

## ACORDÃO Nº 018685/2023-PLENV

1 PROCESSO: 246244-4/2022

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

3 INTERESSADO: SGE-SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO, CAD-DESESTATIZAÇÃO

4 UNIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE MARICÁ

5 RELATORA: ANDREA SIQUEIRA MARTINS

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO VIRTUAL

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO VIRTUAL**, por unanimidade, por **CONHECIMENTO** com **MANUTENÇÃO**, **SOBRESTAMENTO**, **COMUNICAÇÃO** e **ENCAMINHAMENTO**, nos exatos termos do voto do Relatora.

9 ATA Nº: 5

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 Ghuerron

11 DATA DA SESSÃO: 27 de Fevereiro de 2023

**Andrea Siqueira Martins**

Relatora

**Rodrigo Melo do Nascimento**

Presidente

Fui presente,

**Henrique Cunha de Lima**

Procurador-Geral de Contas

**PROCESSO:** TCE-RJ Nº 246.244-4/2022  
**ORIGEM:** COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DE MARICÁ - CODEMAR  
**ASSUNTO:** REPRESENTAÇÃO

**REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA.  
CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE  
ESTACIONAMENTO ROTATIVO EM VIAS E  
LOGRADOUROS PÚBLICOS. LICITAÇÃO  
DESERTA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES.  
MANUTENÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA.  
SOBRESTAMENTO DA ANÁLISE DE MÉRITO.  
COMUNICAÇÃO.**

Cuida o processo de **Representação, com pedido de medida cautelar**, formulada pela Secretaria Geral de Controle Externo – SGE em face de possíveis irregularidades contidas no **Edital de Concorrência Pública 004/2022**, do tipo maior outorga combinado com melhor técnica, deflagrado pela Companhia de Desenvolvimento de Maricá - CODEMAR objetivando a concessão da exploração do serviço de estacionamento rotativo em vias e logradouros públicos da municipalidade, com prazo de execução estimado em 20 anos, no valor global estimado de R\$ **322.640.000,00**.

Em sede de rotina fiscalizatória, realizada mediante consulta ao sítio eletrônico oficial do Jurisdicionado e, bem assim, no sistema informatizado desta Corte (SIGFIS/Portal BI), a Coordenadoria de Auditoria de Políticas em Desestatização - CAD-DESESTATIZAÇÃO - identificou a divulgação do aludido procedimento licitatório, ocasião em que, após detido exame, constatou a presença de impropriedades capazes de macular a ampla adesão de licitantes interessados, restringindo o caráter competitivo do certame (art. 3º, §1º, I da Lei 8666/1993) e prejudicando a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, quais sejam:

(i) divulgação inadequada da modelagem econômico-financeira, haja vista que diversas tabelas contidas no Anexo IX (“Estudo de Viabilidade”) - o qual apresenta

as estimativas para os fluxos de caixa, investimentos, receitas, entre outros parâmetros econômicos de avaliação da viabilidade do projeto de concessão -, possuem problemas de diagramação que não permitem a visualização de todas as informações, impedindo, assim, a esmerada elaboração das propostas, o exame de economicidade por parte deste Tribunal e, bem assim, do controle social;

(ii) insubsistência do Estudo Técnico Preliminar elaborado;

(iii) previsão de contratação de agente de apoio à fiscalização pela concessionária, à revelia do posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) que, ao analisar a contratação de Verificador Independente<sup>1</sup>, assentou entendimento no sentido de que a sua contratação e remuneração deve ser realizada pelo Poder Concedente ou pela Agência Reguladora e não pela concessionária, mediante licitação, pois consistiria em menor risco de conflito de interesses, conforme se depreende do Acórdão 4036/2020-Plenário, a título exemplificativo;

(iv) omissões na cláusula relativa à previsão de arbitragem, pois, embora a minuta contratual estipule a possibilidade dessa forma alternativa de resolução de eventual conflito entre os contratantes, na cláusula trinta e sete, não se verifica qualquer delimitação à possibilidade de arbitragem aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, porquanto disponha que “*Serão dirimidas por arbitragem as controvérsias decorrentes ou relacionadas ao CONTRATO, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, no que couber*”, e

(v) inconsistências na avaliação da proposta técnica, ante a verificação da presença de erros na descrição do cálculo.

Nesse sentido, e lastreada nos critérios de *risco, materialidade, relevância e oportunidade*, erigidos no artigo 1º, da Resolução TCE/RJ nº 302/17, requer, dentre outras medidas, a concessão de tutela provisória para suspensão do certame, e no

---

<sup>1</sup> Entidade contratada para apoiar a fiscalização em uma concessão ou PPP e que se coloca como entidade isenta entre Poder Concedente e Concessionária, tendo a missão de acompanhar a execução do contrato e verificar o desempenho das atividades realizadas pela concessionária, nos termos e obrigações previstas no contrato.

mérito, requer a procedência a fim de que o jurisdicionado cumpra as determinações necessárias ao saneamento das impropriedades remanescentes, caso pretenda prosseguir com o certame, ou promova a anulação do Edital.

Trata-se da segunda submissão do presente à apreciação desta Corte, sendo oportuno consignar que na última apreciação do feito, em **29.11.2022**, por vislumbrar a presença dos pressupostos necessários à concessão da tutela de urgência reivindicada (*fumus boni iuris e periculum in mora*), decidi monocraticamente, com arrimo no art. 84-A, caput do Regimento Interno, pela **concessão da medida cautelar pleiteada**, nos seguintes termos:

1. Pela **CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** pleiteada, determinando-se à Companhia de Desenvolvimento de Maricá - CODEMAR a suspensão da Concorrência Pública 004/2022, no estado em que se encontra, abstendo-se de adjudicar o objeto licitado, homologar o procedimento, bem como de formalizar o respectivo ajuste, até o advento de decisão de mérito neste processo;

2. Pela **COMUNICAÇÃO** ao Sr. Olavo Noletto Alves, Diretor Presidente da Companhia de Desenvolvimento de Maricá – CODEMAR e autoridade signatária do Edital de Concorrência Pública 004/2022, com arrimo no § 1º do artigo 26 da Regimento Interno, para que, no prazo de 03 (três) dias, adote as providências de estilo com vistas ao atendimento das **DETERMINAÇÕES** abaixo elencadas, alertando-o, que o descumprimento de decisão desta Corte de Contas sujeita seus responsáveis à aplicação de multa com arrimo no inc. IV do art. 63 da LOTCERJ:

2.1. comprove a suspensão da Concorrência Pública 004/2022;

2.2. se pronuncie acerca das irregularidades suscitadas nesta representação, encaminhando os elementos de suporte, sem prejuízo de, voluntariamente e em idêntico prazo, anuir em promover alterações no instrumento convocatório, comprovando tais medidas junto a este Tribunal, e

3. Findo o prazo, encaminhem-se os autos diretamente à **SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO** para que, por meio de sua Coordenadoria competente, analise a resposta eventualmente apresentada pelo jurisdicionado, com posterior remessa ao **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, nos termos do art.84-A, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal.

Após a análise dos esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado em atenção à decisão precedente, o Corpo Instrutivo manifestou-se conclusivamente nos seguintes termos:

**I – CONHECIMENTO** da presente Representação por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 49 da Lei Complementar Estadual nº 63/90, bem como no artigo 9º-A da Deliberação TCE-RJ nº 266/16, incluído pela Deliberação TCE-RJ nº 323/21;

**II - CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** anteriormente deferida;

**III – PROCEDÊNCIA** da presente Representação quanto ao mérito;

**IV – COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente da Companhia de Desenvolvimento de Maricá S.A., com base no art. 26 do Regimento Interno desta Corte, para que atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**, sendo certo que a verificação do seu cumprimento poderá ser objeto de controle externo a cargo deste Tribunal em futura auditoria governamental, considerando os critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade:

1. Providencie a **ANULAÇÃO** do procedimento licitatório, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, fazendo constar, dos autos do processo administrativo do Edital, a cópia da publicação do ato respectivo, acompanhada dos elementos arrolados no art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93;

2. No caso de publicação de novo Edital com objeto semelhante, atente para a correta modelagem do projeto de concessão, considerando, em especial, todos os aspectos analisados no âmbito desta e da Representação constantes desta instrução e listados a seguir:

i. Corrija a divulgação na internet da modelagem econômico-financeira, para que seja permitida a possibilidade de fiscalização da economicidade da contratação ao controle externo e ao controle social, bem como para que sejam reduzidos a assimetria de informações para os licitantes e o risco de direcionamento na licitação, com fundamento nos princípios da economicidade, da transparência e da segurança jurídica;

ii. Revise o estudo de viabilidade econômico-financeira, de modo que se abstenha de utilizar parâmetros metodológicos imprecisos, tais quais taxa Selic mensal para cálculo do prêmio do risco de mercado; Risco-País com valores inconsistentes com os divulgados pela fonte informada no documento; e inflação brasileira de período que não reflita a conjuntura econômica da época do projeto, com base nos princípios da economicidade e da segurança jurídica;

iii. Revise o edital, de forma que tanto a contratação quanto a remuneração do agente de apoio sejam providenciadas pelo Poder Concedente, com base no art. 67 c/c art. 124 da Lei Federal nº 8.666/93 e nos arts. 25 e 30 da Lei Federal nº 8.987/95;

iv. Retifique os dispositivos do contrato relacionados à arbitragem, de forma a restringir adequadamente a possibilidade de arbitragem aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, bem como discriminando expressamente o órgão arbitral responsável;

v. Revise os critérios de pontuação e de julgamento da nota técnica, evitando dubiedades na exposição do cálculo da nota da proposta técnica que prejudiquem sua clareza e objetividade, ou, alternativamente, promova a exclusão da previsão de nota técnica do edital.

3. Avalie a necessidade de contratação de agentes ou instituições especializadas na estruturação de projetos de concessões e PPPs, com a finalidade de adoção das melhores práticas para a modelagem jurídica, técnica e econômico-financeira da contratação.

**V – COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão Central de Controle Interno para que acompanhe o cumprimento da presente decisão 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.

**VI – Posterior ARQUIVAMENTO** do presente processo.

O Ministério Público de Contas manifestou-se parcialmente favorável às propostas apresentadas pelo Corpo Instrutivo, excepcionando o arquivamento sem que haja a comprovação do cumprimento das medidas nos autos.

### **É o Relatório.**

Analisados detidamente os elementos que compõem os autos, verifica-se que em atenção à decisão precedente o jurisdicionado apresentou resposta na qual aduziu, em síntese, que não foi possível atender à decisão desta Corte de 29.11.2022, haja vista que o certame teria sido realizado em 25.11.2022, portanto, anteriormente ao *decisum*.

Acrescentou que, nada obstante o procedimento tenha sido realizado na data indicada, não houve qualquer dano ao erário decorrente da sua realização, uma vez que não acudiram interessados em participar da licitação.

Em consulta ao sítio eletrônico do Município é possível verificar que consta a **Ata de Realização do Procedimento Licitatório Fechado Presencial n.º 04/2022, datada de 25.11.2022**, com a informação de que **a licitação restou deserta**. Outrossim, **o procedimento licitatório encontra-se com o status de “finalizado”**<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Disponível em <https://codemar-sa.com.br/cpl/> - Acesso em 23.01.2023

À vista disso, **quanto às irregularidades** apontadas na inicial, o **Corpo Instrutivo sugere que a presente Representação seja julgada procedente e a Concorrência nº 04/2022 seja anulada**, uma vez que o Jurisdicionado, em atenção à decisão precedente, teria se limitado a informar acerca da impossibilidade de dar cumprimento às determinações desta Corte, em razão da sua extemporaneidade .

Todavia, em homenagem ao princípio do devido processo legal e seus corolários - ampla defesa e contraditório, **divirjo da proposta instrutiva**, haja vista que a prévia manifestação do jurisdicionado, determinada de forma monocrática em 29.11.2022, foi exarada em sede de cognição sumária.

Nesse contexto, é prudente destacar que **o princípio do devido processo legal é uma exigência constitucional**, e somente é substancialmente concretizado quando determinadas regras procedimentais são efetivamente materializadas.

Na hipótese dos autos, o exíguo prazo conferido ao jurisdicionado em sede de cognição não exauriente para que se manifestasse acerca das irregularidades apontadas na exordial, tem o potencial de prejudicar o efetivo exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, haja vista a **existência de indício de irregularidades no instrumento convocatório apto a ensejar a sua anulação**, um **novo chamamento do jurisdicionado aos autos mostra-se necessário em sede de cognição exauriente**, a fim de que esta Corte possa deliberar, de forma definitiva, acerca da procedência ou não desta Representação.

Por fim, **no que concerne à medida cautelar deferida em 29.11.2022**, entendo que a ausência de licitantes interessados na primeira sessão realizada e a disponibilização eletrônica das informações acerca do certame entre os procedimentos finalizados não são suficientes para impedir a reabertura da licitação, sendo assim, entendo que **a tutela antecipada concedida deve ser mantida, mantendo-se a suspensão da Concorrência Pública 004/2022 até o julgamento de mérito**.

Diante do exposto, manifesto-me **em desacordo** com o Corpo Instrutivo e com o *Parquet* de Contas, e

**VOTO:**

**I – Pelo CONHECIMENTO** da presente Representação por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 49 da Lei Complementar Estadual nº 63/90, bem como no artigo 9º-A da Deliberação TCE-RJ nº 266/16, incluído pela Deliberação TCE-RJ nº 323/21;

**II - Pela MANUTENÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** anteriormente deferida;

**III – Pelo SOBRESTAMENTO** da análise de mérito da presente Representação;

**IV – Pela COMUNICAÇÃO** ao **atual Presidente da Companhia de Desenvolvimento de Maricá S.A.**, com base no art. 26 do Regimento Interno desta Corte, para que, no **prazo de 15 (quinze) dias**, se manifeste de forma exauriente acerca das irregularidades indicadas na inicial, quais sejam:

(i) divulgação inadequada da modelagem econômico-financeira, haja vista que diversas tabelas contidas no Anexo IX (“Estudo de Viabilidade”) - o qual apresenta as estimativas para os fluxos de caixa, investimentos, receitas, entre outros parâmetros econômicos de avaliação da viabilidade do projeto de concessão -, possuem problemas de diagramação que não permitem a visualização de todas as informações, impedindo, assim, a esmerada elaboração das propostas, o exame de economicidade por parte deste Tribunal e, bem assim, do controle social;

(ii) insubsistência do Estudo Técnico Preliminar elaborado;

(iii) previsão de contratação de agente de apoio à fiscalização pela concessionária, à revelia do posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) que,

ao analisar a contratação de Verificador Independente<sup>3</sup>, assentou entendimento no sentido de que a sua contratação e remuneração deve ser realizada pelo Poder Concedente ou pela Agência Reguladora e não pela concessionária, mediante licitação, pois consistiria em menor risco de conflito de interesses, conforme se depreende do Acórdão 4036/2020-Plenário, a título exemplificativo;

(iv) omissões na cláusula relativa à previsão de arbitragem, pois, embora a minuta contratual estipule a possibilidade dessa forma alternativa de resolução de eventual conflito entre os contratantes, na cláusula trinta e sete, não se verifica qualquer delimitação à possibilidade de arbitragem aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, porquanto disponha que “*Serão dirimidas por arbitragem as controvérsias decorrentes ou relacionadas ao CONTRATO, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, no que couber*”, e

(v) inconsistências na avaliação da proposta técnica, ante a verificação da presença de erros na descrição do cálculo.

**V - Pelo ENCAMINHAMENTO À SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO** deste Tribunal, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, para que, findo o prazo, com ou sem resposta do jurisdicionado, analise a Representação quanto ao mérito, com posterior remessa ao douto Ministério Público de Contas para manifestação nos termos do art. 84-A, § 7º, do Regimento Interno do TCE-RJ.

GCS-2,

**ANDREA SIQUEIRA MARTINS**  
**CONSELHEIRA SUBSTITUTA**

---

<sup>3</sup> Entidade contratada para apoiar a fiscalização em uma concessão ou PPP e que se coloca como entidade isenta entre Poder Concedente e Concessionária, tendo a missão de acompanhar a execução do contrato e verificar o desempenho das atividades realizadas pela concessionária, nos termos e obrigações previstas no contrato.