



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ACÓRDÃO Nº 3628/2022-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 PÚBLICOS DO ESTADO DO RIO DE J

5 - RELATOR : RODRIGO MELO DO NASCIMENTO

6 - REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

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 PROCEDÊNCIA com SOBRESTAMENTO, COMUNICAÇÃO, EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO, CIÊNCIA e APENSAÇÃO, nos exatos termos do voto do relator.

09- ATA Nº: 2

10 - DATA DA SESSÃO: 02 de fevereiro de 2022

RODRIGO MELO DO NASCIMENTO
Relator
Presidente

HENRIQUE CUNHA DE LIMA
Procurador-Geral de Contas

VOTO GC-7

PROCESSO: TCE-RJ Nº 105.994-8/16
ORIGEM: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
CONCEDIDOS DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS,
FERROVIÁRIOS E METROVIÁRIOS E DE RODOVIAS DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO (AGETRANSF)
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO
INTERESSADO DEPUTADO FEDERAL HUGO LEAL MELO DA SILVA E
EX-DEPUTADO ESTADUAL JÂNIO DOS SANTOS
MENDES

REPRESENTAÇÃO. CONCESSÃO RODOVIÁRIA.
PRORROGAÇÃO DE PRAZO ANTECIPADA.
INCOMPATIBILIDADE COM LEI ESTADUAL.
POSSIBILIDADE DE NOVA LICITAÇÃO.
PARÂMETROS ADOTADOS NO REEQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO POTENCIALMENTE
DESFAVORÁVEIS AO ESTADO. ALTERAÇÃO DA
TAXA INTERNA DE RETORNO SEM CONSIDERAR
SUA REDUÇÃO GRADATIVA. CONHECIMENTO EM
DECISÃO PRETÉRITA. PROCEDÊNCIA EM
RELAÇÃO À ILEGALIDADE E SOBRESTAMENTO
QUANTO À ECONOMICIDADE. INSTAURAÇÃO DE
AUDITORIA NO APENSO. DETERMINAÇÕES.
APENSAÇÃO.

Trata-se de Representação, interposta pelo Deputado Federal Hugo Leal Melo da Silva e pelo ex-Deputado Estadual Jânio dos Santos Mendes, em face da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp), referente à sua Deliberação nº 838/16, que procedeu à 10ª Revisão Tarifária Extraordinária da concessão da rodovia Via Lagos (RJ-124) e recomendou, ao Poder Concedente, a prorrogação antecipada do Contrato de Concessão nº 43/1996, com término previsto para 12/01/2022.

Registro que tramita, em apenso, o 8º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 43/1996 (Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12), que receberá decisão, em separado, nesta mesma data.

Em Sessão Plenária de 16/10/2018 — aprovado o meu Voto Revisor —, o Plenário decidiu, entre outras medidas, pelo Conhecimento desta Representação e pela Perda do Objeto da Medida Cautelar requestada, mediante a constatação da lavratura do 10º Termo Aditivo ao Contrato combatido¹, bem como pela Comunicação e pela Apensação, ao presente, dos Termos Aditivos nº 8 (Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12), nº 9 e nº 10 ao Contrato de Concessão nº 43/1996, sendo os dois últimos a serem encaminhados, naquela oportunidade.

Na sequência, o Plenário determinou Diligência Interna, em Sessão de 30/10/2019, objetivando a complementação da instrução processual.

Na última Decisão neste processo, em Sessão Plenária de 30/09/2020, este Tribunal proferiu Decisão nos termos a seguir:

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-RJ), para que, no prazo de 15 (quinze) dias, atenda às seguintes DETERMINAÇÕES:

1. Manifeste-se sobre a aparente incompatibilidade entre as prorrogações contratuais e o disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97;

2. Encaminhe, de forma consolidada e organizada, a avaliação ou estudo técnico realizado pela agência reguladora – prévio à recomendação pela celebração dos aditivos contratuais – que tenha fundamentado e comprovado os seguintes aspectos:

a) a maior vantajosidade na prorrogação antecipada frente à todas as demais alternativas para o reequilíbrio econômico-financeiro (não apenas a opção de aumento tarifário), as quais permitiriam a realização de nova licitação, considerando a fundamentação deste Voto ;

b) a adequabilidade e razoabilidade das taxas internas de retorno (TIR) consideradas nos fluxos de caixa por ocasião das prorrogações contratuais ;

¹ Nos termos propostos pela Deliberação Agetransp nº 838/16.

3. Dê ciência imediata à Concessionária da Rodovia Lagos S.A. acerca desta Representação, bem como da possibilidade de se manifestar no presente processo na defesa de seus interesses;

II - Pela COMUNICAÇÃO ao atual Presidente da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro (DER-RJ), entidade signatária dos aditivos contratuais referentes às prorrogações antecipadas da concessão da rodovia Via Lagos (RJ-124), para que, no prazo de 15 (quinze) dias, atenda às seguintes DETERMINAÇÕES:

1. Manifeste-se sobre a aparente incompatibilidade entre as prorrogações da concessão e o disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97;

2. Encaminhe, de forma consolidada e organizada, a avaliação ou estudo técnico realizado pela entidade – prévio à celebração dos aditivos contratuais – que tenha fundamentado e comprovado os seguintes aspectos:

a) a maior vantajosidade na prorrogação antecipada frente à todas as demais alternativas para o reequilíbrio econômico-financeiro (não apenas a opção de aumento tarifário), as quais permitiriam a realização de nova licitação, considerando a fundamentação deste Voto;

b) a adequabilidade e razoabilidade das taxas internas de retorno (TIR) consideradas nos fluxos de caixa por ocasião das prorrogações contratuais;

3. Dê ciência imediata à Concessionária da Rodovia Lagos S.A. acerca desta Representação, bem como da possibilidade de se manifestar no presente processo na defesa de seus interesses;

III - Pela COMUNICAÇÃO ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro em exercício e ao atual Secretário de Estado de Transportes, para que tomem CIÊNCIA da presente Decisão;

IV - Por DETERMINAÇÃO À SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO (SGE) deste Tribunal, para que acompanhe a tramitação da Ação Popular nº 0014659-83.2017.8.19.0011, para que avalie a necessidade de considerar eventuais documentações existentes no âmbito do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12, apenso ao presente, na análise desta Representação, bem como para que confira trâmite prioritário ao presente processo;

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

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

Em atendimento à Decisão Plenária, o Sr. Murilo Provençano dos Reis Leal, Presidente da Agetransp-RJ, e a Sra. Mônica Figueiredo do Amaral, Assessora Técnica Jurídica da Fundação DER-RJ, encaminharam suas respostas, por meio, respectivamente, dos Documentos TCE-RJ nº 32.230-3/20 e TCE-RJ nº 31.175-0/20.

A Concessionária Via Lagos S.A., por intermédio de seus advogados, carreou aos autos elementos que constituíram, neste Tribunal, os Documentos TCE-RJ nº 36.282-4/20 e nº 36.287-4/20.

O Corpo Instrutivo, em sua análise técnica, assim se pronuncia, por meio da peça eletrônica “09/09/2021 – Informação CAD-Desestatização”, *in verbis*:

Destarte, considerando as respostas apresentadas pelo Conselheiro-Presidente da AGETRANSP, pelo Presidente do DER e pelo procurador da concessionária Via Lagos, em atenção aos termos da decisão plenária de 30.09.20, que determinou o chamamento aos autos das mencionadas pessoas jurídicas, sugerimos:

I – Improcedência da Representação quanto ao mérito;

II – Comunicação ao atual titular da AGETRANSP, para 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, ressaltando-se que todas as opções foram consideradas, tanto em termos qualitativos quanto quantitativos (financeiros);

III - Comunicação ao atual titular da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro, para que quando configurar como representante do Poder Concedente, providencie todas as medidas complementares que se mostrarem eventualmente necessárias às “recomendações” da Agetransp relacionadas a opções de medidas de recomposição de reequilíbrio econômico-financeiro, considerando que a decisão sobre a forma de reequilíbrio consiste em uma decisão discricionária do Poder Concedente. (grifei)

IV – Arquivamento da presente Representação;

V – Expedição de ofício aos representantes, dando-lhes ciência da decisão plenária prolatada por esta Corte de Contas.

O Ministério Público de Contas, por meio do parecer constante da peça eletrônica “17/09/2021 – Informação GPG”, manifesta-se em desacordo com o Corpo Instrutivo, nos seguintes termos:

Apesar da aparente plausibilidade das informações e esclarecimentos prestados pelos órgãos e entidades acima mencionados, o Parquet especial entende mais prudente e adequado que o E. Corpo deliberativo adote o mesmo encaminhamento sugerido pela referida Unidade Técnica nos autos do Processo 100.167-4/12, de modo a resguardar futura e eventual revisão da matéria, sendo importante destacar que a Ação Popular nº 0014659-83.2017.8.19.0011, que tem por objeto a anulação do Oitavo e Décimo Termos Aditivos ao Contrato Nº 43/96, ainda se encontra em curso junto à 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo Frio.

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas opina pela DETERMINAÇÃO À SGE para que insira, em seu banco de dados, as informações referentes à presente Representação, visando a subsidiar as ações de fiscalização vindouras; pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE CABO FRIO, para que tome ciência da Decisão Plenária a ser prolatada por este TCE-RJ; e pelo posterior ARQUIVAMENTO sem julgamento do mérito.

É o Relatório. Passo ao meu Voto.

Preliminarmente, rememoro que os representantes questionam, em linhas gerais, a **legalidade** e a **economicidade** das prorrogações antecipadas celebradas no âmbito do Contrato de Concessão nº 43/1996 — concessão da rodovia Via Lagos (RJ-124) —, em detrimento de um procedimento licitatório que poderia trazer mais benefícios ao Poder Concedente e aos usuários.

Os representantes alegam violação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e dos arts. 2º, inciso III, e 23, inciso I, da Lei nº 8.987/95, uma vez que a prorrogação proposta não se teria fundamentado em estudos técnicos e econômicos que comprovassem ser mais vantajosa — nem para o Poder Público, tampouco para os usuários dos serviços — a manutenção de concessão com taxa interna de retorno (TIR) superior às taxas médias de concessões da mesma natureza.

De fato, diante do cenário de estabilização econômica, registrei, na fundamentação do Voto que prolatei em Sessão Plenária de 30/09/2020, a preocupação dos representantes em relação à não submissão da concessão rodoviária ao mercado, por meio de nova disputa licitatória, conforme excerto a seguir:

*Todavia, além de mencionar a Deliberação Agetransp nº 838/2016, relativa à segunda prorrogação antecipada, **depreende-se da exordial que os representantes questionam, lato sensu, a extensão do prazo contratual original, que se encerraria em 2022, postergando em mais 25 (vinte e cinco) anos a realização de um procedimento licitatório.***

*A Representação relata o risco de não submissão da concessão rodoviária ao mercado, por meio de nova disputa licitatória, destacando que **a competição existente nas licitações tem proporcionado significativos deságios nos valores de tarifas e/ou ágios nos valores de outorga inicialmente propostos nos instrumentos convocatórios, bem como a possibilidade de maiores investimentos nos empreendimentos.***

Nessa mesma linha, verifico, após detido exame dos autos, que, em Voto

aprovado em Sessão Plenária de 16/10/2018, já havia registrado a mudança nas condições econômicas que tornavam as concessões mais atrativas ao longo de sua existência, tendo me referido, naquela oportunidade, às medidas empreendidas no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), a saber:

*Conforme apontado pelos representantes, o programa de desestatização e concessões de serviços públicos, inaugurado na década de 1990, passou por processo de amadurecimento e estabilização, o qual resultou em condições econômicas mais atrativas aos investidores. Como resultado, segundo estudos realizados, dentre outros, pelo Tribunal de Contas da União, citado na peça inaugural, as **Taxas Mínimas de Atratividade aos investimentos, e, por conseguinte, as Taxas Internas de Retorno das concessões, foram, gradativamente, sendo reduzidas, refletindo em menores tarifas aos usuários e/ou maiores valores de outorgas para os cofres públicos.***

Verifico, portanto, que o cerne dos questionamentos desta Representação é eminentemente técnico e já foi objeto de deliberações no âmbito federal. Destaco, em especial, os seguintes processos:

- TC 026.335/2007-4 > Representação em que a Secretaria de Fiscalização de Desestatização do TCU (Sefid) noticia a ocorrência de desequilíbrios econômico-financeiros em contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais (Procrofe), **tendo sido citado na exordial o Acórdão 2.927/2011 – TCU - Plenário; e**

- TC 014.689/2014-6 > Relatório de acompanhamento dos procedimentos da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e do Ministério dos Transportes (MT) em face das alterações dos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Procrofe) — especificamente, nesse processo, a execução da obra denominada Nova Subida da Serra (NSS) — e do posterior Termo Aditivo nº 12 para reequilibrar o contrato de concessão da BR-040/MG/RJ, **objeto de Representação, na qual figura como representante um dos autores da exordial em comento (Deputado Federal Hugo Leal).**

Feito esse introdutório, observo que remanesce nestes autos a apreciação

meritória das questões suscitadas na peça exordial, atinentes à legalidade e à economicidade das prorrogações antecipadas promovidas no Contrato de Concessão nº 43/1996, por meio dos Termos Aditivos nº 8 e nº 10, o que motivou Determinação de mesmo teor dirigida, na última Decisão Plenária, tanto ao Presidente da Agetransp, como ao Presidente do DER-RJ.

Sobre tais prorrogações, consolido, no quadro a seguir, as alterações no prazo contratual da concessão em comento:

Termo	Data de assinatura	Início vigência	Término vigência	Prazo de Vigência
Contrato inicial	23/12/1996	13/01/1997	12/01/2022	25 anos
8º Aditivo (1ª prorrogação)	13/12/2011	13/01/2022	12/01/2037	40 anos
10º Aditivo (2ª prorrogação)	10/11/2016	13/01/2037	12/01/2047	50 anos

Passo à análise do **primeiro ponto** da exordial, referente à **legalidade** da prorrogação do prazo da concessão sob exame, com potencial violação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal² e dos arts. 2º, inciso III, e 23, inciso I, ambos da Lei Federal nº 8.987/95³.

² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

³ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

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

[...]

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; (...)”

A legalidade da prorrogação do Contrato nº 43/1996, inclusive à luz da Lei Estadual nº 2.831/97, foi objeto de questionamento à Agetransp e à Fundação DER-RJ, que, tendo comparecido aos autos, defenderam a realização das obras, mediante prorrogação de prazo, inclusive frente ao comando previsto no art. 45, § 1º, da Lei Estadual nº 2.831/97⁴.

No que diz respeito à aparente incompatibilidade entre as prorrogações antecipadas da Concessão em apreço e o disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97 (item I.1 da Comunicação anterior, dirigida à Agetransp), a unidade instrutiva assim se manifesta:

Síntese das respostas da AGETRANSP, materializadas nos arquivos 82 a 99 do SCAP (resposta-a-ofício 3223-3-2020).

Quanto ao subitem 1 do item I do voto, que solicita manifestação acerca da aparente incompatibilidade entre as prorrogações da concessão e o disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97, a agência, representada por seu Conselheiro Presidente, o Senhor Murilo Leal, defende a legalidade das prorrogações, nos seguintes termos:

(I) as extensões de prazo consistem em hipótese de dilação do prazo contratual para fins de reequilíbrio, não se enquadrando no conceito literal de prorrogação discricionária e sujeitando-se, portanto, a regime jurídico próprio;

*(II) ainda que se entendesse que a hipótese seria de prorrogação discricionária, esta também se faria possível, **haja vista o entendimento consagrado pela PGE/RJ no sentido de que o art. 45 da Lei estadual nº 2.831/97 resguarda o regime de prorrogação contratual previsto nos ajustes celebrados antes de sua vigência em nome da segurança jurídica e ato jurídico perfeito.** Isso porque o artigo 45, caput, da Lei Estadual nº 2.831/97 expressamente resguarda a produção de efeitos dos contratos de concessão celebrados anteriormente à vigência da Lei Estadual, considerando os mesmos válidos pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga. Destarte, sendo viável a aplicação do regime de prazo vigente nos contratos de concessão previamente celebrados à edição da Lei Estadual nº 2.831/97 é de se concluir pela possibilidade de aplicação também do regime de prorrogação contratual previsto em tais instrumentos. (grifei)*

(Fonte: Arquivo 82 do SCAP - resposta-a-ofício 3223-3-2020)..

[...]

Síntese das respostas do DER-RJ, materializadas no arquivo 78 do SCAP (resposta-a-ofício 31175-0-2020).

⁴ “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.”

Item II, subitem 1, do Voto

Quanto ao subitem 1 do item II do voto, que requer do DER-RJ esclarecimentos “sobre a aparente incompatibilidade entre as prorrogações da concessão e o disposto no art. 45 da Lei Estadual nº 2.381/97”, **alega o DER-RJ que “para responder a este questionamento, foi pedida uma manifestação da Concessionária Via Lagos. (...)”**.

Alega-se que (i) a interpretação do artigo 45 da Lei Estadual nº 2.831/97 deve se dar em consonância com as leis atuais e da época dos fatos, alertando que encontrava-se em vigor a Lei Estadual nº 1.481/89.

Alega-se também que (ii), tanto as leis mencionadas quanto o contrato de concessão, preveem a possibilidade de prorrogação de prazo das concessões, como se vê nos seguintes excertos:

2. Em primeiro lugar, é importante destacar que a interpretação do art. 45 da Lei Estadual n. 2.831/97 deve ser realizada em conjunto com a legislação atual sobre o tema e também vigente à época da celebração do contrato de concessão, com as disposições contratuais e com a própria natureza da prorrogação que foi pactuada entre as partes.

3. No momento da celebração do contrato de concessão da Via Lagos, em 23/12/1996, estavam em vigor a Lei Estadual n. 1.481/89 e a Lei Federal n. 8.987/95, que expressamente autorizam a prorrogação de prazo das concessões, na forma do contrato:

Aponta-se ainda (iii) o entendimento que sustenta a distinção entre a prorrogação-renovação (de prazo) e a prorrogação-ampliação, que seria uma forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão:

7. Nesse ponto, cumpre diferenciar os institutos “prorrogação-renovação” e da “prorrogação-ampliação”. No caso da “prorrogação-renovação”, o contrato de concessão chega ao seu término e ocorre a mera extensão do prazo da contratação por acordo entre as mesmas partes – hipótese vedada pelo acima citado art. 45, §1º para as concessões anteriores à entrada em vigor da Lei Estadual n. 2.831/97. Já pela “prorrogação-ampliação”, há a 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.

(...).

9. Nesse sentido, não se está diante de uma mera “prorrogação-renovação” a que alude o art. 45, §1º da Lei Estadual n. 2.831/97, mas sim da necessidade de ampliação do prazo contratual visando a recomposição de sua equação econômico-financeira, garantindo a perfeita e satisfatória execução de seu objeto.

10. Neste sentido, inexistente incompatibilidade entre as prorrogações de prazo do contrato de concessão e o art. 45, §1º, da Lei Estadual nº 2.831/97, uma vez que foi observado o termo máximo de prorrogação (25 anos, conforme o art. 3º da Lei Estadual nº 2.831/97) e todas as disposições contratuais que autorizam a prorrogação como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Verifico, portanto, em relação à incompatibilidade supramencionada — objeto de questionamento à Agetransp (item I.1 da Decisão anterior) e ao DER-RJ (item II.1 da Decisão anterior) —, que a Agência reguladora sustenta sua legalidade com base em entendimento consagrado pela PGE-RJ, no sentido de que o art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97 resguarda o regime de prorrogação contratual previsto nos ajustes celebrados antes de sua vigência, enquanto a Fundação DER discorre sobre a diferença sobre os institutos “prorrogação-renovação” e “prorrogação-ampliação” para reforçar sua tese de que a interpretação do art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97 deve se dar em consonância com as leis atuais e à época dos fatos, como, por exemplo, a Lei Estadual nº 1.481/89.

Antes de prosseguir com a análise instrutiva sobre a legalidade da prorrogação, faço aqui um breve registro sobre a legislação em debate: o Contrato de Concessão nº 43/1996 foi celebrado em 23/12/1996, enquanto a Lei Estadual nº 2.831/97 foi promulgada em 13/11/1997.

A Lei Estadual nº 2.831/97 estabelece, em seu art. 45, *caput* e parágrafo 1º, as condições a serem observadas, pelo Poder Concedente, no caso das concessões vigentes à época de sua promulgação:

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.

E a Lei Estadual nº 1.481/89, por sua vez, assim já determinava:

*Art. 3º - Toda concessão pressupõe interesse público na exploração da obra ou na prestação do serviço, exige serviço adequado, impõe a **justa remuneração do capital** e importa na permanente fiscalização do Poder Público Concedente.*

*Parágrafo único - A política tarifária será sempre ditada buscando harmonizar a exigência de manutenção de serviço adequado com a **justa** remuneração do capital da concessionária.*

Prosseguindo na análise da legalidade da prorrogação, a unidade instrutiva considera haver contradição entre a prorrogação operada e o comando normativo

contido no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97. Todavia, conclui pela adequação da prorrogação antecipada como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato em testilha, em face da realidade econômico-financeira vivenciada pelo Estado do Rio de Janeiro à época, o que impediria a alocação de recursos orçamentários para melhorias da rodovia RJ-124, conforme excerto da instrução que reproduzo a seguir:

É indiscutível que há contradição entre a prorrogação operada e o comando normativo contido no artigo 45 da Lei Estadual Nº 2.831/97, em sua literalidade.

No entanto, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto, em que as prorrogações de prazo foram consideradas como as opções mais aptas para a realização dos investimentos, e que tais investimentos desaguavam, em sua maioria, em sistemas e dispositivos de segurança, e ainda, que o clamor público pela instalação de 'divisórias' entre as pistas era de grande intensidade e que já vinha de longo tempo, parece-nos razoável a adoção da dilação de prazo como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Com efeito, numa interpretação teleológica da imposição do artigo 45, §1º, da Lei Estadual Nº 2.831/97 (interpretação essa em que se busca o fim a que se destina determinada lei), qual seja, a realização de concessões públicas em novos termos, em termos atuais, adequados ao momento da edição da referida lei, privilegiando o interesse público com a obtenção de possíveis benefícios com a maturidade alcançada pelo estudo da matéria concessões, tanto pelo legislador quanto pelo gestor público, tendo em conta os avanços legislativos, temos que, ao se analisar as prorrogações de prazo da concessão, e feita uma ponderação de valores entre o comando do artigo 45, §1º, e a real e pujante necessidade do aprimoramento da segurança viária da rodovia RJ-124, a solução adotada pode ser considerada como razoável, tendo em conta as peculiaridades do caso em análise. (grifei)

Em que pese o Corpo Técnico ter considerado “razoável” a solução adotada e, em consequência, ter concluído pela improcedência do ponto suscitado na exordial referente à legalidade da prorrogação da concessão, a instância instrutiva admite expressamente que há contradição entre a prorrogação operada e o comando normativo contido no art. 45 da Lei Estadual nº 2.831/97, entendimento com o qual me coaduno. **Reputo, portanto, procedente o primeiro ponto desta Representação, referente à ilegalidade da prorrogação de prazo do Contrato de Concessão nº 43/1996.**

Passo, então, ao questionamento da peça inaugural referente ao reequilíbrio econômico-financeiro por meio de prorrogação antecipada, com renegociação de contrato antigo (término do prazo de vigência em 12/01/2022), incentivada pela Agetransp, e manutenção de taxa interna de retorno (TIR) superior às taxas médias de concessões de mesma natureza; tendo em vista, ainda, o estado de conservação da rodovia Via Lagos (RJ-124), que não justificaria uma prorrogação para manter as condições contratuais estabelecidas há mais de 20 (vinte) anos.

O reequilíbrio econômico-financeiro originou, na última Decisão neste processo, os seguintes questionamentos de mesmo teor dirigidos, por meio de Comunicação, tanto ao Presidente da Agetransp, como ao Presidente do DER-RJ, a fim de que fosse encaminhado estudo técnico que fundamentasse e comprovasse os seguintes aspectos:

- i) A vantagem na prorrogação antecipada frente a todas as demais alternativas para o reequilíbrio econômico-financeiro (não apenas a opção de aumento tarifário) — que permitiriam a realização de nova licitação —, considerando a fundamentação do Voto proferido em 30/09/2020; e
- ii) A adequabilidade e razoabilidade das taxas internas de retorno (TIR).

Assim se manifestaram os jurisdicionados, bem como a Concessionária Via Lagos, que também compareceu aos autos, valendo-se da oportunidade que lhe foi concedida na mesma Sessão Plenária.

Em relação à vantagem da prorrogação antecipada, subitem 2.a dos itens I (Agetransp) e II (Fundação DER-RJ) da última Decisão, destaco os trechos que passo a mencionar.

No tocante aos elementos carreados aos autos pela Fundação DER-RJ (Doc. TCE-RJ nº 31.175-0/20), assim se manifestou a unidade técnica:

Quanto ao subitem 2 do item II do voto, que requer do DER-RJ o encaminhamento de “avaliação ou estudo técnico (...) que tenha fundamentado e comprovado a maior vantajosidade na prorrogação antecipada frente à todas as demais alternativas para o reequilíbrio econômico-financeiro (...) e a adequabilidade e razoabilidade das taxas internas de retorno (TIR) consideradas nos fluxos de caixa

por ocasião das prorrogações contratuais”, aduz a signatária que não cabe àquela assessoria jurídica se manifestar quanto à incompatibilidade de prorrogação, assim como a elaboração de estudos sobre a vantajosidade da prorrogação frente a outras alternativas, como se vê no seguinte excerto:

Como se pode deduzir pela Cláusula 18ª – DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO PODER CONCEDENTE alterado pelo 3º Termo Aditivo, em anexo, não faz parte das competências desta Assessoria e nem do DER-RJ se manifestar quanto a incompatibilidade de prorrogação, bem como estudos técnicos sobre vantajosidade na prorrogação antecipada frente a todas as demais alternativas para o reequilíbrio econômico-financeiro.

O Corpo Instrutivo, a seu turno, aduz que não se verifica, entre as obrigações elencadas no Contrato em tela, a responsabilidade do DER-RJ pela elaboração de estudos sobre a prorrogação e a adequação da TIR, concluindo que:

*Quanto ao questionamento acerca da elaboração de avaliação ou estudo técnico que fundamentasse a escolha da prorrogação antecipada frente a outras possíveis hipóteses para o custeio da construção da ‘mediana’ ao longo da rodovia concedida e, conseqüentemente, da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, **sustenta o Presidente do DER que a atribuição para a de tal estudo não recai sobre a Fundação DER e que, ainda assim, a Assessoria de Vias Concedidas deu início às discussões para a elaboração do projeto funcional para a construção da mediana e a definição de uma TIR para confecção do fluxo de caixa marginal.***

A instância instrutiva, contudo, entende pela necessidade de expedir Determinações aos jurisdicionados, inclusive no que tange à competência do DER-RJ, em face das recomendações emanadas pela Agetransp. Confirmam-se os seguintes trechos da instrução:

Paralelamente, há que se considerar os estudos realizados pela AGETRANSP, que se debruçou sobre o pleito de reequilíbrio e editou a Nota Técnica Nº 39/2020 - CAPET, que se encontra publicada em seu sítio na rede mundial de computadores.

*No entanto, não se pode perder de vista que a Fundação (...) **representa** o Poder Concedente, figurando como signatária do Contrato, como Poder Concedente.*

[...]

Assim, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento dos processos relativos a reequilíbrios econômico-financeiros, sugeriremos, como Determinação aos jurisdicionados, a adoção de providências, nos seguintes termos:

À AGETRANSP, no sentido 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, ressaltando-se que todas as opções foram consideradas, tanto em termos qualitativos quanto quantitativos (financeiros).

À Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que, em processos que figurar como representante do Poder Concedente, providencie todas as medidas complementares e necessárias às “recomendações” da Agetransp relacionadas a opções de medidas de recomposição de reequilíbrio econômico-financeiro, considerando que a decisão sobre a forma de reequilíbrio consiste em uma decisão discricionária do Poder Concedente.

Em vista do exposto, anuo à sugestão exarada pelo Corpo Técnico acerca da expedição de Determinações à Agetransp e ao DER-RJ, nos termos de meu Voto.

Em relação à manifestação da Agetransp (Doc. TCE-RJ nº 32.230-3/20), destaco:

É importante ressaltar que o fato gerador para prorrogação do prazo contratual por 25 (vinte e cinco) anos foi a antecipação da implantação de estrutura divisória (mediana) de pista, ao longo de toda a extensão da Rodovia RJ-124, realizada antes de o volume de tráfego médio diário anual atingir 20.000 veículos, conforme previsto no item 10.4 do Edital de Licitação.

Em 2019, o tráfego médio diário anual foi de 19.303 veículos. Em 2020, esse volume de tráfego diário será provavelmente menor que 2019, pela redução da demanda de viagens causada pela pandemia do COVID-19.

*No 8º Termo Aditivo, o prazo contratual foi inicialmente prorrogado por 15 (quinze) anos, com base no orçamento estimado pelo DER-RJ. No 10º Termo Aditivo, o contrato foi prorrogado por mais 10 (dez) anos, com base no projeto executivo e **orçamento real** aprovados pelo DER-RJ. (grifei)*

Em relação ao comparecimento da Concessionária Via Lagos aos autos (Doc. TCE-RJ nº 36.282-4/20 e 36.287-4/20), reproduzo o seguinte trecho, destacado pela unidade técnica, no que diz respeito à modelagem da concessão, com as prorrogações pactuadas por meio dos Termos Aditivos nº 8 e nº 10 celebrados

Dada a necessidade de investimentos voltados para a segurança viária da rodovia, foi instaurado processo regulatório com o fim de (i) estudo da necessidade e possibilidade de se implantar, em curto prazo, um sistema de mediana na rodovia RJ124, sem aumento do valor das tarifas de pedágio e sem atingimento de demanda mínima específica para sua execução; e (ii) reformulação do contrato de concessão para maior desenvolvimento da rodovia e obtenção de tarifas módicas aos usuários, mantendo o equilíbrio econômico financeiro do contrato com sensíveis reduções na tarifas de pedágio.

Diante desse cenário, a concessionária deu início a seguidos estudos, em que formularam-se algumas propostas, como (1) a retirada ou postergação de investimentos, (2) o aumento da base pedagiada por relocação ou criação de mais praças de pedágio, (3) o aumento da base pedagiada por extensão da rodovia até Cabo Frio e/ou Búzios, (4) a realização de nova licitação, e (5) o aporte de recursos pelo Poder Concedente.

Ponderadas todas as possibilidades, e após debates, chegou-se à conclusão que seria mais adequada ao caso concreto a prorrogação do prazo de concessão como alternativa ao aumento da tarifa contratual, possibilitando assim a imediata execução das obras de segurança.

Verifico que as modificações ocorridas ao longo da concessão não se limitaram a prorrogações antecipadas para fazer face a novos investimentos por parte da concessionária, mas ensejaram postergação do pagamento das parcelas da outorga contratual, tendo alcançado, ainda, a própria Fundação DER-RJ, que assumiu encargos ao longo da concessão, como parte das desapropriações e dos custos de construção do Trevo de Iguaba Grande — incluído no escopo da concessionária por meio do 4º Termo Aditivo —, além da transferência, para o DER-RJ, da obrigação de implantação do sistema automático de controle de velocidade na rodovia (Termo Aditivo nº 9).

A postergação do recebimento das parcelas da outorga permite conjecturar, inclusive, que o seu pagamento, da forma pactuada inicialmente, propiciaria ao Estado a possibilidade de realização das obras aditadas pelo DER, uma vez que a incapacidade de a Fundação assumir integralmente esse encargo, conforme consta dos autos, seria eminentemente financeira.

Nessa toada, transcrevo a seguir trecho do Acórdão nº 738/2017 – TCU – Plenário, no bojo do TC 014.689/2014-6, que tratou da Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio (Concer), na qual figura como representante um dos autores da exordial em comento:

Nessa situação, a obra poderia ser licitada na próxima concessão, ou mesmo executada indiretamente pelo DNIT. Um dos aspectos positivos dessas alternativas é que possibilitariam ‘deságios’ devido à ‘competição’ dos certames. (grifei)

Observo que o TCU, preocupado com o desequilíbrio econômico-financeiro

em contratos de concessão de rodovias federais, **em desfavor do Estado/ usuários**, em vista da mudança do cenário econômico, que desfrutava de estabilidade, empreendeu o exame dos contratos da 1ª Etapa do Procrofe, por meio de Representação elaborada pela Sefid (TC 026.335/2007-4).

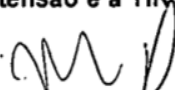
Ao propor a referida Representação, a unidade técnica do TCU destacou:

[...] o modelo de concessão da 1.ª Etapa pode ser denominado como 'estático' pois as rubricas que compõem o fluxo de caixa não se alteram ao longo da execução contratual, nela incluída a taxa de desconto – rentabilidade dos concessionários. Ou seja, as concessionárias de rodovias federais da primeira etapa continuam auferindo rentabilidade que varia de 17 a 24% ao ano, no atual cenário de estabilidade econômica do país, em que a taxa de desconto para o setor é de no máximo de 8,95%.

Nesse sentido, os representantes questionam as taxas praticadas no Contrato de Concessão nº 43/1996, tendo juntado, inclusive, a publicação do Balanço da CCR. Assim noticiam os representantes:

8. Como é de conhecimento dessa Egrégia Corte de Contas, os contratos assinados há mais de 20 anos garantem atualmente às empresas, entre elas as maiores empreiteiras do País, uma lucratividade não encontrada em qualquer outro investimento de infraestrutura. As demonstrações de resultado financeiro que seguem acostadas a presente registram que a CCR Via Lagos obteve um lucro líquido de R\$ 102.862 milhões nos últimos 04 anos.

9. Resta indubitoso que as condições econômicas desfavoráveis da época do início da concessão, com juros e dólar altos, foram responsáveis pela adoção de **taxas internas de retorno (TIR) altas**, como é o caso da Via Lagos, **fixada em 19,85%**, uma das mais caras do País, representando mais do que o dobro das atuais TIR adotadas nas concessões federais mais recentes (A taxa interna de retorno real da concessão da Ponte Rio-Niterói, vencida pela EcoRodovias, foi de 7,2%). **A administração de apenas 56 quilômetros de extensão de rodovia, ligando Rio Bonito a São Pedro, passando por Araruama e Iguaba Grande, não justifica uma TIR naquele percentual, se comparado com a extensão e a TIR das concessões federais mais recentes, conforme descrito abaixo.**



Trago, ainda, as considerações carreadas à fl. 8 da exordial:

24. Não é só. Além de não haver qualquer competitividade na contratação que se pretende promover, não há também profundos estudos técnicos que respaldem que a redução tarifária mencionada no artigo 6º da Deliberação nº 838/2016² poderia ser superior aos eventuais deságios de um novo processo licitatório, levando-se em consideração as experiências recentes, como p. ex. no leilão da concessão da Ponte Rio-Niterói, em que o pedágio passou de R\$ 5,20 para R\$ 3,70 – uma redução de cerca de 30%, além da inclusão de investimentos de R\$ 1,3 bilhão em obras para melhoria do tráfego.

Dos elementos carreados aos autos na exordial, extrai-se que o Contrato de Concessão nº 43/1996 conferiu um lucro ímpar à concessionária, rentabilidade essa que não se reverteu em benefício direto aos usuários sem que o Estado fosse acometido de diversos reveses ao longo da execução contratual, sob o pretexto de atender à modicidade tarifária, não obtida pelo desempenho da Concessionária.

Nessa linha, trago à baila o seguinte excerto do relatório da unidade técnica do TCU encarregada da fiscalização da desestatização no âmbito federal, transcrito no bojo do Acórdão nº 1055/2011 – TCU – Plenário:

Ainda, sob o lema de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sempre foram ajustados dentro do fluxo de caixa original da concessão, estando sujeitos à taxa de rentabilidade ou taxa interna de retorno (TIR), gerando ônus demasiado ao usuário das rodovias, na medida em que tais ajustes resultaram em aumento da TBP. (grifei)

No presente caso, a contenção do aumento das tarifas de pedágio foi suportada pelo Estado, ao assumir o pesado ônus de postergar o recebimento da parcela mais significativa do valor da outorga para os derradeiros anos da concessão, financiando indiretamente os investimentos necessários, recebendo parcelas irrisórias desde o primeiro reajuste contratual, celebrado apenas 9 (nove) meses após iniciado o Contrato de Concessão nº 43/1996.

Sobre a matéria, rememoro minha manifestação, em 06/11/2019, nos autos

do Processo TCE-RJ nº 217.389-2/19 (Edital de Concorrência Pública nº 02/2019, tendo por objeto a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Barra do Piraí), de onde extraio o seguinte trecho:

*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, consequentemente, valores de tarifas mais benéficas para os cidadãos do Município.

[...]

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.

*Em suma, formulo Determinação para que sejam aperfeiçoados os dispositivos constantes no Edital e na minuta contratual relativos à possibilidade de prorrogação do contrato, definindo-se o prazo máximo para tal, **bem como a necessidade de estudo prévio fundamentando o interesse público na prorrogação, em detrimento de novo certame licitatório, considerando, inclusive, todos os aspectos econômico-financeiros envolvidos nas duas opções supramencionadas** (prorrogação ou novo certame licitatório).*

Esse questionamento nos autos do referido processo culminou com a limitação do prazo de concessão em 15 anos (43% da vigência inicialmente prevista de 35 anos).

Conforme tive oportunidade de assinalar — no bojo do referido processo

de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Barra do Piraí (Processo TCE-RJ nº 217.389-2/19) —, a realização de investimentos de forma antecipada (caso das divisórias antes de o TDMA alcançar 20.000 veículos) pode ser um atrativo ao negócio da concessionária:

Além disso, o estabelecimento de TIR máxima para as propostas não inviabiliza a possibilidade de antecipação da entrega dos investimentos, mesmo porque a TIR máxima admitida no projeto não se confunde com a TIR intrínseca efetivamente auferida pelo concessionário, durante a execução contratual, a qual é derivada das vantagens competitivas e da eficiência operacional da empresa. Como o risco de execução das obras tradicionalmente é atribuído à concessionária, ela terá direito de auferir receitas mais rapidamente caso consiga iniciar a operação relativa aos investimentos antes do prazo previsto em contrato.

Em relação ao contrato combatido, observo que uma nova licitação dará ao Estado a oportunidade de estabelecer metas de acordo com as melhores práticas advindas do acompanhamento de concessões mais recentes.

Em prosseguimento, no que tange à colocação de divisórias ao longo de toda a rodovia, a unidade instrutiva assim se pronuncia, em relação aos elementos trazidos pela Agetransp:

Com efeito, a Nota Técnica Nº 39/2020 - CAPET relatou que as principais demandas dos usuários eram a redução de tarifa e a instalação de dispositivo de segurança para separação das pistas da rodovia (a chamada “mediana”, divisória instalada entre as pistas de rolamento, fazendo a separação entre os sentidos de deslocamento dos veículos), prevista como 2ª etapa das obras. (grifei)

O Sétimo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, entre outras medidas, excluiu do cálculo do valor da tarifa os custos previstos para a implementação de tais obras, com a obrigação de sua execução a partir do ano em que o volume de tráfego médio diário atingisse 20.000 veículos.

E, no caso concreto, o volume esperado não fora atingido, existindo ainda a expectativa de que não fosse atingido até o término do prazo de concessão.

Portanto, as opções para a implementação do sistema de ‘mediana’ eram [1] o aumento da tarifa, [2] a flexibilização do cronograma de investimentos, [3] a dilatação de prazo da concessão, (hipóteses essas que permitiriam a realização das obras pela concessionária), [4] a execução das obras pelo DER, [5] a realização de nova licitação, e [6] a espera pelo término do contrato de concessão (hipóteses drásticas a serem adotadas pelo Poder Concedente).

A hipótese do aumento de tarifa se mostrava inexecutável, pois uma das principais demandas dos usuários era justamente a redução de tarifas. (grifei)

A hipótese da flexibilização do cronograma de investimentos não se mostrava possível, pois os investimentos haviam sido integralmente realizados.

A hipótese da realização das obras diretamente pelo DER-RJ se mostrava inviável, em razão da necessidade de alocação de vultosos investimentos por parte do Estado para a consecução de seus objetivos.

A hipótese da realização de nova licitação igualmente se mostrava inviável, por implicar em rescisão do contrato em vigor, o que ensejaria o pagamento de indenização à concessionária, “o que seria muito custoso e demorado”.

A hipótese da extinção do contrato pelo decurso do tempo (a espera pelo término do contrato) implicaria no não-atendimento ao clamor dos usuários que, justificadamente, não poderiam aguardar anos para a instalação do tão esperado e necessário dispositivo de segurança, além dos anos de concessão já decorridos.

Destarte, a hipótese que se mostrou mais adequada na espécie fora a dilação de prazo do contrato em vigor, o que possibilitou a diluição (e conseqüentemente, a suportação) dos custos de realização das obras de instalação do dispositivo de segurança pela concessionária, como se vê no excerto seguinte: (grifei)

[...]

Ao se ponderar as principais demandas dos usuários, que eram a redução de tarifa e a instalação de dispositivo de segurança para separação das pistas da rodovia (a “mediana”), e as possibilidades para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, chegou-se à conclusão de que a antecipação da implementação da ‘mediana’ era uma real necessidade, por evitar (ao menos em tese) a colisão frontal em acidentes de trânsito, algo constatado ao longo dos anos de concessão. (grifei)

[...]

No tocante ao pronunciamento da Concessionária da Rodovia dos Lagos S.A. (Via Lagos), o Corpo Instrutivo ressalta, entre outros aspectos, seu entendimento acerca da relevância da instalação do sistema de segurança, concluindo que a expressiva redução do número de vitimados após a instalação do referido sistema “(da ordem de 85%), por si só, é importante indicador da necessidade de um sistema de segurança eficaz”.

Entretanto, segundo consta do Doc. 036.282-4/20 (#2136839), encaminhado pela concessionária, os índices de acidente estavam baixos, antes mesmo da construção da divisória, conforme se depreende desse excerto da fl. 27:

É justamente nesta área, a da segurança viária, que a ViaLagos atingiu os resultados mais expressivos. O índice de acidentes foi reduzido em 66%, e o índice de gravidade em 63% desde o início da concessão.

Com relação à segurança dos usuários, que considero uma preocupação republicana, a matéria só sensibilizou as partes em 13/12/2011 (Termo Aditivo nº 8), passados quatro anos e oito meses da sua exclusão do escopo da concessionária, em 13/04/2007 (Termo Aditivo nº 7).

Não consta dos autos, entretanto, informação sobre o local dos acidentes fatais, isto é, se os sinistros se concentraram no trecho que havia sido contemplado no Edital e excluído pelo Termo Aditivo nº 7 ou se ocorreram em diferentes trechos ao longo da rodovia, **dados esses que devem ser obtidos em sede de auditoria**. No caso de os acidentes terem ocorrido ao longo da rodovia concedida, houve falha no Edital ao prever a proteção apenas em um determinado trecho; se, por outro lado, os acidentes se concentraram no trecho contemplado no Edital e retirado pelo Termo Aditivo nº 7, não se justifica a prorrogação contratual para esse fim e a Fundação DER-RJ, em sede de Auditoria, deve ser instada a justificar sua recomendação para instalação da divisória ao longo de toda a rodovia concedida.

Há que se ter muito cuidado quando investimentos expressivos são incluídos em antigas concessões, com reflexo em tarifas e/ou prorrogações de prazo em possível desalinho ao interesse público.

O Acórdão nº 738/2017 – TCU – Plenário, que cuida do Relatório de Acompanhamento do Contrato de Concessão da BR-040/MG-RJ, traça um paralelo entre as concessões mais antigas e aquelas concedidas mais recentemente:

I.1. Inexistência de motivação para inclusão da cláusula de Prorrogação contratual

2. Para evitar repetição, remete-se ao relatório definitivo (peça 57, p. 37 a 46). A seguir, será apresentada uma síntese do achado, análise das audiências, conclusão e proposta de encaminhamento.

3. Verificou-se que a possibilidade de prorrogação contratual do contrato de concessão, por prazo estimado de 17 anos e meio, foi inserida no Termo Aditivo 12, sem que tenha sido demonstrado o interesse público e a vantajosidade com tal medida. A presente concessão encontra-se na fase final de sua vigência, de maneira que usuários e Poder Concedente auferirão significativos benefícios com um novo procedimento licitatório ao final do referido contrato.

4. Isso porque a concessão em tela é antiga e, quando comparada com concessões leiloadas recentemente, apresenta tarifas elevadas e poucas previsões de investimentos, melhorias e obrigações da concessionária. Seu contrato não estimula eficiência do serviço, modicidade tarifária, segurança viária nem melhor acompanhamento da prestação do serviço público pela Agência. Destaca-se ainda, os significativos índices de inexecução contratual apresentados pela Concessionária nos últimos anos (peça 126, p. 7).

5. Desse modo, era exigido que a decisão pela inclusão de cláusula de prorrogação, com significativos impactos sobre a exploração do serviço público, sobre o interesse dos usuários e sobre o erário, viesse acompanhada de minudente motivação, fundamentada em pareceres técnicos e jurídicos, comprovando a legalidade da previsão e **demonstrando que, dentre as alternativas disponíveis, a mesma é a que maximiza o interesse público. Esse aspecto ganha ainda mais relevância ao se comparar os avanços das concessões recentemente leiloadas (3ª Etapa) com as concessões antigas (1ª Etapa)**, a qual se insere a BR 040 MG/RJ.

6. No que se refere às tarifas, segue uma comparação dos valores cobrados a cada cem quilômetros pelas concessões antigas e pelas concessões recentemente leiloadas (peça 127):

Tabela 6: comparativo tarifária das concessões da 1ª e 3ª Etapas do Procrofe

<i>1ª Etapa</i>	<i>Km</i>	<i>Tarifas/distância (R\$/100km)</i>	<i>3ª Etapa</i>	<i>km</i>	<i>Tarifas/distância (R\$/100km)</i>
<i>BR 290/RS (Concepa)</i>	<i>121</i>	<i>12,70</i>	<i>BR 050/GM/MG (MGO)</i>	<i>437</i>	<i>5,60</i>
<i>BR 116/RJ (CRT)</i>	<i>142</i>	<i>8,60</i>	<i>BR 101/ES/BA (ECO101)</i>	<i>476</i>	<i>5,40</i>
<i>BR040/MG/RJ (Concer)</i>	<i>180</i>	<i>18,70</i>	<i>BR 163/MT MT-407 (CRO)</i>	<i>851</i>	<i>4,50</i>
<i>BR 116/RJ/SF (Dutra)</i>	<i>402</i>	<i>12,30</i>	<i>BR 163/MS (MS VIA)</i>	<i>847</i>	<i>6,50</i>
			<i>BR 040 DF/MG (Via 040)</i>	<i>937</i>	<i>5,40</i>
			<i>BR 060/153/262/DF/GO /MG (Concebra)</i>	<i>1.176</i>	<i>4,00</i>

Fonte: ANTT (peça 127). Elaboração própria

7. Destaca-se que, além das concessões mais recentes possuírem tarifas inferiores, as mesmas custeiam amplos investimentos que não foram exigidos das concessões antigas. Explica-se. As obrigações das concessões

da 1ª Etapa do Procrofe estão concentradas em serviços de recuperação e manutenção das vias, enquanto que, nos contratos da 3ª Etapa, além destas obrigações, é exigida a duplicação integral das rodovias nos cinco primeiros anos de concessão.

8. A título de exemplo, a tarifa para percorrer cem quilômetros da concessão da BR 040/MG/RJ (concedida à Concer) é R\$ 18,70, ao passo que, na concessão da BR-040/DF/GO/MG, concedida em 2014, a mesma tarifa é de R\$ 5,40 e está prevista a duplicação integral dos 936,8 km.

9. Assim, a tarifa quilométrica da BR 040/MG/RJ é 3,46 vezes maior que a tarifa quilométrica da BR 040 DF/MG. A diferença torna-se desarrazoada ao lembrar que esta tarifa, basicamente, remunera a operação e a manutenção dos 180 km da rodovia da BR 040 MG/RJ, ao passo que, na BR 040 DF/MG, a mesma tarifa remunera, além da manutenção e operação, a duplicação integral dos 936,8 km da rodovia.

10. Ainda dentro da questão tarifária, segundo a ANTT, a tarifa média (levando em conta todas as concessões) para percorrer cem quilômetros dos contratos da 1ª Etapa é R\$ 11,30; a mesma tarifa quilométrica média para as concessões da 3ª etapa é R\$ 3,90 (peça 127). Assim, as tarifas cobradas nas concessões da 1ª Etapa são, em média, 2,89 vezes maiores que as tarifas cobradas na 3ª Etapa. Além disso; nas primeiras, a tarifa remunera basicamente a manutenção e a operação das rodovias, enquanto nos contratos mais recentes, além da operação e manutenção em níveis, inclusive, superiores, remuneram também a duplicação integral das rodovias nos primeiros anos de concessão. Destaca-se que, dentre as concessões da 1ª Etapa, a BR-040 MG/RJ é a que possui a maior tarifa.

11. No que se refere à recuperação, à manutenção, à conservação e aos serviços operacionais, além de serem exigidas mais obrigações das concessionárias recentes, e sob menores tarifas, as mesmas são cobradas por meio de parâmetros de desempenho, ao contrário dos contratos antigos. Vale dizer, a Agência tem mais condições de exigir da concessionária a prestação de serviço adequada e aderente aos padrões contratuais.

12. Quantos aos aspectos regulatórios, os contratos mais recentes estimulam a eficiência do prestador (regulação por incentivos), a redução de acidentes, a execução eficiente de obras e a implementação do serviço prestado.

13. Diante do exposto, é razoável concluir que os usuários das rodovias concedidas recentemente usufruem, em relação aos usuários das concessões da 1ª Etapa, de uma maior quantidade de investimentos e obrigações por parte das concessionárias, de contratos que fomentam eficiência do serviço, modicidade tarifária e segurança viária e, além de tudo isso, pagando tarifas menores.

Tendo em mente as considerações efetuadas pelo TCU, ao comparar as concessões antigas e recentes, verifico que a 2ª etapa das obras — aí incluída a construção da estrutura divisória entre as pistas — estava prevista para ser executada quando o TDMA (Tráfego Médio Diário Anual) atingisse 20.000 veículos, desde o

desenho inicial da concessão, tráfego esse que se encontrava no patamar de 19.303 veículos em 2019.

Ao contrário do que conclui o jurisdicionado — no sentido de que essa meta não ocorreria antes do término do prazo pactuado inicialmente —, o histórico de tráfego aponta em sentido inverso, uma vez que o montante atingido em 2019 foi o de 19.303 veículos e, não tendo como ter sido prevista a pandemia de Covid-19, que impactou o tráfego, a obrigação da concessionária em atender a essa demanda ocorreria antes do término do prazo pactuado, favoravelmente, portanto, ao Poder Concedente.

Outra questão que merece atenção é a opção pela construção da divisória ao longo de toda rodovia, proposta pela Fundação DER-RJ, em vez dos 10 (dez) km originais, com assunção de novos encargos pelo Poder Concedente.

A Agetransp informa as opções examinadas para viabilizar a execução da divisória ao longo de toda a extensão da RJ-124:

Para viabilizar a execução da mediana antecipadamente, 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;*
- *Aumento da tarifa: já existia uma percepção por parte dos usuários da rodovia de que a tarifa era muito alta pelos motivos apresentados no item 1 desta Nota Técnica;*
- *Flexibilização do cronograma de investimentos: **a Concessionária já havia realizado todas as obras previstas na 1ª Etapa e não tinham mais investimentos relevantes a serem feitos até o final do contrato;***
- *Dilação de prazo da concessão: mostrou-se ser a única alternativa viável para compensação indireta dos investimentos a serem realizados (antecipados) pela Concessionária.*

Observo que, entre as opções consideradas no âmbito da Agetransp, não figurou uma nova licitação, com base na seguinte assertiva:

*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.

Quanto a esse aspecto, observo que os estudos apresentados não são suficientes para afirmar que a opção pela prorrogação do contrato de concessão seja, de fato, a mais vantajosa para o Estado do Rio de Janeiro.

Digo isso por entender que as opções existentes não foram suficientemente sopesadas, inexistindo, por exemplo, estudo comparativo que ateste, de maneira inequívoca, que a realização de outra licitação, com a fixação de um novo valor de outorga e marcos contratuais adequados à situação atual das rodovias concedidas, é uma opção menos atraente para o Administração Pública Estadual que a prorrogação contratual do atual contrato de concessão.

Em relação à inexistência de estudo que demonstrasse a vantagem e o atendimento ao interesse público, mediante a lavratura do Termo Aditivo nº 10 ao Contrato combatido, celebrado em 10/11/2016, transcrevo a manifestação da CAD-Desestatização no bojo do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12, em apenso, que trata do Termo Aditivo nº 8 ao Contrato de Concessão nº 043/1996:

Num rápido olhar e à primeira vista, causa estranheza a redução de centavos frente ao prazo de concessão de 50 anos.

No entanto, há que se separar os períodos, sem perder de vista o período total da concessão.

Os 15 anos seguintes, abordados no presente 8º Termo Aditivo, constituíram a contrapartida pela instalação do dispositivo de segurança separador das faixas de rolamento, orçado inicialmente em 120 milhões de reais e que, posteriormente, atingiu a quantia de 160 milhões de reais, com a inclusão, a pedido do Poder Concedente, de melhorias nos sistemas de sinalização e comunicação.

Os 10 anos restantes, abordados no 10º Termo Aditivo, se deram como meio de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, dado em razão do (i) desequilíbrio pelo arredondamento da tarifa e atraso no reajuste tarifário e ajuste das receitas acessórias; (ii) desequilíbrio oriundo do aumento de encargos, investimentos e obras não originalmente previstas e exigíveis da concessionária; (iii) inclusão nos encargos da concessão da parcela relativa a remuneração dos custos administrativos, riscos e seguros da concessionária decorrentes da inclusão de novos investimentos no contrato de concessão; (iv) ajuste do tráfego de veículos no fluxo de caixa marginal; (v) inclusão do sistema de combate à evasão de pedágio.

A Fundação DER-RJ, por sua vez, busca se eximir de qualquer responsabilidade, conforme já mencionado ao longo desta fundamentação.

A Concessionária, tendo comparecido aos autos (Doc. TCE-RJ nº 036.282-4/20), busca justificar as alterações empreendidas, no bojo do Termo Aditivo nº 10, em face do aumento da taxa Selic da ordem de 7% em 4 (quatro) anos, de 2012 a 2016, o que impactaria o reajuste das tarifas de pedágio diante dos investimentos da ordem de R\$ 158 milhões, destinados, em apertada síntese, ao alargamento da rodovia, construção de retornos e duas passarelas.

Observo que o Poder Concedente não se mostrou tão diligente quanto a Concessionária, uma vez que a mesma taxa Selic sofreu uma redução substantiva entre 1997 (45,67%) e 2009 (12,66%), sem que tal desequilíbrio tivesse motivado a revisão dos parâmetros adotados no Contrato de Concessão nº 43/1996, o que só veio a ocorrer em 13/12/2011 (Termo Aditivo nº 8).

Concluo, portanto, não ser possível avaliar o reequilíbrio do Contrato nº 043/1996, a partir do Termo Aditivo nº 8, sem levar em consideração o histórico contratual, não havendo, nos autos, elementos que comprovem ser a prorrogação — por um período igual ao pactuado inicialmente, de 25 anos — a alternativa mais vantajosa para o Estado do Rio de Janeiro, em detrimento da realização de uma nova licitação.

Dessa forma, os parâmetros utilizados no reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, mediante repactuação do prazo, bem como a motivação, a eventual omissão do Poder Concedente, a eventual fuga ao objeto da concessão (obras executadas na RJ-106), entre outros aspectos, deverão ser respondidos em sede de Auditoria, conforme faço constar da Decisão exarada, nesta mesma Sessão Plenária, no bojo do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12, referente ao Termo Aditivo nº 8, que tramita apenso ao presente.

Em relação à Taxa Interna de Retorno (TIR) adotada, subitem 2.b dos itens I (Agetransp) e II (Fundação DER-RJ) da última Decisão, a instância instrutiva destacou os trechos adiante transcritos.

Assim se manifestou a Agetransp (Doc. TCE-RJ nº 32.230-3/20):

Já quanto a adequabilidade e razoabilidade no valor da TIR considerada nos fluxos de caixa marginais relativos as prorrogações contratuais (item b, da 2ª determinação), foi esclarecido que o percentual de 12,5% a.a. seguiu a tendência das concessões federais, com os critérios da resolução 3.651/11 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Adicionalmente, foi informado que o percentual de 12,5% a.a. também foi utilizado nos termos aditivos das concessões do Estado de São Paulo no ano de 2011, consoante tabela a seguir:

Quadro 1 – Valores de TIR adotadas em dezembro/2011

Concessionária	Agência Reguladora	TIR (FCX Original)	Termo Aditivo	Data	TIR (FCX Marginal)
SP Vias	ARTESP	19,85%	18/2011	15/12/2011	12,5%
Renovias	ARTESP	18,72%	19/2011	15/12/2011	12,5%
Via Oeste	ARTESP	19,33%	22/2011	15/12/2011	12,5%
Sistema Anhanguera Bandeirantes	ARTESP	19,78%	25/2011	15/12/2011	12,5%
CCR Via Lagos	AGETRANSP	19,85%	Oitavo	13/12/2011	12,5%

[...]

Quanto ao questionamento acerca da “adequabilidade e razoabilidade das Taxas Internas de Retorno”, parece-nos razoável o sustentado pelo Presidente da AGETRANSP.

Com efeito, a mencionada Nota Técnica Nº 39/2020 - CAPET relata que a Taxa Interna de Retorno (TIR) adotada foi de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento), e não a taxa interna de retorno informada na representação, de 19,85% (dezenove inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), registrando que este percentual estava sendo utilizado nos aditamentos das concessões de rodovias do Estado de São Paulo, e ainda, que aquele percentual (12,5%) fora adotado entre o Poder Concedente e a Concessionária desde a celebração do oitavo aditamento (Oitavo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão).

O processo regulatório no E-12/004.154/2016 que teve como objeto a 10ª Revisão Extraordinária da Tarifa, que resultou na Deliberação AGETRANSP Nº 838/2016 (Anexo 11), foi motivada pela revisão do orçamento da mediana, com base no projeto executivo e orçamento real aprovados pelo DER-RJ.

Na instrução técnica do processo mencionado, a Câmara de Política Econômica e Tarifária (CAPET) adotou o mesmo valor para a Taxa Interna de Retorno – TIR de 12,5% a.a. (doze e meio por cento ao ano), já pactuada entre o Poder Concedente e a Concessionária no Oitavo Termo Aditivo.

A Fundação DER-RJ (Doc. TCE-RJ nº 31.175-0/20), por seu turno, informa:

Coube a esta Assessoria a discussão inicial sobre o projeto funcional para a construção da mediana e a definição de uma TIR (Taxa Interna de Retorno) para confecção do fluxo de caixa marginal (FCM, conforme demonstrado na Carta CCR nº 135/2020, em anexo). E posteriormente a aprovação do Projeto Executivo e do orçamento final para a realização do 10º Termo Aditivo, anexo. (grifei)

[...]

A Concessionária Via Lagos (Doc. TCE-RJ nº 36.282-4/20 e 36.287-4/20) manifesta-se como segue:

Subitem 3 dos Itens I e II:

Instada a se manifestar nos autos como terceiro interessado, argumenta a Concessionária da Rodovia dos Lagos S.A. (Via Lagos), em síntese, que:

[...]

Originalmente, no Contrato de Concessão da Via Lagos, foi estabelecida uma TIR contratual de 19,85%, concebida a partir do conjunto de informações disponível na licitação, ocorrida em junho de 1996, e das especificidades e desafios da concessão (projeto greenfield), e que entende a concessionária se mostrar mais adequada a TIR marginal de 12,50% à realidade de mercado e ao cenário macroeconômico verificado no momento da celebração dos 8º e 10º Termos Aditivos e realização dos investimentos pela Via Lagos, e ainda, que a AGETRANSP (Nota Técnica n. 010/2011-CAPET) validou a utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal e a vantajosidade da adoção da TIR de 12,50% para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, comparativamente à adoção da TIR contratual.

Na referida Nota Técnica, verificou-se que a adoção da TIR de 12,50% representava uma diminuição de -15,71% na TBP vigente e de -7,98% em relação à TBA vigente, redução tarifária bastante superior caso fosse aplicada a TIR contratual de 19,85% (-8,58% da TBP vigente e de -0,20% da TBA vigente);

Indubitavelmente, a TIR de reequilíbrio utilizada (12,50%) é inferior à TIR contratual (19,85%) e promove uma redução tarifária mais expressiva, em benefício dos usuários e do interesse público, o que demonstra a adequação da TIR utilizada para a celebração do 8º Termo Aditivo, dadas as peculiaridades da concessão analisada. (grifei)

Para fins de comparação, pode-se levar em consideração também a adoção de TIR de valor idêntico (12,50%) nas concessões rodoviárias do Estado de São Paulo, e em especial, no caso do chamado Sistema Anhanguera Bandeirantes (AUTOBAN), que fora analisado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), oportunidade em que a taxa interna de retorno de 12,50% fora tida como adequada e o Termo Aditivo nº 25 do Contrato de Concessão CR n. 05/98 alcançou decisão pela regularidade (Acórdão proferido no processo n. TC-022944/026/98, Voto da lavra do Conselheiro Valdenir Antônio Polizeli).

De todo o exposto, não é possível concluir que a utilização da TIR de 12,50% na celebração do 8º Termo Aditivo para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se mostrou inadequada e desvantajosa, por gerar resultados mais favoráveis e vantajosos ao interesse público e aos usuários da rodovia, tendo em conta a modicidade tarifária, não se apresentando prejudicial ou menos benéfica dentre outras possíveis hipóteses para a

consecução da realização dos investimentos considerados necessários à segurança viária da rodovia concedida. (grifei)

Observo que a Agetransp, tendo comparecido aos autos e a fim de sustentar a razoabilidade da TIR acordada no Termo Aditivo nº 8 ao Contrato de Concessão nº 43/1996 — que tramita em apenso sem apreciação definitiva —, invoca as taxas praticadas no âmbito das concessões rodoviárias do Estado de São Paulo.

O Corpo Técnico, por sua vez, tangencia a análise da matéria, ao se posicionar pela impossibilidade de se concluir que a utilização da TIR de 12,5% se mostrou inadequada e desvantajosa (ou, sob outro prisma, que não resta demonstrada que a TIR de 12,5% seja inquestionavelmente vantajosa e adequada à Administração Pública), baseando-se nos seguintes aspectos: (i) a TIR de reequilíbrio utilizada (12,50%) é inferior à contratual (19,85%) e promove uma redução tarifária mais expressiva e (ii) na adoção de TIR (12,50%) no mesmo patamar adotado nas concessões rodoviárias do Estado de São Paulo.

Se estivéssemos a tratar de um novo Edital de Licitação, seria aceitável a projeção de uma taxa com base nas então praticadas no mercado (concessões de rodovias do Estado de São Paulo). No entanto, a fixação da TIR para repactuação de um contrato em curso deve levar em consideração o reequilíbrio econômico-financeiro daquele contrato; com esse objetivo, é preciso apurar a taxa efetivamente praticada até então no Contrato de Concessão nº 43/1996.

Digo isso porque é preciso extrair, do fluxo de caixa **realizado**, a taxa efetivamente praticada, considerando que a TIR inicialmente pactuada em 1996 (19,85%) continuou sendo a praticada até o advento do Termo Aditivo nº 8 (TIR = 12,5%), celebrado em 13/12/2011; ou seja, se consideramos que 12,5% é um percentual adequado em 2011 e que o cenário de estabilização econômica que imperou nesse período reduziu **gradativamente** os índices praticados no mercado, então o percentual nos anos imediatamente anteriores (19,85%) já vinha desequilibrando o ajuste existente entre as partes.

Dessa forma, a taxa operada no Contrato de Concessão nº 43/1996 (TIR = 19,85%), de 23/12/1996 até a celebração do 8º Termo Aditivo, em 13/12/2011, foi a acordada como “taxa justa” em 1996. No mundo real de estabilidade econômica, a **taxa justa** foi gradativamente sendo reduzida, enquanto a TIR só foi repactuada quinze anos depois e de forma abrupta, significando, por consequência, que, durante um período da concessão, a taxa pactuada esteve acima daquela praticada no mercado.

De forma contrária ao Corpo Instrutivo — que não se manifestou quanto à economicidade do Termo Aditivo nº 8 no bojo do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12, em apenso, sugerindo o arquivamento sem resolução de mérito —, observo que as sucessivas alterações contratuais desfiguraram as premissas da engenharia financeira que subsidiou o projeto inicial da concessão, o que resta evidenciado na redução da TIR de 19,85% (1996) para 12,5% (2011), de forma abrupta, sem que o Poder Concedente e/ou a Agetransp tivesse adotado iniciativas com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 43/1996, quando em desarmonia com o interesse do Poder Concedente.

Entendo que as contratações públicas devem primar pela justa remuneração do capital investido, conforme previsto na Lei Estadual nº 2.831/97, sem dar margem a distorções advindas da adoção de parâmetros dissociados do caso concreto.

Nesse sentido, o Acórdão nº 1055/2011 – TCU – Plenário, no âmbito do Processo TC 026.335/2007-4, referente à Representação da unidade técnica do TCU (Sefid) em face de desequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias federais, destaca a importância dos parâmetros inseridos na equação financeira:

*Na valiosa lição acima se apresentam como sinônimos o equilíbrio financeiro e o equilíbrio econômico, certamente por conta do corrente emprego como tal. Contudo, há que se levantar, no caso, a devida distinção. **Para um equilíbrio financeiro basta a observância de uma equivalência dada por uma equação matemática. Já o equilíbrio econômico requer que os parâmetros***

econômicos inseridos na equação sejam ajustados, conforme destacado no próprio texto.

Nessa toada, entendo insuficiente a definição dos parâmetros adotados no Contrato de Concessão nº 43/1996 com base em contratos firmados por outro ente federativo sem levar em consideração o histórico contratual, sendo benfazejo que a Agetransp considere os parâmetros utilizados por órgãos de controle como o TCU e, em não os adotando, justifique a opção por parâmetros que, a princípio, operam em desfavor da Administração Pública, no caso, o Estado do Rio de Janeiro.

Dessa forma, ao calcular uma TIR para os próximos 25 anos, por meio dos Termos Aditivos nº 8 (15 anos) e nº 10 (10 anos), sem considerar o histórico até então praticado, vislumbro que o modelo adotado pelo Termo Aditivo nº 8 se mostra mais adequado a uma nova licitação, e, não, a uma prorrogação de prazo.

Quanto ao aspecto da economicidade, reputo, portanto, que há razoabilidade no questionamento suscitado na exordial, razão pela qual não acompanho a proposta alvitada pelo Corpo Técnico, pois entendo inexistir, nos autos, elementos suficientes para apreciação definitiva sobre a existência ou não de desequilíbrio em desfavor do Estado, razão pela qual a procedência quanto a esse ponto da Representação deverá ser objeto de exame pela equipe da Auditoria a ser realizada.

Nessa senda, a apreciação quanto à economicidade das pactuações desde o Termo Aditivo nº 8 ao Contrato nº 43/1996 deverá ficar sobrestada até finda a Auditoria a ser realizada para acompanhamento do Contrato de Concessão nº 43/1996, conforme faço constar no Voto que profiro no apenso.

Em adendo, registro que o estado de conservação da rodovia Via Lagos (RJ-124) — que não justificaria uma prorrogação para manter as mesmas condições contratuais estabelecidas há cerca de 20 (vinte) anos, nos termos alegados pelo representante — foi objeto de destaque na última Decisão neste processo, nos seguintes termos:

*Outro aspecto questionado pelos representantes consiste no estado de conservação atual da rodovia, que não justificaria uma prorrogação para manter as mesmas condições contratuais estabelecidas há cerca de 20 (vinte) anos. **Sobre tal questionamento, concordo com o entendimento do Corpo Técnico, no sentido de que informações como o estado de conservação das rodovias seriam mais eficazes de serem examinados por meio de uma auditoria in loco** – o que demandaria, todavia, maior mobilização de pessoal, tempo e planejamento, prejudicado pelo cenário atual de pandemia de Covid-19.*

Registro, ainda, que as prorrogações de prazo da Concessão em testilha são objeto de contestação no âmbito do Poder Judiciário (Ação Popular nº 0014659-83.2017.8.19.0011⁵), que pugna pela nulidade dos aditamentos de prazo de 15 e 10 anos promovidos pelos 8º e 10º aditivos, estando no aguardo de novo exame pelo juízo, após a juntada de petições.

Todavia, no referente à preocupação externada pelo *Parquet* de Contas, no sentido de resguardar futura e eventual revisitação da matéria no presente, em razão de a Ação Popular nº 0014659- 83.2017.8.19.0011 ainda se encontrar em curso junto à 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo Frio, tenho entendimento diverso.

Quanto a esse aspecto, trago à baila posicionamento que fiz consignar na fundamentação do *Decisum* anterior, no sentido de que, em razão do princípio da independência entre as instâncias judicial e de controle externo, não haveria obstáculo ao prosseguimento do exame de mérito da Representação, por parte desta Corte de Contas:

*Em que pese à existência da Ação Popular nº 0014659-83.2017.8.19.0011, discordo do Sobrestamento proposto, nesta fase processual, **com base na relevância dos questionamentos formulados por membros do Poder Legislativo no legítimo exercício de atividade parlamentar**, no princípio da independência entre as instâncias judicial e de controle externo – que permite a continuidade do exame de mérito, por parte desta Corte de Contas – bem como no objetivo de fomentar o controle social sobre os atos da Administração Pública.*

⁵ <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublica#porNumero>, consulta em 04/10/2021.

Nada obstante, coaduno-me com a proposta do *Parquet* de Contas de Expedição de Ofício ao Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Cabo Frio, dando-lhe ciência desta Decisão, e faço ajustes nas Determinações propostas.

Por fim, registro que, em face da relevância, materialidade e do risco intrínsecos a um contrato de concessão, bem como da oportunidade que se apresenta, diante do iminente início da prorrogação do Contrato de Concessão nº 43/1996, **por igual período de 25 anos**, a análise que faço desta Representação e da contratação sob exame, além da dos elementos carreados aos autos, não perdeu de vista a situação fática (tarifa atual: R\$ 14,70).

Explico: este Tribunal não pode se furtar ao seu mister constitucional e deve buscar a efetividade de suas ações — da mesma forma como o TCU nas ações empreendidas, no âmbito da fiscalização federal —, com vistas a coibir desequilíbrios econômico-financeiros em desfavor do ente público, frente à então recente estabilidade econômica do país.

Assim sendo, considerando o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, bem como a efetividade das ações de controle externo, reputo necessária a instauração imediata de Auditoria, como faço constar do meu Voto no bojo do Termo Aditivo nº 8.

Nessa toada, em que pese a informação do Corpo Técnico, nos autos do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12, em apenso, acerca da inserção das informações atinentes aos Termos Aditivos em seu banco de dados, objetivando subsidiar vindouras ações fiscalizatórias, registro que consta em meu Voto, naqueles autos, Determinação à Secretaria-Geral de Controle Externo (SGE) deste Tribunal para **realização de Auditoria para acompanhamento do Contrato de Concessão nº 43/1996**, a fim de oferecer subsídios ao exame do 8º Termo Aditivo (Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12) e dos termos que o sucederem, sem prejuízo de incluir outros aspectos que entenda necessários, considerando os critérios de relevância, risco, materialidade e oportunidade.

A Auditoria deverá responder, no mínimo, aos seguintes pontos:

- 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 em uma 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 sua implantação 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;
- 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.

Alfim, observo que o exame procedido neste processo alcançou os pontos suscitados na Representação ora apreciados, sem que tenham sido objeto de exame exauriente todos os aspectos envolvidos nas prorrogações antecipadas, **sendo certo que o Contrato em debate será objeto de controle externo a cargo deste Tribunal em futura auditoria governamental**, considerando que preenche os critérios de relevância, risco, materialidade e oportunidade.

No mais, quanto ao Arquivamento proposto, divirjo do Corpo Técnico por reputar oportuna e adequada a Apensação do presente e do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12 (8º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 43/1996) ao Relatório da Auditoria a ser realizada, nos termos que faço constar no meu Voto.

Ex positis, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com a proposta do Corpo Instrutivo e com o parecer do Ministério Público de Contas, residindo minha parcial divergência na Procedência desta Representação, quanto ao aspecto da legalidade, e no Sobrestamento em relação à economicidade da repactuação, bem como em ajustes nas Determinações propostas e na Apensação do presente e do Processo TCE-RJ nº 100.167-4/12 ao Relatório da Auditoria a ser realizada, e

VOTO:

- 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.

Plenário,

GC-7, em 02 / 02 / 2022.

RODRIGO MELO DO NASCIMENTO
Relator