

VOTO

Trata-se do primeiro estágio do acompanhamento do processo de outorga de concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG, nos trechos da BR-364 – entre a divisa MG/GO e o entroncamento com a BR-060 (Jataí) – e da BR-365 – entre o entroncamento com a LMG-749 (contorno oeste de Uberlândia) e o entroncamento com a BR-364 (divisa MG/GO) –, integrantes do Programa de Investimentos em Logística (PIL), que objetiva o desenvolvimento acelerado e sustentável por meio de uma ampla e moderna rede de infraestrutura com eficiência logística e modicidade tarifária.

2. O processo concessório é conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), no exercício de suas atribuições legais definidas no art. 24, incisos III e V, da Lei 10.233/2001, que, entre outras providências, dispõe sobre a reestruturação dos transportes terrestres e cria a ANTT e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit).

3. Em atendimento ao disposto na IN-TCU 46/2004, a agência reguladora encaminhou ao Tribunal de Contas da União (TCU), em 30/11/2015, os estudos referentes à concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG (peça 1), que foram analisados pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRodovia), conforme instrução de peça 28, transcrita no relatório precedente. O encaminhamento proposto na instrução foi anuído pelo corpo diretivo dessa unidade especializada (peças 29 e 30).

4. De acordo com diretrizes por mim estabelecidas para conferir maior celeridade aos trabalhos, a SeinfraRodovia esteve em contato com a ANTT ao longo de todo o trabalho, por meio de reuniões técnicas e questionamentos enviados por e-mail à agência. Neste ponto, registro agradecimentos ao corpo técnico e diretivo da autarquia regulatória pelo atendimento tempestivo e cordial às solicitações e questionamentos do Tribunal.

5. Os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) que subsidiaram o presente plano de outorga foram desenvolvidos pela Empresa Global de Projetos Ltda., selecionada a partir de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) originado da Portaria Ministerial 59/2014, de 27/2/2014, do Ministério dos Transportes (peça 6, p. 3).

6. As principais características físicas do trecho a ser concedido, descritas no Plano de Outorga, são: 357 km de pista simples e 80 km de pista dupla, totalizando 437 km de rodovias. As premissas da concessão são: tarifa básica de pedágio (TBP) – EVTEA: R\$ 13,456/100 km; receita tarifária total bruta: R\$ 9,2 bilhões (real) e R\$ 21,7 bilhões (nominal); custos: R\$ 2,7 bilhões de investimentos totais e 2,3 bilhões de despesas operacionais totais; TIR desalavancada (WACC) de 9,2% a.a.; e prazo de concessão de 30 anos.

II

7. Antes de adentrarmos o exame técnico propriamente dito, importante destacar que o processo de concessão em estudo (rodovia BR-364/365/GO/MG) apresenta, em essência, a mesma estruturação do processo de outorga de concessão da rodovia BR-476/153/282/480/PR/SC, conhecida como Rodovia do Frango.

8. Em 17/02/2016, o processo que tratou do acompanhamento da concessão da Rodovia do Frango, de minha relatoria, foi apreciado pelo plenário da Corte de Contas (Acórdão 283/2016 – TC 023.298/2015-4). Considero importante ressaltar que, no referido processo, a proposta de encaminhamento da unidade instrutiva especializada foi adotada na essência na minuta de acórdão que levei ao colegiado. Assim, o plenário aprovou com ressalvas o primeiro estágio do acompanhamento

do processo de concessão da Rodovia do Frango e fez diversas determinações à ANTT para que, previamente à publicação do edital de concessão, adotasse providências, notadamente no sentido de aprimorar algumas questões, tornar mais claro pontos importantes na minuta do contrato e, na maior parte delas, compatibilizar alguns aspectos que estão considerados de forma distinta nos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental, no Programa de Exploração da Rodovias (PER) e na minuta do contrato de concessão. Além dessas, também foram emitidas outras determinações, de âmbito geral, e recomendações, direcionadas tanto para a agência reguladora como para o Ministério dos Transportes.

9. Dessa forma, tendo em vista a similaridade das questões tratadas nos presentes autos com as apreciadas pelo Tribunal no Acórdão 283/2016-Plenário, abordarei com mais ênfase os pontos em relação aos quais a ANTT trouxe posição diferenciada à adotada no processo de concessão da Rodovia do Frango, bem como aos que pleiteia aperfeiçoamentos ou revisões.

10. Desde já destaco que as principais modificações trazidas no EVTEA da rodovia BR-364/365/GO/MG referem-se ao prazo para a conclusão das obras obrigatórias de duplicação, que passou de sete anos (Rodovia do Frango), para até vinte anos; ao fato de tal duplicação ter sido dividida em duas etapas: parte A – duplicação de 117,0 km (até o 5º ano de concessão) –; parte B – duplicação de 240,0 km (do 16º ao 20º ano de concessão, caso o gatilho volumétrico previsto no item 3.2.1.2.2 do PER não seja atingido antes de tal período) –; e à própria introdução do citado gatilho volumétrico – realização das obras de duplicação condicionadas ao volume de tráfego (peça 4, p. 34-36).

III

11. Tendo em vista que o Tribunal tem dado inúmeras contribuições aos processos concessórios promovidos pela ANTT no que tange, por exemplo, à matriz de risco, modelagem dos custos operacionais, fatores “Q” e “X”, que, em grande parte, já estão incorporadas no EVTEA da presente concessão (BR-364/365/GO/MG), optou-se, à semelhança da análise do processo concessório da Rodovia do Frango, por aprofundar a análise do Programa de Exploração da Rodovia (PER).

12. Uma das razões para essa escolha foi a constatação, em processos de fiscalização em curso na SeinfraRodovia (TC 014.731/2015-0 – Rodovia BR-040/DF/GO/MG e TC 023.217/2015-4 – Rodovia BR-163/MT, por exemplo), de que deficiências na redação do PER estão dificultando o cumprimento contratual e a correspondente fiscalização da prestação do serviço adequado, como preconiza a Lei 8.987/1995. Além desses dois processos, pertinente ressaltar que outros trabalhos relacionados a inexecuções contratuais, a exemplo das auditorias de conformidade na concessão para exploração dos trechos BR 101/SC e BR-116/376/PR (TC 005.534/2011-9 – Acórdão 3.346/2012-TCU-Plenário), BR-116/BA e BR-324/BA (TC 009.222/2012-0) e BR-116/SP/PR (TC 001.554/2013-1), também contribuíram para a assertividade e profundidade das análises e propostas constantes do acompanhamento do primeiro estágio da concessão da BR-364/365/GO/MG.

13. Assim, o exame do PER ganhou robustez e detalhamento, fruto do amadurecimento próprio dos processos de análise dos EVTEAs e das constatações das fiscalizações do Tribunal sobre as concessões vigentes. Soma-se a isso o fato do recente Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (processo de concessão da Rodovia do Frango) ter convalidado as análises, conclusões e propostas da unidade instrutiva especializada. Ademais, a priorização da análise do PER servirá de base para o exame das próximas concessões da atual rodada, gerando maior celeridade nas futuras análises de primeiro estágio.

14. Dada a pertinência com que a unidade instrutiva tratou a questão das bases legais da atuação deste Tribunal de Contas da União quanto à essa análise mais assertiva e profunda, transcrevo trecho da instrução de peça 28, reproduzida no relatório precedente:

“15. No que diz respeito à definição da profundidade da atual análise, é necessário verificar as bases legais da atuação do TCU. Nesse propósito, observa-se que o artigo 71 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) define competência originária ao Congresso Nacional para o exercício do controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Além disso, o artigo 18 da Lei 9.491/1997, cita a apreciação do Tribunal de Contas da União dos processos de concessão.

16. Além disso, o próprio TCU já examinou o tema da delineação da sua competência. Como exemplo, cita-se o excerto do voto condutor do Acórdão 1.126/2011–Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro:

A ANTT, na condição de agência reguladora dos transportes terrestre, promove a modelagem e condução do processo licitatório, o qual reflete as opções regulatórias da agência competente. Bem assim, após a celebração do contrato de concessão, a ANTT é responsável pela fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais avençadas, consoante previsto no art. 26, inciso VII da Lei 10.233/2001, visando garantir ao usuário a prestação de um serviço adequado.

De outra parte, este Tribunal, órgão de controle externo, detém competência para fiscalizar e avaliar o referido processo de outorga de concessão, realizado mediante licitação, verificando não só sua conformidade às normas e princípios a que se vincula como também sua eficiência. Conforme registrado no voto condutor do Acórdão recorrido:

‘Com base nos estudos encaminhados, os auditores do Tribunal verificam se o Poder Concedente cumpriu os ritos legais obrigatórios, se os estudos estão atualizados, se estão feitos dentro de premissas razoáveis, se foram utilizadas metodologias científica e tecnicamente aceitas, se estão completos, abrangendo os diversos aspectos necessários para a correta parametrização, se existem erros ou inconsistências, se os cálculos são replicáveis e chegam ao mesmo resultado obtido, tudo isso em contato com o próprio órgão responsável em um processo contínuo de correções e aperfeiçoamentos.’

O Tribunal de Contas, frise-se, não se substitui ao órgão regulador, que é competente para eleger as condições em que se dará tanto a competição entre os interessados, quanto a prestação dos serviços, entre outros aspectos. A contribuição do Tribunal ao processo consiste em verificar se essas condições são fundamentadas e se amoldam, entre outros, aos princípios da legalidade, da eficiência, da economicidade e da razoabilidade. Além disso, não se pode olvidar que a análise e respectiva divulgação de cada estágio do processo de concessão, na forma da IN-TCU nº 46/2004, favorece sobremaneira a almejada transparência da Administração.

17. Vale registrar que existe vertente doutrinária que defende um controle acentuado do Tribunal de Contas sobre as agências reguladoras, ante a competência desta Corte para adentrar o mérito das ações administrativas e para aferir sua economicidade (vide Dallari, Adilson Abreu. *Controle político das agências reguladoras. Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, 2003).

18. Do mesmo modo, outros alertas doutrinários dizem respeito aos reflexos sobre o erário de ações ou omissões da agência de regulação, que também legitimam a atuação do TCU, tais como a não aplicação de multa por descumprimento contratual e a autorização indevida de aumento de tarifa, que levam ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa (Alexandre Santos de Aragão, *In* Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

19. Por último, vale registrar que “a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a

*irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **In** Mutações do direito administrativo. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp.169-170).*

20. *Assim, manifesta-se a necessidade do controle externo nos processos de concessão de serviços públicos diante dos riscos inerentes ao ato discricionário”.*

IV

15. A Instrução Normativa-TCU 46/2004 prevê cinco estágios de fiscalização dos processos de concessão para exploração de rodovias federais pelo Tribunal. No primeiro deles, é realizada a análise de parâmetros constantes do Plano de Outorga, do Programa de Exploração da Rodovia (PER), do Estudo de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental (EVTEA) do empreendimento e dos estudos de impacto ambiental disponíveis.

16. Além dessa documentação, no caso em foco, a unidade técnica também analisou a “Minuta” do Contrato de Concessão (peça 5).

17. Em seu exame, a SeinfraRodovia conclui que não foram encontradas irregularidades suficientes para reprovar os estudos de viabilidade submetidos e indica a necessidade de efetuar uma série de ajustes nos estudos encaminhados antes da realização da licitação. A unidade técnica evidencia também oportunidades para que se aprimorem futuras concessões, conforme registrado no seguinte trecho do tópico “Conclusão” da instrução da unidade técnica:

“544. De início, recomenda-se que a ANTT e o Ministério dos Transportes avaliem a conveniência e oportunidade de concederem a BR-364/365/GO/MG, considerando: (i) o cenário concorrencial e macroeconômico atual; e (ii) a reduzida capacidade gerencial da Agência em relação às concessões atuais.

545. Quanto à elaboração do estudo de demanda, entende-se que existem riscos no Processo de Manifestação de Interesse que exigem a criação, pelo regulador, de pontos de controle com vistas a avaliar a adequação dos dados apresentados.

546. No tocante à principal modificação trazida no presente EVTEA em relação ao modelo apresentado nas últimas concessões, qual seja, a conclusão das obras de duplicação em vinte anos, entende-se que além de expor a Administração a riscos adicionais, traz benefícios insignificantes ao usuário em termos de modicidade tarifária, especialmente quando se considera o nível de fruição que uma rodovia duplicada nos anos iniciais proporciona, de sorte que não se vislumbrou interesse público imediato com o cronograma de obras que prevaleceu sobre aquele apresentado no curso das audiências públicas.

547. Verificou-se, no âmbito da análise do PER e da minuta contratual, que existem pontos que demandam alteração antes da licitação, com vistas a garantir a adequada prestação do serviço público, como preceitua a Lei 8.987/1995.

548. Regra geral, os encaminhamentos propostos têm fundamento na necessidade de prestação adequada do serviço, conforme o art. 6º da Lei 8.987/1995 e nas atribuições conferidas à ANTT pela Lei 10.233/2011, mormente os arts.24, incisos I, II, III e VIII, e 26, inciso VII e § 2º”.

18. Diante disso, a SeinfraRodovia propõe, basicamente: aprovar com ressalvas o 1º estágio da concessão da BR-364/365/GO/MG; expedir 39 (trinta e nove) determinações a serem atendidas pela ANTT previamente à publicação do edital (alíneas “a” a “mm” do item 551 da instrução de peça 28, transcrita no relatório precedente); 4 (quatro) determinações à ANTT não condicionadas à publicação do edital (alíneas “a” a “d” do item 552 da instrução de peça 28); 10 (dez) recomendações à ANTT (alíneas “a” a “j” do item 553 da instrução de peça 28) e 3 (três) recomendações à ANTT e ao Ministério dos Transportes-MT (alíneas “a” a “c” do item 554 da instrução de peça 28); e cientificar a

ANTT de 3 (três) pontos (alíneas “a” a “b” do item 555 da instrução de peça 28 e o terceiro no item 366 dessa instrução).

19. Dessas 39 (trinta e nove) determinações a serem atendidas pela ANTT previamente à publicação do edital, entendo que as constantes das alíneas “e” e “k”, por envolverem situações de insuficiência da opção regulatória, estando, pois, sutilmente mais afetas à discricionariedade do poder concedente – e não a inconsistências ou deficiências do EVTEA, do PER ou da minuta do contrato –, poderão ser melhor contempladas por meio de recomendações.

20. Entendo, também, que o cumprimento da determinação da alínea “ii” do item 551 da instrução de peça 28 não demanda alteração anterior à publicação do edital, motivo pelo qual tal comando deverá ser desvinculado do edital.

21. Desde já, anuo à análise empreendida pela SeinfraRodovia, incorporando às minhas razões de decidir os fundamentos expedidos na instrução de peça 28, transcrita no relatório precedente. Entendo que o trabalho realizado por essa unidade técnica especializada examinou com propriedade a documentação submetida ao Tribunal, apontando diversas inconsistências ou impropriedades constatadas no processo de concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG, não merecendo qualquer reparo que altere a essência das análises e conclusões, sem prejuízo das considerações que faço ao longo deste voto.

22. Na mesma linha defendida pelo Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (concessão da Rodovia do Frango), a expedição de determinações preventivas e corretivas à ANTT aplicáveis ao futuro contrato não configura possível ingerência do TCU nas escolhas regulatórias. Busca-se com este trabalho mitigar os riscos contratuais a fim de aumentar a eficiência do sistema rodoviário. Com efeito, esta Corte de Contas tem tido a preocupação de preservar a autonomia e a discricionariedade das agências reguladoras, de modo que as medidas propostas nestes autos se alinham a essa orientação, estando dentro dos limites de suas competências constitucionais e legais. Não há por parte das determinações propostas de fixação de parâmetros regulatórios, mas indicação de que sejam feitos “esclarecimentos”, “aprimoramentos”, “reavaliações”, “compatibilizações”, “evidenciações”, “retificações”, “indicações” e medidas afins.

23. De fato, no processo de concessão de serviços públicos para a exploração da iniciativa privada, há o risco de ser efetivado contrato incompleto, com omissões, regras contratuais obscuras e dificuldades de compreensão, falhas que, certamente, há de beneficiar indevidamente a empresa contratada, que pode vir a se eximir de cumprir determinadas obrigações contratuais e, ainda, pleitear a celebração de termos aditivos.

24. As auditorias realizadas nos trechos concedidos da BR-040/DF/GO/MG (TC 014.731/2015-0) e BR-163/MT (TC 023.217/2015-4), por exemplo, evidenciaram indícios de casos de postergação e de descumprimento de serviços contratuais por parte das concessionárias (peça 28, item 212); de indisponibilidade de sinal de telefonia móvel, com comprometimento da segurança e da integridade dos usuários (peça 28, item 229); e de suporte oferecido aos usuários, quando existente, por meio de bases operacionais precárias (peça 28, itens 271 e 276).

25. Além disso, os contratos de concessão vigentes estão sendo aditivados com objetivo de acrescentar obras ou serviços que, em princípio, já estariam inclusos, mas não estão sendo cumpridos pelas concessionárias em decorrência de interpretações conflitantes ou de deficiência de redação dos termos contratuais (contrato incompleto); por conta disso, tem havido aumento de tarifas.

26. Dessa forma, embora suportando a tarifa, a sociedade não tem recebido plenamente os benefícios almejados na época da assinatura dos contratos de concessão, em parte devido a falhas no instrumento contratual.

27. Ademais, análise mais ampla demonstra diversos casos de inexecução dos investimentos nos contratos de concessão em geral e de controle da execução contratual pela própria concessionária, conforme trechos da instrução da SeinfraRodovia (peça 28), a seguir transcritos:

“73. Conforme detalhado nas Tabelas 6-A e 6-B, ainda há casos alarmantes de inexecução dos contratos de concessão (peça 7, p. 5-7, do TC 009.001/2015-8):

Tabela 6-A: ÍNDICE DE INEXECUÇÃO NOS CONTRATOS DA 1ª ETAPA

Concessão	Extensão	Etapa	2009	2010	2011	2012	2013	2014
ECOSUL - Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A.	427,3 km	1ª	12,68%	18,10%	27,03%	0,39%	2,25%	7,16%
CRT - Concessionária Rio-Teresópolis S.A.	142,5 km	1ª	85,61%	62,87%	43,45%	64,29%	76,49%	21,81%
CONCEPA - Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre S.A.	121 km	1ª	29,64%	7,97%	1,01%	9,57%	6,60%	19,99%
NovaDutra - Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A.	402 km	1ª	58,69%	27,84%	33,69%	71,50%	32,32%	15,21%
Ponte - Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A.	13,2 km	1ª	24,51%	34,55%	6,59%	18,06%	5,35%	6,06%
CONCER - Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio S.A.	180 km	1ª	99,61%	43,95%	83,23%	96,67%	60,27%	94,22%

Tabela 6-B: ÍNDICE DE INEXECUÇÃO NOS CONTRATOS DA 2ª ETAPA

Concessão	Extensão (km)	Etapa	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Acciona Concessões Rodovia do Aço - BR-393/RJ	200,5	2ª	80,18%	99,88%	84,15%	97,05%	0,00%	21,00%
Autopista Fernão Dias - BR-381/MG/SP	562,1	2ª	39,35%	83,71%	75,25%	76,51%	63,37%	81,58%
Autopista Fluminense - BR-101/RJ	320,1	2ª	53,61%	89,43%	74,64%	90,32%	0,00%	91,41%
Autopista Litoral Sul - BR-116/376/PR e BR-101/SC	405,9	2ª	12,96%	90,00%	84,80%	91,30%	28,80%	57,80%
Autopista Planalto Sul - BR-116/PR/SC	412,7	2ª	0,00%	44,00%	71,80%	64,00%	62,00%	52,00%
Autopista Regis Bitencourt - BR-116/SP/PR	401,6	2ª	18,27%	87,41%	77,00%	80,63%	76,00%	61,00%
ViaBahia - BR-324/BA e BR-116/BA	652,1	2ª	-	-	100,00%	91,06%	88,90%	100,00%
Transbrasiliana Concessionária de Rodovia - BR-153/SP	321,6	2ª	55,13%	89,00%	96,46%	86,64%	0,00%	100,00%

(...)

124. Em que pese a manifestação em apreço, nos contratos de concessão fiscalizados recentemente pelo Tribunal (BR-040/DF/GO/MG - TC 014.731/2015-0 e BR-163/MT - TC 023.217/2015-4) constatou-se que a ANTT não conta com equipamentos para a aferição do parâmetro nem tampouco dispõe do auxílio de empresas supervisoras, de sorte que o controle se encontra integralmente nas mãos da concessionária”.

28. Portanto, em nome da gestão proba e eficiente que deve marcar os atos da administração pública, entendo que, de fato, há necessidade de maior zelo na definição das obrigações contratuais nas concessões de rodovias federais.

29. Conforme o art. 6º da Lei 8.987, de 1995, toda concessão ou permissão requer a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. O estudo de viabilidade apresentado pela ANTT e o contrato que o sucede devem ser tais que garantam a prestação de serviços com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

30. Em 29/2/2016, a ANTT protocolou memorial (peça 33) para fins de esclarecimentos acerca das questões postas na instrução da SeinfraRodovia (peça 28). Nesse documento, a agência reguladora manifesta-se sobre as 39 (trinta e nove) determinações constantes do item 551 da instrução da unidade técnica, uma determinação do item 552 e uma recomendação do item 553.

31. Entende a ANTT que é possível o atendimento de 23 (vinte e três) das determinações do item 551 da instrução da unidade técnica (alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “g”, “l”, “m”, “n”, “o”, “s”, “t”, “v”, “w”, “x”, “cc”, “dd”, “ee”, “ff”, “hh”, “ii”, “kk”, “ll” e “mm”). Em outros dois itens, alíneas “e” e “k”, considerando a identidade dos casos em relação ao processo de concessão da Rodovia de Frango, que converteu essas determinações em recomendações (Acórdão 283/2016-TCU-Plenário), requer o mesmo tratamento.

32. Em relação às outras sete alíneas desse mesmo item – “f”, “h”, “i”, “j”, “q”, “y” e “gg” –, a ANTT considera que o Acórdão 283/2016-TCU-Plenário aprimorou a redação de forma a conferir maior clareza, motivo pelo qual solicita que seja dado o mesmo tratamento.
33. No tocante às sete determinações restantes do item 551 (alíneas “p”, “r”, “u”, “z”, “aa”, “bb” e “jj”), pleiteia a agência o seu aperfeiçoamento, nos termos detalhados no corpo do memorial.
34. Quanto à determinação de ordem geral constante da alínea “c” do item 552 e da recomendação da alínea “a” do item 553, ambas da instrução da unidade técnica (peça 28), a agência propõe sejam revistas.
35. O memorial da ANTT apresenta esclarecimentos sobre cada uma dessas determinações em que vislumbrou óbices ao atendimento e, também, sobre a citada recomendação, os quais serão abordados nos tópicos que tratam do exame técnico.
36. Assim, diante da competência do TCU para realizar fiscalizações de natureza operacional nas entidades jurisdicionadas, conforme o art. 71, IV, da Constituição Federal de 1988, e em conformidade com o princípio da eficiência, devem ser mantidas, com os ajustes que julgo pertinentes, as determinações e recomendações propostas pela SeinfraRodovia, à exceção das seguintes transigências: conversão de duas determinações em recomendações (alíneas “e” e “k” do item 551 da instrução de peça 28); realocação da determinação de alínea “ii”; flexibilização de determinações em decorrência dos argumentos constantes do memorial e realçados pelos técnicos da ANTT em reunião com meu Gabinete e com a SeinfraRodovia, abordadas de forma individual neste voto; retirada de determinações de ordem geral de igual conteúdo das que foram prolatadas nos autos que tratou do primeiro estágio do acompanhamento do processo de outorga de concessão da Rodovia do Frango, recentemente apreciado pelo Tribunal (Acórdão 283/2016-TCU-Plenário – TC 023.298/2015-4).

V

37. Em relação à análise de risco, o exame realizado pela SeinfraRodovia abordou os seguintes tópicos: risco de não existir concorrência; risco de assimetria de informações na fase do leilão; risco de assimetria de informações durante a execução contratual; risco de ser efetivado um contrato incompleto; e risco de monitoramento imperfeito. Conforme a diretriz do Plano de Controle Externo do TCU, a identificação dos riscos e das respectivas medidas de contenção aumentam a chance de se incrementar a eficiência no sistema rodoviário. Dada a pertinência das análises e das propostas da unidade técnica, às quais anuo integralmente, abordarei apenas dois desses riscos.

V.1

38. Quanto ao risco de não existir concorrência, diante das notícias de que o cenário econômico atual não permitirá o comparecimento de muitos interessados no leilão, sobressai em importância a análise a cargo da ANTT, principalmente porque pode levar à efetivação de contrato demasiadamente oneroso ao usuário da via a ser concedida.
39. A obtenção de tarifa justa no início do contrato de concessão é especialmente relevante. No caso das concessões de serviços públicos, não existe, a partir de determinado instante, a rivalidade baseada na maior eficiência (tais contratos diversas vezes podem se enquadrar na categoria dos serviços fornecidos em monopólios naturais: um só fornecedor).
40. Assim, além de acatar a proposta da unidade técnica de recomendar à ANTT e ao Ministério dos Transportes que, preliminarmente à realização do leilão da presente concessão, avaliem o ambiente concorrencial e macroeconômico atual com vistas a formar um juízo de oportunidade acerca da realização do leilão, acrescento que nessa avaliação deverão levar em consideração que o Governo Federal pretende realizar em breve, além desta e da Rodovia do Frango, mais 13 (treze) concessões rodoviárias, conforme informado no memorial de peça 33, p. 20, e, também, em

atendimento ao princípio da motivação dos atos administrativos, que a ANTT faça constar do processo concessório as premissas e conclusões que fundamentam a decisão tomada.

41. Ainda dentro do risco de não existir concorrência, tendo em vista que o prazo entre a publicação do edital de concessão e a sessão pública do leilão (abertura das propostas) tem variado entre 33 a 54 dias (base cronogramas dos editais dos lotes 1 a 7 da 3ª etapa das concessões rodoviárias (Fase III), disponíveis no [sítio http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1169/3_Etapa_fase_III.html](http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1169/3_Etapa_fase_III.html)), e considerando que poderão participar da licitação pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras (item 13 do Plano de Outorga – Aspectos Licitatórios, peça 6, p. 32; e item 5 do Edital de Concessão – Condições de Participação, peça 21, p.12), entendo que o citado prazo pode não estar sendo suficiente para que empresas nacionais e estrangeiras se preparem adequadamente para a efetiva participação nos leilões.

42. Acrescenta-se a isso o fato de a documentação e os estudos sobre as concessões da 3ª etapa (Fase III) não terem sido elaborados e disponibilizados em língua inglesa, conforme informação prestada pelos técnicos da ANTT em reunião realizada em 21/3/2016 em meu Gabinete.

43. De fato, segundo esses técnicos, não houve participação de empresas estrangeiras nas concessões da 3ª etapa das concessões rodoviárias (Fase III) realizadas até o momento.

44. Estudos relacionados à sondagem de interesse de investidores internacionais em participar das Parcerias Público Privadas (PPP) têm demonstrado os seguintes pontos:

- i) os prazos constantes dos cronogramas dos editais devem ser realistas e exequíveis e devem permitir que os investidores internacionais verifiquem os estudos e preparem suas propostas, incluindo as devidas diligências dos investidores (condições e demanda) e dos financiadores, bem como obtenham as aprovações internas em suas corporações. Nesse processo, sinalizaram alguns prazos, entre os quais o de preparação da proposta, entre 4 a 8 meses;
- ii) transparência do processo: as regras e os documentos contratuais necessitam ser claros e traduzidos para o inglês.

45. Segundo informações prestadas pelos técnicos da ANTT, alguns desses pontos estão sendo implementadas no presente caso, entre eles a tradução para o inglês do edital e do contrato (incluído o PER) e a ampliação do prazo entre a publicação do edital de concessão e a sessão pública do leilão (abertura das propostas), que será de 90 dias.

46. Diante disso, reputo necessário recomendar à ANTT e ao Ministério dos Transportes que introduzam no presente processo de concessão, bem como nos futuros, os parâmetros que julgar pertinentes no sentido de se buscar o aumento da competitividade, inclusive pela atração do investimento estrangeiro, fazendo constar desses processos as premissas e conclusões que fundamentam as decisões tomadas, em atendimento ao princípio da motivação dos atos administrativos.

V.2

47. No tocante ao risco de monitoramento imperfeito por parte da ANTT, o Tribunal, em diversos trabalhos, conforme já referenciados nos itens 12 e 27 deste voto, tem constatado fragilidades da agência de regulação nos procedimentos de fiscalização, deixando de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, dos parâmetros de desempenho previstos e da qualidade do serviço prestado.

48. Neste ponto, chama a atenção o percentual de inexecução das obras obrigatórias – em especial na 2ª etapa do programa de concessões, superior a 80%, em média. Em 2015, no âmbito do processo administrativo de produção de conhecimento (TC 009.001/2015-8), visando aferir o índice de inexecução de todos os contratos de concessão rodoviária, o TCU solicitou à ANTT informações a respeito do quadro de inexecução de obras por parte das concessionárias. As Tabelas 6-A e 6-B

constantes do relatório precedente e transcritas no item 27 deste voto evidenciam diversos casos de inexecução dos contratos de concessão.

49. Diante desse cenário, necessário recomendar à ANTT e ao Ministério dos Transportes que avaliem a conveniência e oportunidade de efetivar a presente concessão, considerando a atual conjuntura dos contratos vigentes, a previsão de que o Governo Federal pretende realizar em breve, além desta e da Rodovia do Frango, mais 13 concessões rodoviárias, conforme informado no memorial de peça 33, p. 20, e as fragilidades gerenciais detectadas na atuação da ANTT, fazendo incluir no processo concessório as premissas e conclusões que fundamentam a decisão tomada, em atendimento ao princípio da motivação dos atos administrativos.

50. Ainda dentro da análise de risco, oportuno tecer alguns comentários. A ANTT, em reunião em meu Gabinete, alegou dificuldade ou mesmo impossibilidade de atender a algumas das determinações prolatadas no Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (Rodovia do Frango), constantes também da proposta da SeinfraRodovia destes autos, em especial as relacionadas à questão da exigência do projeto, preferencialmente executivo, previamente ao início das obras; à necessidade de esclarecer, na minuta do contrato, de forma inequívoca, que a conclusão das obras ocorre quando o projeto executivo apresentado pela concessionária e avaliado pela agência estiver efetivamente implantado; e à elaboração de termo de arrolamento de bens de forma padronizada e abrangente antes da publicação dos editais. Argumentou a agência que problemas operacionais dificultam ou impedem o cumprimento dessas determinações, gerando atrasos nos processos concessórios.

51. Essa situação é bastante preocupante, pois, em conjunto com as fragilidades da fiscalização da ANTT dos processos concessórios vigentes, constatadas pela Corte de Contas nas auditorias realizadas nos trechos de rodovias concedidos, tem impactado no cumprimento das obrigações contratuais e na qualidade dos serviços prestados.

52. Em que pese aos argumentos apresentados pela agência reguladora, vislumbro que esta situação – muito aquém do cumprimento ideal das atribuições legais da ANTT definidas no art. 24 da Lei 10.233/2001 – tende a se agravar em decorrência da fiscalização dos contratos vigentes e do montante de trechos rodoviários em vias de serem concedidos (mais 13 concessões rodoviárias em breve). A conjunção de termo de arrolamento deficiente, não objeção ao início das obras com base em anteprojeto, procedimento de aferição para início da cobrança de pedágio e para aplicação do Fator “D”, deficiência da fiscalização da ANTT e previsão de significativo aumento da quantidade de rodovias concedidas em horizonte de curto prazo sinaliza no sentido do agravamento das irregularidades constatadas pelo Tribunal em suas auditorias.

VI

53. Ao tratar do exame técnico, a SeinfraRodovia segmentou a análise nos seguintes tópicos: i) estudo de demanda; ii) duplicação em duas partes; iii) análise do programa de exploração da rodovia (PER); iv) análise da minuta do contrato; e v) avaliação de custos operacionais. No que se refere ao mérito, entendo que tal exame, transcrito no relatório precedente, abordou com propriedade as inconsistências ou falhas constatadas no acompanhamento do presente processo de concessão, não merecendo reparo que altere a essência das propostas contendo determinações e recomendações, sem prejuízo das considerações que passo a fazer.

VI.1

54. No tocante ao estudo de demanda, a sua análise é tarefa complexa e comporta certo grau de subjetivismo nas premissas e projeções. Nada obstante, por ser praticamente o único componente da receita prevista para a concessionária, constitui um dos fatores preponderantes para a determinação da tarifa teto da concessão.

55. Considerando que os estudos de viabilidade são elaborados por empresas no chamado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que, no futuro, poderão ser potenciais licitantes, ou, ainda, associar-se a outros potenciais licitantes – há assimetria de informação na elaboração dos estudos de demanda que pode gerar importante vantagem competitiva em uma futura licitação por parte da empresa que os elabora –, é fundamental que os valores resultantes desses estudos sejam devidamente avaliados pela agência reguladora.

56. A subjetividade dos estudos de demanda, somada ao conflito de interesses que existe em PMIs e ao impacto das projeções na definição das tarifas teto, demanda que a ANTT crie pontos de controle para atestar a adequação e confiabilidade da projeção de tráfego, especialmente em relação aos dados de entrada, que são facilmente manipuláveis.

57. Tendo em vista que a projeção do volume de tráfego é característica de cada rodovia e depende, em essência, de dados obtidos em campo, a partir da contagem de tráfego e de fatores de sazonalidade, importante que a ANTT avalie a consistência dos dados do estudo de tráfego apresentados no EVTEA da presente concessão.

58. Nesta avaliação, prévia à fase externa do certame, a agência reguladora deverá utilizar as informações disponíveis no Dnit, constantes do Plano Nacional de Contagem de Tráfego – PNCT (pelo menos três equipamentos de contagem de tráfego em operação em pontos situados ao longo da rodovia a ser concedida, indicados em verde na figura do item 90 da instrução da unidade técnica, reproduzida no relatório precedente) e do sistema de controle de velocidade (radares fixos), que contém dispositivos que permitem realizar a contagem de tráfego.

59. Dessa forma, em respeito ao art. 6º, **caput** e § 1º, da Lei 8.987/1995, sobretudo no que diz respeito à eficiência e modicidade tarifária, e considerando que o art. 24 da Lei 10.233/2001 estabelece como atribuições gerais da ANTT a promoção de pesquisas e estudos específicos de tráfego (inciso I) e de estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados (inciso II), anuo à proposta da unidade técnica de determinar à agência que avalie a consistência dos dados do estudo de tráfego apresentados no EVTEA da rodovia BR-364/365/GO/MG, com base nas informações disponíveis no Dnit para o trecho a ser concedido, constantes do Plano Nacional de Contagem de Tráfego (PNCT) e do sistema de controle de velocidade (sensores de velocidade e radares fixos), fazendo incluir no processo concessório as premissas e conclusões que fundamentam essa avaliação, em atendimento ao princípio da motivação dos atos administrativos.

60. Quanto ao item da proposta da unidade técnica relativa à definição de metodologia para avaliar a adequação dos estudos de demanda apresentados, considerando que determinação nesse sentido já consta do recente Acórdão 283/2016-Plenário, proferido nos autos do TC 023.298/2015-4 (processo de concessão da Rodovia do Frango), considero desnecessária a repetição desse comando nos presentes autos.

VI.2

61. Em relação à duplicação da rodovia BR-364/365/GO/MG em duas etapas, principal inovação que a ANTT apresenta em relação ao processo de concessão da Rodovia do Frango, a análise da SeinfraRodovia resultou em recomendação à agência para que privilegie a duplicação de toda a extensão dessa rodovia nos primeiros anos de contrato, a exemplo da concepção adotada para as últimas rodovias federais concedidas.

62. A ANTT, no tocante à essa inovação e, também, à recomendação proposta pela unidade técnica esclarece, em seu memorial, que a opção realizada pelo Governo Federal de duplicação em duas etapas foi decorrente de alterações das condições econômicas, tendo em vista que a concentração de investimentos nos primeiros anos da concessão, independentemente da demanda verificada, requer: i) a assunção de nível de risco de demanda mais elevado na conjuntura atual; ii) a obtenção de níveis

de alavancagem mediante financiamento que, nas condições atualmente disponíveis no mercado de crédito, inviabiliza a participação de investidores no leilão em questão.

63. Sobre esse primeiro item, dois dados concretos refletem a elevação da percepção do risco de demanda sobre as novas concessões: i) a deteriorização da expectativa de crescimento econômico do país (Banco Central divulgou IBC-Br indicando redução de 4,08% em 2015; e Boletim Focus projetou para 2016 uma redução da atividade econômica de -3,4% e crescimento de 0,50% em 2017); e ii) a queda no tráfego das rodovias concedidas, em especial dos veículos pesados.

64. Esse cenário tem correlação direta com a segunda mudança significativa ocorrida, a alteração das condições de financiamento. Em virtude da modificação das condições econômicas, os financiamentos disponibilizados atualmente não oferecem as mesmas condições das oferecidas em 2013 e 2014.

65. Em decorrência desses fatores, acrescenta a agência que a exigência de investimentos concentrados nos primeiros anos não apenas tem sido apontada como de alto risco em face das projeções de demanda e crescimento para os próximos anos, como também o financiamento de recursos elevados nesse período está inviabilizado diante do custo, dos limites de alavancagem estabelecidos e das garantias corporativas.

66. Assim, defende a ANTT que a alteração proposta é essencial para a própria viabilidade da concessão em análise.

67. Nos estudos encaminhados, além de poucas informações esparsas nas atas das audiências públicas (peça 7), constam do EVTEA as seguintes justificativas para a escolha da concepção apresentada (peça 22, p.4):

“No desenvolvimento dos estudos deste PMI, foi solicitado pela ANTT que a duplicação integral dos trechos rodoviários fosse executada no período do 1º ao 5º ano da concessão, adequada à atual política governamental.

No entanto, como o cenário acima levou a uma tarifa muito elevada, foram estudados diversos outros cenários, tendo sido, ao final destes estudos, acordado com a ANTT, um cenário que contempla a duplicação de parte das rodovias (117,0 km) do 1º ao 5º ano de concessão e a duplicação do restante das rodovias do lote serão implantadas quando ultrapassado o nível de conforto mínimo (50ª hora em nível ‘D’), com base na metodologia do HCM.

Ademais da exigência da manutenção do nível de conforto mínimo, foi ainda imposta uma condição adicional, qual seja, caso o nível mínimo de conforto não seja atingido até o 15º ano da concessão, a futura Concessionária terá a obrigação de duplicar o restante dos trechos das rodovias em pista simples no período do 16º ao 20º ano da concessão. Este é, portanto, o único cenário apresentado nestes estudos”.

68. Há que se notar que os agentes que sugeriram mudanças, notadamente a Associação Nacional dos Usuários de Transportes de Carga – Anut (“... informou que a tarifa de pedágio ficou elevada em relação às demais concessões ...”, peça 7, p. 5), não tiveram conhecimento do resultado em termos da concepção final escolhida e da tarifa.

69. A opção apresentada pela agência reguladora nos estudos encaminhados ao Tribunal estabelece que apenas 117,0 km da rodovia deverá ser duplicado nos primeiros cinco anos de contrato (Parte A), ficando todo o restante (240,0 km) para ser executado a partir do 16º ano, com conclusão em até 60 meses (Parte B). Tal concepção resulta em uma tarifa-teto no valor de 0,13456 R\$/km.

70. Entretanto, antes dessa opção, a ANTT trabalhava com **cenário-base** de duplicação total da rodovia (357 km) nos primeiros cinco anos de contrato, que inclusive consta da apresentação elaborada pela agência para as audiências públicas realizadas em Jataí/GO (24/9/2015),

Uberlândia/MG (25/9/2015) e Brasília/DF (29/9/2015). A tarifa-teto desse cenário-base foi de 0,1586 R\$/km, representando acréscimo de cerca de 18% em relação ao valor da duplicação em duas etapas.

71. Na citada apresentação, constante da peça 27, a agência apresenta mais duas alternativas a esse cenário-base, ambas distintas da constante dos estudos encaminhados ao TCU, a saber: **alternativa 1**: duplicação de 250 km nos cinco primeiros anos de contrato e 107 km nos três anos seguintes, o que resulta na tarifa-teto no valor de 0,1522 R\$/km; e **alternativa 2**: duplicação de 250 km nos cinco primeiros anos de contrato e 107 km por gatilho, sendo duplicados obrigatoriamente até os anos 15 a 17, resultando na tarifa-teto no valor de 0,1415 R\$/km.

72. A tabela a seguir sintetiza os cenários e as respectivas tarifas teto.

Cenários	Cenário-base	Alternativa 1	Alternativa 2	Concepção escolhida
Duplicação nos 5 primeiros anos (Parte A)	357 km	250 km	250 km	117
Duplicação (Parte B)	-	107 km nos 3 anos a seguir	107 km por gatilho, obrigatoriamente até os anos 15 a 17	240 km entre o 16º e 20º ano, podendo antecipar se gatilho alcançado
Tarifa básica de pedágio	R\$ 15,86/100 km	R\$ 15,22/100 km	R\$ 14,15/100 km	R\$ 13,46/100 km

73. Desses cenários, nota-se que a redução tarifária decorrente de se postergar a conclusão da duplicação de 240,0 km para o vigésimo ano é pouco significativa para os usuários, que deixarão de pagar, em termos médios de tarifa-teto, algo em torno de R\$ 1,10 por praça de pedágio (diferença que pode ser significativamente reduzida em razão da concorrência e do desconto na tarifa-teto), se adotado o cronograma de duplicação que mais se assemelha ao que foi proposto para a Rodovia do Frango (alternativa 1).

74. A tabela a seguir mostra os valores da tarifa-teto por praça de pedágio de duas opções, estudos apresentados ao TCU e alternativa 1.

Praça de pedágio	Estudos apresentados ao Tribunal Tarifa-teto (R\$ 0,13456/km), em R\$	Alternativa 1 Tarifa-teto (R\$ 0,1522/km), em R\$
P1	6,81	7,70
P2	7,85	8,90
P3	8,82	10,00
P4	8,96	10,10
P5	8,93	10,10
P6	8,71	9,90
P7	8,72	9,90

75. Nessa concepção adotada pela ANTT, existe a possibilidade de o maior segmento de rodovia a duplicar (240 km) só ser concluído no 20º ano de concessão. Neste cenário, os usuários da rodovia irão se submeter a uma certa tarifa de pedágio, potencialmente alta, com a expectativa de que essas obras de duplicação venham a ser concluídas nesse prazo. Dessa forma, ocorrerá uma capitalização da concessionária durante todo esse tempo, em detrimento dos investimentos de duplicação que, de fato, importam e trazem reflexos positivos para a segurança dos usuários e melhoria nas condições de trafegabilidade.

76. Assim, em linha com a posição defendida pela unidade instrutiva, é razoável assumir que o usuário médio das rodovias federais, se confrontado com possibilidade de escolher entre a duplicação integral nos primeiros anos de contrato ou apenas ao final do vigésimo ano, desembolsando valores um pouco superiores em termos de tarifa, faria a opção pelo cenário-base ou, no máximo, pela primeira alternativa. Os benefícios decorrentes de uma rodovia completamente duplicada treze anos antes do previsto nos estudos encaminhados ao TCU, em termos de condições de fruição da rodovia pelos usuários (operacionais e de segurança), suplantam facilmente o pequeno encargo adicional a ser suportado em termos de tarifa.

77. Nesse sentido, creio que a ANTT deve buscar alternativas no âmbito do fluxo de caixa e do modelo de negócio, de modo a evitar esse descompasso entre tarifa e investimentos.

78. Dessa forma, em linha com o entendimento apresentado pela unidade instrutiva, entendo necessário determinar à ANTT que reavalie a concepção de duplicação da rodovia BR-364/365/GO/MG, levando em consideração que os benefícios para os usuários decorrentes da duplicação de toda a extensão da rodovia nos primeiros anos de contrato, em termos de condições de fruição da rodovia (operacionais e de segurança), suplantam de forma significativa o pequeno encargo adicional a ser suportado em termos de tarifa, fazendo incluir no processo concessório as premissas e conclusões que fundamentam a decisão tomada, em atendimento ao princípio da motivação dos atos administrativos.

79. Ainda sobre a duplicação, importante ressaltar que os estudos encaminhados não privilegiaram o cenário-base, nem a alternativa 1. A concepção adotada aproximou-se da segunda alternativa, porém, concentrando o maior trecho a ser duplicado entre o décimo sexto e o vigésimo ano. Ademais, a concepção adotada pela ANTT não é a mesma que foi submetida à apreciação dos interessados nas audiências públicas.

80. O art. 37 da Constituição Federal impõe à Administração Pública o princípio da publicidade, que envolve, de maneira geral: (i) dar conhecimento dos atos administrativos de forma que eles sejam oponíveis a partes e terceiros e (ii) dar transparência das motivações desses atos para fins de controle social.

81. A Lei 10.233/2001, em seu art. 34A, §1º, traz que “*As condições básicas do edital de licitação serão submetidas à prévia consulta pública*”. No que pese a letra da lei não deixar claro quais seriam as condições básicas do edital que devem ser submetidas ao escrutínio da sociedade, a disponibilização e discussão com a sociedade dos elementos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos que irão embasar tão importante certame é considerada boa prática.

82. A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece:

“Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. (...)”

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

83. A Resolução-ANTT 3.705, de 10 de agosto de 2011, que dispõe sobre instrumentos do processo de participação e controle social no âmbito da agência reguladora, estabelece:

“CONSIDERANDO o disposto nos art. 31 a 34 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999; (...)”

Art. 2º Para fins desta Resolução são instrumentos de Participação e Controle Social: (...)

IV – Audiência Pública: instrumento utilizado para consolidar proposta final de ação regulatória, aberto ao público, que possibilita participação oral ou escrita em sessões presenciais, sobre matéria que afete restritivamente direitos de agentes econômicos e usuários. (...)

Art. 7º Além dos casos de iniciativas de projeto de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria que afetem restritivamente os direitos de agentes econômicos e usuários, deve-se realizar Audiência Pública para: (...)

II – minutas de editais de licitação de futuras outorgas, incluindo as pesquisas e os estudos técnicos para embasamento da outorga e as minutas dos respectivos contratos de concessão ou permissão. (...)

Art. 9º No decorrer de um processo de Audiência Pública, poderão ser realizadas diligências junto a órgãos técnicos para esclarecimento de aspectos atinentes à matéria objeto do evento.

Parágrafo único. Se das diligências resultarem alterações que afetem restritivamente direitos de agentes econômicos ou de usuários dos serviços de transporte terrestres, a ANTT poderá, alternativamente, realizar nova audiência ou, caso o relatório do evento ainda não tenha sido aprovado pela Diretoria e divulgado, determinar a reabertura da audiência realizada”.

84. No caso em análise, chama a atenção que a concepção da duplicação da rodovia que consta dos estudos encaminhados ao Tribunal sequer chegou a ser apresentada nas três audiências públicas realizadas no período de 24/9 a 29/9/2015. Importante lembrar que as audiências públicas se constituem em um canal que possibilita a convergência das intenções governamentais com a maximização do interesse público, por intermédio do conhecimento, da consulta e das intenções dos diversos agentes e grupos de interesse.

85. Diante do acima exposto, em que pese aos argumentos apresentados pela ANTT justificando a nova concepção da duplicação da rodovia apresenta ao Tribunal, considero que a significativa alteração dessa concepção frente ao apresentado nas três audiências públicas contraria ao disposto na legislação transcrita e se reveste de gravidade suficiente para impedir a publicação do edital do presente processo de concessão.

86. Nesse sentido, transcrevo subitem 9.7.3. do Acórdão 3.661/2013-TCU-Plenário que, ao tratar de acompanhamento do 1º estágio da concessão dos arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, deu ciência à Casa Civil, à SEP/PR e à Antaq de que:

“9.7.3. caso ocorram modificações significativas nas definições que constarão do processo licitatório, em decorrência dos ajustes referidos no item 9.1 deste acórdão, as questões deverão ser submetidas a nova audiência pública;”.

87. Assim, com fundamento nos arts. 32 e 34 da Lei 9.784/1999 e 2º, inciso IV, 7º, inciso II, e 9º, parágrafo único, da Resolução-ANTT 3.705/2011, cabe determinar à ANTT que, previamente à publicação do edital de licitação da concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG, avalie se as mudanças ocorridas na concepção da presente concessão se inserem na obrigatoriedade de novas audiências públicas, tendo em vista especialmente o comando da Resolução-ANTT 3.705/2011, fazendo incluir no processo concessório as premissas e conclusões que fundamentam a decisão tomada, em atendimento ao princípio da motivação dos atos administrativos.

88. Caso a decisão da ANTT seja pela realização de novas audiências públicas, deverá a agência explicitar à comunidade interessada todos os aspectos relevantes à concessão dessa rodovia, em especial as diversas concepções de duplicação da rodovia e suas respectivas tarifas-teto.

89. Oportuno lembrar que uma das supostas irregularidades apontadas na Representação formulada pelo Procurador da República no Município de Chapecó/SC (TC 035.875/2015-1, apensado ao processo de concessão da Rodovia do Frango – TC 023.298/2015-4), diz respeito à realização da audiência pública. Nestes autos, o subitem 9.4.8 do Acórdão 283/2016-Plenário recomendou à ANTT que estabeleça, em seus normativos, prazo mínimo razoável entre a publicação do aviso de audiência pública e as sessões presenciais, de forma a aprimorar a efetividade dos instrumentos de participação e controle social.

90. Por fim, caso essas novas audiências públicas resultem em alterações significativas no modelo da presente concessão, a ANTT deverá submeter o novo EVTEA para análise deste Tribunal.

VII

91. Quanto ao Programa de Exploração da Rodovia (PER), a análise da unidade técnica abordou vários tópicos e propôs 23 (vinte e três) determinações à ANTT para serem atendidas previamente à publicação do edital de concessão da rodovia (alíneas “b” a “x” do item 551 da instrução de peça 28, transcrita no relatório precedente), 8 (oito) recomendações à agência (alíneas “b” a “i” do item 553 da instrução de peça 28) e três expedições de ciência à ANTT (alíneas “a” e “b” do item 555 da instrução de peça 28 e o terceiro no item 366 dessa instrução).

92. Dessas 23 (vinte e três) determinações, em 13 (quatorze) a ANTT não vislumbrou óbices ao atendimento. Das 10 (dez) determinações restantes, em duas, alíneas “e” e “k”, requereu a conversão em recomendações, nos termos da ocorrida no Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (Rodovia do Frango), em outras 5, alíneas “f”, “h”, “i”, “j” e “q”, entendeu a agência que o referido acórdão aprimorou a redação de forma a conferir maior clareza, motivo pelo qual solicita que seja dado o mesmo tratamento; e nas três restantes, alíneas “p”, “r” e “u”, pleiteia o seu aperfeiçoamento, nos termos detalhados no corpo do memorial de peça 33.

93. Apesar de, no geral, as determinações e recomendações propostas pela SeinfraRodovia nestes autos manterem a mesma linha do prolatado pela Corte da Contas ao apreciar o processo de concessão da Rodovia do Frango, reputo necessário tecer alguns comentários sobre cada uma das mencionadas dez determinações, o que faço a seguir.

VII.1

94. Quanto à alínea “e” do item 551 da instrução de peça 28, reproduzida no relatório precedente, que trata da instalação de placas educativas/indicativas, cumpre esclarecer que o entendimento defendido pela unidade técnica é no sentido de que o percentual assinalado para o primeiro ano garanta quantidade de sinalização compatível com as necessidades da rodovia, em atenção ao princípio da suficiência, previsto no subitem 2.1 do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, Volume III – Sinalização Vertical de Indicação, aprovado pela Resolução-Contran 486, de 7 de maio de 2014 (<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/ManualSinalizacaoIndicativa3.pdf>), e ao art. 144, § 10, da Constituição Federal de 1988, resultado que não será atingido com o modelo atual (apenas 20% do total no primeiro ano), haja vista insucessos anteriores em contratos que previam a instalação desse mesmo percentual em 12 meses, como no caso da BR-040/DF/GO/MG. Oportuno destacar que o PER da Rodovia Eco 101 previa a instalação de 50% do total de placas educativas/indicativas até o término do segundo ano.

95. Entretanto, considerando que tal determinação envolve situação de insuficiência da opção regulatória, estando, pois, sutilmente mais afeta à discricionariedade do poder concedente – e não a inconsistências ou deficiências do EVTEA, do PER ou da minuta do contrato –, este comando poderá ser melhor contemplado por meio de recomendação. Assim, em atenção ao princípio da suficiência e ao art. 144, § 10, da CF/88, cabe recomendar à ANTT que altere os percentuais de atendimento do parâmetro de desempenho para a instalação de placas educativas/indicativas para assegurar, desde o início da execução contratual (até doze meses), quantidade de sinalização compatível com a necessidade da rodovia.

96. Assim, incumbe à ANTT realizar tal avaliação, assegurando, desde o início da execução contratual (até doze meses), quantidade de sinalização compatível com a necessidades da rodovia, em atenção ao princípio da suficiência e ao citado dispositivo da Constituição Federal de 1988.

VII.2

97. Em relação à determinação no sentido de que a ANTT estabeleça obrigações claras para a concessionária providenciar infraestrutura que garanta a comunicação direta e universal dos usuários da rodovia com os sistemas de atendimento ao usuário (alínea “k” do item 551 da instrução de peça 28), a unidade técnica demonstrou que as prerrogativas dos usuários ficaram comprometidas sem a possibilidade dessa comunicação, o que atenta contra o conceito de serviço adequado previsto na legislação aplicável.

98. De fato, a situação atual é que inexistem condições objetivas para o usuário acessar o serviço de 0800 em grande parte dos segmentos rodoviários concedidos, o que, no meu entendimento, compromete a plenitude de atendimento que consta do art. 6º da Lei 8.987, de 13/2/1995:

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

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

99. Em sua instrução, a unidade técnica busca caracterizar que os meios colocados à disposição dos usuários pela ANTT (câmeras do circuito fechado de TV e sistema de inspeção de tráfego), apesar de minimizar os problemas, não suprem a necessidade de comunicação direta e afrontam dispositivos do PER que indicam faculdades do usuário (“solicitar auxílio”, “informar acidentes” e “receber informações”), assim como todos os tempos de atendimento previstos, que são contados a partir do registro do incidente (no caso do 0800, da ligação direta do usuário).

100. Como essa questão já deve ter sido enfrentada pela própria ANTT ou por órgãos estaduais que gerem rodovias concedidas, é oportuno que a agência reguladora verifique quais as soluções empregadas em outras concessões, de forma a garantir comunicação direta e universal dos usuários da rodovia a sistemas de atendimento ao usuário, no intuito de aplicá-las ao presente caso.

101. Considerando que tal determinação envolve situação de insuficiência da opção regulatória, estando, pois, sutilmente mais afeta à discricionariedade do poder concedente – e não a inconsistências ou deficiências do EVTEA, do PER ou da minuta do contrato –, entendo que poderá ser melhor contemplada por meio de recomendação. Assim, uma vez que a opção constante da presente concessão pode ser aperfeiçoada, nos termos da plenitude de atendimento prevista no art. 6º da Lei 8.987, de 13/2/1995, cabe recomendar à ANTT que estabeleça obrigações claras para a concessionária de providenciar infraestrutura que garanta a comunicação direta e universal dos usuários da rodovia com os sistemas de atendimento ao usuário.

VII.3

102. No tocante à determinação de alínea “f” do item 551 da instrução de peça 28, que trata da reparação de tachas refletivas, a ANTT requer que seja dado o mesmo tratamento conferido ao processo de concessão da Rodovia do Frango.

103. Entendo que a situação não é compatível com aquela tratada no processo de concessão da Rodovia do Frango, motivo pelo qual não se pode dar o mesmo tratamento. Nesse processo, a rodovia não contava com tachas refletivas instaladas previamente, mas com quantidades no EVTEA suficientes para tanto na etapa dos trabalhos iniciais.

104. Nos presentes autos, a BR-364/365/GO/MG está toda com tachas refletivas e o EVTEA conta com quantidades destinadas a mantê-las, desde os trabalhos iniciais. Entretanto, como não se tem um termo de arrolamento confiável, existe a possibilidade de a concessionária não providenciar a reposição das tachas refletivas que forem progressivamente arrancadas ao longo da utilização da rodovia, fruto do próprio caráter dinâmico dessas tachas (arrancamento com a utilização da rodovia).

Portanto, nestes autos, é necessário indicar expressamente que a empresa deverá considerar em sua proposta a reposição ou complementação de tachas refletivas em toda a rodovia desde a etapa de trabalhos iniciais.

105. Assim, acolho essa determinação nos termos propostos pela unidade instrutiva.

VII.4

106. Quanto à determinação sugerida na alínea “h” do item 551 da instrução de peça 28, referente a elementos de drenagem e obras de arte correntes porventura danificados, considero que a redação relativa a esse item constante do Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (Rodovia do Frango) se mostra mais adequada. Assim, a redação do PER da BR-364/365/GO/MG deverá ser alterada no sentido de esclarecer que as atividades de recuperação/substituição emergencial previstas para os trabalhos iniciais abrangem intervenções em todos os elementos de drenagem e obras de arte correntes que estejam danificados, em consonância com o EVTEA.

VII.5

107. Em relação às determinações relativas aos sistemas elétricos e de iluminação da rodovia, alíneas “i” e “j” do item 551 da instrução de peça 28, considerando as recentes fiscalizações do Tribunal em que se verificou que as concessionárias não estão cumprindo suas obrigações contratuais quanto ao quesito, alegando que não deveriam dar manutenção a itens não constantes do termo de arrolamento de bens, é necessário aperfeiçoar a redação dos dispositivos contratuais, de modo a evitar questionamentos futuros que retardem a execução de serviços e tragam prejuízos à segurança dos usuários, e, também, compatibilizar o EVTEA com o PER e a minuta contratual.

108. O primeiro aspecto a ser avaliado sobre sistemas elétricos e de iluminação refere-se à implantação de novos dispositivos elétricos e de iluminação. Apesar de o PER, buscando ampliar esses sistemas para as melhorias existentes, ter previsto, no escopo dos trabalhos iniciais, diversas intervenções (peça 4, p. 32), as planilhas do EVTEA da BR-364/365/GO/MG não consideraram a instalação de dispositivos elétricos e de iluminação nas obras de melhorias a serem executadas pela concessionária, tais como interconexões e retornos operacionais.

109. A inexistência de tal previsão nos estudos de viabilidade e, por consequência, no PER poderá levar a futura concessionária a executar tais melhorias desprovidas de sistemas elétricos e de iluminação, comprometendo a segurança dos usuários em locais de maior risco de acidentes, ou resultar na celebração de aditivos contratuais para a implantação de tais sistemas.

110. Portanto, é fundamental que o PER da BR-364/365/GO/MG estabeleça para a concessionária, desde já, a obrigação de implantar sistemas elétricos e de iluminação nas melhorias que venham a ser executadas, bem como de realizar a manutenção desses sistemas, providenciando os ajustes necessários no EVTEA e na tarifa-teto.

111. Assim, anuo em essência à proposta da unidade técnica no sentido de determinar à ANTT que estabeleça obrigações contratuais objetivas para a concessionária, a fim de providenciar a implantação de sistemas elétricos e de iluminação nas obras de melhorias que vier a executar, incluindo a correspondente manutenção desses sistemas (alínea “j”).

112. Importante ressaltar que os sistemas elétricos e de iluminação são relevantes para a segurança dos usuários e estão compreendidos pelo conceito de sistema rodoviário. Assim, considero que, a princípio, existe obrigação objetiva da concessionária de providenciar a manutenção de tais dispositivos.

113. Outro aspecto inerente aos sistemas elétricos e de iluminação diz respeito a definir, de preferência previamente à publicação do edital da licitação – até porque há impacto no EVTEA e na tarifa-teto –, quem é efetivamente responsável pelos sistemas elétricos e de iluminação já existentes na

rodovia a ser concedida e, também, quem será o responsável pela sua manutenção (inclui a própria manutenção do sistema e o pagamento pela conta da energia elétrica consumida).

114. Em sendo os sistemas elétricos e de iluminação já existentes na rodovia de responsabilidade da União e de seus entes, independentemente de constar do termo de arrolamento de bens, está claro que a responsabilidade por esses sistemas passa para a concessionária, devendo ser esclarecido tal questão no EVTEA, no PER e na minuta do contrato, bem como ser estabelecida as respectivas obrigações contratuais objetivas (rubricas necessárias à manutenção desses sistemas e correspondente impacto na tarifa-teto).

115. Quanto aos sistemas elétricos e de iluminação já existentes na rodovia e não pertencentes à União e aos demais entes federativos, como por exemplo os de responsabilidade dos municípios ou de empresas privadas, a ANTT deve esclarecer no EVTEA, no PER e na minuta do contrato quem será responsável pela manutenção desses sistemas. Além disso, caso entenda que a concessionária deverá ser responsável pela manutenção desses sistemas ou de alguns deles, deve a agência estabelecer as respectivas obrigações contratuais objetivas (rubricas necessárias à manutenção desses sistemas e correspondente impacto na tarifa-teto).

116. É importante, nessa definição de obrigações, que a ANTT avalie quais são os sistemas elétricos e de iluminação existentes de interesse para os usuários da rodovia, especialmente em termos de segurança, privilegiando a manutenção por parte da concessionária, a qual poderá ser facilmente acionada quando algum tipo de reparo se faça necessário.

117. A iluminação pública em travessias urbanas, por exemplo, não encerra apenas interesse local, pois está afeto à segurança de todos os usuários que trafegam pela rodovia; portanto, se o município deixar de dar manutenção em tais sistemas, a prestação de serviço adequado estará comprometida, isso, é claro, na hipótese de não intervenção prévia pela concessionária. Dessa forma, tanto melhor que essa obrigação objetiva esteja perfeitamente caracterizada previamente à publicação do edital, com os ajustes que se fizerem necessários.

118. Além da própria segurança jurídica do contrato a ser celebrado, objetiva-se com esses comandos evitar que a segurança dos usuários da rodovia a ser concedida seja comprometida pela falta de manutenção dos sistemas elétricos e de iluminação existentes, bem como impedir a celebração de termos aditivos visando transferir para a concessionária a responsabilidade pela manutenção desses sistemas. A experiência tem mostrado que o impacto dos termos aditivos na tarifa de pedágio tem sido expressivo.

119. Diante disso, necessário determinar à ANTT que, previamente à publicação do edital da concessão:

- i) indique, no EVTEA, no PER e na minuta do contrato, os atores responsáveis pelos sistemas elétricos e de iluminação já existentes na rodovia a ser concedida, bem como os que se encarregarão de sua posterior manutenção, deixando a cargo da concessionária aqueles necessários à prestação de serviço adequado;
- ii) estabeleça obrigações contratuais objetivas para a concessionária providenciar a manutenção dos sistemas elétricos e de iluminação, de responsabilidade da União e seus entes, já existentes na rodovia, independentemente de constar do termo de arrolamento de bens (rubricas necessárias à manutenção desses sistemas e correspondente impacto na tarifa-teto);
- iii) no caso de entender que os sistemas elétricos e de iluminação – ou parte desses – já existentes na rodovia e não afetos à responsabilidade da União e seus entes devem ser mantidos pela concessionária, estabeleça obrigações contratuais objetivas para a concessionária providenciar a manutenção desses sistemas, independentemente de constar do termo de arrolamento de bens (rubricas necessárias à manutenção desses sistemas e correspondente impacto na tarifa-teto).

VII.6

120. Quanto à determinação para estabelecer no PER e no contrato mecanismos regulatórios suficientes para garantir a efetividade do dispositivo que estabelece a concomitância entre as obras de duplicação e respectivas melhorias, quando o critério prazo não prevalecer (alínea “q” do item 551 da instrução de peça 28), a ANTT entende que o Acórdão 283/2016-TCU-Plenário aprimorou a redação de forma a conferir maior clareza, motivo pelo qual solicita que seja dado o mesmo tratamento.

121. Em linha com a posição defendida pela SeinfraRodovia, a abordagem conferida nesta questão (concomitância entre as obras de duplicação e respectivas melhorias) pelo referido acórdão não se enquadra a este caso da concessão da Rodovia BR-364/365/GO/MG, o qual, entre outros pontos, prevê no PER prazos para implantação das obras de melhorias (tabelas constantes de peça 4, p. 37 a 40). Assim, acompanho essa determinação nos termos propostos pela unidade técnica.

122. No tocante às determinações das alíneas “p” e “r”, ambas do item 551 da instrução de peça 28, que, respectivamente, tratam de revisar os prazos para a execução das obras de melhorias em subtrechos a serem duplicados nos primeiros cinco anos de contrato (parte A das obras de ampliação); e indicar a localização das melhorias nas respectivas tabelas do PER; a ANTT pleiteia o seu aperfeiçoamento nos termos detalhados no corpo do memorial de peça 33.

123. Nesse documento, a agência argumenta que a alegada contradição entre o item 3.2.1.3 do PER e os prazos estabelecidos nesse instrumento pode ser completamente afastada pela explicitação da supremacia do prazo das melhorias, quando previsto no PER, sobre qualquer outra regra nele existente, de modo que a regra específica (prazo) prevaleça sobre a norma geral de concomitância.

124. O fundamento da proposta da unidade técnica está na possibilidade de ocorrer a abertura para o tráfego de duplicação de trecho da rodovia sem o acompanhamento da abertura para uso de todas as melhorias relativas ao trecho.

125. O item 3.2.1.3 do PER (Obras de Melhorias) estabelece que (peça 4, p. 36):

“A implantação de vias marginais, viadutos e passagens inferiores, interconexões, retornos em desnível, passarelas, correções de traçado, e melhorias em acessos deverá ocorrer de acordo com os prazos estabelecidos nos quadros abaixo [quadros às p. 37-40 da peça 4], sem prejuízo das obras de melhorias em pistas simples necessárias para a manutenção do nível de serviço e fluidez da via, de acordo com a localização e os quantitativos indicados a seguir.

As obras de melhorias em pistas simples deverão considerar a posterior implantação de pista dupla, de forma a permitir a sua adequação futura, apresentando, caso necessário, trecho de pista dupla na entrada e na saída do dispositivo, para o seu devido funcionamento.

A abertura para tráfego de um trecho duplicado deverá, necessariamente, ser acompanhada da abertura para uso de todas as melhorias relativas ao trecho, observado o prazo específico para as vias marginais”.

126. Tomando como exemplo o subtrecho 15 (BR-365/MG, km 751,6 – 753,2), conforme quadro a seguir, existe a previsão de obras de trevo, passarelas e acostamento em prazos distintos.

Melhorias (subtrecho 15)	Extensão / Quantidade	Prazo para implantação
Vias marginais	3,2 km	Concomitante com a duplicação
Adequação de acostamentos	1,6 km	Até o 5º ano
Melhorias de acessos	1 unidade	Concomitante com a duplicação
Passarelas	2 unidades	Até o 4º ano
Interconexão tipo trevo completo	1 unidade	Até o 3º ano

Fonte: PER (peça 4, p. 37-40)

127. Considerando o quadro acima, se as obras de duplicação do subtrecho 15 ocorrerem no segundo ano, as respectivas melhorias (adequação de acostamento, passarelas e interconexão tipo trevo completo) poderão ser entregues posteriormente, pois a concessionária poderá se esquivar da regra de concomitância amparada em tais prazos.

128. Por outro lado, se a concessionária deixar para executar a duplicação do subtrecho 15 somente no quinto ano de contrato, poderá não executar as passarelas e trevo sob a alegação de que não tem obrigação de executar melhorias antes da duplicação.

129. Caso prevaleça o entendimento defendido pela ANTT (regra específica do prazo a prevalecer sobre a norma geral de concomitância), se a obra de duplicação do subtrecho 15 for executada no 2º ano de contrato, a ampliação poderá ser entregue sem o trevo (até o 3º ano), sem as passarelas (até o 4º ano) e sem a adequação dos acostamentos (até o 5º ano), o que não é adequado.

130. Na revisão dos prazos para a execução das obras de melhorias em subtrechos a serem duplicados nos primeiros cinco anos de contrato (parte A das obras de ampliação), conforme proposto pela unidade técnica, a ANTT deve levar em consideração que essa revisão pode ser no sentido de alterar todos prazos em anos previstos na Parte A da duplicação para “concomitante com a duplicação” ou, ainda, de antecipar alguns dos prazos das melhorias de forma a evitar as situações hipotéticas previstas no parágrafo anterior.

131. Assim, acolho a proposta de determinação de alínea “p” nos termos propostos pela SeinfraRodovia.

132. Em relação à indicação da localização das melhorias – determinação de alínea “r” do item 551 da instrução de peça 28, ressalvados os retornos operacionais, que deverão ter sua localização definida em função dos projetos de duplicação –, o PER se apresenta omissivo quanto à indicação do local onde as obras de melhorias deverão ser executadas (as tabelas não contêm a localização – km da rodovia em que serão instaladas), apesar de existir regra pela qual os dispositivos não devem ser deslocados além de 500 metros da posição original sem aprovação prévia da ANTT (peça 4, p. 36).

133. Sobre essa questão, argumenta a ANTT que a experiência anterior demonstra ser mais adequado manter flexibilidade na instalação. Alega a agência que a especificação da localização, mesmo com a possibilidade de deslocamento, em alguns casos resulta em dificuldade de implementação da melhoria em razão de algum fato externo (desapropriação, por exemplo), resultando em atrasos ou necessidade de exclusão do investimento.

134. Contratualmente, existem mecanismos previstos para o deslocamento das melhorias dos locais originalmente assinalados, mesmo quando excepcionalmente excedam a 500 metros, mediante simples autorização da ANTT, sem que isso enseje pleito de reequilíbrio econômico-financeiro:

“Os dispositivos a seguir elencados deverão ser implantados preferencialmente na localização indicada nas tabelas, podendo ser deslocados em até 500 metros. A alteração do tipo de dispositivo e/ou seu deslocamento além de 500 metros poderão ser submetidos à aprovação da ANTT, desde que seja mantida sua funcionalidade e que a nova solução/localização apresente menor impacto socioambiental. Mantendo-se a mesma funcionalidade do dispositivo, esta solicitação não ensejará recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”.

135. Entretanto, pondero que existem outras questões envolvidas na localização das obras de melhorias, entre as quais destaco conferir maior transparência ao certame e permitir a equalização das propostas das licitantes que poderão identificar as localidades em que deverão, a princípio, executar as obras de melhorias.

136. Considerando que onze dos subtrechos da concessão em análise têm extensão superior a 15 km, sendo oito deles superiores a 30 km, conforme quadro constante do apêndice B do PER (peça 4, p. 95), as obras a serem realizadas seriam incógnitas na precificação.

137. A flexibilidade alegada pela ANTT pode resultar em escolhas das concessionárias que privilegiem menores custos de execução frente a escolhas que trarão maiores benefícios aos usuários da rodovia ou ao atendimento do interesse público.

138. Outro aspecto a ser considerado diz respeito à posterior fiscalização contratual, haja vista que qualquer interessado poderá verificar se a obra prevista para determinada localidade em certo momento já foi implementada.

139. Outro fator que deve ser levado em conta diz respeito aos custos de desapropriação correspondentes às áreas necessárias à implantação dos dispositivos de interconexão tipo Trombeta, Diamante e Trevo que extrapolarão os limites da faixa de domínio das rodovias (vide Apêndice C, peça 4, p. 96). Considerando que tais melhorias foram quantificadas com base em uma determinada localização para a implantação das interconexões, qualquer mudança de localização poderá trazer alterações significativas nesses custos, que serão bancados pelo poder concedente.

140. O dispositivo constante do PER que permite o deslocamento das obras de melhorias em até 500 metros é bastante razoável. Em existindo uma localização original das melhorias e a possibilidade expedita de seu deslocamento em até 500 metros, a ANTT, ao analisar os casos excepcionais, deverá avaliar as razões que motivaram o deslocamento superior a 500 metros da posição originalmente assinalada. No presente caso, a existência de uma maior rigidez na localização das obras vai permitir algum nível de controle sobre a motivação dos deslocamentos.

141. Diante do exposto, anuindo à proposta de encaminhamento de alínea “r” da SeinfraRodovia, cabe determinar à ANTT que indique a localização das obras de melhorias nas respectivas tabelas do PER constantes das páginas 37 a 40 da peça 4.

VII.7

142. Quanto à determinação da alínea “u” – esclareça que os retornos operacionais previstos no PER são do tipo “retorno em desnível”, em consonância com o EVTEA, e indique claramente no PER que retornos adicionais em nível, eventualmente necessários, deverão estar contemplados no projeto executivo de duplicação, às expensas da concessionária –; a única restrição da ANTT é quanto à parte final do comando.

143. Entende a agência que exigir a execução de retornos em nível adicionais às expensas da concessionária representaria excessiva imprevisibilidade e subjetividade. Alega que a indicação desses retornos adicionais consistiria em admitir obrigações implícitas.

144. Tendo em vista que, em fiscalizações de concessões vigentes, o Tribunal constatou que dispositivos de retorno em nível tem sido implantados por meio de termos aditivos, com consequente aumento da Tarifa Básica de Pedágio (TBP), o entendimento defendido pela unidade técnica é no sentido de que os retornos adicionais em nível, quando se façam necessários, devem estar contemplados no projeto executivo da duplicação, conforme explicitado no seguinte excerto da instrução constante da peça 13 do TC 025.311/2015-8 – Representação da equipe de fiscalização da SeinfraRodovia a respeito de possíveis irregularidades concernentes à 1ª Revisão Extraordinária da TBP da Concessão da Rodovia da BR-040/DF/GO/MG:

“I. Do reajuste indevido da TBP para implantação dos retornos em nível

7. A ANTT concedeu reajuste de 3,3% na TBP por meio da Resolução 4.699, de 13 de maio de 2015 (peça 5), em razão da necessidade de implantação de dispositivos de retorno em nível, sob o argumento de que tais elementos não estariam previstos no Programa de Exploração da Rodovia (PER) da BR-040/DF/GO/MG, embora os retornos em nível sejam inerentes aos projetos de duplicação de rodovia, não havendo a necessidade de quantificar esses dispositivos nos estudos de viabilidade de uma concessão.

8. Na Nota Técnica 003/2015/GEINV/SUINF (peça 6, p. 2-3), por meio da qual a ANTT se

posicionou favorável à inclusão dos dispositivos de retorno em nível, constam os seguintes argumentos:

Primeiramente, no que diz respeito aos retornos em nível, o PER dispõe somente sobre a possibilidade de manutenção de retornos existentes, desde que atendidas determinadas condições de projeto. Não há, portanto, qualquer disposição explícita contrária à implantação desses retornos nos trechos a serem duplicados.

É importante destacar que no item 3.2.5 do PER, onde estão descritos os parâmetros técnicos e gerais das obras da frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço, não há previsão de execução de novos dispositivos de contorno em nível. Assim, a inclusão destes novos investimentos entre as obrigações das Concessionárias ensejará o reequilíbrio econômico-financeiro dos Contratos.

9. Ou seja, a ANTT entendeu que a ausência de previsão de execução de retornos em nível no PER justificaria, em última análise, o reajuste da TBP para contemplar a construção desses dispositivos.

10. Ocorre que o mesmo item 3.2.5 do PER (peça 7, p. 44) estabelece que:

Os retornos em nível e trevos em nível existentes deverão ser fechados pela Concessionária, mediante prévia aprovação da ANTT. Não será necessário o fechamento dos trevos em nível ou retornos em nível, nos casos em que:

- Os trevos em nível e retornos em nível apresentem condições de geometria de segurança de acordo com as normas do Dnit, considerando: a velocidade de projeto, a distância de visibilidade, o raio mínimo por veículo crítico de projeto, as faixas de aceleração e desaceleração e a distância de entrelaçamento suficiente em relação a acessos na pista; e,*
- A ANTT não aprove seu fechamento.*

11. Assim sendo, o PER estabeleceu que os retornos em nível existentes, tanto aqueles em pista simples como em pista dupla, teriam de ser fechados, com exceção daqueles que apresentassem condições de geometria de segurança de acordo com as normas do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) ou aqueles cujo fechamento a ANTT não tivesse aprovado.

12. Isso, porque, com a duplicação de 557,2 km de rodovia e a conversão de multifaixas (trechos com duas faixas para cada sentido, sem canteiro central) para via duplicada de outros 144,8 km, haveria necessidade de se projetar e executar novos dispositivos de retorno, uma vez que a geometria da rodovia seria necessariamente alterada nesses segmentos e a grande maioria dos retornos existentes teria que ser readequada.

13. Ademais, no item 3.2.1.2 do PER, referente às Obras de Melhorias, não consta a previsão de execução de retornos em desnível (peça 7, p. 38-39).

14. Dessa forma, se o PER estabeleceu que os retornos em nível existentes deveriam ser fechados e se não havia a previsão de execução de melhorias do tipo retornos em desnível, não restaria outra opção para dotar a rodovia de dispositivos que permitissem aos usuários a execução de retorno na rodovia dentro de distâncias consideradas razoáveis que não fossem os retornos em nível.

15. Os retornos em nível são dispositivos inerentes aos projetos de duplicação de rodovia, não havendo a necessidade de quantificar esses dispositivos nos estudos de viabilidade de uma concessão, uma vez que esses estudos não têm o mesmo grau de precisão de um projeto executivo, projeto básico ou até mesmo de um anteprojeto.

16. Além disso, o Manual de Projeto de Interseções do Dnit (peça 8, p. 1-2) lista uma série de situações que justificam a adoção de retornos:

- a) após interseções, para acomodar movimentos menores de conversão não previstos nas interseções em nível ou nas interconexões;
- b) antes de uma interseção, para possibilitar movimentos de retorno que interfeririam com a corrente de tráfego direta e outros movimentos de conversão;
- c) em combinação com rodovias transversais de menor importância, cujo volume de tráfego não justifica a travessia da rodovia principal;
- d) locais onde aberturas e intervalos regulares facilitem operações de conservação, manutenção, fiscalização, policiamento, reparos em veículos enguiçados ou outras atividades relacionadas com a rodovia;
- e) nas rodovias sem controle de acesso, para servir ao desenvolvimento de vias marginais existentes.

17. Assim, mesmo que o PER não tenha previsto textualmente a implantação de retornos em nível, o Manual de Projeto de Interseções do Dnit estabelece situações nas quais o referido dispositivo é exigível.

18. Vale ressaltar que o PER, no item 3.2.5.4 (peça 7, p. 46), estabelece que:

Salvo referência específica, a concessionária deverá elaborar os projetos e executar as obras de acordo com as normas e especificações adotadas pelo Dnit e, quando cabível, pelos documentos técnicos pertinentes da ABNT ou outras normas aceitas pela ANTT.

19. Diante do acima exposto, a ANTT deveria ter exigido que os projetos de duplicação dos trechos da Rodovia BR-040/DF/GO/MG apresentados pela Concessionária Via 040 já tivessem contemplado os retornos em nível, sem a necessidade de ter que reajustar a tarifa de pedágio para tanto”.

145. Como, em processos de concessão vigentes, a ANTT só exigiu das concessionárias a apresentação de anteprojetos para o início das obras, é bem possível que tenha sido “surpreendida” com a execução de obras de duplicação sem qualquer tipo de dispositivo de retorno, o que resultou na aprovação “emergencial” de aditivos em vários contratos de concessão com tal finalidade e a valores exorbitantes, quando comparados com os valores dos retornos em desnível dos presentes autos.

146. O fato de cinco das últimas concessões rodoviárias não terem indicado expressamente nos contratos (embora tacitamente fosse uma obrigação inerente à adequada duplicação) que os retornos em nível necessários deveriam ser executados às expensas das concessionárias foi suficiente para a inclusão posterior desses retornos por meio de termos aditivos. O quadro a seguir, extraído da Nota Técnica ANTT 003/2015/GEINV/SUINF (peça 20, p. 4), mostra o quantitativo de retornos em nível e os respectivos valores.

Concessionária	Dispositivos de retorno em nível	Valor (base junho de 2014)
MGO	10	21.582.143,40
Concebra	41	88.486.787,94
MSVIA	38	82.012.144,92
CRO	30	64.746.430,20
Via 040	45	97.119.645,30
Total	164	353.947.151,76
Valor unitário (R\$ / retorno em nível)		2.158.214,34

147. Esse valor unitário de “retorno em nível”, ajustado entre as partes para tais rodovias, é praticamente igual àquele que está sendo previsto nos presentes autos para os “retornos em desnível” – obra de maior complexidade e custo – da BR-364/365/GO/MG (R\$ 2.284.211,42 em Goiás e R\$

2.382.782,41 em Minas Gerais), isso sem levar em conta a possibilidade de deságio decorrente do leilão de concessão, o que ratifica a constatação de que obras posteriormente incluídas no contrato normalmente importam em acréscimos tarifários muito superiores àqueles que onerariam a tarifa quando da licitação.

148. Dessa forma, no caso, a parte final da determinação é apenas uma garantia de que algo parecido não venha a ocorrer, embora exista número razoável de retornos em desnível previstos.

149. Quanto à alegação da ANTT de tratar a questão como “obrigações implícitas”, considero bastante questionável, pois se estiver estabelecido no PER, conforme proposto pela unidade técnica, já não será algo do tipo.

150. Diante do exposto nesse subtópico, embora a ANTT informe que não existe previsão para a execução de retornos em nível e que o número de retornos operacionais previstos é suficiente para a rodovia, conforme respostas da agência aos questionamentos da unidade técnica (peça 26, p.1), tendo em vista o ocorrido em cinco das últimas concessões rodoviárias, acolho a determinação de alínea “u” do item 551 nos termos propostos pela unidade técnica.

VIII

151. Quanto à análise da minuta do contrato, embora tradicionalmente não figure no 1º estágio do acompanhamento dos processos concessórios, a unidade técnica entendeu por bem avaliar dispositivos do ajuste que podem, direta ou indiretamente, repercutir no fluxo de caixa da concessão.

152. O exame desse tópico pela SeinfraRodovia resultou na proposição de 14 (quatorze) determinações à ANTT para serem atendidas previamente à publicação do edital de concessão da rodovia (alíneas “y”, “z” e “aa” a “ll” do item 551 da instrução de peça 28, reproduzida no relatório precedente), 3 (três) determinações de caráter geral e uma recomendação à agência (respectivamente alíneas “b” a “d” do item 552 e “j” do item 553, ambos da mesma instrução).

153. Conforme memorial de peça 33, a ANTT considera que é possível o atendimento de 8 das 14 determinações do item 551 da instrução da unidade técnica (alíneas “cc”, “dd”, “ee”, “ff”, “hh”, “ii”, “kk” e “ll”), e solicita que em duas (alíneas “y” e “gg”) seja dado o mesmo tratamento, considerando a identidade dos casos em relação ao processo de concessão da Rodovia de Frango (Acórdão 283/2016-TCU-Plenário), que aprimorou a redação de forma a conferir maior clareza.

154. Quanto às 4 (quatro) determinações restantes, alíneas “z”, “aa”, “bb” e “jj”, pleiteia a agência o seu aperfeiçoamento, nos termos detalhados no corpo do citado memorial.

155. Apesar de, no geral, as determinações e recomendações propostas pela SeinfraRodovia relativas à minuta do contrato manterem a mesma linha do prolatado pela Corte de Contas ao apreciar o processo de concessão da Rodovia do Frango, considero necessário tecer alguns comentários sobre cada uma das mencionadas determinações remanescentes – não acolhidas pela ANTT.

VIII.1

156. Em relação aos bens da concessão e ao termo de arrolamento de bens (alínea “y” do item 551), acompanho o entendimento da unidade técnica. Com efeito, há necessidade de que a redação contratual seja mais explícita, de forma a dirimir eventuais questionamentos ulteriores e descumprimentos contratuais.

157. Nas fiscalizações realizadas em 2015 (BR-040/DF/GO/MG - TC 014.731/2015-0; BR-163/MT - TC 023.217/2015-4), o TCU constatou interpretação enviesada de dispositivos contratuais relativos ao termo de arrolamento e transferência de bens, o que na prática tem conduzido ao entendimento segundo o qual a concessionária somente teria obrigações relacionadas aos bens que expressamente constaram do termo de arrolamento.

158. Apenas com intuito de contextualizar e exemplificar essa questão, cito dois casos vivenciados pela fiscalização desta Corte de Contas: i) concessionária não sinalizou um viaduto alegando que este teria sido construído por uma mineradora; e ii) concessionária não instalou tela de proteção sob passarela porque supostamente esta não comporia o rol de bens do Dnit.

159. A composição dos bens da concessão está explicitada na cláusula quarta da minuta do contrato (peça 5, p. 12):

“4.1 Composição

4.1.1 Integram a Concessão os Bens da Concessão a seguir indicados, cuja posse, guarda, manutenção e vigilância são de responsabilidade da Concessionária:

(i) o Sistema Rodoviário, conforme alterado durante o Prazo da Concessão, de acordo com os termos do Contrato;

(ii) todos os bens vinculados à operação e manutenção do Sistema Rodoviário:

(a) transferidos à Concessionária, conforme listados no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens; e

(b) adquiridos, arrendados ou locados pela Concessionária, ao longo do Prazo da Concessão, que sejam utilizados na operação e manutenção do Sistema Rodoviário”.

160. O item 2 do PER apresenta a descrição do sistema rodoviário (peça 4, p. 7):

“O Sistema Rodoviário objeto da Concessão compreende um trecho da BR-364/365/GO/MG, composta pelas rodovias (...), incluindo os elementos integrantes da faixa de domínio, além de acessos e alças, edificações e terrenos, pistas centrais, laterais, marginais ou locais ligadas diretamente ou por dispositivos de interconexão com a rodovia, acostamentos, obras de arte especiais e quaisquer outros elementos que se encontrem nos limites da faixa de domínio, bem como pelas áreas ocupadas com instalações operacionais e administrativas relacionadas à Concessão”.

161. Nos termos da subcláusula 4.2.1 da minuta do contrato (peça 5, p. 12), a assinatura do termo de arrolamento e transferência de bens marca a assunção do sistema rodoviário por parte da concessionária.

162. Como o termo de arrolamento e transferência de bens não esgota todos os elementos que integram o sistema rodoviário, a subcláusula 4.2.4 da minuta contratual prevê que outros bens integrantes do sistema rodoviário e não constante desse termo devem ser arrolados e apresentados pela concessionária à ANTT, para fins de regularização e inserção no rol de bens da concessão (peça 5, p. 12).

163. Conclui-se, da leitura dos dispositivos acima, que a concessionária assume obrigação sobre todos os elementos do sistema rodoviário a partir da assinatura do termo de arrolamento e transferência de bens, e não somente daqueles que constam especificamente do referido termo.

164. Ainda que a redação desses dispositivos conduza à conclusão de que a empresa deve assumir, logo de início, todo o sistema rodoviário e não apenas os que constam do termo de arrolamento, é necessário que a redação contratual seja ainda mais explícita nesse sentido, de forma a dirimir eventuais questionamentos ulteriores e descumprimentos contratuais.

165. Essa questão de termo de arrolamento foi enfrentada no processo de concessão da Rodovia do Frango, oportunidade em que o Tribunal, ponderando os argumentos apresentados pela ANTT, buscou solução que harmonizasse os conceitos de segurança jurídica dos contratos e do próprio cumprimento contratual, solução essa que também deverá ser utilizada nos presentes autos. Assim, na determinação será incluída ressalva de sistema rodoviário sob responsabilidade da União e seus entes.

166. Voltando aos exemplos citados no início desse subtópico – viaduto construído por mineradora e passarela que não seria do Dnit –, o entendimento deste Tribunal é no sentido de que a responsabilidade da concessionária deverá, independentemente desses itens constarem do termo de arrolamento de bens, abarcar a colocação de placa de sinalização desse viaduto e de telas de proteção sob a passarela, até porque esses elementos também estão relacionados à própria segurança dos usuários da rodovia (sinalizar altura do viaduto e impedir que pedestre atravessem a rodovia pela pista, por exemplo).

167. Por outro lado, entendo que a fiscalização da ANTT deve ser mais efetiva no sentido de exigir das concessionárias o cumprimento contratual, uma vez que as escusas colocadas nos dois exemplos citados não se sustentam.

168. Assim, acompanhando em essência a proposta oferecida pela unidade técnica (alínea “y”), é necessário determinar à ANTT que esclareça na minuta do contrato que a assunção da rodovia por parte da concessionária não está adstrita aos bens que constam do termo de arrolamento e transferência de bens, mas abrange todo o sistema rodoviário, sob responsabilidade da União e seus entes, concedido.

169. No tocante à alínea “ii” do item 551, considerando a relevância da atual licitação e o possível atraso que possa advir da exigência da completude dos estudos, é aceitável que o termo de arrolamento e transferência de bens seja complementado ao longo do primeiro ano de concessão, desde que expressamente consignado que a responsabilidade da concessionária abrange todo o sistema rodoviário, nos termos da determinação do item anterior. Assim, concordo com a proposta de determinação tendente a conceder prazo de um ano, após a celebração do contrato de concessão, para a complementação do termo de arrolamento de bens, de sorte que este retrate efetivamente o sistema rodoviário, mediante a elaboração de inventário detalhado.

170. Ressalto que esse prazo – o qual reputo mais adequado seja de até um ano – visa justamente a não inviabilizar a licitação da Rodovia BR-364/365/GO/MG na concepção original, que, segundo avaliação da unidade técnica especializada, hoje não conta com termo de arrolamento e transferência de bens que retrate efetivamente o sistema rodoviário. Essa complementação do termo não implica a inclusão de outros itens que não se coadunam com o sistema rodoviário a ser concedido, a ponto de se comprometer a segurança jurídica do contrato.

171. Tendo em vista o prazo para atendimento desse comando, necessário que essa determinação seja de caráter geral.

172. Ainda neste subtópico que aborda termo de arrolamento e transferência de bens, oportuno analisar as ponderações apresentadas pela ANTT (memorial de peça 33) em relação à determinação de ordem geral constante da alínea “c” do item 552 da instrução da SeinfraRodovia, reproduzida no relatório precedente. Esse comando trata de determinação à agência para que, nas próximas concessões, providencie o termo de arrolamento de bens de forma padronizada e abrangente antes da celebração dos respectivos contratos.

173. Inicialmente, informa a ANTT que como essa determinação, direcionada aos futuros editais, constou do Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (Rodovia do Frango), já iniciou tratativas com o Ministério dos Transportes e Dnit no sentido de cumprir o comando. Acrescenta que o termo de arrolamento de bens é elaborado pelo Dnit, sob interveniência da ANTT, de modo que a questão desborda das atribuições da agência.

174. No mérito, embora não divirja da determinação, a agência verificou dificuldades administrativas relevantes de se adotar o procedimento em curto prazo, uma vez que algumas rodovias brasileiras são da década de 40 e vários documentos de então foram perdidos ao longo dos anos devido à administração das rodovias federais terem passado por diversos órgãos antes do Dnit. Esclarece que a dificuldade de documentação para os segmentos rodoviários mais antigos é enorme e a solução no

prazo indicado não é viável, particularmente quando se vislumbra o volume de concessões que o Governo Federal pretende realizar em horizonte de curto prazo – previstos, além do processo da Rodovia do Frango e dos presentes autos, ambos já submetidos ao Tribunal, mais 13 processos de concessão em que já foram abertos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs).

175. Acrescenta a ANTT que nesse contexto não seria possível, sem um trabalho de inventariança em campo e exaustivo, junto a diversos órgãos, a elaboração dos termos de arrolamento de bens.

176. Informa que, para tratar da complexa questão das faixas de domínio das rodovias, foi editado o Decreto 8.376/2014 o qual estabelece que o Dnit identificará e regularizará essas faixas das rodovias federais integrantes do Sistema Nacional de Viação (SNV) no prazo de 20 anos. Ainda, aduz que o Dnit criou, em setembro de 2015, o Profaixa, cujo objetivo seria promover a regularização das faixas de domínio das rodovias. Complementa que esse programa está em fase piloto e, até o final de 2016, será desenvolvido Termo de Referência para contratação de empresa responsável pelos levantamentos necessários à regularização das faixas de domínio.

177. Considerando essas informações, a ANTT pondera que, para as concessões que integram o Programa de Investimentos em Logística (PIL), a previsão de elaboração prévia de termo de arrolamento não é viável, demandando, inclusive, enorme esforço administrativo antes mesmo de se ter segurança quanto ao sucesso do leilão, esforço esse incompatível com o planejamento e a capacidade atual de atendimento a este propósito. Como alternativa, propõe a agência que, para as próximas etapas de concessão e no âmbito do Profaixa, a ANTT e o Dnit elaborem planejamento de priorização de trechos que serão concedidos, o que permitirá o alcance eficiente dos objetivos almejados pelo Tribunal.

178. Dessa forma, finaliza a ANTT propondo que o TCU reavalie a determinação proposta, considerando as restrições operacionais ora relatadas.

179. Em adição ao presente debate, os técnicos da ANTT, em reunião em meu Gabinete, apresentaram duas alternativas para o atendimento da determinação emanada no Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (Rodovia do Frango), que também se aplica aos presentes autos:

- i) priorize, no âmbito do Profaixa, trechos que serão concedidos, providenciando o termo de arrolamento de bens de forma padronizada e abrangente previamente à publicação dos futuros editais de concessão rodoviária cujos estudos ou PMIs não tenham ainda sido iniciados;
- ii) previamente à publicação dos editais dos futuros processos de concessão rodoviária, cujos estudos ou PMIs não tenham ainda sido iniciados, providencie o termo de arrolamento de bens de forma padronizada e abrangente.

180. A presente questão merece análise sob um prisma mais amplo. As alternativas apresentadas pela ANTT apontam que, além do processo de concessão da Rodovia do Frango e da presente concessão, as próximas 13, cujos estudos ou PMIs já foram iniciados, serão licitadas sem um termo de arrolamento e transferência de bens de forma padronizada e abrangente.

181. Tal fato já é suficiente para o descarte dessas alternativas.

182. O entendimento do Plenário do Tribunal, conforme prolatado no Acórdão 283/2016 (Rodovia do Frango), é no sentido de que, para as próximas concessões, deve ser condição prévia à publicação do edital de concessão, com vistas a resguardar o patrimônio público e garantir o posterior cumprimento das obrigações contratuais ligadas aos bens integrantes da concessão, a exigência de um termo de arrolamento de bens padronizado e abrangente.

183. Conforme abordado no tópico análise de risco, as dificuldades apontadas pela ANTT para cumprimento de algumas das determinações (em especial as relacionadas a projetos, preferencialmente executivos, e a elaboração de termo de arrolamento de bens), em conjunto com a deficiente

fiscalização dos processos concessórios vigentes por parte da agência, tem impactado o cumprimento das obrigações contratuais, a qualidade dos serviços prestados e, também, influenciado o acréscimo dos valores das tarifas de pedágio – nesse último caso, em decorrência da celebração de termos aditivos.

184. Entendo que um dos principais elementos para que um processo de concessão se desenvolva de forma adequada, segura e transparente, tanto para a ANTT como para os demais participantes do processo, é a existência de termo do arrolamento e transferência de bens de forma padronizada e abrangente. Esse documento deve ser suficiente para que as condições contratuais sejam adequadamente cumpridas e, em sentido contrário, que não seja utilizado como mecanismo de escusas pelo não cumprimento contratual.

185. Termos de arrolamento de bens deficientes e incompletos podem comprometer todo o processo, gerando insegurança jurídica, causando descumprimentos contratuais, resultando em prestação inadequada dos serviços e propiciando a celebração de termos aditivos e aumentos na tarifa de pedágio.

186. Os argumentos apresentados pela ANTT não se mostram razoáveis, pois a agência deveria priorizar a elaboração de termos de arrolamento de bens padronizados e abrangentes, deslocando a sua capacidade operacional para o assunto. Entendo que quanto mais bem estruturado o processo concessório, inclusive com termo de arrolamento de bens padronizado e abrangente, maior a segurança jurídica e transparência do processo, o que contribui para elevar a probabilidade de sucesso do leilão e, ainda, reduzir a possibilidade de celebração de termos aditivos visando adequação ou correção oriunda de termo que não retrate efetivamente o sistema rodoviário concedido.

187. Por fim, tendo em vista que a determinação de ordem geral constante da alínea “c” do item 552 da instrução da SeinfraRodovia, reproduzida no relatório precedente, tem o mesmo conteúdo da determinação constante do subitem 9.4.5. do Acórdão 283/2016-TCU-Plenário, recém prolatado no processo de concessão da Rodovia do Frango (TC 023.298/2015-4), desnecessária a repetição de tal comando no acórdão que vier a ser prolatado por esta Corte, assim como o alargamento da discussão neste fórum processual.

VIII.2

188. Em relação à sugestão de determinação a respeito da fiscalização do tráfego de veículos com eixos suspensos (alínea “gg” do item 551 da instrução de peça 28), considerando:

- i) a expedição, por intermédio do subitem 9.3.6 do Acórdão 283/2016-Plenário, de determinação no sentido de que a ANTT, no prazo de 60 (sessenta) dias, defina metodologia e respectivos custos da fiscalização do tráfego de veículos com eixos suspensos, de que trata a Lei 13.103/2015, aplicando-a aos futuros processos de concessões rodoviárias;
- ii) os riscos inerentes à inclusão desses custos por meio de termo aditivo;
- iii) a necessidade de a regra estar clara no edital; e
- iv) o fato de o prazo se encerrar no dia 18/4/2016, portanto, antes da publicação do presente processo de concessão.

189. Entendo pertinente, de acordo com a proposição formulada pela SeinfraRodovia, determinar à ANTT que defina no PER e na minuta do contrato a responsabilidade da concessionária pelos custos financeiros da fiscalização do tráfego de veículos com eixos suspensos de que trata o disposto na Lei 13.103/2015.

VIII.3

190. Quanto à proposta de determinação relacionada à exigência de projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras (alínea “z” do item 551 da instrução de peça 28),

corroboro o entendimento defendido pela SeinfraRodovia de que a elaboração de projetos executivos é inerente às obras de engenharia, conforme dispositivos legais mencionados nos itens 382-395 da instrução constante do relatório precedente (Lei 8.666/1993, arts. 6º, inciso X, e 7º; e Resolução-Confea 361, de 10/12/1991), plenamente aplicáveis às concessões. Portanto, não é factível que a empresa execute o empreendimento sem projeto detalhado, preferencialmente executivo.

191. Essa questão também foi enfrentada no processo de concessão da Rodovia do Frango, oportunidade em que o Plenário do TCU acatou a proposta de exigir das concessionárias a apresentação de projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras (Acórdão 283/2016-Plenário).

192. A ANTT, em seu memorial, alega que o espírito conferido pelo voto daquele acórdão permite manter a regra de que a agência daria, ao início das obras, a sua não objeção sobre o anteprojeto. Acrescenta que a análise e autorização do projeto executivo previamente ao início das obras afetaria os prazos das obras e geraria desnecessária burocratização e insegurança jurídica incompatíveis com o processo concessório.

193. Em reunião em meu Gabinete, os técnicos da ANTT acrescentaram que a entrega de projeto, preferencialmente executivo, poderá gerar atraso, que, no início da concessão, impacta bastante o fluxo de caixa. Com base nessa argumentação, propõe a agência: i) manter a não objeção ao início das obras com base no anteprojeto; e ii) prever a entrega do projeto executivo antes do início efetivo das obras.

194. Mesmo devendo existir projeto, a ANTT contenta-se, para a não objeção ao início das obras, apenas com a apresentação de anteprojeto, elemento insuficiente para avaliar os trabalhos propostos pela concessionária, em relação aos manuais e normas técnicas e aos parâmetros de desempenho estabelecidos.

195. Entendo que a apresentação efetiva do projeto, preferencialmente executivo, antes do início das obras não significa que a agência necessite avaliar pormenorizadamente itens como quantitativos e custos empregados, nos moldes que se faz no controle de uma obra pública quando contratada exclusivamente com base na Lei 8.666/1993, até porque já existe precificação **ex ante** das obras previstas.

196. Ainda que o risco de projeto seja da concessionária, a ANTT pode e deve tomar conhecimento de projeto mais detalhado, preferencialmente executivo, previamente ao início das obras, de forma a prevenir falhas que venha a detectar, acompanhar a etapa de execução dos serviços e, principalmente, atestar a efetiva conclusão das obras. Reitero que a verificação do cumprimento das obrigações de ordem funcional por parte da agência será facilitada com o projeto mais detalhado em mãos.

197. Considero inapropriado o argumento apresentado pela ANTT relativo ao atraso e impacto no fluxo de caixa decorrente da exigência de projeto, preferencialmente executivo, antes do início das obras. A fiscalização deste Tribunal nas concessões vigentes demonstra diversos casos de inexecução dos investimentos nos contratos, conforme tabelas constantes do item 27 desse voto. Ora, se parte considerável das concessões apresentam inexecuções expressivas das obras de duplicação, não podemos acatar argumentos no sentido que a exigência de projeto, preferencialmente executivo, vai causar atraso às obras de duplicação.

198. Quanto à alegação da ANTT de que vai ocorrer impacto no fluxo de caixa, entendo que esse argumento deve ser analisado sob uma ótica mais ampla, a envolver a possibilidade do não adequado cumprimento contratual e, também, da possibilidade de celebração de termos aditivos, com impacto na tarifa de pedágio.

199. Por outro lado, conforme já abordado neste voto, considero que a questão em análise também envolve a necessidade de se cobrar da fiscalização da ANTT postura mais efetiva no sentido de exigir das concessionárias o adequado cumprimento contratual.

200. Os argumentos relacionados à desnecessária burocratização e insegurança jurídica incompatíveis com o processo concessório também não se mostram suficientes para afastar a exigência de projeto, preferencialmente executivo, antes do início das obras. Em sentido oposto ao alegado pela agência, a adequada análise do projeto por parte da ANTT poderá evitar outros procedimentos, como descumprimento contratual ou celebração de termos aditivos e, ainda, dará mais segurança jurídica ao contrato.

201. Reforça o entendimento defendido pela Corte de Contas a Resolução-ANTT 1.187, de 9/11/2005, que dispõe sobre os procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT.

202. O art. 2º desse normativo conceitua projeto básico como “conjunto de elementos necessários e suficientes, com grau de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição do prazo de execução”; e projeto executivo como “conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, inclusive as peças, os diagramas e outros elementos elucidativos necessários à sua execução, de acordo com as normas pertinentes”.

203. Em relação à aceitação dos projetos, essa resolução estabelece que, para execução das obras constantes do PER, a concessionária deverá encaminhar à ANTT o Projeto Executivo. Transcrevo a seguir o capítulo que trata dessa questão:

“Capítulo IV

DA ACEITAÇÃO DOS PROJETOS

Art. 14. Para execução das obras constantes do Programa de Exploração, a concessionária deverá encaminhar à ANTT o Projeto Executivo, conforme previsto no Anexo I, com antecedência de sessenta dias da data de início prevista no Planejamento Anual para sua execução.

§1º O Projeto Executivo apresentado para determinada obra não deverá extrapolar os valores dos itens previstos no Programa de Exploração.

§2º A ANTT poderá dispensar a apresentação do Projeto Executivo para obras de pequeno porte, não alcançadas pelo disposto no art. 27, mediante solicitação fundamentada da concessionária.

Art. 15. A ANTT deverá manifestar-se sobre o Projeto Executivo no prazo de 15 (quinze) dias após o seu recebimento protocolizado.

§1º Em função da complexidade ou do porte do projeto, a manifestação da ANTT conterá a estimativa de prazo para análise.

§2º A apresentação incompleta dos documentos previstos no Anexo I implicará na suspensão da análise por parte da ANTT.

§3º A aceitação do Projeto Executivo pela ANTT não significa a assunção de qualquer responsabilidade técnica sobre o mesmo.

Art. 16. Inexistindo objeções, a concessionária encaminhará, em até 30 (trinta) dias, o Plano de Trabalho acompanhado dos respectivos cronogramas de execução.

Art. 17. Após a aceitação do projeto executivo, eventuais complementações não ensejarão revisão do valor do projeto aprovado, salvo se autorizadas pela ANTT, em virtude de fatos supervenientes”.

204. Vale destacar, ainda, que, nos contratos anteriores celebrados pela ANTT, não existia qualquer possibilidade de apresentação de anteprojetos. Nesse sentido, cumpre transcrever excerto do contrato de concessão celebrado com a Concessionária Transbrasiliana (BR-153/SP) em 2007:

18.7. A Concessionária deverá encaminhar à ANTT, antes do início efetivo da execução das obras e serviços de engenharia previstos no PER, cópias dos respectivos projetos executivos, diagramas e outros elementos elucidativos necessários à execução destas obras e referidos serviços.

18.8. Não havendo objeções pela ANTT aos projetos, a Concessionária encaminhará à fiscalização os planos de trabalho das obras e serviços, acompanhados dos respectivos cronogramas de execução física.

205. Assim, manifesto concordância com a proposta de encaminhamento da unidade técnica especializada no sentido de determinar à ANTT que estabeleça, no PER e na minuta do contrato, que as concessionárias deverão apresentar os projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras.

VIII.4

206. No tocante à determinação cujo objetivo é esclarecer de forma inequívoca que a conclusão das obras ocorre somente quando o projeto executivo apresentado pela concessionária e avaliado pela ANTT estiver efetivamente implantado (alínea “aa” do item 551 da instrução de peça 28), avalio que a questão tem total compatibilidade com a cláusula prevista na minuta do contrato de concessão, conforme mostrarei a seguir.

207. A ANTT, em seu memorial, argumenta que deve haver distinção entre a aferição realizada para fins de verificação da meta de duplicação de 10% da rodovia, necessária ao início da cobrança do pedágio, e das metas anuais de ampliação de capacidade para aplicação do fator “D”, e do efetivo recebimento das obras, que é realizado com base no projeto executivo, conforme disciplina os arts. 18 e 19 da Resolução-ANTT 1.187/2005.

208. Defende a agência que essa distinção é realizada por questão de inviabilidade de realização do processo de recebimento nos prazos requisitados pela modelagem para início da cobrança de pedágio e aplicação do fator “D”.

209. Os argumentos apresentados pela ANTT são no sentido de que o recebimento das obras com base em projeto para fins da aferição das metas de 10% de duplicação (início da cobrança do pedágio) e das anuais (aplicação do fator “D”) resultaria em ampla remodelagem do projeto, com postergação do início de receitas no fluxo de caixa em pelo menos mais 4 (quatro) meses, revendo, ainda, o momento de incidência do fator “D” para um período bem posterior. Defende a agência que tal alternativa não seria adequada para o atendimento ao interesse público, seja pelo adicional tarifário, seja pelos riscos jurídicos decorrentes de adoção de processo longo em etapas sensíveis à viabilidade do projeto, seja pelas dificuldades de abertura ao tráfego sem qualquer aferição de entrega baseada em parâmetros de desempenho, ou pior, sua não abertura ao tráfego.

210. A subcláusula 10.3.1 da minuta do contrato da BR-364/365/GO/MG estabelece que as obras de duplicação e respectivas melhorias deverão estar concluídas e em operação nos prazos e nas condições estabelecidas no PER, observados o escopo, os parâmetros técnicos e os parâmetros de desempenho previstos (peça 5, p. 23-24).

211. Essa subcláusula também traz parâmetros de desempenho a serem observados para o recebimento das obras e serviços e que deverão ser observados para que sejam consideradas atendidas

as metas de duplicação, motivo pelo qual a redação contratual deve ser explícita nesse sentido a fim de dirimir questionamentos futuros.

212. Apesar de tais dispositivos indicarem a conclusão das obras para todos os efeitos contratuais, verificou-se, nas fiscalizações realizadas (BR-040/DF/GO/MG - TC 014.731/2015-0; BR-163/MT - TC 023.217/2015-4), que as empresas, em busca de anteciparem as metas de duplicação e acelerarem a cobrança de pedágio, entregam as obras de forma incompleta, apenas com os elementos indispensáveis à abertura ao tráfego, deixando de lado outros componentes da rodovia, tais como dispositivos de proteção (defensas e barreiras) e de drenagem (sarjetas e valetas). Sem projetos mais detalhados, a agência pode ter dificuldade para atestar a própria implementação desses projetos, o escopo, os parâmetros técnicos e os parâmetros de desempenho previstos contratualmente para as obras.

213. Esse procedimento permite que as concessionárias permaneçam por meses a fio realizando serviços que já deveriam estar prontos para que as metas de duplicação fossem consideradas atendidas, o que resulta em ganhos indevidos para tais empresas, que adiantam artificialmente o início da cobrança de pedágio e, ainda, se credenciam ao recebimento de bonificação por presumida antecipação das metas anuais, conforme metodologia de cálculo do fator “D”, parte componente do reajuste tarifário.

214. O cerne da questão em análise diz respeito ao próprio conceito de “conclusão” aceito pela agência, que é, em verdade, uma execução parcial de obras ou serviços de determinado trecho que permite a abertura ao tráfego, contrariando os dispositivos da minuta contratual encaminhada e permitindo antecipação de receitas às concessionárias.

215. O que se busca com a determinação é que a ANTT realize os procedimentos de recebimento das obras de duplicação da rodovia com base nos parâmetros de desempenho estabelecidos na subcláusula 10.3.1, II, da minuta do contrato, e, ainda, verifique que as obras de duplicação e respectivas melhorias estão concluídas e em operação nos prazos e nas condições estabelecidas no PER (subcláusula 10.3.1), tendo como parâmetro para verificação dessas obras e melhorias o projeto executivo.

216. Ressalto que o objetivo não é antecipar o recebimento definitivo das obras, que continuará a ser feito nos termos e condições previstos, mas garantir que o conteúdo contratual seja corretamente cumprido. As falhas relativas à questão em análise, encontradas em outras fiscalizações deste Tribunal, sinalizam fragilidades da atuação da ANTT nos procedimentos de verificação do cumprimento das metas de duplicação dos 10% e das anuais para fins de aplicação do fator “D”.

217. Se a colocação de dispositivos de proteção (defensas e barreiras) e de drenagem (sarjetas e valetas), que integram as obras de duplicação da rodovia e cujas rubricas constaram do EVTEA e do cálculo da tarifa-teto, não estão sendo implantados pela concessionária, não poderia a ANTT ter atestado essas obras de duplicação e respectivas melhorias.

218. Entendo que a utilização pela ANTT de projetos mais detalhados, tanto na fiscalização da execução das obras de ampliação de capacidade e obras de melhorias como no momento de aferição das metas duplicação de 10% da rodovia – indicador necessário ao início da cobrança do pedágio – e das metas anuais de ampliação de capacidade para aplicação do fator “D”, visa justamente facilitar o atesto desses projetos, o escopo, os parâmetros técnicos e os parâmetros de desempenho previstos contratualmente para essas obras e melhorias.

219. Por fim, lembro que o recebimento definitivo das obras continuará a ser executado com base no projeto executivo / “**as built**”, conforme disciplina os arts. 18 e 19 da Resolução-ANTT 1.187/2005.

220. Diante disso, acolho a determinação sugerida pela SeinfraRodovia com vistas a que seja esclarecido, na minuta do contrato, de forma inequívoca, que a conclusão das obras somente ocorre

quando o projeto executivo, apresentado pela concessionária e avaliado pela agência, estiver efetivamente implantado.

VIII.5

221. No tocante à determinação relativa à supressão do item (iii) da subcláusula 10.3.1 da minuta do contrato (alínea “bb” do item 551 da instrução de peça 28), a ANTT considera que esse item é essencial para disciplinar a conclusão da Frente de Serviços Operacionais e defende sua manutenção, excetuando a parte final (“..., incluindo os trechos com obras em andamento sob responsabilidade do Poder Concedente, identificadas no Termo de Arrolamento na ocasião da transferência dos bens”).

222. Considerando que o **caput** dessa subcláusula, transcrito a seguir, traz a redação em comento, não vejo necessidade da manutenção do item (iii).

“10.3.1 As obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER nos subitens Obras de Ampliação de Capacidade e Obras de Melhorias e da Frente de Serviços Operacionais deverão estar concluídas e em operação nos prazos e nas condições estabelecidas no PER, observados o Escopo, os Parâmetros Técnicos e os Parâmetros de Desempenho previstos”.

223. Assim, acolho essa determinação nos termos propostos pela unidade instrutiva.

VIII.6

224. Quanto à alínea “jj” do item 551 da instrução de peça 28, que trata da avaliação das alíquotas de ISSQN efetivamente praticadas pelos municípios limítrofes à BR-364/365/GO/MG previamente ao início da cobrança e anualmente, daí em diante, efetuando os reequilíbrios contratuais cabíveis; a ANTT defende manter a alíquota de 5% nos EVTEAs, ajustando-se anualmente a diferença de acordo com a Resolução-ANTT 675/2004, que dispõe sobre as revisões ordinárias da Tarifa Básica de Pedágio nas concessões rodoviárias federais.

225. Argumenta a agência que a experiência tem mostrado que as alíquotas convergem rapidamente para os 5% (alíquota teto prevista na Lei Complementar 116/2003) após a concessão entrar em operação.

226. A ANTT entende, equivocadamente, que a área técnica do Tribunal teria determinado a necessidade de se avaliar previamente as alíquotas de ISSQN praticadas pelos municípios limítrofes, de forma que seu montante seja previsto desde a fase de EVTEA. Não é o caso. A instrução apenas apontou que as alíquotas praticadas pelos municípios atravessados pela BR-364/365/GO/MG praticam alíquotas por vezes inferiores a 5% e que isso demandará ajustes que, via de regra, não vem sendo feitos pela ANTT.

227. A determinação em questão deverá ser implementada a partir do início da cobrança de pedágio e não no EVTEA, ou seja, não se pretende alterar a alíquota de 5% utilizada no EVTEA.

228. Na prática, o que se pretende é que, antes do início da cobrança do pedágio, a ANTT avalie as alíquotas de ISSQN e efetue os reequilíbrios contratuais cabíveis, ou seja, o início da cobrança do pedágio será com base na alíquota média ponderada efetivamente cobrada pelos municípios limítrofes da rodovia.

229. Considerando que essa determinação será efetivamente atendida antes do início da cobrança do pedágio, ou seja, após a publicação do edital da concessão e da própria celebração do contrato, a determinação deve ser no sentido de que a ANTT defina, no PER e na minuta do contrato, cláusula estabelecendo que as alíquotas de ISSQN efetivamente praticadas pelos municípios limítrofes à BR-364/365/GO/MG deverão ser avaliadas previamente ao início da cobrança do pedágio e anualmente, daí em diante, efetuando os reequilíbrios contratuais cabíveis.

VIII.7

230. No tocante à determinação relativa ao Fator “Q” – indicador de qualidade que avalia os parâmetros de disponibilidade da rodovia (ID) e de nível de acidentes com vítimas na rodovia (IA) –, (alínea “kk”), embora a ANTT não tenha vislumbrado óbices ao atendimento dessa determinação, considero importante destacar que a SeinfraRodovia tratou a questão com bastante pertinência.

231. A análise da unidade instrutiva demonstrou, com base em dados fornecidos pela própria agência, que a concepção atual do Fator “Q” embute riscos de grandes majorações tarifárias sem qualquer contrapartida de serviços que excedam as obrigações contratuais. Assim, com fundamento na necessidade de que o equilíbrio econômico-financeiro contratual seja preservado, nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, se faz imperativo que a ANTT reavalie o Fator “Q”, inclusive quanto à sua própria manutenção ou exclusão.

232. Dessa forma, acompanhando na essência a proposta da SeinfraRodovia, cabe determinar à ANTT que reavalie o Fator “Q” da minuta do contrato de modo que sua fórmula de cálculo leve em consideração, minimamente, as características apontadas nos subitens da proposta de determinação constante da alínea “kk” do item 551 da instrução dessa unidade técnica, reproduzida no relatório precedente.

IX

233. Em relação ao último tópico do exame técnico (avaliação dos custos operacionais), a análise da SeinfraRodovia resultou na proposição de uma determinação à ANTT (alínea “mm” do item 551 da instrução de peça 28, transcrita no relatório precedente), relacionada à exigência de implantação e manutenção de aceiros ao longo da vigência contratual, a qual anuo nos termos propostos pela unidade instrutiva.

X

234. Finalizando, resalto a importância do trabalho realizado pelo Tribunal, em procedimento delineado pela legislação, no que se refere às outorgas de concessões rodoviárias, o que tem contribuído sobremaneira para o aprimoramento do sistema rodoviário brasileiro, em benefício da infraestrutura do País, da redução do “custo Brasil” e, principalmente, dos usuários das rodovias, que passam a ter melhor segurança e conforto no tráfego rodoviário.

235. Não poderia deixar de registrar os cumprimentos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRodovia) pela celeridade, acuidade no exame da documentação, preparo técnico, senso de interesse público e, especialmente, pela profundidade e assertividade das propostas de encaminhamento, que contribuirão para o aprimoramento deste e dos vindouros processos de outorga de concessão para exploração de rodovia.

236. Registro, também, agradecimentos aos técnicos da ANTT pelo alto nível das discussões e pelo empenho com que atuaram nas reuniões com meu Gabinete.

237. Conforme visto neste voto, além de ratificar a quase totalidade das propostas da unidade técnica especializada, acrescentei determinação à ANTT para que, previamente à publicação do edital de licitação da concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG, avalie se as mudanças ocorridas na concepção dessa concessão se inserem na obrigatoriedade de realizar novas audiências públicas, tendo em vista especialmente os arts. 2º, inciso IV, 7º, inciso II, e 9º, parágrafo único, da Resolução-ANTT 3.705/2011.

238. Considerando a pertinência das determinações a serem atendidas antes da publicação do edital da presente concessão (subitem 9.2 do acórdão que vier a ser prolatado), incluí comando no

sentido que a ANTT aplique aos futuros processos concessórios de rodovias, quando couber, essas determinações.

239. Diante de todo o exposto, endosso a proposta da SeinfraRodovia de aprovar com ressalvas o primeiro estágio de fiscalização da outorga de concessão do trecho da rodovia BR-364/365/GO/MG, condicionando a publicação do instrumento convocatório à correção das falhas ou impropriedades detectadas nos presentes autos.

240. Tendo em vista que compete ao Ministério Público da União (MPU), nos termos da alínea “c” do inciso VII do art. 6º da Lei Complementar 75/1993, a proteção dos interesses coletivos relativos ao consumidor, encaminho a este órgão cópia da decisão que vier a ser prolatada.

Assim, Voto no sentido de que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em tagDataSessao.

JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator