

ACORDÃO Nº 053142/2023-PLEN

1 PROCESSO: 105994-8/2016

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO

3 INTERESSADO: HUGO LEAL MELO DA SILVA, JANIO DOS SANTOS MENDES

4 UNIDADE: AGENCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PULICOS DO ESTADO DO RIO DE J

5 RELATOR: RODRIGO MELO DO NASCIMENTO

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: NÃO CADASTRADO

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO**, por unanimidade, por **COMUNICAÇÃO** com **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** e **APENSAÇÃO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 ATA Nº: 14

10 QUÓRUM:

Conselheiros presentes: Rodrigo Melo do Nascimento, Marianna Montebello Willeman e Marcio Henrique Cruz Pacheco

Conselheiros-Substitutos presentes: Andrea Siqueira Martins, Marcelo Verdini Maia e Christiano Lacerda Ghuerrén

11 DATA DA SESSÃO: 3 de Maio de 2023

Rodrigo Melo do Nascimento

Relator e Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

VOTO RMN

PROCESSO: TCE-RJ Nº 101.093-7/22
ORIGEM: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
CONCEDIDOS (AGETRANSF)
ASSUNTO: AUDITORIA GOVERNAMENTAL EXTRAORDINÁRIA -
CONFORMIDADE

**AUDITORIA GOVERNAMENTAL EXTRAORDINÁRIA.
CONFORMIDADE. CONCESSÃO RODOVIÁRIA.
AUSÊNCIA DE ESTUDOS DEMONSTRANDO A
VANTAGEM DA PRORROGAÇÃO CONTRATUAL EM
DETRIMENTO DA REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME
LICITATÓRIO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-
FINANCEIRO DA AVENÇA. PRORROGAÇÃO
CONTRATUAL COM BASE EM PREMISSAS E
PARÂMETROS INADEQUADOS. COMUNICAÇÃO.
ANEXAÇÃO DE PROCESSOS CORRELATOS.**

Trata-se de Auditoria Governamental Extraordinária, na modalidade Conformidade, realizada na Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp) e na Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Rio de Janeiro (DER-RJ), no período de 07/04/2022 a 08/11/2022, a qual teve como objetivo a fiscalização do Contrato nº 43/1996, atinente à Concessão da Rodovia RJ-124, avença firmada entre a referida Fundação e a Concessionária da Rodovia dos Lagos S.A. (Via Lagos)¹.

Tramitam em apenso — pelo princípio da conexão processual consignado no art. 55 do NCPD e aplicável a este Tribunal, nos termos do art. 180 do Regimento

¹ Inicialmente, o escopo da auditoria compreendia, também, o monitoramento das Determinações constantes dos subitens II.1 e III.1 do Voto condutor do Acórdão nº 3.628/2022, proferido no Processo TCE-RJ nº 105.994-8/16 (Representação). Todavia, considerando o disposto no Acórdão nº 134.333/2022, prolatado em 24/08/2022 (por ocasião dos recursos interpostos naquele mesmo processo), tal monitoramento perdeu o seu objeto.

Interno — os **Processos TCE-RJ nºs 100.167-4/12** (atinente ao Termo Aditivo nº 8 do Contrato nº 43/1996) e **105.994-8/16** (Representação relativa ao mesmo Contrato), os quais serão deliberados nesta mesma decisão.

A fiscalização em apreço foi deflagrada por força do Acórdão nº 3.627/2022 (exarado no referido Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12, em Sessão Plenária de 02/02/2022), cujo Voto condutor reproduz-se a seguir:

VOTO:

I - Pela INSTAURAÇÃO DE AUDITORIA GOVERNAMENTAL EXTRAORDINÁRIA, visando à fiscalização do Contrato de Concessão nº43/1996, a fim de subsidiar o exame do Termo Aditivo nº 8 (Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12) e dos termos que o sucederem, observados os elementos mínimos de análise elencados na fundamentação deste Voto, sem prejuízo de incluir outros aspectos que considere necessários, considerando os critérios de relevância, risco, materialidade e oportunidade, monitorando ainda o cumprimento da Determinação constante do item II.1 e III.1 do Voto condutor do Acórdão proferido no Processo 105.994-8/16, na Sessão Plenária de hoje;

II - Pela CIÊNCIA AO JURISDICIONADO de que a proposta do Corpo Instrutivo e o parecer do Ministério Público de Contas podem ser consultados no Portal do TCE-RJ;

III - Pela APENSAÇÃO do presente ao processo a ser autuado, referente à Auditoria Extraordinária determinada no item I desta Decisão.

Cumprе assinalar que os “elementos mínimos de análise” mencionados no item I do Voto supratranscrito são os listados adiante:

i) *Obtenção e comparação do valor atribuído por quilômetro de implantação do dispositivo de segurança (preço por Km de divisória), previsto no Edital, retirado pelo Termo Aditivo nº 7 e reincluído no Termo Aditivo nº 8;*

ii) *Verificação dos orçamentos das obras aprovados pela Fundação DER-RJ que embasaram, em especial, os Termos Aditivos nº 8 e nº 10;*

iii) *Apuração dos dados (locais de acidentes fatais com colisão frontal) que embasaram a indicação, pela Fundação DER-RJ, para execução de divisória ao longo de toda rodovia (56 km), uma vez que, tanto no Edital quanto pela avaliação da concessionária, a indicação para colocação de divisória era numa extensão expressivamente inferior (10 km);*

iv) *Exame da correlação da redução dos acidentes com as obras realizadas na rodovia de forma ampla, não se limitando à construção das divisórias, uma vez que o índice de acidentes já havia sido reduzido após intervenções anteriores à implantação de divisórias ao longo de toda a rodovia;*

- v) *Verificação do impacto financeiro da postergação do pagamento das parcelas da outorga, que poderiam ter financiado as obras pela Fundação DER-RJ;*
- vi) *Levantamento da assunção de novos encargos, pelo Poder Concedente, seja de forma direta ou indireta;*
- vii) *Obtenção da TIR **efetivamente** praticada até o Termo Aditivo nº 8 e após sua celebração, considerando o fluxo de caixa **realizado**;*
- viii) *Verificação da correspondência entre a vantagem (precificada), para o interesse público, em face das reduções concedidas nas tarifas de pedágio e investimentos adicionais na RJ-124, e a perda auferida pelo Estado, com a postergação do pagamento das parcelas da outorga e assunção de obrigações, bem como da eventual necessidade de prorrogação do prazo contratual para recomposição do fluxo de caixa do empreendimento; e*
- ix) *Conferência dos parâmetros utilizados nas repactuações de prazo, comparando, inclusive, a tarifa quilométrica de pedágio adotada no Contrato de Concessão nº 43/1996 com a tarifa praticada em outras concessões rodoviárias, bem como a real motivação para a prorrogação pretendida a partir de 2022, a eventual omissão do Poder Concedente, a potencial fuga ao objeto da concessão (obras executadas na RJ-106), entre outros pontos que possam ser levantados pela Equipe de Auditoria.*

Também na Sessão Plenária de 02/02/2022, foi prolatado o Acórdão nº 3.628/2022 (no bojo do já mencionado Processo TCE-RJ nº 105.994-8/16), por intermédio do qual este Tribunal assim deliberou:

ACÓRDÃO Nº 3.628/2022-PLEN

[...]

*I - Pela **PROCEDÊNCIA** quanto ao mérito desta Representação, em relação à ilegalidade da prorrogação do Contrato de Concessão nº 43/1996, e **SOBRESTAMENTO** em relação à comprovação do justo equilíbrio econômico-financeiro empreendido pelos Termos Aditivos celebrados desde o Termo Aditivo nº 8;*

*II - Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp-RJ), com fundamento no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que tome ciência desta Decisão e atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**, cujo efetivo cumprimento poderá ser objeto de futuras fiscalizações a cargo desta Corte:*

1 - Adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, tendo em vista a ilegalidade das prorrogações antecipadas do Contrato de Concessão nº 43/1996, por afronta ao disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97, a exemplo de medidas tendentes à anulação dos termos aditivos de prorrogações

antecipadas, com efeitos prospectivos, de forma a não haver prejuízo à prestação dos serviços;

2 - Adote medidas junto aos setores competentes a fim de que seja dada maior transparência e divulgação quanto à análise dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, em especial nos casos que envolvam a opção de extensão de prazo, evidenciando todas as opções consideradas, tanto em termos qualitativos quanto quantitativos (financeiros), considerando os princípios constitucionais da economicidade, da transparência e da motivação;

3 - Considere, para fins de definição da Taxa Interna de Retorno (TIR), os parâmetros utilizados por órgãos de controle como o TCU e, em não os adotando, justifique a opção por outros parâmetros;

III - Pela COMUNICAÇÃO ao atual Presidente da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro (DER-RJ), com fundamento no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que tome ciência desta Decisão e atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**, cujo efetivo cumprimento poderá ser objeto de futuras fiscalizações a cargo desta Corte:

1 – Adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, tendo em vista a ilegalidade das prorrogações antecipadas do Contrato de Concessão nº 43/1996, por afronta ao disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97, a exemplo da anulação dos termos aditivos de prorrogações antecipadas, com efeitos prospectivos, de forma a não haver prejuízo à prestação dos serviços;

2 – Na qualidade de representante do Poder Concedente, adote, junto aos setores competentes, todas as medidas complementares que se mostrarem eventualmente necessárias às recomendações da Agetransp relacionadas à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, considerando os princípios constitucionais da economicidade, da eficiência, da transparência e da motivação;

IV - Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO aos representantes, a fim de que tomem ciência desta Decisão;

V- Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, dando-lhe ciência desta Decisão;

VI - Pela CIÊNCIA AOS JURISDICIONADOS de que a proposta do Corpo Instrutivo e o parecer do Ministério Público de Contas podem ser consultados no Portal do TCE-RJ;

VII - Pela APENSAÇÃO do presente e do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12 (Termo Aditivo nº 8 ao Contrato de Concessão nº 43/1996) ao Relatório da Auditoria a ser realizada, conforme determino nos autos do referido processo.

Posteriormente, contudo, a Agetransp e a Concessionária da Rodovia dos Lagos S.A. interpuseram Recursos de Reconsideração (Documentos TCE-RJ nºs 004.879-7/22 e 005.395-8/22, respectivamente), tendo essa Corte, em 24/08/2022, se posicionado no seguinte sentido:

ACÓRDÃO Nº 134.333/2022-PLEN

[...]

*I – pelo **CONHECIMENTO** dos recursos de reconsideração interpostos pela a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGETRANSP e pela Concessionária da Rodovia dos Lagos S.A. – VIALAGOS;*

*II – pelo **PROVIMENTO PARCIAL** dos recursos, reformando-se a decisão de 02/02/2022 para determinar:*

*a) o **SOBRESTAMENTO** da análise de mérito da Representação e a **APENSAÇÃO** deste feito à Auditoria Extraordinária, cuja instauração foi determinada no item I da decisão plenária de 02/02/2022 do processo TCE-RJ nº 100.167-4/12, de maneira que as questões de mérito debatidas na Representação, no Termo Aditivo nº 8 (processo TCE-RJ nº 100.167-4/12) e nos instrumentos que o sucederam, bem como na apontada Auditoria, sejam apreciadas conjuntamente;*

*b) a **EXCLUSÃO** das determinações contidas nos itens II e III da decisão de 02/02/2022 destes autos;*

*III - Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** aos Representantes, a fim de que tomem ciência desta decisão;*

*IV - Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** aos Recorrentes, para que tomem ciência desta decisão; e*

*V - Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, dando-lhe ciência desta decisão.*

Esse último *Decisum*, portanto, não só tornou insubsistentes os itens II e III do Acórdão nº 3.628/2022 (por meio dos quais foram impostas, respectivamente, diligências aos titulares da Agetransp e do DER-RJ), como, também, **sobrestou o julgamento de mérito da Representação em sua integralidade** (no citado Acórdão, este Tribunal se pronunciara pela Procedência da Representação no que diz respeito, especificamente, à ilegalidade da prorrogação do Contrato de Concessão nº 43/1996).

No que concerne ao presente processo, para fins de alcance dos objetivos propostos, foram formuladas as seguintes Questões de Auditoria pelo Corpo Técnico²:

Questão 1: *As obras inseridas no Contrato de Concessão através dos Termos Aditivos nº. 08 e nº. 10 foram orçadas em observância ao princípio da economicidade?*

² Conforme Matriz de Planejamento (peça eletrônica “Documento Anexado: AP03 - Matriz de Planejamento.pdf”).

Questão 2: *As prorrogações antecipadas do Contrato de Concessão, pactuadas através dos Termos Aditivos nº. 8 e nº. 10, foram fundamentadas em parâmetros legais, legítimos e econômicos?*

Questão 3: *As obras de melhoria executadas na rodovia RJ-106 estão vinculadas ao objeto da concessão licitada?*

Com base nos trabalhos realizados em campo, foram identificados os Achados descritos a seguir, consoante os termos do Relatório de Auditoria³:

ACHADO 1: *Ilegalidade das prorrogações contratuais advindas dos Termos Aditivos nº. 8 e nº. 10*

ACHADO 2: *Desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.*

ACHADO 3: *Desvantagem econômica ao Poder Público pela prorrogação contratual com base em parâmetros desatualizados e premissas equivocadas concernentes ao FCM e sua TIR.*

Diante desses Achados, a unidade técnica, ao final de seu Relatório, apresenta a proposta de encaminhamento transcrita abaixo (grifos no original):

Ante o exposto, e considerando:

A ilegalidade das prorrogações discricionárias empreendidas por meio dos termos aditivos nº. 8 e nº. 10 ao contrato de concessão nº. 43/96, em ofensa ao art. 45 §1º da Lei Estadual 2.831/97;

As consequências jurídicas e administrativas decorrentes da decretação de invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma, e a necessidade de indicar as condições para regularização de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, conforme destacado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, Decreto-Lei nº. 4.657/1942;

O desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato em função dos eventos destacados no item 4.1.3 deste relatório;

A antieconômica pactuação da Taxa Interna de Retorno – TIR em 12,5% com base em referências desatualizadas e distantes da Taxa de Desconto praticada pelo mercado à época da celebração do 8º Termo Aditivo;

A desvantagem econômica das condições para prorrogação do contrato de concessão, mormente pelas premissas estabelecidas na 8ª e na 10ª revisão tarifária, que além pactuar uma TIR antieconômica, replicaram e perpetuaram custos estimados em 1996 para o período de 2012 a 2046 no Fluxo de Caixa Marginal, atentando contra a modicidade tarifária e atualidade do serviço;

³ Peça eletrônica “31/01/2023 Informação CAD-DESESTATIZAÇÃO”.

Que o mérito dos Processos TCE-RJ nº. 100.167-4/2012 e nº. 105.994-8/2016, apensos ao presente, foi perquirido ao longo dos trabalhos desta auditoria e destacados aos itens 4.1.3, 4.1.4, 4.2.1 e 4.2.2 deste relatório;

Sugere-se ao Egrégio Plenário desta Corte de Contas a adoção das seguintes propostas:

I. **PROCEDÊNCIA** quanto ao mérito da Representação constante do processo TCE-RJ nº. 105.994-8/16, em função da ilegalidade e da antieconomicidade das prorrogações ao Contrato de Concessão nº. 43/1996 empreendidas pelos Termos Aditivos nº. 8 e nº. 10;

II. **COMUNICAÇÃO com DETERMINAÇÃO** aos Presidentes da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transporte Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp-RJ) e da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro (DER-RJ), bem como ao atual Governador do Estado do Rio de Janeiro, para que, em conjunto, respeitadas as suas competências e atribuições institucionais:

Concluam, em até 12 (doze) meses, as medidas administrativas necessárias à regularização da gestão da rodovia Via Lagos, **tendo em vista a ilegalidade das prorrogações celebradas no Contrato de Concessão nº. 43/96 e os efeitos prospectivos das seguintes alternativas, optando pela mais vantajosa, em atenção dos princípios da segurança jurídica, da economicidade, da continuidade do serviço público e da modicidade tarifária, bem como os interesses gerais:**

a. **Anulação das prorrogações celebradas por meio dos Termos Aditivos nº. 8 e nº. 10**, mediante prévia avaliação técnica da eventual indenização à Concessionária pelos investimentos ainda não amortizados – hipótese em que se deverá considerar nova taxa de desconto, a ser calculada pela Agência Reguladora, condizente com a metodologia WACC à época da celebração do 8º Termo Aditivo e com as ponderações acerca do contexto de menor risco alocado à concessionária, conforme item 4.1.3 deste relatório – e do potencial arrecadatário (ou de redução tarifária) de um novo processo licitatório para a gestão da rodovia, caso haja interesse político para essa delegação; além de se considerar no cálculo da indenização:

i. O saneamento de todos os elementos que concorrem para seu atual desequilíbrio econômico-financeiro, conforme apontados no presente relatório, os quais envolvem:

1. Indevida aplicação de BDI de 16% sobre os valores de desapropriações e custos decorrentes (Tópico 4.1.1, item “ii”)

2. Falhas nos parâmetros e metodologias aplicadas em processos de Revisão Tarifária, sobretudo nos seguintes eventos:

a. Reequilíbrio de período não contemplado pelo Quadro de Tarifas Temporárias (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “b”);

b. Omissão de Receitas do período (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “d”);

c. Diferença a menor na substituição do tráfego projetado pelo tráfego real no Fluxo de Caixa Marginal (Tópico 4.1.3, 10ª Revisão)

3. *Transferência indevida do risco de tráfego/demanda ao Poder Concedente, mormente nos seguintes eventos:*

a. *Instituição de Quadro de Tarifas Temporárias nos anos iniciais da concessão (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “a”);*

b. *Retomada da incidência do Imposto Sobre Serviços de exploração de rodovias; (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “c”);*

c. *Reequilíbrios nos arredondamentos de tarifa, nos atrasos de reajustes, e nos índices de reajustes temporários (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “d”);*

b. **Manutenção do Contrato de concessão** nº 43/1996, caso seja comprovada inequívoca inviabilidade de adoção da opção anterior – à luz do interesse público e das opções postas ao alcance dos gestores, considerando o que estabelece o Art. 21 do Decreto-Lei nº. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) –, **hipótese em que deve ser garantida a modicidade tarifária e privilegiadas as medidas tendentes à redução do prazo remanescente do contrato, além de considerados:**

i. *O saneamento de todos os elementos que concorrem para seu atual desequilíbrio econômico-financeiro, apontados no presente relatório, os quais envolvem:*

1. *Indevida aplicação de BDI de 16% sobre os valores de desapropriações e custos decorrentes (Tópico 4.1.1, item “ii”)*

2. *Falhas nos parâmetros e metodologias aplicadas em processos de Revisão Tarifária, sobretudo nos seguintes eventos:*

a. *Reequilíbrio de período não contemplado pelo Quadro de Tarifas Temporárias (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “b”);*

b. *Omissão de Receitas do período (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “d”);*

c. *Diferença a menor na substituição do tráfego projetado pelo tráfego real no Fluxo de Caixa Marginal (Tópico 4.1.3, 10ª Revisão)*

3. *Transferência indevida do risco de tráfego/demanda ao Poder Concedente, mormente nos seguintes eventos:*

a. *Instituição de Quadro de Tarifas Temporárias nos anos iniciais da concessão (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “a”);*

b. *Retomada da incidência do Imposto Sobre Serviços de exploração de rodovias; (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “c”);*

c. *Reequilíbrios nos arredondamentos de tarifa, nos atrasos de reajustes, e nos índices de reajustes temporários (Tópico 4.1.3, 5ª Revisão Tarifária, item “d”);*

ii. *O estabelecimento de nova taxa de desconto a ser calculada pela Agência Reguladora, condizente com a metodologia WACC à época da celebração do 8º Termo Aditivo e com as ponderações acerca do contexto de menor risco alocado à concessionária, conforme item 4.1.3 deste relatório, devendo-se ainda considerar a atualização das disposições contratuais para o período prorrogado, avaliando:*

1. A atualização dos parâmetros e da estrutura de custos levada ao Fluxo de Caixa Marginal para o período extracontratual (de 2022 em diante). (Tópico 4.1.3, 8ª Revisão Tarifária e item “vii”);

2. A possibilidade de atualização das disposições contratuais para o período prorrogado com inclusão de indicadores de desempenho que primem pelo princípio da eficiência, atualidade e serviço adequado, a exemplo do Fator X e D (Tópico 4.1.3, 8ª Revisão Tarifária).

iii. A adoção de medidas fiscalizatórias ao cômputo dos dados reais de tráfego a serem inseridos no Fluxo de Caixa Marginal, evitando-se discrepâncias e assegurando maior fidedignidade e integridade às informações.

III. COMUNICAÇÃO com DETERMINAÇÃO ao titular do Órgão Central de Controle Interno, para que acompanhe o cumprimento das Determinações propostas no presente relatório de auditoria e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o inc. IV, art. 53 e art. 55 da Lei Complementar nº. 63/90.

IV. COMUNICAÇÃO com DETERMINAÇÃO ao presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transporte Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp-RJ) para que torne permanentemente público o acesso aos autos do processo SEI-220008/000338/2022, instaurado para acompanhamento da auditoria de conformidade ao Contrato de Concessão nº. 43/96.

V. CIÊNCIA ao Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro acerca dos fatos narrados no presente relatório de auditoria, para a adoção das providências que entender cabíveis.

VI. CIÊNCIA aos Senhores Hugo Leal Melo da Silva e Jânio dos Santos Mendes acerca dos fatos narrados no presente relatório de auditoria, em virtude da representação por eles apresentada, constante do Processo TCE-RJ nº. 105.994-8/2016.

VII. CIÊNCIA ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, em que corre a Ação Popular sob processo nº. 0014659-83.2017.8.19.0011, acerca dos fatos narrados no presente relatório de auditoria.

VIII. ANEXAÇÃO dos processos TCE-RJ nº. 100.167-4/2012 e nº. 105.994-8/2016 ao presente.

IX. ARQUIVAMENTO do presente processo.

Após a manifestação do Corpo Instrutivo, o presente processo foi objeto de distribuição imediata ao Gabinete do Relator, na forma do disposto no art. 49, § 9º, do Regimento Interno.

É o Relatório. Passo ao meu Voto.

Do exame detido dos autos, verifico que todos os aspectos destacados na fundamentação do Acórdão nº 3.627/2022⁴ (itens “i” a “ix”, já reproduzidos em meu Relatório) foram corretamente abordados pela instância técnica em sua instrução, fazendo-se pertinente a transcrição, a seguir, das conclusões apresentadas em relação a cada um deles:

i) “Obtenção e comparação do valor atribuído por quilômetro de implantação do dispositivo de segurança (preço por Km de divisória), previsto no Edital, retirado pelo Termo Aditivo nº 7 e reincluído no Termo Aditivo nº 8”

[...]

Conclusão sobre o item “i”

A partir da obtenção dos valores (globais e por quilômetro) das obras que contemplavam a implantação das barreiras divisórias de pistas, verifica-se que o valor dos novos investimentos, inseridos por meio do 8º Termo Aditivo, foi 49,6% superior ao valor previsto inicialmente no contrato para a 2ª etapa de investimentos.

Sem embargo, tal comparação não possui correspondência direta a ponto de conduzir a um resultado conclusivo sobre eventuais impropriedades cometidas nas tomadas de decisões do poder concedente, no âmbito de tais alterações contratuais. Isto decorre da significativa distinção do conjunto dos investimentos comparados, da falta de detalhamento dos investimentos iniciais, e do fato de eles terem sido excluídos, e posteriormente incluídos, ao escopo da concessão por motivos diversos e em contextos contratuais igualmente segregados.

ii) “Verificação dos orçamentos das obras aprovados pela Fundação DER-RJ que embasaram, em especial, os Termos Aditivos nº 8 e nº 10”

[...]

Conclusão sobre o item “ii”

Após análise empreendida nos orçamentos dos investimentos que embasaram os Termos Aditivos nº. 8 e nº. 10, sequindo metodologia e delimitações já relatadas, é possível concluir que para os orçamentos elaborados pela Concessionária para as obras (Lote 1 – Doc. AN28 e Lote 2 – Doc. AN29), a partir de projeto executivo definitivo aprovado pela Fundação DER-RJ, não foram encontradas irregularidades relativas à economicidade.

Entretanto, ressalva-se a inconsistência no valor final definido para os investimentos levados ao Fluxo de Caixa Marginal a partir da 10ª Revisão Tarifária, decorrente da incidência indevida de 16% de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI sobre a totalidade dos valores de Desapropriação e custos decorrentes, na medida em que todos os custos e remunerações relativas à desapropriação já estavam abarcadas pelos dados constantes em campo específico do orçamento definitivo e pela TIR do fluxo de caixa marginal.

⁴ Exarado no Processo TCE-RJ nº 100.167-4/2012 (referente ao 8º Termo Aditivo).

Portanto, tal inconsistência se soma aos eventos de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato destacados no item 4.1.3 deste relatório, os quais deverão ser conjuntamente considerados nos cálculos futuros de conformação do presente contrato.

[...]

iii. Apuração dos dados (locais de acidentes fatais com colisão frontal) que embasaram a indicação, pela Fundação DER-RJ, para execução de divisória ao longo de toda rodovia (56km), uma vez que, tanto no Edital quanto pela avaliação da concessionária, a indicação para colocação de divisória era numa extensão expressivamente inferior (10 km).

[...]

Conclusão sobre o item “iii”

*A análise empreendida admite concluir que os acidentes com óbitos ocorriam de maneira indiscriminada ao longo de toda a rodovia, quer por colisões frontais, transversais ou laterais, **não havendo trechos específicos que justificassem a implementação de medianas em detrimento de outros.** Por isso, a indicação da Fundação DER-RJ para se instalar as defensas nos 56 km da rodovia, ainda que discricionária (não obrigatória), foi condizente com os dados apurados.*

Quanto à indicação de colocação de divisórias em uma extensão de 10 quilômetros, tratou-se de uma proposta inicial da Concessionária, baseada em parâmetros técnicos e econômicos próprios, que não foi encampada pelo Poder Concedente. Ademais, esclareça-se que o edital de licitação que deu origem ao presente contrato fazia previsão à implantação de barreiras centrais de forma ampla quando das obras da 2ª etapa.

iv) Exame da correlação da redução dos acidentes com as obras realizadas na rodovia de forma ampla, não se limitando à construção das divisórias, uma vez que o índice de acidentes já havia sido reduzido após intervenções anteriores à implantação de divisórias ao longo de toda a rodovia.

[...]

Conclusão sobre o item “iv”

O exame da correlação da redução dos acidentes com as obras realizadas na rodovia permitiu identificar que a estrutura implantada pela concessão da RJ-124 a partir de 1997 se mostrou uma solução eficiente para mudar a realidade da segurança de uma rodovia que era considerada “a rodovia da morte” até então por seus utentes.

No primeiro momento da concessão, 1997 a 2012, a redução dos índices de acidentes, de mortes, de mortalidade, de feridos, e de gravidade foi disruptiva em relação ao período não concedido. A redução dos índices chegou a mais de 70%, o que corroborou o fato de a Rodovia dos Lagos, mesmo ainda sem a construção das medianas, ser considerada a melhor rodovia estadual do Estado do Rio de Janeiro.

Em que pese essa posição de destaque da rodovia, vultosos investimentos (R\$ 158.565.325,47, ago/2012) foram realizados para se melhorar o que já se tinha como referência. As barreiras centrais foram implementadas, a seção transversal da rodovia foi ampliada, trevos e passarelas foram construídos, acostamentos

foram pavimentados, e outras melhorias foram adicionadas. Em que pese esse segundo momento da concessão tenha melhorado ainda mais as condições de segurança da rodovia, ele não trouxe mudanças tão abruptas nos índices.

Diante de todo exposto, verifica-se que, embora as obras da 2ª Etapa não tenham sido expressivas para redução dos índices de acidentes proporcionados pela 1ª Etapa, elas tiveram maiores efeitos na redução das fatalidades e gravidades dos acidentes.

[...]

v. Verificação do impacto financeiro da postergação do pagamento das parcelas da outorga, que poderiam ter financiado as obras pela Fundação

[...]

Conclusão sobre o item “v”

Uma vez compreendido que a posição final das postergações de valores de outorga objetivou outros fins, que não as obras aditadas; que os custos das obras e das desapropriações foram financiadas pela Fundação DER-RJ por meio de antecipação do vencimento de seus recebíveis a título de outorga; e que a realização das obras pela própria concessionária primam pela lógica basilar das concessões atinentes aos riscos e garantias de construção, perde-se o fundamento de se verificar o “impacto financeiro da postergação do pagamento das parcelas da outorga, que poderiam ter financiado as obras pela Fundação”.

vi) Levantamento da assunção de novos encargos, pelo Poder Concedente, seja de forma direta ou indireta

[...]

Conclusão sobre o item “vi”

O levantamento dos encargos assumidos pelo Poder Concedente objetivou aqueles mais relevantes e materiais para execução de procedimentos de auditoria, os quais foram suficientes para se configurar asseguração razoável de que não há distorções relevantes nos eventos listados neste item “vi”.

vii) Obtenção da TIR efetivamente praticada até o Termo Aditivo nº 8 e após sua celebração, considerando o fluxo de caixa realizado

[...]

Conclusão sobre o item “vii”

A obtenção de uma TIR intermediária praticada até o 8º Termo Aditivo (2011), além de ser tecnicamente inadequada em virtude das incontáveis taxas possíveis (e seu alto grau de dispersão), não encontra uma base de cálculo que seja razoável para servir de referência, conforme desenvolvido na precedente análise.

Apesar disso, compreende-se que o propósito deste item era encontrar uma Taxa de Desconto que servisse de parâmetro para avaliar se a TIR original, de 19,85%, estaria distante o suficiente para se constatar indícios de desequilíbrio do contrato em função da variação da Taxa Mínima de Atratividade ao longo da execução contratual. Tal intento consegue amparo ao se calcular o custo de capital por meio da metodologia do WACC, evidenciando taxas entre 5,1% e 9,1% para o ano de

celebração do 8º Termo Aditivo, conforme fontes e ocorrências destacadas na Tabela 21 – Cálculo WACC abordada previamente.

Diante do exposto, verifica-se relevante distanciamento das taxas de referência, quando cotejadas com a TIR original de 19,85%. Isso se daria não só para a referência de 2011, mas, pelo menos, desde 2007, quando a TMA girava em torno de 8,95%. Contudo, empenhar um reequilíbrio do contrato alterando premissas econômicas, com fundamento na extraordinária alteração da conjuntura brasileira, requer traspasar barreiras jurisprudenciais, doutrinárias e econômicas altamente sensíveis. Afinal, refletir-se-ia na percepção de segurança jurídica dos investidores e impactaria o apetite e precificação do mercado, o qual teria que considerar pelo menos mais um relevante risco: a mudança arbitral da remuneração pactuada. Essa medida até tem o potencial de encontrar benefícios de curto prazo, mas os reflexos a longo prazo podem ser mais nocivos.

Portanto, também considerando a referência do TCU em se determinar o uso do Fluxo de Caixa Marginal para cenários de novos investimentos – consequentemente valendo-se de uma nova TIR alinhada ao novo contexto de estabilidade econômica –, ficou implícita a conveniência e oportunidade da Agência Reguladora (ANTT) para atuar no reequilíbrio dos contratos em sua jurisdição. Por isso, entende-se que tal medida seria mais salutar se desenvolvida harmonicamente em as partes.

*Portanto, considerando a referência do TCU, que **não determinou** a realização de revisão tarifária para saneamento do descolamento entre as Taxas de Desconto, deixando implícita a conveniência e oportunidade da Agência Reguladora (ANTT) para atuar nesta frente; considerando que houve determinação para uso do Fluxo de Caixa Marginal, e consequentemente de uma nova TIR alinhada ao novo contexto de estabilidade econômica, para cenários de novos investimentos; entende-se que a medida mais salutar para restabelecer o equilíbrio seria por meio de conciliação harmônica entre as partes.*

[...]

Conclusão aos itens “viii” e “ix”

[...]

viii. Verificação da correspondência entre a vantagem (precificada) para o interesse público, em face das reduções concedidas nas tarifas de pedágio e investimentos adicionais na RJ-124, e a perda auferida pelo Estado, com a postergação do pagamento das parcelas da outorga e assunção de obrigações, bem como da eventual necessidade de prorrogação do prazo contratual para recomposição do fluxo de caixa do empreendimento

A partir das análises anteriormente expostas, conclui-se que a decisão discricionária tomada pelo Poder Concedente em estender antecipadamente o prazo contratual da concessão, como contrapartida econômica ao aperfeiçoamento dos níveis de segurança da rodovia e concomitante redução tarifária, além de conflitar com disposição legal, foi formulada com base em parâmetros inapropriados.

Quanto à eventual vantagem para o interesse público obtida a partir da redução tarifária e das prorrogações de prazo contratuais, conclui-se que tal verificação

restou comprometida, uma vez que não houve a realização, injustificadamente, de estudos técnicos que permitissem avaliar de maneira objetiva todas as alternativas que concorriam com a prorrogação, mormente a possibilidade, prevista em Lei, de encampação seguida de relicitação.

No tocante às postergações do pagamento das parcelas de outorga, é relevante registrar que tais alterações consistiram em medidas adotadas pelo Poder Concedente para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, afetado por situações diversas que ensejaram o reequilíbrio da avença. A análise quanto à adequação destas medidas, empreendidas nos Termos Aditivos nº. 2, nº. 4, nº. 5 e nº. 6, foram efetuadas nessa auditoria e detalhada no tópico 4.1.3 deste relatório, não sendo verificadas inconsistências nos atos praticados.

Cumpra complementar que as alterações no cronograma de desembolso da Concessionária ocorreram em momentos distintos da reformulação contratual que contemplou as prorrogações de prazo e, portanto, não possuem relação de causa e efeito.

ix. Conferência dos parâmetros utilizados nas repactuações de prazo, comparando, inclusive, a tarifa quilométrica de pedágio adotada no Contrato de Concessão nº 43/1996 com a tarifa praticada em outras concessões rodoviárias, bem como a real motivação para a prorrogação pretendida a partir de 2022, a eventual omissão do Poder Concedente, a potencial fuga ao objeto da concessão (obras executadas na RJ-106), entre outros pontos que possam ser levantados pela Equipe de Auditoria

Conforme já exposto, os termos das prorrogações de prazo efetuadas no contrato auditado basearam-se em parâmetro inapropriados, notadamente no que se refere à definição da TIR do Fluxo de Caixa Marginal (FCM).

Consoante ao que já se encontra detalhado no tópico 4.1.3 do presente relatório, a inobservância de metodologia constante em norma da ANTT, que preconiza a efetuação do cálculo do WACC como fundamento para definição da Taxa de Desconto do FCM, derivou em fixação de TIR marginal consideravelmente superior às taxas praticadas no mercado à época, resultando em tarifas de pedágio mais elevadas e/ou ampliação do prazo necessário para a integral amortização dos novos investimentos.

Buscando elucidar todas as questões suscitadas pelo Plenário desta Corte quando da determinação para instauração da presente auditoria de conformidade, realizou-se comparação, entre a tarifa quilométrica de pedágio da Rodovia dos Lagos e demais rodovias concedidas componentes de uma amostra, conforme proposto no item do Voto em comento. Assim, apresenta-se a tabela abaixo contendo a mencionada comparação, realizada a partir dos dados de valores de tarifa básica de pedágio (TBP), praticadas atualmente em 10 rodovias concedidas pela Administração federal, em 1 segunda rodovia concedida pela Administração estadual (Rota 116) e na Rodovia dos Lagos (RJ-124):

[...]

É possível constatar que a RJ-124, rodovia objeto da concessão auditada, possui a 4ª maior tarifa quilométrica dentre as rodovias componentes da amostra, com valor de R\$ 0,15/Km, superando em 43% o valor médio para a amostra (R\$ 0,11/Km).

Apesar do resultado extraído da comparação retro apresentada, importa assinalar que tal espécie de comparação não permite a verificação da adequabilidade da tarifa, tampouco dos parâmetros utilizados nas revisões tarifárias, em razão das distintas características de cada concessão. Como cediço, o valor da tarifa de uma concessão rodoviária se define a partir da conformação de diversos aspectos específicos e peculiares de cada projeto, como: a extensão da rodovia; o porte e o volume dos investimentos a serem realizados; o volume e tipologia de tráfego; os custos de recuperação, manutenção e operação; o tempo de amortização dos investimentos; o critério de julgamento da licitação; o tipo de regulação imposta; a matriz de pactuação de riscos; a taxa interna de retorno pactuada, que por sua vez depende de conjunturas macroeconômicas da época da contratação; entre outras.

Ainda sobre o tema da tarifa da Rodovia dos Lagos, cumpre registrar que vários foram os fatores que contribuíram para o alto valor praticado no pedágio, desde a modelagem e formulação do projeto da concessão rodoviária até a eventos que ocorreram durante a execução contratual. Com efeito, cita-se o grande volume de investimentos realizados ainda nos primeiros anos da Concessão, necessários para implantação de 30km da rodovia e duplicação dos outros 26km; a opção do Poder Concedente, na modelagem da concessão, pelo critério de julgamento da licitação (maior valor de outorga); a fixação de TIR elevada, mas que refletia os riscos e o custo de capital inerente ao cenário macroeconômico da época da licitação (1996); os altos custos com desapropriações; e diversos eventos que ensejaram o reequilíbrio do contrato durante a execução, por meio de revisão tarifária, como a inclusão de novos investimentos não previstos inicialmente.

Sobre eventual fuga ao objeto da licitação, que seria caracterizada pela execução de obras na RJ-106, conforme consignado no item de controle em debate, cabem os seguintes esclarecimentos.

Conforme se verifica no Edital de Concorrência nº. 01/96 (Doc. AN03) e seu Anexo V, o escopo inicial da Concessão contemplava, dentre o rol de investimentos, obras de recuperação, recapeamento e sinalização em 30 km da RJ-124; implantação de 26 km da via denominada “paralela a RJ-106” e recuperação, recapeamento e sinalização em 04 km da RJ-106, totalizando uma extensão de 60 km em obras e serviços de engenharia rodoviária, além da obrigação de manter serviços de conservação ao longo de todos os 60 km.

Ocorre que, quando da formulação da 5ª Revisão Tarifária, ratificada por força da Deliberação Agetransp nº. 60/2006, o ente regulador determinou a exclusão, no escopo da Concessão, dos custos anuais previstos com conservação de 4 km da Rodovia RJ-106, que integrava a extensão de 60 km de rodovia constante do Contrato. Tal medida foi efetuada pois o DER-RJ iria realizar, mediante contratação direta, a duplicação do trecho que ligava São Pedro da Aldeia/RJ a Cabo Frio/RJ, o qual incluía tais 4 km. A referida alteração da área de abrangência da Concessão, de 60 para 56 km, foi materializada pelo 7º Termo Aditivo Contratual, em sua Cláusula Sexta.

Dessa forma, e considerando que durante a presente auditoria não se constatou impropriedades no que tange à redução da área de abrangência da Concessão efetuada, sendo devidamente retirado do fluxo de caixa da concessão os custos relativos à conservação do trecho suprimido favorecendo a desoneração da tarifa; e que as obras inicialmente previstas no contrato para recuperação,

recapeamento e sinalização de trecho da RJ-106 foram integralmente executadas pela Concessionária, conclui-se que não houve, durante a execução contratual, situação que pudesse configurar fuga ao objeto da licitação por realização de obras na RJ-106.

Por fim, cumpre consignar que, apesar das impropriedades decorrentes de falhas nas definições dos parâmetros adotados nos processos de revisões tarifárias, e da ilegalidade dos 8º e 10º termos aditivos – os quais ampliaram o prazo da concessão em 25 anos em configuração própria de uma prorrogação antecipada, e, portanto, de caráter discricionário, ao arrepio do art. 45 da Lei Estadual 2.831/97 –, não se perquiriu a responsabilização dos agentes públicos devido à materialização da prescrição da pretensão punitiva.

Em decorrência das apurações efetuadas para os itens acima e, ainda, de outros aspectos definidos na fase de planejamento da presente fiscalização, foram identificados os Achados de Auditoria já listados em meu Relatório, cujas situações encontradas são as descritas adiante, nos termos da manifestação da unidade técnica:

4.2.1 ACHADO 1: Ilegalidade das prorrogações contratuais advindas dos Termos Aditivos nº. 8 e nº. 10.

[...]

Situação Encontrada

Constata-se que as prorrogações de prazo realizadas no contrato de Concessão nº. 43/96 possuem características análogas a prorrogações antecipadas, instituto jurídico que não se confunde a prorrogação extraordinária, cuja finalidade reside na recomposição do equilíbrio contratual.

Nesse sentido, uma vez que a prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos possui caráter discricionário, as dilações de prazo efetuadas pelos Termos Aditivos nº. 08 e nº. 10 encontram obstáculo no artigo 45 da Lei Estadual nº 2.831/97.

Tal raciocínio deriva, em síntese, das seguintes constatações, obtidas após análise documental empreendida nos Processo regulatórios que promoveram a Reformulação Geral do Contrato (8ª Revisão Tarifária), a 10ª Revisão Tarifária, bem como os Termos Aditivos nº. 08 e nº. 10:

- *a reformulação do contrato, efetivada por meio do 8º termo aditivo, compreendeu essencialmente a prorrogação do prazo por mais 15 anos, a inserção e realização de novos investimentos no escopo da concessão (obras de melhoria de segurança), bem como a redução do valor da tarifa;*
- *a mencionada reformulação foi pactuada consensualmente entre as partes, e derivou de processo regulatório específico conduzido pela Agetransp;*
- *anteriormente à elaboração da 8ª revisão tarifária extraordinária, que se propôs precipuamente a reconfigurar o cálculo da tarifa após a definição da reformulação do contrato, a equação econômico-financeira da avença encontrava-se em*

situação de equilíbrio, ressalvados pequenos desajustes de baixa materialidade e inerentes à dinâmica de contrato de longo prazo;

- *a motivação para as obras de readequação das características físicas e geométrica da rodovia, com implantação dos dispositivos separadores de pista (defensa), antes do atingimento do gatilho contratual de TMD de 20.000 veículos, não possui caráter de obrigatoriedade técnica ou normativa.*
- *Não há configuração de situação que evoque o conceito de álea extraordinária que suplante a discricionariedade do gestor em incluir, ou não, a execução das obras de melhoria no escopo da concessão. Isso reforça o caráter eletivo de se pactuar a inclusão de novos investimentos e a consequente opção de se prorrogar o contrato em detrimento de outros mecanismos de reequilíbrio.*

O resultado completo da análise sobre a legalidade e vantajosidade das prorrogações efetuadas está exposto, com maiores detalhes, nos tópicos 4.1.3 e 4.1.4 do presente Relatório.

[...]

4.2.2 ACHADO 2: Desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

[...]

Situação Encontrada

A partir das análises empreendidas nas revisões tarifárias efetuadas ao longo da execução contratual (1ª a 10ª Revisão), constatou-se a ocorrência de inconsistências que impactaram e permanecem impondo efeitos sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de Concessão.

Tais ocorrências se resumem em três diferentes aspectos, relacionados a seguir em síntese:

- *Falhas nos parâmetros dos dados preenchidos nas planilhas de revisões tarifárias, a exemplo da omissão de receitas de 01.08 a 07.08.2000, da extrapolação do período do Quadro de Tarifas Temporárias, e da incompletude do tráfego real levado ao FCM na 10ª revisão tarifária.*
- *Desrespeito à alocação do risco de tráfego, que interferiram materialmente nos reequilíbrios que trataram do Quadro de Tarifas Temporárias, do retorno do ISS, e dos arredondamentos, atrasos de reajuste e índices de reajustes temporários.*
- *Fixação de TIR, relativa ao Fluxo de Caixa Marginal (FCM), assentada em premissas desatualizadas e equivocadas.*

O resultado da análise sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato está exposto, com maiores detalhes, no tópico 4.1.3 do presente Relatório.

[...]

4.2.3 ACHADO 3: Desvantagem econômica ao Poder Público pela prorrogação contratual com base em parâmetros desatualizados e premissas equivocadas concernentes ao FCM e sua TIR.

[...]

Situação Encontrada

As prorrogações de prazo efetuadas no contrato auditado foram baseadas em parâmetros e premissas antieconômicas, mormente no que se refere à Taxa Interna de Retorno (TIR) pactuada em 12,5%, distante do custo de capital à época da celebração do 8º Termo Aditivo.

Ademais, a metodologia do Fluxo de Caixa Marginal adotada nas extensões de prazos efetuadas – que juntas equivalem ao mesmo período inicialmente pactuado (25 anos) – apresenta características que agravam os efeitos negativos das prorrogações para o caso concreto. Entre eles, é possível citar:

- *Transferência do risco de tráfego, antes integral da Concessionária, para ser totalmente do Poder Concedente por um período adicional de 25 anos, desvirtuando uma das lógicas basilares das concessões;*
- *Replicação de custos previstos na proposta de preços de 1996 ao período de 2022 a 2046 do FCM, portanto, perpetuando parâmetros desatualizados;*
- *Insubmissão de procedimento licitatório, regra constitucional.*

O resultado completo da análise procedida sobre as prorrogações, sob o aspecto dos parâmetros que as suportaram, está exposto, com maiores detalhes, no tópico 4.1.3 do presente Relatório.

No que tange ao Achado 1, rememoro que, por ocasião de minha relatoria no Voto exarado no Processo TCE-RJ nº 105.994-8/16⁵ em Sessão Plenária de 02/02/2022, concluí pela ilegalidade das prorrogações antecipadas promovidas no Contrato de Concessão nº 43/1996 por meio dos Termos Aditivos nº 8 e nº 10, por considerar que elas afrontavam, diretamente, o disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97⁶. Tal entendimento — que redundou no julgamento da Procedência da Representação em relação a esse ponto — foi perfilhado, naquela oportunidade, pelo Plenário desta Corte, de forma unânime, tendo sido proferido, então, o Acórdão nº 3.628/2022.

Em sede recursal, todavia, em Sessão Plenária de 24/08/2022 (Acórdão nº 134.333/2022), este Tribunal reconsiderou o seu posicionamento sobre o tema,

⁵ Representação relativa ao Contrato nº 43/1996.

⁶ Art. 45 - As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga.

§ 1º - Vencido o prazo da concessão, o Poder Concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei.

tendo por base o Voto Revisor da eminente Conselheira Marianna Montebello Willeman, do qual, por elucidativos, transcrevo os seguintes excertos (grifos originais):

*Como dito, a decisão recorrida reconheceu a ilegalidade da prorrogação do prazo do contrato de concessão nº 43/1996, por suposta afronta ao art.45 da Lei Estadual nº 2.831/97, **ponto que considero que deva ser revisitado.***

Nesse particular, entendo assistir razão às recorrentes ao invocarem a distinção doutrinária entre a chamada “prorrogação-renovação” (ou prorrogação discricionária da concessão, ou ainda “prorrogação ordinária”) e a “prorrogação-ampliação” (dilação do prazo contratual ou “prorrogação extraordinária”).

No primeiro caso, a prorrogação fundamenta-se em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, justificando-se sobretudo por motivos de eficiência e economicidade. Nesse caso, o contrato de concessão chega ao seu término e ocorre a mera extensão do prazo da contratação por acordo entre as mesmas partes.

*Já a “**prorrogação-ampliação**” ou “**prorrogação extraordinária**” consiste em uma medida compensatória, procedendo-se à transferência do termo final do contrato para o futuro como forma de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em razão de fatos que fogem à responsabilidade e riscos da concessionária.*

*Conforme lecionam Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Peçanha Guzela, “a prorrogação extraordinária é um mecanismo de que dispõe a Administração para o cumprimento de seu **dever** de promover o reequilíbrio contratual em casos de desequilíbrio – definição que, por si só, evidencia a sua distinção em relação à prorrogação ordinária. **Não se está aqui a falar em prorrogação discricionária a depender de um juízo de mera conveniência e oportunidade, mas de uma prorrogação corretora, destinada a sanar uma situação ilícita e anômala.**”*

Nesse contexto, a vedação imposta pela Lei Estadual nº 2.831/97 parece aplicar-se apenas às prorrogações discricionárias dos contratos de concessão, remanescendo, por outro lado, a possibilidade de prorrogação do ajuste uma das formas legítimas e possíveis de recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Assim digo, sob o ponto de vista lógico-econômico, porque o prazo é uma importante variável econômica do contrato de concessão, relacionando-se com o volume de investimentos necessários, com a taxa de retorno do empreendimento e com a demanda (fluxo de veículos), devendo guardar nexos com o tempo necessário para recuperar os investimentos do projeto (payback).

*Nesse contexto, **a extensão do prazo da concessão como forma de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é medida amplamente aceita em sede doutrinária** (...)*

Destaco, ainda, que o próprio contrato de concessão em foco previu a possibilidade de que a prorrogação de prazo poderia ser utilizada como mecanismo para o reestabelecimento de seu equilíbrio econômico-financeiro, nos seguintes termos:

*Cláusula 8ª – O prazo da Concessão é de 25 (vinte e cinco) anos, constado a partir da Ordem de Início expedida pelo DER-RJ. **É admitida a prorrogação do prazo da Concessão**, desde que haja interesse público expresso através da anuência do Poder Concedente e haja interesse da Concessionária.*

*Cláusula 14ª, Parágrafo 7º - **Sempre que haja lugar para a revisão do valor da Tarifa Básica de Pedágio**, e sem prejuízo do disposto nos itens acima, o Poder Concedente e a Concessionária poderão acordar, complementar ou alternativamente ao aumento do valor da tarifa:*

- a) pela antecipação ou **prorrogação do prazo do Contrato**;*
- b) pela atribuição de compensação direta à Concessionária;*
- c) ela combinação das alternativas anteriores;*
- d) por qualquer outra alternativa que venha a ser acordada entre as partes.*

*Diante de todo o exposto, parece-me fora de dúvidas que, **em tese**, a extensão do prazo do contrato de concessão pode ser validamente empregada como instrumento de reequilíbrio do ajuste, o que denota minha discordância com o entendimento firmado na decisão recorrida.*

Nesta toada, em que pese o esforço argumentativo apresentado pela Equipe de Auditoria, reputo, à luz do princípio da segurança jurídica (sobretudo porque não constam do presente processo elementos novos aptos a produzir efeitos sobre essa matéria, especificamente), não ser cabível mudança de entendimento desta Corte acerca de possível afronta, no caso vertente, ao art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97.

Tal fato, contudo, não importa a conclusão acerca da legalidade das prorrogações em tela, algo que já foi destacado no próprio Voto condutor do Acórdão nº 134.333/2022. Confira-se (grifos no original):

*O entendimento proposto neste voto ensejará o acolhimento parcial dos pleitos recursais, pois, **embora não se esteja aqui reconhecendo a legalidade das extensões de prazo do contrato de concessão nº 43/96**, propõe-se a revisão do entendimento de que os ajustes padeceriam necessariamente de ilegalidade, remetendo o exame da questão à Auditoria Extraordinária a ser realizada.*

Impende ressaltar que o “exame da questão” a que se referiu a Conselheira Revisora, conforme se extrai de seu próprio Voto, diz respeito à análise da legalidade da “prorrogação-ampliação” frente a outras alternativas de reequilíbrio contratual, análise essa que foi empreendida pela unidade técnica, consoante se

depreende das seguintes passagens de seu Relatório (atinentes às verificações procedidas em atenção ao *item viii*⁷ da fundamentação do Voto condutor do Acórdão nº 3.627/2022):

Não obstante este entendimento, será exposta a seguir a análise efetuada sobre as alternativas disponíveis ao Poder Concedente com vistas ao custeio de novos investimentos, em comparação com a opção escolhida: a extensão do prazo inicialmente fixado para operação do serviço delegado.

Ressalta-se preliminarmente que algumas opções, usualmente adotadas em processos de reequilíbrios contratuais de concessões, não estavam disponíveis ao Poder Concedente à época da celebração do 8º Termo Aditivo, devido às condições fáticas do contrato. A postergação ou compensação de pagamento de valor de outorga não poderia ser empregada, uma vez que tal obrigação já havia sido integralmente adimplida pela Concessionária, conforme se verifica no 6º Termo Aditivo, em 2005. De igual modo não restavam pendentes outros investimentos obrigatórios que pudessem ser substituídos, postergados ou suprimidos.

Nesse contexto, as possibilidades existentes e que poderiam ser consideradas elegíveis pela Fundação DER-RJ em alternativa às prorrogações efetuadas antecipadamente, visando à viabilidade financeira das obras de melhoria, eram as seguintes:

- *Aumento do valor da tarifa;*
- *Execução das obras pelo DER-RJ ou mediante contratação de obra pública, havendo ainda a possibilidade de execução pela Concessionária com subvenção do Poder Concedente;*
- *Extinção antecipada do contrato da concessão vigente com posterior realização de nova licitação, incluindo as obras de melhoria pretendida no rol das obrigações do novo concessionário.*

Aumento do valor da tarifa:

A adequação do valor da tarifa é considerada, pela Lei Geral de Concessões, o principal mecanismo voltado a manter ou restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Entretanto, muitas vezes a capacidade de pagamento dos usuários estabelece limites ao aumento tarifário. Sobre este aspecto, Letícia Lins de Alencar sustenta:

“uma leitura assídua da Lei Federal nº 8.987/95 permite concluir que nem sempre a modificação do valor da tarifa será o mecanismo mais adequado para garantir a manutenção ou restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Isso porque, em função da relevância da prestação de serviços públicos para os usuários, o legislador preocupou-se em consagrar,

⁷ viii. Verificação da correspondência entre a vantagem (precificada) para o interesse público, em face das reduções concedidas nas tarifas de pedágio e investimentos adicionais na RJ-124, e a perda auferida pelo Estado, com a postergação do pagamento das parcelas da outorga e assunção de obrigações, bem como da eventual necessidade de prorrogação do prazo contratual para recomposição do fluxo de caixa do empreendimento

em nível legal, o princípio da modicidade tarifária (art. 6º, §1º). Assim, nos casos em que a alteração do valor das tarifas tiver o potencial de obstaculizar ou tornar excessivamente onerosa a fruição dos serviços pelos usuários, este mecanismo poderá ser deixado de lado para que outros sejam aplicados”.

Conforme se verifica do processo regulatório específico que iniciou os estudos para as alterações contratuais formalizadas no 8º Termo Aditivo (E-33/110.113/2006), a redução do valor da tarifa, juntamente com a inclusão de novos investimentos de infraestrutura, fora uma das premissas que motivou a reformulação do contrato empreendida naquela ocasião. Ou seja, a adequação da tarifa para fazer frente aos dispêndios relativos às obras de melhoria não foi medida cotejada, por ir de encontro ao objetivo pretendido pelo DER-RJ e Agetransp, que desejavam justamente reduzir o valor do pedágio.

Sobre este aspecto, importa consignar que, segundo manifestações da agência reguladora, a motivação dos órgãos estatais para a redução da tarifa decorreu do acúmulo de reivindicações e descontentamentos por parte dos usuários com relação ao valor praticado no pedágio.

Destaca-se também que, quando da decisão tomada pelo Poder Concedente de realizar as obras (final de 2011), inserindo-as no escopo das obrigações da Concessionária, haviam decorrido 15 anos de execução contratual, restando outros 10 para o final da concessão. Não sobeja rememorar que o prazo de uma concessão constitui importante componente da equação econômico-financeira do contrato e equivale ao lapso de tempo ideal, capaz de garantir a amortização dos investimentos e gerar receitas necessárias para conferir adequada remuneração do capital investido pelo concessionário.

Nesse contexto, é possível depreender que a compensação econômico-financeira das novas despesas, caso fossem financiadas (e remuneradas) inteiramente pelo cálculo da tarifa, elevariam de forma expressiva o valor praticado nos pedágios, podendo afetar sobremaneira a modicidade tarifária, haja vista que restariam apenas 10 anos para a integral amortização dos vultosos novos investimentos (R\$ 158.565.325,47, ago/2012), além dos já realizados nos primeiros anos da concessão ainda não totalmente amortizados.

Execução das obras pelo DER-RJ ou mediante contratação de obra pública, havendo ainda a possibilidade de execução pela Concessionária com subvenção do Poder Concedente:

No que se refere à hipótese de execução das obras diretamente pelo DER-RJ, ou mediante contratação de empresa para realização de obra pública, importa registrar que a única manifestação encontrada nas documentações analisadas sobre a não implementação de tal medida foi a apresentada pela Câmara de Política Econômica e Tarifária da Agetransp (CAPET), por meio de documento remetido a este TCE-RJ em resposta ao item II.2.a) da Decisão Plenária de 30.09.20, no âmbito do Processo nº. TCE-RJ 105.994-8/16. A mencionada argumentação limitou-se a afirmar que “várias alternativas foram avaliadas pelo Poder Concedente e a Concessionária, tais como: Execução pelo DER-RJ não se mostrou alternativa viável pela falta de recursos financeiros disponíveis para realização dessas obras”.

Não obstante a ausência de comprovação acerca da alegada restrição orçamentária para a execução das obras de melhoria em detrimento da

prorrogação de prazo efetuada, seja diretamente, seja mediante contratação apartada, ou ainda executada pela própria concessionária e financiada por subvenção do Poder Concedente, cumpre discorrer sobre alguns aspectos negativos destas medidas quando comparada com as demais possibilidades.

*Ao decidir por realizar diretamente **investimentos de grande vulto** com objetivo de promover **melhorias** em um ativo **concedido**, o gestor transfere parcela significativa de recursos públicos, portanto, de todos os contribuintes, ao aprimoramento de aparelho de fruição restrita aos usuários daquele ativo. Noutro dizer, ao optar por executar obras de melhoria em uma rodovia concedida, custeada pelo erário, estaria a Administração realizando uma renúncia de liquidez e destinando à concessão recursos escassos que poderiam ser utilizados em demais áreas prioritárias de investimento público e de interesse da coletividade.*

Recorda-se que o total dos novos investimentos empreendidos, que visavam à melhoria de segurança viária e é tema do presente debate, custou R\$ 158.565.325,47 em valores de agosto de 2012, conforme orçamento definitivo aprovado pelo DER-RJ, e a sua execução ocorreu ao longo de 4 anos.

Ainda sobre os efeitos restritivos inerentes à execução direta pelo Poder Concedente é possível considerar as dificuldades relacionadas à dinâmica operacional da prestação do serviço e à compatibilidade de interesses entre a Concessionária, titular de um direito legitimamente constituído, e a hipotética construtora contratada para execução de obras de grande porte dentro dos limites demarcados pelo contrato de concessão. Esse cenário possui não só o alto potencial de ser um celeiro de disputas entre concessionária e construtora, decorrentes dos riscos de construção que ensejam “jogo de empurra”, mas também de gerar perda de incentivos e de eficiência, uma vez que a construtora não possui os mesmos interesses que a concessionária concernentes à operação da infraestrutura implementada.

Em que pese as ponderações assinaladas acima, que apontam eventuais consequências negativas relacionadas ao financiamento das novas obras mediante desembolso do Poder Concedente, importa mencionar o fato de que os recursos do Estado não são suficientes para o atendimento de todas as demandas sociais, devendo o Poder Público estabelecer as prioridades de gestão, diante da natural limitação destes recursos, que o obriga a decidir pela negativa ou postergação de investimentos em detrimento de outros.

Extinção antecipada do contrato da concessão com posterior realização de nova licitação:

Por último, torna-se relevante abordar a opção, disponível à época ao Poder Concedente, pela encampação da concessão seguida de posterior licitação, contemplando as obras de melhoria almejadas no bojo das obrigações contratuais. Sobre esta alternativa a Agetransp se manifestou nos autos do já mencionado Processo TCE-RJ nº. 105.994-8/16:

“a hipótese de realização de uma nova licitação para investimentos previstos no contrato de concessão em vigor, restando ainda 10 (dez) anos de prazo a cumprir, implicaria numa rescisão do contrato de concessão vigente e a indenização à Concessionária Via Lagos dos investimentos não amortizados, o que seria muito custoso e demorado”.

Complementarmente, em atendimento ao Termo de Solicitação de Informações nº. 06 encaminhado ao Poder Concedente, a CCR Via Lagos encaminhou respostas a esta equipe de Auditoria sobre este aspecto, argumentando em apertada síntese:

“A relicitação não foi uma opção estudada para a manutenção do equilíbrio contratual quando da celebrado do 8º Termo Aditivo, em 2011, pois não havia fundamento e base legal e contratual a época que permitisse a implementação de tal medida com a necessária segurança jurídica.”

[...]

“Na verdade, a realização de uma nova licitação exigiria a encampação do contrato de concessão, por interesse público, o que demandaria, nos termos do art. 37 da Lei n. 8.987/95: i) lei autorizativa específica para tanto; ii) o pagamento de prévia indenização a Concessionária pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados e por todos os prejuízos e danos emergentes decorrentes da extinção antecipada do contrato, incluindo lucros cessantes. Trata-se de uma solução complexa e prejudicial ao erário e ao setor de concessões, que exigiria o prévio pagamento de vultosas indenizações a Concessionária, além da realização de um incerto e duvidoso processo licitatório, que também postergaria o início imediato da execução das obras e sua fruição pelos usuários. [...].”

Inicialmente, alguns argumentos apresentados pela Concessionária, que buscaram justificar a não realização de estudos técnicos que considerassem a opção da extinção antecipada do contrato, merecem ser refutados.

A alegada ausência de “fundamento e base legal e contratual à época que permitisse a implementação de tal medida” se mostra improcedente uma vez que a base legal para a extinção contratual unilateral de um contrato concessão, motivado por interesse público, decorre da própria Lei Geral de Concessões - LF nº 8.987/95, especificamente nos seus artigos 35 a 37. Oportuno realçar que a modalidade de extinção contratual, prevista em legislação específica e denominada “encampação”, só pode ocorrer mediante lei autorizativa específica, esta sim, inexistente à época dos estudos realizados no âmbito regulatório, por razões óbvias: primeiro o poder concedente avalia a viabilidade da extinção contratual para atender o interesse público, e somente após, se for esta a alternativa mais vantajosa, propõe ao Poder Legislativo a formulação de lei autorizativa para o fim específico.

Outro ponto exposto nas manifestações da CCR Via Lagos, cujo trecho encontra-se transcrito acima, que não merece prosperar, diz respeito à alegada limitação de tempo decorrente da complexidade da solução (encampação/relicitação) que “postergaria o início imediato da execução das obras e sua fruição pelos usuários”. Como já reportado em tópico anterior deste Relatório, decorreram-se mais de 4 anos entre a determinação da Agência Reguladora para que fosse avaliada a possibilidade de intervenções em melhoria da segurança viária e a inicial movimentação das partes envolvidas, o que denota não ser a insuficiência de tempo um fator que justifique a não realização de estudos sobre a viabilidade e vantajosidade da encampação seguida de nova licitação.

A despeito do informado pelo ente regulador, e só posteriormente pelo Concessionário, fato é que não se verifica, nos autos do processo regulatório que

buscou estudar as possibilidades para reformulação do contrato de concessão (E-33/110.113/2006), nenhuma análise quantitativa que permitisse a tomada de decisão por parte do titular do serviço público, pela alternativa mais viável e econômica para a inclusão dos novos investimentos.

A título exemplificativo, não havia qualquer estudo técnico econômico-financeiro que comparasse a eventual estimativa de indenização por término antecipado do contrato com o potencial arrecadatário de outorga a ser paga por um novo concessionário. Nesse sentido, a alegação de que seria “muito custoso e demorado” não tem fundamentação técnica demonstrada.

[...]

Em que pese a ausência de avaliação quantitativa que demonstrasse a desvantagem da encampação da concessão seguido de nova licitação, em comparação à prorrogação, é relevante consignar algumas fatores que indicam um alto custo – tanto em termos financeiros quanto em termos jurídico-político – que deveria ser suportado pelo Poder Público Estadual, caso este optasse pelo término antecipado da concessão em tela seguido de posterior certame licitatório.

Isso porque, conforme o que estabelece os arts. 36 e 37 da Lei 8.987/95, caso entenda conveniente e motivado pelo interesse público, pode o Poder Concedente retomar o serviço concedido, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização referente às parcelas dos investimentos ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados pela Concessionária.

A necessidade de autorização em lei específica, previamente à extinção unilateral do contrato, conforme fixado na Lei Geral de Concessões, deriva do fundamento de que a encampação exige demonstração inequívoca de ser esta a melhor alternativa para resguardar o interesse público. Em outras palavras, como bem anota Bernardo Strobel Guimarães: “A rescisão do contrato só será lícita naqueles casos em que – realizada de modo objetivo a ponderação proposta, o que se afere pela via da motivação – chegar-se à conclusão de que a proteção mais adequada ao interesse público se dá através da extinção do vínculo contratual, ao invés de sua manutenção”.

Com relação aos custos financeiros decorrentes da hipótese de encampação, considerando que a decisão por incluir novos investimentos à Concessão ocorreu quando ainda remanesciam 10 anos de exploração do serviço, é possível estimar um custo – pelo método financeiro – de R\$ 264.645.523,12 (ago/2012), que seria dispendido pela Administração, à título de indenização por investimentos ainda não amortizados, sem considerar eventual montante adicional relativo à frustração da rentabilidade esperada para os anos subsequentes a 2012.

Em um primeiro momento, o custo financeiro representativo que o Poder Concedente teria que suportar em caso de adoção da extinção unilateral do contrato poderia representar um esforço administrativo permeado de riscos jurídicos, já que os valores estimados com as indenizações, que conforme postula o art. 37 da lei 8.997/95 devem ser pagos previamente à extinção, superariam até mesmo o custo dos investimentos inseridos (R\$ 158.565.325,47 em moeda de 2012).

Em contrapartida, uma das consequências da extinção antecipada do contrato seria a possibilidade de licitar uma nova concessão com um novo operador, com potencial de se obter vantagens decorrentes das atualizações tecnológicas do

setor rodoviário e do ambiente regulatório, bem como do cenário macroeconômico quando comparado ao da época da licitação original.

Nesse diapasão, considerando que o ativo público já estava operacional naquele momento (o que significaria baixa estimativa de CAPEX na modelagem da nova concessão), bem como a menor expectativa de rentabilidade que poderia ser prevista para o novo parceiro privado (diante da melhora de cenário econômico e de percepção de risco em relação ao ano de 1996, quando foi prevista a TIR de quase 20%), o potencial arrecadatório da nova concessão (por meio de pagamento de outorga pelo vencedor da nova licitação) ou, ainda o potencial de redução da tarifa a ser cobrada dos usuários, são aspectos que favorecem a extinção antecipada do contrato anterior e a consequente relicitação da concessão. A nova concessão poderia, inclusive, prever como investimento as obras de melhoria pretendida, caso o Poder Concedente assim o desejasse, dentro do seu poder discricionário na nova modelagem licitatória.

Entretanto, conforme já exposto anteriormente, não foi realizado, injustificadamente, o estudo do potencial arrecadatório ou de redução da tarifa no caso de uma nova licitação para a concessão da rodovia.

Diante de todo o exposto, é possível chegar na seguinte constatação: ainda que as obras de melhoria inseridas pelo 8º Termo Aditivo fossem obrigatórias (e não eram), e a dilação antecipada do prazo fosse medida permitida por lei (e não é), não seria possível concluir pela vantajosidade da prorrogação, na medida que não houve demonstração, baseado em estudos técnicos realizados à época pelo Poder Concedente, de que uma extinção seguida de relicitação seria alternativa menos vantajosa.

Ademais, inobstante às análises consignadas neste tópico, rememora-se que a Rodovia dos Lagos consiste em ativo público estadual concedido e, portanto, submetido à um arcabouço jurídico e regulatório, com legislação própria que impede a prorrogação antecipada, de caráter discricionário. Ou seja, ainda que diante das constatações resultantes das ponderações acerca das consequências (positivas e negativas) das possibilidades disponíveis, deveria, o Poder Concedente, ter adotado medida alternativa à prorrogação, caso realmente entendesse como prioritárias as obras de melhoria da segurança viária.

Por derradeiro, cumpre registrar em complemento que, além da incomprovada vantajosidade da extensão do prazo – sobretudo em razão da falta de estudos conclusivos sobre a hipótese de encampação e nova licitação – e da já repisada violação ao Art. 45 da Lei Estadual 2.831/97, a materialização da prorrogação incorreu em equívocos concernentes à fixação da TIR do Fluxo de Caixa Marginal sem a devida observância de critérios técnicos adequados, conforme detalhado no tópico 4.1.3 deste relatório.

Com efeito, conforme bem demonstrado pela instância instrutiva, para fins de execução das obras de melhoria viária da RJ-124, algumas alternativas usualmente adotadas em processos de reequilíbrios contratuais de concessões — ex. a postergação ou a compensação de pagamento de valor de outorga, a substituição ou a supressão de outros investimentos obrigatórios etc. — não se faziam possíveis

à época da celebração dos Termos Aditivos nº 8 e nº 10, haja vista as condições fáticas do Contrato de Concessão nº 43/1996.

E, dentre as escolhas possíveis, o aumento da tarifa e a execução de obras pelo DER-RJ, diretamente, ou mediante a celebração de contrato de empreitada não se mostravam viáveis, remanescendo, assim, além da hipótese de prorrogação contratual (que foi a selecionada), apenas a opção de extinção antecipada da avença, mediante encampação, com posterior realização de novo certame licitatório.

Entretanto, consoante se depreende do Relatório de Auditoria, não restou demonstrada pelo Poder Concedente a existência de estudos no sentido de avaliar os custos e benefícios dessa última alternativa em detrimento das prorrogações contratuais efetuadas, fato que reputo ser de extrema gravidade, haja vista a possibilidade de uma nova licitação trazer maiores benefícios à coletividade.

Sobre essa questão, por oportuno, trago à colação excerto do Voto por mim proferido na Sessão Plenária de 06/11/2019, no bojo do Processo TCE-RJ nº 217.389-2/19 (alusivo a edital para concessão de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Barra do Piraí):

A prorrogação de prazo em Concessões e Parcerias Público-Privadas, como uma das medidas de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, apesar de prevista na legislação, pode não consistir na melhor forma de restabelecer a equação econômico-financeira, ao suscitar a interpretação de contrato vitalício – caso a prorrogação seja estabelecida no limite do prazo inicial da presente concessão, uma mesma empresa poderá explorar o serviço de água e esgoto por até 70 (setenta) anos, impedindo a possibilidade de nova licitação.

Tal possibilidade licitatória permitiria que outras empresas competissem pela exploração do serviço, podendo oferecer, em contrapartida, condições mais vantajosas para as demais partes do jogo regulatório (benefícios maiores aos usuários, como tarifas mais módicas, serviços prestados com melhor qualidade, realização de maiores investimentos ou até pagamento de maiores valores de outorga ao Poder Concedente), situações em que haveria maior interesse público na realização de nova licitação, em vez de uma prorrogação contratual.

Diversos fatores poderão contribuir para que seja mais interessante um novo procedimento, tal como no caso de futuras mudanças positivas no cenário macroeconômico e na percepção de risco por parte dos investidores, o que se converteria em necessidades remuneratórias menores para o parceiro privado e, conseqüentemente, valores de tarifas mais benéficas para os cidadãos do Município.

Outra situação que demonstraria o maior interesse público na realização de novo certame seria no caso de a concessionária não ser bem avaliada quanto à qualidade e eficiência na prestação de serviço, situação em que seria incoerente premiar a concessionária com a prorrogação, como forma de reequilíbrio contratual.

Nesse sentido, embora as prorrogações de concessões encontrem-se no âmbito da discricionariedade do gestor público, tal decisão meritória não poderá ser incompatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como com os princípios da economicidade, da eficiência e da modicidade tarifária.

Noutro dizer, as prorrogações antecipadas em contratos envolvendo Concessões e Parcerias Público-Privadas devem exigir dos responsáveis uma profunda análise econômico-financeira prévia, compreendendo a avaliação do potencial ambiente de negócios e do cenário macroeconômico na hipótese de realização de uma nova licitação, de forma a se buscar um melhor atendimento ao interesse público, algo que, todavia, não ocorreu no caso em tela.

No concernente ao Achado 2, constato, especialmente com base no **item 4.1.3 do Relatório de Auditoria**, que, de fato, resta caracterizado o desequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão nº 43/1996, fazendo-se pertinente a reprodução da conclusão apresentada pela unidade técnica a esse respeito (a qual incorporo às minhas razões de decidir), *in verbis*:

Conclusão parcial das análises

As análises econômico-financeiras empreendidas ao contrato em epígrafe permitiram encontrar inconsistências que se resumem em três diferentes aspectos, além da já citada inadequação do BDI aos custos de desapropriações discorridos no item 4.1.1. O primeiro que importa destacar está relacionado a falhas nos parâmetros dos dados preenchidos nas planilhas de revisões tarifárias, a exemplo da extrapolação do período do Quadro de Tarifas Temporárias; da omissão das receitas de 01.08 a 07.08.2000; e da incompletude do tráfego real levado ao FCM na 10ª revisão tarifária.

O segundo relaciona-se ao desrespeito à alocação do risco de tráfego, que interferiu materialmente nos reequilíbrios que trataram do Quadro de Tarifas Temporárias; do retorno do ISS; e dos arredondamentos, atrasos de reajuste e índices de reajustes temporários.

Esses dois aspectos demonstram que as revisões tarifárias falharam em alguns pontos, desequilibrando o contrato em favor da concessionária. Embora os itens que ensejaram o desequilíbrio não estejam totalmente quantificados nesta lide, eles estão relacionados no presente tópico para conhecimento e entendimento dos jurisdicionados para que as medidas cabíveis sejam tomadas ao saneamento do desequilíbrio do contrato.

O terceiro, e último, é afeto ao Fluxo de Caixa Marginal – FCM – e à sua Taxa Interna de Retorno – TIR – pactuada em 12,5%. Esse ponto merece destaque especial, por ser o item mais relevante, material e oportuno das análises econômico-financeiras desempenhadas ao longo desta auditoria. Primeiro porque a taxa de desconto de 12,5% foi assentada em premissas desatualizadas e equivocadas, resultando em uma TIR quase 37% superior à referência máxima de 9,10%, prejudicando sobremaneira a economicidade. Para se ter melhor percepção do que isso representa, caso as prorrogações fossem feitas sob a taxa de 9,28% (taxa ainda superior à máxima identificada), a extensão do prazo contratual não seria de 25 anos, mas de 11. Sob outro espectro, e de forma análoga, para continuar com o contrato nas condições celebradas em 2011, seria necessário o pagamento de uma outorga superior a R\$ 172 milhões (ago/2012).

Verifica-se, portanto, terem sido quatro as causas de desequilíbrio da avença, com destaque, dada a sua relevância material, para a pactuação de Taxa Interna de Retorno (TIR) superestimada no Fluxo de Caixa Marginal (de 12,5%), irregularidade que se estendeu para as prorrogações contratuais efetuadas posteriormente.

No que diz respeito ao Achado 3, além da TIR firmada em patamar inadequado (algo que torna ainda mais questionável a opção pela extensão da avença em detrimento da realização de novo certame licitatório), o Corpo Instrutivo apontou, corretamente, no **item 4.1.3 de seu Relatório**, (i) a indevida transferência do risco de tráfego da Concessionária para o Poder Concedente (sobretudo se se considerar o valor de 12,5% da TIR) e, também, (ii) a replicação inadequada de custos previstos na proposta de preço de 1996 ao período do Fluxo de Caixa Marginal de 2022 a 2046.

Acerca dessa última irregularidade, especificamente, confira-se o seguinte excerto da manifestação da instância técnica, o qual adoto como razões de decidir:

- Replicação de Custos Desatualizados

A metodologia do Fluxo de Caixa Marginal – FCM empregada no contrato da Via Lagos trouxe consigo uma premissa inadequada: replicação dos custos estimados na proposta de preço da Concessionária em 1996 para um período de 2022 a 2046, sendo que tais custos deveriam ter sido atualizados quando da celebração dos termos aditivos nº. 8 e 10, respectivamente. Discorre-se sobre o contexto, a seguir.

O FCM, iniciado na 8ª Revisão Tarifária, pode ser separado em três períodos. O primeiro se refere aos anos de 2012 a 2022, vigendo concomitantemente com o FCO. Ele tinha o propósito de prever apenas os valores destinados aos novos investimentos e aos custos e despesas decorrentes nesse período.

O segundo período, 2022 a 2036, derivado da prorrogação de 15 anos (8º Termo Aditivo), não teria mais a concomitância com o FCO. Os gastos necessários para a manutenção global da rodovia, antes previstos no FCO, passariam a fazer parte do FCM em conjunto dos dispêndios dos novos investimentos. É nesse momento em que se verifica a inadequação. Em vez de os gastos globais da rodovia serem atualizados de acordo com o contexto da celebração do 8º Termo Aditivo, em 2011, replicaram-se os custos estimados em 1996 até 2036.

Essa mesma situação se repete para o terceiro período, 2036 a 2046, decorrente da nova prorrogação contratual por mais 10 anos, promovida pelo 10º Termo aditivo. Ou seja, os gastos estimados em 1996 foram reproduzidos para um contexto de 40 a 50 anos após sua gênese.

Essa circunstância é flagrantemente contrária aos princípios da atualidade do serviço público e da modicidade tarifária para se satisfazer o conceito de “serviço adequado” previsto na Lei Federal 8.987/95. Ademais, a própria redação do art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011 leva a esse entendimento quanto à necessidade de considerar o contexto atual:

*Art. 3º Para fins de determinação dos fluxos dos **dispêndios marginais**, serão utilizados **critérios de mercado** para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio*

Em uma compreensão hermenêutica mínima ao termo “dispêndios marginais”, compreender-se-ia que se trata daqueles dispêndios à margem, fora do originalmente pactuado. Tendo isso em vista, e considerando que o período ordinário de execução contratual é de 1997 a 2022, então o que exorbita desse período deve ser considerado marginal.

Ademais, sob outra perspectiva, se o “evento que deu causa ao reequilíbrio” foram as novas obras, então as receitas e os gastos do período prorrogado também serão marginais. Como as receitas já são atualizadas de acordo com o tráfego real ao longo do período de vigência do FCM (até 2046), seria um significativo contrassenso manter a previsão de custos com base em 1996.

Portanto, os custos de manutenção global assumidos pelo Fluxo de Caixa Marginal para o período de 2022 a 2036 deveriam ter sido reestimados em 2011 (8º Termo Aditivo), bem como para o período de 2036 a 2046, em 2016 (10º Termo Aditivo).

Passando, enfim, a apreciar os encaminhamentos propostos pela Equipe de Auditoria, considero que, não obstante a escorreita fundamentação e evidenciação dos Achados 1, 2 e 3 — apenas com a ressalva, já feita anteriormente, acerca do não cabimento de se emitir novo juízo quanto a uma eventual afronta ao art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97 (Achado 1) —, se faz imperioso, antes de se proferir qualquer decisão de mérito acerca das irregularidades ora tratadas, o chamamento dos titulares da Agetransp e do DER-RJ, para fins de esclarecimentos, devendo ser facultada,

ainda, a possibilidade de a Concessionária da Rodovia dos Lagos S.A. se manifestar, uma vez que interessada diretamente nos autos.

E assim me posiciono, em dissonância com as instâncias instrutivas, porque, embora esses envolvidos já tenham se pronunciado no âmbito do Processo TCE-RJ nº 105.994-8/16, o presente trabalho possui, naturalmente, uma maior amplitude (haja vista se tratar de uma auditoria governamental), tendo sido apontados aspectos e trazidos elementos não abordados naqueles autos, tampouco nos do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12.

De outro turno, reputo pertinente a Apensação de ambos os autos supramencionados ao presente processo, assim como no de dar ciência dos fatos narrados no Relatório de Auditoria em exame (i) aos representantes interessados no Processo TCE-RJ nº 105.994-8/16 e, também, (ii) ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, em que tramita a Ação Popular de que cuida o Processo nº 0014659-83.2017.8.19.0011.

Ex positis, posiciono-me **EM DESACORDO** com a proposta do Corpo Instrutivo e

VOTO:

- I - Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp), com fundamento no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que se manifeste quanto aos seguintes fatos narrados no Relatório de Auditoria (peça eletrônica “31/01/2023 Informação CAD-DESESTATIZAÇÃO”):
- a) Eventual antieconomicidade das prorrogações do Contrato de Concessão nº 43/1996 advindas dos Termos Aditivos nº 8 e nº 10, haja vista a ausência de estudos demonstrando a vantagem dessas extensões de prazo em comparação à extinção do aludido

Contrato, mediante encampação, com a posterior realização de novo certame licitatório, conforme exposto nos itens 4.2.1, 4.1.3 e 4.1.4 do referido Relatório (Achado 1);

b) Desequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão nº 43/1996, conforme exposto nos itens 4.2.2 e 4.1.3 do referido Relatório (Achado 2);

c) Desvantagem econômica pela prorrogação contratual com base em parâmetros desatualizados e premissas equivocadas concernentes ao Fluxo de Caixa Marginal e à Taxa Interna de Retorno nele adotada, conforme exposto nos itens 4.2.3 e 4.1.3 do referido Relatório (Achado 3);

II - Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro (DER-RJ), com fundamento no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que se manifeste quanto aos seguintes fatos narrados no Relatório de Auditoria (peça eletrônica “31/01/2023 *Informação CAD-DESESTATIZAÇÃO*”):

a) Eventual antieconomicidade das prorrogações do Contrato de Concessão nº 43/1996 advindas dos Termos Aditivos nº 8 e nº 10, haja vista a ausência de estudos demonstrando a vantagem dessas extensões de prazo em comparação à extinção do aludido Contrato, mediante encampação, com a posterior realização de novo certame licitatório, conforme exposto nos itens 4.2.1, 4.1.3 e 4.1.4 do referido Relatório (Achado 1);

b) Desequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão nº 43/1996, conforme exposto nos itens 4.2.2 e 4.1.3 do referido Relatório (Achado 2);

c) Desvantagem econômica ao Poder Público pela prorrogação contratual com base em parâmetros desatualizados e premissas

equivocadas concernentes ao Fluxo de Caixa Marginal e à Taxa Interna de Retorno nele adotada, conforme exposto nos itens 4.2.3 e 4.1.3 do referido Relatório (Achado 3);

- III - Pela **COMUNICAÇÃO** à Concessionária da Rodovia Lagos S.A, com fundamento no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que tenha ciência dos fatos narrados no Relatório de Auditoria (peça eletrônica “31/01/2023 Informação CAD-DESESTATIZAÇÃO”) e, caso entenda pertinente, se manifeste nos autos;
- IV - Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** aos representantes interessados no Processo TCE-RJ nº 105.994-8/16, a fim de que tenham ciência desta decisão;
- V - Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, a fim de que tenha ciência desta decisão, considerando-se a Ação Popular de que cuida o Processo nº 0014659-83.2017.8.19.0011;
- VI - Pela **APENSAÇÃO** dos Processos TCE-RJ nºs 100.167-4/12 e 105.994-8/16 ao presente processo.

Plenário,

GCRMN, em 03 / 05 / 2023.

RODRIGO MELO DO NASCIMENTO
Relator