

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO MELO DO NASCIMENTO</p>
--

VOTO GC-7

PROCESSO: TCE-RJ nº 104.600-4/17
ORIGEM: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ASSUNTO: RELATÓRIO DE AUDITORIA GOVERNAMENTAL – AUDITORIA DE CONFORMIDADE – ORDINÁRIA

AUDITORIA GOVERNAMENTAL DE CONFORMIDADE. CONCESSÃO DE SERVIÇOS METROVIÁRIOS. ANÁLISE DOS CONTROLES QUE PAUTARAM A AUTORIZAÇÃO DAS REVISÕES TARIFÁRIAS. AUSÊNCIA DE MANUTENÇÃO DOS PARÂMETROS DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA INICIAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO. IRREGULARIDADES NA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO. INCONSISTÊNCIAS NOS PAGAMENTOS A TÍTULO DE OUTORGA E NAS ATIVIDADES REGULATÓRIAS DO CONTRATO. DETERMINAÇÕES. NOTIFICAÇÃO.

Cuidam os autos de Auditoria Governamental Ordinária, na modalidade Conformidade, realizada em 2017, na Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp), na Secretaria de Estado de Transportes (Setrans) e na então Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (Seplag), com o objetivo de analisar os controles que pautaram a autorização das revisões tarifárias, considerando o pactuado no contrato de concessão dos serviços metroviários das Linhas 1 e 2, assim como as suas posteriores alterações.

Conforme o Sistema de Controle e Acompanhamento de Processos (SCAP), tramitam outros processos apensos e com análise de mérito sobrestada até a decisão definitiva no âmbito desta Auditoria.

Em sua análise técnica, a Coordenadoria de Auditorias Temáticas e Operacionais (CTO)¹, assim se pronuncia, por meio do Relatório de Auditoria constante da peça eletrônica “05/10/2017 – Informação da CTO”:

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

4.1 COMUNICAÇÃO ao atual Presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp), com base no § 1º, art. 6º da Deliberação TCE/RJ 204/1996, para que cumpra o seguinte:

4.1.1 DETERMINAÇÃO para que instaure imediatamente e como condição preliminar de exame do ciclo revisional referente ao período de 2013/2017 procedimento administrativo para definição da fórmula de cálculo da remuneração do capital (critérios, metodologia e base de cálculo), dando cumprimento ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e observando, entre outros aspectos, os seguintes (Achado 1, item 2.1.1):

- Os termos do disposto no art. 9º da Lei Estadual nº 2.869/1997;
- Os efeitos econômicos decorrentes da proposta da concessionária apresentada no leilão tratado no Edital PED/ERJ nº 01/1997;
- As projeções de resultado e o fluxo de caixa constante do relatório final da modelagem financeira que integrou os estudos preliminares à concessão.

4.1.1.1 Observe os seguintes procedimentos mínimos para permitir a conclusão do procedimento de definição da fórmula de cálculo da remuneração do capital da concessionária em tempo razoável, nos termos do previsto no art. 4º, inciso III, da Lei Estadual nº 4.555/2005 e do Regimento Interno da Agetransp (Achado 1, item 2.1.1):

A) Intime a concessionária e o Poder Concedente, na pessoa do Governador do Estado, para se pronunciarem, no prazo máximo de 30 dias, sobre a fórmula de cálculo do capital da concessionária e requisite concomitantemente e se entender necessário pronunciamento conclusivo, no mesmo prazo, dos órgãos técnicos da agência reguladora e da Procuradoria-Geral da Agência, tendo em vista a necessidade de formação de contraditório para permitir a decisão da agência reguladora, nos termos do disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República;

B) Instaure, imediatamente e de forma concomitante ao processo de apuração mencionado no item “A”, câmara de negociação entre a concessionária e a Agetransp, com a participação do Poder Concedente, presidida, no mínimo, por servidor qualificado da Agetransp, intimando os demais integrantes a designarem representantes no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com a finalidade de negociar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a fórmula de cálculo da remuneração do capital da concessionária, observada

¹Coordenadoria atualmente extinta, sendo que as atribuições relativas à realização de auditorias governamentais sobre temas de regulação, concessão e parcerias público-privadas estão sob a responsabilidade da Coordenadoria de Auditoria em Regulação de Serviços Públicos (CRS), conforme Ato Normativo TCE-RJ nº 166/19.

a equação econômico e financeira inicial do contrato, nos termos das disposições aplicáveis da cláusula sétima, §§ 19º e 20º, do 6º termo aditivo ao contrato de concessão e o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República;

C) Esgotadas as providências preliminares tratadas nos itens “A” e “B”, aprecie a fórmula de cálculo da remuneração do capital da concessionária, considerando a equação econômico-financeira inicial e o capital efetivamente investido na concessão, no prazo previsto por analogia no § 16º da cláusula sétima do sexto termo aditivo ao contrato de concessão, remetendo cópia da Deliberação ao TCE-RJ, de forma a comprovar a viabilidade jurídica de manutenção do contrato de concessão.

4.1.2 DETERMINAÇÃO para que conclua a apreciação do ciclo revisional referente ao período de 2013/2017 em tempo hábil, observando o disposto no art. 4º, inciso III, da Lei Estadual nº 4.555/2005 e aproximando-se do prazo previsto, por analogia, no § 16º da cláusula sétima do sexto termo aditivo ao contrato de concessão; (Achado 3, item 2.3.1)

4.1.3 DETERMINAÇÃO para que intime o Poder Concedente a se pronunciar sobre o processo de revisão tarifária, antes de sua apreciação de mérito, nos termos do disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República; (Achado 1, item 2.1.5)

4.1.4 DETERMINAÇÃO para que realize inspeção ou auditoria ou exija a contratação de auditores independentes pela concessionária, nos termos da cláusula décima segunda, inciso VIII, do sexto termo aditivo ao contrato de concessão, para certificar, no prazo de 60 (sessenta) dias, com lastro em documentos hábeis de suporte, como os respectivos projetos, contratos e notas fiscais, os valores efetivamente investidos pela concessionária, observando a necessidade de (Achado 2, item 2.2.4):

- Demonstração, com a documentação de suporte, das respectivas fontes de custeio dos investimentos realizados a título de pagamento de outorga;
- Comparação do total devido a título de outorga, ajustado o valor da moeda à data da realização das correspondentes despesas (cláusula nona, § 3º, do contrato de concessão), com o valor dos investimentos efetivamente realizados pela concessionária, considerando inclusive a imunidade tributária obtida no processo de importação do material rodante, avaliando-se se a outorga fixada foi efetivamente paga;
- Comprovação pela concessionária do valor real do capital por ela investido na concessão e passível de remuneração pela tarifa, nos termos do disposto no art. 9º da Lei Estadual nº 2.869, de 18.12.97, no contrato e na Constituição da República.

4.1.5 DETERMINAÇÃO para que realize imediata inspeção física na concessionária, no prazo de 5 dias, para aferir a propriedade e individualizar os trens locados e que de fato circulam na linha 4 do metrô, informando o resultado da apuração, no prazo máximo de 30 dias a este Tribunal de Contas; (Achado 3, item 2.3.3)

4.1.6 RECOMENDAÇÃO para adoção das seguintes providências; (Achado 3, item 2.3.2)

- *Definição formal dos procedimentos de revisão tarifária dos serviços metroviários das linhas 1 e 2;*
- *Adoção de um plano de capacitação contemplando o conjunto de servidores;*
- *Articulação com o Poder Executivo para eventual cessão de servidores necessários ao integral desempenho das atribuições da Agetransp.*

4.2 COMUNICAÇÃO ao atual Secretário de Estado de Transportes, com base no § 1o, art. 6o da Deliberação TCE RJ 204/1996, para que cumpra o seguinte:

4.2.1 DETERMINAÇÃO para que informe o atual estágio de cobrança do valor relativo ao desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato de concessão de transporte metroviário, montando em R\$197.943.284,46 (cento e noventa e sete milhões, novecentos e quarenta e três mil, duzentos e oitenta e quatro reais e quarenta e seis centavos) em moeda de dezembro de 2014 e a respectiva utilização de tal numerário, tendo em vista o disposto no art. 9º da Lei Estadual nº 2.869/1997 e no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República; (Achado 1, item 2.1.4)

4.2.2 DETERMINAÇÃO para que conclua a análise das prestações de contas da concessionária sobre a aplicação dos recursos totalizando R\$82.669.492,48 para pagamento de obrigações da Riotrilhos e da Cia. do Metropolitano do Rio de Janeiro – em liquidação, listadas no anexo V do sexto termo aditivo, observando o disposto na cláusula nona, § 3º, do contrato de concessão e encaminhando no prazo de 60 (sessenta) dias à Auditoria Geral do Estado para emissão de certificado de auditoria, nos termos do disposto no art. 54, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 63/1990; (Achado 2, item 2.2.4.2)

4.2.3 DETERMINAÇÃO para que consolide as informações prestadas pela Secretaria de Estado de Fazenda, a Riotrilhos e a Auditoria Geral do Estado - AGE, solicitadas pelos Ofícios SETRANS/SET nos 361, 379 e 380/2017, tratando dos valores mensais das outorgas pagas pela Opportrans Concessão Metroviária S.A., desde o início da concessão até a presente data, informando a data de pagamento, o valor pago e o mês de competência, assim como a conta contábil (ou conta corrente) em que houve o registro no Siafem, conciliando-as com as informações disponíveis na Assessoria Jurídica da Setrans e mencionadas no processo E-10/000.353/2007, submetendo o resultado em 60 (sessenta) dias à Auditoria Geral do Estado – AGE para verificação da existência de débitos a título de outorga e, se for o caso, de necessidade de instauração de tomada de contas; (Achado 2, item 2.2.3.1)

4.2.4 DETERMINAÇÃO para que comissão composta por membros indicados pela RIOTRILHOS e pela CONCESSIONÁRIA para revisar, detalhar e completar o inventário dos bens, conclua seu trabalho no prazo máximo de 60 dias e registre todos os bens adquiridos ou entregues à concessionária e aqueles eventualmente não localizados, nos termos do disposto no § 2º, da cláusula décima sétima do sexto termo aditivo ao contrato. (Achado 3, item 2.3.3)

4.3 COMUNICAÇÃO ao Poder Concedente, na pessoa do Excelentíssimo Governador do Estado, para que se manifeste sobre os seguintes aspectos:

4.3.1 Alteração contratual por meio do sexto termo aditivo ao contrato de concessão, sem observância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor, contrariando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República; (Achado 1, item 2.1.2)

4.3.2 Pactuação de outorgas suplementares e para prorrogação do contrato em desconformidade com a equação econômico-financeira inicial do contrato e seu pagamento por meio de dação em pagamento irregular, contrariando o disposto na cláusula primeira, parágrafo nono, do contrato de concessão, no artigo 27, inciso XXI, da Constituição da República, nos artigos 66 da Lei nº 8.666/1993 e nos artigos 7º, § 2º, incisos I e II, e §§ 4º e 6º da mesma Lei, combinado com o disposto no art. 18, inciso XV, da Lei nº 8.987/1995, além de violar o caráter sinalagmático do contrato; (Achado 2, itens 2.2.2 e 2.2.3)

4.3.3 A construção da Linha 1A sem fundamento em estudo técnico adequado e violando o princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição da República. (Achado 2, item 2.2.1)

4.4 COMUNICAÇÃO à Concessão Metroviária do Rio de Janeiro S/A (CNPJ nº 10.324.624/0001-18), para que se manifeste sobre os seguintes aspectos:

4.4.1 Alteração contratual por meio do sexto termo aditivo ao contrato de concessão, sem observância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor, contrariando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República; (Achado 1, item 2.1.2)

4.4.2 Pactuação de outorgas suplementares e para prorrogação do contrato em desconformidade com a equação econômico-financeira inicial do contrato e seu pagamento por meio de dação em pagamento irregular, contrariando o disposto na cláusula primeira, parágrafo nono, do contrato de concessão, no artigo 27, inciso XXI, da Constituição da República, nos artigos 66 da Lei nº 8.666/1993 e nos artigos 7º, § 2º, incisos I e II, e §§ 4º e 6º da mesma Lei, combinado com o disposto no art. 18, inciso XV, da Lei nº 8.987/1995, além de violar o caráter sinalagmático do contrato; (Achado 2, itens 2.2.2 e 2.2.3)

4.4.3 A construção da Linha 1A sem fundamento em estudo técnico adequado e violando o princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição da República; (Achado 2, item 2.2.1)

4.4.4 Anuência do estado do Rio de Janeiro com a transferência do controle acionário da concessionária em 04.12.09 e prorrogação do contrato de concessão em 27.12.07 após a contratação pela concessionária do escritório de advocacia da esposa do então governador. (Achado 1, item 2 dos efeitos, às fls. 49/50)

4.5 COMUNICAÇÃO à FGV, para que se manifeste sobre os seguintes aspectos:

4.5.1 Alteração contratual por meio do sexto termo aditivo ao contrato de concessão, sem observância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor, contrariando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República. (Achado 1, item 2.1.2)

4.6 COMUNICAÇÃO à Construções e Comércio Camargo Correa S/A (CNPJ nº 61.522.512/0001-02), para que se manifeste sobre os seguintes aspectos:

4.6.1 Pagamento de 40 milhões, contrariando o disposto nos artigos 60 e 63, §2º, inciso III, 83 e 90 da Lei nº 4.320/1964 e nos artigos 66, 67 e seus parágrafos e 73, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, além de o disposto no art. 167, inciso II, da Constituição da República. (Achado 2, item 2.2.4.1)

4.7 NOTIFICAÇÃO ao Sr. Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho, Governador do Estado do Rio de Janeiro à época, com base no § 2º, art. 6º da Deliberação TCE-RJ 204/1996, para que apresente defesa, juntando documentação comprobatória, para as irregularidades a seguir relacionadas:

4.7.1 Promover alteração contratual por meio do sexto termo aditivo ao contrato de concessão, sem observância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor, contrariando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República; (Achado 1, item 2.1.2)

4.7.2 Pactuação de outorgas suplementares e para prorrogação do contrato em desconformidade com a equação econômico-financeira inicial do contrato e seu pagamento por meio de dação em pagamento irregular, contrariando o disposto na cláusula primeira, parágrafo nono, do contrato de concessão, no artigo 27, inciso XXI, da Constituição da República, nos artigos 66 da Lei nº 8.666/1993 e nos artigos 7º, § 2º, incisos I e II, e §§ 4º e 6º da mesma Lei, combinado com o disposto no art. 18, inciso XV, da Lei nº 8.987/1995, além de violar o caráter sinalagmático do contrato; (Achado 2, itens 2.2.2 e 2.2.3)

4.7.3 Pagamento de 40 milhões à Construtora Camargo Correia, contrariando o disposto nos artigos 60 e 63, §2º, inciso III, 83 e 90 da Lei nº 4.320/1964 e nos artigos 66, 67 e seus parágrafos e 73, inciso I da Lei nº 8.666/1993, além de o disposto no art. 167, inciso II, da Constituição da República; (Achado 2, item 2.2.4.1)

4.7.4 A construção da Linha 1A sem fundamento em estudo técnico adequado e violando o princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição da República; (Achado 2, item 2.2.1)

4.7.5 Anuência do estado do Rio de Janeiro com a transferência do controle acionário da concessionária em 04.12.09 e prorrogação do contrato de concessão em 27.12.07 após a contratação pela concessionária do escritório de advocacia da esposa do então governador. (Achado 1, item 2 dos efeitos, às fls. 49/50)

4.8 NOTIFICAÇÃO aos Srs. Francisco José Reis, Luiz Antonio Laranjeira Barbosa, Maurício Agnelli e Antônio de Carvalho, conselheiros da AGETRANSP à época, com base no § 2º, art. 6º da Deliberação TCE-RJ 204/1996, para que apresente defesa, juntando documentação comprobatória, para as irregularidades a seguir relacionadas:

4.8.1 Aprovação do 6º termo aditivo ao contrato de concessão (Deliberação 142/2007) - (Achado 2, Causas, às fls. 85/87):

- **com inobservância ao disposto na cláusula terceira, §1º e na cláusula 4ª, §1º, do contrato de concessão;**

- *desconsiderando questões prejudiciais então em análise na Agetransp, como:*
 - *a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do primeiro quinquênio do contrato e a não fixação por aquela autarquia dos critérios para aferição da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, indispensável à promoção da alteração contratual pretendida e;*
 - *que não havia decisão definitiva sobre o critério de fixação das outorgas suplementares.*

4.9 NOTIFICAÇÃO ao Sr. Rodrigo Vieira, Secretário de Estado de Transportes, com base no § 2º, art. 6º da Deliberação TCE-RJ 204/1996, para que apresente defesa, juntando documentação comprobatória, para a irregularidade a seguir relacionada:

4.9.1 Opção pela cobrança e aplicação em investimentos do valor tratado na Deliberação Agetransp 792/2016, não considerando a possibilidade de redução da tarifa e deixando de submeter o insucesso da negociação com a concessionária à Agetransp, em detrimento do disposto no art. 3º da referida Deliberação e se omitindo de adotar medidas para dar concretude imediata ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e alinhando possíveis investimentos não justificados tecnicamente, incluindo menção à aquisição de novos trens, considerando a recente aquisição de trens pelo Estado e o custeio da reforma do material rodante pelo Estado, contrariando o disposto no artigo 2º da Lei Estadual nº 5.427/2009. (Achado 1, item 2.1.4)

4.10 COMUNICAÇÃO ao atual Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, com base no § 1º, art. 6º da Deliberação TCE-RJ nº 204/1996, para que cumpra o seguinte:

4.10.1 DETERMINAÇÃO para que instaure sindicância visando à apuração de responsabilidades acerca do extravio de parte do processo administrativo E-05/1341/1996, do edital e contrato de concessão da Linha 1 e 2 do metrô, encaminhando-o posteriormente a esta Corte de Contas (limitações às fls. 16).

4.11 Ciência ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro;

4.12 Ciência à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro;

4.13 AUTORIZAÇÃO para monitoramento extraordinário do cumprimento dos prazos das determinações formuladas e para elaboração de relatório de monitoramento sumário e em conjunto com a análise das defesas e demais informações carreadas ao processo em razão das comunicações propostas.

O Ministério Público Especial manifesta-se em concordância com os achados do Relatório de Auditoria, bem como transcreve trechos contidos na Representação que deu origem aos Processos TCE-RJ nº 104.130-9/17 e nº 100.793-1/18, registrando pedido de sustação dos contratos de concessão relativos às Linhas 1, 2 e 4 do Metrô do Rio de Janeiro e de declaração de nulidade das respectivas

concessões, por meio do parecer constante da peça eletrônica “07/03/2018 - Informação MPE”.

É o Relatório. Passo ao meu Voto.

Após detido exame dos autos, observo que a presente auditoria aborda **única e exclusivamente a concessão dos serviços metroviários das Linhas 1 e 2, concedida mediante contrato celebrado em 27/01/1998, oriundo do Edital de Leilão nº 01/97**, conforme destaca o próprio Relatório de Auditoria:

1.1 Visão Geral

A auditoria aborda única e exclusivamente a concessão dos serviços metroviários das linhas 1 e 2, que, atualmente, abarcam, respectivamente os trechos entre as estações Uruguai e General Osório e Pavuna a São Cristóvão, além da estação Cidade Nova, que integra a denominada linha 1A. A exploração econômica do serviço público metroviário foi concedida à iniciativa privada por meio de contrato resultante de licitação, celebrado em 27.01.98, com sociedade empresária atualmente denominada Concessão Metroviária do Rio de Janeiro S/A.

Destaco, ainda, que o Corpo Técnico informa se tratar da primeira auditoria nos procedimentos de revisão tarifária do contrato de concessão celebrado em 27/01/1998, embora tenha tramitado diversos processos sobre a Linha 1 e 2 do Metrô nesta Corte de Contas.

Os resultados da presente auditoria foram segregados em 3 (três) achados apresentados no relatório.

O Achado nº 01 trata especialmente do desequilíbrio contratual evidenciado na prorrogação do contrato e nas revisões periódicas – pela não observância da equação econômico-financeira da proposta vencedora da licitação e, portanto, do contrato inicial de concessão.

O Achado nº 02 aborda a irregularidade dos pagamentos a título de outorga, realizados por meio de investimentos e quitações de passivos financeiros do Estado, muitas vezes sem amparo legal e sem o controle dos valores estimados e efetivamente desembolsados.

Por sua vez, o Achado nº 03 relata a ausência de celeridade e omissão da Agetransp no cumprimento de suas atribuições legais e contratuais relacionadas à

concessão das linhas 1 e 2 do Metrô, bem como a existência de deficiências estruturais na agência reguladora.

Para uma melhor compreensão da matéria, reputo pertinente apresentar, de forma cronológica, sintetizada e contextualizada, os fatos abordados pelo Corpo Técnico em cada achado de auditoria.

1- Achado de Auditoria 01: Não Manutenção dos parâmetros da Equação Econômico-financeira inicial do Contrato de Concessão.

Neste Achado de Auditoria o Corpo Técnico relata que, embora o atual Contrato de Concessão dos serviços de operação das Linhas 1 e 2 do Metrô tenha sido inicialmente celebrado há cerca de 21 anos, bem como em que pese ter havido diversas alterações contratuais neste período, ainda não foram definidos explicitamente os parâmetros da equação econômico-financeira inicial do contrato.

1.1 – Licitação e Contrato em 1998.

O Contrato de Concessão dos serviços metroviários das linhas 1 e 2 foi celebrado em 27/01/1998, com prazo inicial de vigência de 20 (vinte) anos, em decorrência do resultado do Edital de Leilão nº 01/97, que indicava, em síntese, o seguinte objeto:

O presente **EDITAL** tem por objeto, através de **LEILÃO**, licitar a **CONCESSÃO** dos serviços públicos de **TRANSPORTE METROVIÁRIO** atualmente executados pelo **METRÔ**, para a operação comercial das **LINHAS 1 e 2 (um e dois)** daquele sistema de transporte.

Os trechos das **LINHAS 1 (um)** entre Arcoverde e General Osório e **2 (dois)** entre Estácio e Carioca, incluindo a estação Cruz Vermelha, terão suas expansões condicionadas aos interesses do **ESTADO** e à disponibilidade de recursos para investimento, não constituindo, assim, direito da **CONCESSIONÁRIA** ou obrigação do **PODER CONCEDENTE**, a conclusão desses trechos, no todo ou em parte, durante a vigência do **CONTRATO DE CONCESSÃO** objeto deste **EDITAL**.

O critério de julgamento estabelecido no Edital de Leilão foi o de maior lance, tendo sido fixado como valor mínimo o montante de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), por meio do Decreto Estadual nº 23.712/97. Foi também estabelecido um preço para os materiais de consumo a serem compulsoriamente adquiridos pela concessionária, de R\$ 3.560.000,00 (três milhões, quinhentos e sessenta mil reais), bem como a avaliação econômica realizada à época estimou a taxa interna de retorno (TIR) em 12% (doze por cento) ao ano, estimando, ainda, o preço da tarifa em R\$ 1,00 (um real), conforme relata a instância instrutiva.

Os lances apresentados na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 19/12/1997, foram notavelmente superiores ao valor mínimo, tendo o Consórcio *Opportrans* se sagrado vencedor, com a proposta de R\$ 291.660.000,00 (sendo R\$ 288.100.000,00 a título de outorga e R\$ 3.560.000,00 como valor compulsório para os materiais de consumo) conforme o seguinte quadro de propostas:

Consórcio	Valor (R\$)
OPPORTRANS	291.660.000,00
METRO-RIO (B)	205.560.000,00
CASCAIS PARTICIPAÇÕES S/A	133.728.112,99
METRO-RIO (A)	111.111.827,00

O pagamento de todo o valor proposto não seria imediato (30% na data de assinatura do contrato e os demais 70% em parcelas mensais iguais e sucessivas, a partir do mês subsequente à conclusão dos investimentos previstos, conforme previa o subitem 2.3.1 do Edital).

O ágio superior a 1.000% (um mil por cento) em relação ao lance mínimo deveria ter sido considerado para fins de aferição da TIR resultante da proposta vencedora, a qual deveria nortear a equação econômico-financeira do contrato nas revisões subsequentes – em consonância com o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal –, o que nunca foi feito, conforme relata o Corpo Instrutivo.

Sobre a taxa de desconto inicialmente considerada no Edital (12%) e a taxa não exposta por ocasião da apresentação da proposta vencedora, destaco a seguinte manifestação constante do Relatório de Auditoria:

Importante repisar que a referida taxa de desconto, arbitrada de 12%, foi utilizada como parâmetro para a obtenção do preço mínimo base para o leilão e que foi fixado em R\$25.000.000,00, sendo que logo após o leilão e obtido o valor efetivo da proposta vencedora com lance total de R\$291.660.000,00, deveria ter sido estabelecida, neste momento inicial, uma taxa interna de retorno – TIR para o capital efetivamente investido, que passaria a representar o parâmetro da equação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Entretanto, como restou comprovado, em momento algum foi fixado este parâmetro e, dessa forma, restaram prejudicadas, além da atividade regulatória e fiscalizatória, todas as subseqüentes análises do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

1.2 – Revisão ordinária em 2003.

Em 14/04/2003, a agência reguladora deu início à primeira revisão ordinária da tarifa (processo administrativo nº E-04/077.642/2002). A Concessionária apresentou estudo que demonstraria desequilíbrio contratual em razão de penhoras decorrentes de ações movidas contra a Companhia de Transportes sobre Trilhos do Estado do Rio de Janeiro (Riotrilhos) e de gratuidades instituídas após o início da concessão. Por sua vez, a Concessionária apresentou estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) informando que a taxa de 18% (dezoito por cento) representaria melhor o custo de oportunidade do capital para este tipo de empreendimento.

Sobre o assunto, assim se manifestou o Corpo Técnico:

A tentativa de arbitramento de uma taxa interna de retorno em padrões de mercado geralmente aceitos na análise hipotética de viabilidade de projetos privados não submetidos à licitação, descolados da proposta da contratada e da decisão de investimento tomada no momento da formulação da proposta é ilegal e afronta o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República. Apesar disso, esse é o ponto em que se incidiu a cada etapa da execução do contrato em que era necessário revisitar o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, que, repise-se, só pode ser aferido pela proposta da concessionária apresentada em ambiente competitivo de mercado.

Adicionalmente ao evidente abandono da equação econômico-financeira inicial do contrato, o Corpo Técnico relata que não foram trazidos à mesa de negociação diversos eventos que causaram desequilíbrios em detrimento do Poder

Concedente, tendo sido apresentados apenas fatos que teriam ocasionados prejuízos à Concessionária, destacados a seguir:

- Penhora de bilheteria por ordens judiciais relativas a supostas obrigações anteriores à concessão, especialmente trabalhistas;
- Exigência, pelo Estado, de realização de investimentos visando à substituição de equipamentos que utilizavam Ascarel;
- Ausência de reembolso por parte do Estado diante de gratuidades criadas para estudantes (Lei Estadual nº 3.339/99), ampliando a participação das gratuidades no total de passageiros transportados;
- Atraso no reajuste tarifário do ano 2000;
- Passivo Trabalhista existente;
- Bilhetes vendidos antes do início da posse do sistema pela concessionária;

Por outro lado, os principais eventos não trazidos ao processo de revisão por parte do Poder Concedente foram os seguintes, segundo o Corpo Técnico:

- Não pagamento das 3 (três) primeiras parcelas da outorga (total de R\$ 1.817.626,62), em razão de atraso do Estado em concluir investimentos, nos termos do previsto no § 2º da cláusula nona do contrato de concessão;
- A limitação do ônus da concessionária de aceitar os bilhetes vendidos antes da tomada de posse, mesmo com o § 6º da cláusula vigésima terceira do instrumento contratual estabelecendo que os bilhetes vendidos anteriormente (antes da data de encerramento do período de transição e da consequente tomada de posse da concessão) poderiam ser utilizados dentro de seus prazos de validade, sem qualquer ressarcimento à concessionária, comprometendo-se a Companhia do Metropolitano (que estava em liquidação) a não efetuar vendas antecipadas de bilhetes em quantidades que pudessem afetar substancialmente as receitas da futura concessionária;
- Ressarcimento antecipado por despesas com sucessão trabalhista e por bilhetes vendidos antes da tomada de posse pela concessionária

(R\$ 2.399.000,00 descontados do valor devido pela concessionária a título de outorga nos meses de dezembro de 1998 a março de 1999), sendo que a compensação foi efetivada antes de checagem dos valores por parte do Estado e antes do deslinde das ações de ressarcimento e de previsão orçamentária para os eventuais créditos devidos;

- Não pagamento da parcela da outorga referente ao mês de outubro de 1999 (valor principal de R\$ 674.444,23), em razão de alegados bloqueios, na conta da concessionária, relativos a ações trabalhistas antigas da Companhia do Metropolitano;
- Instalação de ar condicionado nos carros da linha 2, investimento não previsto no contrato e que favoreceu o incremento da demanda;

Sobre a omissão do Poder Concedente em registrar tais eventos por ocasião da 1ª revisão ordinária, destaco os seguintes trechos do Relatório de Auditoria:

Noutro giro, pelo lado do Poder Concedente e da agência reguladora, o que se percebe ao examinar o processo em referência é a omissão de se carrear ao processo os fatos aptos a gerar desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor dos usuários e/ou Poder Concedente, inclusive em oposição aos fatores alegados pela Concessionária.

[...]

A não consideração de todos os fatores que alteraram a equação econômico-financeira inicial, especialmente aquelas alterações que beneficiavam a concessionária, impediram a obtenção do real ponto de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que violou o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e o art. 9º da Lei Estadual nº 2869/97.

Após diversas tramitações internas na Agetransp, o primeiro processo de revisão tarifária não foi concluído, na medida em que, no ano de 2007, sobressaiu-se o 6º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão (prorrogação antecipada da concessão por mais 20 anos), o qual foi reconhecido, posteriormente, como fato suficiente para declarar a perda de objeto de todo o processo de revisão no qual se apuravam os parâmetros da equação econômico-financeira inicial do contrato. Assim registrou a unidade instrutiva:

Verifica-se, em resumo, que a celebração do 6º termo aditivo ao contrato de concessão, tratado no prisma 2 da situação encontrada deste achado, interrompeu a análise do primeiro ciclo revisional e

não permitiu o encerramento do 2º ciclo revisional, haja vista ter sido celebrado um mês antes da conclusão deste. O negócio jurídico entabulado pelas partes impediu que se elaborasse qualquer metodologia que remetesse ao equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, inviabilizando, outrossim, que o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato fundamentasse a sua própria celebração, o que poderia dar ensejo ao cálculo de outorga muito maior do que a pactuada.

[...]

Celebrado o 6º termo aditivo ao contrato de concessão e não obstante previsão expressa acerca da necessidade de negociação sobre a fórmula de cálculo da remuneração do capital, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO (§ 20º da cláusula sétima, do 6º termo aditivo ao contrato de concessão), as partes não obtiveram qualquer consenso e o resultado da apreciação do ciclo revisional 2007/2012 foi judicializado pela concessionária, embora tenha a agência reguladora utilizado metodologia mencionada no contrato, defendida pela concessionária durante o primeiro ciclo revisional, utilizada para legitimar investimentos quando da celebração do 6º termo aditivo e mencionada expressamente em seu anexo XI.

1.3 – 6º Termo Aditivo em 2007.

O 6º Termo Aditivo, celebrado em 27/12/2007, consistiu na alteração de maior destaque no contrato inicial, na medida em que incluiu a prorrogação antecipada da sua vigência por mais 20 (vinte) anos, além do prazo inicialmente previsto, de mesmo prazo.

Em 11/06/2007, a Concessionária requereu a prorrogação oferecendo uma negociação que envolvia, em síntese, a realização de investimentos e, em contrapartida, compensação com recebíveis a que ela teria direito, em razão de passivos de natureza cível e trabalhista de responsabilidade do Poder Concedente.

Para analisar a proposta de outorga oferecida pela Concessionária para efetivar a prorrogação, o Estado do Rio de Janeiro contratou a Fundação Getúlio Vargas (FGV), a qual apresentou estudo denominado “Projeto Metrô do Século XXI”. No documento, a FGV resume a proposta da *Opportrans* da seguinte forma:

- a) Obrigações da Concessionária: realizar investimentos (construir a ligação entre as Estações Central e São Cristóvão, via Estação Cidade Nova, bem como adquirir e colocar em operação 108 novos carros e reduzir o intervalo

máximo no sistema) e dar quitação a diversos pleitos e dívidas do Estado, relativos a questões judiciais e contratuais;

b) Obrigações do Poder Concedente: dar quitação do saldo devedor da Concessionária (relativo às parcelas futuras de pagamento da outorga), construir a Estação General Osório e prorrogar antecipadamente o prazo de vigência da concessão;

Por sua vez, o 6º Termo Aditivo foi pactuado com os seguintes compromissos principais:

a) Obrigações da Concessionária: construção da ligação entre as Estações Central e São Cristóvão, via Estação Cidade Nova (trecho denominado “Linha 1A”), até 31/03/2010, bem como a expansão da Estação Saens Peña à Estação Uruguai até 31/12/2014;

b) Obrigações do Poder Concedente: construção da expansão da Estação Cantagalo à Estação General Osório, até 31/12/2009, e prorrogação antecipada do prazo de vigência da concessão por mais 20 (vinte) anos além do prazo inicial, de também 20 (vinte) anos;

Outros trechos foram condicionados à conveniência/oportunidade futura do Poder Concedente, sendo sua construção de inteira responsabilidade estatal, tais como a expansão da linha 1 para o bairro do Méier e a retomada da expansão da linha 2 da Estação Estácio à Estação Carioca. Caso fossem construídos tais trechos, a operação seria entregue à Concessionária, com o concomitante pagamento de outorga adicional pelos acréscimos de passageiros no sistema, na forma do § 9º da cláusula primeira do Aditivo Contratual.

Os valores acordados para fins de pagamento pela prorrogação podem ser resumidos da seguinte forma, conforme a cláusula nona do Termo Aditivo:

a) R\$ 267.911.363,81: outorga relativa ao prazo restante do contrato inicial (27/12/2007 a 27/01/2018), com previsão de pagamento parcialmente em espécie (R\$ 40.000.000,00), parcialmente em aquisição de 60 (sessenta) novos carros (R\$ 184.470.000,00) e o restante por meio de compensação de crédito da concessionária relativo a ressarcimento por gratuidade estudantil;

b) R\$ 82.669.492,48: outorga suplementar também relativa ao prazo restante do contrato inicial (27/12/2007 a 27/01/2018), porém especificamente pela entrada em operação das Estações Siqueira Campos e Cantagalo, bem como da futura Estação General Osório. O seu pagamento foi previsto na forma de assunção de obrigações da Riotrilhos e da Companhia do Metropolitano, avaliadas em R\$ 173.811.494,93 (cento e setenta e três milhões, oitocentos e onze mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), conforme o § 13 e § 14 da cláusula vigésima do Termo Aditivo;

c) R\$ 872.296.780,80: outorga relativa ao período prorrogado da concessão (28/01/2018 a 27/01/2038), com pagamento previsto por meio de aquisições de mais trens e outros investimentos;

Em relação aos valores financeiros propostos para a celebração do 6º Termo Aditivo – os quais foram objeto de análise por meio do Achado de Auditoria nº 2 –, o Corpo Instrutivo reforça que tais valores não guardaram correlação com as condições pactuadas no contrato inicial, conforme evidenciado a seguir:

Segundo a FGV, a concessionária adotou em sua proposta uma taxa de desconto de 10% e, admitindo-se a estimativa de acréscimo de passageiros formulada pela própria concessionária, a taxa interna de retorno seria de 10,49%, permitindo a negociação de um aporte suplementar pela concessionária, com o qual ela anuiu, celebrando-se o 6º termo aditivo ao contrato de concessão.

Tanto a consultoria (FGV) como o Poder Concedente, procuraram legitimar a vantajosidade da negociação então em curso, frise-se, não submetida à licitação, pelo fato dela estar de acordo com os padrões de rentabilidade praticados no mercado naquele momento, sem qualquer correlação com o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, este sim obtido em parâmetros competitivos de mercado.

1.4 – Revisão ordinária de 2013.

A revisão ordinária quinquenal relativa ao período 2007/2012 teve seu início efetivo em 07/05/2013, quando a Agetransp contratou consultoria da FGV e intimou a concessionária a apresentar requerimento de revisão tarifária.

Conforme já mencionado neste Voto, as revisões quinquenais anteriores não foram desenvolvidas a ponto de se materializarem em decisões concretas visando

ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo sido prejudicadas pela celebração do 6º Termo Aditivo que prorrogou o contrato, conforme destacou o Corpo Técnico:

As 2 (duas) primeiras revisões das tarifas não foram ultimadas até a sobrevinda do 6º termo aditivo ao contrato de concessão. A primeira não teve sua análise concluída (arquivo 09 - E-04-077.642-2002) e a segunda sequer teve a análise iniciada e ambas perderam o objeto a partir do 6º termo aditivo, tendo em vista o argumento de que este estabeleceu novo equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao dispor que as tarifas então vigentes seriam suficientes para a prestação dos serviços e que restariam extintos e prejudicados os processos administrativos e judiciais existentes sobre o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

O estudo elaborado pela FGV considerou o método do fluxo de caixa descontado e uma TIR de 9,9% (nove vírgula nove por cento) ao ano, concluindo pela necessidade de pagamento, ao Poder Concedente, de valor equivalente a R\$ 197.943.284,46 (cento e noventa e sete milhões, novecentos e quarenta e três mil, duzentos e oitenta e quatro reais e quarenta e seis centavos) para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou, alternativamente, de redução da tarifa em 4,1% (quatro vírgula um por cento), conforme expõe o Corpo Técnico:

Com esses pressupostos, a FGV calculou uma TIR de 9,9% ao ano, um "investimento inicial de R\$ 287.795.823,99 em valores de abril de 2007 e que considerou as mudanças ocorridas no cronograma de investimentos" (arquivo 12 – E-10-000.353-2007.zip, fls. 713 do processo). Concluiu a FGV por quantificar um valor de R\$ 197.943.284,46, em moeda de dezembro de 2014, necessário para reequilibrar o contrato, a resultar em dispêndio da concessionária ou em redução de 4,1% da tarifa, a contar de 01.10.15

Com base no estudo da FGV, a Agetransp decidiu pelo desequilíbrio do contrato por meio da Deliberação Agetransp nº 792, de 31/03/2016, reconhecendo a necessidade de desembolso do montante supramencionado, por parte da Concessionária, porém, podendo ser efetivado por meio de investimentos no próprio sistema, conforme extrato da Decisão a seguir exposto:

Art. 1º - Reconhecer, conforme apurado pelos estudos técnicos desenvolvidos pela Fundação Getúlio Vargas e pelo Grupo de Trabalho chefiado pela Câmara de Política Econômica e Tarifária, relativos ao quinquênio dezembro/2007 até dezembro/2012, a existência de desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato de concessão de transporte metroviário, no valor de R\$ 197.943.284,46 (cento e noventa e sete milhões, novecentos e quarenta e três mil, duzentos e oitenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), a favor do Poder Concedente, em moeda de dezembro de 2014, valor que deverá ser atualizado de acordo com o índice de reajuste tarifário previsto no contrato de concessão.

Art. 2º - Tendo em vista a necessidade de realização de novos investimentos no sistema metroviário, notadamente aqueles relativos à modernização dos trens mais antigos da frota, buscando a melhoria do desempenho operacional e o oferecimento de melhores condições de conforto aos usuários, recomendar ao Poder Concedente que, dentro de seu juízo de discricionariedade, ao analisar a forma para se obter a recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, avalie a possibilidade de conversão do valor do desequilíbrio apurado em investimentos no próprio sistema, mediante acordo com a Concessionária a ser instrumentalizado por meio da celebração de termo aditivo.

Art. 3º - Estabelecer que, acaso não seja possível a negociação entre Poder Concedente e Concessionária para converter o desequilíbrio apurado em investimentos no sistema, a Agência poderá, mediante provocação do Poder Concedente, reconsiderar a recomendação contida no artigo anterior.

Mediante recurso administrativo, a Concessionária questionou a metodologia de fluxo de caixa utilizada para a revisão contratual, alegando que o critério fixado para a revisão tarifária, conforme o Contrato e o 6º Termo Aditivo, era o de custo dos serviços incluída a remuneração de capital, consoante o disposto no § 19 da cláusula sétima do 6º Termo Aditivo e no art. 9º da Lei Estadual nº 2.869/97 – que dispõe sobre o regime de prestação do serviço de transporte metroviário de passageiros no Estado do Rio de Janeiro.

A improcedência do recurso foi decidida pela Agetransp com base em pareceres de sua Câmara Técnica e das Procuradorias Gerais da Agência (PGA) e do Estado (PGE), os quais destacaram que o evento se tratava da revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – mais amplo que uma revisão tarifária –, bem como ressaltaram a pertinência do método de fluxo de caixa descontado, procedimento consagrado para avaliar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos semelhantes e indicado em diversos documentos da concessão, tais como no Capítulo 6 do Edital de Leilão e na própria proposta vencedora do certame.

A FGV ainda rememorou que a metodologia do fluxo de caixa também foi apresentada pela Concessionária para pleitear a extensão do prazo contratual, bem como destacou que a fixação da tarifa pelo método do custo do serviço não permite que benefícios futuros sejam considerados, em paradoxo com o fundamento da

prorrogação de prazo, que considerou esses benefícios futuros e permitiu investimentos sem majoração tarifária.

Após insucesso mediante recurso administrativo, a Concessionária ajuizou ação em face da decisão da agência reguladora, alegando violação da metodologia legal e contratual para fins de revisão do contrato, conforme Processo TJ-RJ nº 0319243-87.2016.8.19.0001, da 9ª Vara de Fazenda Pública da Capital. O pedido de tutela de urgência foi indeferido em 11/11/2016, bem como ainda não houve julgamento de mérito.

Ademais, a revisão tarifária está relacionada ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos termos do art. 9º, §§ 2º e 3º, e do art. 10 da Lei Federal nº 8.987/95:

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.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. (grifei)

Destaco o seguinte trecho do Relatório de Auditoria, em que a unidade instrutiva revela o controverso questionamento da Concessionária:

Verifica-se, portanto, que a concessionária adota postura contraditória para, em momentos distintos, defender ou impedir o uso de qualquer metodologia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que prejudique seus interesses econômicos imediatos, ainda que a metodologia do fluxo de caixa descontado tenha constado peremptoriamente do capítulo 6 do Edital e dos respectivos estudos preliminares, que ela mesma tenha defendido sua aplicação na avaliação do primeiro ciclo revisional, no bojo do processo E-04/077.642/2002, que ela tenha utilizado taxa de desconto em sua proposta que deu azo ao 6º termo aditivo, tenha

anuído com negociação lastreada no cálculo da taxa interna de retorno e que a metodologia tenha constado peremptoriamente do anexo XI do 6º termo aditivo ao contrato de concessão, que trata do cálculo do preço da outorga da concessão – período 01/18 a 01/38, nos seguintes termos:

[...]

Destarte, o fluxo de caixa descontado era a metodologia prevista no contrato e no 6º termo aditivo. Essa metodologia foi utilizada pelas partes para negociar os valores e a taxa interna de desconto, em torno de 10%.

[...]

Verifica-se, portanto, que o 6º termo aditivo não estabeleceu parâmetro de remuneração do capital, ao revés, fixou a obrigatoriedade de que tal parâmetro deveria ser negociado entre as partes, o que não ocorreu. Tendo em vista esta omissão e a ausência de metodologia definida, a Agetransp deliberou acerca do assunto quando da revisão tarifária do ciclo 2007/2012, porém, a concessionária insurgiu-se e submeteu o dissenso ao Poder Judiciário.

Em 18/04/2017, a Secretaria de Estado de Transportes, após manifestação técnica da Riotrilhos e diante da negativa de pagamento por parte da Concessionária, decidiu pela cobrança dos valores, conforme extrato da decisão constante do Relatório de Auditoria:

Reitero o entendimento que, considerando a postura da Concessionária de não acatar a sugestão desta Secretaria de Estado de Transportes de utilizar o valor em favor do Poder Concedente para a aquisição de novos trens e propor medida judicial em face do Estado do Rio de Janeiro e da própria Agência Reguladora, devam ser adotadas as providências legais de cobrança de crédito em favor do Estado do Rio de Janeiro, para compensação direta ao Poder Concedente.

O excerto decisório supratranscrito evidencia que o Poder Concedente não levou em consideração a deliberação da Agetransp. Enquanto a Secretaria de Transportes propôs o pagamento na forma de aquisição de novos trens, a agência reguladora aconselhou a modernização dos trens antigos. Ademais, a Pasta Governamental nem cogitou, junto à concessionária, a hipótese de redução da tarifa, opção também proposta pela Agetransp, conforme rememora o Corpo Técnico:

Isso não obstante, verifica-se que a solução adotada pelo Poder Concedente de cobrar o valor do desequilíbrio da concessionária objetivando a aquisição de novos trens ou expansão da linha 4 em direção à Gávea não foi cotejada com a hipótese de redução da

tarifa, mormente porque não houve acordo com a concessionária para realização de tais investimentos, o que acabou por distanciar a decisão da proposição da Agetransp, em especial o constante do art. 3º da Deliberação 792/16, nos seguintes termos:

[...]

A questão atrai a competência deste Tribunal de Contas em defesa da sociedade, por se tratar, aparentemente, de caso em que o interesse público primário dos usuários, especialmente num momento recessivo da economia, não foi sequer considerado entre as opções possíveis de reequilibrar o contrato, mormente porquanto a aquisição de 114 carros de metrô e a modernização dos carros mais antigos da frota já estava prevista no 6º termo aditivo ao contrato de concessão e, portanto, já foram custeadas pelos usuários, embora a modernização não tenha sido concluída pela concessionária.

Parece bastante extemporânea e denota fragilidade de planejamento a conclusão da Riotrilhos de que a compra de novos trens seria mais vantajosa para o Estado do que a reforma da frota mais antiga (arquivo 14 - TRE.CTO.01.001, fls. 39 do arquivo), considerando que a reforma de tal material rodante foi prevista no 6º termo aditivo ao contrato de concessão, ao custo de mais de 55 milhões de reais em valores de 2007 e deveria estar concluída desde meados de 2010.

Ainda em relação ao Achado nº 01, a incompletude do contrato é um dos principais fatores que deram azo às diversas inconsistências apuradas, possibilitando renegociações que se afastam das vantagens auferidas no âmbito do processo competitivo licitatório, beneficiando majoritariamente o licitante vencedor, merecendo ênfase mais um trecho do Relatório de Auditoria:

É na proposta da contratada, nos termos do Edital e das circunstâncias existentes, que exsurtem os parâmetros de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro a ser mantido durante os longos anos de vigência do contrato de concessão.

A preservação dos encargos e vantagens decorrentes da proposta apresentada em ambiente competitivo, no bojo de licitação, é de fundamental importância para manutenção do princípio da isonomia e dos direitos do Poder Concedente e dos usuários.

2- Achado de Auditoria 02: Pactuação de outorgas, suplementares e para prorrogação do contrato, em desconformidade com a equação econômico-financeira inicial do contrato, bem como sua quitação por meio de dação em pagamento irregular.

2.1 – Construção da Linha 1A.

Com a celebração do 6º Termo Aditivo que prorrogou o prazo de vigência da concessão, foi pactuada a construção da denominada Linha 1A (ligação entre as Estações Central e São Cristóvão, via Estação Cidade Nova), realizada em detrimento do projeto inicial, o qual previa a conexão da Linha 1 com a Linha 2 na Estação Carioca. O trajeto da Linha 2 entre as estações Estácio e a região da Praça XV passaria pelas regiões do Catumbi (Praça da Apoteose), Cruz Vermelha, Avenida Chile e Carioca.

O Corpo Técnico relata que foi adotada opção menos dispendiosa que o projeto original, com a intenção de reduzir os investimentos que seriam realizados em pagamento da outorga, beneficiando a concessionária em detrimento da solução com melhor custo-benefício para a sociedade.

Adicionalmente, tal opção não foi fundamentada em estudo técnico, tendo a Riotrilhos destacado que sua análise sobre a proposta da concessionária se limitou a descrever alguns supostos benefícios da construção da Linha 1A (eliminação da necessidade de transbordo e do gargalo na Estação Estácio), porém não considerou cenários alternativos, como, por exemplo, a complementação do trecho da Linha 2 (ligação entre a Estação Estácio e a Carioca via Estação Cruz Vermelha), conforme previsto no projeto original.

Nesse sentido, a decisão de construção da Linha 1A não se fundamentou em estudo técnico que demonstrasse a sustentabilidade da medida a médio e longo prazo, ou que comprovasse a inviabilidade da opção inicialmente definida na celebração do contrato no ano de 1998.

2.2 – 6º Termo Aditivo de 2007: Outorga principal relativa ao prazo remanescente do contrato inicial (de 2007 a 2018).

Conforme a cláusula nona do 6º Termo Aditivo, o valor pactuado de outorga principal relativo ao restante do primeiro período da concessão (27/12/2007 a 27/01/2018), no valor de R\$ 267.945.564,99 (duzentos e sessenta e sete milhões, novecentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e noventa e nove centavos), foi detalhado da seguinte maneira:

COMPENSAÇÕES	VALOR (R\$)
Instrumento Particular de Transação	40.000.000,00
Aquisição de carros METRO	184.470.000,00
Gratuidade Estudantil atualizada até dez/2007 (IGP-M)	43.475.564,99
TOTAL	267.945.564,99

A indicação do valor de outorga de R\$ 267.945.564,99 careceu de memória de cálculo, de confrontação com os valores já pagos e de comprovação de conformidade com o previsto no contrato de concessão, conforme destaca o Corpo Técnico:

Destarte, o valor apresentado como devido a título de outorga principal carecia de demonstração de observância ao disposto na cláusula nona, § 1º, alínea "b" e §§ 3º e 4º do contrato de concessão, haja vista inexistir memória de cálculo do valor referente ao período compreendido entre 27.12.07 e 27.01.18 e comprovação do adimplemento integral do devido até aquela data.

Ao ser questionada sobre os valores mensais das outorgas já pagas pela Opportrans desde o início da concessão, a Setrans informou ter solicitado informações à Secretaria de Estado de Fazenda, à Riotrilhos e à Auditoria Geral do Estado, por meio dos Ofícios Setrans/SET nº 361/2017, nº 379/2017 e nº 380/2017, no entanto, as informações solicitadas não foram prestadas, razão pela qual o Corpo Técnico sugere o item 4.2.3 em sua proposta.

Ressalta-se que foi estabelecido, ainda, na cláusula nona do Contrato, reajuste anual nas parcelas a serem pagas a título de outorga, bem como acréscimo de multa e juros por eventuais atrasos nos pagamentos:

§ 3º - Cada uma das parcelas mencionadas no item b), do § 1º desta cláusula sofrerá reajuste anual de acordo com a legislação aplicável pela variação do IGP-M da Fundação Getúlio Vargas entre o mês da assinatura do CONTRATO e o mês do reajustamento e, no caso de extinção do IGF-M, pelo índice que o vier a substituir, e, na sua falta, pelo que for determinado pela ASEP-RJ.

§ 4º - Na hipótese de ocorrer atraso no pagamento de qualquer dos valores mencionados no item b) do § 1º desta cláusula, os valores em atraso serão acrescidos de multa de 10% (dez por cento) e juros de 12% (doze por cento) ao ano, calculados "*pro rata die*".

Em relação às compensações unilaterais efetivadas pela Concessionária, a exemplo do não pagamento da parcela de outorga referente ao mês de outubro do ano de 1999 (R\$ 674.444,23) – oriundo de suposto bloqueio executado em virtude de ações trabalhistas antigas da Companhia do Metropolitano –, a PGE se manifestou sobre o assunto recomendando que a Concessionária apresentasse a relação de todas as ações e respectivos valores de condenação, antes da celebração do 6º Termo Aditivo. A questão também foi objeto de análise pela Assessoria Jurídica da Setrans, a qual consignou que seria providenciada auditoria do passivo, a ser submetida à Auditoria Geral do Estado (AGE).

2.3 – 6º Termo Aditivo de 2007: Pagamento à Construtora Camargo Correa (R\$ 40 milhões).

Parte do valor principal de outorga (R\$ 267.945.564,99) consistiu em pagamentos da Concessionária à Construtora Camargo Corrêa – amparados por Instrumento Particular de Transação celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a referida Construtora, com interveniência da Concessionária –, no valor de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), para a quitação de suposta dívida remanescente de serviços no denominado "Lote 29", oriundo do Contrato nº 1010/88, de valor estimado em R\$ 65.978.720,89 (sessenta e cinco milhões, novecentos e setenta e oito mil, setecentos e vinte reais e oitenta e nove centavos), segundo a Riotrilhos.

O Lote 29 consistia na obra de interligação da Estação Estácio à futura Estação Cruz Vermelha, a qual não chegou a ser concluída pelo Estado por falta de recursos.

Parte relevante das medições de tais serviços se referiam à manutenção dos canteiros após a paralisação das obras, razão pela qual não poderiam ter sido pagas sem prévia autorização dos serviços. A própria Riotrilhos relatou que tal autorização não ocorreu e que, por esta razão, as medições não foram integralmente formalizadas, não havendo, ainda, registro de qualquer documento da época comprovando a iniciativa de cobrança por parte da construtora, alegando que teria prestado serviços no canteiro de obras até o ano de 1994.

O Corpo Instrutivo destaca que os serviços não deveriam ter sido pagos por não ter havido solicitação formal pelo órgão público para a manutenção dos canteiros com obras paralisadas – muito menos análise criteriosa das medições, dos seus valores e da compatibilidade com o projeto e os custos iniciais –, bem como por não ter havido qualquer manifestação tempestiva da contratada após a paralisação das obras, a qual teria prosseguido com a manutenção dos canteiros de obra por sua conta e risco, sem nenhum instrumento jurídico ou orçamentário que lhe respaldasse.

Enquanto a Construtora poderia ter providenciado a suspensão dos serviços, em face de atraso superior a 90 (noventa) dias dos supostos pagamentos devidos – conforme art. 78, inciso XV da Lei Federal nº 8.666/93 –, ou pugnado pela rescisão contratual, em face da alegada inadimplência por parte do Poder Público, este, por sua vez, deveria ter fundamentado o retardamento da obra por insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, por meio de despacho circunstanciado – conforme art. 8º da Lei Federal nº 8.666/93 –, assinalando prorrogação das etapas de execução contratual e apurando eventuais responsabilidades pela interrupção do ritmo da obra – com base no art. 57, inciso VI da mesma Lei.

Nenhuma destas providências foram realizadas, o que indica irregularidade no pagamento à contratada, sem observância do disposto no arts. 60 e 63, § 2º, inciso III, da Lei Federal nº 4.320/64 e nos arts. 66, 67 e 73, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, destacando-se a seguinte manifestação do Corpo Instrutivo:

A manutenção unilateral do canteiro e, por conseguinte, do contrato era de interesse único e exclusivo da contratada, de forma a garantir seu direito de realizar a obra, caso ela fosse retomada. Corroborava esse panorama, a decisão do Estado, noticiada ainda em 1990, de fechar os buracos abertos para expansão do metrô, cujas obras não foram concluídas por falta de recursos financeiros. Isso não obstante, as medições pagas se estenderam até o ano de 1994, sem que haja menção no processo a qualquer ordem de serviço, instrumento jurídico ou orçamentário que lhes dessem respaldo.

Mesmo tendo prestado serviços sem prévia estipulação com a administração e em seu único e exclusivo interesse, o que era sabido por toda a sociedade fluminense, que em caso análogo desfez os canteiros de obras por conta própria para retomar o espaço público obstruído, a contratada pretendeu e logrou êxito em se remunerar.

Ademais, no processo administrativo (arquivo 27 - E-10-000.564-2003) não há qualquer relatório técnico mencionando quais serviços teriam sido realizados em relação às escavações contratadas e em relação ao destino das intervenções que se pretendia pagar no tocante ao lote 29 estação Estácio – Cruz Vermelha. Decorridos cerca de 15 anos das obras, o mínimo que qualquer pessoa iria exigir para instruir um pagamento seria um resumo dos dados constante ao longo de 75 medições e registro objetivo do que foi efetivamente realizado e qual foi o destino dessas intervenções. Nenhuma informação, que sintetizasse as medições e as comparassem com o projeto e os custos iniciais, foi produzida.

[...]

Mais grave ainda, o procedimento subverteu a ordem de pagamento aos credores da antiga Cia do Metropolitano em liquidação, que, caso chamados em conjunto ou individualmente, poderiam oferecer desconto ainda maior pelo reconhecimento e antecipação do pagamento de suas dívidas

2.4 – 6º Termo Aditivo de 2007: Outorgas relativas às estações Siqueira Campos, Cantagalo e General Osório.

Em relação às Estações Siqueira Campos e Cantagalo (construídas após a celebração do contrato inicial e antes da prorrogação por meio do 6º Termo Aditivo) e à Estação General Osório (construída após a prorrogação), os valores pactuados foram os seguintes:

- a) R\$ 82.669.492,48 (oitenta e dois milhões, seiscentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e quarenta e oito centavos), relativo ao período residual no prazo original de vigência da concessão (27/12/2007 a

27/01/2018), valor acordado sem constar do processo qualquer memória de cálculo e/ou metodologia utilizada para a sua previsão;

b) R\$ 182.812.298,40 (cento e oitenta e dois milhões, oitocentos e doze mil, duzentos e noventa e oito reais e quarenta centavos), relativo ao período de prorrogação do contrato (28/01/2018 a 27/01/2038).

Em relação ao valor de R\$ 82.669.492,48, o pagamento foi previsto por meio de assunção de obrigações da Riotrilhos e da Companhia do Metropolitano, estimadas em R\$ 173.811.494,93, conforme §§ 13 e 14 da cláusula vigésima segunda do 6º Termo Aditivo. A forma e as condições da prestação de contas dos valores pagos pela concessionária foram especificadas nos §§ 17, 18 e 20 da referida cláusula contratual:

§ 17º - A CONCESSIONÁRIA prestará contas anualmente ao ESTADO, até o quinto dia útil do mês de abril, através da SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES - SETRANS, sobre a utilização dos recursos a que se refere o § 13º acima, demonstrando com precisão e clareza:

- a) o tipo de dívida paga;
- b) a data do fato em que originou a obrigação;
- c) a decisão e os cálculos judiciais se existirem;
- d) o acordo celebrado, indicando o valor contabilizado inicialmente em conta gráfica e o efetivamente pago;
- e) o valor total dos pagamentos efetuados no último exercício; e,
- f) o saldo do plano de contas na data de 31 de dezembro do último exercício, cujo lançamento de pagamento dar-se-á exclusivamente pelo efetivo valor pago ao credor, e não do constante em conta gráfica, conforme obrigatoriamente informado nas demonstrações financeiras da CONCESSIONÁRIA.

§ 18º - A prestação de contas deverá ser acompanhada de conta gráfica, onde permaneçam registrados os valores indicados no Anexo V. Além da prestação de contas anuais, a CONCESSIONÁRIA encaminhará balancetes trimestrais ao ESTADO, com os valores oferecidos em compensação.

§ 20º - Após a nona prestação de contas anual, prevista no § 18º desta Cláusula, caso o valor dos passivos sejam superiores ao estabelecido no § 13º a CONCESSIONÁRIA confere, desde já, quitação ao ESTADO, à RIOTRILHOS e à Cia. do Metropolitano em liquidação, da diferença. Na hipótese de o passivo efetivamente pago ser inferior ao valor estabelecido no Anexo XV acima, a CONCESSIONÁRIA pagará ao ESTADO, em forma de outorga, a respectiva diferença.

A PGE chegou a alertar sobre a necessidade da adequada prestação de contas, quando do seu parecer acerca da Minuta do 6º Termo Aditivo:

13.2.12 - Imperioso, ainda, ante à falta de prévia auditoria das ações relacionadas e seus valores, fazer constar do ADITIVO que as importâncias indicadas no ANEXO V, não importam em reconhecimento, pelo Estado, de sua responsabilidade pelas referidas dívidas. Para baixa contábil como dívida paga com o valor devido pela outorga, é necessária a comprovação, quando da prestação de contas, de tratar-se de débito decorrente de fato anterior à tomada de posse, cuja responsabilidade foi assumida pelo Estado.

A equipe de auditoria solicitou a memória de cálculo das ações judiciais estimadas em R\$ 173.811.494,93, e a Setrans apenas informou que instituiria comissão interdisciplinar para avaliar a exatidão dos valores. Também foi solicitada cópia das prestações de contas apresentadas anualmente acerca dos valores pagos pela Concessionária, e então foi verificado que tal documentação não estava instruída na forma do § 17 supramencionado.

Dessa forma, restou evidenciada a fragilidade de controle do total pago e da sua conformidade com os valores efetivamente devidos judicialmente, bem como a ausência de critério de atualização do valor devido a título de outorga e de informações sobre a data do fato gerador da obrigação judicial e sobre o cálculo do valor envolvido, destacando-se a conclusão do Corpo Técnico:

Destarte, a auditoria não identificou controle adequado de tais prestações de contas, que conferissem certeza aos valores compensados, mormente porquanto o valor fixado para a outorga e compensado com débitos ao longo de 9 (nove) anos, não foi apresentado com qualquer correção monetária, gerando descompasso entre o valor gerido pela concessionária para pagamento de passivos e os valores dos passivos propriamente ditos, comparados no tempo sem critério de ajuste do valor da moeda.

Quanto ao valor pactuado para os últimos vinte anos de concessão, relativo às estações preditas (R\$ 182.812.298,40), foram utilizadas as seguintes metodologias, conforme Anexo XI do 6º Termo Aditivo:

a) Para a Estação Siqueira Campos, o critério foi a média aritmética dos pagamentos realizados nos 12 (doze) meses anteriores à proposta de

prorrogação da concessionária, multiplicado por 240 (duzentos e quarenta) meses;

b) Para a Estação Cantagalo, cuja operação comercial ainda não tinha completado 12 (doze) meses, aplicou-se a média aritmética dos pagamentos a título de outorga efetuados entre março de 2007 (início de operação da estação) e maio de 2007, multiplicado por 240 (duzentos e quarenta) meses;

c) Em relação à Estação General Osório, foi empregado o valor de R\$ 0,23 (vinte e três centavos) por passageiro incremental, o qual foi multiplicado por um quantitativo estimado de passageiros para a estação (já que não havia ainda entrado em operação) e multiplicado, ainda, por 240 (duzentos e quarenta) meses. O valor unitário por passageiro incremental (R\$ 0,23) teve como base o quociente entre o valor total pago a título de outorga da concessão no ano de 2006 e o total de passageiros transportados naquele exercício.

O Corpo Técnico destaca que tais metodologias consistiram na utilização de método remuneratório desatrelado do equilíbrio econômico-financeiro inicial ou da lucratividade média da Concessionária, prevista no § 9º da cláusula primeira do Contrato, bem como não houve previsão de outorga suplementar para a Estação Uruguai e para a Linha 1A, que foram construídas posteriormente.

Em relação à fixação do valor de outorga suplementar, em face do aumento da receita ocasionada pela inauguração da primeira Estação não contemplada na concessão inicialmente (Estação Siqueira Campos, em 2002), o § 9º da cláusula primeira do Contrato de Concessão assim consignava:

§ 9º - Além das condições previstas no § 8º desta cláusula, o ESTADO terá direito à revisão do preço da outorga estabelecido na alínea a) do caput da Cláusula Nona, revisão essa que levará em consideração a relação entre o aumento da demanda decorrente de cada extensão implementada e a lucratividade média da CONCESSIONÁRIA prevista para o período faltante para o término da CONCESSÃO podendo, o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA, nomear árbitros para definir o valor da revisão.

Por outro lado, foram celebrados diversos instrumentos fixando valores provisórios de outorga para o caso, tendo em vista que a agência reguladora existente à época – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio de Janeiro (ASEP), extinta pela Lei Estadual nº 4.555/05, que ainda criou a Agetransp – ainda não tinha se pronunciado definitivamente sobre o valor efetivamente devido. A taxa de remuneração fixada provisoriamente ao concessionário foi de 20% (vinte por cento) e, posteriormente, estabelecida de maneira definitiva pela ASEP em 15% (quinze por cento), em 2004.

Ambas as taxas supramencionadas foram estipuladas sem considerar os parâmetros definidos no contrato ou na proposta vencedora, conforme destaca o Corpo Técnico:

A remuneração da concessionária a título de lucratividade média da concessão para o período faltante foi fixada sem qualquer aderência ao equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão ou com lastro na lucratividade média apurada até então, como determinava o contrato de concessão.

O Poder Concedente e a Concessionária impugnaram administrativamente a decisão final da ASEP, de forma que o processo se estendeu durante anos, até que a Agetransp reconheceu a perda do objeto do processo em 2008, após a celebração do 6º Termo Aditivo que prorrogou o contrato. Dessa forma, a prorrogação contratual ocorreu mesmo sem a definição do critério de fixação da outorga suplementar relativa à Estação Siqueira Campos.

2.5 – 6º Termo Aditivo de 2007: Outorga relativa ao prazo prorrogado da concessão (de 2018 a 2038).

A metodologia apontada como a utilizada para o cálculo do valor de outorga de R\$ 689.484.482,40 (seiscentos e oitenta e nove milhões, quatrocentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta centavos), relativo ao segundo período de 20 (vinte) anos de concessão (28/01/2018 a 27/01/2038), consistiu, simplesmente, na atualização monetária do valor de outorga vencedora da licitação, sem análise de compatibilidade com quaisquer fluxo de caixa projetado e

taxa de remuneração do capital, conforme exposto no quadro a seguir, constante do Relatório de Auditoria:

Item	Valores Nominais
Preço Total da Outorga – janeiro 1998	R\$288.100.000,00
Índice IGP-M - maio de 2007	352,020
Índice IGP-M - janeiro de 1998	147,091
Valor Total da Outorga – 31 de outubro de 2007	R\$689.484.482,40

Sobre o valor indicado, assim se manifestou o Corpo Técnico:

Em relação à chamada outorga futura, ofertada para dar azo à prorrogação do contrato por 20 (vinte) anos, ela partiu de valor igual ao do Leilão de 1998, corrigido pelo IGP-M, sem considerar as alterações das condições de demanda e de custos, especialmente em decorrência dos investimentos que seriam pagos pelo Estado por meio de tal outorga, incidindo na ilegalidade já mencionada no achado 1, visto não restar demonstrado nos processos analisados que ela manteve o equilíbrio econômico e financeiro inicial do contrato.

Além disso, como não havia previsão contratual acerca do critério de fixação do valor da outorga em caso de prorrogação, deveria ter sido aplicado, por analogia, o disposto no § 9º da cláusula primeira do contrato de concessão, de forma a espelhar uma interpretação mais completa dos dispositivos contratuais.

O valor supramencionado somado ao valor de outorga pactuado para as Estações Siqueira Campos, Cantagalo e General Osório relativo aos últimos 20 (vinte) anos de concessão foram pagos na forma de realização de investimentos. Tais investimentos foram estimados em R\$ 963.259.146,00 (novecentos e sessenta e três milhões, duzentos e cinquenta e nove mil, cento e quarenta e seis reais), da seguinte forma, conforme anexos ao 6º Termo Aditivo:

Item	Anexo	Valores Nominais Estimados em R\$
Construção da Variante Linha 1-A (inclusive a inauguração da Estação Cidade Nova)	I	336.980.446,00
Obrigações Técnicas de Investimento no Sistema	IV	115.730.300,00
Construção da Estação Uruguaí	IX	223.600.000,00
Modernização de Sistemas	X	120.925.400,00
Entrega de 54 carros metrô	XII	166.023.000,00
Preço Total da Outorga de Concessão		963.259.146,00

Todavia, tais valores não foram estimados adequadamente. O Corpo Instrutivo desta Corte já havia se manifestado sobre isso, no âmbito do Processo TCE-RJ nº 100.651-4/08, quando a então Subsecretaria de Obras e Serviços de Engenharia deste Tribunal (SSO) apontou que as estimativas dos investimentos a serem realizados como dação em pagamento de outorga não foram adequadamente fundamentadas:

- *A documentação apresentada pela Secretaria Estadual de Transportes, às fls. 346/373, para demonstrar os valores utilizados na quantificação das obras e dos serviços de engenharia nomeados como investimento, **não atende aos parâmetros mínimos necessários para o desenvolvimento de uma análise da economicidade, confirmando os esclarecimentos ofertados pela Diretoria de Engenharia da Riotrilhos, à fl. 347, que declara: “Os quantitativos somente poderão ser analisados com alguma precisão, quando forem definidos os projetos de cada um dos itens”;***
- *A documentação utilizada, à época, para a estimativa dos valores das obras e dos serviços de engenharia considerados neste termo aditivo, **não corresponde àquela contida no art. 6º, inciso IX, da Lei Federal nº 8.666/93, onde é apresentada a definição de Projeto Básico, visto que não foram elaborados Projetos Básicos com a precisão adequada; (grifei)***

Ao serem instadas pela equipe de auditoria a se manifestar sobre a questão, a Riotrilhos alegou que os investimentos teriam a natureza de “obrigação de resultado”, e que instituiu uma Comissão para acompanhamento técnico das obras realizadas. Por sua vez, a Setrans informou que foi criada, por meio do Decreto Estadual nº 44.734/14, a Coordenadoria de Controle de Concessões, para o acompanhamento dos contratos celebrados, mas que tal Coordenadoria não teve efetividade em sua missão por possuir apenas um servidor. Foi apresentado, apenas, relatório dos investimentos com base em dezembro de 2014, elaborado pela Agetransp.

Dessa forma, restou evidenciado que as fiscalizações eram focadas apenas em aspectos técnicos e patrimoniais, mas não financeiros, sob o argumento de que os investimentos consistiam em “obrigação de resultado”, destacando-se a seguinte manifestação do Corpo Técnico desta Corte, em relação a informações de processos administrativos de fiscalização abertos pela Agetransp:

A questão sobre a economicidade dos investimentos foi então suscitada à Agetransp, que informou (arquivo 34 - Ofícios Agetransp, fls. 09/10 do arquivo):

[...]

Em nenhum dos processos mencionados se promoveu controle do valor dos investimentos em comparação com os respectivos custos unitários ou de execução, aspecto com repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tratado na presente auditoria, não obstante o conjunto de processos evidenciar controle sobre aspectos técnicos e sobre o cumprimento dos prazos estabelecidos (arquivo 35 – E-12-010.139-2009.zip), (arquivo 36 – E-12-010.479-2010), (arquivo 37 – E-12-004.403-2013), (arquivo 38 – E-12-004.417-2013) e (arquivo 39 – E-12-004.069-2015).

Não se olvida a existência de dados sobre o valor dos investimentos efetivamente realizados, como os constantes no processo administrativo E-12/004.403/2013, entretantes, como eles não estão amparados em documentos hábeis de suporte, como os respectivos projetos, contratos e notas fiscais, avaliados pela Agetransp, uma comparação com os inicialmente previstos não permitiria uma opinião conclusiva.

Ainda em relação aos investimentos realizados como dação em pagamento, o Corpo Técnico ressalta que a aquisição de trens foi realizada por meio de processo de importação, em nome do Estado do Rio de Janeiro, operação desonerada de tributos, o que deve ser levado em consideração na fiscalização do pagamento total da outorga.

3- Achado de Auditoria 03: Modelo Regulatório com omissões e vácuos de atribuição que comprometem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No 3º Achado de Auditoria o Corpo Técnico aborda diversas fragilidades regulatórias encontradas na Agetransp, as quais, inclusive, já tinham sido identificadas em auditorias anteriores, a exemplo das seguintes:

- a) Processo TCE-RJ nº 120.924-6/13: baixa eficácia no acompanhamento das receitas das concessionárias, descon sideração de desonerações concedidas pela legislação federal na formação do valor da tarifa, bem como a existência de bens reversíveis ainda não localizados;
- b) Processo TCE-RJ nº 106.743-2/10: constatação de elevação dos intervalos de tempo entre as composições metroviárias – apesar da previsão

de inauguração da Linha 1A – e de frágil controle do programa de revisão dos sistemas de ar condicionado, bem como a ausência de estudos que atestassem a viabilidade operacional da Linha 1A;

Apesar de ter providenciado algumas medidas – como a abertura de procedimento administrativo para análise de possíveis inadimplementos de obrigações contratuais, bem como a edição da Resolução nº 35/2016 (Regulamento de Controle de Bens Reversíveis) –, as medidas regulatórias adotadas pela Agetransp têm se revelado insuficientes ao longo dos anos.

Tal constatação pode ser evidenciada pela ausência de celeridade nos procedimentos de revisão contratual ou tarifária, causada por diversos fatores, como a ausência de plano de capacitação para os servidores e a inexistência de procedimentos preestabelecidos para tais revisões.

Conforme já mencionado neste Voto, enquanto a primeira revisão tarifária não foi concluída e a segunda sequer foi iniciada – ambas foram prejudicadas pela celebração do 6º Termo Aditivo, no ano de 2007 –, a revisão relativa ao ciclo 2007/2012 teve sua decisão definitiva proferida apenas no ano de 2016, quando a Agetransp reconheceu o desequilíbrio contratual por meio da Deliberação Agetransp nº 792/16.

Em relação à ausência de procedimentos preestabelecidos para as revisões, ao ser questionada sobre o assunto, a Agetransp informou que as normas ainda estão em fase de elaboração. Sobre o assunto, o art. 3º, inciso II da Lei Estadual nº 4.555/05 exige da Agetransp o estabelecimento de regras claras para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, *in verbis*:

Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGETRANSP pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:

[...]

II - a existência de regras claras inclusive sob o ponto de vista tarifário, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

Destaco, ainda, a seguinte manifestação do Corpo Técnico a respeito da questionável celeridade decisória da Agetransp e da ausência de procedimentos predefinidos:

Como informado, o processo referente à revisão tarifária do período 1998/2002 perdeu seu objeto com a celebração do 6º termo aditivo ao contrato de concessão em dezembro de 2007. Como é notório, mesmo no final do quinto ano após o período de referência, a Agetransp não foi capaz de concluir o referido processo de revisão, sendo que esta excessiva morosidade demonstra a clara dificuldade da Agência Reguladora e também a não existência de procedimentos definidos no tratamento das revisões tarifárias.

Soma-se a isso, o fato da Agetransp aguardar até o fim do primeiro semestre do 1º ano para iniciar a revisão do respectivo quinquênio em apreciação. Isso não obstante, conclui todo o procedimento de revisão, incluindo a análise do recurso interposto pela concessionária, apenas 4 anos depois do termo inicial da análise (arquivo 45 - Deliberações Agetransp).

A falta de procedimentos definidos foi determinante para que a revisão ordinária quinquenal, referente ao ciclo 2007/2012, se delongasse por tanto tempo. Como informado, esta revisão, a única a ser concluída, iniciou na data de celebração do 6º termo aditivo ao contrato de concessão, a partir de correspondência da Concessionária, de 20.06.12, e finalizada somente no dia 31.03.16 com a Agetransp reconhecendo o desequilíbrio do contrato por meio da Deliberação nº 792, de 31.03.16, apreciada em sede de recurso administrativo interposto pela concessionária em 30.06.

[...]

Importante consignar, também, que a inexistência de uma estrutura adequada e de parâmetros e procedimentos revisionais bem definidos obriga a Agetransp sempre depender da contratação de consultoria terceirizada para a execução dos trabalhos de revisão tarifária ordinária. Exemplo disso foi a contratação da FGV para execução dos trabalhos referentes à revisão tarifária do ciclo 2007/2012. [...]

[...]

Destarte, uma demora demasiada no processo revisional acaba por desnaturalizar seu intuito, que é a verificação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e exemplo concreto disso é este último procedimento revisional que acabou judicializado, pois, além da excessiva demora do procedimento em si, agora, ainda há a possibilidade do referido processo judicial demorar anos para ser decidido, o que impactará diretamente nas revisões tarifárias dos ciclos seguintes.

A omissão da Agetransp no estabelecimento da taxa de remuneração de capital, parâmetro essencial para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato inicial, bem como sua inércia em adotar providências visando ao controle dos bens reversíveis da concessão, também são exemplos de fragilidade regulatória.

Tal vulnerabilidade prejudica a segurança jurídica dos contratos, em desacordo com o estabelecido no art. 3º, inciso III, da Lei Estadual nº 4.555/05, que

cita, como princípio fundamental da Agetransp, a busca pela estabilidade nestas relações:

Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGETRANSP pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:

[...]

III - estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas;

Sobre o controle dos bens reversíveis, também restou evidenciada a ausência de tal monitoramento por parte da Riotrilhos, conforme manifestação do seu Diretor de Patrimônio e Controle, que encaminhou uma relação de bens reversíveis que não registrava os trens adquiridos com recursos devidos ao Estado a título de outorga. Ainda segundo o Corpo Instrutivo, há trens das Linhas 1 e 2 circulando na Linha 4 do metrô por meio de contrato de locação, conforme consignado nos autos do Processo TCE-RJ nº 108.198-7/16.

Registro um último aspecto relativo às inconsistências decisórias na Agetransp e apontado pelo Corpo Técnico, qual seja, o processo de aprovação do 6º Termo Aditivo que prorrogou antecipadamente o contrato de concessão, por meio da Deliberação Agetransp nº 142/2007, destacando-se o seguinte trecho da proposta instrutiva a esse respeito:

A Agetransp ao aprovar a celebração do 6º termo aditivo ao contrato de concessão se manifestou no sentido de a concessionária adotar estratégias operacionais que permitiam a obtenção de condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação dos serviços, fundamentada em avaliação dos usuários por meio de pesquisa de opinião (fls. 304 do processo E-10/000.353/2007). O voto que deu ensejo à deliberação da Agetransp sustentou que cabia à agência avaliar apenas a qualidade dos serviços (item 3 do anexo 1 do contrato).

Entretanto, a disposição contratual determinava avaliação da regularidade e da qualidade e a Agetransp se limitou a informar que era possível afirmar o cumprimento das normas operacionais, sem fundamentar a assertiva em qualquer dado concreto do mundo real.

Além disso, a Agetransp não abordou a totalidade dos critérios de avaliação exigidos e previstos no anexo 1 do contrato de concessão, como os parâmetros de serviço e de desempenho, incluindo os indicadores de desempenho.

O Corpo Instrutivo ressalta que, dessa forma, foi descumprido o disposto na cláusula terceira, § 1º e na cláusula quarta, § 1º, do contrato de concessão, com o seguinte teor:

CLÁUSULA TERCEIRA - PRAZO DE CONCESSÃO

[...]

§ 1º - A critério exclusivo do ESTADO e para assegurar a continuidade e qualidade dos serviços públicos, e com base nos relatórios técnicos sobre a regularidade e qualidade dos SERVIÇOS preparados pela ASEP, o prazo da CONCESSÃO poderá ser prorrogado por igual período, por uma só vez, mediante requerimento da CONCESSIONÁRIA, que deverá também apresentar um plano de investimentos para o novo período contratual. Grifou-se

CLÁUSULA QUARTA - QUALIDADE E SEGURANÇA DOS SERVIÇOS

[...]

§ 1º - A qualidade e segurança dos SERVIÇOS prestados com os atributos previstos no caput desta cláusula, serão aferidos mediante a utilização dos índices de avaliação de qualidade e segurança dos SERVIÇOS, constantes do Anexo I deste CONTRATO.

A avaliação isolada de requisitos como continuidade, segurança e eficiência, em curto lapso temporal e com muitos anos de antecedência ao fim do prazo de execução contratual, é incapaz de permitir um diagnóstico confiável sobre o atendimento às metas de desempenho e qualidade do serviço prestado.

Na mesma linha, um eventual argumento que deveria ser contestado é o de que a prorrogação seria necessária para assegurar a prestação do serviço e os investimentos do concessionário até o término do contrato. Isso porque tal obrigação existe independentemente da possibilidade de prorrogação, razão pela qual tal argumento não seria suficiente para afastar a regra do ambiente competitivo licitatório.

4- Considerações sobre a proposta instrutiva.

Diante dos fatos apurados por meio da auditoria, concordo com a manifestação instrutivas, no sentido de que a não manutenção dos parâmetros da equação econômico-financeira inicial do contrato (que deveriam ter sido compatíveis

com a proposta vencedora e devidamente estabelecidos no instrumento contratual) ocasionou diversas irregularidades nas tentativas de revisão contratual e tarifária, bem como prejuízos aos usuários e instabilidade da relação jurídica na concessão.

Adicionalmente, as inconsistências identificadas no pagamento dos valores de outorga, bem como na atividade de regulação e de fiscalização pelos órgãos estaduais envolvidos, justificam as diligências externas propostas.

Todavia, entendo que alguns itens constantes da proposta instrutiva merecem ajustes, conforme exponho a seguir.

Em relação à determinação sugerida no item 4.1.1.1 da proposta instrutiva, contemplo, em meu Voto, ajuste redacional com vistas a permitir a adoção de procedimento diverso do proposto, caso a Agetransp tenha editado norma interna disciplinadora nesse sentido.

Quanto ao item 4.1.2, considerando a probabilidade de que o processo revisional do ciclo 2013-2017 já tenha sido concluído, contemplo ajuste redacional para que seja encaminhado o eventual resultado de tal procedimento.

No que se refere à última recomendação sugerida no item 4.1.6 da proposta instrutiva – articulação com o Poder Executivo para eventual cessão de servidores à agência reguladora –, em que pese a cessão de servidores possibilitar benefícios no curto prazo, o gestor deverá ter cautela na adoção de tal medida, em face da necessidade de autonomia do órgão regulador em relação às partes contratuais envolvidas no jogo regulatório, entre elas o próprio Poder Concedente.

Sobre o assunto, considero oportuna a transcrição do art. 3º da Lei Federal nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras no âmbito do Governo Federal:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Portanto, faço em meu Voto um ajuste redacional no referido item da proposta instrutiva, no sentido de determinar à Agetransp a realização de estudos com vistas à adoção da forma mais adequada de seleção e recrutamento de pessoal – com foco em sua visão estratégica de longo prazo e missão institucional como agência reguladora –, a exemplo da possibilidade de realização de concursos públicos e de realocação do efetivo já existente na Agência.

Em relação às determinações sugeridas nos itens 4.4.4 e 4.7.5 da proposta de encaminhamento do Corpo Técnico, discordo da sua proposição, na medida em que a anuência do Estado do Rio de Janeiro com a transferência do controle acionário da concessionária está prevista na cláusula vigésima sexta do contrato de concessão, bem como a possibilidade de transferência de controle em concessões está estabelecida no art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95, não havendo nos autos robustez probatória que relacione a contratação de escritório de advocacia com a aprovação da transferência do controle acionário e a prorrogação do contrato de concessão.

Isso porque o Corpo Técnico não apresenta, **até esta fase processual**, documentação comprobatória de suposta irregularidade – apenas relata notícia veiculada pela imprensa na época, divulgando que o escritório de advocacia da esposa do então Governador foi contratado antes da transferência do controle acionário da concessionária, fato que, por si só, apesar de inusitado, não possui o condão de evidenciar irregularidade na referida transferência da concessão.

Ressalto que tal entendimento não impede que a Secretaria-Geral de Controle Externo (SGE) apresente indício contundente de irregularidade na cessão do controle da Concessionária, na próxima submissão plenária da presente auditoria.

No que se refere à Notificação sugerida no item 4.8 da proposta instrutiva, direcionada aos Conselheiros da Agetransp à época da anuência com a prorrogação antecipada do contrato de concessão, rememoro o seguinte trecho da Decisão Plenária de 06/11/2019, no âmbito do Processo TCE-RJ nº 217.389-2/19 (Edital de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário em Barra do Pirai – RJ), de minha relatoria:

A prorrogação de prazo em Concessões e Parcerias Público-Privadas, como uma das medidas de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, apesar de prevista na legislação, pode não consistir na melhor forma de restabelecer a equação econômico-financeira, ao suscitar a interpretação de contrato vitalício – caso a prorrogação seja estabelecida no limite do prazo inicial da presente concessão, uma mesma empresa poderá explorar o serviço de água e esgoto por até 70 (setenta) anos, impedindo a possibilidade de nova licitação.

Tal possibilidade licitatória permitiria que outras empresas competissem pela exploração do serviço, podendo oferecer, em contrapartida, condições mais vantajosas para as demais partes do jogo regulatório (benefícios maiores aos usuários, como tarifas mais módicas, serviços prestados com melhor qualidade, realização de maiores investimentos ou até pagamento de maiores valores de outorga ao Poder Concedente), situações em que haveria maior interesse público na realização de nova licitação, em vez de uma prorrogação contratual.

Diversos fatores poderão contribuir para que seja mais interessante um novo procedimento, tal como no caso de futuras mudanças positivas no cenário macroeconômico e na percepção de risco por parte dos investidores, o que se converteria em necessidades remuneratórias menores para o parceiro privado e, conseqüentemente, valores de tarifas mais benéficas para os cidadãos do Município.

Outra situação que demonstraria o maior interesse público na realização de novo certame seria no caso de a concessionária não ser bem avaliada quanto à qualidade e eficiência na prestação de serviço, situação em que seria incoerente premiar a concessionária com a prorrogação, como forma de reequilíbrio contratual.

Nesse sentido, embora as prorrogações de concessões encontrem-se no âmbito da discricionariedade do gestor público, tal decisão meritória não poderá ser incompatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como com os princípios da economicidade, da eficiência e da modicidade tarifária.

Nesse sentido, considerando que a prorrogação antecipada impediu a realização de novo certame licitatório no ano de 2018, sendo que a competição no mercado poderia ter trazido propostas mais agressivas por parte das empresas interessadas, gerando mais benefícios ao Poder Concedente e aos usuários do serviço, incluo, em meu Voto, a necessidade de que os signatários da Deliberação Agetransp nº 142/2007 também se manifestem acerca da ausência de estudo prévio fundamentando o interesse público e a vantajosidade na prorrogação contratual antecipada, em detrimento de novo certame licitatório ao término do prazo inicial da concessão, estudo que deveria ter considerado todos os aspectos econômico-financeiros envolvidos nas duas opções (prorrogação ou novo certame licitatório).

Adicionalmente, formulo Determinação à Agetransp no sentido de que exija tal estudo no caso de processos relativos a prorrogações de contratos de concessão e abstenha-se de priorizar o instituto da prorrogação contratual por ocasião dos processos de revisão ordinária ou extraordinária dos contratos.

Também contemplo, em meu Voto, Determinação à Secretaria-Geral de Controle Externo para que avalie a possibilidade de realização de fiscalizações relacionadas a prorrogações de concessões e parcerias público-privadas, em especial no caso de prorrogações antecipadas, segundo critérios de materialidade, relevância e risco.

Em relação ao item 4.13 da proposta instrutiva, discordo, ao menos neste momento processual, da proposição de instauração de Auditoria Governamental Extraordinária, na modalidade Monitoramento, englobando todas as diligências recomendadas, na medida em que tal pedido se contrapõe a outras solicitações do Corpo Técnico em sua instrução, as quais sugerem o encaminhamento de diversos documentos e respostas a serem analisados ainda nos autos do presente processo.

5- Considerações sobre o parecer do Ministério Público Especial.

Em relação ao parecer do Ministério Público Especial, a quase totalidade do documento traz novamente ao Plenário as alegações contidas nas petições iniciais constantes dos Processos TCE-RJ nº 100.793-1/18 (Representação com mérito sobrestado até a ultimação de outras auditorias nesta Corte, conforme Decisão Plenária de 07/08/2018) e nº 104.130-9/17 (Representação considerada Improcedente por meio de Decisão Plenária em 09/01/2018), os quais dizem respeito, sobretudo, a fatos relacionados ao contrato de concessão da Linha 4 do metrô, semelhantemente a outros procedimentos fiscalizatórios, podendo-se citar, por exemplo, os Processos TCE-RJ nº 103.971-2/16, 105.002-1/16 e 108.198-7/16.

Discordo, portanto, do pedido final pela sustação e nulidade dos contratos de concessão das linhas 1, 2 e 4 do metrô na medida em que a presente auditoria, além de abarcar apenas a Linha 1 e 2, se encontra em fase de diligência externa e

abertura de contraditório e ampla defesa aos envolvidos nas irregularidades apontadas pelo Corpo Técnico.

Ex positis, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com a proposta do Corpo Instrutivo e com o parecer do Ministério Público Especial, residindo minha parcial divergência em: i) ajuste redacional nos itens 4.1.1.1, 4.1.2 e 4.1.6 da proposta instrutiva (itens I.1, I.2 e II.3 de meu Voto); ii) exclusão dos itens 4.4.4, 4.7.5 e 4.13 da proposta instrutiva; iii) inclusão dos itens I.6, I.7, IX.c e XII de meu Voto; iv) discordância quanto ao pedido do Ministério Público de Contas acerca da sustação e nulidade dos contratos neste momento processual, e

VOTO:

I - Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp), para que tome ciência da presente Decisão, e para que, **no prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias**, seja comprovado o cumprimento das seguintes **DETERMINAÇÕES** pela Agência:

1. Defina expressamente a fórmula de cálculo da remuneração do capital (critérios, metodologia e base de cálculo) relativa ao Contrato de Concessão dos serviços metroviários das Linhas 1 e 2, celebrado em 27/01/1998, como condição preliminar de exame do ciclo revisional referente ao período 2013-2017, em observância ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como considerando os seguintes aspectos (Achado 1, item 2.1.1):
 - Os termos dispostos no art. 9º da Lei Estadual nº 2.869/97;
 - Os efeitos econômicos decorrentes da proposta da concessionária apresentada no Edital de Leilão nº 01/97;
 - As projeções de resultado e o fluxo de caixa constantes da modelagem financeira que integrou os estudos preliminares à concessão;

- Caso não haja norma interna regulamentadora específica, observe os seguintes procedimentos mínimos para permitir a definição da fórmula de cálculo da remuneração do capital da concessionária em tempo razoável, com base no art. 4º, inciso III, da Lei Estadual nº 4.555/05 e no Regimento Interno da Agetransp (Achado 1, item 2.1.1):

a) Intime a concessionária e o Poder Concedente para se pronunciarem, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sobre a fórmula de cálculo da remuneração do capital e requisite, concomitantemente, manifestação dos órgãos técnicos competentes da agência reguladora e da Procuradoria-Geral da Agência, tendo em vista a necessidade de formação de contraditório para permitir a decisão da agência reguladora, nos termos do disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República;

b) Instaure, imediatamente e de forma concomitante ao processo de apuração mencionado no item “a”, câmara de negociação entre a concessionária e a Agetransp, com a participação do Poder Concedente, presidida, no mínimo, por servidor qualificado da Agetransp, intimando os demais integrantes a designarem representantes no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com a finalidade de negociar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a fórmula de cálculo da remuneração do capital da concessionária, observada a equação econômico-financeira inicial do contrato, nos termos das disposições aplicáveis da cláusula sétima, §§ 19º e 20º, do 6º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República;

c) Esgotadas as providências preliminares tratadas nos itens “a” e “b”, aprecie a fórmula de cálculo da remuneração do capital da concessionária, considerando a equação econômico-financeira inicial e o capital efetivamente investido na concessão, no prazo máximo de 30 (trinta) dias subsequentes ao prazo previsto no item “a” – previsto por analogia ao § 16º da cláusula sétima do

6º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão –, remetendo cópia da Deliberação da Agetransp ao TCE-RJ, de forma a comprovar a viabilidade jurídica de manutenção do contrato de concessão;

2. Encaminhe a conclusão da apreciação do ciclo revisional referente ao período de 2013/2017, observando o disposto no art. 4º, inciso III, da Lei Estadual nº 4.555/05 (Achado 3, item 2.3.1);
3. Proceda à intimação do Poder Concedente, para que incorpore fatos que tenham causado desequilíbrio para a parte pública da relação contratual, antes da apreciação de mérito da revisão contratual, nos termos do disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República (Achado 1, item 2.1.5);
4. Realize auditoria ou exija a contratação de auditores independentes pela concessionária, nos termos da cláusula décima segunda, inciso VIII, do 6º Termo Aditivo ao contrato de concessão, para certificar os valores efetivamente investidos pela concessionária – com lastro em documentos hábeis de suporte, como os respectivos projetos, contratos e notas fiscais –, observando a necessidade de (Achado 2, item 2.2.4):
 - Demonstração das respectivas fontes de custeio dos investimentos realizados a título de pagamento de outorga;
 - Comparação do total devido a título de outorga (ajustado o valor da moeda à data da realização das correspondentes despesas, conforme cláusula nona, § 3º, do contrato de concessão), com o valor dos investimentos efetivamente realizados pela concessionária, considerando, inclusive, a imunidade tributária obtida no processo de importação do material rodante, com a finalidade de avaliar se a outorga fixada foi efetivamente paga;
 - Comprovação pela concessionária do valor real do capital por ela investido na concessão e passível de remuneração pela tarifa, nos termos do disposto no art. 9º da Lei Estadual nº 2.869, de 18.12.97, no contrato e na Constituição da República;

5. Realize imediata inspeção física na concessionária para aferir a propriedade e individualizar os trens alugados que, de fato, circulam na Linha 4 do metrô, **informando o resultado da apuração a este Tribunal de Contas** (Achado 3, item 2.3.3);
 6. Exija estudo prévio fundamentando tecnicamente o interesse público nos processos envolvendo a possibilidade de prorrogações de contratos de concessão, em detrimento de novo certame licitatório, estudo que deve considerar todos os aspectos econômico-financeiros envolvidos nas duas opções (prorrogação ou novo certame licitatório);
 7. Por ocasião das revisões ordinárias ou extraordinárias de contratos de concessão, abstenha-se de priorizar, como solução para o reequilíbrio econômico-financeiro, o instituto da prorrogação antecipada do prazo de vigência contratual, tendo em vista as considerações constantes na fundamentação deste Voto;
- II - Pela **RECOMENDAÇÃO** ao atual Presidente da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (Agetransp), para que adote as seguintes medidas (Achado 3, item 2.3.2):
1. Defina formalmente, por meio de normatização própria, os procedimentos de revisão tarifária dos serviços metroviários das Linhas 1 e 2;
 2. Adote plano de capacitação do conjunto de servidores, com a finalidade de aprimorar a sua formação e o desempenho das atividades de regulação;
 3. Promova a seleção e o recrutamento de mais servidores para a agência, identificando ações estratégicas adequadas para o suprimento das lacunas existentes de pessoal – com foco em sua visão estratégica de longo prazo e missão institucional como agência reguladora –, a exemplo da possibilidade de realização de concursos públicos e de realocação interna do efetivo já existente;

III - Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário de Estado de Transportes, na forma prevista pela Lei Orgânica deste Tribunal, para que, **no prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias**, adote as seguintes medidas:

1. Informe o atual estágio de cobrança do valor de R\$ 197.943.284,46 (cento e noventa e sete milhões, novecentos e quarenta e três mil, duzentos e oitenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), em moeda de dezembro de 2014, relativo ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de transporte metroviário, e a respectiva utilização de tal numerário, tendo em vista o disposto no art. 9º da Lei Estadual nº 2.869/1997 e no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República (Achado 1, item 2.1.4);
2. Encaminhe a conclusão da análise das prestações de contas da concessionária sobre a aplicação dos recursos totalizando R\$ 82.669.492,48 (oitenta e dois milhões, seiscentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e quarenta e oito centavos), para pagamento de obrigações da Riotrilhos e da Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro – em liquidação, listadas no anexo V do 6º Termo Aditivo, observando o reajuste anual previsto na cláusula nona, § 3º, do Contrato de Concessão, com emissão de certificado de auditoria pela Auditoria Geral do Estado (AGE), nos termos do disposto no art. 54, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 63/90 (Achado 2, item 2.2.4.2);
3. Após submissão à Auditoria Geral do Estado (AGE) para verificação da existência de débitos a título de outorga e/ou da necessidade de instauração de tomada de contas, encaminhe a consolidação das informações prestadas pela Secretaria de Estado de Fazenda, pela Riotrilhos e pela Auditoria Geral do Estado (AGE), solicitadas pelos Ofícios SETRANS/SET nºs 361, 379 e 380/2017 – a respeito dos valores mensais das outorgas pagas pela Opportrans Concessão Metroviária S.A. desde o início da concessão até a presente data –, informando a data de pagamento, o valor pago e o mês de competência, assim como a conta contábil (ou conta corrente) em

que houve o registro no Siafem, conciliando tais informações com aquelas disponíveis na Assessoria Jurídica da Setrans e mencionadas no processo administrativo E-10/000.353/2007 (Achado 2, item 2.2.3.1);

4. Providencie a revisão e detalhamento do inventário de bens reversíveis, por meio de comissão composta por membros indicados pela Riotrilhos e pela concessionária, registrando todos aqueles bens adquiridos e entregues à concessionária e aqueles eventualmente não localizados, encaminhando a conclusão dos trabalhos a esta Corte, nos termos do disposto no § 2º, da cláusula décima sétima do 6º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão (Achado 3, item 2.3.3);

IV - Pela **COMUNICAÇÃO** ao Poder Concedente, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, na forma prevista pela Lei Orgânica desta Corte, para que tome **CIÊNCIA** da presente Decisão, encaminhando-lhe cópia do inteiro teor deste Voto, bem como para que, **no prazo de 30 (trinta) dias**, manifeste-se acerca dos seguintes eventos ocorridos na concessão dos serviços metroviários das Linha 1 e 2, podendo encaminhar informações relevantes e supervenientes ainda não consideradas na auditoria realizada e identificadas após a posse da nova gestão do governo estadual:

1. Alteração contratual por meio do 6º Termo Aditivo ao contrato de concessão, sem observância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor, contrariando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República (Achado 1, item 2.1.2);
2. Pactuação de outorgas suplementares e de prorrogação do contrato em desconformidade com a equação econômico-financeira inicial do contrato, bem como previsão de desembolso por meio de irregular dação em pagamento, contrariando o disposto na cláusula primeira, parágrafo nono, do Contrato de Concessão, no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, no art. 66 da Lei Federal nº 8.666/1993 e nos artigos 7º, § 2º, incisos I e II, e §§ 4º e 6º da

mesma Lei, combinado com o disposto no art. 18, inciso XV, da Lei Federal nº 8.987/1995 (Achado 2, itens 2.2.2 e 2.2.3);

3. Pactuação para a construção da Linha 1A sem fundamento em estudo técnico adequado, violando o princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição da República (Achado 2, item 2.2.1);

V - Pela **COMUNICAÇÃO** à Concessão Metroviária do Rio de Janeiro S/A (CNPJ nº 10.324.624/0001-18), para que, **no prazo de 30 (trinta) dias,** manifeste-se acerca das seguintes questões:

1. Alteração contratual por meio do 6º Termo Aditivo ao contrato de concessão, sem observância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor, contrariando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República (Achado 1, item 2.1.2);
2. Pactuação de outorgas suplementares e de prorrogação do contrato em desconformidade com a equação econômico-financeira inicial do contrato, bem como previsão de desembolso por meio de irregular dação em pagamento, contrariando o disposto na cláusula primeira, parágrafo nono, do Contrato de Concessão, no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, no art. 66 da Lei Federal nº 8.666/1993 e nos artigos 7º, § 2º, incisos I e II, e §§ 4º e 6º da mesma Lei, combinado com o disposto no art. 18, inciso XV, da Lei Federal nº 8.987/1995 (Achado 2, itens 2.2.2 e 2.2.3);
3. Pactuação para a construção da Linha 1A sem fundamento em estudo técnico adequado, violando o princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição da República (Achado 2, item 2.2.1);

VI - Pela **COMUNICAÇÃO** à Fundação Getúlio Vargas (FGV), para que, **no prazo de 30 (trinta) dias,** manifeste-se acerca da inobservância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor do certame realizado por meio do Edital de Leilão nº 01/97 – que deu origem ao contrato de concessão dos serviços metroviários das Linhas 1 e 2, celebrado em 27/01/1998 –, por ocasião da consultoria realizada para a celebração do 6º termo aditivo ao contrato de concessão, contrariando o

disposto no art. 37, XXI, da Constituição da República (Achado 1, item 2.1.2);

VII - Pela **COMUNICAÇÃO** à empresa Construções e Comércio Camargo Correa S/A (CNPJ nº 61.522.512/0001-02), para que, **no prazo de 30 (trinta) dias**, se manifeste acerca do recebimento de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), desembolsados pela concessionária dos serviços metroviários das Linhas 1 e 2 do Metrô, em desacordo com o disposto nos arts. 60, 63, § 2º, inciso III, 83 e 90 da Lei Federal nº 4.320/64, nos arts. 66, 67 e 73, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como o disposto no art. 167, inciso II, da Constituição da República (Achado 2, item 2.2.4.1) ;

VIII - Pela **NOTIFICAÇÃO** ao Sr. Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho, Governador do Estado do Rio de Janeiro à época, com fundamento no art. 6º, § 2º, da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, para que, **no prazo de 30 (trinta) dias**, apresente razões de defesa, juntando documentação comprobatória, pelas irregularidades a seguir relacionadas:

1. Alteração contratual mediante o sexto termo aditivo ao contrato de concessão, sem observância das condições efetivas da proposta do licitante vencedor, contrariando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República (Achado 1, item 2.1.2);
2. Estabelecimento de outorgas suplementares e para prorrogação do contrato de concessão em desconformidade com a equação econômico-financeira inicial do contrato, bem como a sua quitação por meio de irregular dação em pagamento, contrariando o disposto na cláusula primeira, parágrafo nono, do contrato de concessão, no art. 37, XXI, da Constituição da República, nos arts. 66 da Lei Federal nº 8.666/93 e nos artigos 7º, § 2º, incisos I e II, e §§ 4º e 6º da mesma Lei, combinado com o disposto no art. 18, XV, da Lei Federal nº 8.987/95 (Achado 2, itens 2.2.2 e 2.2.3);
3. Pactuação do pagamento de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) à Construtora Camargo Correia, contrariando o disposto nos arts. 60, 63, § 2º, inciso III, 83 e 90 da Lei Federal

nº 4.320/64 e nos arts. 66, 67 e 73, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93, além de o disposto no art. 167, inciso II, da Constituição da República (Achado 2, item 2.2.4.1);

4. Pactuação da construção da Linha 1A sem fundamento em estudo técnico adequado e violando o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição da República e no art. 6º, § 1º da Lei Federal nº 8.987/95 (Achado 2, item 2.2.1);

IX - Pela **NOTIFICAÇÃO** aos Srs. Francisco José Reis, Luiz Antonio Laranjeira Barbosa, Maurício Agnelli e Antônio de Carvalho, Conselheiros da Agetransp à época, com fundamento no art. 6º, § 2º, da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, para que, **no prazo de 30 (trinta) dias**, apresentem razões de defesa, juntando documentação comprobatória, por terem admitido o prosseguimento da celebração do 6º Termo Aditivo ao contrato de Concessão, por meio da Deliberação Agetransp nº 142/2007, com inobservância ao disposto na cláusula terceira, § 1º e na cláusula quarta, § 1º, do contrato de concessão – Achado 2, item “d) *Causas*” –, bem como desconsiderando questões prejudiciais ainda em análise na agência, na época dos fatos, tais como:

- a) A revisão do equilíbrio econômico-financeiro do primeiro quinquênio do contrato e a ausência de fixação dos critérios para aferição da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, condição prévia indispensável à promoção da alteração contratual pretendida;
- b) Ausência de decisão definitiva sobre o critério de fixação das outorgas suplementares;
- c) Ausência de estudo prévio fundamentando o interesse público na prorrogação antecipada, em detrimento de novo certame licitatório, estudo que deveria ter considerado todos os aspectos econômico-financeiros envolvidos nas duas opções (prorrogação ou novo certame licitatório);

X - Pela **NOTIFICAÇÃO** ao Sr. Rodrigo Goulart de Oliveira Vieira, Secretário de Estado de Transportes à época, com fundamento no art. 6º, § 2º, da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, para que, **no prazo de 30 (trinta) dias**, apresente razões de defesa, juntando documentação comprobatória, pelas seguintes irregularidades:

1. Por não ter considerado a possibilidade de redução da tarifa diante do desequilíbrio econômico-financeiro indicado na Deliberação Agetransp 792/2016, tampouco submetido novamente o processo à agência reguladora, após o insucesso na negociação entre Poder Concedente e concessionária, desatendendo ao disposto no art. 3º da deliberação supracitada, omitindo-se de adotar medidas no sentido de atendimento ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República;

2. Por ter diligenciado no sentido de serem realizados investimentos não justificados tecnicamente, a exemplo da menção à aquisição de novos trens, mesmo diante da recente aquisição de trens e reforma do material rodante por parte do Estado do Rio de Janeiro, contrariando o disposto no art. 2º da Lei Estadual nº 5.427/2009. (Achado 1, item 2.1.4);

XI - Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário de Estado da Casa Civil e Governança, para que, **no prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias**, adote medidas junto à Secretaria responsável para a instauração de procedimento administrativo com a finalidade de apuração de responsabilidades acerca do extravio de parte do processo administrativo E-05/1341/1996, relativo ao Edital e contrato de concessão dos serviços metroviários das Linhas 1 e 2, encaminhando-o a esta Corte de Contas (item “1.5 Limitações” do Relatório de Auditoria);

XII - Por **DETERMINAÇÃO À SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO (SGE)**, para que avalie a possibilidade de realização de auditorias tendo como objeto as prorrogações de concessões e de parcerias público-privadas (PPP's), em especial no caso de prorrogações antecipadas, segundo critérios de materialidade, relevância e risco;

- XIII - Pela **CIÊNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** acerca da presente decisão, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, com vistas ao **Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção (Gaecc)**;
- XIV - Pela **CIÊNCIA À ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** acerca da presente decisão;
- XV - Pela **CIÊNCIA AOS JURISDICIONADOS** de que a proposta do Corpo Instrutivo e parecer do Ministério Público Especial podem ser consultados eletronicamente no Portal do TCE-RJ;

Plenário,

GC-7, em 11 / 03 / 2020.

RODRIGO MELO DO NASCIMENTO
Relator