



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Informação nº 84/2015 – 3ª Diacomp/Secretaria de Acompanhamento.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2015.

Processo n.º: 5964/2015.

Jurisdicionada: Secretara de Estado de Mobilidade - SEMOB.

Assunto: Licitação.

Montante: R\$ 11.709.690.000,00 (onze bilhões, setecentos e nove milhões, seiscentos e noventa mil reais), conforme item 6 da minuta de edital (fls. 41 do Anexo XIII do Processo 12.086/11).

Ementa: Concorrência nº 1/11 - ST. Representação. Procedência. Pela nulidade. Pela oitiva das empresas vencedoras. Pela suspensão da revisão tarifária concedida.

Senhor Diretor,

Este processo foi autuado por determinação do item II-1 da Decisão nº 477/2015, transcrita a seguir

II – autorizar: 1) a realização de inspeção na SEMOB e onde se fizer necessária, a ser processada em autos apartados, para viabilizar o cumprimento do item II da Decisão nº 5935/2014;

2. O item II da Decisão nº 5.935/2014 (referenciada no § anterior) havia determinado à SEACOMP o atendimento ao prescrito no inciso VII da Decisão nº 4.940/2013, transcrito a seguir:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

VII – determinar à SEACOMP que, oportunamente, aprofunde o exame dos pontos questionados pelo MPJTCDF no Parecer nº 1102/13-MF, em especial quanto às possíveis falhas no cálculo da Tarifa Interna de Retorno;

3. Por sua vez, por intermédio da Decisão nº 2391/2015, este processo teve seu escopo aumentado para abrigar a análise dos procedimentos de revisão tarifária em curso nos contratos resultantes da Concorrência nº 01/11 – ST (e-doc C47A6997):

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: (...) III – autorizar: (...) b) a inclusão da análise dos procedimentos de revisão tarifária atualmente em curso no escopo da inspeção objeto do Processo nº 5964/2015;

4. Assim, nos tópicos seguintes abordaremos os pontos questionados pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal – MPJTCDF no Parecer nº 1102/13-MF, cuja temática envolve a licitação e contratação das concessionárias prestadoras do serviço de transporte urbano do Distrito Federal, objeto da Concorrência nº 01/2011 – ST/DF, além da revisão tarifária solicitada pelas concessionárias.

I - DO PARECER Nº 1102/13-MF

5. Apresentaremos, a seguir, as conclusões do MPJTCDF no parecer em apreço (e-doc 4BB4BDB4):

VI - Parecer do Ministério Público

68. Nesses termos, mais uma vez pedindo vênias ao órgão técnico, o Ministério Público opina por que o e. Plenário considere impropedientes as contrarrazões oferecidas pela ST e, nos termos do § 6º do art. 7º e do *caput* e §1º do art. 49, ambos da Lei n.º 8666/93, por providências no sentido de considerar nula a Concorrência Pública n.º 01/2011, além da identificação dos responsáveis para fins de apenação, tendo em conta as seguintes irregularidades evidenciadas nos autos:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

- a) utilização de TIR superestimada, em especial, na utilização de financiamento incentivado para investimentos, caso em que a TIR pode chegar a 40%;
- b) não abordagem da desoneração da folha de pagamento, subsídio previsto na Lei n.º 12715/12, ocasionando possível majoração da TIR e da tarifa técnica (item I.1.1 deste parecer);
- c) erro de cálculo da “depreciação contábil”, ocasionando majoração da TIR e da tarifa técnica (item I.1.2 deste parecer);
- d) inconsistência da despesa de pessoal na planilha do anexo II.11, balizadora das propostas dos licitantes, implicando majoração da TIR e da tarifa técnica (item I.1.3 deste parecer);
- e) alegação de sigilo e não disponibilização, pela Secretaria de Transportes, do orçamento detalhado e dos memoriais de cálculo da revisão dos dados de quilometragem e do tempo estimado de viagens, que definem a tarifa técnica, em afronta ao artigo 7º, inciso I e §2º, I e II, da Lei n.º 8666/93;
- f) participação das empresas Viação Pioneira, vencedora da bacia 2, e Viação Piracicabana, vencedora da bacia 1, controladas pela empresa Expresso União, todas pertencentes ao grupo da família Constantino, caracterizando mesmo grupo econômico, em clara afronta ao item 16.1.2-“g” do Edital; e
- g) conflito de interesse na atuação do Sr. Sacha Reck, ao participar da elaboração do projeto básico e do Edital, dos procedimentos de execução da licitação e como advogado de empresas licitantes, em clara transgressão ao artigo 9º da Lei n.º 8666/93.

6. Nos tópicos seguintes abordaremos cada uma das possíveis irregularidades propugnadas pelo MPJTCDF.

I.2 Da Taxa Interna de Retorno – TIR superestimada:

- a) utilização de TIR superestimada, em especial, na utilização de financiamento incentivado para investimentos, caso em que a TIR pode chegar a 40%; (Parágrafo 5º anterior).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

I.2.1 Introdução

7. O MPjTCDF alegou que, diante da utilização de financiamento subsidiado pelas licitantes vencedoras, a TIR, proposta no edital no valor de 12% ao ano, poderia chegar a 40% ao ano (fls. 4931/4932 e 5588 do Processo nº 12086/11).

8. Essa conclusão foi alcançada com a soma do fluxo de caixa do financiamento base FINAME-BNDES PSI (4% ao ano) com o fluxo de caixa original proposto no edital (fls. 4932 do Processo nº 12086/11).

9. Ademais, segundo o parquet, a TIR proposta no edital de 12% ao ano estava 35% acima da TIR máxima permitida no edital da Concorrência nº 5/09, do município de Curitiba, estabelecida no patamar de 8,95% (fls. 4929, 5583 e 5588 do Processo nº 12086/11).

I.2.2 Nossa Análise

I.2.2.1 Natureza técnica da TIR e VPL

I.2.2.1.1 Da TIR

10. A Taxa Interna de Retorno – TIR consiste na remuneração do projeto. Feito um investimento e estimando os retornos futuros respectivos, calcula-se a taxa de rentabilidade do empreendimento, geralmente medido ao ano, conforme fórmula a seguir:

$$0 = -I_0 + \sum_{j=1}^n \frac{FN_j}{(1+TIR)^j}$$



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

11. Com outras palavras, a TIR é a taxa que iguala o investimento inicial ao somatório dos retornos futuros.

12. Num exemplo simples, se tivéssemos um capital investido de 200 e três retornos anuais de 100, a TIR seria de 23,37% ao ano, calculada da forma a seguir¹:

$$-200 = \frac{100}{1 + \text{TIR}} + \frac{100}{(1 + \text{TIR})^2} + \frac{100}{(1 + \text{TIR})^3}$$

13. O cálculo manual é impraticável a partir de um fluxo de caixa com mais do que dois pagamentos ou recebimentos futuros: calculadoras financeiras e planilhas eletrônicas chegam ao valor da TIR por aproximação.

14. No caso da Concorrência nº 1/11-ST, o anexo II.11 apresentou os parâmetros econômico-financeiros de cada lote a ser seguido pelos concorrentes. O fluxo de caixa do lote 1, por exemplo, gerou, como para os demais lotes, uma TIR de 12%, conforme tabela e resultado da equação reproduzidos a seguir:

TABELA 1 – FLUXO DE CAIXA DO LOTE 1

EM MILHOES DE R\$

FC	-150,9	32	32	32	32	20,8	23,1	-52,6	31,6	31,6	93,1
----	--------	----	----	----	----	------	------	-------	------	------	------

FONTE: anexo II.11 do edital da Concorrência nº 1/11-ST (e-doc 9ADCF1EO)

$$-150,9 = \frac{32}{1 + \text{TIR}} + \frac{32}{(1 + \text{TIR})^2} + \frac{32}{(1 + \text{TIR})^3} + \frac{32}{(1 + \text{TIR})^4} + \frac{20,8}{(1 + \text{TIR})^5} +$$

¹ Exemplo extraído, com adaptações, da obra ROSS, Stephen A., WESTERFIELD, Randolph W. & JAFFE, Jeffrey F. *ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 132.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

$$\frac{23,1}{(1 + TIR)^6} - \frac{52,6}{(1 + TIR)^7} + \frac{31,6}{(1 + TIR)^8} + \frac{31,6}{(1 + TIR)^9} + \frac{93,1}{(1 + TIR)^{10}}$$

15. Temos assim, 10 (dez) retornos anuais que, igualados ao investimento inicial de 150 milhões, resultaria na TIR de 12% ao ano, a indicar que essa seria a rentabilidade anual que a concessionária vencedora do lote 1 teria. Esse resultado é confirmado pelo uso da planilha eletrônica do software Excel (arquivo Planilha.2, associado a estes autos²), haja vista que, como dito no parágrafo 13 anterior, o cálculo manual da equação acima seria impraticável.

16. Foi desta forma, portanto, que o anexo II.11 do edital da Concorrência nº 1/11 – ST apresentou a TIR de 12% ao ano como remuneração básica do concessionário de todos os lotes da licitação.

I.2.2.1.2 Do Valor Presente Líquido - VPL

17. O Valor Presente Líquido - VPL é uma técnica de avaliação econômico-financeira de um projeto de investimento na qual preexiste uma taxa de desconto aceita pelo investidor. Essa taxa, que representa o custo de oportunidade do capital a ser investido, ou seja, o retorno mínimo exigido pelo investidor, é utilizada para trazer a valor presente os retornos futuros do investimento, os quais são somados ao investimento inicial, que se apresenta com sinal negativo. Se o resultado for positivo ou nulo, o investimento vale a pena. Se negativo, o investidor não aplicará recursos no projeto.

18. O resultado do VPL, portanto, consiste de um valor monetário, encontrado por intermédio da fórmula transcrita a seguir:

² Por se tratar planilha do Excel, não pode ser criado e-doc para esse arquivo, pois o sistema do TCDF só os gera em formato PDF.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

$$VPL = - \textit{Investimento Inicial} + \frac{FC_1}{(1+i)^1} + \frac{FC_2}{(1+i)^2} + \dots + \frac{FC_n}{(1+i)^n}$$

19. Diferentemente da TIR, cujo cálculo procura encontrar a Taxa de Retorno do investimento, o VPL já fornece uma taxa pela qual o empreendedor concorda em se remunerar.

20. Para o cálculo do VPL expresso no anexo II.11 da Concorrência nº 1/11 – ST, adotou-se a taxa de 8% ao ano. Com os dados da Tabela 1 anterior, apresentamos a formulação do resultado a ser encontrado para o lote 1:

$$\begin{aligned} VPL = & -150,9 + \frac{32}{1 + 0,08} + \frac{32}{(1 + 0,08)^2} + \frac{32}{(1 + 0,08)^3} + \frac{32}{(1 + 0,08)^4} + \frac{20,8}{(1 + 0,08)^5} + \\ & \frac{23,1}{(1 + 0,08)^6} - \frac{52,6}{(1 + 0,08)^7} + \frac{31,6}{(1 + 0,08)^8} + \frac{31,6}{(1 + 0,08)^9} + \frac{93,1}{(1 + 0,08)^{10}} \end{aligned}$$

21. Embora, nesse caso, o cálculo manual seja factível, calculadoras financeiras e planilhas eletrônicas encontram o resultado da fórmula transcrita de maneira prática e rápida³.

22. Seguindo as premissas técnicas do conceito de VPL e o dito no anexo II.11 do edital, a taxa de 8% ao ano seria a que remuneraria adequadamente os futuros concessionários da Concorrência nº 1/11 – ST.

23. A TIR, por sua vez, tem como requisito técnico um VPL nulo, pois se procura extrair o rendimento intrínseco do projeto, qual a remuneração

³ Veremos, ainda neste texto, que o software Excel, ao usar a função VPL, não chega ao resultado direto do Valor Presente Líquido.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

percentual que o empreendimento proporciona.

24. Como consequência, a TIR é comparada à taxa de desconto do VPL, de modo que o investimento só valerá a pena se aquela for superior a essa.

25. É como se apresentam os parâmetros econômicos financeiros do anexo II.11 ao edital, no qual todos os fluxos de caixa apresentavam uma TIR de 12% e VPLs calculados a partir de uma taxa de desconto de 8%, ou seja, $TAXA_{VPL} < TAXA_{TIR}$ como requisitos para tornar o investimento viável.

26. Esses parâmetros financeiros expostos no anexo II.11 do edital traziam a seguinte consequência de ordem técnica:

- O empreendedor aceitaria ser remunerado a 8% ao ano e como a TIR era de 12%, haveria um ganho extra de 27 milhões de reais ao longo da concessão, por exemplo, no Lote 1, que corresponde ao VPL (e-doc 9ADCF1EO).

1.2.2.2 – Da utilização da TIR e VPL em contratos de concessão em geral

27. O Tribunal de Contas da União – TCU tem jurisprudência consolidada, a partir de estudos daquele órgão, que garantem a utilização da TIR em licitações para concessão, mas calculada e fornecida pelo Poder Concedente, a partir do Custo Médio Ponderado de Capital ou WACC (Weighted Average Cost of Capital⁴).

28. Com outras palavras, na avaliação pelo Controle Externo do empreendimento objeto da concessão, a taxa de desconto a ser utilizada, ou

⁴ COPELAND, Tom; KOLLER, Tim & MURRIN, Jack. *AValiação DE EMPRESAS. VALUATION. Calculando e gerenciado o valor das empresas*. 3ª ed. São Paulo: Makron Books, 2002. p. 139.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

TIR, deve ser idêntica à obtida pelo método do WACC, o qual consiste numa média ponderada do custo de capital próprio (acionistas) e capital de terceiros (credores) de uma empresa ou setor da economia.

29. A doutrina acerca das concessões manifesta-se de idêntica forma:

A metodologia corrente para calcular o custo de capital é o chamado Custo Médio Ponderado de Capital, na linguagem inglesa correspondente ao Weighted Average Cost Of Capital (WACC). Por meio dessa metodologia, pode-se definir uma taxa interna de retorno (TIR) base para os estudos de concessões. Tal método procura proporcionar aos investidores um retorno igual ao que seria obtido em outros investimentos, com características de risco comparáveis. Assim, a TIR do projeto corresponderá ao resultado do WACC⁵.

30. O WACC representa mecanismo racional para determinar a atratividade econômica de qualquer proposta que exija a utilização de recursos financeiros da empresa. Significa a compatibilidade desse empreendimento com os mecanismos de financiamento da organização (capital de terceiros) e com o retorno esperado dos acionistas (capital próprio).⁶ Expressa, portanto, a rentabilidade necessária a atrair um investidor para determinado projeto de investimento.

31. Sua fórmula básica é reproduzida a seguir:

$$WACC = \left(\frac{S}{S + B} \right) \times r_s + \left(\frac{B}{S + B} \right) \times r_B \times (1 - T_C)$$

S = Capital Próprio

B = Capital de Terceiros

r_s = custo de capital próprio

⁵ VITAL, André Luiz Francisco da Silva. *O EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A ATUAÇÃO DO TCU*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011.

⁶ GAICHI, Daniel Hermdorff Vellozo & BORDEAUX-REGO, Ricardo. *CÁLCULO DO CUSTO DO CAPITAL PRÓPRIO NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA DO LAUDO DE AVALIAÇÃO DA VALE FERTILIZANTES*. Disponível em http://www.producao.uff.br/conteudo/rpep/volume132013/RelPesq_V13_2013_03.pdf. Acesso em 11 de dez 2013. p. 38.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

r_B = custo de capital de terceiros

T_c = alíquota do imposto de renda

32. Encontrado o WACC na fórmula citada, o TCU o utiliza, no Fluxo de Caixa do Projeto, como taxa de desconto para estabelecer a tarifa máxima aceitável nas licitações, cujo julgamento é pela menor tarifa ($VPL = 0$), ou o valor mínimo da outorga ($VPL > 0$), quando se licitar pela maior outorga.

33. A eliminação de ganhos do concessionário superiores ao WACC atende ao princípio da modicidade tarifária, que permeia toda concessão de serviço público, conforme expresso nos arts. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 11, 23, inciso IV e 29, inciso V, da Lei nº 8987/95:

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.

(...)

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

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

(...)

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

(...)

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

34. Tal conduta recebeu referendo do Poder Judiciário:

344. V. o teor da decisão proferida na SLS 735: “Se a ANEEL, como órgão incumbido de regulamentar e fiscalizar o setor de energia elétrica, realizou a revisão prevista em contrato (fls. 633), alterando a receita anual permitida, a fim de promover a eficiência e a modicidade tarifária, com base em dados técnicos – custos e investimento praticados por concessionárias similares, no contexto nacional e internacional -, não há por que arredá-la de pronto, sem maiores indagações. Por outro lado, verificado excesso de arrecadação, a revisão tarifária com redução de receita busca, na verdade, o equilíbrio do contrato” (STJ, Min. Barros Monteiro, DJ 12.11.2007). em sentido semelhante há decisões do TRF-2ª Região (AI 200402010132327-RJ, Des. Federal Guilherme Calmon, DJ 21.22007) e do TRF-5ª Região (AI 200505000160088-PE, Des. Federal Marcelo Navarro, DJ 9.2.2007)⁷. (Grifo nosso).

35. A jurisprudência do órgão de Controle Externo Federal de longa data já consagrou a metodologia do WACC. Veja-se trecho do Acórdão TCU nº 1757/03, no qual se analisou revisão tarifária da Agência Nacional de Energia Elétrica em relação às suas concessionárias (e-doc 7625ADA6):

⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *DIREITO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO*. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 262.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

54. Os fluxos de caixa são descontados a uma taxa igual ao custo do capital da concessionária. Desta forma, assegura-se que a concessionária obtenha uma rentabilidade sobre seu ativos e investimentos equivalente ao custo de oportunidade de seu capital. O custo de capital utilizado foi o WACC ('Weighted Average Cost of Capital'), nos termos do Anexo II da Nota Técnica ANEEL n° 40 (fls. 01 a 34, Volume 5).

(...)

65. O Fator X a ser determinado é aquele para o qual a taxa de desconto 'r', que equilibra a equação anterior, é igual ao WACC. Dessa forma, assegura-se que a receita da Parcela B no período tarifário considerado seja suficiente para cobrir os custos operacionais e permitir um retorno igual ao WACC de 11,26% sobre os ativos iniciais e investimentos realizados no período.

(...)

66. Em outras palavras, o Fator X equaliza a receita da concessionária, subtraindo-a, de modo que o retorno adicional aos 11,26% auferido, oriundo exclusivamente de crescimento da demanda, seja repassado integralmente ao consumidor.

(...)

67. O método adotado para a determinação da taxa de retorno requerida para as empresas que sofrerão revisão periódica, nos exatos termos do Anexo II, da Nota Técnica ANEEL n° 40/2003 (fls. 01 a 34, Volume 5), é o tradicional CAPM ('Capital Asset Pricing Model'), combinado com o WACC ('Weighted Average Cost of Capital'). A referida metodologia é a mesma utilizada nos estudos de privatização submetidos à apreciação deste Tribunal. (grifo nosso).

36. Essa decisão consolidou a interpretação de que o retorno do concessionário deve ser calculado a partir do WACC e, principalmente, evidencia que o excesso em relação a essa taxa deve ser canalizado para a modicidade tarifária (vide parágrafo 66 da citação anterior).

37. E esta tem sido a tônica da atuação do Controle Externo Federal, cujos julgados mais recentes estabelecem a apreciação do WACC, calculado pelos órgãos e entidades sob sua jurisdição, em processos licitatórios de concessões e permissões, como se pode observar na tabela abaixo:


TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

 SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
 3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Tabela 2

Acórdão	Órgão/Entidade	Transcrição de parte do acórdão
1281/15	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bio combustíveis – ANP: concessão da atividade de transporte dutoviário de gás natural	<i>Tomando-se os resultados adotados pela ANP para o custo de capital próprio e de terceiros; a estrutura de capital adotada 50%/50%; e considerando o benefício fiscal para o abatimento da dívida, cuja taxa foi considerada em 34% (imposto sobre a renda), a Agência com base no método do custo médio ponderado de capital, ou Weighted Average Cost of Capital (WACC), determinou o valor desse custo em termos reais em 7,15%.9.4. Recomendar à ANP, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, e no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que, nos próximos leilões para outorga de infraestrutura de transporte de gás natural, para o cálculo do custo de capital próprio, conforme metodologia do Capital Asset Pricing Model (CAPM): (i) avalie adotar o Beta efetivamente correspondente ao mercado que serve de base para o cálculo dos demais parâmetros; e (ii) considere empregar a mesma base de dados para o cálculo das taxas livre de risco presentes na expressão do CAPM, tanto isoladamente, como na composição do prêmio de risco de mercado. (e-doc E5F2D031)</i>
1356/15	Ministério das Comunicações: permissão para a execução de serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada (FM), pelo prazo de dez anos, no município de Anápolis (GO)	<i>16. Em relação ao estudo apresentado pelo Ministério das Comunicações, a unidade técnica salientou que: (...) m) utilizou-se o método do fluxo de caixa descontado, para o período de dez anos, no qual o valor mínimo corresponderia ao somatório dos valores presentes líquidos dos fluxos de caixas livres projetados, descontados a uma taxa de custo de capital médio ponderado. (e-doc E545CDF0)</i>
1105/15	Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel: outorga de direito de exploração de satélite brasileiro para o transporte de sinais de telecomunicações e uso de radiofrequências associadas	<i>5. Anuo ao exame da unidade técnica, o qual incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo das considerações que passo a tecer. 6. A viabilidade do objeto licitado é avaliada pelo consagrado método do Fluxo de Caixa Descontado (FCD), onde são calculados dados de taxa de desconto (custo médio ponderado de capital), receitas, despesas e investimentos associados à outorga. O resultado dessa metodologia estabelece o preço mínimo associado a cada um dos quatro direitos de exploração, a partir dos quais os licitantes darão seus lances no leilão. (e-doc 5821A48B)</i>
3640/13	Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL: a concessão da prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica, precedida de obra pública	<i>9.1. recomendar à Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel que: (...) 9.1.3. reveja a metodologia utilizada para o cálculo da estrutura de capital do Leilão 11/2013, de forma a refletir níveis ótimos de alavancagem de empresas eficientes, conforme as premissas utilizadas na Nota Técnica 395/2009-SRE/ANEEL, bem como uma análise sobre a factibilidade de eventual financiamento parcial pelo BNDES de parte dos equipamentos importados, quando do cálculo da taxa de retorno (WACC) definitiva do empreendimento; 9.2. determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel que: 9.2.1. abstenha-se de publicar o edital do Leilão 11/2013 antes de transcorrido o prazo de 5(cinco) dias úteis após o comprovado envio ao Tribunal do cálculo da taxa de retorno (WACC) definitiva do empreendimento a este Tribunal; (e-doc 8457A098)</i>



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

2151/14	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT: outorga de serviços postais, mediante a contratação de instalação e operação de Agências de Correios Franqueadas (AGF)	<i>9.1. determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), com fulcro no art. 43, I, da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 250, II, do Regimento Interno do TCU, que: (...)9.2.2. utilize a metodologia do fluxo de caixa descontado, com estimativa de receitas, despesas, investimentos e taxa de retorno, estimativa essa a ser obtida por meio <u>do emprego do método do custo médio ponderado de capital</u>, de modo que a taxa inicial de franquia reflita o valor presente líquido obtido para cada agência a ser licitada; (e-doc E0CCACAD)</i>
---------	--	--

38. Esta Corte, inclusive, já atuou desta forma, ao apreciar o WACC nos estudos da PPP da saúde (Processo nº 21.250/12), conforme informação nº 185/2013 e Decisão Liminar nº 58/2013 (referendada pela Decisão TCDF nº 2/2014), trecho transcrito a seguir:

II. com base no art. 113, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, c/c art. 198 do Regimento Interno do TCDF, determinar à Secretaria de Estado de Saúde e à Secretaria de Estado de Governo que:

a) suspendam o Edital de Concorrência n.º 01/2013 - SES, tendo em vista o descumprimento de dispositivos da Lei n.º 3.792/06 e da Lei n.º 8.666/93, descritos na Informação n.º 185/2013 – Secretaria de Acompanhamento, até ulterior deliberação desta Corte;

b) promovam a adequação no edital ou justifiquem as seguintes impropriedades observadas no edital da Concorrência n.º 01/2013 - SES:
(...)

b.8) Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) apresentado pelo consórcio acima do calculado pela Comissão Técnica Permanente do TCDF, segundo as premissas técnicas apontadas na Informação n.º 185/2013 – Secretaria de Acompanhamento;

39. Tecnicamente, podemos encontrar o uso do WACC discriminado no documento Roteiro para Análise de Fluxo de Caixa para Outorga de Concessões, do TCU (e-doc. 7F100832), cujo trecho reproduzimos:

- O fluxo de caixa operacional apresenta as rubricas previstas na data-base do projeto (investimentos, custos operacionais, receitas, tributos, entre outras) e indica a Taxa Interna de Retorno (TIR) do mesmo, observadas as condições estabelecidas e o prazo previsto para o empreendimento.
- A TIR representa a rentabilidade média anual do projeto e é calculada a partir do saldo líquido do fluxo de caixa operacional. Esse indicador



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

deve ser equivalente à taxa de desconto calculada segundo o método do Custo Médio Ponderado de Capitais (WACC).

(...)

- Quando a TIR é adotada como proxy da taxa de desconto, o Valor Presente Líquido (VPL) do fluxo de caixa é igual a zero. (grifo nosso).

40. O TCU deixa explícito que a TIR deve ser fornecida pelo Poder Concedente, via WACC, e mantida ao longo da concessão, como retrata outro trecho do manual daquele órgão (e-doc 7F100832):

- No caso das concessões tradicionais, a tarifa resultante do fluxo de caixa deve estar associada à planilha de receitas. Nesse caso, a tarifa calculada deve manter inalterada a TIR ou outro indicador de equilíbrio econômico-financeiro estabelecido pelo poder concedente. (grifo nosso).

41. Como visto, ao usar a TIR como instrumento de modicidade tarifária, deve-se obter um VPL nulo em prol da menor tarifa. Ou seja, haveria incompatibilidade entre o preceito da modicidade tarifária e qualquer ganho extra da concessionária ($VPL > 0$).

42. Nesse contexto, não se pode olvidar que a TIR, igual ao WACC, já garante a rentabilidade necessária para o setor no qual estão inseridos os futuros concessionários.

43. Conclui-se que é o Poder Concedente quem deve estabelecer a rentabilidade do concessionário, calculada com base no WACC, correspondente à taxa de desconto a ser aplicada no fluxo de caixa do empreendimento, de modo a se estabelecer a tarifa máxima ($VPL = 0$), ou valor da outorga mínima ($VPL > 0$), em licitações de concessões comuns.

44. Estudos recentes da empresa EY (Ernst & Young), contratada pela Prefeitura de São Paulo como verificador independente do sistema de transporte urbano daquele município, divulgados em dezembro de 2014, estimaram as TIRs de contratos desta natureza variando entre 8% e 12% nas capitais brasileiras:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

A taxa interna de retorno (TIR) de projeto, que desconsidera alavancagem financeira, foi verificada em cerca de 14% por ano para as empresas concessionárias. O resultado é compatível com os termos dos editais originais e está alinhado com a prática de mercado e cenário econômico da época. Hoje, porém, as TIRs de projeto variam de 8% a 12%, em contratos recentes de transporte coletivo municipal de outras capitais.⁸

45. A época a que o texto anterior se referiu era o ano de 2003, quando realizada a última grande licitação de concessão de ônibus naquela capital.

46. Na tabela a seguir, apresentamos algumas concorrência atuais de transportes coletivo urbano, no qual se confirma a tese expressa no § 43 desta instrução, bem como os valores apresentados no estudo contratado pela Prefeitura de São Paulo:

Tabela 3

Licitação	Órgão/Entidade	Transcrição de parte do edital
Concorrência nº 131/08	Prefeitura de Belo Horizonte - MG	8.5.10. A PROPOSTA COMERCIAL declarará expressamente o fluxo de caixa projetado, a TIR e o ônus de outorga propostos pelo CONCORRENTE. 8.5.11. A TIR não poderá ser superior a 8,95% (oito inteiros e noventa e cinco centésimos por cento) ao ano, não-alavanca (sem consideração de juros e financiamentos).⁹
Concorrência nº 3/14	Prefeitura de Porto Alegre - RS	2.3.1 A TARIFA TETO de cada LOTE foi calculada de acordo com a metodologia de fluxo de caixa, considerando uma Taxa de Desconto de 8,00% a.a. (oito por cento ao ano), calculada pelo método do

⁸ PREFEITURA.SÃO PAULO. VERIFICADOR INDEPENDENTE. ERNST & YOUNG. Disponível em <http://capital.sp.gov.br/portal/noticia/5157>. Acesso em 10 de jul 2015.

⁹ CONCORRÊNCIA Nº 131/08. BELO HORIZONTE. Disponível em http://www.bhtrans.pbh.gov.br/portal/page/portal/portalpublicodl/Temas/Onibus/gestao-transporte-onibus-2013/EDITAL_FINAL_080326.pdf. Acesso em 21 de mai 2015.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

		<i>Custo Médio Ponderado de Capital – CMPC (...)</i> 2.4.2 Para elaboração da TARIFA TÉCNICA, a LICITANTE deverá preencher planilha de demonstrativo de resultados e de fluxo de caixa, para todo o período da CONCESSÃO, de acordo com as instruções estabelecidas no ANEXO VI B e das planilhas a serem preenchidas no ANEXO VI C, observando uma Taxa de Desconto correspondente a 8,00% (oito por cento) ao ano. 2.4.3 Para elaboração da TARIFA TÉCNICA, a LICITANTE deverá observar uma TAXA INTERNA DE RETORNO (TIR) MÁXIMA de 8,00% (oito por cento) ao ano. (e-doc 9F5590BD)
Concorrência nº 5/09	URBS - Urbanização de Curitiba S.A.	8.2 A exequibilidade do custo/km médio final proposto deverá ser demonstrada por meio da apresentação do devido fluxo de caixa (ANEXO XII) compreendendo todo o período da outorga (15 anos), nele considerados além de todos os insumos que compõem a planilha, os valores devidos em razão da outorga (item 2.3) e uma Taxa Interna de Retorno – TIR máxima de até 8,95% (oito inteiros e noventa e cinco centésimos por cento) ao ano, não-alavancada (sem considerar juros e financiamentos). (e-doc B87CFC52)
Licitação 2/14	Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros operado por ônibus do tipo urbano que atendem a região do Distrito Federal e dos municípios de seu entorno.	Dessa forma, obtém-se o Custo Médio Ponderado de Capital Real de 8,44% (oito vírgula quarenta e quatro pontos percentuais), valor este utilizado como a taxa de retorno para fins da adequada remuneração pela prestação dos Serviços de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros para os lotes definidos no Modelo Funcional. (e-doc 9CB40897)

1.2.2.3 Utilização da TIR e do VPL na Concorrência nº 1/11 - ST

47. O edital da Concorrência nº 1/11 – ST previu a seleção pela menor tarifa técnica, a qual comporia a proposta financeira das licitantes, juntamente com o Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira, o qual teria função de proporcionar uma avaliação da exequibilidade da oferta das proponentes, segundo orientação do Anexo IV ao edital, conforme transcrição a seguir (e-doc CBA95EB2):



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

23.1 - A **PROPOSTA FINANCEIRA** deve ser elaborada de acordo com a orientação-padrão do Anexo IV e apresentada no Envelope nº 2, conforme previsto neste **EDITAL**.

23.1.1 – A **LICITANTE** deverá apresentar a declaração da proposta de valor de **TARIFA TÉCNICA** para o respectivo lote onde concorra, firmada por seu representante legal, conforme modelo do Anexo IV.1, acompanhada do Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira, de acordo com as orientações dos Anexos IV.2 e IV.4 deste **EDITAL** e contendo as informações mínimas dos modelos de planilhas do Anexo IV.3.

(...)

23.2 - Serão desclassificadas as PROPOSTAS FINANCEIRAS que não atenderem às exigências do Anexo IV, que não observarem o valor máximo do respectivo Lote, ou cujo estudo de viabilidade econômico-financeira seja manifestamente inexecutável, financeiramente incompatível, ou que possua informações incompatíveis com os dados fornecidos no presente EDITAL e seus anexos.

48. Conforme item 23.2 retro, o edital foi sucinto quanto ao julgamento do estudo de viabilidade econômica financeira, não estabelecendo critérios específicos para opinar acerca do que seria inexecutável ou financeiramente incompatível, o que estaria em desacordo com a exigência do inciso IX, art. 18, da Lei nº 8.987/95.

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

49. O Anexo IV.2 continha as orientações para elaboração do estudo previsto no item 23.1.1 do edital.

50. Entre outras coisas, esse anexo discriminou um conjunto de planilhas a ser apresentado, entre eles, o fluxo de caixa. Enfatizou, ao final, que os resultados esperados da avaliação do fluxo de caixa seriam (e-doc



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

21071E1E):

- Valor Presente Líquido – VPL;
- Valor da Taxa Interna de Retorno – TIR, em % ao ano;
- Valor da taxa de Desconto Considerada, em % ao ano;
- Pay Back nominal.

51. Por fim, enunciou que a proposta financeira deveria seguir o estabelecido nos Anexos II.2, II.4 e IV.4 do edital (e-doc 21071E1E).

Todos os valores apresentados nas planilhas pelo licitante deverão ser coerentes com o especificado nos Anexos II.2, II.4 e IV.4 do Edital.

52. Não houve, portanto, a indicação de uma taxa interna de retorno (TIR) a ser utilizado nas propostas financeiras e, em consequência, não foi apresentado um cálculo do WACC concernente ao objeto da concessão.

53. Ainda, permitiu-se apresentação de VPLs positivos e TIRs simultaneamente, o que contraria a metodologia do WACC em concessões licitadas por menor tarifa, conforme visto no § 43 anterior (VPL = 0).

54. Esse equívoco já adivinha dos parâmetros econômicos financeiros do Anexo II.11 ao edital (e-doc 9ADCF1E0), no qual todos os fluxos de caixa apresentaram uma TIR de 12% e VPLs calculados a partir de uma taxa de desconto de 8%, ou seja, $TAXA_{VPL} < TAXA_{TIR}$ como requisitos para tornar o investimento viável.

55. Assim, todos os licitantes vencedores seriam remunerados a 8% ao ano e, como a TIR era de 12%, haveria ganhos extras para todos os vencedores (VPL > 0).

56. O Tribunal até chegou a discutir a TIR de 12% ao ano,



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

considerada adequada na ocasião, mas sem apreciá-la sob o ponto de vista do WACC (Decisão nº 6236/2012 no Processo nº 21454/12).

57. Na realidade, do ponto de vista do conceito de VPL, a taxa a ser considerada adequada para os concessionários (a TIR máxima da concessão), segundo o anexo II.11 do edital, seria a de 8%, pois representaria quanto o empreendedor aceitaria ser remunerado.

58. No entanto, o edital já permitia a convivência de TIR e VPL nas propostas dos licitantes, numa incongruência técnica explícita em relação ao que se praticava em licitações correlatas, bem como em desrespeito à legislação que tratava da matéria.

59. A despeito disso, como relatado nos §§ 52 a 53 desta instrução, o edital não vinculou a proposta financeira dos licitantes a esses parâmetros expressos no anexo II.11, muito menos a um valor limite de TIR = WACC.

60. Sem a fixação de valores limítrofes, ficou aberta a possibilidade dos estudos de viabilidade econômico financeira das licitantes conterem uma variedade enorme de manipulações.

61. As propostas das vencedoras, por exemplo, apresentaram TIRs diversas, a maioria acima de 12% ao ano. Da mesma forma as taxas de desconto, que variaram de 6,5% a 12%, o que resultou em VPLs de 3 a 83 milhões de reais, conforme tabela a seguir:

TABELA 4 – PARÂMETROS FINANCEIROS DAS LICITANTES VENCEDORAS

EMPRESAS VENCEDORAS	TX. DE DECONTO	VPL	TIR
LOTE 1 (Piracicabana)	6%	R\$ 83.508.161,35	18,18%
LOTE 2 (Pioneira)	12%	R\$ 23.004.738,16	15,30%



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

EMPRESAS VENCEDORAS	TX. DE DECONTO	VPL	TIR
LOTE 3 (Urbi)	6,5%	R\$ 3.926.423,43	6,95%
LOTE 4 (Marechal)	7,5%	R\$ 51.833.124,00	14,96%
LOTE 5 (São José)	8%	R\$ 68.821.809,2	15,96%

FONTE: e-docs 09F05906 (fls. 33297 a 33312), C37D8F8C (fls. 27431), 39A87EA1 (fls. 32845/32846), D0F4E939 (fls. 33110 e 33112) e 0977F5DE (fls. 28289 e 28291).

62. Esses resultados demonstram várias inconsistências técnicas:

- Em relação a taxa de desconto, como conceber que, em empresas do mesmo ramo, umas exijam serem remuneradas a 6% ao ano e outras a 12% ao ano?
- Como os projetos, todos estimados com TIRs de 12% ao ano (Anexo II.11), tiveram propostas com TIRs de 6,95% a 18,18%?

63. A grande variabilidade desses parâmetros, por si só, mereceria a ponderação da comissão de licitação no julgamento das propostas financeiras, mas nada foi comentado a respeito (e-docs 09F05906, C37D8F8C, 39A87EA1, D0F4E939 e 0977F5DE).

64. Porém, o mais grave residiu na cláusula de revisão tarifária da minuta do contrato, que previa a manutenção da TIR e VPL apresentadas pelas licitantes vencedoras:

CLÁUSULA XVII

Da Revisão da TARIFA

1. A TARIFA TÉCNICA será revisada, a qualquer momento, para restabelecer a equação originária entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e as receitas da concessão, formada pelas regras do presente CONTRATO e do Edital de Licitação, bem como pelas planilhas apresentadas na PROPOSTA FINANCEIRA vencedora da



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

licitação, sempre que ocorrerem quaisquer situações que afetem o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

4. Nos processos de revisão tarifária, a aferição da TARIFA TÉCNICA, para reequilíbrio do CONTRATO será realizada por meio das planilhas apresentadas na PROPOSTA FINANCEIRA vencedora da licitação, assegurando-se a proteção, ao longo do CONTRATO, dos elementos de mérito TIR (Taxa Interna de Retorno) e Valor Presente Líquido (VPL) indicados na planilha de fluxo de caixa apresentada pela CONCESSIONÁRIA na referida proposta, ressalvado o disposto nos itens 7 e 9 da cláusula sexta do presente instrumento.

65. A reunião dessas duas condições – liberdade dos parâmetros financeiros e cláusula XVII do contrato – proporcionou aos licitantes a condição ideal para garantir seus ganhos: aumentar a TIR e diminuir a taxa de desconto, proporcionando um maior VPL. Da tabela 4, vê-se que apenas a empresa URBI não usou deste artifício.

1.2.2.4 Fragilidade técnica dos parâmetros econômico-financeiros da licitação

66. A elaboração do edital e do projeto básico da Concorrência nº 1/11 – ST, bem como a análise das propostas financeiras das licitantes, foi realizada pela empresa LOGIT/LOGITRANS.

67. Independentemente das acusações de conflito de interesses envolvendo sua atuação, haja vista que seu proprietário é pai do Sr. Sacha Reck, do escritório de advocacia que assessorou a comissão de licitação (Parecer 1108/12 – MF), veremos nos tópicos seguintes que a atuação técnica desta empresa pode ser questionada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

I.2.2.4.1 Valor Presente Líquido – VPL com erro

68. No anexo II.11 do edital e nas propostas financeiras das licitantes vencedoras, o VPL estava calculado de maneira equivocada, ou seja, apresentaram valores incorretos. Isso derivou do uso indevido da função VPL do software Excel, na medida em que utilizaram todo o fluxo de caixa, incluindo o ano 0 (zero), no seu cálculo.

69. Ocorre que a função VPL do Excel não fornece o Valor Presente Líquido direto. Essa função calcula o valor presente dos retornos futuros a partir do ano 1, de modo que seu resultado deve ser somado ao investimento inicial (ano 0), para se chegar ao valor exato do VPL, como explicita a literatura técnica a respeito (e-doc BC113F5C):

a) no lado direito da barra de fórmulas e na célula C14 da planilha aparece a fórmula do Valor Presente Líquido, que tem a seguinte expressão:

$$= C3 + VPL(B14;C4:C10)$$

b) no canto direito inferior da janela auxiliar da função **VPL** aparece o valor de 9524,857013, que será produzido pela fórmula da função **VPL**;

c) o valor do investimento inicial não é incluído nos parâmetros da função **VPL**, e por isso temos de somar o conteúdo da célula C3 (-10.000,00) na fórmula da célula C14 para obter o Valor Presente Líquido.

Com todos os parâmetros informados, devemos mandar executar a fórmula da célula C14 e obteremos (-) 475,15 para o Valor Presente Líquido do fluxo de caixa, que corresponde ao valor de 9.524,86 calculado pela função **VPL** menos o valor de 10.000,00 para o investimento inicial colocado na célula C3. [PUCCINI, Abelardo de Lima. MATEMÁTICA FINANCEIRA. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 394-395].¹⁰

¹⁰ Ver, ainda, e-docs 720A49A6 e 9BF3282C, que representam textos técnicos com fundamentos para o cálculo correto do VPL no EXCEL.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

70. Nos parâmetros econômico-financeiros, que constituíam o anexo II.11 do edital da Concorrência nº 1/11 - ST, constatamos que o cálculo do VPL de todos os lotes continham o equívoco de usar a função VPL do Excel com todo o fluxo de caixa, incluindo o investimento inicial (ano 0).

TABELA 5: VPLs POR LOTE (ANEXO II.11 DO EDITAL) **EM MILHOES DE R\$**

LOTES	VPL conc. 1/11	VPL correto
Lote 1	27,0	29,0
Lote 2	44,1	48,0
Lote 3	33,6	36,0
Lote 4	29,8	32,0
Lote 5	37,5	40,0

FONTE: Parâmetros Econômico-Financeiros (anexo II.11 do edital da concorrência nº 1/11, e-doc 9ADCF1E0) e arquivo Planilha (associado a estes autos¹¹);

71. A falha repetiu-se nas propostas das licitantes vencedoras de cada lote, à exceção da empresa São José, vencedora do Lote 5, como demonstra a tabela a seguir:

TABELA 6: VPLs DAS LICITANTES VENCEDORAS **EM MILHOES DE R\$**

Licitantes	VPL da licitante	VPL correto
Lote 1 (Piracicabana)	83,5	88,5
Lote 2 (Pioneira)	23,0	25,8

¹¹Por se tratar planilha do Excel, não pode ser criado e-doc para esse arquivo, pois o sistema do TCDF só os gera em formato PDF.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Lote 3 (Urbi)	3,9	4,2
Lote 4 (Marechal)	51,8	55,7
Lote 5 (São José)	68,8	68,8

FONTE: Parâmetros Econômico-Financeiros (anexo II.11 do edital da concorrência nº 1/11, e-doc 9ADCF1EO) e arquivo Planilha (associado a estes autos¹²);

72. Embora a diferença não seja significativa, esse fato demonstra a fragilidade técnica da consultoria que forneceu dados e instrumentalizou a licitação da Secretaria de Transportes à época.

I.2.2.4.2 Da exigência de Payback Nominal

73. O Anexo IV.2 do edital enfatizou que um dos elementos que seriam objeto de avaliação do fluxo de caixa dos licitantes seria o Pay Back Nominal (e-doc 21071E1E).

74. Assim as licitantes vencedoras apresentaram os seguintes resultados:

Tabela 7

LICITANTES	Pay Back Nominal	Pay Back Descontado
Lote 1 (Piracicabana)	4 anos	10 anos
Lote 2 (Pioneira)	5 anos	10 anos

¹²Por se tratar planilha do Excel, não pode ser criado e-doc para esse arquivo, pois o sistema do TCDF só os gera em formato PDF.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Lote 3 (Urbi)	9,14 anos	9,92 anos
Lote 4 (Marechal)	4 anos	7 anos
Lote 5 (São José)	5 anos	6 anos

FONTE: e-docs D0F4E939 (fls. 33110), 0977F5DE (fls. 28291), 39A87EA1 (fls. 32846), 09F05906 (fls. 33312) e C37D8F8C (fls. 27431).

75. O período de Payback consiste em método de avaliação de projetos que mensura, a partir dos retornos futuros do empreendimento, qual o tempo que se leva para se recuperar o investimento inicial. O melhor projeto seria o que apresentasse o menor tempo de retorno.

76. Trata-se de metodologia simples, mas com grandes restrições, a saber:

O retorno regular possui três falhas: (1) dólares recebidos em anos diferentes têm todos o mesmo peso, ou seja, o valor temporal do dinheiro é ignorado. (2) Fluxos de caixa além do ano de retorno não recebem nenhuma consideração, não importa se são grandes. Ao contrário do NPV ou da IRR, que nos dizem o quanto de riqueza um projeto agrega ou uma taxa de retorno do projeto excede o custo de capital, o retorno apenas nos diz quanto tempo leva para recuperarmos nosso investimento. Não há relação necessária alguma entre um determinado período de retorno e a riqueza do investidor, por isso não sabemos especificar um retorno aceitável. A empresa poderá utilizar dois anos, três anos, ou qualquer outro número como retorno mínimo aceitável, mas a escolha é puramente arbitrária. [BRIGHAM, Eugene F. & EHRHARDT, Michael C. *ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA*. Tradução da 13ª ed. norte-americana. 2ª ed. brasileira. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 393.]

77. É por essas considerações que o período de Payback não é mais utilizado pelas empresas. No máximo em decisões sem importância financeira, como registram os teóricos de finanças:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Sintetizando, o período de *payback* não é equivalente ao critério de VPL, e é conceitualmente incorreto, portanto. Com sua data de corte arbitrária e a miopia em relação ao fluxos de caixa após essa data, pode conduzir a algumas decisões claramente erradas, quando utilizado de maneira muito literal. Não obstante, como é tão simples, as empresas geralmente o usam como filtro na tomada das numerosas decisões de investimento de pequeno porte com as quais se defrontam continuamente.

Embora tudo isso signifique que você deve ter o cuidado de não alterar regras como a do critério do período de *payback*, ao encontra-lo nas empresas, não deve ser iludido pelo raciocínio financeiro falho que contém. Ao final da leitura deste livro, estaria prejudicando sua empresa se alguma vez usasse o período de *payback*, quando pudesse utilizar o VPL em seu lugar.[ROSS, Stephen A., WESTERFIELD, Randolph W. & JAFFE, Jeffrey F. *ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 128/129.]

(...)Terceiro, o retorno sobre investimento era o critério mais importante anos atrás, mas seu uso como o principal critério caiu drasticamente até 1980. [BRIGHAM, Eugene F. & EHRHARDT, Michael C. *ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA*. Tradução da 13ª ed. norte-americana. 2ª ed. brasileira. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 397.]

78. Por suas limitações na avaliação de projetos, incompreensível porque foi solicitado dos concorrentes esse indicador financeiro.

79. Primeiro porque ele só faz sentido para comparações com outros projetos, o que não era o pretendido na Concorrência nº 1/11 – ST.

80. Segundo, ainda que fosse usado como critério de escolha entre dois licitantes (o que não era o caso, pois o estudo de viabilidade econômico-financeira tinha a finalidade apenas de auferir a exequibilidade da proposta), não serviria para tanto, haja vista as deficiências técnicas explicitadas nos §§ 76/77 anteriores: não daria para dizer que uma proposta é melhor do que a outra em função do menor prazo de retorno do investimento.

81. Finalmente, não há como mensurar exequibilidade de uma proposta a partir do período de *payback*, pois a informação de quantos anos em recupero meu investimento não se presta a essa finalidade.

82. Registre-se que, embora as licitantes tenham apresentado também o *payback* descontado (elimina um dos defeitos desse método, embora



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

não o salve¹³), a licitação requereu apenas o nominal, o qual apresentava as três dificuldades técnicas desse parâmetro.

83. Talvez por conta das fragilidades técnicas apresentadas, o anexo II.11 do edital (Parâmetros Econômicos-Financeiros da licitação) não apresentou o cálculo do período de payback de cada lote, constando apenas o VPL, a TIR e a taxa de desconto (e-doc 9ADCF1E0).

84. Assim, ao exigir o payback nominal das empresas, a Concorrência nº 1/11 – ST expôs mais uma fragilidade técnica do edital, na medida em que esse indicador financeiro seria completamente inútil para os propósitos a que se destinava.

I.2.2.5 Do WACC da ANTT

85. A Licitação nº 2/14 – ANTT pode ser considerada semelhante à do DF, haja vista a posição geográfica (Distrito Federal e entorno), além da frota ser de idêntica natureza: ônibus urbano, conforme item 170 daquele edital (e-doc 79EA8119):

170. A frota deverá ser composta por **ônibus** do tipo **urbano**.

86. Para efeito de cálculo do WACC, no entanto, a localização geográfica nada influencia, mas sim o fato de os concessionários estarem no mesmo setor de atividade econômica. Isso porque as variáveis envolvidas tem valores obtidos com dados no mercado acionário e financeiro, geralmente da economia norte-americana, haja vista a pouca maturidade do mercado de ações local, que nega uma série histórica adequada para obtenção de dados, como evidencia o Relatório da ANEEL nº 75/2013:

¹³ Vide ROSS, Stephen A., WESTERFIELD, Randolph W. & JAFFE, Jeffrey F. *ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 129.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

É certo que do ponto de vista da consistência conceitual, o ideal seria estimar um CAPM local, determinando a taxa livre de risco, o prêmio de mercado e o beta sobre o mercado acionário local.

Entretanto, em geral isto não é possível devido, entre outros, aos seguintes aspectos:

- i. a qualidade e quantidade das informações disponíveis não o permitem, especialmente às relacionadas às empresas de transmissão de energia elétrica;
- ii. os mercados de capitais não são amadurecidos e a diversificação de ativos é limitada;
- iii. as séries de tempo não são suficientemente extensas;
- iv. os fortes desequilíbrios macroeconômicos geram altas volatilidades dos ativos;
- v. tem-se baixa liquidez em muitos casos, etc.¹⁴

87. ASSAF NETO & LIMA confirmam a posição da ANEEL:

A aplicação do modelo de precificação de ativos (CAPM) para estimação do custo de capital próprio no Brasil embute algumas limitações que afetam, de forma significativa, a qualidade do resultado apurado. Esses problemas concentram-se, principalmente, no precário *disclosure* das companhias de capital aberto de todas as suas informações relevantes aos investidores, no alto grau de concentração das ações negociadas no mercado, e na baixa participação das ações ordinárias (com direito a voto) nos pregões.

Disclosure (evidenciação ou divulgação) é a transparência demonstrada por uma empresa em divulgar todas as suas informações relevantes ao mercado, e que podem influir sobre as decisões de investimentos.

[ASSAF NETO, Alexandre & LIMA, Fabiano Guasti. *CURSO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 504.]

88. Como ambas as licitações tratam de transporte urbano, somos por considerar apto o WACC calculado pela ANTT para utilização na Concorrência nº 1/11 – ST, até mesmo porque foi auditado pelo TCU, segundo Acórdão nº 436/14 (e-doc 8ACA888F).

89. Na ocasião, o WACC aceito foi de 8,11% ao ano. Ocorre que a

¹⁴ ANEEL. Nota Técnica nº 75/2013-SER/ANEEL. Disponível em http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/031/documento/nota_tecnica_n%C2%BA_75_sre-aneel.pdf. Acesso em 9 de jul 2015. P. 5.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

ANTT fez avaliação mais atualizada desse parâmetro financeiro no documento Licitação de serviços de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros - plano de outorga/2015, no qual encontrou o resultado de 8,45% ao ano, em termos reais (e-doc A7A7482C, p. 86).

90. Por todo o exposto nos parágrafos anteriores, cremos que essa deveria ter sido a taxa de desconto de referência adotada na Concorrência nº 1/11 – ST.

I.2.2.6 Dos efeitos do financiamento

91. Procede a argumentação do MP na Representação nº 8/13 no sentido de sugerir a inclusão do financiamento dos ônibus nos fluxos de caixa.

92. A doutrina de finanças ressalta os efeitos benéficos do uso de capitais de terceiros na rentabilidade do negócio:

Os efeitos dos pagamentos dos juros dos financiamentos sobre a rentabilidade dos projetos são notáveis, haja vista os juros reais quase sempre estarem situados em patamares ligeiramente mais baixos que a rentabilidade dos projetos. Dessa forma, o efeito dos juros sobre o fluxo de caixa afeta diretamente a parcela a pagar do Imposto de Renda, acabando por gerar uma “alavancagem” nos resultados do projeto, elevando ligeiramente a taxa de retorno.¹⁵

93. Na ocasião, aquele órgão calculou uma TIR de até 40% em relação ao lote 4, somando o fluxo de caixa do financiamento dos veículos ao original da licitação (§§ 9 a 15 da Representação nº 08/2013).

94. Os efeitos do empréstimo sobre a TIR decorrem do cálculo do Imposto de Renda, o qual incide sobre os juros do financiamento. Logo, a técnica adequada para auferir os efeitos do financiamento no fluxo de caixa consiste em construir tabela com o plano de amortização, no qual, da prestação,

¹⁵ 3MÜLLER, Aderbal Nicolas & ANTONIK, Luis Roberto. *MATEMÁTICA FINANCEIRA*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 342.

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

segregam-se os juros e a amortização: aquela será debitada do Lucro Líquido antes do Imposto de Renda, enquanto a amortização será somada, ano a ano ao resultado operacional (e-doc 34A6F173).

95. Do exemplo do MPJTCDF, elaboramos a tabela a seguir com plano de amortização do suposto financiamento de 90% dos ônibus do lote 4:

Tabela 8

	Prestação	Juros	Amortização	Saldo Amortizado	Saldo Devedor
0					131,04
1	16,16	5,24	10,91	10,91	120,13
2	16,16	4,81	11,35	22,27	108,77
3	16,16	4,35	11,81	34,07	96,97
4	16,16	3,88	12,28	46,35	84,69
5	16,16	3,39	12,77	59,12	71,92
6	16,16	2,88	13,28	72,4	58,64
7	16,16	2,35	13,81	86,21	44,83
8	16,16	1,79	14,36	100,57	30,47
9	16,16	1,22	14,94	115,51	15,53
10	16,16	0,62	15,53	131,04	0,00

FONTE: elabora pelo auditor

96. A partir desta planilha, podemos subtrair os juros (coluna juros), no fluxo de caixa, do Lucro Líquido, bem como subtrair a quota de amortização contida em cada prestação (coluna amortização) do Lucro Operacional, ambos do ano 1 ao ano 10 e, desta forma, aplicar o efeito do financiamento na rentabilidade do empreendimento.

97. Aplicamos essa metodologia em uma das planilhas enviada pela SEMOB (Nota de Inspeção nº 1/15), simulando o efeito da alavancagem financeira no pedido de revisão tarifária da empresa Viação Pioneira Ltda., considerando-se a estrutura de custos apresentadas, bem com a quantidade de passageiros embarcados e Km rodados. Após lançar no fluxo de caixa os efeitos de um financiamento nos moldes do apresentado na Representação nº 8/2013 (juros de 4% ao ano e financiamento em 10 anos de 90% da frota adquirida), chegamos a uma TIR de 24,83% ao ano, contra 15,30% sem alavancagem



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

(arquivo Planilha, associado a estes autos¹⁶).

98. Segue que assiste razão ao MPjTCDF quanto aos reflexos do financiamento na rentabilidade do projeto.

99. Ocorre que na licitação de concessões é comum exigir-se apenas o fluxo de caixa do projeto, desalavancado, pois os dados de financiamento são desconhecidos ou, no mínimo, não foram objeto de contratação, ainda.

100. Veja-se, por exemplo, o edital da licitação de Curitiba (e-doc B87CFC52):

8.2 A exequibilidade do **custo/km médio final** proposto deverá ser demonstrada por meio da apresentação do devido **fluxo de caixa (ANEXO XII)** compreendendo todo o período da outorga (15 anos), nele considerados além de todos os insumos que compõem a planilha, os valores devidos em razão da outorga (**item 2.3**) e uma **Taxa Interna de Retorno – TIR máxima de até 8,95% (oito inteiros e noventa e cinco centésimos por cento)** ao ano, **não-alavancada** (sem considerar juros e financiamentos).

101. No entanto, como veremos ainda nesta instrução, por ocasião da revisão tarifária, a alavancagem financeira deve ser considerada para efeito de modicidade da tarifa.

I.2.2.7 Conclusão

102. O Edital da concorrência nº 1/11 – ST não exigiu uma TIR máxima, calculada pelo WACC, como requisito das propostas financeiras das licitantes, o que foi de encontro ao princípio basilar da modicidade tarifária previsto na Lei nº 8987/95, já consolidado na jurisprudência, tanto do Poder Judiciário, como do TCU, bem como na prática corrente de licitações de idêntica natureza (*Vide* tópico I.2.2.2 desta instrução).

¹⁶ Por se tratar planilha do Excel, não pode ser criado e-doc para esse arquivo, pois o sistema do TCDF só os gera em formato PDF.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

103. Não bastasse isso, permitiu a apresentação de VPLs positivos aos licitantes, contrariando o mecanismo do VPL nulo em licitações de concessões pela menor tarifa.

104. A garantia de VPLs de até 83 milhões para as concessionárias contratadas em função da Concorrência nº 1/11 – ST, representou garantia de ganhos extras incompatíveis com legislação relacionada às concessões.

105. Isso porque não faz sentido manter um ganho superior ao WACC para o concessionário se este poderia ser direcionado para uma tarifa menor, beneficiando o usuário do serviço público prestado. Esse procedimento, calcado na legislação de concessões, é que determina a repartição das receitas acessórias geradas na execução do contrato de concessão (art. 11 da Lei nº 8987/95).

106. Finalmente, fechando o ciclo de impropriedades técnicas, o contrato estipulou a manutenção da TIR e do VPL da proposta financeira das licitantes vencedoras como condições para o equilíbrio econômico-financeiro (item 4 da cláusula XVII da minuta do contrato).

107. Em síntese, os critérios técnicos do edital da Concorrência nº 1/11 – ST continham as seguintes impropriedades:

- A TIR não foi estabelecida pelo Poder Concedente segundo os critérios do WACC;
- O edital não fixou uma TIR máxima a ser adotada nos estudos de viabilidade previstos no Anexo II.IV;
- Permitiu a apresentação de VPLs positivos pelas concorrentes;
- Fixou regras de revisão tarifária de modo a garantir a TIR dos estudos de viabilidade da licitante vencedora, juntamente com o VPL informado nas



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

propostas;

108. Da forma como foram formulados os requisitos técnicos da Concorrência nº 1/11 – ST, garantindo a TIR e o VPL da proposta financeira das licitantes na revisão tarifária, sem limites, criou-se um mecanismo que assegura um ganho extraordinário para o licitante vencedor de cada lote. Assim, os respectivos contratos já nasceram com desequilíbrio em desfavor do Erário.

109. Se considerarmos o WACC da Licitação da ANTT como referência, no valor de 8,45%, percebemos o quanto as TIRs das licitantes contratadas pela Concorrência nº 1/11 – ST estavam superestimadas. Com exceção da empresa URBI, todas as demais venceram com taxas de retorno mais de 43% superiores à de referência.

TABELA 9 – PARÂMETROS FINANCEIROS DAS LICITANTES VENCEDORAS

EMPRESAS VENCEDORAS	TIR – CONC. 1/11 - ST	TIR – LICIT. ANTT	DIFERENÇA
LOTE 1 (Piracicabana)	18,18%	8,45%	53,52%
LOTE 2 (Pioneira)	15,30%	8,45%	44,71%
LOTE 3 (Urbi)	6,95%	8,45%	-21,58%
LOTE 4 (Marechal)	14,96%	8,45%	43,52%
LOTE 5 (São José)	15,96%	8,45%	47%

FONTE: e-docs 09F05906 (fls. 33297 a 33312), C37D8F8C (fls. 27431), 39A87EA1 (fls. 32845/32846), DOF4E939 (fls. 33110 e 33112) e 0977F5DE (fls. 28289 e 28291).

110. Merece, portanto, que se considere procedente, quanto a esse aspecto, a representação do MPJTCDF.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

I.3 Da desoneração objeto da lei nº 12715/12

b) não abordagem da desoneração da folha de pagamento, subsídio previsto na Lei n.º 12715/12, ocasionando possível majoração da TIR e da tarifa técnica (item I.1.1 deste parecer);

111. Ao verificar as planilhas de revisão tarifária das empresas Auto Viação Marechal e Viação Pioneira, vimos que a desoneração em tela foi aplicada.

I.4 Do erro da depreciação contábil

c) erro de cálculo da “depreciação contábil”, ocasionando majoração da TIR e da tarifa técnica (item I.1.2 deste parecer);

112. Questão saneada, conforme § 37 do Parecer nº 1102/13 – MF:

2 – Superestimativa da TIR em Razão de Erro de Cálculo da Depreciação Contábil

113. 36. A unidade técnica nada falou sobre este ponto, contido nos parágrafos 17 a 19 da Representação n.º 08/13-MF, fl. 4933, sobre erro técnico no cálculo da “depreciação contábil”, *in verbis*:

(...)

114. 37. Não obstante, na planilha suporte apresentada pela Logit, nesta fase, para análise da proposta da Bacia 2 (fls. 5363/4), o critério reclamado pelo Parquet foi adotado, indicando que a planilha do Anexo II.11 estava mesmo incorreta, com a TIR majorada em função da adoção de cálculo incorreto. (Grifo nosso).

I.5 Inconsistência da despesa de pessoal

d) inconsistência da despesa de pessoal na planilha do anexo II.11, balizadora das propostas dos licitantes, implicando majoração da TIR e da tarifa técnica (item I.1.3 deste parecer);

115. Conforme indicou o *parquet* no § 38/39 do Parecer 1102/13 – MF, as propostas das licitantes se adequaram aos valores questionados:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

I.6 Da não apresentação da planilha de custos da licitação

e) alegação de sigilo e não disponibilização, pela Secretaria de Transportes, do orçamento detalhado e dos memoriais de cálculo da revisão dos dados de quilometragem e do tempo estimado de viagens, que definem a tarifa técnica, em afronta ao artigo 7º, inciso I e §2º, I e II, da Lei n.º 8666/93;

116. Embora se reconheça que foi apresentado o detalhamento de custos pleiteados, conforme § 44 do Parecer 1102/13 – MF, isso não desonera a infração cometida em relação ao artigo 7º, § 2º, II, da Lei n.º 8666/93, pois esses dados deveriam estar disponibilizados na fase licitatória.

117. Sugeriremos que esta Corte pronuncie-se acerca de tal ilegalidade.

I.7 Mesmo grupo concorrendo com duas empresas e conflito de interesses na atuação do Sr. Sacha Reck

f) participação das empresas Viação Pioneira, vencedora da bacia 2, e Viação Piracicabana, vencedora da bacia 1, controladas pela empresa Expresso União, todas pertencentes ao grupo da família Constantino, caracterizando mesmo grupo econômico, em clara afronta ao item 16.1.2-“g” do Edital; e

g) conflito de interesse na atuação do Sr. Sacha Reck, ao participar da elaboração do projeto básico e do Edital, dos procedimentos de execução da licitação e como advogado de empresas licitantes, em clara transgressão ao artigo 9º da Lei n.º 8666/93.

118. Esses temas estão judicializados, tratados na Ação Popular nº 2013.01.1.092892-0 e Ação Civil Pública nº 2013.01.1.137964-2, de modo que, pelo princípio da jurisdição única (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), devemos sucumbir à decisão daquele Poder.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

II DA REVISÃO TARIFÁRIA

119. Por intermédio do inciso III da Decisão nº 2391/2015, esta Corte determinou a análise dos procedimentos de revisão tarifária no âmbito deste processo, o que será feito nos tópicos seguintes.

II.1 Da revisão tarifária no âmbito da Concorrência nº 1/11 - ST

120. O item 4.6.1 do edital determinava a alteração da tarifa técnica, ocorridos os fatos identificado no item 4.6, de modo a se manter a TIR das proposta vencedoras da licitação (fls. 8 do edital, e-doc. CBA95EB2):

4.6 - Caso, durante a concessão, o **DF** venha a implantar novos modais de transporte, com a utilização de distinta tecnologia de material rodante, diverso do modo rodoviário, como trem, metrô ou similares, poderá ser reduzido o objeto das concessões ora licitadas, observados os limites legais, sem que disso resulte qualquer direito à indenização às **CONCESSIONÁRIAS**, ressalvados os ressarcimentos do saldo residual de bens que sejam definidos como reversíveis.

4.6.1 - Ocorrendo a hipótese definida no presente item, será realizada a revisão das **TARIFAS TÉCNICAS**, para manutenção da equação econômico-financeira dos contratos, utilizando-se como parâmetro a preservação da Taxa Interna de Retorno de Investimento prevista nas planilhas de fluxo de caixa das propostas vencedoras da licitação, excluindo qualquer provisionamento de lucros cessantes.

121. Do mesmo modo previsto no item 6 e 7 da cláusula VI da minuta do contrato (fls. 7/8 da minuta do contrato, e-doc. A8223FB9):

6. Para início da operação dos serviços, as linhas a serem exploradas pela CONCESSIONÁRIA estão definidas no Anexo II.2 – Projeto Básico do Edital. Durante a vigência da concessão, poderão ser incorporados os serviços definidos no Anexo II.8 – Projeto Básico do Edital, os quais, atualmente, encontram-se em exploração mediante contratos de permissão com prazo em vigor, findo o qual os serviços e a demanda correspondente poderão ser atribuídos à CONCESSIONÁRIA, a critério do CONCEDENTE, desde que na sua área de abrangência;

7. Quando da incorporação dos serviços referidos no item 6 desta Cláusula VI, será promovida a revisão da TARIFA TÉCNICA, de acordo



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

com os novos investimentos e custos demandados e a quantidade de passageiros levantada pela SECRETARIA, a fim de se garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

8. Caso, durante a concessão, o Distrito Federal venha a implantar novos modais de transporte, com a utilização de tecnologia de material rodante distinta do rodoviário, como trem, metrô ou similares, poderá ser reduzido o objeto das concessões ora licitadas, observados os limites legais, sem que disso resulte qualquer direito à indenização à CONCESSIONÁRIA, ressalvados os ressarcimentos do saldo residual de bens que sejam definidos como reversíveis.

9. Ocorrendo a hipótese definida no item anterior, será realizada a revisão da TARIFA TÉCNICA, para manutenção da equação econômico-financeira do CONTRATO, utilizando-se como parâmetro apenas a preservação da Taxa Interna de Retorno de Investimento prevista na planilha de fluxo de caixa da proposta vencedora da licitação, apresentada pela concessionária, excluído qualquer provisionamento de lucros cessantes.

122. O reequilíbrio econômico do financeiro do contrato estava previsto nas cláusulas XI e XII da minuta (fls. 10 da minuta do contrato, e-doc. A8223FB9):

CLÁUSULA XI

Do Risco Geral 1. O CONCEDENTE assumirá o risco de redução da quantidade de passageiros pagantes em relação aos números apresentados no PROJETO BÁSICO, que nortearam a elaboração da PROPOSTA FINANCEIRA, promovendo o ajuste do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso, nos termos deste CONTRATO.

2. Não se constitui risco a ser assumido pela CONCESSIONÁRIA o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO causado por conduta comissiva do CONCEDENTE ou por qualquer evento em razão do qual a Lei ou o presente CONTRATO assegure a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO.

CLÁUSULA XII

Do Equilíbrio Econômico-Financeiro do CONTRATO

1. O equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO constitui princípio fundamental do regime jurídico da CONCESSÃO.

2. É pressuposto básico da equação econômico-financeira que presidirá as relações entre as partes, a manutenção do equilíbrio entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e as receitas da CONCESSÃO, originalmente formado pelas regras do Edital de Licitação e do presente CONTRATO e pela proposta vencedora da licitação.

3. A TARIFA TÉCNICA será preservada pelas regras de reajuste e de revisão previstas neste CONTRATO, com a finalidade de que seja assegurada, em caráter permanente, a manutenção da equação econômico-financeira do CONTRATO.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

4. Sempre que forem atendidas as condições do CONTRATO de concessão, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

123. A revisão tarifária foi tratada na cláusula XVII da minuta e estava associada à manutenção das condições prevista nas planilhas apresentadas na proposta financeira (fls. 16 a 18 da minuta do contrato, e-doc. A8223FB9):

CLÁUSULA XVII

Da Revisão da TARIFA

1. A TARIFA TÉCNICA será revisada, a qualquer momento, para restabelecer a equação originária entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e as receitas da concessão, formada pelas regras do presente CONTRATO e do Edital de Licitação, bem como pelas planilhas apresentadas na PROPOSTA FINANCEIRA vencedora da licitação, sempre que ocorrerem quaisquer situações que afetem o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

2. Qualquer alteração nos encargos da CONCESSIONÁRIA, sem o proporcional ajuste de remuneração, importará na obrigação do CONCEDENTE de recompor o equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á, dentre outros, nos seguintes casos, além daqueles já previstos no presente instrumento, que poderão ocorrer simultaneamente ou não:

a) sempre que ocorrerem variações na quilometragem rodada do sistema em relação aos montantes previstos no Anexo II do Edital de Licitação, considerando-se todas as repercussões sobre os investimentos, custos e a receita;

b) sempre que ocorrer variação na demanda de passageiros pagantes transportados pela CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, em relação à utilizada como base na TARIFA TÉCNICA em vigor, considerando sempre a média apurada no período retroativo de 12 (doze) meses;

c) sempre que ocorrer variação da composição de investimentos em frota, decorrente de determinação do CONCEDENTE, em razão de acréscimo ou diminuição de veículos, mudança de tipo de veículo, ou modificação de vida útil ou idade média máxima;

d) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que forem criados, alterados ou extintos tributos que incidem sobre o serviço ou a receita da CONCESSIONÁRIA ou sobrevierem disposições legais, após a data de apresentação da PROPOSTA FINANCEIRA, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

e) sempre que houver acréscimo ou supressão dos encargos previstos neste CONTRATO, no Edital de Licitação e/ou em seus anexos, para



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

mais ou para menos, conforme o caso;

f) sempre que houver alteração unilateral deste CONTRATO, que comprovadamente altere os encargos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso.

4. Nos processos de revisão tarifária, a aferição da TARIFA TÉCNICA, para reequilíbrio do CONTRATO será realizada por meio das planilhas apresentadas na PROPOSTA FINANCEIRA vencedora da licitação, assegurando-se a proteção, ao longo do CONTRATO, dos elementos de mérito TIR (Taxa Interna de Retorno) e Valor Presente Líquido (VPL) indicados na planilha de fluxo de caixa apresentada pela CONCESSIONÁRIA na referida proposta, ressalvado o disposto nos itens 7 e 9 da cláusula sexta do presente instrumento.

124. Destacamos que os critérios de variação da quilometragem rodada e do número de passageiros foram fornecidos pela Consultoria LOGIT/LOGITRANS, sob suspeita, conforme Representação da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Cidadania – ABRADDEC (fls. 4657/4678 e Anexo XXX, ambos do Processo nº 12.086/11).

II.2 Pedido de Revisão da Viação Pioneira Ltda.

125. A Viação Pioneira, com base na cláusula XVII do contrato pediu revisão da tarifa técnica em 13/1/14, conforme Carta nº 5/14, alegando que ofertou a tarifa técnica de 2,3661 e uma TIR de 15,30% ao ano, com base nos seguintes parâmetros (fls. 4 do e-doc 10DDDC4C):

- 72.388.379 passageiros por ano;
- 38.022.044 Km percorridos por ano;

126. Alegou a empresa que, considerando o período entre o início da operação, julho de 2013, e dezembro de 2013, operou com 35,06% passageiros a menos do que previsto no projeto básico da licitação, bem como com 44,27% a mais de quilômetros rodados estipulados na Concorrência nº 1/11 – ST (fls. 4 a 8 do e-doc 10DDDC4C).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

127. Considerando o risco assumido pelo Poder Concedente pela demanda de passageiros e quilometragem percorridas, conforme cláusulas XI, XII e XVII do contrato, requereu a empresa a revisão da tarifa técnica, como a seguir, de modo a manter a rentabilidade garantida na sua proposta financeira de TIR=15,30% ao ano:

Tabela 10

PERÍODO	NOVA TARIFA TÉCNICA
Julho/2013	2,8895
Agosto/2013	3,2651
Setembro/2013	3,5806
Outubro de 2013	3,8933
Novembro/2013	4,0088
Dezembro/2013	4,6509

Fonte: Fls. 7 do edoc 10DDDC4C

128. A Carta nº 09/2014, de 20/1/14, reitera pedido de revisão e reajuste da tarifa (fls. 94 a 98 do edoc 10DDDC4C).

129. Em parecer da Gerência de Custos e Tarifas do DFTRANS, admitiu-se que os dados são os informados pela empresa (fls. 230/231 do edoc 10DDDC4C:

7. Os dados empregados são os disponibilizados pelo concessionário, conforme solicitação de Vossa Senhoria, sendo necessário verificar a validade dos mesmos, o que até então não é possível, haja vista a indisponibilidade dos dados necessários par tal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

130. Segundo parecer da Assessoria Jurídico-Legislativa do DFTRANS, de 14/3/14, a empresa alegou prejuízos de 30.000.000,00 em oito meses de operação que, segundo o DFTRANS seriam de pouco mais de 15.000.000,00, o que inviabilizaria a continuidade da prestação dos serviços. Concluiu pela legalidade da revisão, mas ponderou pela aplicação da Lei nº 12587/12, bem como que se aguardasse o decurso de 1 ano para se deliberar acerca da revisão, com o fim de verificar a efetiva variação dos componentes da tarifa técnica (fls. 233 a 240 do edoc 10DDDC4C).

131. Às fls. 276 do edoc 8EFD1AD6, constou remessa dos autos à Procuradoria do DF para parecer, em 18/3/14.

132. No Parecer nº 172/14 – PROCAD, de 27/6/14, a Procuradoria do DF chegou às seguintes conclusões 14 (fls. 301 do edoc 8EFD1AD6):

- A revisão tarifária poderia ser requerida a qualquer tempo (fls. 295 do edoc 8EFD1AD6);
- Simplicidade dos estudos da Gerência de Custos e Tarifas do DFTRANS, com base em dados fornecidos pela empresa;
- O reequilíbrio do contrato só poderia ser concedido com base em estudos elaborados a partir de dados oficiais e no fluxo de caixa da concessionária.

133. Dessa feita, o Secretário de Transporte, à época, determinou o retorno dos autos ao DFTRANS para atender as recomendações do PROCAD (fls. 304 do edoc 8EFD1AD6).

134. Em 8/4/14, o DFTRANS solicitou à Viação Pioneira os Boletins de Controle Operacional – BCO e Discos de tacógrafos de uma listagem de veículos (fls. 305/306 do edoc 8EFD1AD6). A Pioneira os enviou no dia 9/4/15 (307 a 455 do edoc 8EFD1AD6).

135. Economista contratado pelo DFTRANS avaliou o prejuízo da Pioneira em R\$ 34.041.077,00, em 17/3/14 (fls. 549 a 553 do edoc B3DBDAED).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

136. Parecer da Assessoria Jurídica do DFTRNAS, de 16/4/15, atestou como idôneos e oficiais os dados que opinaram por uma nova tarifa técnica de 4,2804, e os valores requisitados referentes ao período de jul/14 a fev/14, de R\$ 34.041.077,00. O Diretor-Geral aprovou a nova tarifa técnica na mesma data (fls. 602 do edoc B3DBDAED).

137. Recebido o processo do DFTRANS, o Secretário de Transportes devolveu os autos requerendo pronunciamento oficial da Gerência de Custos e Tarifas, bem como assertivas sobre a TIR (Despacho de 25/4/15, fls. 604 do edoc B3DBDAED).

138. Sem colher parecer da Gerência de Custos e Tarifas, apenas nova manifestação do economista contratado, Diretor Técnico e Diretor Geral Interino, em 7/5/14, devolveram o processo ao Secretário, reiterando valores apontados pela Consultoria (fls. 613/615 do edoc B3DBDAED).

139. O Secretário devolveu os autos ao DFTRANS para manifestação quanto à questão orçamentária, em 8/5/14 (fls. 618 do edoc B3DBDAED). No dia seguinte, parecer da Gerência de Orçamento e Finanças do DFTRANS apontou a existência de dotação orçamentária no valor de R\$ 20.000.000,00 para o pleito.

140. Parecer da LOGIT/LOGITRANS de 20/5/14, a pedido verbal do Secretário, foi juntado aos autos, indicando que o valor a ser ressarcido à Pioneira seria de R\$ 9.909.882,07, a partir de metodologia transitória, distinta da prevista em contrato (fls. 627/637 do edoc B3DBDAED).

II.3 Pedido de Revisão da Auto Viação Marechal Ltda.

141. Em 24/6/14, a Auto Viação Marechal solicitou revisão tarifária à então Secretaria de Estado de Transportes, alegando a redução drástica do nº de passageiros em relação ao previstos no projeto básico da licitação, provocado por ordem de serviço do DFTRANS com rotas distintas do acordado na sua proposta



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

(fls. 2/3 do e-doc 5027C349).

142. Informou a empresa que o anexo II.2 do edital da Concorrência nº 1/11 – ST previa o transporte anual de 51.236.268 passageiros para o lote 4, mas que vinha executando o transporte de apenas 36.106.704 (média anual estimada, com base no registro do mês de maio/2014), representando uma redução de 29,52%.

143. Por sua vez, as condições de execução da concessão implicaram num incremento de 29.315.856 Km na distância anual percorrida, o que resultou num acréscimo de 68,28% em relação ao previsto no edital (49.333.058 Km).

144. Finalmente, a empresa explanou que houve incremento de custo com a exigência do DFTRANS de inserção de cobradores para os Miniônibus, fato não previsto no edital.

145. Inseridas as novas condições em sua proposta financeira com a qual venceu a licitação para o lote 4, a empresa apresentou nova planilha. Nessas novas condições, mantida a tarifa técnica ofertada, a execução tornou-se deficitária, com VPL de –R\$ 235.908.546 (fls. 12 do e-doc 5027C349).

146. Para solucionar o desequilíbrio, a Auto Viação Marechal solicitou revisão em 53,33% em sua tarifa técnica ofertada, bem como o ressarcimento do valor de R\$ 14.355.771,64, prejuízo acumulado desde o início da operação até o dia 31/5/2014 (fls. 15 a 17 do e-doc 5027C349).

II.4 Do Grupo de Trabalho

147. O Grupo de Trabalho – GT criado pela Portaria nº 11 – SEMOB, de 11/2/15 (fls. 2 do e-doc 848AEB18), elaborou relatório final com três cenários possíveis, para se chegar a valores das tarifas técnicas possíveis.

148. Para tanto, considerou a manutenção das TIRs e VPLs das



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

propostas originais das pleiteantes à revisão.

149. Enfatizou, no relatório, que os dados que fomentaram a revisão não eram oficiais, como atesta o trecho a seguir (fls. 47 do e-doc 848AEB18):

Importante salientar que consta nos autos Despacho proferido pelo Senhor Diretor Geral do DFTRANS, datado de 21/7/2014, referente ao Proc. 0090-001.262/2014 – Urbi, no qual o Diretor Geral padroniza o procedimento de revisão tarifária para todos os operadores, adotando como parâmetros para a realização da revisão tarifária com os dados enviados pelos operadores, o que contraria a recomendação da PGDF, que determina que devem ser utilizados dados oficiais e o fluxo de caixa da concessionária.

150. Assim, em suas conclusões, o GT recomendou ao DFTRANS a inserção de dados oficiais atualizados (fls. 52 do e-doc 848AEB18). Assim, com Despacho do Chefe de Gabinete da SEMOB, em 18/3/15 o processo foi enviado àquela autarquia, a fim de que, nas planilhas elaboradas pelo GT, fossem introduzidos dados oficiais e atualizados (fls. 337 do e-doc 848AEB18).

151. A Gerência de Custos e Tarifas – GCT do DFTRANS reconheceu que não tinha dados oficiais sobre a quilometragem dos ônibus (fls. 342 do edoc 848AEB18):

- 1 - O órgão gestor DFTrans não realizava o controle efetivo da quilometragem realizada das concessionárias, sendo que ainda não foi efetivado o Centro de Controle Operacional – CCO deste órgão gestor, que possibilitaria o acompanhamento de toda a operação das empresas concessionárias;
- 2 – A Gerência de Programação e Monitoramento – GPM, encontra-se em fase final de análise e ratificação de todas as Ordens de Serviços – OS9s) emitidas para as concessionárias, ou seja, contando com o detalhamento das tabelas horárias, alocação da frota, medição das extensões e quantidade de viagens de todas as linhas das concessionárias e;
- 3 – A GCT encontra-se finalizando a tabulação dos dados relativos à quantidade de passageiros transportados que utilizaram os serviços prestados pelas concessionárias, desde o início da operação das concessionárias.

152. Em documento de 23/3/15, o Gerente da GCT informou que dados sobre quilometragem e quantidades de passageiros somente poderiam



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

ser obtidos em abril de 2015 (fls. 343 do e-doc 848AEB18). Na mesma data, a Diretoria Técnica do DFTRANS sugeriu, então, no que foi seguido pelo Diretor-Geral, que se adotassem os valores indicados pelo GT, no cenário de menor valor de revisão para as empresas Pioneira e Marechal, enquanto se consolidavam os dados oficiais (fls. 345/346 do e-doc 848AEB18).

153. Recebido o processo pela SEMOB, em 25/3/15, pequenas alterações foram feitas nas planilhas pelo GT, conforme despacho de fls. 355 do e-doc 848AEB18, mas sem alteração substancial das conclusões anteriores.

154. No Diário Oficial do Distrito Federal – DODF, de 26/3/15, foi publicado a homologação da revisão tarifária pela SEMOB em favor das empresas Viação Pioneira Ltda. e Auto Viação Marechal Ltda., como novas tarifas técnicas de, respectivamente, R\$ 3,7427 e R\$ 4,7592 (e-doc 691F5B5E).

II.5 Nossa análise

155. Inicialmente chamamos a atenção para o que representa, em termos jurídicos, uma revisão tarifária. Ao contrário do reajuste, que visa recompor os ganhos inflacionários, logo, previsto periodicamente em contrato (álea ordinária), a revisão tarifária ficaria adstrita ao que se denomina de álea extraordinária, para fatos imprevisíveis, como bem expõe a Administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O problema é saber como se concilia a ideia de equilíbrio econômico-financeiro com a ideia de que a execução do serviço, na concessão, se faz por conta e risco do concessionário. Note-se que a Lei nº 8.987, ao definir, no art. 2º, incisos II, III e IV, a concessão de serviço público, a concessão de serviço público precedida de obra pública e a permissão de serviço público, repetiu a ideia de que a execução se faz por conta e risco do contratado.

Na realidade, tem-se que conciliar duas ideias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidade da coletividade e, por



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

isso, mesmo não pode parar.

A maneira de conciliar essas duas ideias é pela consideração de que as **áleas ordinárias** correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeira, já que se inserem na ideia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei nº 8.987). As **áleas extraordinárias**, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionários, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido. Essa recomposição se faz, basicamente, pela aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão.¹⁷

156. Celso Antonio Bandeira de Melo confirma esse entendimento:

b) na *revisão*, há uma reconsideração ou reavaliação do valor inicial tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos, pois se preordena a acobertar encargos *excedentes dos originais*, que irromperem subsequentemente. Assim, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição. Tem lugar, pois, quando sobrevêm eventos que desequilibram a equação original. Tais fatores tanto podem ser (b.1) alteração unilateral do contrato; (b.2) superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo poder público sem relação com seus poderes contratuais ("fato do príncipe") e que agravam a equação inicial (caso, por exemplo, da elevação de tributos a que se refere o § 3º do art. 9º da lei de concessões) ou (b.3) ocorrências derivadas de eventos imprevisíveis — ou de proporções que ultrapassam sua previsibilidade — convulsionadores da economia contratual ("teoria da imprevisão").¹⁸

157. Daí que o risco de demanda faria parte do risco de negócio e, como tal, não caberia ao poder concedente assumi-lo e, desta forma, ser justificativa para revisão tarifária.

158. É o que se constata dos contratos de concessão rodoviária do governo federal:

Conforme exposto em cláusulas contratuais – no caso do contrato firmado com a CRT no item 19 -, as concessionárias assumem integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos

¹⁷ DI PIETRO. *PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 101/102.

¹⁸ MELO, Celso Antonio Bandeira de Melo. *CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA*. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2012, n. 259, jan./abr. 2012.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

casos em que o contrário resulte do contrato de concessão.

Nesses riscos estão o inerentes ao negócio, ou seja, aqueles que dependerão da forma de gestão da concessão, pois, conforme já foi ressaltado no capítulo anterior, ao concessionário é atribuído o risco do negócio – riscos normais de mercado, como qualquer empreendedor comercial ou industrial está submetido.

[Assim,] se suas previsões de demanda foram mal-feitas, ou se operou o serviço com negligência ou imperícia não pode o concessionário eximir-se de suas responsabilidades, reivindicando a restauração da equação financeira inicial (AZEVEDO, 1998, p. 40).

O principal risco assumido expressamente e integralmente pelos concessionários em contrato, é o denominado 'risco geral de trânsito'. Nesse é incluído o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias existentes (BRASIL, 1996, item 20).

AZEVEDO, Eurico de A.; ALENCAR, Maria Lúcia de A. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.¹⁹

159. Maria Sylvia reitera esse entendimento:

Para evitar dúvidas, é sempre interessante que o edital de licitação e o contrato indiquem, com relação à álea econômica, na medida do possível, os encargos que não serão considerados para efeito da recomposição do equilíbrio econômico, como, por exemplo, o custo da construção, a variação na projeção de tráfego, os custos de desapropriações etc.²⁰ (Grifo nosso).

160. Em contraponto à doutrina citada, as cláusulas contratuais assinadas em decorrência da Concorrência nº 1/11 – ST previram revisões tarifárias a partir de quilômetros rodados e quantidade de passageiros (itens 3.a e 3.b, cláusula 17, da minuta do contrato, conforme § 123 desta instrução), cuja variação não estão classificadas como originários de fatos imprevisíveis e inevitáveis.

161. Isso porque esses dados deveriam estar disponíveis, quando da licitação, em patamares de confiança suficiente para se licitar, sujeito a variações mínimas, razoáveis e previsíveis, segundo os métodos estatísticos

¹⁹ VASCONCELOS, Adalberto Santos. *O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS NO BRASIL*. In *REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E CONTROLE EXTERNO*. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Desestatização, 2008. P. 224

²⁰ DI PIETRO. *PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 102.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

disponíveis e sistema de levantamentos de dados do poder concedente.

162. Ora, alteração da quilometragem percorrida e número de passageiros jamais poderiam ser consideradas álea extraordinária motivadora de revisão. Como podem dados gerados pelo poder concedente serem vistos como imprevisíveis? Seria admitir a incompetência da Administração Pública para o caso. E se assim o fosse, esses dados não deveriam balizar revisão tarifária.

163. Nossa conclusão a respeito é que uma variação substancial desses dados (quantidade de passageiros e quilometragem rodada) só poderia originar-se de erro, e não de álea extraordinária.

164. Dessa feita, embora prevista nas cláusulas XVII, itens 3-“a” e 3-“b”, a revisão tarifária com base na variação de passageiros e distância percorrida (Km) afronta a legislação, jurisprudência e doutrina sobre concessões, constituindo-se em mais uma impropriedade do edital da Concorrência nº 1/11 - ST.

165. De ordinário que os dados que subsidiaram o certame desde cedo demonstravam fragilidade. Veja-se a alteração de previsão de passageiros entre a primeira versão do edital, de 3/12, e a segunda, de 09/12, confrontados com o total realizado das empresas Marechal e Pioneira:

TABELA 11

Lotes (Bacia)	Quantidade anual de passageiros pagantes (03/12)	Quantidade anual de passageiros pagantes (09/12)	Quantidade anual de passageiros pagantes Realizado
1	81.491.500	53.313.103	
2	89.161.776	72.388.379	44.896.837



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

3	87.876.572	49.939.394	
4	89.347.740	51.236.268	35.964.992
5	106.389.089	62.404.652	

FONTE: Anexo II.2 do edital da Concorrência nº 1/11 – ST de 03/12 e 09/12, extraídos do Processo 2086/11.

166. Esses dados atestam o que o MPJTCDF afirmara no Parecer nº 1118/12, de que havia erros grotescos nas informações técnicas da Concorrência nº 1/11 – ST (fls. 2535/2536 do Processo nº 12.086/11):

38. Tais reduções do número de embarques, que chegaram a superar os 40%, revelam, ao ver do *Parquet*, ocorrência de erro grosseiro na estimativa anterior, o que indica que possivelmente os valores das receitas previstas no Edital anterior estavam superfaturados.

(...)

41. A estimativa grosseira do número de embarques e sua alteração, a ocultação de valores da planilha detalhada e a ausência do impacto das modificações havidas, ao ver do *Parquet*, devem ser objeto de profunda análise da ST e do Tribunal de Contas.

167. O relatório do Grupo de Trabalho da SEMOB não analisou a revisão proposta pelas empresas Auto Viação Marechal Ltda. e Viação Pioneira Ltda. sob essa perspectiva, limitando-se a atender as disposições contratuais. Não houve uma reflexão sobre o interesse público envolvido que motivaria uma possível mutabilidade de cláusulas do ajuste (fls. 31 a 53 do e-doc 848AEB18). Nesse contexto, não ocorreu contestação da TIR das licitantes, nem tampouco a questão dos erros grosseiros identificados nos parágrafos anteriores.

168. Vinculadas apenas ao trato das concessionárias e o Poder Concedente, outra não poderia ser a conclusão se não pela sugestão de revisão tarifária, ainda que em valores inferiores ao solicitado pelas empresas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

169. cremos que o Controle Externo deve expressar-se de maneira distinta, sensibilizando-se quanto aos efeitos de cláusulas contratuais que ferem o interesse público, não olvidando que estamos a tratar de contrato administrativo, cuja flexibilidade do ajuste, embora inerente a sua natureza, não é ilimitada.

170. Nessa perspectiva, não há como considerar razoável a cláusula que determina a manutenção da TIR ofertada pela licitante vencedora, quando esta se encontrava superestimada, levando-se em conta, ainda, que a mesma não foi estipulada pelo Poder Concedente, como prescrevem a legislação e jurisprudência citada nesta instrução (tópico 1.2.2.7 desta instrução).

171. Soma-se a constatação de que os dados de quantidades de passageiros e quilometragem percorrida não têm origem oficial (§§ 129 e 151/151 anteriores).

172. Finalmente, atentemos para o fato da revisão concedida não ter considerado a alavancagem financeira, a qual incrementa a rentabilidade da concessão e poderia fomentar uma tarifa técnica de menor valor (tópico 1.2.2.6 anterior).

173. Conforme já disciplinado pelo TCU em diversas decisões, a revisão de tarifa deve transferir os ganhos financeiros de financiamento do concessionário para a modicidade tarifária. Veja-se parte do texto proferido no Acórdão TCU nº 1417/2005 (e-doc. 1D81C8E2):

Vencida a questão da necessidade de a agência regulamentar a revisão tarifária para as concessões de transmissão de energia elétrica, cabe indagar se a determinação subsequente guarda consonância com o ordenamento jurídico, estando inserida na competência desta Corte de expedi-la.

A estrutura de capital adotada pela concessionária é opção econômica realizada à margem de qualquer ingerência tanto desta Corte quanto da própria agência. A composição de capital próprio e capital de terceiros permite que seja aumentado o retorno relativo ao capital próprio, caso as taxas de captação de capital no mercado financeiro sejam inferiores ao custo do capital próprio. Dá-se a denominada



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

alavancagem financeira, fenômeno comum em finanças corporativas.

Entretanto, o caso sob análise guarda contornos diversos da situação na qual a concessionária recorre ao sistema bancário privado para captar recursos a taxas de mercado. No caso, trata-se de linhas de crédito oriundas de instituições oficiais que oferecem taxas inferiores às de mercado, com o intuito de fomentar o desenvolvimento de determinada atividade.

O Estado, ao fornecer linha de crédito com essas características, gera a redução de custos para a concessionária. Se a linha de crédito é anterior à licitação para a concessão, havendo efetiva competição entre interessados, supõe-se que essa redução de custos já se encontre incorporada à oferta (receita máxima) das licitantes. Efetivamente, em ambiente de concorrência perfeita (ausência de assimetrias de informação e ampla disputa entre os agentes), esse é o resultado previsto na teoria econômica. Ausentes, todavia, as condições ideais, não se concretiza o efeito.

Nos casos em que não há efetiva disputa, nem divulgação prévia do financiamento oficial e, ainda, nos em que novas linhas de crédito são criadas ou modificadas no curso dos contratos, os ganhos delas decorrentes não são incorporados aos contratos de concessão. Essa a situação dos primeiros contratos de transmissão de energia elétrica: pouca competição, pequenos deságios e ausência de informações a respeito de financiamentos oficiais, o que ensejou o TCU, à época, a demandar maior publicidade quanto a essas linhas de crédito.

O contrato de concessão, mencionado item VI da Primeira Cláusula da Cláusula Terceira, prevê que a transmissora assume o compromisso de esforçar-se permanentemente para a redução de custos, “criando condições para a modicidade tarifária quando dos reajustes e revisões”.

Os reajustes incluem apenas a alteração das tarifas em virtude de aplicação matemática de índices inflacionários. Por conseguinte, qualquer redução de custo (consoante previsto no mencionado dispositivo contratual), ganho de eficiência empresarial ou de competitividade (inciso IV do art. 14 da Lei 9.427/96) deve ser apropriado à concessão por ocasião das revisões tarifárias.

Bem se vê que há uma série de situações em que, na licitação ou ao longo do contrato, pode haver redução de custos não refletida na receita anual máxima fixada. A alavancagem financeira, por meio de subsequente empréstimo oficial subsidiado, consiste em redução de custo a ser apropriada à concessão por ocasião da revisão tarifária.

174. Portanto, condição indispensável para que o poder concedente revisasse a tarifa técnica seria a inserção no fluxo de caixa de cada proposta de revisão do financiamento dos ônibus, concedido a juros subsidiados (*Vide* Representação nº 8/2013 – MF), levando a uma TIR mais favorável:

Os efeitos dos pagamentos dos juros dos financiamentos sobre a rentabilidade dos projetos são notáveis, haja vista os juros reais quase sempre estarem situados em patamares ligeiramente mais baixos que a



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

rentabilidade dos projetos. Dessa forma, o efeito dos juros sobre o fluxo de caixa afeta diretamente a parcela a pagar do Imposto de Renda, acabando por gerar uma “alavancagem” nos resultados do projeto, elevando ligeiramente a taxa de retorno.²¹

175. Algumas Notas Fiscais de aquisição dos ônibus pelas concessionárias vencedoras, disponíveis no Processo nº 090.001.002/15 (Revisão Tarifária, e-doc 848AEB18), demonstram a alienação fiduciária dos veículos em favor de bancos, apresentando código FINAME, o que corrobora a tese do MPJTCDF da alavancagem financeira procedida na concessão em exame.

176. Em função disso, solicitamos à SEMOB cópia dos contratos de financiamento das concessionárias (Nota de inspeção nº 2/15, e-doc DDEB61A3), de modo a auferir os efeitos da alavancagem financeira nos fluxos de caixa, de modo a se chegar a valores adequados da revisão. A solicitação em tela ainda não foi atendida.

177. Finalmente, conforme achado da Auditoria Operacional no Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, Processo nº 11488/13, as receitas acessórias das concessionárias não estão sendo contabilizadas na Câmara de Compensação, logo não estão contabilizadas nos fluxos de caixa;

Verificou-se, ainda, conforme tratado no Achado 10, que os monitores embarcados nos veículos, os quais foram previstos no Edital da CP nº 1/2011-ST, nos poucos casos em que foram colocados em funcionamento, têm veiculado apenas anúncios publicitários. A situação comprova que as operadoras do STPC/DF estão obtendo receitas com publicidade sem repassar o percentual devido às câmaras de compensação, bem como que itens que oneraram os contratos de concessão (CFTV), além de não estarem trazendo benefício nenhum à coletividade, estão servindo unicamente como fonte de renda para as concessionárias, desvirtuando os objetivos da Concorrência nº 1/2011-ST

²¹ MÜLLER, Aderbal Nicolas & ANTONIK, Luis Roberto. *MATEMÁTICA FINANCEIRA*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 342.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

178. Segue que nossa sugestão ao relator é pela expedição de medida cautelar para suspender a revisão tarifária objeto da Portaria nº 25/15 - SEMOB (e-doc 669D1B9C), nos termos do art. 198 do Regimento Interno do TCDF, pois concedida com base em premissas equivocadas (TIR superestimadas) e dados não oficiais, além de desprezar elementos técnicos substanciais (alavancagem financeira e receitas acessórias).

179. Tal medida é necessária para evitar enriquecimento ilícito do concessionário em contraponto ao dano ao Erário, de difícil reparação posterior, haja vista que concedido em procedimento oficial da Administração Pública.

III DA NULIDADE DA CONCORRÊNCIA Nº 1/11 - ST

180. Na verdade, as falhas retroindicadas são consequência de vícios existentes no edital de licitação, os quais já haviam sido identificados pelo TCDF, quando da análise do edital. Porém, a Corte autorizou o prosseguimento do certame por entender que essas falhas seriam corrigidas pela concorrência entre as licitantes.

181. O que se observa, agora, é que essa correção não ocorreu, como veremos no histórico a seguir.

III.1 Histórico

182. Em 03/07/2012, por meio da Decisão nº 3.341/2012, proferida na Sessão Ordinária nº 4520, a Corte assim se manifestou (fls. 2130/2131 do Processo nº 12086/11):

(...) II - considerar: a) cumprido o item III, "a.4" da Decisão nº 1581/2012;
b) não cumpridos os itens III, "a.1", "a.2" e "a.3", da Decisão nº



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

1581/2012; **III - determinar à Secretaria de Estado de Transportes do DF: a) nos termos do art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, que encaminhe a esta Corte, no prazo de 10 dias, nova minuta do edital escoimada das seguintes falhas:** 1. indefinição quanto ao lado das portas dos veículos a serem utilizados nas linhas que passam pela EPTG, que necessita de ônibus com portas do lado esquerdo ou de ambos os lados, evidenciando indefinição do objeto licitado, em desacordo com o art. 6º, IX, da Lei de Licitações; 2. ausência de indicação das características dos veículos a serem alocados por linha, no que se refere à acessibilidade, evidenciando indefinição do objeto licitado, em desacordo com o art. 6º, IX, da Lei de Licitações; **3. falta de memória de cálculo das tarifas técnicas de cada bacia indicadas no item 23.1.2 do Edital, em afronta ao art. 6º, IX, da Lei de Licitações;** 4. ausência de indicação das características de padronização visual externa da carroceria dos veículos, evidenciando indefinição do objeto licitado, em desacordo com o art. 6º, IX, da Lei de Licitações; 5. incompatibilidade do item 21.4.1.4.1 do edital com o art. 14 da Lei nº 4.011/07, ao definir as idades média e máxima dos veículos sem estudo técnico e anuência prévia do Conselho de Transporte Público Coletivo do DF; 6. exigência de quantitativos para comprovação de capacidade técnica, no caso de consórcios, em contrariedade às jurisprudências do STJ (Resp nº 710.534/RS, 2ª T., rel. Ministro Humberto Martins) e TCU (Acórdão nº 266/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar), pois o edital, ao dispor sobre o somatório dos quantitativos de cada consorciado, determinou que se observasse a proporção de sua respectiva participação no consórcio. Tal proporcionalidade, segundo a jurisprudência dos tribunais citados, só é exigível em se tratando de qualificação econômico-financeira; **7. ausência de estimativa dos valores dos investimentos necessários, e inadequação na fixação da garantia da proposta e de garantia da execução contratual com base no montante da receita total a ser auferida no período total da concessão. Tais garantias deveriam ser calculadas com base no montante dos investimentos necessários por parte das licitantes, infringindo o art. 3º da Lei nº 8.666/93, art. 37, XXI, da CF/88;** 8. falta de razoabilidade na fixação da área mínima das garagens, com custo adicional que pode violar o princípio da Modicidade Tarifária e possibilidade de direcionamento do certame, conflitante com o art. 3º da Lei nº 8.666/93 e art. 37, XXI, da CF/88; **9. necessidade de revisão dos dados de quilometragem e de tempo estimado de viagens, bem como os quantitativos da frota de micro-ônibus utilizados no estudo técnico que respaldou o edital, em desacordo com o art. 6º, IX, da Lei de Licitações;** 10. necessidade de revisão dos limites geográficos de cada bacia, evitando-se custos desnecessários na definição das bacias/regiões, em desacordo com o art. 6º, IX, da Lei de Licitações; b) que se pronuncie acerca dos questionamentos do MPC/DF contidos no § 15 do Parecer nº 692/2012-DA; c) com esteio no art. 198, do RI/TCDF, que mantenha suspensa a Concorrência nº 01/2011-ST até ulterior manifestação desta Corte de Contas; d) encaminhe a esta Corte cópias dos autos de processos judiciais deflagrados por ações judiciais que impugnaram o certame, informando, ainda, o desfecho delas.

183. O Corpo Técnico, por meio da Informação nº 86/12-3ª DIACOMP, fez um histórico dos autos e analisou a nova minuta do Edital e a diligência



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

contida na Decisão nº 3.341/2012. Naquela feita destacou os seguintes pontos:

“a.3” - Da ausência de memória de cálculo das tarifas técnicas

25. Quanto à deliberação dessa Casa estampada no item III, “a.3” da Decisão nº 3.341/2012, a ST/DF, mediante o Ofício nº 53/2012-GAB/ST (fls. 2253), comunicou que a versão do anexo II.11 acrescido à nova minuta de edital (anexo XVIII) informa os parâmetros econômico-financeiros gerais que instruíram o cálculo das tarifas técnicas máximas de cada um dos lotes licitados.

26. **Esclareceu que, visando preservar o sigilo de informações internas da Administração Pública, os dados financeiros são globais, não adentrando a detalhamento típicos de orçamentos, os quais deverão ser providos pelos licitantes em suas respectivas propostas, atendendo às instruções do Anexo IV do edital de licitação.**

27. **Por fim, asseverou que por se tratar de licitação para concessão de serviço público, regida por lei especial, a apresentação de orçamentos máximos não é obrigatória para a Administração Pública (lei nº 8.987/95, art. 18), sendo inaplicável ao caso a norma do art. 6º, IX, da Lei de licitações, por ser incompatível com o objeto em questão.**

Análise

28. **Cabe salientar que a minuta do edital, em seu Anexo IV.3, traz a planilha-formato de informações mínimas (fls. 2327/2349), as quais não se prestam para considerar atendida a determinação plenária, uma vez que estão desprovidas da memória de cálculo.**

29. Contudo, não se pode dizer o mesmo a respeito do Anexo II.11 – Parâmetros Econômico-Financeiros (fls. 2350/2357), ora inserido na minuta, haja vista que não, obstante conter dados globais, contém elementos suficientes para que as empresas licitantes possam aferir o cálculo da tarifa técnica.

(...)

“a.9” – Da necessidade de revisão dos dados de quilometragem e do tempo estimado de viagens

52. A ST/DF, mediante o Ofício nº 639/2012-GAB/ST (fls. 2140/2141), mais uma vez afirmou que o TCDF não havia questionado esse ponto em fase anterior. **Informou, também, ter realizado ampla revisão da quilometragem de todo o modelo, uma vez que consultoria contratada, ainda em abril do ano em curso, reconheceu o equívoco cometido na mensuração anterior. Asseverou que a falha já se encontra corrigida na atual versão do edital.**

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO**Análise**

53. Cabe ressaltar que a presente análise refere-se à existência de várias inconsistências em números constantes do estudo técnico realizado, demonstrado por representante, notadamente quanto ao total de quilômetros rodados, bem como em relação a suposta discrepância entre as frotas de miniônibus exigidas em relação às linhas a serem operadas, levando a um maior número de linhas do que o de veículos a operá-las.

54. Ao comparar a nova minuta do edital acostada no Anexo XVIII (fls. 2387/2398) com o edital anterior- Anexo XI (fls. 2399/2410) verificamos que a Secretaria alterou substancialmente estes dados, conforme podemos inferir da tabela de dados a seguir:

NOVA MINUTA DE EDITAL					
	LOTE 1	LOTE 2	LOTE 3	LOTE 4	LOTE 5
Miniônibus	60	66	57	75	68
Midiônibus	-----	-----	-----	-----	-----
Ônibus Básico	309	473	361	335	467
Ônibus Articulado	29	70	65	31	41
Dist. Anual Percorrida (KM)	28.892.401	38.022.044	28.699.819	29.315.856	39.113.510
Quant. Anual de Embarques	53.313.103	72.388.379	49.939.394	51.236.268	62.404.652
MINUTA DE EDITAL ANTERIOR					
	LOTE 1	LOTE 2	LOTE 3	LOTE 4	LOTE 5
Miniônibus	14	15	22	29	42
Midiônibus	-----	-----	-----	-----	-----
Ônibus Básico	426	557	597	522	618
Ônibus Articulado	-----	-----	-----	-----	-----
Dist. Anual Percorrida (KM)	24.751.251	31.953.566	32.521.373	27.495.990	37.017.583



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Quant. Anual de Embarques	81.491. 500	89.161. 776	87.876.57 2	89.347.740	106.389.089
------------------------------------	----------------	----------------	----------------	------------	-------------

55. **Cabe registrar que este Corpo Técnico não possui os elementos necessários para avaliar a conformidade dos novos dados.** Porém, as falhas em questão foram identificadas em representações de licitantes, as quais certamente efetuarão nova análise. Diante do exposto, o Tribunal pode considerar cumprido o item III "a.9" da Decisão nº 3.341/2012. (grifo nosso)

184. O Ministério Público de Contas, mediante o bem lançado Parecer nº 1118/12-MF, considerou não atendido os subitens "a.1"; "a.3", "a.5", "a.7", "A.9" e "b" do item III da Decisão nº 3.341/12. Do retrocitado parecer destacamos o que segue:

"a.3" - Da ausência de memória de cálculo das tarifas técnicas e

"a.7" - Da ausência de estimativa dos valores dos investimentos necessários

10. Consoante constatou a unidade técnica, o nível de detalhamento do orçamento oferecido pela jurisdicionada (Anexo IV.3 – fls. 2327/49) ainda não permite ao controle externo atestar a regularidade da tarifa técnica, por estar desprovida da memória de cálculo.

11. Contudo, observa a unidade técnica ser possível ao licitante, com base nos parâmetros econômico-financeiros oferecidos no Anexo II.11 (fls. 2350/7), a formulação de suas propostas, motivo pelo qual considera cumprida a diligência.

12. **Trata-se, ao ver do Ministério Público, de ponto de alta relevância nessa licitação. Embora possa a licitante, segundo a unidade técnica, elaborar sua proposta apenas com base nos parâmetros gerais oferecidos no Anexo II.11, a diligência tem por objetivo permitir a aferição da regularidade da tarifa técnica, o que parece impossível realizar sem a memória de cálculo solicitada; impede-se de conseguinte o exercício do controle externo.**

13. **O sigilo dessas informações, alegado pela ST, s.m.j., não veio acompanhado de justificativas. Não vislumbra o Parquet motivação possível para sustentar sigilo.** Ao contrário, a transparência em licitações é desejável e prevista na Lei n.º 8666/93, a fim de subsidiar os proponentes na formulação de suas propostas. **A ausência do detalhamento dos custos pode, mais tarde, motivar impugnações para reequilíbrio financeiro do contrato sob a alegação de despesas incorridas e não especificadas no Edital.**



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

14. Sob a ótica do controle externo, além de impedir manifestação sobre a tarifa técnica e demais elementos de custos e investimentos necessários, essa omissão inviabilizará no futuro a fiscalização de revisão tarifária.

Sem a composição de custos não há como analisar as margens de lucro/subsídio fixadas pela nova tarifa. Mais, da forma como apresentados os dados, sequer é possível saber se a tarifa técnica estimada implica lucro ou gera a obrigação de subsídio para a Administração.

15. Quanto à alegação da ST de inaplicabilidade do artigo 6º, IX, da Lei n.º 8666/93 (projeto básico, com orçamento detalhado e demais elementos), por não haver previsão em lei especial, no caso, o artigo 18 da Lei n.º 8987/95, com as vênias devidas, também não vislumbrou o Parquet fundamento nessa afirmação.

Artigo 18 da Lei n.º 8987/95:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórios, bem como as provenientes de projetos associados;

VII - os direitos e obrigação do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta lei, quando aplicáveis;

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização; e

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

16. **Compulsando a redação do artigo 18 da Lei n.º 8987/95, não se confirma tal afirmação. Ao contrário, o inciso VIII define que o Edital deve conter os critérios de revisão tarifária, somente possível pela redefinição dos custos fixos e variáveis da operação, além dos novos investimentos, se for o caso, o que exige orçamento detalhado. Também o inciso IX solicita as informações e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta, requerendo o orçamento detalhado para, por exemplo, eventual avaliação de exequibilidade da proposta. Ademais, o referido dispositivo legal não é exaustivo, portanto não afasta o artigo 6º, IX, da Lei n.º 8666/93.**

17. Ainda sobre o artigo 18 da Lei n.º 8987/95, sob o ponto de vista doutrinário, não concorda o Ministério Público com a tese defendida pela ST. Ao contrário, há indicação de adoção de planilha aberta, a exemplo do que leciona Carlos Pinto Coelho Motta:

“O valor tarifário (‘menor tarifa’) deve ser estabelecido com base em custos relacionados em planilha aberta (encargos, insumos, tributos, salários e outros elementos componentes), para que o julgamento possa efetivamente refletir o preço de mercado.”

18. Por fim, ainda que o sigilo fosse pertinente, seria aplicável aos licitantes, não atingindo o controle externo. Permanece dessa forma não cumprida a diligência.

(...)

a.9” - Da necessidade de revisão dos dados de quilometragem e do tempo estimado de viagens

25. A própria unidade técnica informa não possuir os elementos necessários para avaliar a conformidade dos novos dados relacionados a este item, in verbis (fls. 2443/4):

“55. Cabe registrar que este Corpo Técnico não possui os elementos necessários para avaliar a conformidade dos novos dados. Porém, as falhas em questão foram identificadas em representações de licitantes, as quais certamente efetuarão nova análise.” (...)

26. Ou seja, deve a jurisdicionada explicitar a forma de cálculo dos novos parâmetros contidos no novo Edital, relacionado a este ponto, em especial, aqueles definidos pelo órgão técnico na tabela à fl. 2443, de forma a possibilitar a aferição da regularidade da alteração realizada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

185. Em sequência, o MPJTCDF pugnou pela reiteração da aludida decisão a respeito desses subitens e pela consequente manutenção da suspensão do certame, até ulterior deliberação da Corte, pelos motivos expostos a seguir:

31. Dentre os elementos que impediram o cumprimento da diligência, destaca-se o sigilo imposto pela jurisdicionada ao orçamento detalhado, o que impossibilitou a aferição da regularidade da tarifa técnica. Sequer é possível saber se a estimativa apresentada implica necessidade de subsídio ou receita para a Administração.

32. Por motivo assemelhado, qual seja, a ausência do memorial de cálculo da revisão dos dados de quilometragem e do tempo estimado de viagens, também não foi possível avaliar a conformidade dos novos parâmetros contidos no último Edital.

33. Inobstante, é de constatar que as alterações foram significativas e impactaram fortemente nos valores das tarifas técnicas e dos investimentos, denotando a materialidade e a relevância dessas análises não realizadas.

34. Em que pese a importância relativa dos diversos elementos abordados nesta fase, deve-se destacar a essencialidade da tarifa técnica, que, em última instância, definirá a sustentabilidade do modelo proposto, a receita do permissionário ou valor da licitação, a viabilidade econômica, a necessidade de subsídio e de adequações de custos, dentre outros. Nesse sentido, os memoriais de cálculo e o orçamento detalhado, que definem a tarifa técnica, adquirem especial importância relativa, sendo, ao ver do Parquet, o cerne dos autos.

35. Assim, o que causa estranheza ao Parquet é o brutal aumento da tarifa técnica de 95,75% neste novo Edital em relação ao anterior. Das modificações efetuadas que impactaram tal tarifa, as mais relevantes parecem ser:

- previsão de 100% de ônibus novos;
- retirada da idade média da frota; e
- alteração da quantidade anual de embarques.

36. As duas primeiras modificações já foram abordadas no item “a.5” deste parecer (§§19 a 24). Mas a última, por sua importância, será agora abordada.

37. Da tabela elaborada pelo órgão técnico à fl. 2443, constata-se significativa redução do número de embarques anual no novo Edital em relação ao anterior, redução de 19 a 43% a depender do lote, ou 36,32% quando considerada a soma dos lotes, nos termos do



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

quadro a seguir:

Qtde	Lote 1	Lote 2	Lote 3	Lote 4	Lote 5	Total
Embarques						
Edital	81.491.500	89.161.776	87.876.572	89.347.740	106.389.089	454.266.677
Anterior						
Edital Atual	53.313.103	72.388.379	49.939.394	51.236.268	62.404.652	289.281.796
Redução	34,57%	18,81%	43,17%	42,66%	41,34%	36,32%

38. Tais reduções do número de embarques, que chegaram a superar os 40%, revelam, ao ver do Parquet, ocorrência de erro grosseiro na estimativa anterior, o que indica que possivelmente os valores das receitas previstas no Edital anterior estavam superfaturados.

39. No novo Edital, essa redução brutal do número de embarques, que chegou a mais de 40% em três lotes, parece ter sido compensada com o significativo aumento de 95,75% do valor da tarifa técnica. Dessa forma, o valor da licitação, ou receita dos futuros concessionários foi mantida, ou melhor, passou de R\$ 6,28 bilhões para R\$ 7,79 bilhões, perfazendo ainda 23,97% de aumento.

40. Caso mantidos os demais parâmetros contidos no Edital anterior, com alteração única do número de embarques no novo Edital, s.m.j., o valor da licitação, ou receita dos permissionários, reduziria quase na mesma proporção, ou seja, chegando perto de 40% em três dos lotes, uma vez que, grosso modo, o valor de cada lote é resultado da quantidade anual de embarque multiplicado pela tarifa técnica.

41. A estimativa grosseira do número de embarques e sua alteração, a ocultação de valores da planilha detalhada e a ausência do impacto das modificações havidas, ao ver do Parquet, devem ser objeto de profunda análise da ST e do Tribunal de Contas.

42. Também é preciso ressaltar que qualquer melhoria ou modificação imposta pelos órgãos de controle ou pela Administração possui impacto direto na tarifa técnica a ser custeada pela população, diretamente ou por meio de tributos. Dessa forma, é preciso que esse impacto seja financeiramente mensurado, para análise de seu custo-benefício. Exigir melhorias, sem ponderar as consequências (em especial o custo), além de configurar abordagem imatura, precipitada, do problema, geralmente implica criar problemas futuros.

43. Por seu turno, o gestor deve ter conhecimento e segurança suficientes para apontar a solução ótima dentre as diversas possíveis, sendo capaz de justificar o custo-benefício de sua escolha e afastar as demandas desprovidas de sustentabilidade.

44. Deve-se ainda ter em mente que o feito define o destino do transporte público para os próximos 10 a 20 anos, para nossos filhos e netos, sendo nocivo e não razoável o excesso de celeridade que se quer



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

imprimir. Impõe-se, portanto, a devida cautela, com análise aprofundada do orçamento detalhado e dos números envolvidos, nos diversos cenários possíveis, não havendo qualquer espaço para a falta de transparência constatada.

186. Em 09/08/2012, o Tribunal, mediante a Decisão nº 4106/2012, por maioria, de acordo com o voto do revisor, Conselheiro Manoel de Andrade, assim se manifestou:

II – em relação ao item III da Decisão nº 3.341/2012, considerar atendido o disposto nos subitens “a.1”, “a.2”, “a.3”, “a.4”, “a.5”, “a.6” “a.7”, “a.8”, “a.9”, “a.10”, “b” e “d”; III – em consequência do item anterior, autorizar o prosseguimento do certame em apreço, condicionando ao cumprimento do item IV; IV – determinar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal – ST/DF que republique o aviso de edital da Concorrência Pública nº 01/2011- ST, reabrindo o prazo inicialmente estabelecido, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993; V – reiterar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal a determinação constante no item II, alínea “e”, da Decisão nº 3.984/11; VI – determinar o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para as providências pertinentes. Parcialmente vencido o Relator, que manteve o seu voto de fs. 2451-2471. Decidiu, mais, acolhendo proposição do Conselheiro RONALDO COSTA COUTO, mandar publicar, em anexo à ata, o relatório/voto do Relator e do Revisor, bem como as referidas declarações de voto.

187. Importante mencionar que a Decisão supra teve por base o voto do Conselheiro Manoel de Andrade, o qual consignou o seguinte:

(...)

Em outro giro, o órgão ministerial entende que a documentação encaminhada “não permite ao controle externo atestar a regularidade da tarifa técnica.” A Unidade Técnica pensa de forma diversa. Em sua informação, sustenta que o Anexo II.11 – Parâmetros Econômico-Financeiros, que foi inserido na minuta, “contém elementos suficientes para que as empresas licitantes possam aferir o cálculo da tarifa técnica.”

Nesse contexto, então, é forçoso reconhecer que a Jurisdicionada atendeu essa exigência constante da Decisão n.º 3.341/2012.

(...)

Sobre a revisão dos dados de quilometragem e do tempo estimado de viagens, a Secretaria de Transportes, na nova minuta do edital em relação a esse tema, alterou substancialmente estes dados. Tal alteração decorreu das falhas identificadas pelos autores de várias representações.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Por isso, o fato de o corpo técnico não possuir elementos necessários para avaliar a conformidade dos novos dados não pode servir de fundamento para a manutenção da paralisação do certame, como pretende o órgão ministerial.

188. Portanto, resta demonstrado que os vícios ora identificados nas propostas e nos contratos firmados (tópicos I.2.2.7 e II.5 desta instrução) decorreram da falta de transparência na condução do certame. Embora a Secretaria de transportes tenha defendido a tese que a expertise das empresas licitantes seria suficientes para formular suas propostas e por consequência sanar as falhas retro mencionadas²², esse fato não se comprovou, como atestam os pedidos de revisão tarifária formulado pelas empresas (Tópicos II.2 e II.3 desta instrução).

189. A estimativa correta do número de embarques, os memoriais de cálculo e o orçamento detalhado seriam essenciais para a licitação. A ausência ou imprecisão desses dados, além de impedir manifestação sobre a tarifa técnica estimada e demais elementos de custos e investimentos necessários, inviabilizaria a fiscalização de revisão tarifária.

190. Acrescenta-se que a ausência do detalhamento dos custos poderia, mais tarde, motivar impugnações para reequilíbrio financeiro do contrato sob a alegação de despesas incorridas e não especificadas no Edital. Destaca-se ainda, que o sigilo dessas informações contraria expressamente o disposto no artigo 6º, IX, da Lei n.º 8666/93 (projeto básico, com orçamento detalhado e demais elementos).

191. A questão consiste em saber se diante de tantas e tão graves vícios que macularam a licitação e os contratos dela decorrentes, sintetizadas na seção I.2.2.7 desta Informação, é possível ajustar os contratos de modo a corrigi-las, para que se atenda ao interesse público. É o que trataremos a

²² Mediante a regulação pelo próprio mercado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

seguir.

III.2 Da impossibilidade de saneamento dos vícios

192. A fim de examinar-se a possibilidade de saneamento dos vícios apontados, há que se discorrer sobre a natureza e características dos contratos administrativos. Sobre o tema, as lições de Hely Lopes Meirelles orientam no seguinte sentido:

"O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras" (Licitação e Contrato Administrativo, p. 166).

193. O TCU já enfatizara que as concessões são efetivadas mediante contratos administrativos (Acórdão TCU nº 2927/11):

É notório que as concessões são efetivadas em contratos administrativos propriamente ditos. Destinam-se à prestação de serviço a cargo do Estado, o que significa que elas devem naturalmente guardar em si a supremacia e a indisponibilidade do interesse público como princípios proeminentes.

194. Qualificadas como tais, os contratos de concessão devem atender aos princípios da supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Daí que são mais flexíveis quanto a alteração de suas cláusulas, embora ponderado sempre pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

195. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, escreveu artigo no qual explicitou os limites que circunscrevem a possibilidade de alteração dos contratos de concessão. Reproduzimos, a seguir, trecho elucidativo dessa doutrina²³:

O debate sobre o tema da alteração de contratos administrativos envolve a necessidade de equilíbrio entre dois conjuntos de elementos normativos, todos com status constitucional. Os contratos

²³ BARROSO, Luís Roberto. *O CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS: PARTICULARIDADES, ALTERAÇÃO E RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO*. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/915066/DLFE-53912.pdf/REVISTAEDESP186.pdf>. Acesso em 10 de ago 2015.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

administrativos, como se sabe, devem ser firmados após um processo licitatório (CF, art. 37, XXI)²⁴, no qual se garanta a igualdade dos interessados – e a imparcialidade da Administração – por meio de uma competição baseada em critérios objetivos.

É fácil perceber que a possibilidade ilimitada de alterar os contratos administrativos poderia dar margem ao administrador para beneficiar ilicitamente o contratado ou prejudicar, também ilicitamente, o vencedor de um processo licitatório. Algumas hipóteses não chegam a ser incomuns.

(...)

A regra da licitação e os princípios da igualdade e da impessoalidade administrativa, portanto, vêm com cautela e certa desconfiança o poder amplo de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar.

(...)

A questão consiste em saber, portanto, que alterações são legítimas, até porque necessárias, e quais são ilícitas e devem ser vedadas. Na tentativa de distinguir essas duas categorias, a legislação e a doutrina conceberam classificações e parâmetros, tanto de natureza geral como específica, cujo exame será particularmente útil.

a) Cláusulas contratuais em sentido estrito e cláusulas de execução. Alterações quantitativas, qualitativas e qualitativas com repercussões quantitativas.

A primeira classificação relevante para analisar a legalidade da contratação em comento envolve as cláusulas do próprio contrato administrativo. A doutrina distingue – e a distinção decorre do próprio sistema normativo – entre cláusulas contratuais em sentido estrito ou propriamente contratuais e cláusulas de execução ou regulamentares.²⁵

²⁴ CF, art. 37, XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

²⁵ V. Marçal Justen Filho, *Concessões de serviços públicos*, 1997, p. 250: “As regras acerca do conteúdo do contrato de concessão retratam a complexidade de sua natureza jurídica. O dito contrato contém regras acerca de: a) relacionamento entre poder concedente e concessionário; b) condições da prestação do serviço; c) relacionamento entre poder concedente e usuários; d) relacionamento entre concessionário e usuários. Como visto, parte das regras constantes do instrumento apresenta diretamente natureza contratual propriamente dita. São aquelas que disciplinam o relacionamento direto entre poder concedente e concessionário. Já as demais regras apresentam natureza que se usa identificar como regulamentar. Contém a disciplina da prestação do serviço, inclusive no tocante a terceiros, usuários – que, obviamente, não são partes da relação jurídica estabelecida entre poder concedente e concessionário. Tais regras poderiam dizer-se indiretamente



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

As cláusulas contratuais propriamente ditas são aquelas que veiculam o acordo essencial firmado entre as partes e dizem respeito, sobretudo, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à remuneração devida ao contratado. Tais cláusulas procuram proteger o particular e o sentido econômico do ajuste ao qual ele aderiu e, por isso mesmo, não podem ser modificadas unilateralmente pela Administração²⁶.

As cláusulas de execução ou regulamentares, por seu turno, disciplinam o atendimento do interesse público que motivou a celebração do contrato, cuidando de seu objeto e das formas específicas de sua execução. Como já referido, é nesse campo que se manifesta o regime público próprio dos contratos administrativos, admitindo-se que a Administração altere tais cláusulas para adequá-las às necessidades mutáveis do interesse público. Essas alterações podem ser unilaterais – até mesmo contra a vontade do particular, dentro de certos limites – ou consensuais²⁷. Em qualquer caso, se tais alterações modificarem o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste – ditado pelas cláusulas propriamente contratuais –, ele deverá ser restaurado por meio das compensações necessárias.

(...)

Uma segunda distinção diz respeito aos diferentes tipos de alterações que as cláusulas de execução podem sofrer. A doutrina distingue entre alterações (i) quantitativas; (ii) qualitativas; e (iii)

contratuais, pois são vinculantes para poder concedente e concessionário, influenciando na determinação da equação econômico-financeira do contrato.”; e Adilson Abreu Dallari, Transporte coletivo, Revista de Direito Público 88:80, 1988: “É por isso mesmo que se diz que, na concessão de serviço público, há sempre dois tipos de cláusulas: as cláusulas de serviço e as cláusulas econômicas”.

²⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Serviços públicos concedidos*, Boletim de Direito Administrativo 1:11, 2005: “Por serem cláusulas contratuais, essas cláusulas financeiras não podem ser alteradas unilateralmente pelo Poder Público”; e Toshio Mukai, *Concessão e permissão de serviço público*, Boletim de Direito Administrativo 10:757, 2001: “As cláusulas de natureza contratual, por seu turno, só bilateralmente podem ser alteradas”.

²⁷ Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 165: “As cláusulas mutáveis são as que disciplinam as condições de execução da prestação ao particular. A prestação do objeto do contrato sujeita-se a modificações qualitativas e quantitativas, deliberadas unilateralmente pela Administração. A esta cabem poderes não reconhecidos usualmente nos contratos privados, relacionados inclusive com a extinção do contrato sem caracterizar-se inexecução culposa da outra parte. Esses poderes também permitem à Administração imiscuir-se nas atividades necessárias e relacionadas com a execução da prestação por parte do particular. Seriam mutáveis as cláusulas atinentes a: a) definição quantitativa do objeto; b) definição qualitativa do objeto; c) condições de execução da prestação; d) fiscalização da atividade do contratado para execução da prestação, inclusive nas etapas anteriores ao adimplemento; e) vigência do contrato, com a possibilidade de sua extinção, inclusive antecipadamente, independente de inadimplemento de outra parte.”; e Adilson Abreu Dallari, *Transporte coletivo*, Revista de Direito Público 88:80, 1988: “As cláusulas ‘de serviço’ são as que dizem respeito a sua forma de execução e que permanecem sempre disponíveis pelo poder público, o qual poderá alterá-las sempre que isso se fizer necessário, a seu juízo, para completa satisfação do interesse público”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

qualitativas com repercussões quantitativas. Essa distinção terá consequências normativas importantes, em particular para os ajustes regulados pela Lei nº 8.666/93. De fato, é no art. 65, I, da Lei nº 8.666/93²⁸ que são transcritas as hipóteses nas quais a Administração poderá alterar unilateralmente os contratos submetidos a essa lei.

196. Após expor as classificações as quais estão sujeitas os contratos administrativos, especialmente a primeira, que se relaciona com o assunto em comento, Luís Roberto Barroso apresentou, conforme reprodução a seguir, os parâmetros gerais de controle aplicável às alterações dos contratos de concessão²⁹.

Um primeiro parâmetro geral de controle aplicável às alterações de contratos administrativos é a necessidade de expressa justificação para o ato.

(...)

²⁸ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;”

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS: PARTICULARIDADES, ALTERAÇÃO E RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO*. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/915066/DLFE-53912.pdf/REVISTAEDESP186.pdf>. Acesso em 10 de ago 2015.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Pois bem. Cabe ao administrador justificar, de maneira explícita, por que considera necessária a alteração – à vista do interesse público, da eficiência e da economicidade – e por que, igualmente, está convencido de que não há qualquer ilicitude em seu procedimento, considerando as exigências associadas à igualdade, à impessoalidade e à probidade. O dever de motivar as decisões administrativas, além de um princípio geral derivado do Estado de Direito republicano, do qual decorre para todos os agentes públicos a obrigação de prestar contas, é expressamente referido pela legislação quando se trata da alteração de contratos administrativos.

(...)

O segundo parâmetro geral que deverá ser observado nas alterações dos contratos administrativos está relacionado com a demonstração de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste. Naturalmente, a demonstração desse ponto deverá constar da motivação do ato sobre a qual se acaba de tratar. O propósito essencial da licitação, como se sabe, é promover uma competição objetiva entre todos os interessados que possam, em tese, atender ao interesse público em questão e, assim, alcançar a melhor contratação para a Administração Pública. Em segundo lugar, e por consequência, a licitação também deverá assegurar a isonomia entre todos os interessados capazes.

197. Diante do exposto é possível elencar que, tendo em conta a necessidade de equilíbrio entre os elementos constitucionais referidos, a legitimidade da alteração dos contratos de concessão deverá ser aferida tendo em conta ao menos os seguintes quatro parâmetros, estabelecidos no conclusão do artigo do ilustre Constitucionalista Luís Roberto Barroso³⁰:

1. a Administração pode impor alterações unilateralmente, mas apenas no que diz respeito às cláusulas de execução ou regulamentares. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão deve ser preservado, de modo que se as alterações envolvendo a execução do objeto contratual repercutirem sobre esse equilíbrio, ele deverá ser restaurado;
2. as alterações contratuais – unilaterais ou consensuais – devem contar com justificativa expressa, nas quais o administrador explicita a necessidade da alteração, tendo em conta o interesse público a atingir, e demonstre a preservação do dever de licitar e dos princípios da isonomia e da impessoalidade;
3. qualquer alteração apenas poderá ser considerada legítima uma vez que ela não possa ser objeto de licitação autônoma, por ser inviável a competição entre o concessionário e eventuais interessados;

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS: PARTICULARIDADES, ALTERAÇÃO E RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO*. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/915066/DLFE-53912.pdf/REVISTAEDESP186.pdf>. Acesso em 10 de ago 2015.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

4. quando se trate de alterações quantitativas, o administrador deve considerar os limites percentuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93 como marcos a serem respeitados no geral e cuja superação, ainda que possível, deverá ser acompanhada de motivação mais analítica, que demonstre a conveniência da alteração para o interesse público e sua compatibilidade com os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública.

198. Na linha do que se acaba de expor, é possível afirmar que, diante das inúmeras falhas identificadas nos contratos de concessão objeto da Concorrência nº 1/11 - ST, não é possível ajustá-los de modo a corrigi-los, para que se atenda ao interesse público.

199. O primeiro óbice insuperável decorre da constatação de que parte dos vícios observados na licitação, e que macularam os contratos em tela, encontram-se exatamente nas cláusulas contratuais propriamente ditas, atinentes à equação econômico-financeira da concessão, as quais asseguram aos concessionários rentabilidades contrárias ao interesse público, eis que absurdamente altas. Ou seja, o saneamento desses vícios só poderia ocorrer com substancial alteração do equilíbrio econômico-financeiro em desfavor dos concessionários, o que vai de encontro à Constituição Federal.

200. Porém, apenas por amor ao debate, suponha-se que fosse possível uma eventual negociação com as concessionárias com vistas a um radical redesenho matemático da concessão que acarretasse em drástica redução das taxas internas de retorno e demais variáveis matemáticas, para que, enfim, os contratos atendessem plenamente ao interesse público. Nesse caso, as modificações na modelagem econômica da concessão seriam tão profundas que alterariam substancialmente as condições estabelecidas no edital da licitação. Ou seja, restariam violados os princípios aplicáveis às licitações: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo, e, dos que lhes são correlatos (art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93).

201. Conclui-se que o Edital da Concorrência nº 01/2011-ST, com os



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

contratos dela decorrentes, encontram-se maculados por vícios insanáveis. Portanto, sua anulação é medida que se impõe.

202. Sobre a nulidade do certame, vejamos o texto de Airton Rocha Nobrega³¹:

A anulação, consoante orientação firmada pela doutrina e jurisprudência de Direito Administrativo, corresponde ao desfazimento do ato administrativo em decorrência de razões diretamente resultantes de sua ilegalidade.

(...)

Tais súmulas afirmam, respectivamente, de modo explícito e claro que "a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos" e que "a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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."

(...)

A anulação resultará, pois, de haver a constatação de ilegalidade, sendo ela imposta à Administração sempre que se detectar vício que impeça os efeitos do ato praticado. Não se confere à Administração, como visto, mera faculdade ou qualquer poder para deliberar acerca da oportunidade e conveniência da anulação; a ela se impõe o dever de declarar nulo o ato praticado em desconformidade com a norma, desconstituindo, em seguida, os efeitos que então foram gerados.

(...)

Cumprе rememorar, no entanto, que a anulação deve estar fundada em motivos que se prestem a justificar o ato respectivo.

(...)

Atenta a tais atitudes e buscando coibi-las, porque em geral contrárias ao interesse público e economicamente lesivas ao erário, estabeleceu a Lei de Licitações e Contratos em seu art. 49 a necessidade de fundamentar a Administração o ato de anulação em "parecer escrito e devidamente fundamentado".

³¹ NÓBREGA, Airton Rocha. *ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO E AMPLA DEFESA*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/434>. Acesso em 12 de ago 2015.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

203. Uma solução jurídica para o caso, em opção à nulidade do certame, seria a aplicação do instituto da convalidação, assim descrito na doutrina³²:

Embora se discuta na doutrina a possibilidade de convalidação do ato praticado em desconformidade com a orientação normativa, não é ela aceita de modo pacífico, até porque, se aceita essa tese, estar-se-ia, como apontam alguns, negando o princípio da legalidade. Discorrendo acerca do assunto, Maria Sylvia Zanella de Pietro (in, "Direito Administrativo" - Ed. Atlas, 9ª ed., pág. 195), assevera que:

A Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão".

Observa-se, entretanto, que a orientação expressada pela ilustre administrativista não é a que prepondera, senda negada por outros autores, como é o caso de Hely Lopes Meirelles, que não aceitam sequer a existência de atos administrativos anuláveis, ante a necessidade de que venha a imperar sempre a legalidade administrativa em detrimento do interesse privado³³. É essa a lição de Meirelles³⁴, *in verbis*:

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 pretende alguns autores que transplantam teorias de Direito Privado para o Direito Público, sem meditar na sua inadequação aos princípios da atividade estatal.

204. À parte as considerações doutrinárias acerca da aplicabilidade ou não do instituto, entendemos que a convalidação não se aplicaria à Concorrência nº 1/11 - ST, pois, segundo comentado nesta instrução, manter os contratos decorrentes deste certame representaria a permanência de danos irreparáveis ao Erário (TIR superestimada). O desfazimento da licitação aparece, assim, como alternativa única.

205. O papel a ser desempenhado por esta Casa no que se refere à anulação aqui aventada é tratado na próxima seção.

³² NÓBREGA, Ailton Rocha. *ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO E AMPLA DEFESA*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/434>. Acesso em 12 de ago 2015.

³³ Em qualquer caso, a diferença entre os atos nulos e anuláveis repercute na obrigatoriedade da proclamação do vício dos primeiros e a possibilidade de saneamento dos segundos. Mas até que o vício venha a ser pronunciado, quer os atos nulos quer os anuláveis produzem efeitos.

³⁴ Direito Administrativo brasileiro. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 203.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

III.3 Da determinação de anulação dos contratos

206. Diante da impossibilidade de ajustar as cláusulas contratos de modo a corrigi-las, resta a este Tribunal, consoante o art. 71, X, da CF/88 determinar à Secretaria de Transportes que promova a anulação da licitação e, consequentemente, dos contratos dela resultantes. Neste sentido, destacamos o acórdão do Supremo Tribunal Federal em Mandado de Segurança 26000/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 16.10.2012. (MS-26000), assim ementado, *in verbis*:

EMENTA

Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Termo de sub-rogação e rerratificação derivado de contrato de concessão anulado. Nulidade. Não configuração de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segurança denegada.

1. De acordo com a jurisprudência do STF, "o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou" (MS 23.550, redator do acórdão o Ministro **Sepúlveda Pertence**, Plenário, DJ de 31/10/01). Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei.

2. Contrato de concessão anulado em decorrência de vícios insanáveis praticados no procedimento licitatório. Atos que não podem ser convalidados pela Administração Federal. Não pode subsistir subrogação se o contrato do qual derivou é inexistente.

3. Não ocorrência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A teor do art. 250, V, do RITCU, participaram do processo tanto a entidade solicitante do exame de legalidade, neste caso a ANTT, órgão competente para tanto, como a empresa interessada, a impetrante (Ecovale S.A.).

4. Segurança denegada.

207. Para melhor compreensão das questões abordadas no enfrentamento do referido Mandado de Segurança, pela Suprema Corte,



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

transcreve-se o histórico publicado em Informativo do STF³⁵ (original sem grifos):

O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, possui competência, consoante o art. 71, IX, da CF, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação de contrato e, se for o caso, da licitação de que se originara. Ao ratificar essa orientação, firmada no julgamento do MS 23550/DF (DJU de 31.10.2001), a 1ª Turma denegou mandado de segurança, cuja causa de pedir era a anulação do decisum da Corte de Contas que ordenara ao Ministério dos Transportes a declaração de nulidade de avença de sub-rogação e rerratificação, por meio da qual se transferira à impetrante, sob o regime de concessão, a administração e exploração de parte de rodovia. A impetrante aduzia que: a) a declaração de nulidade efetuada pelo Departamento de Estradas e Rodagem (DER) estadual não seria suficiente para retirar o instrumento de concessão do ordenamento jurídico, uma vez que teria a Administração Pública poderes para rever seus atos, nos moldes dos Verbetes 346 e 473 da Súmula desta Suprema Corte; b) o Ministério dos Transportes, ao rever o ato anulatório, teria afastado as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas do estado, de sorte que inexistiria qualquer desconformidade do contrato com a lei, porque que seria legal o certame; c) a Administração Federal não poderia vincular-se à decisão de Corte de Contas estadual, tendo em vista que a jurisdição desta abarcaria apenas a respectiva unidade federativa; d) essa resolução do Tribunal de Contas local deveria ser declarada nula, em razão de cerceamento do direito de defesa, uma vez que a ora impetrante não fora notificada para integrar o respectivo processo; e e) o Ministério dos Transportes também não teria sido chamado a se manifestar no procedimento perante o TCU, o que representaria violação ao princípio do devido processo legal.

De início, afirmou-se que o TCU não seria tribunal administrativo, no sentido francês, dotado de poder de solução dos conflitos em última instância. Preceituou-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição impediria que houvesse essa equiparação, além do que os poderes desse órgão estariam devidamente delimitados no art. 71 da CF. Outrossim, anotou-se que a participação do TCU no processo de anulação, resolução ou resilição de contratos, conforme houvesse ou não o elemento ilícito ou culposo na causa determinante da extinção anormal do ajuste, limitar-se-ia a determinar à autoridade a fixação de prazo à entidade, com a finalidade de que adotasse providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. Sublinhou-se que os efeitos da inobservância do comando do Tribunal de Contas dilatar-se-iam para outra esfera (Lei 8.443/92: "Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará

³⁵ Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm#TCU%20e%20anula%C3%A7%C3%A3o%20de%20contratos%20administrativos%20-%201>



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

a execução do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis”).

Aludiu-se que se o administrador não se curvasse ao que prescrito pelo TCU, a iniciativa retornaria à própria Corte de Contas (CF, art. 71, X). Ademais, versou-se que, na hipótese de contrato, o ato de sustação seria adotado diretamente pelo Congresso Nacional (CF, art. 71, § 1º). Contudo, a suspensão do ajuste por este último órgão seria desnecessária na espécie, pois o Ministério dos Transportes declarara nulo o termo de sub-rogação. Observou-se que a delegação firmada entre a União e o estado-membro possuiria cláusula de possibilidade de sub-rogação de eventual avença de concessão ao Governo Federal, caso houvesse denúncia daquele instrumento por parte do delegatário. Ocorre que, antes de haver a denúncia pela unidade federativa, o órgão competente para tanto — seu respectivo DER, nos termos de cláusula contratual — já teria anulado o ajuste de concessão. Frisou-se que, a princípio, o Ministério dos Transportes desconheceria a efetiva anulação da mencionada concessão. Assim, constatou-se que esse órgão entendera pela possibilidade de sub-rogação do contrato pela União, o que somente seria definitivamente concretizado após exame da legalidade pelo TCU. Ressaltou-se que, com a remessa do caso a esta Corte de Contas, ela averiguara que teriam sido apuradas irregularidades insanáveis no processo licitatório, pelo Tribunal de Contas do estado, reconhecidas pela Administração estadual, as quais teriam como consequência a invalidação do contrato de concessão. Diante disso, ressurgiu-se que a União, tendo como interveniente o Ministério dos Transportes, não poderia sub-rogar-se no papel antes exercido pelo estado-membro. Isso porque, nulo o contrato de concessão, não subsistiria a cláusula do ajuste de delegação que permitirá a referida sub-rogação. (...)

No ponto, enfatizou-se que contrato nulo, em decorrência de vícios insanáveis, não poderia conservar-se no ordenamento jurídico, nem ser convalidado por ato posterior da Administração. Por fim, repeliu-se qualquer violação constitucional, pois o próprio Ministério dos Transportes provocara o TCU para manifestação quanto à legalidade dos procedimentos, bem como da sub-rogação do pacto de concessão. Discorreu-se que, no que concerne aos processos de desestatização, de acordo com o art. 258, do RITCU, o processo de acompanhamento seria o instrumento utilizado para exame da legalidade e legitimidade dos atos de gestão administrativa e, no presente caso, de concessão de serviço público (Instrução Normativa 27/98 do TCU), pelo que a autoridade coatora nada mais fizera senão exercer os poderes que lhe seriam inerentes, sem abusos ou ilegalidades. O Min. Luiz Fux acresceu que careceria de liquidez e certeza o que aventado pela impetrante. Explanou que, conquanto o writ tivesse sido maneado em face de ato do TCU, a parte objetivaria discutir decisão que fora adotada no tribunal de origem relativamente à invalidade de licitação. Sobrelevou que, quanto à matéria de fundo, o contrato administrativo sempre seria precedido de licitação; se esta fosse inválida, contaminaria os atos consecutórios.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

Esclareceu que a cláusula de subrogação não serviria para hipóteses de nulidade, mas para casos de impossibilidade de continuidade da concessão. O Min. Marco Aurélio registrou que a substituição do Ministério dos Transportes por pessoa jurídica de direito privado mostrar-se-ia imprópria. Prelecionou que a atuação do TCU decorreria de provocação do próprio Ministério dos Transportes.

208. Ressalta-se que há de se dar ao interessado necessariamente – sob pena de nulidade do ato – prévia ciência dos motivos invocados para esse fim, oportunizando-se a ele o direito de questionar as razões invocadas pela Administração e até mesmo o de produção de provas que se prestem a descaracterizar as razões sustentadas para a invalidação do certame.

209. Portanto, deve esta Corte de Contas oportunizar o contraditório e a ampla defesa, tanto para a Secretaria de Mobilidade, como para as empresas vencedoras de cada lote da Concorrência nº 01/11 – ST.

IV – CONCLUSÕES/SUGESTÕES

210. A análise despendida nestes autos levantou uma série de irregularidades de ordem técnica que macularam a legalidade da Concorrência nº 1/11 – ST, a saber:

- Falta de estipulação do Custo Médio Ponderado de Capital – WACC, pelo Poder Concedente e, em consequência, ausência de limitação da TIR para os concorrentes (arts. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 11, 23, inciso IV e 29, inciso V, da Lei nº 8987/95);
- Ausência, no edital, de critérios objetivos de julgamento das propostas financeiras (art. 18, inciso IX, da Lei nº 8.987/95);



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

- Aprovação pela Comissão de Licitação de TIR superestimadas (arts. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 11, 23, inciso IV e 29, inciso V, da Lei nº 8987/95);
- Manutenção de VPL positivo para os licitantes, incabível em concessões de menor tarifa (arts. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 11, 23, inciso IV e 29, inciso V, da Lei nº 8987/95);
- Baixa qualidade técnica dos parâmetros econômico-financeiros da Concorrência, expressos no anexo II.11 do edital da Concorrência nº 1/11 – ST (art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93);
- Dados de quilometragem e quantidade de passageiros distintos do real (art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93);
- Ausência, à época da licitação, de orçamento detalhado dos custos (art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93);
- Risco de demanda de passageiros imputado ao Poder Concedente (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95)

211. Somam-se a essas falhas de ordem técnica, o conflito de interesses entre as consultorias que forneceram os dados técnicos e jurídicos para a licitação, fatos apreciados na Ação Popular nº 2013.01.1.092892-0 e Ação Civil Pública nº 2013.01.1.137964-2. Embora devamos aguardar o deslinde do Poder Judiciário sobre esses temas, prestam-se a ilustrar o círculo vicioso de ilegalidades que nortearam a Concorrência nº 1/11: dados técnicos equivocados, irreais, fornecidos por consultoria técnica ligada a escritório de advocacia, que comandou o processo licitatório.

212. É o que consta dos parágrafos 42 e 57 do Parecer nº 1102/13 – MF, reproduzidos a seguir:

42. De estranhar que a análise do lote 4 às fls. 5365/6, assinada por Wagner Colombini Martins, da Logit, também consta do Anexo XXXII, em



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

igual teor, forma e data, mas rubricados e assinados pelos integrantes da Comissão Especial de Licitação, como se da autoria destes fossem. Trata-se de indício de que a Comissão possa ter atuado apenas como fachada, sendo a licitação operacionalizada pela Logit e Sacha Reck, consoante amplamente veiculado na imprensa.

(...)

57. Segundo a matéria jornalística de fls.5059 a 5061, trazida pelo Consórcio Grupo Empresarial Sogima, “ Durante todo o processo, Sacha esteve no comando e no dia da entrega da documentação foi ele que digitou a ata do certame. Sacha tirou o secretário Humberto Menezes do seu lugar, deixando-o na plateia assistindo tudo.” Segundo o presidente da Comissão de Licitação, Galeno Furtado Monte, “Toda a licitação foi redigida pelo escritório Sacha Reck. Isso aí já foi negociado antes. Até o resultado da licitação. É o escritório que dá o resultado. É uma enganação. Quem preparou o projeto básico foi o pai do Sacha com o outro filho, que analisa todos os recursos. A licitação foi para inglês ver.” (destaque nosso).

Foto da Matéria Jornalística do Blog QuidNivi, às fls. 5059/61 destes autos:



Momento de entrega das propostas da Licitação 001/2011 ST.
Humberto Menezes (esquerda), secretário da Comissão de Licitação assiste o certame.
Sacha Reck (direita) advogado do Grupo Constantino, redige a Ata.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

213. Mas ao Controle Externo cabe decidir com base nos dados técnicos apurados nesta instrução, conforme tópico 1.2.2.7 anterior. A possibilidade da alteração contratual e convalidação foi discutida, mas opinou-se pela sua impossibilidade, haja vista que a qualidade e magnitude das modificações contratuais que se fariam necessárias para atender ao interesse público alterariam o equilíbrio-econômico financeiro dos ajustes, além do que caracterizariam modificação profunda das condições estabelecidas na licitação (tópico III desta instrução).

214. Assim, por serem insanáveis as ilegalidades e falhas técnicas cometidas na licitação, as quais macularam os contratos dela resultantes, é forçoso reconhecer a nulidade da licitação e dos respectivos contratos. Evidentemente, a manifestação final desta Corte acerca de tal nulidade não pode ocorrer sem antes coletar a manifestação dos interessados, garantindo-se o direito constitucional do contraditório e ampla defesa.

215. Quanto à revisão tarifária objeto da Portaria nº 25/15 - SEMOB (e-doc 669D1B9C), proporemos ao Tribunal a sua suspensão por estar contaminada pelos vícios expressos no tópico 1.2.2.7 desta instrução (tópico II.5 desta instrução), além de ter sido concedida com dados não oficiais de quilômetros rodados e quantidade de passageiros transportados.

216. Cabe a determinação para que números confiáveis sejam enviados a esta Corte para referendar a correta revisão tarifária, em complemento aos já solicitados na Nota de Inspeção nº 2/15 (e-doc DDEB61A3).

217. Diante do exposto, sugere-se ao Tribunal que:

- I. Conheça dos Ofícios nºs 647/15-SEMOB, 735/15-SEMOB e 11451/15-SEMOB;
- II. Com base no princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal),



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

conceda prazo para manifestação da Secretaria de Estado de Mobilidade do Distrito Federal e das concessionárias, Auto Viação Marechal Ltda., Expresso São José Ltda., Viação Pioneira Ltda. Viação Piracicabana Ltda. e Urbi – Mobilidade Urbana, acerca das irregularidades registradas nesta instrução, relativas à Concorrência nº 1/11 – ST, diante da possibilidade do reconhecimento de sua nulidade, bem como dos respectivos contratos;

III. Determine à Secretaria de Mobilidade que:

- a. com base no art. 198 do Regimento Interno desta Corte, suspenda os efeitos da Portaria nº 25/15 – SEMOB até posterior deliberação desta Corte;
- b. encaminhe a esta Corte dados oficiais atuais, coletados pelo Poder Concedente, de quantidade de passageiros transportados e de quilometragem percorrida, bem como das receitas acessórias de publicidade, das concessionárias Auto Viação Marechal Ltda. e Viação Pioneira Ltda., na execução dos contratos de concessão nºs 08/2013 - ST/DF e 01/2012 – ST/DF, nesta ordem;

IV. Autorize:

- a. o encaminhamento aos indicados no item III anterior de cópia desta Informação, do relatório voto preponderante e da decisão que vier a ser proferida;
- b. o retorno dos autos a esta Secretaria para os fins pertinentes.

À superior consideração

ORIVAM IBIAPINA DA SILVA

ACE – Mat. 568-1

HELTON LINHARES DRUMOND MACHADO



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
3ª DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO

ACE – Mat. 557-6