



Processo nº:	TC – 17322.989.19-5
Representante:	Bruno Tiago da Silva Brandino
Representada:	Agência de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP

Excelentíssima Senhora Conselheira Relatora,

Trata-se de representação oferecida pelo Senhor Bruno Tiago da Silva Brandino contra o edital da Concorrência Internacional nº 01/2019, lançado pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP, objetivando a “concessão da prestação dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário denominado Lote Piracicaba – Panorama”. Conforme sintetizado pela respeitável decisão que determinou a manifestação prévia da representada (evento 9.1):

“Em linhas gerais o representante apresenta questão que, a seu ver, vicia a fase externa do procedimento ante a discrepância do rito estabelecido na Lei nº 8.666/93 e na Lei 10.520/02, as quais restringem a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, condições essenciais para a validade do procedimento.

Nessa toada, apresenta os seguintes fundamentos de impugnação:

1 – Exigência de constituição de Sociedade de Propósito Específico para a adjudicatária, mesmo sendo licitante individual.

Queixa-se, a esse respeito, da previsão nesse sentido contida no item 18 do ato convocatório, aduzindo que tal estipulação avilta a jurisprudência desta Corte, colacionando precedentes desta Corte.

2 – Exigência de documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Sustenta haver violação ao entendimento jurisprudencial deste Tribunal, consolidado na Súmula nº 15, ante a previsão contida 12.6 que exige das licitantes a apresentação, juntamente com a proposta, de Carta de Instituição Financeira ou por assessoria financeira, nacional ou estrangeira, que assessora a LICITANTE na montagem financeira da Concessão e terá o propósito de assessorar a licitante, caso esta venha a se sagrar vencedora do certame.”



Devidamente notificada, a representada compareceu aos autos trazendo a documentação pertinente, bem como suas justificativas de seu interesse (evento 18). Determinada a suspensão do certame (evento 29), o TCESP solicitou esclarecimentos adicionais quanto às modificações promovidas após a publicação do edital, especificamente no que tange a taxas de outorga e ônus de fiscalização. Realizada a diligência, a representada trouxe aos autos novas justificativas (evento 33).

Instada a se manifestar, a douta ATJ-Jurídica opinou pela procedência da representação, ainda que tenha acatado as justificativas da representada com relação ao ponto suscitado pela decisão liminar de paralisação do certame (evento 46.1). A manifestação da i. Chefia do Órgão Técnico acompanhou as conclusões de seu segmento Jurídico nos tópicos relativos à constituição da SPE e às modificações das taxas de outorga e ônus de fiscalização, mas divergiu da conclusão pela impropriedade da exigência contida no item 12.6 do edital. Concluiu, assim, pela procedência parcial da representação (evento 46.2).

Ainda, o segmento especializado de Economia da douta ATJ ofertou parecer opinando pela inexistência de indícios que justificassem intervenção em sede de exame prévio de edital, sem prejuízos do exame da matéria no rito ordinário (evento 56.1). Após, os autos seguiram para apreciação da douta PFE, que, pelas razões expostas em seu parecer, opinou pela improcedência da representação (evento 58.1). Nesse contexto, vêm os autos eletrônicos ao MPC para officiar como *custos legis*.

É o breve relatório do que reputo necessário.

Passo, então, ao pronunciamento de mérito.

Preliminarmente, antes de adentrar no mérito das insurgências trazidas pela representação, cabe ressaltar que a presente análise ocorre no contexto do exame prévio de editais, rito sumaríssimo reservado, *a priori*, para a apreciação de aspectos do ato convocatório que denotem evidente ilegalidade, potencial restrição ao acesso ou à competitividade do certame, ou mesmo prejuízo indevido à elaboração das propostas.

Tais considerações se fazem pertinentes na medida em que o presente parecer não pretende atestar a regularidade da contratação como um todo, mas sim, e tão somente, analisar aquelas questões cabíveis e pertinentes neste rito próprio. Até mesmo porque, determinados aspectos, especialmente aqueles inseridos na seara econômica, somente serão passíveis de apreciação em análise mais detida da documentação e dos estudos que sedimentaram a



modelagem conferida ao objeto, análise esta usualmente reservada ao rito ordinário. Feitas tais considerações preliminares, passa-se à apreciação das insurgências.

Com relação à **exigência de constituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE mesmo no caso da adjudicatária ser licitante individual** (item 18 do edital), o posicionamento deste *Parquet* de Contas diverge daquele proferido pela douta ATJ e trilha pelo caminho da regularidade da imposição. Isto porque, ainda que se entenda que o artigo 20 da Lei nº 8987/95 seja de fato expresso ao restringir a faculdade da Administração de exigir a constituição específica de uma empresa aos consórcios, julga-se que tal perspectiva acaba por destoar da realidade fática, além de incorrer no risco de, por apreço excessivo à literalidade da lei, trazer prejuízos à contratação.

A dissonância da realidade fática se apresenta, entre outras razões, no fato de que, diante de uma contratação de tamanho vulto, poucas serão as empresas que estarão aptas a participarem na condição de licitantes individuais. E, dentre as que estarão, dificilmente se vislumbra a possibilidade de que não sejam fundos de investimento ou similares – empresas que, pela própria natureza de seus negócios, dificilmente deixarão de constituir empresa específica para exploração da concessão.

A segregação dos investimentos, da contabilidade e, porque não dizer, das responsabilidades inerentes a uma contratação de tamanho porte dos demais ativos de um fundo de investimentos, por exemplo, parece atender, inclusive, aos interesses dos próprios licitantes. Ora, ainda que não seja argumento apto a garantir a manutenção ou não da cláusula questionada, não se pode desconsiderar que, ao que tudo indica, nenhuma empresa em condições de competição ingressou com questionamentos desta ordem (vide 1ª Ata de Esclarecimentos, disponível no site da ARTESP). Ademais, diante do vulto e da magnitude da contratação, nem se mostra pertinente considerar os eventuais custos que a constituição de um SPE traria para a licitante vencedora, já que comparativamente irrisórios.

Há, ainda, a perspectiva dos potenciais prejuízos que podem ser causados à contratação em decorrência da negativa de que se impor a constituição da SPE. E, nesse ponto, entende-se que as considerações tecidas pelo Exmo. Conselheiro Robson Marinho, nos autos do TC-889.989.12-7 e outros, traduzem bem a importância e os impactos de não se ater, em casos similares ao presente, à letra seca da lei. Destaca-se, da decisão, os seguintes excertos de interesse:



“É fato que a Lei de Concessões aborda a questão apenas em relação às empresas que atuam em regime consorciado. Todavia, o que o edital prevê não é estranho ao mundo jurídico, uma vez que a Lei 11.079/04 não fez restrição a essa condição para o caso das empresas que atuam isoladamente.

A sociedade se desenvolve de forma dinâmica e muitas vezes à frente da própria lei, estabelecendo suas reais necessidades. O cenário jurídico no qual foi criada a Lei 8.987/95 era um e naquele momento as discussões acerca da exigência de constituição de empresa específica eram incipientes. A legislação regedora das PPPs, editada nove anos depois, representou uma evolução na disciplina da transferência de serviços públicos pelo Estado a terceiros.

Assim, se o legislador entendeu que no caso das PPPs é interessante ao Estado contratar com empresa, consorciada ou não, constituída na forma de uma SPE, não encontro razões que me levem a concluir que o procedimento adotado no edital seja errado.

Chego a essa conclusão pelo fato de que o objeto licitado, apesar de não ser uma PPP, não deixa de possuir características semelhantes, como o grande vulto, já que o valor estimado é de R\$ 2.1 bilhões, o tempo de concessão, que é de 15 anos, e o grande interesse público envolvido.

[...]

É claro que a constituição da SPE na forma de S.A. implica custo. Todavia, além de afeta ao campo da discricionariedade do Administrador, é ônus imposto apenas ao vencedor, indistintamente, e que, por óbvio, fará parte do valor da proposta.

No caso em tela, é preciso também ser incorporado o conceito de valor esperado, em face das eventuais contingências que a Administração Pública possa enfrentar, ou seja, o valor total que será pago pela Administração, tendo em vista todos os possíveis cenários de execução da concessão e as suas respectivas probabilidades.

Dessa forma, a análise da questão se torna clara: se de um lado há um acréscimo de custo desprezível, decorrente da abertura da sociedade de propósito específico, de outro, há a substantiva redução do risco de que a situação financeira da concessionária seja contaminada pelos demais negócios do empreendedor vencedor do certame. [...]

[...]

O edital, naquilo que se refere à SPE, não é restritivo. Afirmando isso com segurança pelo fato de que essa exigência, por si só, não impede a participação de nenhum interessado, uma vez que a legislação regedora da matéria não traz vedação à constituição da nova empresa.

Outro aspecto relevante é que, a partir do entendimento de que não afasta nenhum interessado do certame, não tira da Administração a possibilidade de contratar na melhor condição possível.

Cabe ressaltar que a constituição da SPE ocorrerá em momento anterior à assinatura do contrato de concessão, ou seja, será concessionária a nova empresa e não a vencedora do certame.

Assim, vejo que o principal fundamento é a segurança trazida pela SPE na execução contratual e a segurança econômica ao Poder Público, principalmente naquilo que concerne à saúde financeira e patrimonial da contratada, que não se mistura com eventuais déficits da empresa isolada ou das reunidas em consórcio.

Como visto, a contratada estará diante de uma movimentação financeira da ordem de R\$ 2.100.000.000,00 e não me parece vantajoso à Administração Pública que o fluxo de caixa proporcionado pelo objeto ora licitado se misture com a situação financeira, econômica e patrimonial da vencedora.

Se há alguma vantagem num entendimento diverso desse é apenas a favor das representantes ou, eventualmente, da vencedora do certame que não tenha sido obrigada a constituir a SPE.

[...]



Penso que a análise do caso simplesmente com base no artigo 20 da Lei 8.987/95, como querem fazer entender as Representantes, desconsiderando a relevância do objeto licitado, o interesse público evidentemente presente e a própria evolução das necessidades do Estado quanto à garantia da boa execução do contrato é tirar da Administração e da sociedade a segurança permitida e desejada pelo ordenamento jurídico vigente.

Exigir do Estado a assinatura de uma concessão sem essa garantia é o mesmo que ser conivente com o risco da prestação de serviço público essencial inadequado, além da falta de resguardo perante potencial ou eventual descontrole financeiro, econômico e patrimonial da contratada.

[...]

Assim, entendo por afastado qualquer indício de ilegalidade flagrante do edital, que faz lei entre as partes e estabelece, no caso da SPE, simplesmente uma condição de execução do contrato absolutamente necessária.”

(TC-887.989.12-7 e outros. Tribunal Pleno, sessão de 12/09/2012, sob a relatoria do Exmo. Conselheiro Robson Marinho)

Em sintonia com a diretriz adotada pela decisão supra, há de se acrescentar a regra insculpida no artigo 22 da LINDB, segundo a qual: *“na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor [...], sem prejuízo dos direitos dos administrados”*. E é justamente o que se propõe no caso: a possibilidade de interpretação das disposições constantes no artigo 9º da Lei nº 11.079/04 em favor de contratações, que, a despeito de não serem PPPs, guardam com elas semelhanças suficientes (vulto e prazo da contratação) a justificar, no caso concreto, a exigência ora impugnada.

De certa forma, a mesma lógica de raciocínio se aplica ao segundo tópico de insurgência, relativo à **exigência de “carta de instituição financeira ou assessoria financeira atestando a viabilidade econômico-financeira das propostas de preço”** (item 12.6 do edital), no qual a i. Chefia do Órgão Técnico da Casa assim se manifestou:

“De outro lado, ao menos em sede de exame prévio, não me animo a criticar as regras do item 12.6 e seguintes do Edital em sua totalidade, dada a complexidade e vulto da concessão, cujo valor estimado é de R\$ 13.675.403.644,21 (treze bilhões seiscentos e setenta e cinco milhões quatrocentos e três mil seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e um centavos), e a vigência prevista, de 30 (trinta) anos, a merecer a adoção de cautelas adicionais para mitigação dos riscos contratuais envolvidos.” (evento 46.2 – g.n.)

Ainda que se discorde da redação conferida ao item 12.6.1, especialmente pela inserção do trecho *“embora manifeste o propósito de assessorar a licitante caso venha a se sagrar vencedora do certame”* (do qual se falará mais adiante), entende-se que tal carta não vincula ou responsabiliza a instituição ou a assessoria financeira na hipótese da proposta se



comprovar economicamente inviável no curso da execução. E, se não há vinculação ou responsabilização, não há, tampouco, compromisso de terceiro no sentido pretendido pela Súmula 15 deste e. Tribunal.¹

Diga-se, ademais, que o item 12.9 assegura a manutenção da responsabilidade pela análise da viabilidade econômico-financeira da proposta com o Poder Público, independente do fornecimento da carta em questão.² Solução similar a presente já foi adotada por este e. Tribunal em outras oportunidades, como no TC-25059.026.09, trazido pela d. ATJ-Chefia em seu parecer, e no TC-15181.989.17-9, no qual, apesar de não abordada individualmente, insurgência idêntica à presente foi considerada improcedente pelo Exmo. Conselheiro Roque Citadini.

A conclusão pela possibilidade de exigência do documento em questão não afasta, contudo, a pertinência das considerações tecidas pela i. Chefia da ATJ quanto à impropriedade (i) da expectativa de assessoramento da contratada pela instituição financeira (vide nota de rodapé 1 e o trecho destacado do item 12.6.1 acima); e (ii) da exigência de demonstração de experiência prévia da instituição ou assessoria financeira constante no item 12.8 (já que inviável exigência de qualificação técnica – ainda que não assim intitulada – de terceiros não licitantes).

No mais, pondera-se que a exigência contida no item 12.6 não difere consideravelmente daquela constante no item 12.11, “ii”, no qual se exige “*carta de empresa de auditoria independente [...] declarando que analisou as projeções, estudos e levantamentos realizados pela licitante para lastrear a outorga fixa ofertada, atestando a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário*”. Vale frisar que esta última exigência não foi objeto de insurgência, ainda que se trate, igualmente, de declaração de terceiros

1

12.6.1. A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ou a assessoria financeira, embora manifeste o propósito de assessorar a LICITANTE caso venha a se sagrar vencedora do certame, não está obrigada perante a ARTESP ou o PODER CONCEDENTE a conceder financiamento à LICITANTE ou à SPE. De igual modo, também a LICITANTE não se obriga perante a ARTESP ou o PODER CONCEDENTE a solicitar ou obter financiamento junto à INSTITUIÇÃO FINANCEIRA subscritora da carta, ou a permanecer com qualquer vínculo perante a assessoria financeira.

2

12.9. A declaração de que trata o item 12.6 não exige o PODER CONCEDENTE de analisar a viabilidade econômico-financeira da PROPOSTA DE PREÇOS.



buscando validar a proposta apresentada pelo licitante. Assim, este *Parquet de Contas* conclui pela **improcedência da questão relativa às SPEs**, acompanhando as conclusões da d. ATJ-Chefia pela **procedência parcial no que tange ao segundo tópico de insurgência**.

Quanto ao aspecto suscitado pela decisão liminar, acerca das **alterações promovidas nas taxas de outorga variável (de 9% para 7% da receita bruta) e no ônus de fiscalização (de 3% para 1,5% da receita bruta) e seu potencial impacto nas projeções de viabilidade econômico-financeira da contratação**, oportuno registrar que a outorga variável, de acordo com o item G do Edital, corresponde ao valor a ser pago ao poder concedente, a partir do 13º mês contado da assinatura do termo de transferência inicial, a título de preço pela concessão, podendo variar de acordo com o mecanismo de proteção cambial descrito no Anexo 22. Já o ônus de fiscalização representa o valor a ser pago mensalmente à ARTESP em função das atividades realizadas no âmbito de sua competência.

Sobre o assunto, a Origem informou que a redução de referidas taxas foi adotada como forma de contrabalancear os efeitos de alguns ajustes que, após análise dos pedidos de esclarecimentos, embora necessitassem ser realizados no instrumento convocatório, não o foram (itens 9, 17, 22, 27, 44, 45, a título exemplificativo).

Ainda, que a revisão de diversas obrigações editalícias poderia *“afetar negativamente os usuários, pois demandaria revisões de níveis de serviços, indicadores de desempenho e penalidades”*. Assim, essa solução *“foi descartada porque implicaria juízo de valor diferente para cada potencial licitante quanto à forma de implementação, após assinatura do contrato, das obrigações alteradas e comportamento da fiscalização em relação a isso, levando a propostas díspares e interpretações diversas”*. Por essa razão, optou-se pela *“manutenção das obrigações com a sinalização, de forma clara e direta, que o seu cumprimento, tal como esclarecido nas respostas aos questionamentos, estaria coberto pelo fluxo financeiro previsto”* (evento 33.1 – pág.22).

A análise promovida pela d. ATJ/Economia – ratificando o posicionamento do segmento Jurídico e com o endosso da Chefia do órgão, concluiu pelo acolhimento das justificativas prestadas pela Artesp, visto não terem sido encontrados *“possíveis obstáculos à elaboração das propostas, ou restrições à disputa, decorrentes das modificações efetuadas pelo Poder Concedente, que justifiquem a intervenção em sede de Exame Prévio”*. Neste ponto, com a devida vênia, diverge o MPC do posicionamento da d. ATJ.



Para este *Parquet* de Contas, em que pese a informação da Origem de que o objetivo primordial da taxa de outorga variável é garantir o compartilhamento de riscos da implantação do Desconto do Usuário Freqüente e do Mecanismo de Proteção Cambial, o que se percebe é que a taxa de outorga está sendo utilizada para corrigir custos operacionais que foram dimensionados de forma equivocada pela Origem. Ou seja, eventuais perdas com a implantação de sistemática de descontos progressivos para usuários freqüentes ou, até mesmo, perdas cambiais aplicáveis à contratação, pelo concessionário, de financiamento em moeda estrangeira poderão não estar efetivamente resguardadas pela taxa de outorga variável.

Nesse contexto, em interessante artigo sobre os mecanismos de proteção cambial nas concessões de infraestrutura, Júlia Rodrigues Coimbra discorre sobre a importância do referido mecanismo na atração de investidores para projetos de concessões de infraestrutura:

“Algumas das maiores preocupações dos investidores, na avaliação de projetos de infraestrutura no Brasil, são as taxas altas de juros praticadas no mercado financeiro nacional, bem como a dificuldade de contratação de financiamentos internacionais, com taxas mais baixas, devido à ausência de mecanismos eficazes de proteção cambial.

Essa preocupação agrava-se, ainda, diante da tendência de diminuição da participação do BNDES no financiamento de segmentos de infraestrutura. Conforme as novas regras divulgadas pelo BNDES desde o segundo semestre de 2016, em alguns setores, o percentual do investimento financiável pelo BNDES foi reduzido (como, por exemplo, no caso das rodovias, em que houve redução de 70% para 50%, e nos investimentos de distribuição e transmissão de energia, cuja parcela financiável passou de 35% para 25% e de 50% para zero, respectivamente).

Visando a atender a necessidade de melhores condições de financiamento e, ainda, atrair investidores estrangeiros para novos projetos, o governo vem discutindo formas de compensar os investidores por perdas cambiais decorrentes da contratação de financiamento em moeda estrangeira por meio de mecanismos previstos nos próprios contratos de concessão.

Alguns contratos de concessão atualmente vigentes contêm previsão de reequilíbrio econômico do contrato, aplicável apenas em casos excepcionais de alterações nas condições financeiras e cambiais a que se sujeitarem os projetos. Porém, nessas hipóteses, para obter o reequilíbrio, o concessionário deve demonstrar o caráter inesperado da desvalorização da moeda, e não há precedentes consolidados que definam critérios claros para estabelecer se determinada mudança em condições macroeconômicas faz parte do risco ordinário do projeto ou se trata de um evento excepcional.

Os primeiros editais de licitação a apresentar um mecanismo claro e específico de proteção cambial foram lançados pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo (Artesp) em 2016, relativos às concorrências internacionais das Rodovias do Centro-Oeste Paulista (Florínea-Igarapava), cuja licitação está prevista para ocorrer em 22 de fevereiro de 2017, e da Rodovia dos Calçados (Itaporanga-Franca), prevista para 25 de abril de 2017.

As licitações para a concessão das rodovias estaduais preveem o pagamento de



valores de outorga fixa e variável do concessionário ao Poder Concedente (Estado de São Paulo), sendo vencedor da concorrência o licitante que oferecer o maior valor de outorga fixa. A outorga variável corresponde a um percentual da receita bruta auferida pelo concessionário, que deverá ser paga por este ao Poder Concedente ao longo do prazo da concessão. O mecanismo de proteção cambial proposto corresponde a uma compensação do valor da outorga variável.

[...]

De forma geral, o mecanismo prevê uma comparação entre a variação do real perante o dólar norte-americano, de um lado, e a variação do IPCA, de outro lado. Na hipótese de desvalorização do real, haverá uma redução no percentual da outorga variável a ser paga pelo concessionário ao Poder Concedente. Por outro lado, na situação de valorização da moeda brasileira, o percentual cobrado pelo poder público será maior.

[...]

Assim, por exemplo, nos termos da minuta do Contrato de Concessão a ser adotado para a concessão das Rodovias do Centro Oeste Paulista, a taxa de outorga variável prevista é de 3% da receita bruta. Se o concessionário optar pela adoção do mecanismo de proteção cambial, tal percentual poderá variar entre 0% até 6% da receita bruta anual (sendo menor que 3% se o real se desvalorizar e maior que 3% se houver valorização do real). Se a desvalorização do real acarretar uma perda financeira superior ao valor devido de outorga variável, ou se a valorização do real for maior que montante correspondente ao aumento da outorga para 6%, concessionário ou Poder Concedente, conforme o caso, ficarão com saldos a compensar em anos seguintes, ficando tal compensação limitada apenas ao fluxo futuro de outorga variável”.³

No caso concreto, a outorga variável deveria ter “papel exclusivo de garantir compartilhamento de riscos da implantação de Desconto do Usuário Freqüente e do Mecanismo de Proteção Cambial”, como sustenta a própria Artesp (evento 33.1, fl. 23). Ocorre que, ao reduzir referida taxa de 9% para 7% da receita bruta, a margem para compensações através desse mecanismo também foi reduzida.

Ainda que os recursos decorrentes da outorga variável não componham a previsão orçamentária do Estado para os próximos anos, o fato é que houve indevido desvirtuamento de taxa destinada a assegurar a atratividade do certame, sem que tenha sido trazida aos autos a comprovação cabal de que o sistema de compartilhamento de riscos não foi prejudicado, uma vez que a documentação de evento 33.3 carreada pela Origem sequer faz menção ao assunto.

Posicionamento análogo aplica-se às considerações dirigidas à redução do ônus de fiscalização (de 3% para 1,5% da receita bruta). A Origem alega que “o ajuste não comprometerá a atuação de fiscalização pela ARTESP, seja porque ainda está garantido

³ Artigo disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-09/julia-coimbra-novas-concessoes-adoptam-mecanismos-protacao-cambial?imprimir=1>. Acesso aos 11/11/2019.



fluxo de recursos suficientes para o desempenho das atividades da Agência, dado que os montantes previstos sob este percentual de 1,5% são superiores ao que a Agência recebe hoje para similar fiscalização, seja porque a introdução de diversas inovações relacionadas a questões técnicas reduzira o custo da fiscalização da ARTESP (por exemplo a adoção de tecnologia BIM para projetos de engenharia, padronização de sistemas eletrônicos e a necessidade de certificação de projetos por entidades acreditadas)” - evento 33.1, fl. 24.

Não há nos autos nenhum estudo que demonstre o impacto econômico-financeiro dessa redução da taxa de fiscalização. Além disso, tais fatos alegados já eram de conhecimento da Artesp quando da elaboração do projeto básico, demonstrando: (i) que o percentual de 3% não era condizente com a realidade dos fatos, sinalizando falhas no planejamento da licitação; ou (ii) que houve indevida retificação do ônus de fiscalização, o que pode prejudicar o fluxo financeiro de recursos necessários para garantir o desempenho das atividades fiscalizadoras da Agência sobre o lote em comento.

A comprovar que as inovações técnicas suscitadas pela Artesp já eram do seu conhecimento quando da elaboração do edital, destaca-se que o Decreto Estadual nº 64.334, de 19 de julho de 2019, que autorizou a abertura de licitação para a concessão onerosa dos serviços públicos de exploração do sistema rodoviário “Lote Carbono Zero (Piracicaba - Panorama)” e aprovou o respectivo regulamento.⁴ Esse decreto já fazia menção expressa à *“implementação de novos mecanismos contratuais e inovações tecnológicas na prestação de serviços, tais como a adoção de tarifa flexível para usuários frequentes, verificação de projetos por meio de empresa certificadora, utilização da metodologia ‘International Road Assessment Programme’ e emprego de sistema de gerenciamento de obras por meio de ‘Building Information Model’, entre outros”* (g.n.).

Apenas a título comparativo e guardadas as devidas especificidades de cada caso, o fato é que, em concorrências internacionais semelhantes à que se encontra ora em análise, a Artesp estabeleceu taxas de ônus de fiscalização no patamar de 3%, conforme levantamento realizado por este Ministério Público de Contas no endereço eletrônico da entidade reguladora⁵:

⁴ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64334-19.07.2019.html>. Acesso aos 11/11/2019.

⁵ Pesquisa realizada em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/licitacoes.aspx>, aos 11/11/2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

TC – 17322.989.19-5
Fl. 11

Concorrência	Objeto	Definição do ônus de fiscalização, de acordo com o edital da correspondente concorrência
CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/2017	CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE AMPLIAÇÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E REALIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIÁRIO DENOMINADO LOTE RODOANEL NORTE	<i>“Valor correspondente a 3% (três por cento) da RECEITA BRUTA mensal auferida pela CONCESSIONÁRIA a ser pago mensalmente à ARTESP em função das atividades de sua competência realizadas.”(g.n.)</i>
CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 05/2016	CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 05/2016 CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E REALIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIÁRIO QUE INTEGRA O LOTE RODOVIAS DOS CALÇADOS	<i>“Valor correspondente a 3% (três por cento) da RECEITA BRUTA mensal auferida pela CONCESSIONÁRIA a ser pago mensalmente à ARTESP em função das atividades de sua competência realizadas,” (g.n.)</i>
CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 03/2016	CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E REALIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIÁRIO QUE INTEGRA O LOTE CENTRO - OESTE PAULISTA	<i>“Valor correspondente a 3% (três por cento) da RECEITA BRUTA mensal auferida pela CONCESSIONÁRIA a ser pago mensalmente à ARTESP em função das atividades de sua competência realizadas” (g.n.)</i>

Como se nota, o percentual que será pago à Artesp a título de ônus de fiscalização (1,5%), corresponde à metade do que foi estipulado para concessões similares (3%), o que suscita dúvidas sobre a real viabilidade econômico-financeiro da retificação de edital publicada em 12/10/2019, sobretudo porque, como já demonstrado, as inovações técnicas que embasaram referida redução já eram do conhecimento da Origem quando da edição do Decreto Estadual nº 64.334, de 19 de julho de 2019.

Ainda sobre o assunto, julga-se oportuno anotar que a adequada estimativa da demanda pelo serviço a ser outorgado é fundamental para a avaliação da viabilidade econômico-financeira do empreendimento, visto que está intrinsecamente relacionada com a magnitude das receitas a serem auferidas quando de sua execução.



No caso, não restou demonstrada nos autos (nem sequer nos documentos relacionados à Concorrência Pública Internacional nº 01/2019 insertos no *site* da Artesp⁶) a demanda de tráfego projetada ao longo dos 30 anos de concessão e, por consequência, a estimativa da receita bruta tarifária.

Também não foi evidenciada, por intermédio de estudos econômicos, a vantajosidade da tarifa quilométrica cobrada dos usuários, na importância de R\$ 14,91/100 km bidirecional, para pista dupla, e de R\$ 10,65/100 km bidirecional, para pista simples⁷, em relação à cobrança atual (Sistema Existente + Sistema Remanescente⁸), levando-se em consideração as novas praças de pedágio que serão criadas na contratação em análise.

Assim, na visão deste *Parquet* de Contas, tais elementos revelam a necessidade de a Artesp apresentar, independentemente da sequência do procedimento licitatório, estudos sobre a demanda de tráfego projetada ao longo dos 30 anos de concessão e sobre a tarifa quilométrica cobrada dos usuários, assim como as análises de viabilidade econômico-financeira da redução das taxas de fiscalização e de outorga variável, assegurando que o fluxo de recursos para as atividades de fiscalização serão suficientes e garantindo que os mecanismos de proteção cambial e de desconto do usuário frequente não foram, de fato, comprometidos.

Sem prejuízo de tais medidas, diante dos valores envolvidos na contratação e dos

⁶ <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/noticias/noticia-detalhes.aspx?id=278>.

⁷ “7.2. O valor da *TARIFA QUILOMÉTRICA* a ser praticada para o Sistema Operacional de Cobrança Manual, cobrada dos *USUÁRIOS*, será de (i) R\$ 14,91 / 100 km (quatorze reais e noventa e um centavos por cem quilômetros), bidirecional, para pista dupla e de (ii) R\$ 10,65 /100 km (dez reais e sessenta e cinco centavos por cem quilômetros), bidirecional, para pista simples, em ambos os casos com data-base de março de 2019, reajustado anualmente, nos termos do *CONTRATO DE CONCESSÃO* e seu *ANEXO*.” – Evento 18.2 – pág.23.

⁸ “O levantamento referencial do *SISTEMA RODOVIÁRIO*, apresentado a seguir, contempla um detalhamento referencial de cada um dos trechos pertencentes ao Sistema Rodoviário do Lote Piracicaba - Panorama), que é apresentado por:

(i) *SISTEMA EXISTENTE*, composto pelos segmentos rodoviários indicados neste *ANEXO* e que será transferido à *CONCESSIONÁRIA* mediante a assinatura do *TERMO DE TRANSFERÊNCIA INICIAL*, conforme o regramento contratual estabelecido; e

(ii) *SISTEMA REMANESCENTE*, sistema atualmente administrado nos termos do Contrato de Concessão no 008/CR/1998, que será objeto da transição tratada no Anexo 18 do Contrato, assim como acessos e trechos de rodovia no seu entorno, que serão descritos na seção 2.2 deste Anexo. Esta parte do Sistema Rodoviário será transferida à *CONCESSIONÁRIA* mediante assinatura do *TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA REMANESCENTE*”. (Documento: 02 - *SISTEMA RODOVIÁRIO_AVISO*, disponível em <http://www.artesp.sp.gov.br/arquivos/REP-ANEXOS%20DO%20CONTRATO-01-2019.zip>).



potenciais impactos decorrentes do aviso de retificação de edital publicado em 12/10/2019, reforça-se a proposta trazida pela d. ATJ no sentido de que eventual contrato derivado do presente certame seja objeto de fiscalização pela via ordinária.

Por fim, **cumpre abordar alguns aspectos que, mesmo que aparentemente menores, podem comprometer o acesso à licitação, a competitividade do certame**, a elaboração das propostas, ou mesmo a fiscalização por parte da sociedade civil. Tais pontos não foram trazidos pela representação, mas foram identificados pelo MPC quando do exame dos autos. Se perder de vista a impossibilidade de cognição exauriente em sede de rito sumaríssimo e o fato de que o estudo de viabilidade econômica anexo ao edital se restringe aos investimentos, esses pontos levantados pelo MPC demonstram que não existe nos autos qualquer planilha de custos unitários estimados ou outras informações como, por exemplo, a estimativa de receitas, justificando, portanto, a proposta ministerial de autuação de processo específico para examinar a licitação e o contrato decorrente.

Não se deve perder de mente que a magnitude e o vulto da presente contratação demandam uma análise apropriada do processo licitatório, em todos os seus aspectos, mas notadamente naqueles que possam ter impacto negativo à Administração e ao interesse público, seja pelo mau dimensionamento dos valores contratados, seja pelo desatendimento de princípios como o da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa, seja pelo não atendimento, pela concessão, dos interesses públicos (entendidos como os interesses dos cidadãos). Nesse sentido, destacam-se os seguintes pontos:

a) Exigência de documentos constitutivos da SPE como condição de habilitação

Sem prejuízo das considerações tecidas anteriormente, a partir das quais se concluiu pela possibilidade de exigência de constituição de SPE mesmo da licitante vencedora individual, não se pode desconsiderar a impropriedade constante nos itens 13.6 e 13.7. Isto porque a exigência de minutas dos documentos constitutivos da SPE como condição de habilitação jurídica excede o rol de documentos previstos no art. 28 da Lei nº 8.666/93 e impõe ônus injustificado aos licitantes interessados. Nestes termos, julga-se necessária a supressão da exigência em questão.

b) Acesso limitado aos estudos e documentos relativos à contratação

Destaca-se, também, a impropriedade de que o acesso aos estudos e documentos que fundamentaram a contratação seja condicionado ao fornecimento de dados pessoais e ao



preenchimento de cadastros. Práticas como a ora denunciada, ao dificultarem o acesso aos estudos que justificam as exigências e os valores praticados, inviabilizam também o controle social sobre a contratação, algo inadmissível diante do imperativo do princípio da publicidade (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93). Necessário, portanto, que o acesso seja livre para todos aqueles que desejam, na condição de cidadãos e interessados, se informar e fiscalizar o uso do dinheiro público.⁹

c) Modificações no ato convocatório sem devolução do prazo para propostas

Tem-se, ademais, que, a despeito das alterações e modificações promovidas no ato convocatório terem sido devidamente publicadas no Diário Oficial do Estado (vide documentos constantes no site oficial da Artesp), não foi reaberto o prazo inicialmente estabelecido para elaboração das propostas, nos termos do art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93. Neste ponto há de se ponderar que, mesmo tendo sido publicadas as modificações no DOE em prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias da sessão de entrega das propostas¹⁰, o que atende aos prazos mínimos constantes no art. 21, §2º, da Lei nº 8.666/93, o prazo inicialmente conferido pelo edital foi de aproximadamente 4 (quatro) meses¹¹.

Diante da magnitude da contratação e da quantidade de modificações promovidas pela Administração, que envolveram mudanças em pontos fulcrais do planejamento econômico-financeiro da contratação e que certamente têm o condão de impactar na elaboração das propostas (como as alterações nos percentuais relativos à taxa de outorga variável e ao ônus de fiscalização), entende-se que o prazo originalmente conferido deve ser reaberto em sua integralidade, sob pena de prejuízo dos licitantes e de afronta ao art. 21, §3º, da Lei de Licitações.

d) Prazo de validade das propostas irregular

Observou-se ainda que o item 10.24 do edital, ao exigir o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de validade das propostas, colide com a disposição constante no art. 64, §3º, da

⁹ Ainda que o edital, a minuta contratual e seus respectivos anexos estejam de fato abertos e disponíveis para consulta no site oficial da ARTESP < <http://www.artesp.sp.gov.br/>>, os estudos em si foram segregados e disponibilizados no sítio eletrônico a seguir indicado, de acesso controlado por login e senha <https://www7.idealsvdr.com/v3/lote_piracicaba-panorama/>

¹⁰ Publicação das alterações no edital ocorrida em 12/10/2019 e data da sessão de entrega das propostas prevista para 28/11/2019.

¹¹ Publicação inicial em 24/07/2019, conforme item B da Introdução, do ato convocatório.



Lei nº 8.666/93, que dispensa os licitantes dos compromissos assumidos após o interregno de 60 (sessenta) dias. Ainda que, excepcionalmente e em razão das peculiaridades do caso concreto, a dilatação do referido prazo possa ser aceita, entende-se que pela pertinência do presente apontamento.

Diante do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio de seu Procurador de Contas, que a esta subscreve na qualidade de fiscal da lei, manifesta-se pela **procedência parcial da representação** e, em razão das considerações acrescidas, pugna o MPC pela autuação da licitação e decorrente contrato, para a competente **análise ordinária** da matéria, assim como seja determinado o **acompanhamento da execução contratual**.

É o parecer que cumpria ofertar como *custos legis*.

São Paulo, 11 de novembro de 2019.

RAFAEL ANTONIO BALDO
Procurador do Ministério Público de Contas

26-38-19/01