



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 28/7/2021
EXAME PRÉVIO DE EDITAL - ESTADUAL

PROCESSOS: 0011798.989.21-6
0013266.989.21-9

REPRESENTANTES: Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes; e
Luiz Fernando Teixeira Ferreira

REPRESENTADA: Agência Reguladora De Serviços Públicos
Delegados De Transporte Do Estado De São Paulo -
ARTESP

ASSUNTO: Representações formuladas em face do edital da
Concorrência Internacional nº 002/2021 da Agência
Reguladora de Serviços Públicos Delegados de
Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP,
tendo por objeto a concessão da prestação dos
serviços públicos de operação, gestão, ampliação,
conservação e realização dos investimentos
necessários para a exploração do sistema rodoviário
constituído pelos segmentos rodoviários e rodovias
de acesso descritas no Anexo 2, todos integrantes
do denominado Lote Litoral Paulista.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. CONCESSÃO. EXPLORAÇÃO DE SISTEMA RODOVIÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS. PREJUÍZO À CAPACIDADE DECISÓRIA SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL. NÃO CONFIGURADOS. INVESTIMENTOS ALHEIOS AO NÚCLEO MATERIAL DA CONCESSÃO. RISCOS NÃO INERENTES AO NEGÓCIO. PARÂMETROS PARA ELEBORAÇÃO E JULGAMENTO DE PROPOSTAS. INADEQUAÇÃO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA CONCESSÃO. INSEGURANÇA. RETIFICAÇÕES DETERMINADAS. PRAÇA DE PEDÁGIO. LOCALIZAÇÃO. QUESTÕES CONTROVERTIDAS A EXIGIR DILAÇÃO PROBATÓRIA NÃO SUSCETÍVEIS DE ANÁLISE EM RITO SUMARÍSSIMO. SÚMULA Nº 15 DESTE TRIBUNAL. OFENSA. CONSULTA PÚBLICA. AUDIÊNCIA PÚBLICA. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS IMPUGNAÇÕES.

RELATÓRIO

A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP instaurou o processo de



Concorrência Internacional nº 002/2021 visando à concessão dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do Sistema Rodoviário denominado Lote Litoral Paulista.

O correspondente instrumento convocatório, entretanto, foi objeto de representação protocolada neste E. Tribunal pela Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes, indicando aspectos que entendeu comprometerem o princípio constitucional federativo e que, nessa medida, ensejariam a nulidade do procedimento.

Argumentou, nesse sentido, que o Anexo 2 do Edital arrolaria, sem aquiescência daquela Prefeitura, diversas vias sob jurisdição municipal, com a finalidade de integrá-las à área a ser explorada por meio da futura Concessão, implicando incompatibilidade com sua autonomia e capacidade decisória sobre assuntos de interesse local.

Mais ainda, mencionou que a Concorrência instaurada pela ARTESP ensejaria prejuízo ao interesse do Município, tendo em vista que a implantação da praça de pedágio prevista no projeto técnico representaria ônus demasiado aos municípios e moradores de localidades vizinhas.

Também asseverou que haveria previsão de obras de construção de viadutos na malha viária municipal, sem que parâmetros seguros do fluxo de veículos fossem considerados.

Questionou o teor do item 2.1 do referido Anexo 2, na parte em que atribui à futura Concessionária o encargo de providenciar autorizações e alvarás junto ao Município, bem como de responsabilizar-se pela execução e manutenção de eventual convênio firmado com a respectiva Prefeitura, porquanto configuraria compromisso de terceiro alheio à disputa.

Por fim, ressaltou que as audiências condicionantes do procedimento não teriam propiciado a devida transparência do processo decisório, uma vez que, após os debates públicos, a ARTESP teria retificado o plano de outorga, sem nova submissão do assunto à população.



Nesse contexto, pediu o acolhimento desses fundamentos, pleiteando a preliminar sustação do processo licitatório, tendo em vista a análise do mérito em sede de Exame Prévio de Edital.

Atento ao cronograma do certame, considerei oportuno converter a cognição preliminar da representação em diligência, assinando prazo à ARTESP para que comparecesse com informações e esclarecimentos de seu interesse.

Nesse íterim, sobreveio representação formulada por Luiz Fernando Teixeira Ferreira, à qual, por conexão, conferi processamento idêntico.

O representante fundamentou sua demanda com crítica coincidente com a impugnação que a antecedeu, respeitante à legitimidade das audiências públicas conduzidas pelo órgão licitante, na medida em que não teriam propiciado ampla participação popular no processo de decisão.

Expedidas as intimações, compareceu a ARTESP com esclarecimentos.

De plano, mencionou a existência de Ação Popular e de Ação Civil Pública em andamento, ajuizadas pelos mesmos representantes e com os mesmos fundamentos, entendendo, com isso, que não subsistiria o interesse de agir manifestado nesta via processual.

Consignou que a modelagem da Concessão em destaque deriva do Programa de Concessões Rodoviárias promovido pelo Estado de São Paulo, projeto “desenvolvido por anos e firmado em 2015, com a edição do Decreto nº 61.634/2015, que sucedeu a Deliberação tomada em 28/10/2015 na 16ª Reunião Extraordinária do Conselho Diretor do Programa de Desestatização do Estado de São Paulo (“CDPED”), órgão competente para tomada de decisões governamentais sobre as Concessões de Serviços Públicos”.

Asseverou que, além da realização de relevantes investimentos na malha rodoviária de titularidade estadual, há diversos serviços essenciais contratualmente previstos para regular cumprimento do contrato de Concessão, dentre os quais: atendimento pré-hospitalar por meio de ambulâncias;

atendimento a veículos por meio de guinchos leves e pesados; resgate de animais; viaturas para combate a incêndios; e inspeção constante de tráfego.

Destacou a importância do planejamento técnico que viabilizou a formação do Lote Litoral Paulista para a qualidade de serviços de manutenção fundamentais à boa trafegabilidade do trecho, nisso compreendidos investimentos em alguns dos mais sensíveis gargalos rodoviários existentes no acesso ao Litoral Paulista, que permitiriam assegurar segurança viária e serviços públicos capazes de promover maior desenvolvimento em uma parcela relevante do Estado, ainda carente de investimentos e serviços no segmento rodoviário.

Ademais, ressaltou que o traçado para a descida da Serra do Mar, quando iniciado pela Rodovia SP-088, em direção ao Litoral Norte, é sobreposto pela Cidade de Mogi das Cruzes e, logo após, retomado pela Rodovia SP-098, ambas indiscutivelmente de titularidade do Estado de São Paulo.

Arguiu que esse cruzamento de área municipal, conhecido como Rota do Sol, foi considerado nas projeções prévias de investimentos, tendo em vista a minimizar os impactos do tráfego rodoviário de longo curso no trânsito local, mediante a duplicação da Estrada Evangelho Pleno e a implantação de 7 (sete) viadutos no Município de Mogi das Cruzes, com o intuito de efetivamente separar o tráfego intenso do trânsito local.

Para efeito de propostas, tais intervenções representariam cerca de 2,5% do total de investimentos planejados para todo sistema e sua efetivação foi expressamente condicionada no Edital à aquiescência do Município, mediante instrumentalização apropriada, em linha com contexto já vivenciado em diversas outras regiões do Estado de São Paulo.

Ainda sobre esse aspecto, enfatizou que o eventual insucesso na formalização de ajustes com a Prefeitura de Mogi das Cruzes atrairia a hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro, mediante a correspondente revisão contratual.

Também procurou afastar a crítica da Prefeitura de que não haveria clara definição do objeto da Concessão, dando conta da existência de ampla documentação que subsidiou a fase interna e preparatória da Concessão, disponíveis na página eletrônica do órgão.

Além disso, o trecho viário municipal não representaria o núcleo da Concessão, seja pela extensão a ser considerada, ou seja, inferior a 10 km, menos de 4% da malha a ser concedida, seja porque as correspondentes intervenções sujeitam-se à anuência do conveniente, representando típico risco do contrato.

A propósito da alegada violação à Súmula nº 15 deste E. Tribunal, defendeu que a exigência de alvarás e autorizações decorrentes de eventual ajuste com o Município não condiciona a participação no certame à prévia obtenção de documentos, caracterizando, de outro lado, obrigação a ser observada no decorrer da execução do contrato.

Seguindo ao tema da participação popular, informou que no período entre 21/10/19 e 25/11/19 foi realizada Consulta Pública previamente disponibilizada no Diário Oficial do Estado de São Paulo e em jornais de grande circulação, bem como concretizadas quatro audiências públicas, nos Municípios de São Paulo, Mogi das Cruzes, Itanhaém e Bertiooga para discussão do projeto e seus impactos locais.

Destacou que os resultados alcançados estão documentados em relatórios de aproveitamento, formulários, listas de presenças e gravações em áudio, disponibilizados para consulta de qualquer interessado no portal eletrônico oficial da ARTESP, daí podendo-se abstrair 420 (quatrocentas e vinte) contribuições, sendo 92 (noventa e duas) advindas de Audiências Públicas e cerca de 328 (trezentas e vinte e oito) decorrentes de Consulta Pública.

Enfatizou que todas as contribuições passaram por análises técnicas, restando acolhidas aquelas que se mostraram viáveis em face das diretrizes técnicas e premissas sociais e ambientais do sistema projetado,



como é o caso da redução efetiva de 50% na tarifa de pedágio inicialmente prevista para a SP-088.

A respeito da questionada localização da praça de pedágio, defendeu que o temor de isolamento de bairros municipais não se sustentaria, na medida em que os projetos informam a coexistência de alternativas não pedagiadas para acesso ao centro do Município de Mogi das Cruzes, as quais também poderão ser aproveitadas ao tráfego intermunicipal vizinho.

A fim de enriquecer o processo de convencimento deste Relator, considere pertinente fixar novo prazo à ARTESP para esclarecimentos pontuais, assim enumerados:

- 1) se as receitas provenientes da praça de pedágio prevista para o perímetro urbano de Mogi das Cruzes, de acordo com os projetos técnicos, estariam vinculadas à exploração e conservação de trechos específicos da rodovia licitada sob regime de concessão;
- 2) o que se projeta a título de melhorias para o trecho Mogi-Dutra, discriminando o volume de recursos estimados e o cronograma de desenvolvimento dessas intervenções ao longo do período da concessão.

Intimada, Autarquia ofereceu informações, partindo da premissa de que, a despeito de toda a argumentação trazida nas exordiais, em nenhum momento se evidenciaria restrição à participação de licitantes, na medida em que todos os interessados contam com um mesmo plano de proposta, assentado em bases isonômicas e objetivas.

Defendeu, em síntese, que:

- a praça de pedágio em questão (P4) não será implantada em viário municipal, mas sim em rodovia estadual, tampouco está localizada em trecho que onere o deslocamento urbano dos munícipes de Mogi das Cruzes;
- não há correlação entre valor da tarifa e o montante de investimentos para determinado trecho, uma vez que esses são definidos por critérios técnicos com o intuito de



viabilizar a prestação de serviços com o nível de desempenho em operação, manutenção e segurança requeridos em toda extensão do lote, ao passo que, para a formação dos valores da tarifa, a Administração Pública tem consolidado a adoção do sistema denominado Trecho de Cobertura de Praça de Pedágio (TCP), segundo o qual cada praça de pedágio corresponde a determinada extensão rodoviária e aos acessos à disposição do usuário, de modo que a tarifa é fixada considerando-se determinada extensão rodoviária e a utilização potencial dos serviços postos à disposição do usuário;

- do comparativo entre as diversas praças de pedágio do Lote Litoral Paulista, a P4 representa a menor tarifa¹ e não evidencia a maior expressão de receitas;
- nas Rodovias SP-088 (Mogi-Dutra) e SP-098 (Mogi-Bertioga) estão previstos investimentos pertinentes à implantação de passarelas, implantação de dispositivo trombeta e diamante, faixas adicionais, pontos de ônibus, acostamentos, bases operacionais, pavimentações, dentre outros, conforme pormenorizado nos projetos técnicos, perfazendo os seguintes montantes:

| Local/Tipo de Investimento | Total R\$ 000 |
|---|----------------|
| Viário municipal | 76.591 |
| SP 088 | 52.391 |
| SP 098 | 76.083 |
| Total Principais Investimentos Mogi¹³ | 205.065 |

| Praça de Pedágio | Tarifa Base | Tarifa Média (DUF) | Tarifa Mínima (DUF) | % de Arrecadação |
|---------------------------|-----------------|--------------------|---------------------|------------------|
| Praça de Pedágio 1 | R\$ 6.24 | R\$ 4.03 | R\$ 2.58 | 9% |
| Praça de Pedágio 2 | R\$ 9.32 | R\$ 6.68 | R\$ 4.88 | 42% |
| Praça de Pedágio 3 | R\$ 9.62 | R\$ 3.28 | R\$ 2.25 | 9% |
| Praça de Pedágio 4 | R\$ 4.58 | R\$ 3.02 | R\$ 1.98 | 33% |
| Praça de Pedágio 5 | R\$ 5.76 | R\$ 3.81 | R\$ 2.52 | 7% |

1



- há ainda valores referentes à conservação do trecho (SP-088, SP-098, Evangelho Pleno e Rota do Sol), assim estimados:

| Segmento | Conservação Especial (R\$) |
|-----------------|----------------------------|
| SP-088 | 32.914.830 |
| SP-098 | 52.713.272 |
| Rota do Sol | 12.633.228 |
| Evangelho Pleno | 2.358.203 |
| Total | 100.619.533 |

- a partir de amostra de 17 concessões licitadas ou em processo de estruturação, restou evidenciada a íntima relação entre o volume de tráfego e os custos de operação e manutenção de uma concessão (Opex), permitindo-se a obtenção, de forma paramétrica, dos custos, a partir do volume equivalente de tráfego (VDMAeq), disso se extraíndo que os custos incorridos pela futura Concessionária para a prestação dos serviços e operação e manutenção na região de Mogi das Cruzes alcançará R\$ 683 milhões, representando cerca de 27% em relação ao considerado para todo o Litoral Norte.

Colhi a manifestação da ATJ, que se pronunciou por suas Unidades Técnicas e Chefia, pela procedência parcial das impugnações.

Assessoria Técnica, sob o ângulo de Engenharia, manifestou-se pela procedência das questões pertinentes à: inclusão indevida de vias e logradouros de titularidade do ente municipal; e indefinição do objeto da Concessão, na medida em que condicionado à formalização de instrumentos jurídicos futuros.

Vertente Jurídica de ATJ considerou ausente potencial violação à autonomia municipal, uma vez que não estaria presente no texto convocatório qualquer delegação de autoridade ou poder de polícia à Concessionária sobre vias municipais, cuja responsabilidade se encerrará com a mera execução das intervenções eventualmente autorizadas pela Prefeitura.



Na mesma linha, compreendeu que as Audiências e Consultas Públicas realizadas atenderam ao desiderato legal e demonstraram ampla participação popular.

Considerou, de outro lado, que a análise sobre o modelo tarifário excede os limites do rito do Exame Prévio de Edital.

A i. Chefia de ATJ acrescentou observação sobre eventual perda do objeto da representação proposta pela Municipalidade, a depender do desfecho da Ação Civil Pública em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública do Foro de Mogi das Cruzes, com idênticos questionamentos.

Douta PFE, diante da notícia de que a Prefeitura requerente postulou Ações sobre as mesmas controvérsias na seara judicial, opinou em preliminar pelo arquivamento dos presentes autos, uma vez que “a sobreposição do controle [jurisdicional e administrativo] sobre o mesmo objeto é fato processual impeditivo do conhecimento da presente representação por esta E. Corte de Contas”.

No mérito, exarou parecer pela improcedência total das impugnações.

Seguiu-se o parecer do d. Ministério Público de Contas no sentido da procedência parcial das impugnações.

Nessa seara, ponderou que:

“[...] tanto a Prefeitura, quanto a ARTESP informaram que o pedágio será instalado em rodovia estadual, ainda que dentro dos limites do município. Sendo assim, a avaliação da oportunidade do empreendimento passa primeiro pela esfera de discricionariedade do Estado e afasta, por ora, a alegada violação de competência.”

Também considerou insubsistentes as alegações de ofensa: à Súmula nº 15 deste E. Tribunal, por tratar o Edital de condições afetas à execução contratual; bem como ao art. 39 da Lei Federal 8.666/93, porquanto comprovada realização de audiências públicas com a participação da sociedade civil, autoridades públicas, empresas, sindicatos, associações e concessionárias do ramo.

Considerou, de outro lado, indevida a previsão no certame de trecho municipal sem anuência da Prefeitura.

Nessa seara, aludiu à sensibilidade que o tema das incertezas sobre a formulação de ajustes ostenta, encampando as considerações da ATJ a respeito de eventuais reflexos na estrutura tarifária e no valor mínimo de outorga.

SDG propôs reflexão um tanto distinta.

Para o Senhor Secretário-Diretor Geral, nos termos da jurisprudência prevalente no âmbito desta Casa, a paralisação de certames e, em última instância, a determinação de retificação de editais de licitação só têm cabimento quando a análise preliminar evidenciar flagrante desrespeito às normas de regência ou condição que possa resultar na diminuição do universo de licitantes, restringindo a ampla participação de interessados.

Seguindo esse raciocínio, não vislumbrou, sobre os aspectos questionados nos autos, premência de retificações no Edital.

Conclui, com isso, pela improcedência das impugnações, propondo a conversão da matéria em Representação conforme o rito ordinário, a fim de subsidiar a instrução de eventual termo contratual.

É o relatório.

MRL



DECISÃO

Preliminarmente, submeto ao referendo de Vossas Excelências os atos que até aqui pratiquei nestes autos por conta do processamento das iniciais sob o rito do Exame Prévio de Edital, nada obstante o cronograma dos atos administrativos do certame tenha permitido afastar o perigo da demora a autorizar medida cautelar.

Ainda em preliminar, ao menos sob o ponto de vista do controle aqui exercido, consigno que a proposição de ação no âmbito do Poder Judiciário não retira a competência constitucional, própria e privativa, deste E. Tribunal de Contas.

O entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência, tanto dos tribunais judiciários quanto desta E. Corte de Contas, caminha no sentido de que, tendo em vista a independência das instâncias administrativa, civil e penal, a decisão adotada em uma delas não vincula a outra, exceto quando a decisão proferida na esfera judicial taxativamente declare a inexistência do fato ou a negativa da autoria, o que, ao menos por ora, não vejo presente, até porque não há, até o momento, conclusão definitiva da matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Desse modo, nenhum óbice há para que esta E. Corte, no caso concreto, se manifeste em relação às matérias de sua competência.

Vencidas essas premissas, prossigo com as questões formuladas pelos representantes.

A matéria, que gravita sobre formação de modelo de serviço em que o Poder Público, por meio de concessão, busca conceder a exploração de malha rodoviária, afigura-se complexa por excelência, característica que, confesso, contribuiu para que vislumbrasse nas assertivas iniciais indícios de risco ao interesse público, cujo respaldo constitucional foi reclamado perante esta E. Corte.



As diligências encetadas me permitiram confrontar o conteúdo das representações com as informações apresentadas pela Autarquia, inclusive no sentido de ponderar elementos primários para averiguação de potencial sobreposição de competências atribuídas pela Constituição, o que parece ter recebido protagonismo no eixo das representações.

Não é o que me parece na hipótese em questão.

O modelo de concessão que ora se avalia envolve um processo de enorme complexidade técnica e legal, inclusive por contar com atributos que o distinguem da generalidade dos demais serviços que a Administração concede à iniciativa privada, especialmente no que tange ao dimensionamento das atividades outorgadas, prazos, responsabilidades, remuneração e repartição de riscos entre as partes.

Em primeiro lugar, para bem balizar meu entendimento, vale salientar que o Sistema Nacional de Viação é estruturado, por força do art. 21, XXI, da Constituição Federal, a partir da Lei Federal nº 12.379/2011, como também da Lei Federal nº 10.233/2001, que trata da reestruturação dos transportes e dá outras providências, além das leis específicas de cada ente da federação.

No que concerne às relações entre os entes federados, destaca-se a “integração” viária nacional (art. 38 da Lei 12.379/2011) como objetivo principal do Sistema Nacional de Viação, o que pressupõe, observadas as diretrizes nacionais traçadas pela União, que a política dos demais entes autônomos não seja implementada de forma absolutamente independente, mas sempre de modo articulado com o SNV (art. 39 do mesmo diploma legal).

Ou seja, a “integração”, aqui destacada, depende de entendimento a ser alcançado por uma política que transcende os interesses de cada ente, tendo em vista a persecução do interesse nacional.

E o dever de interação também aparece nas competências das agências reguladoras. A ARTESP, por exemplo, deve “interagir com as autoridades federais, estaduais e municipais responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos serviços públicos de transporte, bem como



por outras atividades que afetem esses serviços” (art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 914/2002).

Em segundo lugar, é de se ter presente que, para o Sistema Nacional de Viação, sobreleva a segurança dos usuários, perseguida por estudos técnicos de viabilidade econômica e projetos de engenharia, visando à concretização dos princípios e diretrizes estatuídos pela União (arts. 7º e 11, ambos da Lei Federal nº 12.379/2011).

A par de todo esse arcabouço jurídico, vejo, aqui, que a discussão sobre possível violação da competência municipal ganha contornos práticos na assertiva de que o Estado de São Paulo não poderia arbitrar trechos da malha viária municipal como objeto material da concessão pretendida.

Observo que o documento que detalha o propósito da concessão é o Anexo 2 do edital. E esse enuncia que a concessão compreende rodovias de titularidade estadual, assim definidas: (i) SP 088 – km 32,000 ao km 39,450; (ii) SP 088 – km 40,500 ao km 49,500; (iii) SP 098 – km 56,650 (Dispositivo de acesso à Av. Dr. Álvaro de Campos Carneiro) ao km 98,100; (iv) SP 055 – km 211,400 (incluído o dispositivo indicado no ANEXO 12) ao km 248,100; (v) SP 055 – km 292,200 ao km 389,800; (vi) SPA 291/055 – km 0,500 ao km 11,000; e (vii) SPA 344/055 – km 10,200 ao km 20,000.

Ao delimitar o traçado da organização viária do Estado de São Paulo, o mesmo Anexo informa que o Sistema já existente, especificamente no trecho compreendido entre as Rodovias SP-088 e SP098, é sobreposto pela Cidade de Mogi das Cruzes, por meio do trajeto conhecido como “Rota do Sol”, composto pelas seguintes vias: Estrada do Evangelho Pleno (entre a SP 088 até a Av. Valentina Mello Freire Borenstein); Av. Valentina Mello Freire Borenstein (Entre a Estrada do Evangelho Pleno e a R. David Bobrow); Rua David Bobrow (Entre a Av. Valentina Mello Freire Borenstein e Av. Henrique Perez); Av. Henrique Perez (Entre a R. David Bobrow e a Av. Japão); e Av. Dr. Álvaro de Campos Carneiro (entre a Av. Japão e a SP 098).

Observo, mais ainda, que a referência a essas áreas de intersecção física enuncia pauta de investimentos a ser harmonizada na esfera



de atuação discricionária dos entes públicos envolvidos, dentro de uma concepção solidária de Federação.

Isso porque a efetivação dos investimentos previstos na referida infraestrutura viária, conforme proposto nos Anexos 2 e 7 do Edital, não é automática, pois demanda a demonstração prévia e inequívoca da avaliação favorável do Município de Mogi das Cruzes para firmar convênio com o Estado de São Paulo, sem qualquer desfiguração do caráter gerencial autônomo ou da sua discricionariedade própria.

Cuida-se, portanto, de medida política, alicerçada em critérios técnicos, com o objetivo de propiciar a integração da malha que ultrapassa os limites específicos da concessão, dependente da expressa aquiescência do Município.

Essas considerações são corroboradas pela manifestação trazida aos autos pela ARTESP, que destacou que:

“[...] Essas intervenções previstas para o viário de Mogi das Cruzes foram propostas não como elemento central ou fundador da concessão em comento, mas como mera tentativa de aprimorar todo o sistema viário e a infraestrutura local, a fim de beneficiar o Município com mais investimentos e serviços, evitando que o próprio Município tivesse que arcar com tais investimentos. [...]”

Mais ainda, ressalta a ARTESP que:

“Em nenhum momento, portanto, o Estado de São Paulo ou a ARTESP ignoram a necessária pactuação de instrumentos jurídicos válidos com a municipalidade de Mogi das Cruzes para efetiva realização das intervenções e prestação dos serviços públicos competentes, sendo certo que, em não ocorrendo tais formalizações, serão as obras e investimentos excluídos da Concessão, mediante reconhecimento de desequilíbrio contratual em favor do Estado de São Paulo e reequilíbrio contratual competente, tudo em linha com o previsto nas Cláusulas Vigésima a Vigésima Sexta do Contrato de Concessão, assim como com as normas aplicáveis editadas pela ARTESP, em especial a Portaria nº 02/2012.”

Não vislumbro, com tudo isso, evidência de que o instrumento esteja transcendendo as diretrizes que exsurgem do texto constitucional no tocante aos mecanismos compatíveis com cláusulas assecuratórias da autonomia federativa municipal para decidir sobre interesse local.



É dizer: ao menos neste nível de análise, tendo a concluir que não subsiste a suscitada violação ao pacto federativo.

Por outro lado, creio que a controvérsia suscitada pela Prefeitura acabou por trazer ao tema outra perspectiva que não pode ser ignorada.

É que não posso deixar de admitir que os elementos disponíveis nos autos, sob aspectos de cooperação entre o Estado de São Paulo e o Município de Mogi das Cruzes, prestam-se a um tipo de articulação esperada sob um cenário teórico que, neste momento, não se apresenta materializado.

Preocupa-me, nesse sentido, o volume de variantes que já se coloca para o início da celebração do contrato de concessão, ao se antecipar a assunção de grandezas que só poderão ser verificadas em momento posterior, a depender da manifestação de interesse do ente Municipal na estruturação das vias sob sua jurisdição, assim como da incidência dos mais variados fatores, tais como: político, social, regulatório, judicial, técnico, de conjuntura micro e macroeconômica, dentre outros.

Tudo isso impõe angulação demasiadamente aberta para a sustentabilidade econômico-financeira do pacto concessionário, seja pela alocação apriorística de risco sobre o qual o concessionário não tem ingerência e que tende a ser por ele monetariamente quantificado², seja pela insegurança jurídica advinda do projeto.

Diante da perenidade dos serviços e da atuação do particular concessionário protraída no tempo, fundamental para o sucesso do negócio que os elementos formadores da concessão sejam claramente esquadrihados e expostos, conforme o caso, tanto em audiências públicas, como no processo administrativo, refletindo, ademais, no próprio instrumento convocatório.

² Metodologia que tem previsão no art. 35, inciso VIII, § 1º, alínea “b”, da Lei nº 10.233/01, que determina que os critérios de reajustes e revisão devem seguir a diretriz de garantir a “transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário”.



Esse conceito, que decorre do art. 5º da Lei nº 8.987/95³, bem se aperfeiçoa com o desenvolvimento de estudos de viabilidade técnica, econômica, financeira e ambiental da concessão, os quais indicam ao Poder Público a possibilidade da outorga, como também orientam os interessados na formulação de propostas em bases exequíveis.

Disso igualmente se espera, até para o exercício de controle, que tais estudos adequadamente evidenciem o fluxo financeiro para o período de operação; os riscos associados aos investimentos; demonstrem que a solução proposta para o empreendimento a ser concedido pode ser concretizada e é apropriada aos fins pretendidos; indiquem a rentabilidade possível ao concessionário a partir da configuração de equilíbrio entre receitas de um lado, despesas e investimentos de outro, sem afetar, mais ainda, a modicidade da tarifa; indiquem eventuais condicionantes ambientais; além de propor detalhamento dos investimentos.

Tendo em mente todos esses critérios para conseguirmos entender a importância de uma alocação adequada de riscos e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a questão que se coloca está justamente em procurar identificar se o formato de matriz de risco proposto no Edital da Concorrência da ARTESP, que conta, aprioristicamente, com parâmetro de investimento assentado em premissas juridicamente inseguras, cumpre tal papel.

Minha resposta, pela formatação apresentada quanto ao objeto, é negativa.

Nada obstante reconheça a dinamicidade dos contratos de concessão, certo é que as aludidas externalidades, que se distinguem dos riscos inerentes ao negócio, tenderão naturalmente a definir os dispêndios operacionais, comprometendo o ponto capital da concessão que, em que pesem as vicissitudes técnicas e legais, é a obtenção da proposta mais

³ Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.



vantajosa para o poder concedente e, por corolário, o interesse público, aqui consubstanciado nos usuários das rodovias.

Nesse sentido, sinaliza a Lei Federal nº 8.987/95, ao dispor que:

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

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

Tendo em conta, principalmente, que no caso concreto o modelo de julgamento prima pelo maior valor de outorga, conforme parâmetros fixo e variável regulados no Edital, inegável a interferência do tema no exercício de formulação de propostas.

A própria ARTESP, na suas justificativas, admite a possibilidade de duas opções para a estruturação do processo seletivo e do futuro contrato que, conforme afirma, seriam igualmente cabíveis para a consecução dos mesmos propósitos: (i) aquela que, ao final, ela acabou por dotar; e (ii) a hipótese segundo a qual “os licitantes **NÃO** deveriam considerar tais investimentos em suas propostas e, caso autorizados, realizar o processo de inclusão de tais investimentos e serviços no âmbito da concessão”.

Tudo isso reforça a percepção de que a solução adotada não é a mais adequada, inclusive por projetar ao valor mínimo de outorga deficiências de fundamentação, pelo fato de se estabelecer o planejamento de vias municipais a partir de determinado traçado que pode simplesmente nunca acontecer ou, na hipótese de se concretizar, apresentar formatação diferente daquele hoje existente e previamente escolhido.

Em suma, parte do objeto da concessão tal como previsto, na falta de melhor expressão, é fictício, já que subordinado a evento futuro e incerto em relação ao qual o poder decisório está fora do alcance do poder concedente e, por decorrência, da futura concessionária.

Compreendo, assim, malgrado se possa vislumbrar que a ocorrência de tais eventos pode ter lugar durante a vigência do contrato de concessão, por meio de aditivos contratuais, em face da concretização dos ajustes idealizados com a Municipalidade, de rigor que a Autarquia reavalie o Edital publicado, reordenando a concessão a partir das aludidas premissas, tendo em vista sanar a aludida indefinição do objeto da concessão.

Para isso, impende excluir as estimativas de investimentos apontados para o viário municipal como parâmetro de formulação e julgamento de propostas e de outorga mínima, bem como deixar de alocá-los, neste momento, como parcela dos riscos atribuídos à concessionária, já que de risco não se cuida, mas sim de elemento nuclear ao objeto da concessão.

Assim, ao invés de incluir o que não se sabe se será materializado e acenar com aditivo de exclusão na hipótese negativa, deve a ARTESP prever a possibilidade de aditamento no caso dos Poderes Executivo e Legislativo de Mogi das Cruzes autorizarem as intervenções previstas, para inclusão do trecho da Rota do Sol ou outro que fundamentadamente seja adotado no bojo da concessão.

Essa é a lógica que acredito melhor se alinhar ao conceito de restabelecimento da equação inicial que, segundo a leitura do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, pressupõe que todo e qualquer reequilíbrio contratual deve ser feito de maneira a manter as condições de rentabilidade, não acarretando lucro ou prejuízo econômico em relação à proposta original.

Dito isso, prossigo com a análise dos demais questionamentos trazidos pelos representantes, que compreendo improcedentes.

No que concerne à discussão sobre o interesse da coletividade municipal frente ao critério de escolha dos locais de instalação de praças de pedágio nas vias estaduais, ainda que configure tema que sabidamente impõe à Administração Municipal desafios adicionais, ao menos neste exame processual, não configura questionamento determinante para fundamentar a atuação deste E. Tribunal de Contas.

Mesmo porque, a previsão contratual de remuneração das conservações encontra respaldo na legislação pátria e, como evidenciou a instrução, o sistema TCP, que não é novo no Brasil, decorre de variáveis técnicas concernentes à extensão rodoviária, correspondentes serviços e acessos postos à disposição do usuário.

Na verdade, o que se pretende é que a medida pela qual se procura impedir a execução do ato tenha uma dimensão mais ampliada. Ou seja, a discussão passaria, inevitavelmente, pelo exame de direitos fundamentais, tais como de locomoção, incabível de análise meritória na presente via.

Todo esse cenário conduz a um debate afeto estritamente a questões de discricionariedade do ato administrativo, inapropriado neste rito processual.

De toda forma, oportuno observar que o Edital está bem delimitado, no sentido de que a praça de pedágio P4 não está geograficamente localizada em viário de titularidade do Município de Mogi das Cruzes, nem em trecho que obste o deslocamento urbano de seus munícipes que, segundo o informado, contam com vias alternativas não pedagiadas para alcançar o trecho urbano da cidade.

Sobre a alegada indefinição do objeto licitado, a par da impropriedade já censurada no que tange à inclusão do trecho urbano municipal, noto que a Administração licitante compareceu aos autos dando conta da existência de ampla documentação que subsidiou a fase interna e preparatória da Concessão, que inclui descrições do Sistema Rodoviário (Anexo 02), das tarifas a serem praticadas (Anexo 04), de todas as obras e serviços a serem prestados (Anexos 05, 06, 07 e 12), além de cadastros de obras de arte especiais, obras de arte correntes, passivos ambientais, interferências, acessos, retográficos, estudos de tráfegos e diversas outras informações, todas disponíveis para acesso dos interessados.

A respeito da efetivação das Audiências e Consultas Públicas, à luz do exposto na instrução, vejo presente a consolidação dos debates no seio do processo decisório.



Como evidência da heterogeneidade alcançada nos procedimentos, vê-se que das 420 (quatrocentas e vinte) contribuições, 4 (quatro) vieram de concessionárias de rodovias, 287 (duzentas e oitenta e sete) da sociedade civil, 13 (treze) de autoridades públicas, 53 (cinquenta e três) de empresas privadas e 63 (sessenta e três) de Sindicatos.

Por fim, a exigência direcionada à futura concessionária de obtenção de autorizações ou alvarás, impostos por lei para a execução de obras previstas para a concessão, não se confunde com vinculação prévia de terceiro alheio à disputa, situação que a Súmula nº 15 deste E. Tribunal buscou evitar e que aqui não se configura.

De todo modo, devo consignar que a matéria, dinâmica por excelência, propõe ao Controle Externo desafios, uma vez que os termos e condições idealizados na formação da parceria podem ou não ser ratificados no curso da concessão, demandando, com isso, enfoque intertemporal dos princípios e normas que eventualmente possam modificar o caso concreto, o que possibilitará outras abordagens e reflexões, tendo em vista perspectivas futuras visíveis que, seguramente, no exame ordinário, cedo ou tarde, iremos enfrentar.

Pelos fundamentos assim expostos, acolhendo as conclusões da ATJ e do d. MPC, **JULGO improcedente a representação subscrita por Luiz Fernando Teixeira Ferreira (TC-0013266.989.21-9) e parcialmente procedente a representação formulada pela Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes (TC-0011798.989.21-6), devendo a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP providenciar, na conformidade do quanto aqui relatado e discutido, a retificação do Edital da Concorrência Internacional nº 002/2021, tendo em vista redefinir o objeto da concessão, sanando a irregularidade quanto ao seu conteúdo, na seguinte conformidade: a) excluir o trecho da Rota do Sol do montante de investimentos a ser considerado para efeito de elaboração e julgamento de propostas, já que subordinado a evento futuro e incerto; e b) deixar de alocar tais investimentos, neste momento, como parcela dos riscos atribuídos à**



futura concessionária, cuja absorção no bojo da concessão poderá se dar por termo aditivo, se e quando superadas as exigências jurídicas para a sua consecução.

Acolhido este entendimento, dele devem ser intimados representantes e representada na forma regimental, em especial a Agências Reguladora, a fim de que, ao elaborar o novo texto convocatório, incorpore as retificações aqui determinadas, providenciando a devida publicidade com a reabertura dos prazos, na forma da lei.

RENATO MARTINS COSTA
Conselheiro