de outros serviços públicos e o desenvolvimento regional, ao mesmo tempo em que se integram as economias (inter e intra-estaduais)¹⁶.

Basicamente, o FUNTRANS é uma das principais peças do governo para realizar investimentos em obras. No período 2006/2007 foram investidos em torno de R\$145.595.938,64, tendo sido recuperados 1.794,79 km de rodovias. Já no ano de 2008 foram investidos R\$ 221.954.243,61 para recuperação de 2.951,30 km.^{17 18}

O órgão gestor do FUNTRANS é o DER-MG, e o agente financeiro, o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. – BDMG e o grupo gestor, e o Decreto regulamentador, n. 41.027/2000 indica a subordinação contábil do FUNTRANS à Secretaria de Estado da Fazenda.

Vejamos a previsão legal, Lei n. 13.452/2000, *verbis*:

Art. 1º – Fica criado o Fundo Estadual de Desenvolvimento de Transportes – FUNTRANS -, com o objetivo de financiar e repassar recursos para serviços, obras, ações e atividades relativas aos transportes no Estado.

[...]

Art. 3º – Constituem recursos financeiros do FUNTRANS:

[...]

VII – recursos provenientes de programas de concessão de rodovias, de concessão de transporte coletivo multimodal, intermunicipal e metropolitano de passageiros e de concessão de administração e exploração de terminais de passageiros;

[...] (g.n.)

Com efeito, é preciso considerar a existência da Lei mineira, pois o inciso VII, do art. 3º, supratranscrito, prevê que os recursos provenientes de concessões das rodovias, entre outros ali citados, ficam vinculados a reinvestimentos em serviços, obras, ações e atividades relativas a transportes no Estado, permitindo-se a implantação de política pública para a melhoria do setor.

E, assim, improcede o argumento dos Representantes no sentido de que o valor pago pela outorga não poderia financiar melhorias no sistema rodoviário do Estado, pois há autorização legislativa.

¹⁶ file:///F:/ARQUIVOS%20BAIXADOS%20SGAP/1041586%20-%20SETOP/FUNTRANS.pdf. Do total de recursos aplicados em 2005 pelo FUNTRANS: 28% foram aplicados em atividades de conservação e restauração; 59% em pavimentação de novos acessos; 10 % em apoio a obras em municípios; e, 3% em atividades de fiscalização. Consulta em 21/09/2020.

¹⁷ Dessa forma, pode-se concluir que o FUNTRANS tem cumprido o seu papel de auxiliar no resgate da malha rodoviária do Estado em nome da segurança, eficiência dos serviços, redução de custos, educação para o trânsito e oferta de novos empregos no setor, conferindo-lhe amplo interesse público nos seus propósitos alinhados à missão do DER/MG de “criar soluções de transporte de bens e pessoas no âmbito do Estado de Minas Gerais”. file:///F:/ARQUIVOS%20BAIXADOS%20SGAP/1041586%20-%20SETOP/FUNTRANS.pdf. Consulta em 21/09/2020.

¹⁸ B. INVESTIMENTO EM TRANSPORTE E SISTEMA VIÁRIO - FUNDO ESTADUAL DE DESENVOLVIMENTO DE TRANSPORTES - FUNTRANS (GRUPO DE DESPESA: 4 – INVESTIMENTO, 5 - INVERSÕES FINANCEIRAS DE ATIVIDADES E PROJETOS) – Despesas realizadas até dezembro/2019: R\$ 69.833.608,02. Fonte: Armazém de Informações do Siafi/MG. http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/indices_constitucionais/indicesconstituc/2019/435viario1219.pdf. Consultado em 21/09/2020.

O que não se pode admitir é a ausência de transferência integral dos recursos arrecadados com as concessões de rodovias ao FUNTRANS, com a consequente destinação legal dos recursos.

Igualmente, nos termos da previsão legal, não prospera o argumento do Representante de que o “volume do Fundo poderia servir para complemento de arrecadação, se necessário, ou mesmo revisão de tarifas, quando existirem sobras.”

Pois bem, é preciso analisar o argumento do Representante no sentido de que “não seria comum nas licitações nacionais” o critério de julgamento de maior oferta da outorga.

Demonstra a Nota Técnica da SETOP que esse critério tem sido muito utilizado em concessões rodoviárias, o que vai de encontro ao argumento do Representante.

Vejamos:

- No âmbito da União: BR-116/SP-RJ, Rodovia Presidente Dutra - minuta de Edital recentemente divulgado em Consulta Pública;
- No Estado de São Paulo: Trecho Norte do Rodoanel, da Rodovia do Centro-Oeste Paulista (Concorrência Internacional n. 03/2016) e da Rodovia dos Calçados, licitação do lote Piracicaba-Panorama (PIPA) (Concorrência Internacional n. 05/2016);
- Estado do Mato Grosso: Concorrência Pública n. 01/2018 - lotes da Rodovia MT-100, em Alto Araguaia, e das Rodovias MT-320 e MT-208, em Alta Floresta, além da MT 246, MT 343, MT 358 e MT 480;
- Estado de Minas Gerais: Licitação de trechos das Rodovias BR-135, até a cidade de Montes Claros, MG-231 e LMG-754.

Verifico, ainda, na rede mundial de computadores, que o Estado de São Paulo editou os Decretos nºs 62.249, de 04/11/2016, e 62.333, de 21/12/2016, aprovando, respectivamente, o Regulamento da Concessão Onerosa dos Serviços Públicos de Exploração do Sistema Rodoviário, corredor Florínea-Igarapava, e lote Rodovia dos Calçados, definindo, ambos os decretos, no inciso IV, do art. 2º, o critério de julgamento da maior oferta pela outorga, observado o valor mínimo estabelecido no edital.

Compulsando os autos, em Nota Técnica às fls. 259/264, a SETOP traçou comparativo em relação às concessões de rodovias no país, com informações extraídas do site da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR¹⁹, buscando combater o argumento dos Representantes de que é corriqueiro no Brasil, nas concessões de rodovias, o critério de julgamento da oferta de menor tarifa:

- 25 concessões de rodovias com critério de julgamento de menor tarifa;
- 23 concessões de rodovias com critério de julgamento de maior outorga, com pagamento em moeda corrente;

¹⁹ <https://abcr.org.br/>

- 07 concessões de rodovias com critério de julgamento de maior outorga, com outros tipos de pagamento;
- 02 concessões de rodovias com outros critérios de julgamento (PPP);
- total de rodovias concedidas no Brasil 57;
- rodovias concedidas pela menor tarifa = 43,9%;
- rodovias concedidas pela maior outorga em moeda corrente = 40,4%;
- rodovias concedidas pela maior outorga com outros tipos de pagamento = 12,3%;
- rodovias concedidas por outros critérios (PPP – menor contraprestação/tarifa fixada) = 3,5%.

No entanto, não basta traçar uma comparação entre concessões de rodovias, pois cada modelagem de concessão é única, possuindo sua dimensão econômico-financeira, a depender dos investimentos previstos, riscos da demanda, volume de tráfego, aumento projetado da demanda e da receita, e do percentual da Taxa Interna de Retorno – TIR.

E, conforme doutrina de Jacintho Câmara, já citada alhures, que nos orienta no sentido de que a instituição de outorga fundamenta a contraprestação imediata do empresário pela infraestrutura já existente, tanto em rodovias, redes de telecomunicações, usinas hidroelétricas, por exemplo, o que não se vislumbra *in casu*. Sendo, porém, inegável seu impacto nas tarifas.

E coloca-nos uma das alternativas possíveis a esse critério, que é o poder concedente fixar um limite máximo de tarifa a ser cobrado no momento da licitação, ou, também, sopesar este critério da melhor oferta com o da menor tarifa.

Nessa esteira, pondero que o Poder Concedente, deve sopesar a possibilidade de eleger o critério de julgamento inscrito no inciso I, do art. 15, da Lei de Concessões, o menor valor da tarifa do serviço, ou, ainda, o critério previsto no inciso III, qual seja, a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I e II: maior oferta com o de menor valor da tarifa.

Com essa escolha não se verificará a transferência do custo da outorga aos usuários do serviço público, por meio da tarifa, da forma como poderá ocorrer no modelo de concessão previsto no edital em exame.

Merece destaque a recomendação realizada pelo TCU à ANTT no Acórdão n. 2104/2008-Plenário, *in litteris*:

9.3.2.1 avalie o impacto do projeto também sob o ponto de vista dos transtornos causados aos municípios limítrofes à rodovia;

[...]

9.3.2.7 avalie a oportunidade de se implantar um modelo de cobrança de pedágios proporcional à distância percorrida nas vias; (g.n.)

Nessa linha de raciocínio, verifica-se no site do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), criado no âmbito da Presidência da República pela Lei nº 13.334, de 2016, com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização, informações a respeito de concessões de rodovias federais:

- a) nos estudos submetidos à Audiência Pública, realizada em 28/04/2020, para a nova concessão da rodovia BR-116 (Nova Dutra)²⁰ com 402 Km de extensão, qualificada no âmbito do PPI²¹, constante do Decreto Federal n. 9.972, de 14/08/2019, o critério de julgamento escolhido para a concessão (em fase de estudos, edital não divulgado) é híbrido: menor tarifa (deságio limitado) e maior outorga como critério de desempate, constando a justificativa sobre o critério de maior outorga, de forma a “buscar a proteção da viabilidade financeira do projeto”;
- b) os estudos para a concessão da BR-153/080/414/GO/TO22 (principal ligação do Meio-Norte do Brasil - estados do Tocantins, Maranhão, Pará e Amapá -, com a Região Centro-Sul, compreendendo um total de 850,7 km composto pelas Rodovias BR-153/TO/GO, BR-080/GO, BR-414/GO), também qualificada no âmbito do PPI, constante do Decreto citado acima. Os estudos aguardam decisão do TCU em relação à análise prévia do edital, com critério de julgamento híbrido, combinando menor tarifa básica de pedágio (com deságio limitado a 12%) e o maior valor de outorga;
- c) os estudos para a concessão da BR-381/262/MG/ES, também qualificada no âmbito do PPI, constante do mesmo Decreto, já realizadas audiências públicas, aguardando decisão do TCU, quanto à análise prévia do edital, com o mesmo critério híbrido de julgamento: “combinação de menor tarifa (deságio limitado a 15,53%) e maior outorga como critério de desempate.”

De todo o exposto, da análise da doutrina, da jurisprudência e dados constantes de toda a documentação juntada aos autos, entendo que para a concessão da MG-424 o critério de julgamento definido, amparado no inciso II, do art. 15, da Lei n. 8.987/1995, os responsáveis não apresentaram motivação suficiente que demonstrasse a imprestabilidade do critério do menor valor da tarifa para a concessão em exame, ou os aspectos negativos que anulem suas vantagens, e que o critério escolhido atenderá de forma mais eficiente a adequação do serviço, conforme previsão legal, àquele que é o destinatário do serviço e deve auferir o benefício da concessão, o usuário.

Ante este cenário, deve o Poder Concedente avaliar, empreendendo estudos comparativos de forma a sopesar a utilização do critério do menor valor da tarifa (inciso I, do art. 15, da Lei n. 8.987/1995), ou o critério híbrido de julgamento - menor tarifa e maior outorga - (inciso III, do art. 15, da Lei n. 8.987/1995), nos termos das concessões de rodovias que se encontram em fase de estudos ou com minutas de editais já confeccionadas, embora ainda com editais não publicados, citadas alhures, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) do governo federal.

²⁰ “A atual concessão da BR-116/RJ/SP (Nova Dutra) tem 402 km de extensão e faz a ligação entre as duas maiores regiões metropolitanas do País (São Paulo e Rio de Janeiro). A rodovia também é a principal ligação entre o Nordeste e o Sul do país, cortando 34 cidades. Atualmente, o empreendimento é administrado pela Concessionária Rodovia Presidente Dutra S/A – Nova Dutra e o contrato de concessão vencerá em março de 2021.

O volume médio diário de veículos é de aproximadamente 42 mil, sendo realizadas, em média, 666 ocorrências operacionais por dia entre atendimentos de socorro médico e mecânico. É a maior concessão rodoviária do país em termos de volume diário de tráfego.” <https://www.ppi.gov.br/rodovia-br-116-rj-sp-trecho-rio-de-janeiro-a-sao-paulo>. Consultado em 28/09/2020.

²¹ O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) foi criado, no âmbito da Presidência da República, pela Lei nº 13.334, de 2016 com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização. <https://www.ppi.gov.br/rodovia-br-116-rj-sp-trecho-rio-de-janeiro-a-sao-paulo>. Consulta em 28/09/2020. Consultado em 28/09/2020.

²² A rodovia BR-153 já esteve concedida no passado, porém foi devolvida para a gestão do Governo Federal devido à declaração de caducidade (em 15/8/2017) da concessão de titularidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. - BR-153/GO/TO, por inexecução contratual dessa, nos termos do § 4º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Nessa esteira, considerando que o critério de julgamento definido no preâmbulo e subitem 8.1, do edital, não é adequado para a concessão da rodovia MG-424, uma vez que a cobrança pela outorga é justificada como meio de exigir uma contraprestação imediata do empresário pela infraestrutura já existente, o que não se verifica neste caso concreto, e que o reflexo da cobrança da maior oferta é a sua repercussão em tarifas maiores, embutindo o custo de sua oferta, o que é a antítese do desejável, na lição de Bandeira de Mello, citada alhures, **considero procedente o presente apontamento.**

II.2. Ausência de um valor mínimo associado ao critério “maior oferta pela outorga da concessão”

As representações questionaram o fato de o edital da Concorrência Internacional nº 03/2018 não ter fixado valor mínimo para a outorga da concessão, irregularidade relevante, pois a *“ausência de uma importância referencial, a título de outorga, pode lesar o interesse público de forma considerável, na medida em que abre espaço para que a concessionária promova o pagamento de uma outorga inferior à quantia que efetivamente condiz com a realidade econômica da contratação”*.

A concessão em análise, com prazo de 30 (trinta) anos (item 18.1 do edital), tem valor estimado, equivalente ao valor presente líquido (VPL) da projeção das receitas da cobrança do pedágio, calculado com a taxa de desconto de 9,20%, de R\$ 585.672.541,87 (quinhentos e oitenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e dois mil, quinhentos e quarenta e um reais, e oitenta e sete centavos), item 2.1 do edital (preço referente ao mês de janeiro de 2016).

E, assim, aduziram que, em razão de valor tão vultoso não é razoável e eficiente que a exploração da concessão se dê sem a justa contraprestação pública.

Em análise inicial dos autos a Coordenadoria de Fiscalização e Concessões de Projetos Financiados entendeu que, à vista dos estudos prévios realizados pelo Poder Concedente, notadamente do estudo econômico/financeiro, por meio de análise de sensibilidade do projeto de concessão, é perfeitamente possível alcançar um valor mínimo de outorga, mantendo esse entendimento em sede de reexame (fls. 271/280 e peça 20 do SGAP).

Nessa linha, concluiu pela improcedência do apontamento.

Os responsáveis não se manifestaram em sede de defesa.

E, também, a manifestação do então Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, Sr. Marco Aurélio de Barcelos Silva, e Nota Técnica juntada, não abordou esse apontamento (fls. 372/404).

O Órgão Ministerial, em parecer conclusivo (peça 27 do SGAP), registrou que, havendo a retificação do edital para aplicação do critério de julgamento da menor tarifa este apontamento perde a necessidade de apreciação. No entanto, caso os responsáveis elaborem um estudo técnico convincente, acerca da vantajosidade do critério da maior oferta de outorga, torna-se necessário seu enfrentamento.

Registrou que, dúvida não há para o *Parquet* acerca da possibilidade de se alcançar um valor mínimo de outorga a partir dos estudos prévios elaborados pelo Poder Concedente, pois, caso contrário, seria absolutamente ilógico, pois o valor seria fixado aleatoriamente. A questão que se discute é que o edital não consignou esse valor, o que poderia levar a adjudicação do objeto a licitante que venha a ofertar valor de outorga insignificante ou, ainda, afronta ao princípio do julgamento objetivo, um dos pilares das licitações (art. 3º da Lei n. 8.666/93), caso seja

necessário a desclassificação de proposta por esse motivo, mas sem espeque em valor expresso objetivamente no instrumento convocatório.

É necessário ressaltar que, embora o valor presente líquido (VPL) da projeção das receitas da cobrança do pedágio, calculado com a taxa de desconto de 9,20%, seja da ordem de R\$585.672.541,87 (quinhentos e oitenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e dois mil, quinhentos e quarenta e um reais, e oitenta e sete centavos), não se pode desconsiderar os altos investimentos que se pretende com o serviço concedido, conforme Nota Técnica apresentada pela SEINFRA (peça 44 do SGAP):

Esse é o período em que são efetuadas a maior parte das obras de recuperação, ampliação da capacidade e outras melhorias, constituindo a maior parcela dos investimentos previstos (aproximadamente 70% do total investido na MG-424 é previsto para os seis primeiros anos da concessão).

Efeitos dos investimentos nos 6 primeiros anos da concessão: Esse período pode, também, coincidir com o período em que novos investimentos dos tipos citados acima não serão feitos, muito em parte da situação fiscal desfavorável do estado, caso não ocorra a concessão da MG-424. O total de investimentos previstos para os seis primeiros anos, em valores de 2016, é de aproximadamente R\$292 milhões. De acordo com as projeções via Matriz Insumo-Produto, para esse período inicial, os investimentos efetuados nas obras da MG-424 causariam um retorno de aproximadamente R\$975 milhões em termos de total de produção da economia como um todo. Trazidos para valores de 2020, esses retornos ficariam em cerca de R\$1,14 bilhões. A Tabela 2 sintetiza os resultados nas projeções com base na MIP.

Serviços de: atendimento médico 1 ambulância, guinchamento (1 leve e 1 pesado), apreensão de animais e combate a incêndio (1 veículo), inspeção de trânsito (1 veículo), base operacional (1 unidade).

O então Secretário de Estado apresentou Nota Técnica abordando esse ponto da Representação (peças 42 a 45 do SGAP).

Alegou que não merece prosperar o raciocínio de que se deve fixar o valor da outorga mínima, pois isso pode gerar o risco de redução expressiva do universo de licitantes, e, ao contrário, deve-se garantir o maior número possível de licitantes, estimulando a competição, o que é uma premissa dos certames, sendo justamente a competição que faz com que a outorga suba e chegue ao seu valor teórico correto.

E, ainda, além disso, “a ausência de outorga mínima é justamente o que garante no critério maior outorga a modicidade tarifária, na medida em que é aquele que conseguir propor o maior investimento que dará ao Poder Concedente a segurança de garantir a manutenção da tarifa-padrão prevista no Edital.”

No entanto, quanto a este ponto, coaduno-me à conclusão do *Parquet*, e, ainda, com base na análise do item anterior, em que considerei procedente o apontamento relativo à fixação do critério de julgamento de maior oferta de outorga, devendo ser avaliada sua alteração para o menor valor da tarifa ou o critério híbrido do menor valor da tarifa com o maior valor de outorga, julgo necessário, a prevalecer esse critério, o estabelecimento do valor mínimo da outorga.

De fato, ainda que os estudos realizados pelo Poder Concedente possam demonstrar o valor aceitável da outorga, a sua ausência nos autos da licitação, na documentação da fase interna do certame, ou no edital, poderia levar a adjudicação do objeto a licitante que venha a ofertar valor de outorga insignificante e não suficiente a retribuir o Estado pelo trecho de estrada já existente em sua condição atual.

Necessário, ainda, para a realização do julgamento objetivo das propostas, um dos pilares das licitações, inclusive das concessões (art. 3º da Lei n. 8.666/93; *caput* do art. 14, inciso IX, do art. 18, da Lei n. 8.987/1995), em caso de desclassificação por inexequibilidade da proposta ou por mostrar-se financeiramente incompatível, caso contrário, o julgamento será subjetivo, contrariando o disposto no inciso VII, do art. 40 e IV, do art. 43, da Lei n. 8.666/93, e § 3º, do art. 15, e parágrafo único, do art. 26, ambos da Lei n. 8.987/1995.

Veja-se, a exemplo, que a necessidade da estipulação do valor mínimo de outorga constou dos decretos do Estado de São Paulo, nºs 62.249, de 04/11/2016, e 62.333, de 21/12/2016, que regulamentaram a Concessão Onerosa dos Serviços Públicos de Exploração do Sistema Rodoviário, corredor Florínea-Igarapava, e lote Rodovia dos Calçados. Estipularam os decretos, ambos no inciso IV, do art. 2º, o critério de julgamento da maior oferta pela outorga, observado o valor mínimo estabelecido no edital. E, igualmente, no § 1º, do art. 3º, do Decreto n. 9.271, sobre concessão no setor elétrico.

Ademais, valho-me, também, da jurisprudência do TCU, TC-002.811/2006-6, no mesmo sentido:

Na situação excepcionalíssima em que se inscreve o projeto do TAV brasileiro, ainda dependente da construção de toda a infraestrutura necessária, cujo projeto por sua vez dependerá da tecnologia empregada pela empresa vencedora da licitação, a introdução da estimativa de custos dos túneis, pontes e viadutos no critério de julgamento, junto com o maior preço pela outorga não afasta a fórmula do âmbito de aplicação do art. 15, inciso II, da Lei 8.987/1995, uma vez que, na modelagem desenvolvida para a presente concessão, as obras de implantação da infraestrutura ferroviária serão custeadas pelo valor total absoluto da outorga, sendo indicativo disso o fato de que, no fluxo de caixa do empreendimento, respeitados o valor mínimo para o preço unitário da outorga (R\$70,31/trem.km) e o valor máximo da tarifa (R\$ 0,49/passageiro.km), o valor presente é zerado.

Não prospera, ainda, a alegação da SEINFRA, em Nota Técnica citada acima, no sentido de que, fixar o valor da outorga mínima, no edital, geraria risco de redução expressiva do universo de licitantes, pois como nos procedimentos licitatórios comuns, traçando-se um paralelo, independente do valor estimado estar previsto, ou não, no edital, aos licitantes é resguardado o direito à publicidade e transparência, isto é, requisitado ao órgão licitador essa informação, esse direito não pode ser negado, sob pena de infração ao princípio da publicidade.

Outrossim, interessa à licitação, apenas os licitantes em condições reais de honrar a avença que está para ser celebrada, tendo capacidade técnico-financeira para fazer da concessão licitada um negócio lucrativo e não uma aventura, na qual não se sabe se conseguirá ou não permanecer por longo período de tempo vinculados às regras contratuais. Não é relevante o número de licitantes sem qualquer critério, mas apenas aqueles capazes de formularem proposta a) firme; b) séria; c) concreta; e, d) ajustada aos termos do edital, conforme lição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello.²³

Veja-se que, no regulamento do Pregão, posterior à Lei n. 8.666/93, a previsão constante é de que o orçamento estimado deve fazer parte da fase preparatória do procedimento, ou seja, deve

²³ *Curso de direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 550.

constar da fase interna, juntando-se aos autos. Ainda que não seja obrigatória sua inserção no edital, há obrigatoriedade de sua juntada aos autos.

E, ainda, nas licitações realizadas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, com espeque na Lei n. 12.462/2011, quando o orçamento estimado não constar do instrumento convocatório, esse somente será tornado público, apenas, e imediatamente, após o encerramento da licitação, possuindo nesse caso, caráter sigiloso, mas disponibilizado estrita e permanentemente aos órgãos de controle interno e externo (§ 3º, do art. 6º). Ademais, o orçamento deve constar do Projeto Básico do edital (inciso VI, do parágrafo único, do art. 2º, da mesma Lei).

E, previsto no § 5º, do art. 8º, da Lei nº 12.462/2011, que nas licitações para contratações de obras e serviços, a exceção da contratação integrada, o projeto básico deve ficar disponível para exame dos interessados em participarem do procedimento licitatório. Assim, prevista a publicidade do orçamento estimado.

Ante o exposto, descabe razão aos representados, sendo **procedente a Representação quanto a esse apontamento**, devendo ser corrigido o subitem 8.1.1 do edital da Concorrência Internacional n. 003/2018, ou devendo constar o valor mínimo aceitável para a outorga nos autos do processo licitatório, devendo ser franqueada vista aos interessados, em observância ao princípio da publicidade.

II.3. Das Inconsistências quanto ao valor da tarifa básica de pedágio

Alegou o MPTC na Representação que, da análise do modelo econômico financeiro da concessão o valor da tarifa quilométrica correspondia a R\$ 0,11418 para dois trechos da rodovia. No cálculo foram considerados os valores referentes ao ano de 2016, sendo a tarifa de R\$3,46 para 30,26 Km do trecho 1, e a tarifa de R\$2,38 para 20,83 Km do trecho 2.

Observou que, após realizar o cálculo para apuração da tarifa quilométrica, somando as tarifas relativas aos dois trechos, obteve-se o valor de R\$0,11430.

E, efetuando-se o cálculo de forma individualizada, por trecho, chegou-se ao valor de R\$0,11434 para o trecho 1, e o valor de R\$0,11418 para o trecho 2, ou seja, uma média simples de R\$0,11429. E que, os valores obtidos na verificação promovida, de R\$0,11430 e R\$0,11429, não são compatíveis com a importância de R\$0,11418 apontada no Modelo Econômico Financeiro do edital.

Assim, argumentou que não foi devidamente explicado como se chegou à quantia de R\$0,11418 para a tarifa quilométrica do trecho integral da MG-424, a partir dos valores relativos a janeiro de 2016.

Asseverou que no Relatório “Considerações sobre a Concessão” foi apontado que o valor atualizado da tarifa do pedágio, relativo a janeiro de 2018, corresponderia a importância total de R\$6,39 (trechos 1 e 2), quantia em muito superior aos valores praticados na MG-050 e na BR-040, nas quais as tarifas são R\$5,80 e R\$5,30.

Afirmou, por fim, que tais inconsistências comprometem a confiabilidade do método de cálculo utilizado pela Secretaria de Estado, podendo impor aos responsáveis, caso não esclarecidas ou sanadas, sanção pecuniária por esta Corte.

Em relatório inicial (fls. 271/280) o Órgão Técnico registrou que, de fato, revisando-se os cálculos, verificou-se inconsistência nos valores, não restando explicação para tal, sendo procedente o apontamento da Representação.

Em Nota Técnica da SETOP (fls. 289/298), juntamente com a irresignação acerca da suspensão do certame (fls. 183/191) o Secretário de Estado de Obras Públicas, à época, alegou que a alocação das praças de pedágio obedeceu às premissas dos estudos realizados, e que o modelo financeiro, e a Taxa Interna de Retorno utilizada, foram os mesmos que estão sendo adotados, atualmente, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, em diversos Procedimentos de Manifestação de Interesse - PMIs promovidos para a concessão de rodovias federais. E que, para a determinação da tarifa de cada praça de pedágio utilizou-se a metodologia conhecida como “Trecho de Cobertura da Praça (TCP)”, que traduz o trecho em que uma arrecadação de pedágio deve cobrir os custos da operação.

Aduziu que foi observado, no valor contestado, a quilometragem equivalente, e essa está ligada às características do trecho e dos seus custos de operação, manutenção e conservação. Assim, uma extensão de pista dupla equivale a 2 vezes a de uma pista simples, e a extensão de pista simples, com faixas adicionais (3ª faixa), equivale a 1,5 vezes o valor de uma pista simples.

Apresentou memória de cálculo do valor da tarifa básica de pedágio (fl. 291v).

Em exame da documentação o Órgão Técnico (fls. 323v/324v) registrou que, da revisão dos cálculos remanesceu inexplicado o valor atribuído às tarifas, limitando-se, os responsáveis, a explicarem, matematicamente, o valor da tarifa básica, mas não apresentando as premissas utilizadas para a composição do valor.

Em sede de defesa não foram apresentados novos argumentos ou justificativas, conforme relatado.

Em reexame o Órgão Técnico analisou os documentos de fls. 372/404, juntados aos autos pelo Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, à época, Sr. Marco Aurélio de Barcelos Silva, e registrou, *verbis*:

O cálculo a ser elaborado para a apuração do preço médio do quilômetro precisa levar em consideração a média aritmética ponderada entre as quilometragens de cada trecho da rodovia e suas respectivas tarifas de modo a compensar a diferença havida entre os dois trechos.

De fato a utilização da média simples, não permite a apuração do valor do KM compensando-se essa diferença.

Compulsando a documentação apresentada pelos responsáveis nessa oportunidade, às fls. 387 dos autos (Nota Técnica), verifica-se que a divergência assinalada na inicial decorreu da ausência de ponderação no cálculo da média do custo por quilômetro, ou seja, dada a diferença na extensão entre os dois trechos a serem concedidos, 30,26 KM do trecho 1 e 20,83 KM do trecho 2, a média a ser perseguida deveria ser a média ponderada de modo a compensar a diferença entre os trechos no cálculo para a apuração do valor médio do quilômetro.

Assim, na revisão dos valores apresentados pelos jurisdicionados, constatou-se que os mesmos se mostram corretos em relação à tarifa pretendida.

Desta forma, entende este Órgão Técnico que a representação não é procedente quanto a este item. (grifos no original)

O *Parquet*, em parecer conclusivo (peça 27 do SGAP), considerou que a matéria refoge ao campo jurídico, e, assim, valendo-se das considerações do Órgão Técnico competente concluiu que inexistente a inconsistência apontada nas peças iniciais das Representações.

Nessa esteira, deixo de apresentar quaisquer considerações por apoiar-me nos suficientes fundamentos trazidos pela Coordenadoria de Fiscalização de Concessões, que, em análise da Nota Técnica apresentada pela SEINFRA, revisou os valores e suas premissas, e considerou não haver divergência, estando os cálculos corretos em relação à tarifa pretendida.

Do exposto, **considero improcedente o apontamento** da Representação.

II.4. Da superestimação de despesas operacionais com pessoal na prestação do serviço concedido

Os Representantes afirmaram que, da análise do edital da Concorrência Internacional nº 03/2018, foram verificados “fortes indícios de que várias despesas foram artificialmente previstas e claramente majoradas”, notadamente as de pessoal, e que de acordo com o “Relatório de Consolidação dos Estudos para Concessão de Rodovias no Estado de Minas Gerais PMI SETOP 01/2015”, os custos da futura concessionária foram estimados tendo como parâmetro os dados da concessionária MGO Rodovias (Concessionária da BR-050).

Registraram que o site da MGO Rodovias informa ter um efetivo próprio de 673 pessoas para realizar a gestão de 6 praças de pedágio ao longo de 436,6 km, ou seja, 1,54 pessoas por km.²⁴

E que o edital prevê 231 funcionários para a gestão de 51 km (4,72 pessoas por Km administrado), número que deverá passar para 241 até o fim da concessão, verificando nesse item uma disparidade proporcional de funcionários que não foi justificada pelos responsáveis. Assim, concluem que o edital contém previsões de custos exagerados e inflacionados, descompensados com a realidade do mercado, o que tornam as despesas administrativas bastante elevadas.

Ademais, prosseguiram inconformados com estimativas de gastos totais com profissionais superiores aos praticados no mercado, citando: Advogado Júnior (R\$12.880,00); Engenheiro Coordenador de Obras (R\$27.378,00); Diretor Administrativo Financeiro (R\$50.370,00); Diretor de Engenharia e Operações (R\$50.370,00); Superintendente Geral (R\$64.514,00).

Aduziram, também, indícios de superdimensionamento de despesas nos seguintes termos:

- os dados apresentados pelo Governo do Estado, estimam que a cobrança manual será mantida pelos próximos 30 anos, em flagrante contradição com o próprio edital, que já exige sejam implantadas tecnologias necessárias para a realização de cobrança eletrônica;
- várias despesas gerais ao longo da concessão (água, energia, EPI, etc.) são proporcionais ao número superestimado de pessoal, e proporcionalmente infladas se contrastadas com sua potencial redução;
- previsão de 9 conselheiros, número bastante elevado para uma empresa administradora de apenas 51 km;
- previsão de consultorias externas com custo superior a R\$200.000,00/ano e auditorias no valor de R\$120.000,00/ano;
- previsão de despesas com viagem da ordem de R\$72.000,00/ano, perfazendo um gasto mensal de R\$6.000,00 com viagens e carros alugados.

Ressaltaram, assim, que a inflação dos custos operacionais, da forma prevista no edital, permite que as empresas licitantes, podendo reduzi-los, ofereçam um maior valor de outorga e ainda possam auferir taxa de retorno de investimento acima das previstas no contrato.

Em Nota Técnica apresentada pela SETOP (fls. 289/298), juntamente com a irresignação acerca da suspensão do certame (fls. 183/191) o Secretário de Estado de Obras Públicas, à época, alegou total incoerência nas afirmações dos Representantes, pois o dimensionamento da

quantidade de pessoal foi realizado com base nos estudos elaborados no âmbito do PMI, em conjunto com os estudos feitos pelo DEER-MG.

Apresentou tabela com detalhamento do dimensionamento do pessoal, com vistas a cobrir funções que atuam 24 horas por dia, em turnos.

Registrou que o número necessário de funcionários para o desempenho dos serviços operacionais, que são desenvolvidos ao longo de toda a rodovia, “foi objeto de estudo e ampla divulgação realizado por meio de 03 (três) audiências públicas, conforme se verifica nos complementos anexados ao Edital.”

E, ainda, que na Nota Técnica constante dos autos foi apresentado o dimensionamento de funcionários alocados nos serviços de direção e administração da concessionária, bem como no setor de engenharia, não podendo prosperar a argumentação no sentido de que o quantitativo de funcionários foi superestimado.

Com relação às remunerações estimadas, registrou que as Notas Técnicas demonstram que os valores foram “objeto de coleta de preços e estudo prévio pela Secretaria de Transportes e Obras Públicas” e que “não se restringem ao salário dos profissionais, mas aos efetivos gastos que serão despendidos pela empresa vencedora do certame”.

Concluiu que os encargos sociais adotados no edital estão abaixo daqueles adotados por diversos órgãos da administração estadual e federal em suas licitações, apresentando detalhamento da sua composição – 65,4%. Alegaram que o percentual adotado pelo DEER-MG é de 127,24% para funcionários horistas (tabela com vigência de 31 de janeiro de 2016), sem previsão para funcionários mensalistas. O percentual adotado pelo DNIT é de 76,70% para funcionários mensalistas, e de 120,37% para horistas (SICRO, março/2016). Já os percentuais adotados pelo SINAPI (Sistema de preços da CEF, vigência 03/2016), é de 76,74% para mensalistas, e 120,49% para horistas.

O Órgão Técnico, em análise inicial de fls. 324v/326, ressaltou que da comparação entre uma concessão de 51 km de rodovia com outra de extensão aproximada de 436 km, com 6 praças de pedágio, na qual é utilizada um efetivo de 673 pessoas, constata-se que, de fato, na primeira, foi previsto um efetivo de 4,72 pessoas por Km administrado, e na segunda 1,54 pessoas por km.

E que, diante de tamanha disparidade não se afigura razoável argumentar equívoco na verificação do dimensionamento da mão de obra, em razão da necessidade de trabalho em turno ininterrupto, salvo a existência de peculiaridade, dimensões, incertezas, riscos e externalidades positivas e negativas na concessão a ser licitada, que justificaria o dimensionamento de pessoal na forma proposta no edital.

Concluiu no sentido de que não verificou na documentação apresentada a existência de qualquer justificativa capaz de demonstrar, a partir das particularidades da concessão examinada, a real necessidade do dimensionamento de pessoal na forma prevista no edital, pelo menos com a clareza necessária ao atendimento do interesse público, e, assim, mediante a ausência de justificativa, entendeu que a Representação é procedente quanto a este item.

Em sede de defesa não foram apresentados novos argumentos ou justificativas, conforme relatado, mas o então Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, juntou justificativas e Nota Técnica (fls. 372/404).

Demonstraram, novamente, a pertinência dos encargos sociais fixados, comparando-se com as tabelas de valores do DEER/MG – 124,68% para funcionários horistas, tabela abril/2019; DER/SP – 129,28% para horistas e 78,30% para mensalistas, tabela junho/2019; DER/PR -

141,67% para horistas, tabela março/2019. Estando essas referências de percentuais disponibilizadas nos endereços eletrônicos dos mencionados departamentos.

Quanto ao alegado superdimensionamento de funcionários aduziu que a alegação, de maneira distorcida, pressupõe que o quadro operacional de uma concessionária seria linearmente proporcional à extensão da respectiva concessão. E que essa lógica não poderia, em princípio, ser sustentada, uma vez que desconsidera os eventuais ganhos de escala da organização. Além disso, a depender do próprio modelo operacional projetado, a demanda de pessoal varia substancialmente em função de parâmetros como o modelo de Centro de Controle e Operações (CCO) adotado, serviços de atendimento de urgência, emergência e apoio aos usuários, incorporação, ou não, da operação das cabines e instalações de cobrança nas praças de pedágio, vigilância patrimonial, entre outros.

Registrou, ainda, que o que ocorre nas concessões rodoviárias, em última instância, é a existência de determinados ganhos de escala, fazendo com que o escopo da concessão seja aumentado até um determinado limite, com incrementos não proporcionais da mão de obra e demais fatores produtivos. Daí a percepção da desproporcionalidade entre as concessões quando comparados os quantitativos de funcionários e suas respectivas extensões.

Traçou um comparativo entre a MG-424 e a BR-135, buscando demonstrar que o setor administrativo apresenta pouca variação no quantitativo de funcionários, corroborando a alegação de que existe uma estrutura menos variável (atividades administrativas burocráticas), além do corpo diretivo. E, paralelamente, setores técnicos como o de engenharia e operação variam com mais intensidade, a depender do modelo operacional previsto no contrato, mas, ainda assim, de maneira não proporcional à extensão da rodovia.

Quanto à alegada superestimação com remuneração de profissionais, bem superiores ao praticado no mercado, justificaram os valores com base em pesquisa realizada pelo DEER/MG, contribuições recebidas da iniciativa privada no âmbito do PMI, além de pesquisas junto a ABCR, em especial, concessionária MGO Rodovias (concessionária da Rodovia BR-050), sediada em Uberlândia. E que tais informações estão fundamentadas no PMI, páginas 10 e 11.

Ressaltaram que os valores constantes do edital são valores de remuneração, já calculados com a incidência dos encargos sociais e benefícios, e que, portanto, representam, em média, 172% do valor da remuneração de fato percebida por cada profissional. Demonstraram os valores dos salários e o custo total, em relação aos cargos questionados. Pesquisando em sites com conteúdo específico a questões trabalhistas, verifica-se que o custo por empregado pode chegar a até 3 vezes o valor do salário pago, variando conforme sindicato de classe, regime de apuração de lucro da empresa e seu ramo de atividade.

Em reexame o Órgão Técnico analisou, somente, o dimensionamento de pessoal, mantendo seu entendimento esposado no relatório inicial, pela procedência quanto à inexistência de justificativa capaz de demonstrar os quantitativos previstos no edital (peça 20 do SGAP).

Pois bem, corroboro com o entendimento do Órgão Ministerial, em parecer conclusivo (peça 27 do SGAP), no sentido de que não foram juntados dados concretos capazes de justificar tamanha disparidade entre o número de funcionários, por quilômetro, necessário para a operacionalização da concessão da Rodovia MG-424 em comparação com a Rodovia BR-050.

De igual modo, embora a SEINFRA alegue que os estudos foram objeto de coleta de preços, não foram apresentados documentos comprobatórios das pesquisas de mercado realizadas, com vistas a comprovar os valores das remunerações médias utilizados no edital, com valores expressivamente altos, tampouco para a necessidade de viagens e consultorias externas.

Lado outro, em relação aos encargos sociais incidentes sobre as remunerações, o detalhamento apresentado em Nota Técnica à fl. 387 é capaz de demonstrar a precisão do percentual indicado no ato convocatório, e, ainda, estando fixado em patamar abaixo daqueles adotados pelo DEER-MG, DNIT, SICRO e SINAPI, mostrando-se, dessa forma, regular.

Assim, concluo pela **procedência parcial do apontamento**, sendo necessário retificar o edital, com vistas à redução dos quantitativos estimados de colaboradores da futura concessionária, bem como os valores das remunerações, tendo em vista que não foi comprovado sua compatibilidade com o mercado por meio de pesquisa. Deve-se, também, retirar das planilhas orçamentárias as rubricas referentes a viagens e consultorias externas, uma vez que não foram apresentados dados e argumentos que justifiquem tais custos.

II.5. Ilegalidade da cláusula 29.11 da minuta de contrato que destina exclusivamente à Concessionária os ganhos econômicos decorrentes de produtividade ou redução de custos operacionais, em detrimento da modicidade da tarifa

Alegaram os Representantes que a relação econômica financeira pactuada deve ser mantida ao longo da execução contratual, e que o Poder Público tem o poder-dever de revisar os contratos quando da ocorrência de situações que acarretem elevação no custo do encargo, quando tornem insuficiente o preço em vista das condições iniciais ou, por outro lado, a diminuição do encargo que torne o preço excessivo, em vista de condições de mercado supervenientes à formulação da proposta.

Aduziram que qualquer ganho extraordinário pela concessionária deveria ser compartilhado com os usuários, não sendo admissível qualquer disposição contratual que impeça o compartilhamento dessas receitas com os usuários ou mesmo com a Administração.

Nessa esteira, alegou que a cláusula 29.11 da minuta contratual garante à concessionária que tais ganhos extraordinários não seriam computados como resultado econômico financeiro excedente ao Valor Presente Líquido projetado, nem mesmo podendo ser caracterizado como hipótese de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente. Assim, trata-se de previsão que “destoa totalmente das existentes em concessões do gênero, e também com os princípios da legalidade, moralidade, razoabilidade e, principalmente, da modicidade tarifária”.

Concluíram que, resta, assim, invertido o princípio da supremacia do interesse público.

Em Notas Técnicas (fls. 295/296v), a SETOP aduziu que o Representante realizou interpretação isolada da cláusula 29.11 da minuta contratual, desconexa dos conjuntos de obrigações e deveres estabelecidos no Edital.

Alegaram que existe uma equiparação na matriz de risco contratual, pois se há riscos de ocorrerem encargos adicionais na operação da concessão e a sua atribuição ao concessionário, é correto que, em contrapartida, os riscos dos ganhos relativos aos mesmos encargos sejam atribuídos a ele.

Afirmaram que a SETOP deliberou, após a análise da probabilidade de ocorrerem perdas para as concessionárias que sejam superiores aos ganhos possíveis, optou, na mesma linha, por imputar ao concessionário tanto as perdas quanto os ganhos relativos às situações futuras, o que é uma opção discricionária da Administração, que tem a liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Posteriormente, em novas Notas Técnicas apresentadas, a SEINFRA (peça 45 do SGAP), na esteira do que fora pontuado pelo Ministério Público de Contas, registrou que o Estado reforça

os apontamentos já apresentados e que é possível “a realização de melhorias nos documentos que instruem o processo licitatório, caso assim seja necessário”.

Pois bem, adoto, como fundamento deste voto, as razões técnicas apresentadas pelo Órgão Técnico, em sede de reexame (peça 20 do SGAP) em observância ao princípio da eficiência e da economicidade, sustentando que:

As modelagens adotadas até muito recentemente nas concessões, previam que o concessionário prestava o serviço por sua conta e risco.

Entretanto, a afirmação de que o concessionário assumia os riscos relativos à prestação do serviço concedido, na prática, não se revelava verdadeira, pois, na repartição de riscos utilizada na quase totalidade dos contratos de concessões firmados nas décadas de 70 a 90, os instrumentos neles previstos para o reequilíbrio econômico/financeiro, garantiam o ressarcimento ao concessionário de quaisquer eventos que lhe fossem prejudiciais.

Esses instrumentos eram sempre definidos de forma genérica de modo a abarcar todo tipo de fato potencialmente danoso ao concessionário.

Igualmente enganosas eram as definições de níveis de serviço existentes (padrões de serviço a serem mantidos pelo concessionário ao longo da concessão), previstas nos contratos de forma igualmente genérica, não oferecendo ao Poder Concedente qualquer referência contratual objetiva que lhe permitisse exigir melhoria na qualidade no serviço prestado.

[...]

Nesse sistema não havia, ainda, qualquer mecanismo que vinculasse a remuneração do concessionário ao seu desempenho, o que estimulava a sua inércia no sentido de prover melhoria **contínuas** no serviço a ser prestado ao usuário.

Nesse ambiente, o concessionário, além de ter garantida, frisa-se **em todas as circunstâncias**, a percepção das receitas originais da concessão, se apropriava integralmente de toda receita oriunda de seu esforço empresarial, **a despeito do seu desempenho**.

A premissa lógica vigente naquelas modelagens de projetos de concessões era a de garantir para o concessionário o risco zero e ganho total.

O resultado da permanência desse modelo foi quase sempre uma contratação inteiramente prejudicial ao contribuinte que recebia em troca um serviço caro e de baixa qualidade.

Nos contratos mais recente de concessões comuns (regidas pela lei Federal lei 8987) ou de Parcerias Público e Privadas – PPP's (lei Federal 11.079), a compreensão pelo Poder Público de que **a atribuição de riscos impacta diretamente a equação econômico financeira do contrato**, aliada à percepção de que o sistema anterior gerava a inércia do concessionário em buscar a melhoria **contínua** do seu desempenho, modificou profundamente a lógica dessas contratações.

A lógica hoje vigente nesses projetos busca alcançar um modelo onde todas as partes envolvidas no negócio subjacente à licitação tenham a possibilidade de auferir benefícios.

[...]

É exatamente nessa órbita de ideias que se deve examinar, no caso presente, a conveniência para o interesse público da apropriação integral pelo parceiro privado do seu esforço empresarial.

À vista da cláusula 29.11 do contrato citada na inicial, verifica-se que os ganhos decorrentes do aumento de produtividade ou redução de custos operacionais em razão da utilização de novas técnicas, materiais ou tecnologias, reverterão exclusivamente ao concessionário.

Verbis:

“29.11. Os ganhos econômicos efetivos resultantes para a CONCESSIONÁRIA, decorrentes de ganhos de produtividade ou redução de custos operacionais em razão da utilização de novas técnicas, materiais ou tecnologias, reverterão exclusivamente àquela, não sendo computados como resultado econômico-financeiro excedente ao Valor Presente Líquido VPL projetado, constante do PLANO DE NEGÓCIOS DAS RODOVIAS, nem caracterizando hipótese de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro a favor do PODER CONCEDENTE.”

[...]

No entanto, uma análise atenta da minuta contratual permite afirmar que os instrumentos nela previstos garantem o ressarcimento ao concessionário de quaisquer eventos que lhe fossem prejudiciais.

A cláusula 29.4 da Minuta Contratual estabelece os casos em que as partes terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro:

“29.4. As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, quando este for afetado, nos seguintes casos:

I - modificação unilateral, imposta pela SETOP-MG, sobre as condições do CONTRATO, desde que, como resultado direto ou indireto dessa modificação, se verifique, comprovadamente, para a CONCESSIONÁRIA a alteração dos seus custos ou das suas receitas, para mais ou para menos;

II - ocorrência de caso fortuito ou força maior, nos termos do CONTRATO, cuja cobertura não seja segurável no mercado brasileiro na data de sua ocorrência;

III - alterações legais que, comprovadamente, tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos da CONCESSIONÁRIA para a prestação dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos;

IV - atrasos na execução das medidas necessárias à realização dos procedimentos de desapropriação e instituição de servidão administrativa que resultem, comprovadamente, em custos adicionais à CONCESSIONÁRIA para a realização dos serviços objeto da CONCESSÃO, desde que resultantes de ações ou omissões do PODER CONCEDENTE;

V - alterações nas especificações dos projetos e estudos apresentados pela CONCESSIONÁRIA para atendimento aos interesses específicos da SETOPMG, que, comprovadamente, apresentem impacto significativo, direto ou indireto, sobre as receitas ou sobre os custos da CONCESSIONÁRIA para a prestação dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos, excetuadas as alterações solicitadas pela SETOP-MG para atendimento à legislação e padrões técnicos vigentes;

VI - variação de custos operacionais que apresentem impacto significativo, direto ou indireto, sobre as receitas ou sobre os custos da CONCESSIONÁRIA para a prestação dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos, ocasionados pela ocorrência dos seguintes fatores: a) instituição de novos tributos; b) alterações de alíquotas dos tributos já existentes, à exceção do imposto sobre a renda.

VII - Aparecimento de sítios arqueológicos e/ou patrimônio histórico nas rodovias do LOTE, cuja preservação, manuseio, conservação ou manutenção gere custos para a CONCESSIONÁRIA, nos termos do item 22.18 deste CONTRATO;

VIII - outros casos previstos neste CONTRATO.”

À simples vista do dispositivo acima transcrito, se verifica que ao concessionário não foram atribuídos quaisquer riscos relativos à prestação do serviço concedido, pois, as hipóteses ali contempladas que permitem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, abarcam uma universalidade de circunstâncias que garantem ao concessionário o ressarcimento de qualquer prejuízo.

Como dito linhas atrás, nesse tipo de modelagem de repartição de riscos, utilizada nos contratos de concessões firmados nas décadas de 70 a 90, não há riscos para o concessionário, permitindo-lhe ainda a apropriação integral do seu esforço empresarial.

É preciso ressaltar que, como defendem os responsáveis, a lei de concessões não proíbe a apropriação integral dos ganhos decorrentes do aumento da eficiência empresarial do concessionário.

Entretanto, face à matriz constitucional que impõe a economicidade dos atos da Administração, tal apropriação só é possível se essa não desequilibra a equação econômico/financeira da concessão a favor do concessionário.

Nesses casos, não há qualquer margem para discricionariedade ou liberdade de escolha para o administrador.

Torna-se, portanto, imperativa a demonstração de que a possibilidade da apropriação integral dos ganhos decorrentes do esforço empresarial na relação contratual analisada, não seja prejudicial ao interesse público.

Para isso é necessário ter em mente que o Poder Concedente, por mais especializado que seja o órgão ao qual atribua a competência para elaborar a equação econômico-financeira de uma concessão, nunca terá condições de prever os reais custos de investimento e operação necessários à prestação do serviço.

O Poder Concedente não constrói estradas, linhas férreas, aeroportos, tampouco opera os serviços daí derivados com intuito de obter o lucro necessário a sua sustentação econômica.

Na quase totalidade desses casos, o Poder Público contrata a sua execução no mercado.

Nesses casos, não é objetivo do Estado prestar diretamente esses serviços públicos de modo a lhes garantir sucesso empresarial.

Raramente atua de forma direta competindo com os grandes players nos mercados, e, não detém, portanto, a mesma expertise para a precificação dos investimentos e insumos necessários, que dirá da sua execução.

A assimetria de informações nessa circunstância é patente e prejudica o alcance do nível de eficiência econômica necessário ao estabelecimento de uma equação econômico-financeira favorável ao interesse público.

Acrescente-se a isso uma sistemática legal perversa que obriga o Poder Concedente a tornar público os estudos econômicos da concessão, produzidos com todos os efeitos dessa assimetria de informação, onde estão os preços, frisa-se (máximos), pelos quais estaria disposto a contratar os serviços.

O resultado dessas metodologias é uma contratação quase sempre próxima do preço máximo fixado nos estudos, portanto, cara ao contribuinte, onde ele assume todos os riscos do negócio subjacente à concessão, não sendo possível se apropriar da eficiência empresarial do concessionário que lhe entrega um produto, além de caro, de qualidade inferior.

[...]

A lógica hoje vigente nos projetos de concessões busca alcançar um modelo onde todas as partes envolvidas no negócio subjacente à licitação tenham a possibilidade de auferir benefícios.

Busca criar condições nas quais o aumento da eficiência do concessionário seja premiado, mas resulte sempre na melhoria contínua do serviço entregue ao usuário.

O motor dessa mudança foi a constatação de que sistema anterior de contratação ao garantir o pagamento automático sem qualquer atribuição de risco ou atendimento de níveis de serviço, era prejudicial ao interesse público na medida em que não gerava ganho de eficiência.

Necessário observar que tais ganhos decorrem (na maioria das vezes) da superestimação de itens nos estudos elaborados pelo Poder Concedente (pessoal, insumos etc.) necessários ao alcance do objeto a ser licitado.

Repisa-se que essa superestimação decorre da assimetria de informação sempre favorável ao parceiro privado que, por motivos óbvios, tende sempre a possuir maior expertise na organização e execução do serviço licitado.

Tendo-se em vista esses parâmetros, importa verificar então se a modelagem econômico/financeira da concessão pretendida comporta possibilidade de ganho excessivo para o concessionário, decorrente do aumento de sua eficiência operacional, uma vez que a metodologia utilizada para a composição do edital blinda o concessionário de quaisquer riscos relativos à prestação do serviço concedido.

Nesse sentido, à vista das planilhas que compõem o OPEX²⁵ é possível realizar uma análise de sensibilidade executada a partir da aplicação de percentuais de descontos sobre as despesas operacionais da concessão.

Esses percentuais de descontos corresponderiam ao aumento de eficiência do concessionário na administração de seus custos na operação do serviço concedido.

Relembra-se que o edital prevê a apropriação integral dos ganhos decorrentes do esforço empresarial.

A Planilha a seguir representa o Resumo das despesas operacionais da concessão extraída dos estudos realizados pela SETOP.

[...]

Nela encontra-se uma projeção de Taxa Interna de Retorno = TIR – de 9,20%, sendo essa, grosso modo, o retorno projetado que o concessionário teria no investimento do seu capital no projeto.

Assim, quanto maior a eficiência empresarial do concessionário, maior a remuneração do capital por ele investido.

²⁵ OPEX é uma sigla derivada da expressão Operational Expenditure, que significa o capital utilizado para manter ou melhorar os bens físicos de uma empresa, tais como equipamentos, propriedades e imóveis. As despesas operacionais (muitas vezes abreviado a OPEX) são os preços contínuos para dirigir um produto, o negócio, ou o sistema.

Dessa forma, qualquer alteração a menor nos valores constantes das planilhas OPEX, representa um ganho de eficiência empresarial e, portanto, maior remuneração para o concessionário.

[...]

Nesse sentido, a aplicação de uma redução de apenas 10% (dez por cento), somente nas despesas com a conservação da rodovia eleva a TIR do projeto para 9,89%.

Ressalta-se que o projeto contempla outras tantas áreas onde cortes semelhantes podem ser aplicados relativos a despesas com pessoal, insumos etc.

Nessas circunstâncias não se afigura razoável sustentar que ao concessionário deve ser garantida a apropriação integral do ganho empresarial, nos termos previstos no edital, razão pela qual entende este Órgão Técnico que a denúncia é procedente quanto a este item.

O *Parquet*, em parecer conclusivo, aduziu que os responsáveis defenderam, também, que o art. 11 da Lei n. 8.987/1995 exige o compartilhamento apenas do incremento das receitas acessórias, e não das receitas oriundas de ganhos de produtividade e do uso de novas tecnologias. Na visão do Poder Concedente, a divisão proposta na Representação acarretaria desincentivo para a realização de investimentos e melhorias pela concessionária.

Registrou que é necessário demonstrar que é falaciosa a afirmação de que, ao mesmo tempo em que o edital confere os ganhos de produtividade à concessionária, atribui a ela eventuais encargos adicionais na operação da concessão, pois, a partir da simples leitura da Cláusula 29.4, incisos I a VIII, da minuta contratual, é possível vislumbrar que um rol extremamente genérico de situações acarreta a necessidade de recomposição, em favor da concessionária, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, a concessão em exame, longe de uma modelagem contratual em que a concessionária arcará com todos os riscos e bônus da prestação dos serviços concedidos (prestará os serviços por sua conta e risco), extrai-se do edital o desenho de uma concessão em que a futura contratada colherá todas as vantagens do desenvolvimento tecnológico ou do aperfeiçoamento de sua organização operacional, mas não assumirá nenhum ônus em contrapartida.

E,

Nesse cenário, porém, tendo em vista que a manutenção de estradas de rodagem é um serviço público e que as concessões devem se pautar no princípio da modicidade tarifária, torna-se incompatível com a principiologia das concessões e com o equilíbrio econômico-financeiro contratual que os usuários dos serviços não auferam qualquer vantagem. Isso se acentua ainda mais nas hipóteses em que os ganhos de produtividade decorrem, única e exclusivamente, de avanços tecnológicos e científicos não atribuíveis à concessionária.

Relembre-se, além disso, que a eficiência não é uma graciosidade da concessionária ao Poder Concedente, mas, antes, um dever previsto na Lei de Concessões, in verbis:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

Atenta a essa realidade, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT passou a incluir, em todos os contratos de concessão de rodovias federais, o denominado “Fator X”, que nada mais é do que mecanismo de cálculo que permite o compartilhamento com os

usuários dos ganhos de eficiência e produtividade do negócio.⁶ Tal boa prática deve ser seguida pelos demais entes federados.

É bem verdade que, como alega o Estado de Minas Gerais, o compartilhamento ora proposto não está previsto expressamente no art. 11 da Lei de Concessões, mas é igualmente acertado que ele decorre dos princípios da eficiência, da supremacia do interesse público sobre o privado e da modicidade tarifária, bem como constitui corolário do real equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Em face disso, o Ministério Público de Contas entende que, para o prosseguimento da Concorrência Internacional nº 03/2018, é imprescindível que o edital passe a prever o compartilhamento dos ganhos de eficiência e produtividade entre os usuários e a concessionária.

Pelos fundamentos expostos pelo Órgão Técnico e pelo Órgão Ministerial, **considero procedente o presente apontamento**, devendo o edital da Concorrência Internacional n. 003/2018 ser retificado quando à indigitada previsão constante da Cláusula 29.11 da minuta contratual.

II.6. Inexistência de cláusula contratual de revisão tarifária periódica, em especial pela ocorrência do recebimento de receitas adicionais acessórias

Alegou o Representante não constar na minuta contratual previsão relativa à revisão tarifária periódica decorrente do recebimento de receitas adicionais acessórias.

Sustentou a possibilidade de várias formas de melhoria de receitas pelo concessionário, auferindo receitas adicionais, como por exemplo, passagem de tubulação de gás, outdoors fixados em faixa de domínio, passagem de fibra ótica, entre outras.

Asseverou que, indiscutivelmente essa questão pode trazer considerável lucro ao concessionário, no entanto, sem previsão editalícia que condicione a consequente revisão tarifária, e, assim, constituindo relevante omissão na minuta contratual que, consequentemente, pode atrair para a contratação vício de ilegalidade, afetando o equilíbrio econômico-financeiro e a modicidade tarifária.

Em Nota Técnica a SETOP/SEINFRA (fls. 310v/311 e 383) ponderou que o edital da Concorrência estabeleceu contornos jurídicos adequados a proteção e segurança do interesse público, e, assim, as cláusulas 35.1 e 35.4 da minuta contratual regulam as receitas acessórias e determinam a sua reversão para a modicidade tarifária.

A Coordenadoria de Fiscalização de Concessões, em reexame (peça 20 do SGAP), verificou que a minuta contratual prevê na cláusula 35.1 que não haverá qualquer receita acessória para a concessionária:

35.1. Não haverá qualquer fonte acessória de receita para a CONCESSIONÁRIA no âmbito da CONCESSÃO, ressalvadas as hipóteses indicadas no item 35.1.1.

35.1.1. Além das tarifas de pedágio, a CONCESSIONÁRIA somente poderá ser remunerada pelas seguintes fontes acessórias de receita:

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras;

II - indenizações e penalidades pecuniárias previstas nos contratos celebrados entre a CONCESSIONÁRIA e terceiros.

III - demais formas prévia e expressamente autorizadas pela SETOP-MG, conforme a legislação pertinente. (g.n.)

Verificou, ainda, que a cláusula 35.4 da minuta contratual dispõe que, hipótese do recebimento de quaisquer receitas a esse título, elas deverão ser revertidas em benefício da modicidade tarifária, nos seguintes termos:

35.4. Em sendo autorizada pela SETOP qualquer forma de RECEITA ALTERNATIVA, nos termos do subitem III do item 35.1. e do item 35.3. desta Cláusula, toda e receita assim obtida será obrigatoriamente revertida para a modicidade tarifária. [sic] (g.n.)

Assim, o Órgão Técnico registrou que, quanto à revisão tarifária propriamente dita, a legislação pertinente prevê instrumentos necessários à preservação do equilíbrio econômico- financeiro do contrato, que podem ser utilizados para este fim e, nessa esteira, concluiu pela improcedência da Representação quanto a esse apontamento.

O MPTC, em parecer conclusivo (peça 27 do SGAP), corroborou o entendimento do Órgão Técnico.

De fato, em observância ao art. 11 da Lei n. 8.987/1995, tal previsão seria irregular, vejamos:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (g.n.)

Em exame do edital e minuta contratual, verifica-se que, embora a cláusula 35.1 não preveja receitas acessórias para a concessionária, a cláusula 35.4 estipula que, na ocorrência de lucro dessa natureza, haverá, obrigatoriamente, sua reversão para a promoção da modicidade tarifária, atendendo-se à disposição legal.

Do exposto, considero **improcedente o presente apontamento.**

II.7. Da isenção tarifária para os moradores da região

O Representante insurgiu-se em face da falta de previsão de isenção da tarifa de pedágio para os “moradores das cidades em que se situa o pedágio”, letra “f” da exordial dos autos principais.

O Órgão Técnico não se deteve sobre esse ponto da Representação.

Em Notas Técnicas a SETOP/SEINFRA (fl. 311 e 383/384, autos principais) registrou que não há legislação que determine a obrigatoriedade de isenção tarifária, e, caso existisse, inúmeras concessionárias, no país, deveriam isentar os moradores da região em que estivesse situada a praça de pedágio, o que inviabilizaria, por completo, a grande maioria das concessões rodoviárias hoje existentes.

Argumentaram que, inclusive, já se consolidou o entendimento de que sequer seria necessário assegurar a existência de vias alternativas gratuitas para os usuários afetados (Recurso Especial n. 417.804/PR, do STJ). E que, ainda assim, em relação à concessão da Rodovia MG 424 há via alternativa para os moradores da região, qual seja, a LMG-800.

Em parecer conclusivo (peça 27 do SGAP) o MPTC registrou que, “embora a questão revista-se de acentuada relevância social, em especial para as classes menos favorecidas residentes nos municípios vizinhos às praças de pedágio, este membro do Ministério Público de Contas entende que a matéria não é pertinente à modelagem do procedimento licitatório por meio do qual será formalizada a concessão.”

Prosseguir,

Isso por duas razões. A primeira delas é a inexistência de previsão legal acerca de tal isenção, que se insere, via de consequência, no campo do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Concedente. Já a segunda refere-se ao fato de que as gratuidades devem ser, necessariamente, compensadas à concessionária por meio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Logo, ainda que a matéria não tenha sido regulamentada no edital do certame, caso o Poder Concedente, no uso de sua discricionariedade administrativa, deseje conceder isenção tarifária aos moradores das proximidades das praças de pedágio, poderá fazê-lo a qualquer tempo, desde que garanta a Taxa Interna de Retorno avençada com a concessionária. Há que se destacar, ainda, que há via alternativa ao trecho pedagiado da Rodovia MG 424, a saber, a LMG-800.(g.n.)

Em relação à isenção tarifária o que se recomenda na melhor doutrina é que deve ser avaliado, no momento de realização dos estudos que embasam a licitação, a sua inclusão no edital de licitação, evitando-se alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois ao se conceder isenções a contrapartida não será, somente, a elevação do valor da tarifa, mas um redimensionamento daquele equilíbrio.

Entender que o Poder Concedente poderá, a qualquer momento, após a celebração do contrato, interferir unilateralmente nas condições pactuadas, é admitir a alteração da própria modelagem da concessão após o certame, pois a revisão da tarifa não deve ser pensada como elevação do seu valor, mas, com certeza, um redimensionamento da equação.

A política tarifária é regida pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos da disposição do art. 37, XXI, da CR/88.

Se, durante a vigência contratual o Poder Concedente estipula benefícios tarifários – logicamente imprevisíveis no momento da celebração do ajuste –, isso constitui um fato do príncipe, que tem como resultado a redução da tarifa operacional.

Veja-se que nesse sentido as disposições do art. 35 da Lei n. 9.074/1995, e o § 6º, do art. 65 da Lei de Concessões, com vistas a preservar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que condicionam a estipulação da revisão tarifária à previsão, em lei, da origem do recurso, ou à simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário de forma a preservar, como exposto acima, o equilíbrio da relação contratual em seus valores.

Assim, uma vez que a situação configura perda de receita operacional pelo concessionário, por conseguinte, deve ser estabelecida uma compensação, não bastando, inclusive a previsão da dotação orçamentária, mas a sua disponibilidade financeira.

É nesse sentido a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral, *verbis*:

Se este surge no mundo jurídico mediante produção de uma lei, o Poder Concedente deve compensar a perda de receita, substituindo-a por outra de caráter não-operacional, ou revendo a estrutura da tarifa. (Antônio Carlos Cintra do Amaral. Validade das leis estaduais que estipulam isenção de pedágio, ou outro benefício tarifário, nas rodovias concedidas. In: Letícia Queiroz de Andrade (Org.). *Decisões e pareceres Jurídicos sobre pedágios*, São Paulo: ABCR, p. 126-127).

Nessa esteira, é preciso que o Poder Público evite interferências posteriores em relação às condições pactuadas, alterando o seu equilíbrio, pois, caso contrário, o Poder Concedente deve, nesses casos, injetar recursos financeiros de forma a não prejudicar o concessionário.

O Supremo Tribunal Federal analisou a matéria referente à concessão de isenção e de desconto tarifário a determinadas categorias de usuários, em julgamento de ação direta de

inconstitucionalidade, ADI 2.733-6/ES, em face da Lei n. 7.304/2002, do Estado do Espírito Santo, que concedeu isenção tarifária a motocicletas e desconto de 50% sobre a tarifa a estudantes usuários das rodovias estaduais concedidas. Nesse caso, a ação versou, também, sobre a inconstitucionalidade material da lei, em razão da separação dos poderes e da ingerência do Poder Legislativo no Executivo.

Nesse sentido o voto do Ministro Relator, Eros Grau, julgado a unanimidade, vejamos:

[...] 6. O texto normativo atacado, ao conceder isenções e descontos nos pedágios estaduais altera substancialmente o contrato celebrado entre o Poder Concedente – o Estado do Espírito Santo [...] e o concessionário de serviço público. Importa, destarte, indevida ingerência do Poder Legislativo em campo próprio da atividade administrativa.

7. A isenção e os descontos contemplados pelo texto normativo frustram as expectativas da contratada, já que reduzem suas receitas sem que seja prevista qualquer forma de compensação por essa redução, o que acarreta desequilíbrio na relação contratual, uma vez que os custos permanecem os mesmos.

[...]

10. Ao conceder descontos e isenções sem prever qualquer forma de compensação, a lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela [...]. É o que decorre da cláusula ‘mantidas as condições efetivas da proposta’ constante do inciso XXI do artigo 37 da Constituição do Brasil.

[...]

12. Note-se bem que, como observei em outra ocasião, essa preservação não se impõe por razões de equidade, mas por imposição do interesse público; em razão dele é que se faz necessária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração, considerada a relação aceita pelas partes no momento da contratação (a permanência da correspondência entre as prestações no tempo). Há, no caso, alteração dessa relação, do que decorre descompasso entre a tarifa e a obrigação contratualmente sobre o controle do Poder Concedente, introduzindo elemento novo na relação contratual entre o Poder Concedente e o concessionário; daí, qual reconhecido por esta Corte da ADI/MC n. 2.299, o artigo 175 da Constituição resulta violado. (g.n.)

Nessa toada, a instituição de isenções tarifárias, ou descontos, deve ser avaliada, mediante estudos, antes da deflagração do certame, com previsão editalícia, se for o caso, haja vista que as alterações incluídas *a posteriori* no contrato pactuado frustram as expectativas da concessionária, já que reduzem suas receitas e sem previsão de qualquer forma de compensação por essa redução, o que acarreta desequilíbrio na relação contratual, pois os custos permanecem os mesmos. O Poder Concedente deve evitar interferências nas condições pactuadas, alterando o equilíbrio econômico financeiro do contrato, caso contrário, deverá injetar recursos financeiros de forma a não prejudicar o concessionário.

Além da isenção poderia ser cogitado a instituição de tarifas sociais.

Marçal Justen Filho (2003, p. 375) assevera que, em casos de ausência de recursos dos usuários surge a necessidade de, em atendimento à classe social excluída do acesso ao serviço público prestado, desenvolver opções políticas de fixação de tarifa diferenciada que garanta o respectivo acesso - a tarifa social:

Usa-se tarifa social para indicar opções políticas de promover variação da tarifa em função da ausência de recursos do usuário, aquele que não dispuser de riqueza não perde, desse modo, o acesso aos serviços públicos.

Nesse caso, também, sobleva notar que, a “fixação de tarifas sociais significa ausência de pagamento correspondente ao pagamento economicamente necessário para assegurar a rentabilidade da exploração ou a manutenção da equação econômico-financeiro. Portanto, a diferença a menor, que deixa de ser produzida em virtude da fixação de tarifas sociais, tem de

ser coberta de outra forma. Isso se faria ou por via de subsídios estatais ao concessionário ou pela incorporação desse custo nas tarifas pagas pelos demais usuários.”²⁶

Pois bem, nesse particular, sobressai da Nota Técnica juntada pela SEINFRA (fls. 383/384), que, em razão da inexistência de obrigatoriedade legal acerca da instituição de isenção tarifária aos moradores da região afetados pelas praças de pedágio, tendo citado, inclusive, decisão do STJ, bem como a existência de via alternativa para os moradores da região – LMG-800 -, possibilitando que trafeguem por essa e não pela rodovia pedagiada, explícito está a ausência de interesse público na citada isenção.

Discordo, em parte, do posicionamento do *Parquet*, por entender que, de fato, a isenção concedida decorre de ato discricionário do Poder Concedente, mas não sendo recomendável, como exposto, sua instituição a qualquer momento, após a celebração do ajuste, por introduzir elemento novo nas condições pactuadas contratualmente, provocando o seu descompasso, reduzindo a receita do concessionário, sem a existência de previsão de compensação, alterando-se a modelagem instituída para a concessão, o que, por conseguinte, provoca a inesperada necessidade de disponibilidade financeira por parte do Poder Concedente com vistas ao seu subsídio, haja vista a necessária revisão da estrutura tarifária da concessionária, objetivando a aplicação da previsão constitucional prevista no inciso XXI do art. 37, reequilibrando-se econômico e financeiramente o contrato.

Verifico, ainda, que o edital representado andou bem, na linha do acima exposto, quanto a previsão de isenções tarifárias, evitando-se incluir elemento surpresa no decorrer da execução contratual, pois seu item 5, subitens 5.1.1 a 5.1.5, dispõem de regras para veículos isentos de pagamento da tarifa de pedágio, a exemplo “das forças policiais, Corpo de Bombeiros e ambulâncias, Polícia Rodoviárias Estadual e Federal”, etc.

E, ainda, prevê no subitem 5.2 que, nos termos do art. 35, da Lei n. 9.074/1995, a estipulação de novos benefícios tarifários pelo Poder Concedente fica condicionada à previsão em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária, preservando-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

De todo o exposto, concluo pela **improcedência do apontamento**.

II.8. Da alegada ausência de revisão tarifária periódica

Os Representantes alegaram ausência de previsão para a “revisão tarifária periódica, para apurar a situação real da concessão, por exemplo, a cada 05 (cinco) anos”, e que sua necessidade “é consectário lógico de um procedimento desta natureza, observando-se a realidade econômica financeira do momento”.

Citaram decisão do TCU, no processo TC 026.335/2007-4, em que determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que inserisse, no prazo ali fixado, cláusula de revisão periódica da tarifa de pedágio nos contratos de concessão em vigor.

Registraram que a omissão é relevante, podendo atrair para a contratação vício de legalidade, afetando o equilíbrio econômico-financeiro e a modicidade tarifária.

²⁶ GONÇALVES, Cristiane Vitório, “Aplicação da modicidade tarifária como direito subjetivo do indivíduo de acesso ao serviço público.” <https://jus.com.br/artigos/25342/aplicacao-da-modicidade-tarifaria-como-direito-subjetivo-do-individuo-de-acesso-ao-servico-publico/2>. Consultado em 25/09/2020.

O Órgão Técnico analisou este apontamento juntamente com aquele constante do item II.6 deste voto, e, em sede de reexame (peça 20 do SGAP), concluiu que a legislação pertinente à matéria prevê instrumentos necessários à preservação da equação econômico-financeira, previstos no edital, utilizados para esse fim.

Em Notas Técnicas (fls. 311/311v e 384, autos principais) a SETOP/SEINFRA fundamentou que consta da Cláusula 30 – DAS REVISÕES PROGRAMADAS DO CONTRATO, subitem 30.1, a previsão de revisão no 6º, 11º, 16º, 21º e 26º anos de vigência, ou seja, de cinco em cinco anos, mesmo período sugerido pelos Representantes, sendo insubsistente o questionamento.

O *Parquet*, em parecer conclusivo (peça 27 do SGAP) aduziu que as Representações descrevem entendimento de que o instrumento convocatório da Concorrência Internacional nº 03/2018 não teria previsto a revisão tarifária periódica da concessão. No entanto, registrou que a revisão está prevista na Cláusula 30.1 do edital.

Corroboro o registro do Órgão Ministerial, pois, de fato, prevê a minuta contratual, *in verbis*:

Cláusula 30.1 – Sem prejuízo das hipóteses previstas na CLÁUSULA 29 e nas demais normas da legislação, o CONTRATO será revisito nos, 6º, 11º, 16º, 21º e 26º anos de sua vigência, visando ao melhor atendimento dos objetivos da CONCESSÃO. (g.n.)

Havendo previsão contratual, inexistente a alegada omissão, e, sendo assim, afasto o presente **apontamento das Representações**.

II.9. Concessão de rodovia pronta

Os Representantes alegaram que o procedimento licitatório ora examinado visa a “concessão de rodovia que em sua grande parte já está pronta, bastando-se, para tal conclusão, observar o perímetro do P1, sendo construídos apenas 12,7 quilômetros de pista dupla”.

O Órgão Técnico não se deteve sobre este apontamento.

Em Nota Técnica (fls. 389/390) a SETOP/SEINFRA, registrou que, não obstante a MG 424 ser uma rodovia já implantada, o edital prevê investimentos para a sua restauração, manutenção, ampliação, melhorias e operação rodoviária ao longo de todo o período de vigência contratual. E que os investimentos levaram em conta a segurança e o conforto dos usuários, além da adequação do trecho à demanda do fluxo de veículos para um horizonte de 30 (trinta) anos.

Alegou que é equivocada a ideia de que por já existir a rodovia pronta não precisaria de recursos a serem aportados pelo concessionário, mas ao contrário, concessões do tipo *brownfield* (rodovias já implantadas e existentes no momento da licitação) são a regra, e não a exceção no setor de infraestrutura rodoviária.

Apresentou tabelas demonstrando a evolução do nível de serviço por trecho homogêneo, buscando revelar o impacto positivo que a melhoria da capacidade da rodovia gera sobre o tráfego já existente, fruto direto dos investimentos em obras de melhoramento e ampliação, subsistindo, em qualquer trecho, a necessidade permanente não somente da sua recuperação e manutenção, mas, também, a execução de obras de ampliação destinadas a fazer frente ao aumento do fluxo de veículos, pois esse tende a apresentar um crescimento vegetativo, exigindo investimentos de forma perene.

E, em outra Nota Técnica (peças 42 a 45 do SGAP), descreveu de forma mais clara a situação em que se encontra a rodovia e os investimentos previstos, como citado no início da análise de mérito deste voto, que aqui ressalto: (i) dos 49Km da rodovia existente aproximadamente 30Km encontram-se em pista simples, sem vias marginais; (ii) a MG-424 é uma rodovia extremamente insegura para trafegabilidade do usuário; (iii) em razão da localização de empreendimentos ao

longo da rodovia (cimenteiras, mineradoras de calcário, transportadoras, etc.), a MG-424 é um corredor com grande fluxo diário de caminhões, o que compromete muito a segurança dos usuários pelo local; (iv) conforme dados oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais – PMMG, os acidentes, com e sem vítimas, nos últimos cinco anos, mostram a média anual de 250 registros, isto é, em 70% dos 365 dias anuais ocorrem acidentes; (v) é evidente a necessidade de investimentos em melhorias na MG-424, que garantam a segurança, duplicando-se trechos, fazendo faixas adicionais e vias marginais; (vi) estudo do DEER, por metodologia própria, demonstra que, apenas, 16Km (somente esse trecho duplicado), do total de 49Km, encontra-se em bom estado de conservação, 4Km foram caracterizados como péssimo, ou seja, 20% do segmento duplicado encontra-se em péssimo estado, 30Km da rodovia existente em pista simples foram caracterizados como regular.

Verifica-se, ainda, no Anexo I do edital, Programa de Exploração da Rodovia (PER) (fls. 157/218, apenso) as especificações das melhorias, obras e serviços de manutenção, e, especificamente às fl. 187/188 a descrição das obras obrigatórias, a exemplo de 29,6 Km de construção de faixas adicionais (terceira faixa) em pistas simples e duplas; 12,70 Km de duplicação de pista; 3,39 Km de vias marginais; 18,49 Km de contornos de trechos urbanos (Matozinhos e Prudente de Moraes); 2 passarelas, 6 interseções em nível tipo rotatória; e 6 interseções tipo trevo completo. Os investimentos até o 6º ano da concessão estão previstos em R\$ 284.676.000,00, totalizando até o 30º ano em R\$ 451.939.000,00. Acrescido a esses valores os custos e despesas até o 6º ano, R\$ 403.872.000,00; e até o 30º ano, 664.131.000,00.

O *Parquet*, em parecer conclusivo (peça 27 do SGAP) registrou que não há ilícito na concessão de rodovia pronta, e que a dimensão das obras a serem realizadas pela futura concessionária é importante variável para o cálculo da sua Taxa Interna de Retorno – TIR, e, ainda que o baixo investimento inicial do empreendimento influencie o valor mínimo da outorga (se for mantido esse critério de julgamento), ou o percentual de desconto a ser ofertado sobre a tarifa (caso o edital seja modificado para constar o critério de julgamento de menor tarifa).

E concluiu que, não obstante, isso não significa que uma concessão não precedida de obra pública ou precedida de obra de pequeno porte seja ilícita por si só, conforme se extrai do teor do art. 4º da Lei de Concessões.

Acorde com o MPTC, não se verifica ilegalidade em licitação para concessão de rodovia já existente, concedendo-se o serviço público, a denominada concessão simples, não sendo necessária a execução de obra.

A previsão consta do art. 4º, da Lei n. 8.987/1995, *litteris*:

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. (g.n.)

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho²⁷, a concessão simples tem por objeto imediato a execução de uma atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade, já na concessão precedida de obra pública verifica-se uma duplicidade de objeto, pois, o primeiro deles encerra um ajuste entre o concedente e o concessionário para o fim de ser executada determinada obra pública, um verdadeiro contrato de construção de obra, assemelhado aos contratos administrativos de obra em geral, deles se distinguindo, contudo, pela circunstância de que o concedente não remunera o concessionário pela execução. O

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 353.

segundo objeto é a transferência da exploração da obra que foi realizada, por prazo determinado. O serviço público de exploração da obra é que se traduz na real concessão.

Assim, no edital *sub examine* verifica-se a presença de concessão simples, não prosperando o apontamento de irregularidade.

Do exposto, **considero improcedente o apontamento.**

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **voto pela procedência parcial** das Representações nºs 1.041.586 e 1.041.576 (apenso), julgando irregulares as seguintes previsões constantes do edital de Concorrência Internacional n. 003/2018: (i) critério de julgamento da “maior oferta pela outorga da concessão” constante do preâmbulo e item 8.1 do edital; (ii) ausência de valor mínimo previsto para a outorga, subitem 8.1.1, do item 8 do edital; (iii) superestimação de despesas operacionais com pessoal, consultorias e viagens (Arquivo Complementar, planilhas OPEX); (iv) cláusula 29.11 da minuta contratual, destinando, exclusivamente, à concessionária os ganhos econômicos decorrentes de produtividade ou redução de custos operacionais, em detrimento da modicidade tarifária e dos princípios da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o privado; devendo o edital *sub examine* ser anulado ou retificado, preservando-se o contraditório e a ampla defesa em caso de anulação, nos termos do § 3º, do art. 49 da Lei n. 8.666/93, ou, optando pela retificação, ajustando o instrumento convocatório aos fundamentos deste voto, com ampla publicidade e a consequente reabertura do prazo para o oferecimento das propostas, em conformidade ao § 4º, do art. 21 da mesma Lei.

Deixo de aplicar multa aos responsáveis, considerando que o certame encontra-se suspenso, em obediência à determinação desta Corte de Contas, demonstrando-se a boa-fé dos gestores, ausente, portanto, a produção de efeitos do edital irregular.

Determino aos gestores que, caso não insiram no edital de licitação o valor mínimo aceitável para a outorga da concessão, nos termos da fundamentação deste voto, que esse conste dos autos, sendo franqueada vista aos interessados quanto ao valor, em observância ao princípio da publicidade.

Determino aos gestores, com espeque no reexame do Órgão Técnico, que, em razão das irregularidades do edital, a TIR do projeto deve ser revista, podendo ser significativamente alterada em face dos impactos financeiros, de modo a permitir a compatibilização entre a remuneração do capital investido e a realização do interesse público contido na disponibilização do serviço em níveis qualitativos e de preços razoáveis.

Determino, ainda, que, em caso de publicação de novo edital de licitação para o mesmo objeto, que venha a ser deflagrado, os gestores encaminhem a esta Corte cópia do ato convocatório, fazendo referência a este processo, no prazo de 5 (cinco) dias, a partir da publicação do novo edital, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Recomendo aos gestores, caso se adote o critério de julgamento previsto no inciso III, do art. 15, da Lei n. 8.987/1995, critério híbrido, que sejam instituídos instrumentos e ferramentas para uma eficiente gestão contratual, com vistas a criar um controle severo sobre o regime tarifário, assegurando um limite razoável de transferência do custo da outorga à tarifa, em razão do

princípio da modicidade tarifária e atendimento ao interesse público, que deve nortear-se pela não oneração dos usuários da rodovia.

Intimem-se as partes, os interessados e seus procuradores da presente decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do RITCMG.

Tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos (principal e apenso), nos moldes do art.176, inciso I, do RITCMG.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, no início, quero esclarecer que estou de acordo com a conclusão apresentada pelo relator, que votou pela procedência parcial das representações, julgando irregulares as previsões editalícias já discriminadas.

Conquanto tenha extraído do bem lançado voto do condutor um raciocínio muito similar ao que passarei a expor, penso que é preciso deixar consignado aqui, para absoluta clareza da situação posta, que a modelagem adotada pela Administração Pública, no caso concreto, qual seja, o critério de julgamento da “maior oferta pela outorga da concessão”, não configura *de per si*, irregularidade.

A irregularidade, portanto, não está consubstanciada na modelagem adotada, mas sim na fragilidade do processo interno que culminou na deflagração do procedimento licitatório, haja vista ter restado comprovado nos autos que o governo estadual não promoveu os estudos técnicos, de natureza jurídica e econômico/financeira, essenciais para justificar e, mais importante, sustentar o critério de julgamento eleito na modelagem atual.

Reconheço a importância da busca pela modicidade tarifária, mas não me passa também despercebida a relevância de se perseguir ajuste razoável, remuneração, também, pelo investimento realizado na concessão, sob pena de o negócio jurídico mostrar-se pouco atraente ou, a curto/médio prazo, uma contratação sem o necessário equilíbrio econômico/financeiro, ocasionando, por consequência, a óbvia necessidade de ajustamento da tarifa ou a prestação de serviço que não atenda ao interesse público.

Esse difícil equilíbrio entre uma tarifa justa, um serviço adequado e um plano de negócio sustentável exige planejamento exemplar por parte da Administração Pública, que não pode negligenciar variáveis essenciais, as quais devem ser analiticamente estudadas para se alcançar uma conclusão técnica e robusta acerca do melhor modelo a ser adotado no caso concreto.

Assim, a fim de alcançar a maior eficiência na concessão que se pretende realizar, são imprescindíveis a realização de estudos e levantamentos que contemplem, notadamente, mas não exclusivamente, o mercado em questão, os possíveis interessados, as características da rodovia com suas vantagens e seus pontos negativos, o perfil socioeconômico dos potenciais usuários do serviço, as melhores práticas verificadas em contratações similares e a viabilidade econômica do negócio, considerando tratar-se de uma concessão com prazo de 30 (trinta) anos.

Não nos cabe aqui determinar, penso eu, que seja adotado um ou outro critério de julgamento, conforme a modelagem escolhida. Porquanto não pode o Tribunal de Contas pretender agir em substituição ao gestor em situações como essa. Por outro lado, apesar de estarmos diante de uma zona de discricionariedade da Administração Pública, a sua decisão deve ser devidamente motivada e, nesse sentido, alicerçada em estudos que demonstrem que a concessão em questão é juridicamente segura e sustentável do ponto de vista econômico e financeiro, restando, assim, comprovada a compatibilidade do critério de julgamento escolhido com o do modelo adotado.

Destarte, diante da inexistência desses estudos no presente caso, portanto, no caso concreto, tenho que a conclusão apresentada pelo relator é a que melhor resolve a questão, motivo pelo qual acompanho o voto condutor, com o acréscimo da fundamentação que apresento, nesta oportunidade, para que não se fixe um critério para a Administração, mas para que a Administração possa, a depender da modelagem, escolher um critério e motivar adequadamente.

É como voto, Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra o Conselheiro Wanderley Ávila.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, pensamos nós que está claro, fazendo uma complementação, como se fosse um esclarecimento, porque, na verdade, nós fizemos uma recomendação quanto ao critério. Está bem claro no nosso voto.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, acompanho o Relator e os pontos realçados pelo Conselheiro Cláudio Terrão, para que a questão fique ainda mais clara para a Administração, porque, pelo que também pude depreender dos autos, os estudos e as notas técnicas apresentados são bastante genéricos, retratando, na realidade, a situação das rodovias em geral. Não verifiquei dados e elementos específicos sobre a Rodovia MG-424 que pudessem justificar a escolha do critério de julgamento fixado no edital sob exame como o mais adequado.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, é justamente nesse trecho do caso concreto que é irregular, porque o critério, por si só, não é regular.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Exatamente por isso entendo que os pontos atinentes ao critério de escolha devem ser repisados e salientados. Na lei há previsão de que a escolha possa ser pela maior outorga, mas tem que haver estudos técnicos específicos e bem dimensionados de modo a demonstrar de forma clara, como frisou o Conselheiro Cláudio Terrão, haver equilíbrio entre a modicidade da tarifa e a outorga a ser feita pelo concessionário. Entendo que devemos buscar o que seja melhor para o cidadão, no caso específico, para o usuário da Rodovia MG-424, que é a prestação de um serviço de qualidade e um pagamento justo para a utilização dessa rodovia.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Conselheiro Wanderley Ávila, Vossa Excelência está acolhendo o acréscimo do Conselheiro Cláudio Terrão que o Conselheiro Gilberto Diniz acolheu?

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Na verdade, ele está fazendo um complemento, porque nós fizemos uma recomendação, nós não determinamos o critério. Nós fizemos uma recomendação.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Então, Vossa Excelência acolhe.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Sim. Inclusive consta no voto.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Senhor Presidente, eu entendo que esse modelo que o poder público pode optar, no caso de uma concessão de outorga, tem que ser melhor debatido e discutido aqui. Acho que, inclusive, isso poderia ser objeto até de um aprofundamento, de um estudo, no próprio Tribunal – quem sabe um seminário técnico com o próprio Poder Executivo –, porque o Poder Executivo tem anunciado que vai abrir outras licitações dessa questão das rodovias estaduais. Então, acho que seria bom que a gente fizesse até um debate, uma discussão.

No momento, eu vou acolher o voto condutor, com o acréscimo do Conselheiro Cláudio Terrão, mas acho que seria importante que esse debate fosse feito com maior aprofundamento dentro do Tribunal, juntamente com o próprio Executivo e setores envolvidos.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

APROVADO O VOTO DO RELATOR, QUE ACOLHEU OS ACRÉSCIMOS DO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

rp/fg

