



OFÍCIO PRS/SSE/CGC 20996/2023

Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2023.

Senhor Prefeito,

Pelo presente ofício, fica V.Ex.^a **comunicado** dos termos do Acórdão proferido, conforme decisão do Conselheiro Marcio Henrique Cruz Pacheco, nos autos do **Processo TCE/RJ 245.868-9/2022**, em **02/08/2023**.

Atenciosamente,

EDERSON DOS SANTOS MACIEIRA
Subsecretário das Sessões
ASSINADO DIGITALMENTE

OBSERVAÇÕES:

- i. visualização do inteiro teor dos autos disponível em: <https://www.tcerj.tc.br/consulta-processo/Processo>
- ii. no caso de indisponibilidade de visualização do inteiro teor por meio do sítio eletrônico, a vista dos autos poderá ser solicitada na Coordenadoria de Prazos e Diligências – CPR (cpr@tcerj.tc.br), localizada na Praça da República, 70, 2º andar, Centro - Rio de Janeiro/RJ, nos dias úteis, das 10 às 17 horas.



EXMO. SR.

Paulo Roberto Pinheiro Pinto
PREFEITO MUNICIPAL DE SANTO ANTONIO DE PÁDUA
PRAÇA VISCONDE FIGUEIRA, S/N, ANTIGO FÓRUM
CENTRO - SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA/RJ CEP 28.470-000
REF.PROC.TCE/RJ 245.868-9/2022
OFÍCIO SSE/CGC 20996/2023
02/003808 OF193

ACÓRDÃO Nº 085079/2023-PLEN

1 PROCESSO: 245868-9/2022

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

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

4 UNIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA

5 RELATOR: MARCIO HENRIQUE CRUZ PACHECO

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO**, por unanimidade, por **PROCEDÊNCIA** com **COMUNICAÇÃO**, **ANULAÇÃO** e **ARQUIVAMENTO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 ATA Nº: 24

10 QUÓRUM:

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

Conselheiros-Substitutos presentes: Marcelo Verdini Maia e Christiano Lacerda Ghuerrén

11 DATA DA SESSÃO: 2 de Agosto de 2023

Marcio Henrique Cruz Pacheco

Relator

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Assinado Digitalmente por: MARCIO HENRIQUE CRUZ PACHECO
Data: 2023.08.03 17:52:31 -03:00
Razão: Acórdão do Processo 245868-9/2022. Para verificar a autenticidade acesse <https://www.tcerj.tc.br/valida/>. Código: 1ea83247-dfc0-43a7-b5ec-57161037d0a8
Local: TCERJ

Assinado Digitalmente por: RODRIGO MELO DO NASCIMENTO
Data: 2023.08.03 19:19:49 -03:00
Razão: Acórdão do Processo 245868-9/2022. Para verificar a autenticidade acesse <https://www.tcerj.tc.br/valida/>. Código: 1ea83247-dfc0-43a7-b5ec-57161037d0a8
Local: TCERJ

Assinado Digitalmente por: HENRIQUE CUNHA DE LIMA
Data: 2023.08.03 17:38:22 -03:00
Razão: Acórdão do Processo 245868-9/2022. Para verificar a autenticidade acesse <https://www.tcerj.tc.br/valida/>. Código: 1ea83247-dfc0-43a7-b5ec-57161037d0a8
Local: TCERJ





PROCESSO: TCE-RJ Nº 245.868-9/22

ORIGEM: PREFEITURA DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO EM FACE DO EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 074/2022

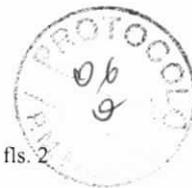
INTERESSADO: SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO - SGE

EMENTA. REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO PARA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PREFEITURA DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 074/2022. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. COMUNICAÇÃO. DETERMINAÇÃO. ANULAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Trata-se de Representação (peça 6) formulada pelo Secretário-Geral de Controle Externo, por intermédio da Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, em razão de possíveis irregularidades contidas no Edital da Concorrência Pública nº 074/2022, da Prefeitura Municipal de Santo Antônio de Pádua, que tem por objeto a outorga de concessão de 4 linhas de ônibus para exploração do serviço público de transporte coletivo urbano no Município de Santo Antônio de Pádua - RJ. O prazo previsto para a concessão é de 240 (duzentos e quarenta) meses improrrogáveis, no valor estimado de R\$ 73.887.206,42 (setenta e três milhões, oitocentos e oitenta e sete mil, duzentos e seis reais e quarenta e dois centavos), com data inicialmente agendada para ocorrer em 22.11.22.

Alega o Representante que, a partir do exame da documentação disponível no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Santo Antônio de Pádua, referente ao Edital de Concorrência Pública nº 074/2022 e seus anexos, foram identificadas as seguintes irregularidades:

- (i) Ausência de divulgação do fluxo de caixa estimado para todo o período contratual previsto, em desrespeito aos artigos 18, inciso IX da Lei Federal



nº 8.987/95 e art. 8º da Lei Federal nº 12.527/11, bem como aos princípios da isonomia e segurança jurídica;

(ii) Ausência de divulgação da taxa interna de retorno, não sendo possível comparar a rentabilidade do projeto com as taxas de retorno do mercado;

(iii) Ausência de alocação eficiente de riscos no edital e na minuta contratual, contrariando os princípios da eficiência, da economicidade e da segurança jurídica, bem como nos artigos 9º, § 2º, 10 e 29, X, da Lei Federal nº 8.987/95, e no artigo 10, III da Lei Federal nº 12.587/12;

(iv) Ausência de penalidades contratuais claras a serem aplicadas em caso de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido e para o resultado final da avaliação da qualidade dos serviços prestados.

Em razão das supostas irregularidades apontadas, requer o Secretário-Geral de Controle Externo o que segue reproduzido (peça 6), *in verbis*:

I. **CONHECIMENTO** desta Representação, uma vez presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade;

II. **CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA**, nos termos do disposto no artigo 84-A do Regimento Interno, determinando-se ao Jurisdicionado a imediata suspensão do certame, no estado em que se encontra, abstendo-se de adjudicar o objeto, homologar o resultado ou celebrar o contrato;

III. **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito Municipal de Santo Antônio de Pádua, nos termos do artigo 26, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo a ser fixado pelo Plenário, **manifeste-se acerca de todas as impropriedades veiculadas por meio desta Representação, sem prejuízo de, voluntariamente e em idêntico prazo, anuir em promover alterações no instrumento convocatório, comprovando tais medidas a este Tribunal;**

IV. Não efetuadas, voluntariamente, as correções acima suscitadas e, outrossim, não acatadas eventuais justificativas apresentadas pelo jurisdicionado, seja, por fim e na etapa processual oportuna, julgada **PROCEDENTE** esta Representação, a fim de que o jurisdicionado:

1. Cumpra as determinações necessárias ao saneamento das impropriedades remanescentes, caso pretenda prosseguir com o certame; ou
2. Promova a anulação do Edital.

Em razão do pedido de tutela provisória, o presente processo foi distribuído diretamente à minha relatoria pelo Núcleo de Distribuição da Secretaria-Geral da Presidência - NDP, em 21.11.22. Entendendo que o processo é um procedimento em contraditório, que se desenvolve de forma isonômica, julguei mais acertado conceder um prazo para o Jurisdicionado prestar seus esclarecimentos (peça 8).



O Jurisdicionado apresentou manifestação (peça 17), informando que o certame teve a sessão de julgamento iniciada em 22.11.22, e que o procedimento licitatório se encontra adiado *sine die*, informação confirmada em consulta ao Portal da Transparência do Município¹.

No que tange às irregularidades apontadas na Representação, o Jurisdicionado se manifesta esclarecendo que possui total interesse em buscar a resolução das irregularidades apontadas.

Ato contínuo, diante da suspensão do procedimento licitatório, proferi Decisão Monocrática em 02.01.23, decidindo pela perda superveniente do objeto do pedido cautelar (peça 19).

Os autos foram encaminhados à Secretaria-Geral de Controle Externo – SGE e ao Ministério Público de Contas – MPC, para fins de manifestação quanto ao mérito da Representação (peças 26 e 29, respectivamente).

Em 03.03.23, proferi nova Decisão Monocrática (peça 31), oportunizando prazo ao Jurisdicionado para manifestação quanto as alegações da Representante, nos seguintes termos:

I. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito do Município de Santo Antônio de Pádua, nos termos do art. 26, § 1º, do RITCERJ para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, a contar da ciência desta decisão, manifeste-se acerca das alegações da Representante, inclusive, em face da proposta de encaminhamento da Secretaria-Geral de Controle Externo – SGE, por intermédio da Coordenadoria de Auditoria em Desestatização – **CAD-Desestatização**;

II. Pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão Central de Controle Interno da Prefeitura de Santo Antônio de Pádua, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de **responsabilidade solidária**, de acordo com o art. 53, inciso IV, e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;

III. Pela **DETERMINAÇÃO** à Subsecretaria das Sessões – **SSE**, para que providencie, por meio eletrônico, a oitiva do Jurisdicionado, a fim de que, na forma do prevista no art. 26, § 1º do RITCERJ, **se pronuncie, no prazo previsto no item I**, acerca de todas as irregularidades suscitadas pela Representante, encaminhando os elementos necessários; e

IV. Pela **REMESSA** à Secretaria-Geral de Controle Externo - **SGE**, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas - **MPC**, para que se manifestem quanto ao mérito da presente, retornando, em seguida, os autos ao meu Gabinete.

¹ <https://www.santoantoniodepadua.rj.gov.br/licitacao/abrir/949>, acesso em 27.06.23.

Em atendimento à decisão supracitada, o Jurisdicionado apresentou resposta por meio do Doc. TCE-RJ nº 8263-2/23 (peças 43 e 44).

A Coordenadoria de Auditoria em Desestatização – CAD-Desestatização se manifestou, em 15.06.23, sugerindo a seguinte proposta de encaminhamento (peça 46):

- 1- **PROCEDÊNCIA da presente Representação quanto ao mérito;**
- 2- **COMUNICAÇÃO ao atual Prefeito de Santo Antônio de Pádua**, com base no art. 15, inciso I, do Novo Regimento Interno desta Corte, para que atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**, sendo certo que a verificação do seu cumprimento poderá ser objeto de controle externo a cargo deste Tribunal em futura auditoria governamental, considerando os critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade:
 - 2.1. Providencie a **ANULAÇÃO** do procedimento licitatório, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, fazendo constar, dos autos do processo administrativo do Edital, a cópia da publicação do ato respectivo, acompanhada dos elementos arrolados no art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93;
 - 2.2. Quando da publicação de novo Edital (se optar o gestor pela delegação do serviço público em tela), atente para a correta modelagem do projeto de concessão, considerando, em especial, todos os aspectos analisados no âmbito desta Representação e listados a seguir:
 - i. Realizar e divulgar o estudo de viabilidade econômico-financeira, em especial o fluxo de caixa estimado para todo o período contratual previsto;
 - ii. Divulgar a taxa interna de retorno do projeto, que deve ser compatível com as taxas de retorno de mercado, considerando o princípio da economicidade da contratação para a Administração Pública;
 - iii. Estabelecer matriz de riscos com a alocação clara e eficiente dos riscos no Edital e na minuta contratual, com base no princípio da eficiência, da economicidade e da segurança jurídica, bem como no art. 9º, § 2º, no art.10 e no art.29, X, da Lei Federal 8.987/95, e no art.10, III da Lei Federal nº 12.587/12;
 - iv. Revisar o sistema sancionatório de modo que sejam previstas, de forma clara e objetiva, as sanções contratuais a serem aplicadas nos casos de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido.
 - 2.3. Avalie a possibilidade de adequada capacitação dos servidores envolvidos na modelagem ou, alternativamente, a contratação de especialistas visando a adequada estruturação e modelagem de contratos de concessões.
- 3- **COMUNICAÇÃO ao titular do Órgão Central de Controle Interno** para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o inc. IV, art. 53 e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;
- 4- Posterior **ARQUIVAMENTO** do presente processo.

O Ministério Público de Contas - MPC, devidamente representado por seu Procurador-Geral de Contas Henrique Cunha de Lima, manifestou-se da seguinte forma (peça 49):

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas opina pela **PROCEDÊNCIA** da presente representação quanto ao mérito; pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito de Santo Antônio de Pádua, para que atenda as **DETERMINAÇÕES** desta corte, nos moldes sugeridos pela unidade técnica, conforme relatório do dia 15/06/2023, comprovando-as aos autos; e pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do Controle Interno para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o inc. IV, art. 53 e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90.

Em 20.06.23, os autos retornaram a este Gabinete para análise do mérito da Representação.

Eis o Relatório.

Como de sabença, norteiam os procedimentos licitatórios os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, economicidade, competitividade e eficiência (art. 37 da Constituição Federal e art. 3º da Lei nº 8.666/93).

A presente Representação versa sobre possíveis irregularidades contidas no Edital de Concorrência Pública nº 074/2022, que se encontra suspenso² por força de decisão proferida por este Tribunal, conforme comprova imagem a seguir:

Unidade Gestora	MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA
Orgão Solicitante	PREFEITURA MUNICIPAL
Número da Licitação	EDITAL 074/2022
Modalidade	Concorrência Pública
Processo	4144/2022
Objeto	OUTORGA DE CONCESSÃO DE 4 LINHAS DE ÔNIBUS PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO NO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA/RJ - OBS: CONSTA PARECER JURÍDICO EM ANEXO
Descrição	OUTORGA DE CONCESSÃO DE 4 LINHAS DE ÔNIBUS PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO NO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA/RJ - OBS: CONSTA PARECER JURÍDICO EM ANEXO
Data Licitação	2022-11-22
Valor Estimado	73887206.42
Valor Total	73887206.42
Situação	<u>Suspensão</u>

² <https://www.santoantoniodepadua.rj.gov.br/licitacao/abrir/949>, acesso em 22.06.23.

No que tange às irregularidades apontadas na Representação, o Jurisdicionado se manifesta, conforme Doc. nº 8263-2/23 (peça 44), sendo extraído, resumidamente, as seguintes conclusões.

(i) Ausência de divulgação do fluxo de caixa estimado para todo o período contratual previsto, em desrespeito aos artigos 18, inciso IX, da Lei Federal nº 8.987/95 e art. 8º da Lei Federal nº 12.527/11, bem como aos princípios da isonomia e segurança jurídica

(ii) Ausência de divulgação da taxa interna de retorno, não sendo possível comparar a rentabilidade do projeto com as taxas de retorno do mercado

Em sua resposta (peça 44), o Jurisdicionado informou a taxa interna de retorno a ser aplicada, se manifestando da seguinte forma:

Estão presentes os princípios da eficiência da economicidade, a ocorrência de baixo custo, promovendo a eficácia e a equidade, isto é, a adequada relação entre os custos ocorridos e os benefícios advindos do alcance dos objetivos, permitindo uma economia ou ganho de escala, possibilitando reduzir o custo médio para a população pela diluição dos custos fixos em um número maior de transporte de passageiros.

O poder concedente promoverá o equilíbrio econômico – financeiro, da concessão, de acordo com as premissas fixadas no contrato.

Desse modo, o valor da Taxa Interna de Retorno (TIR) que se chegou conforme o fluxo de caixa e parâmetros utilizados foi de 10,8%. (grifo do autor).

Como bem analisou a CAD-Desestatização, em que pese o Jurisdicionado tenha informado a Taxa Interna de Retorno - TIR de 10,8%, não demonstrou o fluxo de caixa e os parâmetros utilizados para obter este resultado.

Neste diapasão, vale destacar a alegação da diligente Unidade de Auditoria: *“É importante destacar que, como dito em instruções anteriores, “fluxo de caixa referencial consiste numa demonstração contábil derivada de um complexo estudo econômico-financeiro”, que envolve análise detalhada do “plano de negócios”, análise essa “que pode demorar diversos meses”, com a importante ressalva de que deve “ser concluído ainda na fase interna de licitação”.*

Importante ressaltar que a taxa interna de retorno possibilita comparar a rentabilidade do projeto com as taxas de retorno do mercado, estando diretamente



relacionada com a economicidade da contratação, evitando gerar risco à gestão financeira, o princípio da Economicidade Administrativa, que rege as contratações públicas, tem como fundamento a boa gestão dos recursos públicos.

No presente caso, **não há um estudo econômico-financeiro para obtenção da Taxa Interna de Retorno - TIR do projeto**. A taxa de retorno representa uma estimativa do desempenho a longo prazo, calculada em uma projeção do fluxo de caixa. Como bem analisado pela Coordenadoria de Auditoria em Desestatização – CAD-Desestatização, o estudo de viabilidade econômico-financeiro deve ser realizado de modo que a Taxa Interna de Retorno - TIR do fluxo de caixa do projeto, seja compatível com as taxas de retorno do mercado.

Neste contexto, existe um estudo realizado por esta Corte de Contas, que estimou tecnicamente um Custo Médio Ponderado de Capital (WACC)³, para o setor de transportes, de aproximadamente 6,17% a.a., podendo-se admitir um valor de até 7,19% a.a. O WACC, do inglês, *Weighted Average Capital Cost*, é um medidor de retorno de um investimento, ou custo médio ponderado de capital, representando a taxa mínima de retorno de investimento que a empresa realizou. A TIR possibilita a comparação com as taxas de retorno do mercado, viabilizando a análise da economicidade do projeto.

Para que o projeto seja economicamente vantajoso para a Administração Pública, é preciso que a taxa interna de retorno esteja compatível com a taxa interna de mercado, ensejando na apresentação de propostas com menores tarifas técnicas e, com isso, resultando na cobrança de menores tarifas no transporte público para a população.

Deste modo, coaduno com a sugestão da Unidade de Auditoria e decido pela **procedência dos itens**, uma vez que não foi demonstrado o fluxo de caixa e os parâmetros utilizados para obter a TIR de 10,8% apontada em sua resposta.

(iii) Ausência de alocação eficiente de riscos no Edital e na Minuta Contratual, contrariando os princípios da eficiência, da economicidade e da segurança jurídica, bem como nos artigos 9º, § 2º, 10 e 29, X, da Lei Federal nº 8.987/95, e no artigo 10, III, da Lei Federal nº 12.587/12

³ <https://ejfgv.com/wacc/>, acesso em 22.06.23.



Em sua manifestação, o Jurisdicionado apresentou planilhas (peça 44, fls. 9 a 12), contendo a matriz de risco elaborada para atender às determinações desta Corte. Da seguinte forma:

A seguir, é apresentada a Matriz de Alocação de Riscos adotada para a Concessão do Transporte Público Coletivo de Passageiros do Município de Santo Antônio de Pádua/RJ:

Gabinete do Prefeito				
#	Descrição do Risco	Tipo de Risco *	Atribuição do Risco	
			Concessionária	Concessão / Município
1	Alterações (criação, extinção, aumento ou diminuição de alíquotas) tributárias ou de encargos legais sobre o serviço de transporte público de ônibus.	Tributário		X
2	Cumprimento com a legislação vigente e adimplemento das obrigações fiscais, tributárias, trabalhistas e previdenciárias.	Tributário	X	
3	Tumultos e comoções sociais (greves, ocupações), salvo em caso de greve de funcionários da Concessionária julgada legal ou negligência da Concessionária na proteção do seu patrimônio.	Social		X
4	Greves e paralisações de funcionários julgadas legais pelo poder judiciário.	Social	X	
5	Danos aos bens da concessão por falta de segurança (vandalismo, furtos, roubos).	Social	X	
6	Alterações (criação ou extinção) de incentivos, benefícios e subsídios tarifários de transporte público de ônibus.	Regulatório		X
7	Multas e sanções por descumprimento das regras e condições estabelecidas no edital, contrato de concessão e indicadores de qualidade propostos.	Regulatório	X	
8	Impactos nos custos decorrentes de alteração do Plano Municipal de Mobilidade Urbana ou Plano Diretor do Município.	Regulatório		X
9	Envio de informações operacionais, financeiras e administrativas aos Órgãos de Controle Municipais.	Regulatório	X	
10	Danos a municipalidade decorrentes da execução e operação do sistema de transporte público pela Concessionária.	Operacional	X	
11	Falhas e acidentes ocorridos na construção de benfeitorias por parte da Concessionária para operação e manutenção do sistema de transporte público de ônibus.	Operacional	X	

Nº	Descrição do Risco	Tipo de Risco *	Atribuição do Risco	
			Concessionária	Concessão / Município
12	Alterações da Quilometragem média percorrida da Frota de Ônibus devido alterações de quantidades de linhas, frequência e horários da frota.	Operacional		X
13	Falhas ou danos causados por fornecedores ou subcontratados da Concessionária em bens da concessão e/ou patrimônio público.	Operacional	X	
14	Falha no serviço e operação do sistema de transporte urbano, que gere dano à concessão, em desconformidade com o nível de qualidade dos serviços previstos contratualmente.	Operacional	X	
15	Pavimentação e manutenção de qualidade das vias urbanas utilizadas pelos ônibus de transporte público de passageiros, no mínimo em padrão similar ao encontrado no início da operação do sistema.	Operacional		X
16	Operação e Manutenção dos terminais do transporte público de passageiros.	Operacional	X	
17	Operação e Manutenção da sinalização e pontos de ônibus de transporte público de passageiros.	Operacional		X
18	Falhas no sistema e tecnologia de bilhetagem eletrônica e monitoramento da frota.	Operacional	X	
19	Aumento ou diminuição da demanda e/ou receita tarifária no transporte de passageiros.	Mercado		X
20	Erro de estimativa da demanda e/ou receita de transporte de passageiros e receita tarifária do edital.	Mercado		X
21	Modificação unilateral do contrato.	Legal	X	X
22	Fato do príncipe ou ato da administração.	Legal		X
23	Decisão judicial que suspenda ou impeça a concessão por fato alheio à Concessionária.	Legal		X

Nº	Descrição do Risco	Tipo de Risco *	Atribuição do Risco	
			Concessionária	Concessão / Município
24	Alterações no Memorial Descritivo e/ou especificações técnicas do Contrato (incluindo Plano Básico, Diagnóstico, especificações de veículos, metas de qualidade).	Legal		X
25	Atraso pelo Poder Concedente do direito de uso/desapropriação em áreas de interesse da concessão.	Legal		X
26	Responsabilidade civil (acidentes, lesões, mortes, danos materiais ou morais) decorrentes da operação do sistema de transporte público de ônibus.	Legal	X	
27	Pagamento de indenizações e despesas devido a responsabilidade civil decorrentes da operação do sistema de transporte público de ônibus.	Legal	X	
28	Multas e sanções de órgãos ambientais devido ao descumprimento de leis e normas causadas pela operação do sistema de transporte público de ônibus.	Legal	X	
29	Passivos ambientais, trabalhistas, cíveis, tributários e de qualquer natureza anteriores à assunção dos bens e contrato de concessão.	Legal		X
30	Passivos ambientais, trabalhistas, cíveis, tributários e de qualquer natureza posteriores à assunção dos bens e da assinatura do contrato de concessão.	Legal	X	
31	Caso fortuito e força maior.	Legal		X
32	Criação de leis ou revogação de leis que permitam uma alteração no quantitativo do quadro operacional (motoristas, cobradores e fiscal).	Legal		X
33	Variação dos custos acima dos índices e da fórmula estabelecida no reajuste tarifário contratual.	Financeiro	X	
34	Obtenção e variação dos custos de financiamentos.	Financeiro	X	
35	Variação cambial.	Financeiro	X	
36	Falta de liquidez e problemas de fluxo de caixa ou capital de giro.	Financeiro	X	



#	Descrição do Risco	Tipo de Risco *	Atribuição do Risco	
			Concessionária	Concessão / Município
37	Manutenção de indicadores financeiros da concessão (empresa) dentro dos limites toleráveis definidos no contrato de concessão e edital.	Financeiro	X	
38	Dívidas e inadimplência com fornecedores, funcionários e prestadores de serviço provenientes do serviço de transporte público coletivo de ônibus.	Financeiro	X	
39	Aumento ou diminuição do custo de capital utilizado no serviço de transporte público.	Financeiro	X	
40	Falhas ou problemas no processo de faturamento, recebimento e gestão dos recebíveis tarifários.	Financeiro	X	
41	Erros e inadequação da proposta comercial do projeto da proponente vencedora.	Comercial	X	
42	Erros ou não confirmação das informações estabelecidas no Projeto Básico do Edital pelo Poder Público.	Comercial		X
43	Alterações dos custos variáveis de operação (por km), valor dos investimentos (frota, sistemas, móveis e imóveis) e despesas fixas (pessoal administrativo, O&M de garagens, terminais, etc.) da proposta comercial da Concessionária.	Comercial	X	

Destarte, tem-se que, com o devido respeito, resta adequado, de forma satisfatória, ao que fora apontado por essa Egrégia Corte de Contas acerca da matriz de alocação de riscos. (grifo do autor).

Em sua análise, a laboriosa Unidade de Auditoria sugeriu a procedência do item, **considerando que as planilhas apresentadas não estão presentes no Edital em apreço.**

A **alocação eficiente dos riscos, no Edital e na Minuta do Contrato,** está diretamente relacionada à observância aos princípios da economicidade, da eficiência e da segurança jurídica. A correta distribuição dos riscos da contratação está em consonância com o princípio da razoabilidade, assim, para que se tenha uma contratação segura e eficaz, os riscos devem ser distribuídos a quem tiver melhores condições de geri-los. E ainda, as definições das responsabilidades de forma razoável e proporcional muito contribuem para a segurança jurídica da contratação.

A matriz de risco permitirá a previsão de situações futuras que possam interferir na execução contratual, permitindo prever ações preventivas a fim de diminuir ou evitar a ocorrência destes riscos se tornarem efetivos, causando prejuízos que interfiram diretamente no equilíbrio econômico-financeiro da contratação.



A ocorrência de eventos inesperados, desfavoráveis à execução do contrato, pode onerar o custo da execução contratual, gerando prejuízos à concessionária e, com isso, afetar o resultado pretendido, prejudicando diretamente o interesse público.

Neste sentido, é o ensinamento do Prof.^o Mauricio Portugal Ribeiro⁴:

“a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de cada risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo: isto é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco”, indicando critérios a serem observados na previsão de distribuição dos riscos:

“[...]. O primeiro deles é que o risco deve ser sempre alocado à parte que a um custo mais baixo pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances de o evento desejável ocorrer. Esse critério leva em conta a capacidade das partes de adotar ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou incentivar a ocorrência dos eventos desejáveis. [...].

O segundo critério para alocação de riscos considera, ao invés da capacidade de prevenção dos eventos indesejados, a capacidade de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado se realize. Por esse critério, o risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável. [...]

O terceiro critério diz respeito a capacidade das partes do contrato de “externalizar” o custo de prevenir ou remediar os eventos indesejáveis. Por esse critério, os riscos devem ser alocados sempre sobre a parte que tem menores possibilidades de “externalizar” as consequências do evento indesejável, ou seja, repassar para terceiros o custo desses eventos. [...].”

Deste modo, acompanho a sugestão da CAD-Desestatização, pela **procedência do item**, com Determinação para que o Jurisdicionado, ao elaborar o novo Edital e Minuta do Contrato, insira a matriz de alocação eficiente dos riscos de acordo com estudo detalhado do objeto.

(iv) Ausência de penalidades contratuais claras a serem aplicadas em caso de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido e para o resultado da avaliação da qualidade dos serviços prestados

⁴ [RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: Melhores práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80-8].



Quanto a este item, o Jurisdicionado propõe adequações a serem realizadas no Edital (peça 44, fls. 12 a 27), concluindo o seguinte:

Desse modo, na certeza de ter sanado as inadequações e impropriedade apontadas que serão acrescentadas no Edital e seus anexos, requer a Vossa Excelência autorização para republicação e continuidade do certame licitatório em questão.

A CAD-Desestatização sugeriu o não atendimento ao item, manifestando-se da seguinte forma: *“Para este item, apresentou-se um apanhado de informações, como um compilado de conceitos que não expressa a transparência que um regular edital de licitação deve traduzir, e que, por isso mesmo, não atende ao questionamento desta Corte de Contas, ao exigir do leitor, esforço além do normal para a obtenção das informações apresentadas na resposta em análise”*.

O contrato de concessão deve conter cláusulas essenciais em observância à segurança jurídica da contratação. Neste sentido é o previsto no art. 23 da Lei Federal nº 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, *in verbis*:

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

[...]

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

Deste modo, decido pela **procedência do item**, com determinação para que conste no Edital e na Minuta do Contrato a correta, clara e eficiente previsão de penalidades aplicadas em caso de descumprimento total ou parcial das metas previstas.

Sendo assim, em que pese o Jurisdicionado tenha enviado resposta a esta Corte de Contas, não foi possível a correção imediata dos pontos questionados, persistindo falhas relevantes no Edital em exame, uma vez que há necessidade de prazo para adoção de providências suficientes para sanar as irregularidades. Com efeito, eventual contratação oriunda de um certame irregular e eivado de vícios, poderia ensejar futuros prejuízos à Administração Pública. Deste modo, a anulação do procedimento licitatório é medida que se impõe para o caso em tela.



Neste sentido é o entendimento do professor Hely Lopes Meirelles⁵:

O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho⁶:

A anulação da licitação é decretada quando existe no procedimento vício de legalidade. Há vício quando inobservado algum dos princípios ou alguma das normas pertinentes à licitação;

Por força do princípio da autotutela, a Administração tem o poder/dever de rever seus atos a qualquer tempo, devendo anulá-los quando eivados de vícios de ilegalidade. Neste sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da Súmula 473⁷:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Importante ressaltar que os efeitos do ato nulo são *ex tunc*, ou seja, retroagem como se o ato nunca tivesse existido, resguardando o interesse público.

A declaração de nulidade do ato administrativo, deve sempre observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo-se ponderar a possibilidade de adoção de meios menos gravosos ao interesse público, conforme previsto nos arts. 20, parágrafo único, e 21 da LINDB, in verbis:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

⁵ [MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 205].

⁶ [FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual do Direito Administrativo, 32ª ed., Revista Atualizada e Ampliada, Atlas, 2018. p. 370].

⁷ <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>, acesso em 22.06.23.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Neste sentido, constatado os vícios presentes no Edital em apreço, e ainda, sendo função deste Tribunal velar pela observância das normas que regem a Administração Pública, não vejo óbices à determinação ao Jurisdicionado para que proceda com a anulação do Edital.

Assim tem sido o posicionamento desta Egrégia Corte de Contas, como pode ser verificado no Boletim de Jurisprudência nº 6, de setembro de 2020:

Processo TCE-RJ nº 113.644-8/05

Relator: Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento

Plenária Telepresencial: 23/09/2020

**ILEGALIDADE DO TERMO. DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO.
COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS.**

Em razão do poder que detêm os Tribunais de Contas para, diante da ilegalidade do termo, determinar aos jurisdicionados que adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, decorre a competência para expedir determinação aos órgãos jurisdicionados, com vistas à adoção de medidas necessárias à anulação de termo ilegal, sem descuidar da deferência para com a Administração Pública, quanto à possibilidade de, no exercício da sua autotutela, promover as medidas corretivas necessárias à submissão à lei.

O Plenário desta Corte já decidiu pela anulação do certame, em sessão de 02.05.22, nos termos do voto do relator Conselheiro-Substituto Christiano Lacerda Ghuerrén, por meio do Acórdão nº 68.190/2022, tendo em vista que o Jurisdicionado não realizou os ajustes necessários quanto a alocação de riscos:

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



Vale ainda destacar o princípio da Economicidade Administrativa, que rege as contratações públicas, tendo como fundamento a boa gestão dos recursos públicos. Nas palavras do Prof.º Matheus Carvalho⁸, *“a atividade administrativa gera custos e, como os recursos públicos são escassos, é necessário que sua utilização produza os melhores resultados econômicos possíveis à Administração Pública, tanto quantitativa quanto qualitativamente. O agente público tem o dever de gerenciar os recursos públicos, onerando o menos possível a Administração”*.

Não obstante ao reconhecimento dos erros e correção de parte das ilegalidades apontadas, a medida não se demonstrou suficiente para garantir a legalidade do procedimento licitatório já iniciado, em observância aos princípios fundamentais que regem as licitações públicas.

Por oportuno, em razão dos artigos 20 e 21 da LINDB, é necessário se atentar às consequências práticas das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, ainda mais quando impliquem diretamente nos serviços essenciais prestados à população. Assim, alerta ao Jurisdicionado que garanta a prestação de serviço de transporte público, objeto desta Representação, a fim de que a população não fique desassistida, considerando a essencialidade do serviço.

Diante disto, à luz do referido dispositivo, cabe ao julgador avaliar os efeitos práticos de sua decisão, esclarecendo de forma clara os motivos pelos quais o fez optar pela solução adotada e, ainda, indicar de modo expreso as condições para que seja feita a regularização, inclusive, adotando medidas excepcionais em primazia do Interesse Público.

Portanto, em caráter extraordinário, é possível a adoção de medidas a fim de garantir a prestação dos serviços essenciais à população. Contudo, é dever do Gestor estabelecer prazo razoável ao saneamento das irregularidades, procedendo a realização do procedimento licitatório e a contratualização dos serviços, de modo a evitar prejuízos aos cofres públicos e à população.

Registra-se que este entendimento já foi adotado pelo Plenário desta Corte de Contas em casos similares, no sentido de modular os efeitos de suas decisões, excepcionalmente nos

⁸ [CARVALHO. Matheus. Manual de Direito Administrativo. EDITORA JusPODVIM. Ed. 2021. Pág. 10].



casos em que as suas consequências possam contrariar o interesse público, conforme se verifica no Acórdão nº 26029/22, de relatoria da Conselheira Marianna Montebello Willeman e Acórdão nº 92791/22, de relatoria da Conselheira-Substituta Andrea Siqueira Martins, nos seguintes termos, respectivamente:

REPRESENTAÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM AUTORIZAÇÃO EXCEPCIONAL PARA CONTINUAÇÃO DO CERTAME, DADAS AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA SUA ANULAÇÃO. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 20 E 23 DA LINDB. AUTORIZAÇÃO CONDICIONADA AO CUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES ELENCADAS NESTE VOTO.

[...]

No entanto, em observância ao disposto nos artigos 20 e 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, autorizou-se, excepcionalmente, o prosseguimento do certame, desde que promovidas as alterações determinadas neste voto, inclusive no que tange à necessidade de revisão do prazo de vigência do contrato a ser celebrado em decorrência do certame sub examinem, para que corresponda apenas e estritamente ao prazo necessário e suficiente para elaboração da nova modelagem contratual, adaptada à sistemática da concessão de serviço público, e realização de novo certame que a contemple.

Contudo, como bem salientou a Instância Técnica, necessário avaliar as peculiaridades do caso concreto e suas possíveis consequências à Municipalidade.

Os serviços de limpeza urbana estão sendo executados pela empresa Plural Serviços Técnicos Eireli desde janeiro de 2022, ocasião em que foi celebrado o contrato nº 001/22. Considerando que esse tipo de serviço demanda a contratação de grande quantidade de mão-de-obra e uma complexa logística para sua execução, a declaração de ilegalidade do certame licitatório e, por conseguinte, do contrato, ocasionaria prejuízos significativos na prestação do serviço ao Município.

Igualmente, a realização de novo certame ou o chamamento da segunda colocada, conforme ressaltou a Instância Técnica, exigiriam tempo mínimo para o cumprimento de formalidades, o que poderia acarretar, tendo em vista essencialidade do serviço de manejo de resíduos sólidos, a realização de uma contratação direta motivada por situação emergencial.

À vista disso, como bem pontuou o Corpo Técnico, relevante trazer à baila o que preconiza o art. 20 do Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

À luz do referido dispositivo, o julgador deve considerar as consequências práticas de sua decisão, expondo o raciocínio que o levou a tais consequências, para que diante das possibilidades apresentadas, opte pela solução necessária e adequada ao caso.

Cumpra aqui corroborar que o exercício de fiscalização do Controle Externo nas contratações públicas não se limita, apenas, aos princípios da legalidade e economicidade, previstos no art. 70⁹ da Constituição Federal, o exercício do controle externo busca priorizar a eficiência e a eficácia de tais contratações, buscando resultados que atendam afetivamente o interesse público. A presente Representação tem o fim de realizar um controle preventivo, evitando maiores prejuízos na gestão dos recursos públicos.

Neste sentido, o procedimento licitatório, eivado de vícios de ilegalidade, não primando por uma contratação econômica, eficiente e eficaz, trará prejuízos insanáveis, prejudicando o interesse público. Deste modo, se faz necessária, em observância às leis e aos princípios que regem as contratações públicas, a declaração de ilegalidade do procedimento e sua consequente anulação¹⁰.

A anulação do procedimento licitatório em apreço, em observância aos preceitos legais e constitucionais, não isenta o Jurisdicionado da correta e total adequação do Edital para uma futura publicação, devendo atender a todas as recomendações e determinações proferidas por esta Corte de Contas, nos autos deste processo.

E ainda, recomendo ao Jurisdicionado que possibilite adequada capacitação aos servidores que atuarão na elaboração do Edital da referida concessão, a fim de evitar a repetição das mesmas irregularidades.

⁹ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁰ Enquanto a anulação da licitação é um dever que decorre da ilegalidade no procedimento, a revogação é uma faculdade de desfazimento do procedimento por razões de interesse público, em razão de fatos supervenientes devidamente comprovados (art. 49 da Lei 8.666/93).

A anulação pode ser declarada pelo próprio Poder Executivo (autotutela) ou por outro Poder (Judiciário ou Legislativo), no exercício do controle externo. A revogação, por sua vez, somente pode ser efetivada pelo Poder Público que promoveu a licitação.

No desfazimento do processo de licitação (anulação ou revogação) devem ser observados o contraditório e a ampla defesa (art. 49, § 3º, da Lei), além da necessária motivação.

A revogação e a anulação podem ocorrer a qualquer momento, mesmo após a adjudicação do objeto ao licitante vencedor. É oportuno registrar que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato (art. 49, § 2º, da Lei).

A anulação não gera, em regra, o dever de indenizar, salvo na hipótese em que a ilegalidade é atribuída à Administração e declarada após a celebração do contrato, promovendo-se a responsabilidade do agente que deu causa à ilegalidade (arts. 49, § 1º, e 59, parágrafo único, da Lei).

[OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. – 11.ª ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2023. Pág. 526].

Ante o exposto, dada a permanência de graves irregularidades no Edital analisado por esta Corte de Contas, coaduno com o entendimento da Secretaria-Geral de Controle Externo - SGE e com o Ministério Público de Contas – MPC, pela **PROCEDÊNCIA** da Representação. Deste modo,

VOTO:

I. Pela **PROCEDÊNCIA** da presente Representação quanto ao mérito;

II. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito do Município de Santo Antônio de Pádua, com base no art. 15, I, do Regimento Interno desta Corte, para que atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**, sendo certo que a verificação do seu cumprimento poderá ser objeto de controle externo a cargo deste Tribunal em futura auditoria governamental, considerando os critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade:

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

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

i. Realizar e divulgar o estudo de viabilidade econômico-financeira, em especial o fluxo de caixa estimado para todo o período contratual previsto;

ii. Divulgar a taxa interna de retorno do projeto, que deve ser compatível com as taxas de retorno de mercado, considerando o princípio da economicidade da contratação para a Administração Pública;

iii. Estabelecer matriz de riscos com a alocação clara e eficiente dos riscos no Edital e na minuta contratual, com base no princípio da eficiência, da economicidade e da



segurança jurídica, bem como no art. 9º, § 2º, no art. 10 e no art. 29, X, da Lei Federal 8.987/95, e no art. 10, III, da Lei Federal nº 12.587/12;

iv. Revisar o sistema sancionatório de modo que sejam previstas, de forma clara e objetiva, as sanções contratuais a serem aplicadas nos casos de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido;

II.3 - Avalie a possibilidade de adequada capacitação dos servidores envolvidos na modelagem ou, alternativamente, a contratação de especialistas visando a adequada estruturação e modelagem de contratos de concessões.

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

IV. Pelo posterior **ARQUIVAMENTO** do presente processo.

CONSELHEIRO MÁRCIO PACHECO

Documento assinado digitalmente