

VOTO

Examinando os embargos de declaração opostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) ao Acórdão 943/2016-Plenário, que aprovou, com ressalvas, o primeiro estágio do acompanhamento do processo de outorga da rodovia BR-364/365/GO/MG, expediu diversas determinações e recomendações à ANTT, quatro recomendações à ANTT e ao Ministério dos Transportes, e deu ciência à essa autarquia sobre três irregularidades verificadas nos autos.

2. Preliminarmente, os presentes embargos devem ser conhecidos, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, e, no mérito, acolhidos parcialmente, nos termos que explico neste voto.

3. Conforme se verifica pela leitura da peça recursal, constante do relatório precedente, as alegadas obscuridades e contradições estariam restritas às determinações constantes dos subitens 9.2.20, 9.2.24 e 9.2.25 da decisão atacada.

4. No tocante ao primeiro desses subitens – “*determinar à ANTT que, previamente à publicação do edital de concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG, 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 (itens 326-340 da instrução de peça 28 e subtópico VII.7 do voto que fundamenta este acórdão);*” (grifou-se) – insurge a autarquia contra a parte final da determinação, grifada acima. Alega a embargante que “...a simples obrigação genérica, sem qualquer parâmetro objetivo, num contrato de concessão de 30 anos, finda por estabelecer risco aos participantes do certame, que certamente haverão de ampliar os lances ofertados em face da ausência de base para precificar o conteúdo de sua obrigação - afinal, qualquer futuro representante do poder concedente poderia exigir, a partir dessa norma, a implantação de retornos em nível adicionais, às expensas da concessionária.”

5. Defende a agência que a indicação de que retornos em nível adicionais aos previstos pelo Programa de Exploração Rodoviária (PER) consistiria em admitir obrigações implícitas e imprevisíveis, elevando o risco do certame e criando desnecessária subjetividade na elaboração das propostas no mesmo, o que caracteriza a obscuridade da determinação.

6. Em sua peça, a ANTT defende que a insuficiência de retornos para as concessões da 3ª etapa não decorre de problemas de projeto, mas contraditoriamente afirma que o Manual de Interseções do Dnit prevê que se deva fixar “distâncias adequadas entre os retornos” com base em “locais potenciais de acessos (**verificadas na fase do projeto**)” (grifou-se).

7. Ora, se a localização dos retornos em nível deveria ocorrer na fase de projeto e o anteprojeto limitou-se a relacionar as melhorias previamente definidas no PER como indicou a ANTT, não resta dúvida que a irregularidade relacionada à insuficiência de retornos para as concessões da 3ª etapa está relacionada à dispensa de apresentação de projeto de duplicação das pistas previamente ao início das obras.

8. Nesse sentido, se a empresa tivesse apresentado um projeto de duplicação das pistas e este estivesse de acordo com as boas técnicas em termos de engenharia, não poderia resultar em longos trechos de duplicação sem qualquer dispositivo de retorno (em nível ou em desnível).

9. Não se pode admitir que somente depois de concluídos trechos de duplicação de pistas é que se tenha constatado a insuficiência dos dispositivos “em virtude de sucessivas reclamações de

usuários das rodovias concedidas, que demandavam intervalos menores de retornos do que aqueles previstos no PER”, uma vez que inerente à elaboração de um projeto de duplicação.

10. A concessionária, na elaboração de um projeto de duplicação de pistas, não pode deixar de prever dispositivos de retorno em quantidade suficiente para atender às necessidades da rodovia; se os dispositivos em desnível estavam limitados às quantidades estabelecidas no PER, notadamente insuficientes no caso tratado no TC 025.311/2015-8 (processo que examina a inclusão de retornos em nível nos contratos de concessão rodoviária da 3ª Etapa), deveria complementar o projeto de duplicação com os retornos em nível que fossem necessários.

11. O mesmo raciocínio aplica-se à situação tratada no acórdão embargado, com a diferença de que o número de retornos em desnível previsto no PER – 1 a cada 5 km e mais estoque de 8 (oito) retornos –, de acordo com a ANTT, já seria suficiente.

12. Ainda assim, se durante a elaboração dos projetos de duplicação das pistas, verificar-se a necessidade de novos dispositivos de retorno em desnível que excedam as quantidades daqueles previstos no PER, de modo a se adequar às boas técnicas em termos de engenharia e ao previsto no Manual de Interseções do Dnit, é dever da concessionária prever em projeto e executá-los, de modo que a ocorrência de pagamentos adicionais à concessionária deve ser regada pelo contrato de concessão.

13. Já a determinação ora embargada tem como objeto **os retornos em nível que podem ser necessários em razão da duplicação da rodovia**. Logo, a segunda parte da determinação busca prevenir situações em que se deixa de prever os retornos em nível na fase de elaboração dos projetos de duplicação das pistas, **de acordo com as boas técnicas em termos de engenharia**, para que sejam incluídos posteriormente por meio de aditivos contratuais.

14. A precificação dos retornos em desnível nos estudos deverá ser realizada com base no diagnóstico feito por ocasião da elaboração dos estudos de viabilidade, que poderá conter imprecisões, uma vez que o número final necessário será conhecido somente **na fase de elaboração do projeto de duplicação das pistas**.

15. A necessidade de retornos em nível adicionais com vistas a cumprir as boas técnicas em termos de engenharia na fase de elaboração do projeto de duplicação de pistas é um risco comum e usual do negócio, que não deve ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, visto que inerente ao projeto de engenharia, que por vezes resultará em quantidades e premissas distintas daquelas assumidas nos estudos de viabilidade de uma concessão.

16. Importante ressaltar que esse risco, no presente caso, está mitigado em decorrência dos seguintes pontos:

16.1. próprio quantitativo de retornos em desnível previstos no PER, 1 a cada 5 km e mais 8 retornos de estoque, sendo que esse estoque já está incluso no valor na tarifa teto (extensão de 5 km, custo unitário de R\$ 2.333.496,91/km, alocados do 6º ao 10º ano, totalizando R\$ 11.667.484,57);

16.2. o PER estabelecer, no subitem 3.2.5.2 – Parâmetros Gerais, que os retornos em nível existentes deverão ser fechados pela concessionária, mediante prévia aprovação da ANTT, e que não será necessário o fechamento dos retornos em nível, nos casos em que: i) os retornos em nível apresentem condições de geometria de segurança de acordo com as normas do DNIT, considerando alguns parâmetros; e ii) a ANTT não aprove seu fechamento.

17. A eventual necessidade de outros retornos, em nível ou em desnível, que não poderiam ser **previstos na fase de elaboração dos projetos de duplicação de pistas** ou decorrentes de alteração da concepção inicialmente prevista (por exemplo, poder concedente altera a concepção e entende que os retornos deverão ser 1 a cada 2,5 km), não se enquadram no disposto na parte final da determinação em análise. Em tais casos, necessária recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

18. Cumpre destacar, também, que a implantação de retornos em nível adicionais não resulta apenas da “avaliação do poder concedente”, mas deve ser definida a partir de um projeto de duplicação de pistas elaborado pela própria concessionária e avaliado pela concedente, cujo objetivo deve ser dotar a rodovia de condições para prestar serviço adequado ao usuário, nos termos legais.

19. Diante do exposto, em relação à parte final da determinação constante do subitem 9.2.20 do Acórdão 943/2016-Plenário, os embargos devem ser acolhidos parcialmente para integrar a decisão recorrida, esclarecendo à ANTT que:

i) a necessidade de retornos em nível adicionais com vistas a cumprir as boas técnicas em termos de engenharia **na fase de elaboração do projeto de duplicação de pistas** é um risco comum e usual do negócio, que não enseja o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, visto que inerente ao projeto de engenharia, que por vezes resultará em quantidades e premissas distintas daquelas assumidas nos estudos de viabilidade de uma concessão;

ii) nos presentes autos, esse risco está mitigado em decorrência do próprio quantitativo de retornos em desnível previstos no PER, 1 a cada 5 km e mais 8 retornos de estoque, sendo esse estoque já está incluso no valor na tarifa teto, e de o PER estabelecer, no subitem 3.2.5.2 – Parâmetros Gerais, que os retornos em nível existentes deverão ser fechados pela concessionária, mediante prévia aprovação da ANTT, e que não será necessário o fechamento dos retornos em nível, nos casos em que os tais retornos apresentem condições de geometria de segurança de acordo com as normas do DNIT, considerando alguns parâmetros, e a ANTT não aprove seu fechamento;

iii) a eventual necessidade de outros retornos, em nível ou em desnível, **que não poderiam ser previstos na fase de elaboração dos projetos de duplicação, de acordo com as boas técnicas em termos de engenharia**, ou decorrentes de alteração da concepção inicialmente prevista (por exemplo, poder concedente altera a concepção e entende que os retornos deverão ser 1 a cada 2,5 km), não se enquadram no disposto na parte final da determinação em análise. Em tais casos, necessária recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

20. Quanto ao segundo subitem do acórdão embargado, determinar à ANTT que, previamente à publicação do edital de concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG: *“9.2.24. esclareça, na minuta do contrato, que a assunção da rodovia por parte da concessionária não se limita aos bens que constam do termo de arrolamento e transferência de bens, mas abrange todo o sistema rodoviário, sob responsabilidade da União e de seus entes, concedido (itens 371-378 da instrução de peça 28 e subtópico VIII.1 do voto que fundamenta este acórdão);”*, alega a autarquia contradição e obscuridade na abrangência do termo “sistema rodoviário”.

21. Argumenta a ANTT que a essa determinação aparenta entrar em contradição com o disposto no Voto Condutor, que alarga o sentido desse dispositivo para alcançar obrigações sobre bens de “terceiros” (viaduto de mineradora e passarela que não seria do DNIT citados como exemplos no voto).

22. Acrescenta o embargante que o voto menciona duas modalidades de obrigações – sinalização e implantação de telas de proteção – que, no entanto, tampouco oferecem balizas objetivas para que potenciais interessados possam avaliar e oferecer propostas fundadas no conteúdo de suas obrigações.

23. Quanto aos exemplos destacados no embargo - viaduto construído por mineradora e passarela que não seria do Dnit - que se baseiam em situações concretas observadas no TC 014.731/2015-0 (representação com pedido de medida cautelar contra o início da cobrança de pedágio na BR-040/DF/GO/MG, em virtude do suposto descumprimento, por parte da Concessionária BR 040 S.A., de obrigações estabelecidas no PER, relativas à conclusão dos trabalhos iniciais, o que desautorizaria a cobrança, nos termos do contrato de concessão celebrado), os dispositivos de

sinalização e de segurança não visam beneficiar o patrimônio de terceiros, mas garantir serviço adequado para os usuários da rodovia e, portanto, são de obrigação da concessionária.

24. Em relação à sinalização, tendo em vista que o PER estabelece expressamente, em diversas passagens (peça 4, p. 14, 15, 18 e 20), conforme transcrito a seguir, que a recomposição da sinalização da rodovia, inclusive quanto a existências de acessos particulares e de postos de gasolina (que também são de propriedade de terceiros), é responsabilidade da concessionária, não há que se falar em restringir essa responsabilidade, pois os elementos de sinalização estão objetivamente balizados para a avaliação dos potenciais interessados na concessão.

“Escopo de Trabalhos Iniciais

1. Recomposição da sinalização, com recuperação, substituição e adição de dispositivos, de modo que toda a sinalização de regulamentação e advertência esteja completa e em boas condições, em perfeito atendimento às determinações do CTB, DNIT e resoluções do CONTRAN, inclusive nos acessos particulares.

2. Substituição de placas de sinalização vertical e aéreas danificadas ou ilegíveis.

3. Reparação de todos os trechos que apresentam ausência ou insatisfatoriedade de sinalização horizontal, incluindo faixas de bordo e eixo, zebados e escamas e tachas retrorrefletivas, assim como dos trechos com ausência ou insatisfatoriedade de sinalização vertical de advertência e regulamentação.

...

8. Recomposição da sinalização vertical, com adição, recuperação e substituição de dispositivos danificados ou removidos (placas de regulamentação de velocidade, regulamentação de sentido, regulamentação de gabarito, regulamentação de ultrapassagem, placas de advertência de curvas, placas de advertência de gabarito, quando for o caso, balizadores/delineadores de curvas, marcadores de alinhamento, marcos quilométricos, sinalização indicativa nos acessos).

...

Escopo Recuperação

1. Implantação das sinalizações verticais complementares do tipo educativas e de indicação, e complementação da implantação de defensas, barreiras de segurança e atenuadores de impacto necessários ao longo de toda a rodovia, inclusive com a substituição e adequação às normas mais atualizadas de dispositivos pré-existentes.

...

5. Implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m² de placas educativas/indicativas por quilômetro, com destaque para os serviços prestados ao longo da rodovia, tais como postos de abastecimento de combustível.

...

3.1.3 Obras de arte especiais

Escopo de Trabalhos Iniciais

Aferição dos gabaritos de todos os viadutos, passarelas de pedestres e passagens inferiores da rodovia e implantação de placas de sinalização de regulamentação e advertência correspondente, de acordo com o CTB e o Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito do CONTRAN.

...

PARÂMETRO DE DESEMPENHO

Viadutos, passarelas de pedestres e passagens inferiores com placas de sinalização, com indicação do gabarito vertical de passagem.” (grifou-se).

25. Quanto aos elementos de segurança, tomando como exemplo um poste de energia, se ele estiver a menos de três metros do acostamento, ainda que tenha sido instalado por uma prefeitura ou uma empresa particular, deverá ser protegido por uma defesa, como prevê o PER nos subitens 3.1.2 Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança; 3.3 – Frente de Conservação; e 3.3.2 Elementos de proteção e segurança, conforme trechos transcritos a seguir (peça 4, p. 14, 15 e 49).

“Escopo de Trabalhos Iniciais

Execução de reparos ou substituição dos dispositivos de segurança – como defensas, dispositivos antiofuscantes, atenuadores de impacto e barreiras rígidas de concreto do tipo New Jersey – em mau estado, desconformes ou que ponham em risco os usuários, sendo igualmente necessário implantar novas defensas e barreiras, priorizando curvas acentuadas, trechos sinuosos e locais com desníveis laterais acentuados, com base na aprovação do plano de ação dos Trabalhos Iniciais.

...

Escopo Recuperação

Implantação das sinalizações verticais complementares do tipo educativas e de indicação, e complementação da implantação de defensas, barreiras de segurança e atenuadores de impacto necessários ao longo de toda a rodovia, inclusive com a substituição e adequação às normas mais atualizadas de dispositivos pré-existent.

...

3.3.2 Elementos de proteção e segurança

Escopo: conservação da sinalização horizontal, vertical e aérea (incluindo tachas e tachões retrorrefletivos, balizadores e delineadores), e dos variados dispositivos de segurança, tais como defensas metálicas, barreiras de concreto, dispositivos antiofuscantes e atenuadores de impacto. Todos os demais serviços necessários para atender às normas aplicáveis, aos manuais do DNIT e à regulamentação da ANTT.” (grifou-se).

26. A responsabilidade por uma intervenção de cunho estrutural é mais controversa, como no caso de viaduto construído por mineradora ou eventualmente por um município. Entende-se que a concessionária tem uma obrigação objetiva em relação àquele dispositivo uma vez que deve assegurar serviço adequado aos usuários da rodovia, ainda que a titularidade seja de particular ou de outro ente.

27. Assim, se aquela estrutura, por algum motivo, estiver em estado de ruína e comprometer a prestação de serviço adequado ao usuário da rodovia, a concessionária deverá ser acionada para resolver o problema, ainda que posteriormente venha a acionar o proprietário para receber os valores despendidos por sua atuação. A ANTT demonstra opinião semelhante, conforme trecho de sua peça recursal:

Quaisquer outras obrigações além da sinalização expressamente prevista no PER deveriam ser suportadas pelo proprietário do bem, sem prejuízo da responsabilidade de a concessionária tomar as medidas cabíveis, inclusive judiciais, para provocar sua atuação ou até mesmo tomar as medidas emergenciais cabíveis com direito a regresso. (grifou-se)

28. Nota-se, entretanto, que ANTT propõe limitar a atuação da concessionária apenas a elementos de sinalização, solução que não é razoável pois não atende ao conceito de “serviço adequado”, pois deixaria de lado, por exemplo, as defensas e telas de proteção que são elementos indispensáveis à segurança dos usuários.

29. Assim, se a prestação de serviço adequado envolver a atuação em bens de terceiros, existe uma obrigação objetiva da concessionária, não limitada à sinalização, que em alguns casos poderá ser resolvida provocando-se a atuação do responsável judicialmente ou, em outros casos, mediante adoção

de medidas emergenciais com direito a regresso. A prestação de serviço adequado será balizadora dessa atuação.

30. Entretanto, considerando que esse tema foi enfrentado nestes autos, quando da análise dos sistemas elétricos e de iluminação, conforme itens 107 a 119 do voto que fundamentou o Acórdão 943/2016-Plenário e subitem 6.2.10 dessa decisão, entendo que solução semelhante pode ser adotada no caso dos elementos indispensáveis à segurança dos usuários.

31. Dessa forma, também em relação subitem 9.2.24 do Acórdão 943/2016-Plenário, os embargos devem ser acolhidos parcialmente para integrar a decisão recorrida, esclarecendo à ANTT que os vícios apontados relacionados aos elementos indispensáveis à segurança dos usuários podem ser saneados com a indicação, no PER, com a consequente consideração nos estudos de viabilidade técnico-econômica, dos atores responsáveis pelos elementos indispensáveis à segurança dos usuários já existentes na rodovia a ser concedida e, também, aqueles cuja implantação se fazem necessários, bem como dos atores que se encarregarão de sua posterior manutenção, deixando a cargo da concessionária aqueles elementos necessários à prestação de serviço adequado, independentemente de constar do termo de arrolamento de bens.

32. Por fim, em relação ao terceiro subitem do acórdão embargado, determinar à ANTT que, previamente à publicação do edital de concessão da rodovia BR-364/365/GO/MG: “9.2.25. estabeleça, no PER e na minuta do contrato, que as concessionárias deverão apresentar os projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras (itens 380-395 da instrução de peça 28, e subtópico VIII.3 do voto que acompanha este acórdão);”, a ANTT alega contradição em relação à “análise prévia de projeto executivo” existente entre o disposto nesse subitem e trecho constante do voto que o fundamenta, que no seu entender, não apenas a apresentação dos projetos a que se refere o Acórdão seria necessária, mas também a “adequada análise do projeto por parte da ANTT”.

33. Originalmente, a minuta de contrato do processo de concessão da Rodovia BR-476/153/282/480/PR/SC (Rodovia do Frango) previa que as obras fossem iniciadas apenas com anteprojeto:

“6.2 Como condição para execução das obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço e da Frente de Serviços Operacionais previstas no PER, a Concessionária deverá encaminhar o anteprojeto à ANTT, com Anotação de Responsabilidade Técnica, garantindo que o anteprojeto está de acordo com as normas técnicas vigentes, e obter a não objeção da ANTT, nos termos desta subcláusula”.

34. Em razão do subitem 9.2.20 do Acórdão 283/2016-Plenário, TC 023.298/2015-4 (processo de concessão da Rodovia do Frango), cuja redação é idêntica ao do subitem 9.2.25, objeto da presente análise, a nova minuta de contrato do citado processo de concessão alterou tal dispositivo, exigindo a apresentação dos projetos previamente ao início das obras, mas permitindo a análise somente com base no anteprojeto para a primeira meta anual:

“6.2 Para execução das obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Manutenção do Nível de Serviço e da Frente de Serviços Operacionais previstas no PER, a Concessionária deverá obter a não objeção da ANTT, na forma prevista nesta cláusula.

6.2.1 Para a primeira meta anual prevista no PER, a Concessionária deverá apresentar anteprojeto, no prazo de 3 (três) meses contados da data de assinatura do Contrato.

(i) A apresentação dos anteprojetos não exime a Concessionária da obrigatoriedade da entrega dos projetos executivos previamente ao início das obras, mas estes não serão objeto de análise prévia pela ANTT.

6.2.2 Para as demais metas anuais previstas no PER, a Concessionária deverá apresentar projetos executivos com antecedência mínima de 2 (dois) meses da data de início da execução das obras.

6.2.3 A ANTT deverá manifestar-se sobre os respectivos documentos no prazo máximo de 2 (dois) meses a contar da apresentação pela Concessionária. Caso a ANTT não se manifeste durante este prazo, os anteprojetos ou projetos executivos serão considerados sem objeção, podendo ser iniciada a obra ou serviço.” (grifou-se).

35. Considero que a nova versão do PER atende à determinação no que tange à apresentação dos projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras.

“9.2.25. estabeleça, no PER e na minuta do contrato, que as concessionárias deverão apresentar os projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras (itens 380-395 da instrução de peça 28, e subtópico VIII.3 do voto que acompanha este acórdão);”.

36. Por outro lado, concordo que o pressuposto lógico colocado no Voto condutor do Acórdão embargado de avaliar o projeto executivo disponibilizado previamente ao início das obras, ante os prazos fixados no PER, fica prejudicada para a primeira meta anual de duplicação.

37. Assim, diante do exposto, os embargos relativos ao subitem 9.2.25 do Acórdão 943/2016-Plenário devem ser acolhidos parcialmente para integrar a decisão atacada, esclarecendo à ANTT que:

i) a não-objeção para a primeira meta anual prevista no PER (obras a serem executadas antes do início da cobrança de pedágio) será dada com base no anteprojeto apresentado pela concessionária no prazo de 3 (três) meses contados da data de assinatura do Contrato;

ii) a concessionária deverá apresentar os projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras;

iii) para as demais metas anuais previstas no PER, a concessionária deverá apresentar projetos executivos com antecedência mínima de 2 (dois) meses da data de início da execução das obras;

iv) a ANTT deverá manifestar-se sobre os respectivos documentos no prazo máximo de 2 (dois) meses a contar da apresentação pela concessionária. Caso a ANTT não se manifeste durante este prazo, os anteprojetos ou projetos executivos serão considerados sem objeção, podendo ser iniciada a obra ou serviço;

v) a nova versão do PER constante dos autos do processo de concessão da Rodovia do Frango, (TC 023.298/2015-4), resultante do atendimento ao subitem 9.2.20 do Acórdão 283/2016-Plenário, cuja redação é idêntica ao do subitem 9.2.25, objeto da presente análise, atende à determinação no que tange à apresentação dos projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras.

38. Com base nas considerações expostas, conclui-se que cabe acolher parcialmente os presentes embargos de declaração para integrar a decisão recorrida, saneando os vícios apontados pela ANTT com os elementos de esclarecimentos constantes deste voto, em especial os dos itens 19, 31 e 37.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que seja adotado o acórdão que submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de junho de 2016.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES



Relator