

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 028.343/2017-4

Natureza: Desestatização

Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)

Representação legal: Paulo Sergio Bezerra dos Santos (CPF 010.863.727-19), representando Agência Nacional de Transportes Terrestres (peça 58).

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). ACOMPANHAMENTO. PRIMEIRO ESTÁGIO DE CONCESSÃO DO LOTE RODOVIÁRIO DENOMINADO RODOVIA DE INTEGRAÇÃO DO SUL – RIS (BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS E BR-448/RS). ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICA E AMBIENTAL (EVTEA). APROVAÇÃO DO PRIMEIRO ESTÁGIO COM RESSALVAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CONSTITUIÇÃO DE PROCESSO APARTADO PARA ACOMPANHAMENTO DE PARTE DAS DETERMINAÇÕES. CONTINUIDADE DO ACOMPANHAMENTO DO SEGUNDO ESTÁGIO.

RELATÓRIO

Tratam os autos de acompanhamento do primeiro estágio de desestatização, relativo à concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do Sul (RIS), composto pelas rodovias BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS, segundo o rito da Instrução Normativa-TCU 46/2004.

2. Tal 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.

3. Transcrevo, com ajustes de forma, a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (peça 47) e acolhida pelo corpo dirigente da referida unidade instrutora (peça 48), mantidos os destaques do original:

“INTRODUÇÃO

Cuida-se de processo de fiscalização, nos termos da Instrução Normativa TCU 46/2004, incidente sobre a concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do Sul (RIS), composto pelas rodovias BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS. Tal 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.

Visão geral do objeto e sua importância socioeconômica

2. A concessão das rodovias BR-101/290/386/448/RS representa a delegação da prestação do serviço público de exploração da infraestrutura rodoviária, do Poder Concedente à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. No caso da presente concessão, o prazo escolhido foi de 30 anos, prorrogável por até 30 anos.

3. Segundo o Programa de Exploração da Rodovia – PER (peça 8), o segmento a ser concedido possui a extensão total de 473,4 km, distribuídos conforme o quadro abaixo:

Quadro 1: Distribuição do segmento a ser concedido

Rodovia	Extensão (km)	Início	Término
BR-101	87,9	Divisa SC/RS (Rio Mampituba)	Entroncamento BR- 290(A) (Osório)
BR-290	98,1	Entroncamento BR- 101(A) (Osório)	Ilha do Pavão
BR-386	265,8	Entroncamento BR- 285/377(B) (para Passo Fundo)	Entroncamento BR- 470/116(A) (Canoas)
BR-448	21,6	Entroncamento BR- 116/RS-118	Entroncamento BR- 290/116

Fonte: Programa de Exploração da Rodovia

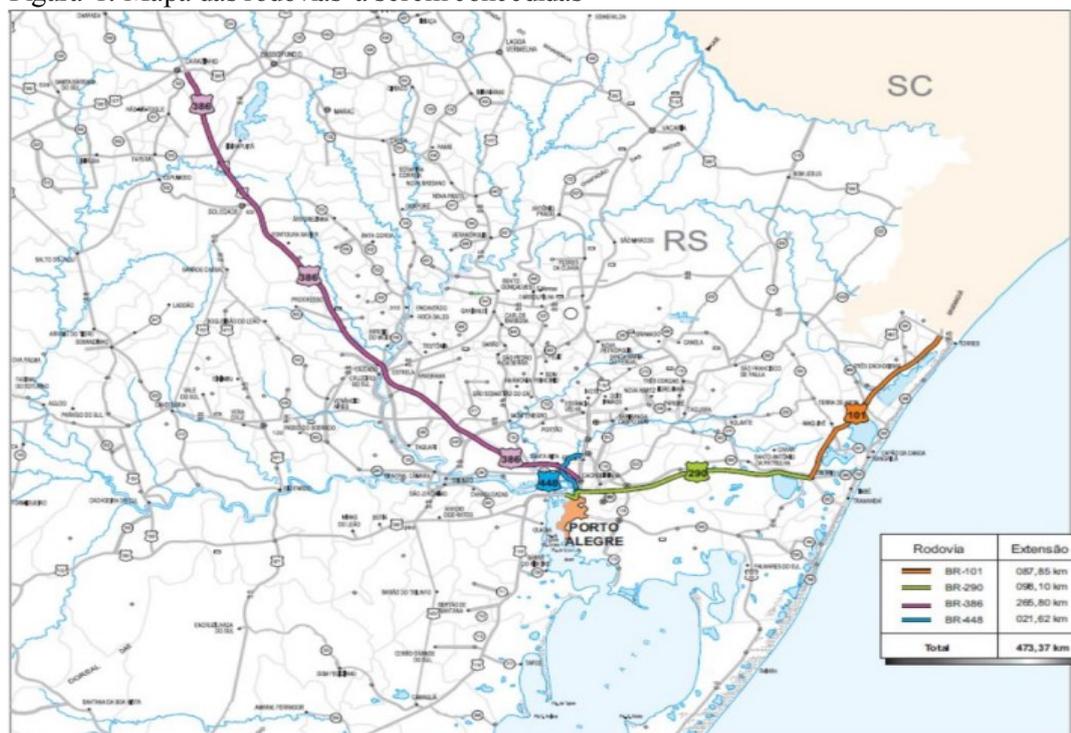
4. De acordo com o Plano de Outorga apresentado (peça 9), a rodovia BR-290/RS, no segmento entre Porto Alegre e Osório, é um dos trechos de rodovias delegados pela União à iniciativa privada durante a 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, na década de 90, cujo contrato expirou em julho do presente ano, tendo sido prorrogado até 4 de julho de 2018. Assim, a decisão de realização de nova concessão para esta rodovia tem como objetivo ‘assegurar a continuidade e ampliação dos investimentos na sua infraestrutura e nos seus acessos’.

5. No km 93, a BR-290/RS intercepta a BR-448, configurando-se como uma via expressa que foi projetada para aliviar o intenso fluxo de veículos da BR-116/RS, que é a rodovia federal no estado do Rio Grande do Sul com o maior volume de veículos, onde trafegam cerca de 120 mil veículos todos os dias, passando pelas cidades de Canoas, Esteio, Sapucaia do Sul, São Leopoldo e Novo Hamburgo.

6. Quanto à BR-101/RS, esta faz parte do grande eixo de integração Norte – Sul, que atravessa grande parte do litoral brasileiro. Com 87,9 km de extensão, o trecho a ser concedido liga a divisa de Santa Catarina com o Rio Grande do Sul até a BR-290/RS em Osório.

7. Por último, o trecho de 265,5 km da BR-386/RS previsto para ser concedido, entre os municípios de Canoas e Carazinho, constitui uma região com intensa produção agrícola e com rota de escoamento para Porto Alegre e o Porto de Rio Grande. A figura a seguir traz o mapa dos 473,4 km da rodovia a ser licitada (peça 9, p. 5).

Figura 1: Mapa das rodovias a serem concedidas



Fonte: Plano de outorga

Dos investimentos, custos operacionais, tarifas de pedágio e receitas estimadas

8. O montante total estimado para os investimentos previstos ao longo dos 30 anos de concessão, conforme as premissas e resultados apresentados nos Estudos de Engenharia e Modelo Operacional, soma R\$8,5 bilhões (peça 9, p. 17):

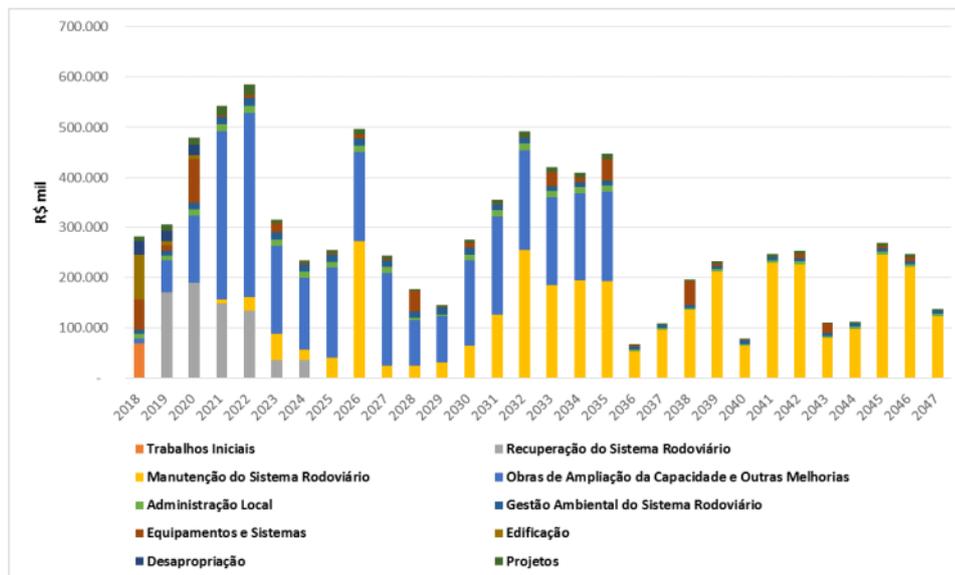
Tabela 1: Investimentos previstos nas rodovias durante os 30 anos

Item	Custo Total (R\$)	Custo Médio (R\$/km)
Trabalhos Iniciais/Recuperação	782.376.899,12	1.652.746,00
Manutenção	3.293.724.924,66	6.957.887,80
Ampliação e Melhorias	3.036.043.936,52	6.413.545,01
Demais Investimentos	1.400.615.124,92	2.958.754,33
Total	8.512.760.885,22	17.982.933,13

Fonte: Plano de Outorga. Referência: setembro de 2016

9. A distribuição destes investimentos ao longo dos 30 anos de concessão está disposta na figura a seguir. Nota-se que as obras de ampliação de capacidade estão distribuídas ao longo dos 18 primeiros anos de concessão, adotando-se modelo distinto das concessões anteriores, em que os principais investimentos estavam alocados no início da concessão.

Figura 2: Distribuição estimada dos investimentos ao longo dos 30 anos de concessão



Fonte: Estudos de Viabilidade. Volume 4. Estudos econômico-financeiros

10. Já os custos e despesas operacionais foram estimados inicialmente pelos estudos de viabilidade em R\$ 5,9 bilhões, compreendendo os dispêndios necessários para o desenvolvimento das atividades de exploração da rodovia.

Tabela 2: Custos operacionais previstos nas rodovias durante os 30 anos

Item	Custo Total (R\$)	Custo Médio (R\$/km)
Administração	848.333.513,89	1.792.077,22
Conservação	1.583.567.679,88	3.345.235,71
Arrecadação	782.054.972,10	1.652.065,93
Demais Itens	2.720.786.118,19	5.747.573,02
Total	5.934.742.284,06	12.536.951,89

Fonte: Plano de Outorga. Referência: setembro de 2016

11. Em decorrência destes custos e investimentos, caberá ao usuário do serviço público o recolhimento de tarifa de pedágio, que ocorrerá por meio do sistema de cabines de cobrança, em sete locais distintos, conforme o quadro a seguir.

Quadro 2: Localização das Praças de Pedágio

Praças	Rodovia	km	Município
--------	---------	----	-----------

Praças	Rodovia	km	Município
P1	BR-101	35,20	Três Cachoeiras
P2	BR-290	19,43	Santo Antônio da Patrulha
P3	BR-290	59,00	Gravataí
P4	BR-386	424,30	Montenegro
P5	BR-386	374,70	Paverama
P6	BR-386	260,10	Fontoura Xavier
P7	BR-386	203,50	Victor Graeff

Fonte: Estudos de Viabilidade – Volume 3. Modelo Operacional

12. As tarifas de pedágio previstas inicialmente, para veículos de classe 1 (automóvel, caminhão, caminhonete e furgão) foram de R\$ 7,48 por praça de pedágio. As tarifas para as demais classes de veículos são obtidas a partir de fatores multiplicativos, a depender do número de eixos dos veículos, conforme a tabela 3:

Tabela 3: Tarifas previstas inicialmente nas praças de pedágio

Classe	Fator	Tarifa por praça de pedágio
Classe 1 - Automóvel, caminhonete e furgão	1,0	R\$ 7,48
Classe 2 - Caminhão leve, ônibus, caminhão-trator e furgão	2,0	R\$ 14,96
Classe 3 - Automóvel e caminhonete com semirreboque	1,5	R\$ 11,22
Classe 4 - Cam., cam. trator, cam. trator com semirreb. e ônibus	3,0	R\$ 22,44
Classe 5 - Automóvel e caminhonete com reboque	2,0	R\$ 14,96
Classe 6 - Caminhão com reboque, cam. trator com semirreboque	4,0	R\$ 29,92
Classe 7 - Caminhão com reboque, cam. trator com semirreboque	5,0	R\$ 37,40
Classe 8 - Caminhão com reboque, cam. trator com semirreboque	6,0	R\$ 44,88
	7,0	R\$ 52,36
	8,0	R\$ 59,84
	9,0	R\$ 67,32
Classe 9 - Motocicletas, motonetas e bicicletas moto	0,5	R\$ 3,74
Classe 10 - Veículos oficiais e do Corpo Diplomático	-	R\$ -

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas [TPI_MEF_ANTT_V17_concessão1.xlsm]

13. Considerando a demanda de tráfego projetada ao longo dos 30 anos de concessão, os estudos de viabilidade previram uma taxa interna de retorno de 9,2% para o negócio, implicando uma receita bruta de R\$ 25,9 bilhões, de acordo com as informações do fluxo de caixa real.

Da elaboração dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA)

14. No tocante aos estudos de viabilidade, estes foram produzidos pela Triunfo Participações e Investimentos (TPI), e aprovados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC), conforme publicação do Diário Oficial da União, de 23 de dezembro de 2016.

15. Estes estudos foram contratados por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse Público – PMI, mecanismo previsto no Decreto 8.428, de 2 de abril de 2015, no qual o Poder Concedente pode solicitar à iniciativa privada projetos, levantamentos, investigações ou estudos a serem utilizados nas modelagens idealizadas pela Administração Pública Federal.

16. Entre os diversos interessados em elaborar os estudos da concessão da BR-101/290/386/448/RS (Edital de Chamamento Público nº 11/2015 – peça 10), o MTPAC recebeu apenas o produto elaborado pela TPI, que é a única acionista da concessão vigente da BR-290/RS, a cargo da Concepa (Concessionária da Rodovia Osório– Porto Alegre S.A.).

17. Segundo o Plano de Outorga, após a seleção dos estudos por meio do processo de PMI, foram realizados ajustes finais na modelagem da concessão, atividades que envolveram a participação de representantes da TPI, de uma Comissão de Seleção constituída por meio da

Portaria Ministerial nº 245/2015, da Comissão Permanente de Outorgas Rodoviárias – CPOR constituída por meio da Portaria Interministerial nº 2/2017, e da Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL.

18. Em que pesem os referidos ‘ajustes finais’, de fato, os estudos finais produzidos pela TPI foram objeto de uma série de revisões por parte dos gestores do MTPAC, da Secretaria Especial do Programa de Parceria em Investimentos (PPI), e da EPL. Por esta razão é que arquivos nomeados como ‘ERRATA’ acompanham os estudos produzidos pela TPI para cada um dos volumes do EVTEA.

Escopo das análises empreendidas por esta Unidade Técnica a respeito da concessão da BR-101/290/386/448/RS

19. O controle desta Corte de Contas sobre os processos de desestatização decorre do art. 71 da CF/88. Além disso, o art. 18, inciso VIII, da Lei 9.491/1997 prevê a apreciação dos processos de desestatização pelo Tribunal de Contas da União.

20. A fiscalização realizada, pelo TCU, nos novos processos de concessão busca avaliar a regularidade e a consistência dos estudos preparatórios à licitação, quando são fixadas a tarifa teto e as obrigações do vencedor da licitação, a exemplo dos investimentos a serem realizados e dos parâmetros de desempenho a serem observados na fase de execução contratual.

21. No âmbito desta Corte, a análise dos estudos é regulamentada pela Instrução Normativa 46/2004, que, em seu art. 3º, divide a fiscalização dos processos de desestatização de rodovias em cinco estágios.

22. Neste primeiro estágio, realiza-se a análise de parâmetros constantes do plano de outorga, do Programa de Exploração da Rodovia (PER), e do estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) disponíveis. Além disso, também são analisadas a minuta do edital e do contrato de concessão e a compatibilidade desses documentos com os aspectos econômicos e financeiros dos estudos.

23. Tradicionalmente, as unidades técnicas têm focado o controle sobre a justeza dos valores do serviço quantificado por cada EVTEA. A partir dos estudos de engenharia, das planilhas de modelos operacionais e estudos econômico-financeiros, o TCU tem contribuído com apontamento de oportunidades de melhoria dos estudos, que tem culminado na redução do valor da outorga, qual seja no valor da tarifa teto, anterior à licitação.

24. Todavia, as empresas vencedoras dos últimos leilões têm oferecido significativos deságios, tornando inócuos, do ponto de vista tarifário, os apontamentos do TCU referentes a ineficiências das premissas dos estudos. Supondo que o EVTEA inicial tenha apontado uma tarifa básica de pedágio (TBP) de R\$ 13,00/100km para determinada rodovia e que após a análise e determinações deste Tribunal este valor tenha se reduzido para R\$ 10,00/100km, se a proposta vencedora oferecer uma TBP de R\$ 7,00/100 km, os apontamentos do TCU relativos às inconsistências de custos serão de menor relevo e, vale dizer, é o que tem sido verificado na prática, com certames concorridos e deságios da ordem de 40 a 50%.

25. Por outro lado, durante a fase contratual é que têm sido observados graves problemas na prestação do serviço público. Merecem destaques os altos índices de inadimplemento contratual por parte das concessionárias, a inserção (sem licitação) de vultosas obras nos contratos e problemas relacionados ao desequilíbrio econômico-financeiro das avenças em desfavor dos usuários e da União.

26. Por esta razão, a análise do EVTEA, focada na redução de eventuais excessos de custos dos serviços estimados para a concessão, ao longo de trinta anos, tem se mostrado de baixa efetividade.

27. Com efeito, a partir destas constatações, optou-se por privilegiar, na presente fiscalização, os elementos estruturantes da minuta contratual que têm proporcionado, direta ou indiretamente, uma baixa eficiência do serviço público. Assim, foram avaliadas as cláusulas

contratuais referentes a mecanismos de aditamento para a inserção de obras e obrigações, bem como cláusulas atinentes às inexecuções contratuais (reequilíbrio, penalidades etc.).

28. Apesar desta priorização, conforme será visto ao longo desta instrução, a análise do EVTEA contribuiu com a redução de aproximadamente **R\$ 1,5 bilhão** em termos de investimentos e custos operacionais previstos inicialmente.

29. Ademais, foram realizadas análises de algumas cláusulas da minuta do edital de licitação, e foi analisado o cumprimento de recomendações/determinações feitas pelo TCU em processos de concessões recentes. Por fim, foram avaliados aspectos diversos do PER, mercedores de ressalvas.

Da versão anterior dos estudos e da atuação da Unidade Técnica

30. Os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) originais foram encaminhados no TCU em 31/8/2017 (peça 1).

31. Durante a análise dos estudos por esta Unidade Técnica, foram realizadas diversas reuniões com representantes da ANTT, MTPAC, PPI e EPL, oportunidades em que foram debatidas as variadas oportunidades de melhoria e incorreções dos documentos apresentados.

32. Fruto destes debates, grande parte das oportunidades de melhoria foi considerada pelos representantes dos citados órgãos, resultando na apresentação de novos estudos de viabilidade, minuta de edital de licitação e contrato, na data de 10/11/2017 (peça 5).

33. Como resultado, observa-se a redução de 8% das despesas de capital ou investimento (Capex – *capital expenditure*), de R\$ 8,512 bilhões para R\$ 7,836 bilhões na atual versão. Ainda, houve uma redução do custo operacional (Opex - *operational expenditure*), de R\$ 5,823 bilhões para R\$ 5,403 bilhões na versão atual (redução de 7,2%).

34. Tais efeitos impactaram em uma redução de 6,5% da tarifa base da licitação, de R\$ 7,48 para R\$ 6,99, nas sete praças de pedágio previstas ao longo do segmento a ser concedido, para os veículos de classe 1.

35. Além dos estudos de viabilidade, foram apontadas diversas melhorias que seriam necessárias nas minutas de edital e contrato. Grande parte dos apontamentos foi levada em consideração pelos gestores na última versão dos estudos, de sorte que, estas alterações provavelmente representarão significativos benefícios para os usuários do serviço concedido.

Dos documentos apreendidos pela Operação ‘Cancela Livre’ da Polícia Federal

36. Compõe o rol de evidências da presente fiscalização, documentos apreendidos pela Polícia Federal, na Operação ‘Cancela Livre’, deflagrada em 30 de agosto de 2017, a qual tinha como alvo possíveis fraudes e desvio de recursos públicos na execução da obra da 4ª faixa da BR-290/RS, a cargo da Concessionária Concepa, no trecho entre Porto Alegre e Gravataí.

37. O compartilhamento dos documentos apreendidos na operação com o TCU foi autorizado pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Schaan Ferreira, com as necessárias cautelas e respeito ao sigilo processual (peça 11).

38. Posteriormente, foi solicitada autorização ao Poder Judiciário para a utilização, pelo TCU, dos documentos apreendidos no presente processo de fiscalização e o correspondente levantamento do sigilo (peça 44). Tal solicitação se justificou, pois, diversos destes documentos faziam menção aos estudos elaborados pela Triunfo Participações e Investimentos S.A., acionista única da Concepa. Conforme destacado anteriormente, estes estudos foram aprovados pelo MTPAC e utilizados como base para a licitação da concessão da BR-101/290/386/449/RS, objeto da presente fiscalização.

39. A referida autorização foi concedida, conforme despacho do Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Schaan Ferreira (peça 45). Sendo assim, alguns dos documentos apreendidos na Operação ‘Cancela Livre’ estão acostados como evidências na presente instrução processual.

EXAME TÉCNICO

40. Como produto da análise dos estudos de viabilidade, da minuta de edital e contrato, o presente relatório discorre sobre as principais questões observadas, pautando-se pela legislação vigente, e apoiado pelas recentes fiscalizações realizadas pelo TCU na infraestrutura rodoviária federal concedida.

41. Para a melhor organização, operou-se a seguinte divisão do trabalho: A. Análise das minutas do contrato e do edital; B. Análise do estudo de viabilidade; C. Das análises no Programa de Exploração da Rodovia (PER); e D. Da inobservância de determinações/recomendações anteriores.

42. Passa-se para cada um desses pontos a seguir.

A. Análise das minutas do contrato e do edital

43. Conforme relatado na introdução, a presente análise privilegiou os termos da minuta contratual, por entender que tais elementos são essenciais para a efetividade da prestação do serviço público em tela ao longo do prazo de concessão, de forma a evitar a repetição dos problemas atualmente encontrados nas concessões vigentes. Neste aspecto, portanto, faz-se necessária uma breve introdução sobre as rodovias federais concedidas.

A.1. Breve histórico das concessões de rodovias federais

44. As concessões de rodovias federais estão inseridas em um contexto de desestatização que ocorreu na América Latina, baseada em um conjunto de medidas formulado em 1989, conhecidas como Consenso de Washington. Tais medidas, que configuraram a política oficial do Fundo Monetário Internacional, na década de 1990, eram voltadas a promover o 'ajustamento macroeconômico' dos países em desenvolvimento.

45. Entre as dez medidas principais do referido conjunto de recomendações, encontram-se a desregulamentação, a retirada de restrições para o investimento estrangeiro direto e a privatização, esta última operacionalizada por meio da transferência do controle acionário de empresas estatais para agentes privados e dos contratos de concessão de serviços públicos, quando as imposições legais impedem a transferência da titularidade do ativo.

46. No Brasil, as concessões de rodovias federais foram implementadas em três etapas, cada uma delas com peculiaridades distintas. As concessões da primeira etapa foram modeladas com taxas internas de retorno (TIR) elevadas, refletindo as incertezas econômicas e regulatórias da década de 1990 (as etapas seguintes situaram a TIR em patamares inferiores).

47. Na primeira etapa, foram concedidos trechos das seguintes rodovias: BR 116/RJ/SP (Nova Dutra); BR-101/RJ (Ponte); BR-040/MG/RJ (Concer); BR 116/RJ (CRT); BR-290/RS (Concepa); BR-116/293/RS (Ecosul). Destes, a concessão da Ponte Rio Niterói foi novamente licitada, em passado recente (contrato celebrado em 18/5/2015).

48. A segunda etapa do programa abrangeu sete trechos localizados nas regiões sul e sudeste, responsáveis pela interligação de algumas das principais cidades do país, como São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG e Curitiba/PR, além de eixos logísticos de grande importância: BR-116/PR/SC (AutoPista Planalto Sul); BR 116/376/PR e BR-101/SC (AutoPista Litoral Sul); BR-116/SP/PR (AutoPista Régis Bittencourt); BR-381/MG/SP (AutoPista Fernão Dias); BR-393/RJ (Rodovia do Aço); BR-101/RJ (AutoPista Fluminense); BR 153/SP (Rodovia Transbrasiliana) e BR-116/324/BA (Via Bahia).

49. A terceira etapa de concessões rodoviárias, identificada como PIL Rodovias (Programa de Investimento em Logística), foi implementada em 2013, sendo composta pelos seguintes trechos: BR-101/ES/BA (Eco 101); BR-040/DF/GO/MG (Via 040); BR-153/TO/GO (Galvão); BR-050/GO/MG (MGO Rodovias); BR-060/153/262/DF/GO/MG (Concebra); BR-163/MS (MS Via) e BR-163/MT (Rota do Oeste).

50. A ANTT fiscaliza atualmente 21 concessões de rodovias, as quais contemplam 9.969,6 km, ou 15,1% da atual malha federal pavimentada.

51. A política governamental de transferir o controle e a exploração da infraestrutura rodoviária para a iniciativa privada, por meio dos contratos de concessão, continua em expansão, adicionando novos trechos concedidos, com a expectativa de melhorias na malha viária e na prestação de serviços, o que reforça a importância da atuação deste Tribunal sobre os processos de desestatização da infraestrutura rodoviária e sobre a atividade regulatória da ANTT.

A.2. Dos principais problemas observados nas concessões rodoviárias vigentes

52. O estudo da BR-101/290/386/448/RS mesclou premissas contratuais da 1ª, 2ª e 3ª etapas do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Procrofe). Apesar da esperada evolução regulatória em relação aos contratos anteriores, **diversos dispositivos que contribuíram para os problemas enfrentados pelas concessões vigentes permanecem na minuta contratual em tela.**

53. Assim, para melhor compreensão das análises feitas na minuta contratual da concessão da BR-101/290/386/448/RS, faz-se necessário uma exposição a respeito desses problemas enfrentados atualmente.

54. De forma geral, as fiscalizações empreendidas pelo TCU em concessões rodoviárias federais têm constatado significativos níveis de inadimplemento contratual. Apesar disso, as tarifas de pedágio continuam a sofrer aumentos anuais acima da inflação, e isso ocorre em razão da inclusão de relevantes investimentos nos contratos.

55. Em outras palavras, apesar de os concessionários não executarem boa parte dos investimentos e obrigações inicialmente contratadas, são contemplados com aumentos tarifários que aumentam a taxa de retorno do negócio. O resultado desta sistemática é a não prestação de um serviço público adequado, o qual deve atender aos padrões de generalidade, regularidade, segurança, eficiência e modicidade tarifária (Lei 8.987/1995, art. 6º, §1º). Para evitar esses efeitos indesejados, é necessário que a modelagem contratual crie incentivos ao seu cumprimento na forma originalmente pactuada.

56. O quadro de inexecuções das obrigações contratuais assumidas pelas concessionárias da 1ª e 2ª etapas de concessões, no tocante às obras de ampliação de capacidade e melhorias, foi apresentado nos votos condutores dos Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário, ambos de relatoria do Min. Augusto Nardes:

Figura 3: Índice de **inexecução** nos contratos da 1ª etapa – 2009/2014

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

Fonte: TC 009.001/2015-8

Figura 4: Índice de **inexecução** nos contratos da 2ª etapa – 2009/2014

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%

Fonte: TC 009.001/2015-8

57. A situação não se alterou desde então, conforme levantamento realizado no âmbito do TC 031.985/2016-5, a partir de informações fornecidas pela ANTT, relativas ao último ano de sete contratos da 1ª e da 2ª etapas de concessões:

Figura 5: Índice de **inexecução** nos contratos da 2ª etapa, no último ano de apuração (2015/2016).

Rodovia	Ofício	Investimentos não realizados (preços iniciais)	Investimentos não realizados (preços atuais)	Índice de inexecução
BR-381/MG	301/2017 (peça 63)	R\$ 49.203.794,85	R\$ 87.756.936,27	95,56%
BR-101/RJ	302/2017 (peça 68)	R\$ 169.574.349,03	R\$ 304.107.854,58	76,65%
BR-116/RJ	744/2017 (peça 64)	R\$ 11.568.126,24	R\$ 53.088.213,58	100,00%
BR-153/SP	260/2017 (peça 65)	R\$ 12.134.581,33	R\$ 21.642.511,19	100,00%
BR-116/RS BR-392/RS	203/2017 (peça 66)	R\$ 5.591.611,81	R\$ 17.233.683,10	83,38%
BR-116/324/BA	203/2017 (peça 66)	R\$ 70.469.835,66	R\$ 133.307.083,42	78,05%
BR-040/RJ/MG	180/2017 (peça 67)	R\$ 11.097.003,95	R\$ 52.268.664,13	98,53%
Total		R\$ 329.639.302,87	R\$ 669.404.946,27	

Fonte: ANTT

58. Quanto às últimas concessões, correspondentes à 3ª etapa do programa, estas foram licitadas sem plano de negócios, o que impossibilita a aferição exata das inexecuções dos investimentos. Todavia, é possível comparar as metas de duplicação dos contratos, principal obrigação em termos de investimentos, com as obras efetivamente executadas.

Tabela 4: níveis de **execução** das obras de duplicação em rodovias concedidas na 3ª Etapa do Procrofe

BR-050/MG				BR-060/153/262-GO/DF/MG			
Início do contrato: 8/1/2014				Início do contrato: 5/3/2014			
Ano	Data Limite	Extensão		Ano	Data Limite	Extensão	
		(km)	(%)			(km)	(%)
1	30/06/2016	35	16%	1	30/06/2016	103,6	16%
2	30/06/2017	52,4	24%	2	30/06/2017	155,5	24%
3	30/06/2018	74,3	34%	3	30/06/2018	220,3	34%
4	30/06/2019	56,8	26%	4	30/06/2019	168,4	26%

BR-050/MG			
Início do contrato: 8/1/2014			
Ano	Data Limite	Extensão	
		(km)	(%)
Extensão Executada: 91 km			

BR-060/153/262-GO/DF/MG			
Início do contrato: 5/3/2014			
Ano	Data Limite	Extensão	
		(km)	(%)
Extensão Executada: 67,8 km			

BR-163/MT			
Início do contrato: 20/3/2014			
Ano	Data Limite	Extensão	
		(km)	(%)
1	22/03/2016	72,6	16%
2	22/03/2017	108,9	24%
3	22/03/2018	154,2	34%
4	22/03/2019	117,9	26%
Extensão Executada: 117,6 km			

BR-163/MS			
Início do contrato: 11/4/2014			
Ano	Data Limite	Extensão	
		(km)	(%)
1	30/03/2017	129	16%
2	30/03/2018	193,5	24%
3	30/03/2019	274,1	34%
4	30/03/2020	209,7	26%
Extensão Executada: 138,8 km			

BR-101/ES/BA			
Início do contrato: 10/5/2013			
Ano	Data Limite	Extensão	
		(km)	(%)
4	10/05/2017	19,1	4,6%
5	10/05/2018	38,6	9,3%
6	10/05/2019	119,9	28,7%
10	10/05/2023	207,5	49,6%
23	10/05/2036	32,7	7,8%
Extensão Executada: 0 km			

BR-040-GO/DF/MG	
Início do contrato: 22/4/2014	
Obras paralisadas. Motivo da concessionária: não obtenção de todas as licenças ambientais	
Extensão Executada: 73,7 km	

Fonte: ANTT. Elaboração própria.

59. Em que pese o não cumprimento generalizado das obrigações dos contratos de concessão, as tarifas têm sofrido sucessivos acréscimos. A tabela a seguir apresenta comparativo da evolução das tarifas com a inflação acumulada desde o início de cada concessão.

Tabela 5: Evolução Tarifária - 1ª etapa do Programa de Concessões

Rodovia	Varição da tarifa (%)	Inflação acumulada (%)	Varição tarifária / inflação
BR-040/MG/RJ (Concer)	520,9	378,0	1,4
BR-290/RS (Concepa)	662,6	383,4	1,7
BR-116/RJ/SP (NovaDutra)	482,5	408,2	1,2
BR-116/392/RS (Ecosul)	481,8	280,8	1,7
BR-116/RJ/SP (CRT)	617,7	407,6	1,5

Fonte: ANTT. Elaboração própria

Tabela 6: Evolução Tarifária - 2ª etapa do Programa de Concessões

Rodovia	Varição da tarifa (%)	Inflação acumulada (%)	Varição tarifária/inflação
BR-116/PR/SC (Planalto Sul)	206,7	165,0	1,3

BR-116/376/101/PR/SC (Litoral Sul)	205,0	170,0	1,2
BR-116/SP/PR (Régis Bittencourt)	204,3	165,0	1,2
BR-381/MG/SP (Fernão Dias)	194,1	158,6	1,2
BR-101/RJ (Fluminense)	183,8	156,3	1,2
BR-153/SP (Transbrasiliiana)	181,4	165,0	1,1
BR-393/RJ (Rodovia do Aço)	187,2	157,7	1,2
BR-116/324/BA (Via Bahia)	160,8	189,2	0,8

Fonte: ANTT. Elaboração própria

Tabela 7: Evolução Tarifária - 3ª etapa do Programa de Concessões

Rodovia	Varição da tarifa (%)	Inflação acumulada (%)	Varição da tarifa/inflação
BR-101/ES/BA (Eco 101)	142,9	140,2	1,0
BR-050/MG (MGO)	119,1	133,3	0,9
BR-060/153/262/GO (Concebra)	139,1	165,9	0,8
BR-163/MT (CRO)	192,2	171,2	1,1
BR-163/MS (MS Via)	142,2	172,3	0,8
BR-040/DF/GO/MG	144,3	132,4	1,1
BR-101/RJ (Ecoponte)	109,5	108,1	1,0

Fonte: ANTT. Elaboração própria

60. Pelo exposto, em que pese a inexecução sistemática de investimentos, as tarifas não sofreram reduções significativas, tendo havido em muitos casos crescimento acima da inflação. Todas as concessões da 1ª etapa tiveram crescimento da tarifa acima do IPCA acumulado, destacando-se o caso da Concebra e da CRT, cujas tarifas subiram 70% além da inflação do período. Apesar dos níveis de inexecução acima dos 76% das concessões da 2ª etapa em 2016, apenas na concessão da BR-116/324/BA verificou-se crescimento tarifário inferior à inflação. Apesar da paralisação das duplicações após o início da cobrança dos pedágios, as tarifas da 3ª etapa andaram próximas ao IPCA, verificando-se apenas três casos de crescimento tarifário abaixo do índice de preços do consumidor.

61. De todo modo, é possível concluir sobre a existência de um descompasso, em desfavor dos usuários e da União, entre as tarifas de pedágio e a eficácia dos contratos de concessão, de sorte que a evolução das tarifas não corresponde ao cenário de inexecução sistêmica dos contratos.

62. O cenário do setor retrata um modelo regulatório e regras contratuais que, apesar das variações ao longo das suas três etapas, incentivam a inexecução das obrigações pelas concessionárias. As empresas possuem maiores retornos deixando de realizar investimentos, mesmo reduzindo suas tarifas, de acordo com as regras contratuais. Isto é explicado, em parte, pela inclusão de novas obras e investimentos ao longo do prazo da concessão, as quais são inseridas por meio de aditivos contratuais, de forma direta, permitindo significativas expansões das tarifas ainda que investimentos previstos no contrato original estejam em atraso.

63. A despeito de toda a experiência acumulada ao longo de mais de vinte anos do programa de concessões, os estudos para a concessão da BR-101/290/448/386/RS não trazem mecanismos de incentivo ao parceiro privado para empenhar-se efetivamente pelo cumprimento do contrato; ao contrário, a ANTT suprimiu o único instrumento contratual que se mostrou efetivo para a ampliação da infraestrutura, qual seja, condicionar a autorização para cobrança de pedágio à conclusão de 10% das obras de duplicação previstas.

64. Na oportunidade, as concessionárias, impelidas a cumprir os requisitos necessários ao início da cobrança de pedágio, entregaram 500 km de duplicação em três anos. Contudo, quando o estímulo para a execução das duplicações findou-se (início da cobrança de pedágio), o ritmo das obras reduziu-se até a completa paralisação em praticamente todos os contratos, dando lugar a tratativas para ‘renegociação’ dos prazos junto ao poder concedente, como já ocorria nas demais avenças. Assim, na única oportunidade em que se estabeleceu um sistema de incentivos, alinhando a execução dos investimentos ao aumento da receita, o resultado foi favorável aos usuários.

65. Além de retirar a exigência de metas de investimentos para o início da cobrança do pedágio, o cronograma de investimentos da concessão em tela foi alongado por mais anos. Assim, a duplicação dos 225,2 km da BR-386/RS está prevista para ocorrer no prazo de dezoito anos, conforme a tabela a seguir:

Tabela 8: Cronograma de duplicação da BR-386/RS

km Inicial	km Final	Localidades		Extensão (km)	Prazo para execução		
					Ano 11	Ano 12	
Duplicações obrigatórias na BR-386							
178+500	213+100	Carazinho	Tio Hugo	34,60	50%	50%	
213+100	243+600	Tio Hugo	Soledade	30,50	35%	65%	
243+600	269+200	Soledade	Fontoura Xavier	25,60	65%	35%	
269+200	324+100	Fontoura Xavier	Marquês de Souza	54,90	33%	33%	34%
324+100	344+400	Marquês de Souza	Lajeado	20,30	50%	50%	
385+000	444+300	Tabaí	Canoas	59,30*	33%	33%	34%
		Total		225,20			

Fonte: Programa de Exploração da Rodovia

66. Por conseguinte, aumenta-se o lapso entre a publicação do edital e o cronograma previsto de execução, aumenta-se a incerteza sobre a concepção das obras em tão longo prazo, e, de tal modo, sobressaem os riscos de inexecução destas obras.

67. Assim, é possível concluir que as obras de ampliação de capacidade e melhorias previstas para a BR-101/290/448/386/RS estarão sujeitas aos mesmos riscos de inexecução observados nas demais concessões de rodovias federais. A menos que as regras regulatórias vigentes sejam modificadas, não há perspectiva de mudança de cenário no curto prazo.

68. Com base, portanto, nesses principais problemas encontrados nos contratos de concessão rodoviária vigentes, serão discutidas, a seguir, as cláusulas contratuais observadas na concessão ora em análise que incentivam um comportamento ineficiente e ineficaz por parte das concessionárias contratadas.

69. Por motivos didáticos, propõe-se a seguinte divisão da análise:

A.3) Da inclusão de novas obras e obrigações durante a execução contratual;

A.4) Dos critérios para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;

A.5) Das penalidades contratuais; e

A.6) Do aporte adicional previsto na minuta do edital

A.3. Da inclusão de novas obras e obrigações durante a execução contratual

70. Conforme verificado em processos de controle externo a cargo desta unidade técnica, a inclusão de grandes obras e obrigações de vulto nos contratos de concessão, por meio de revisões

contratuais, representa um dos principais problemas do setor. Além de afrontar o dever de licitar e os princípios a que a Administração está submetida, notadamente a impessoalidade e a eficiência, o mecanismo favorece um comportamento oportunista dos concessionários, que não raro apresentam propostas agressivas nas licitações, deixam de executar as intervenções previstas originalmente no contrato de concessão, e alavancam seus ganhos por meio da inserção de novas obras nos contratos.

71. Exemplificando, a despeito das inexecuções e dos atrasos sistemáticos dos investimentos nas concessões existentes, o Programa de Investimentos em Logística 2015 (PIL 2015) previu a inserção de **R\$ 15,3 bilhões** em obras de ampliação da capacidade para os três anos seguintes (peça 12, p.33), ou seja, buscou atribuir novas obras a empresas que não haviam demonstrado sequer capacidade (ou interesse) de executar as obrigações contraídas quando da assinatura do contrato.

72. Pela sistemática estabelecida pela Resolução-ANTT 3.651/2011, essas grandes obras são inseridas nos contratos de concessão, sem licitação, a partir de projetos e orçamentos elaborados pelas concessionárias, e pelo preço máximo aceito pela Administração Pública, qual seja, os indicados pelo Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) do DNIT. Estas condições, por si só, já revelam o risco de assimetria da informação, e de ineficiência deste procedimento de execução de grandes obras de infraestrutura.

73. Aliás, esse tipo de revisão contratual se dissocia das condições iniciais e dos descontos obtidos em razão do procedimento licitatório. O modelo, além de onerar indevidamente os usuários, favorece a inexecução dos contratos, pois as concessionárias potencializam o retorno financeiro da concessão com essas novas obras, em detrimento das obras já previstas no contrato. Não por acaso, portanto, ocorrem altos índices de atrasos e inexecuções.

74. Nas concessões rodoviárias mais recentes, pertencentes à 3ª etapa, estes fatos se mostram bastante evidentes. Ao mesmo tempo em que as obras de duplicação contratadas sofrem com atrasos (conforme visto na tabela 4), de forma contraditória, são recorrentes as propostas de inclusão de novas obras.

75. Aliás, tais atrasos são expressivos a ponto de o Poder Executivo editar a Medida Provisória 800, de 18 de setembro de 2017, com a proposta de interferir nos contratos vigentes, a partir de uma cláusula autorizativa de postergação dos prazos das obras de ampliação de capacidade.

76. Em caso de conversão em lei, o prazo previsto para duplicar os trechos concedidos será estendido, por até quatorze anos, sem redução tarifária neste período. Vale lembrar que tal postergação se refere às obras originais das concessões em andamento, previstas nos leilões que concederam os trechos. Assim, além dos óbices legais que serão abordados a seguir, a inserção de grandes investimentos, durante a execução dos contratos vigentes, é incompatível com a decisão política de estender o prazo dos investimentos em razão das dificuldades das empresas do setor.

77. Feitos estes comentários iniciais, propõe-se a explanação das irregularidades atinentes à ‘inclusão de novas obras e obrigações durante a execução contratual’ na minuta contratual encaminhada da BR-101/290/386/448/RS, sob os seguintes aspectos:

A.3.1) Não atendimento das condições efetivas da proposta;

A.3.2) Burla ao procedimento licitatório e afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência da Administração;

A.3.3) Da regulação por custos e da transferência dos riscos aos usuários e ao Poder Concedente;

A.3.4) Das obras condicionadas ao volume de tráfego; e

A.3.5) Da previsão de prorrogação contratual

A.3.1 Não atendimento das condições efetivas da proposta

78. A cláusula 21.5.1 da minuta contratual dispõe que a inclusão de obras e serviços no escopo do contrato será reequilibrada por meio da metodologia do ‘Fluxo de Caixa Marginal’, nos

termos de regulamentação específica. Por sua vez, a subcláusula 21.2.1 esclarece os normativos a serem observados:

‘O procedimento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido pelas Resoluções nº 675, de 04 de agosto de 2004, nº 1.187, de 9 de novembro de 2005, nº 3.651, de 7 de abril de 2011, suas alterações ou outras que vierem a sucedê-las.’

79. Ocorre que esta unidade técnica já verificou, em pelo menos cinco processos de controle externo recentes (TC 014.618/2015-0; TC 032.829/2016; TC 036.417/2016-5; TC 031.581/2015-3; TC 012.831/2017-4), que a utilização da metodologia preconizada pela ANTT consoante resoluções indicadas na minuta de contrato conduz, invariavelmente, a um **notável desequilíbrio da avença em desfavor dos usuários**.

80. Isso acontece, em linhas gerais, porque o valor dos investimentos em novas obras fica desvinculado daqueles apresentados pela concessionária para arrematar o certame. De forma exemplificativa, a concessionária pode apresentar em sua proposta de negócios a execução das passarelas inicialmente previstas com um preço de R\$ 2 milhões por unidade e, logo depois de celebrado o contrato, pleitear a execução de passarela similar, não prevista inicialmente, por valores bastante superiores aos da proposta inicial.

81. A obrigação de manter o equilíbrio econômico-financeiro original nos contratos firmados com a Administração está prevista no art. 37, XXI, da CF/88:

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

[Destaque nosso]

82. Com efeito, o constituinte buscou tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira das contratações do setor público. Preservar este equilíbrio significa manter as condições econômicas pactuadas entre as partes (‘condições efetivas da proposta’), mesmo após eventos que alterem o equilíbrio inicial.

83. A partir deste dispositivo, faz-se importante compreender quais eventos ensejam ou não o restabelecimento das condições econômico-financeiras estabelecidas em contrato, de maneira a ‘manter as condições iniciais da proposta’.

84. A doutrina discrimina dois tipos de riscos que decorrem da contratação da Administração Pública com o particular: álea ordinária e álea extraordinária.

85. A álea ordinária constitui o risco assumido pelo particular para a execução do objeto contratual, no caso em tela, exploração da infraestrutura rodoviária. Por ser um risco inerente ao negócio, os riscos relacionados à álea ordinária são inteiramente suportados pelo contratado.

86. Por outro lado, a álea extraordinária refere-se aos riscos não imputados ao contratado. Acontecimentos desta natureza, cujos efeitos repercutam sobre a equação econômico-financeira original ensejam o reequilíbrio contratual a fim de garantir o retorno às condições iniciais estabelecidas pelas partes. Como exemplos desses riscos, Maria Sylvania Di Pietro [Direito Administrativo, 26ª Ed., 2013], assim, enumera:

‘1. álea administrativa, que abrange três modalidades:

- a) **alteração unilateral**;
- b) fato do príncipe;
- c) fato da administração.

2. área econômica, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar a aplicação da Teoria da Imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.’ [destaque nosso]

87. No contexto das concessões rodoviárias, destacam-se as alterações unilaterais, que constituem as mutações das obrigações das partes, impostas pelo Poder Concedente ao concessionário, com repercussões sobre a equação econômico-financeira pré-estabelecida. Este aspecto ganha relevância para o setor, dado o longo prazo de vigência das concessões e a necessidade das alterações contratuais, visando garantir o serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Desse modo, estas alterações ensejam o dever de restabelecer as condições econômicas iniciais, sob pena de uma parte apropriar-se, ilícitamente, de recursos da outra.

88. Nesse sentido, o art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995 estipula que: ‘Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração’.

89. De forma uníssona, o § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 dispõe que ‘o contratado fica obrigado a aceitar, **nas mesmas condições contratuais**, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras (...)’. Dessa forma, a norma é clara no sentido de que o contratado deve repassar nos aditamentos os preços pactuados em sua proposta, de maneira que eventuais descontos obtidos na fase de licitação devem ser considerados nos acréscimos ou supressões.

90. Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) já pronunciou que ‘na concessão de serviço público é lícita a modificação pelo poder concedente do funcionamento do serviço desde que fique assegurado o equilíbrio contratual (RDA 95/132)’.

91. **Diante do exposto, a Constituição Federal, a Lei 8.987/95, a Lei 8.666/93 de Licitações e o STF impedem que a Administração imponha ao particular acréscimos contratuais sem que seja restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato. Cabe frisar que a regra é uma via de mão dupla, tutelando ambas as partes de mutações unilaterais onerosas. Dessa forma, assim como impede que os acréscimos sejam remunerados a preços menores que o acordado; impede que sejam cobrados, na mesma situação, preços superiores aos estabelecidos na proposta original.**

92. Insta esclarecer que o fluxo de caixa marginal foi um mecanismo criado pela ANTT (Resolução 3.651/2011) para resolver um impasse apontado pelo TCU para os contratos de concessão da primeira etapa (licitados na década de 90), os quais foram celebrados com taxas internas de retorno elevadas em razão das incertezas econômicas da época e dos riscos associados a um programa de concessões embrionário. Na oportunidade, a modelagem então vigente resultava na inclusão de novos investimentos naqueles contratos de concessão em condições desfavoráveis ao interesse público.

93. Desse modo, as deliberações desta Corte de Contas que, de alguma forma, avaliaram positivamente a Resolução 3.651/2011, estavam focadas na questão da taxa interna de retorno para tais contratos, como revela o Voto condutor do Acórdão 2.759/2012-Plenário, de relatoria do Min. José Múcio Monteiro:

‘16. Quanto ao outro mecanismo, o ‘fluxo de caixa marginal’, inicialmente destaco que ele foi adotado pela ANTT por sugestão do TCU, nos autos do TC 026.335/2007-4, que tratou de representação de iniciativa de unidade técnica do Tribunal, na época a Sefid, questionando acerca de possíveis desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos concernentes à 1ª Etapa do Programa de Concessão Rodoviária Federal, acarretando a cobrança de tarifas de pedágios sobrevalorizadas.

17. Na ocasião, a unidade técnica argumentou que: ‘O modelo de concessão da 1ª Etapa pode ser denominado como ‘estático’, pois as rubricas que compõem o fluxo de caixa não se alteram ao longo da execução contratual, nele incluída a taxa de desconto – rentabilidade dos concessionários, ou seja, as concessionárias de rodovias federais da primeira etapa continuam auferindo

rentabilidade que varia de 17 a 24% ao ano, no atual cenário de estabilidade econômica do país, em que a taxa de desconto para o setor é de no máximo 8,95%.’

94. Nota-se que os itens 9.2.1 do Acórdão 2.154/2007-Plenário e 9.1.1 do Acórdão 2.927/2011-Plenário estão igualmente direcionados aos contratos da primeira etapa, pois o Tribunal buscava, com tais comandos, que as melhorias do cenário macroeconômico fossem apropriadas pelos contratos de concessão mais antigos, caso novos investimentos fossem necessários, em benefício do interesse público tutelado:

‘7. Em que pesem as vicissitudes técnicas e legais, o ponto capital da concessão é a obtenção da proposta mais vantajosa para o poder concedente e, por corolário, para o interesse público. Portanto, nos contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são igualmente de interesse público.

8. Para o usuário, o cenário mais vantajoso configura-se na combinação de um serviço eficiente com uma tarifa de pedágio módica.’

95. Em tais ocasiões, o TCU não avaliou as consequências da aplicação da Resolução ANTT 3.651/2011 aos contratos de concessão da segunda etapa e nem poderia pronunciar-se sobre o impacto do normativo aos contratos da terceira etapa, celebrados anos depois e incluídos no mesmo mecanismo, mediante revisão da resolução em questão.

96. Recentemente, o Voto condutor do Acórdão 1.473/2017-Plenário esclareceu que ‘a chancela dada pelo TCU à Resolução 3.651/2011 teve como foco central a inadequação de critérios econômicos utilizados pela ANTT quando da inserção de novos investimentos nas concessões da 1ª etapa do programa de concessões’.

97. Ocorre que ao expandir a aplicação da Resolução ANTT 3.651/2011 para os contratos de concessões mais recentes (segunda e terceira etapas), arrematados com significativos deságios, obteve-se resultado oposto ao interesse público perseguido com as deliberações pretéritas do Tribunal, ou seja, **as novas obras passaram a ser incluídas nos contratos de concessão por valores majorados de várias vezes em relação àqueles que constaram da proposta original.**

98. Dessa forma, a observância da metodologia e dos parâmetros preconizados pelos normativos da ANTT não garante que os dispositivos constitucionais e legais que tratam da manutenção das condições efetivas da proposta e da modicidade tarifária requerida para a prestação de serviço adequado (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal; art. 6º, § 1º, art. 9º, § 4º, ambos da Lei 8.987/1995) serão atendidos.

99. Pelo contrário, aumentam os riscos de serem desrespeitados, pois esses normativos orientam para a adoção dos preços referenciais da Administração, sem considerar os descontos obtidos no certame licitatório, o que já representa um desequilíbrio significativo. Não se pode deixar de considerar, também, que a inclusão de obras no contrato de concessão ocorre num ambiente não concorrencial, no qual a elaboração dos projetos fica a cargo da concessionária, o que gera uma assimetria de informações e conflito de interesses que pode ensejar contratações de novos investimentos completamente dissociados das condições originalmente avençadas, de modo que o problema não está circunscrito à questão do deságio obtido, conforme o voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão-TCU 738/2017, no âmbito do TC 014.689/2014-6:

‘Ao ampliar ou inserir novos investimentos aos originalmente previstos e permitir que a própria concessionária elabore o projeto de engenharia, a ANTT, **na prática, retoma o regime de custos e incentiva a concessionária a valer-se da assimetria de informações do negócio para exacerbar os custos do novo investimento, recomendando soluções de engenharia antieconômicas e superestimando quantitativos.**’

[destaques nossos]

100. No mesmo sentido, há tempos a literatura estrangeira alerta quanto aos riscos das renegociações contratuais no âmbito das concessões de serviços públicos:

‘As **renegociações podem indicar comportamentos excessivamente oportunistas por parte dos concessionários dos serviços públicos ou dos governos**. Tal comportamento **prejudica a eficiência do processo e a prestação do serviço público**, porque ocorre apenas entre o governo e o concessionário, de modo que não está sujeita às pressões competitivas, tampouco a pressões da sociedade.

Nesse ambiente, dois elementos desempenham um papel importante na determinação das propostas dos operadores nos leilões de concessões, além da eficiência na prestação do serviço e das informações que eles possuem sobre a concessão. O primeiro elemento é a avaliação dos operadores sobre a probabilidade de renegociação; o segundo é a avaliação dos operadores sobre a sua própria capacidade de renegociação. Se ambas as avaliações são positivas, os operadores tentam ganhar o leilão do serviço concedido. **Então, se eles ganharem o contrato, eles pedem uma renegociação com o governo para garantir melhores condições. Essa abordagem distorce o processo competitivo**, porque o operador vencedor pode ser o mais hábil na renegociação ou o mais otimista em relação à sua probabilidade, em vez do mais eficiente no fornecimento do serviço contratado.’ (GUASH, 2004)

[destaques nossos]

101. Além disso, destaca-se o fato de a ANTT não exercer uma fiscalização efetiva das obras executadas pela concessionária, de maneira que as soluções eventualmente mais complexas e dispendiosas indicadas no projeto aprovado podem nem vir a ser implantadas, sem a detecção desta desconformidade pela agência reguladora.

102. Assim, entende-se que os procedimentos relacionados à metodologia do fluxo de caixa marginal precisam ser revistos antes da licitação da concessão da BR-101/290/386/448/RS, especialmente quanto ao valor dos novos investimentos, de forma a privilegiar as condições efetivas da proposta do concessionário, quando resultarem mais benéficas à Administração na execução das obras públicas, em detrimento de outras formas legalmente admitidas.

103. Apesar disso, a Agência tem recebido diversos pleitos de inclusão de vultosas obras nos contratos de concessões de rodovias, os quais, se concretizados, podem ocorrer sem o atendimento de preceitos legais, onerando indevidamente os usuários e gerando um sistema de incentivos para que as concessionárias alavanquem os seus lucros sem cumprir as obrigações do contrato de concessão.

104. O art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011 (recepcionada pela minuta contratual) dispõe que o objeto do reequilíbrio, composto por obras e serviços, **‘deverá ser proposto pela concessionária**, conforme previsto em Resolução, mediante apresentação de **orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO (...)**’.

105. Como resultado da incompatibilidade entre os custos das obras previstas antes e durante a execução do contrato de concessão, cabe trazer à baila o caso da BR-163/MT, administrada desde 2014 pela Companhia Rota do Oeste (CRO), pertencente à Odebrecht Transport S.A. (TC 032.830/2016-5).

106. Com pouco mais de um ano após o início do contrato, a Concessionária já negociava a assunção da duplicação de 108,2 km de rodovia, a qual inicialmente estava a cargo do DNIT e seria repassado à administração da concessionária somente após a duplicação do trecho por parte da empresa contratada pelo DNIT.

107. A prematura assunção do segmento em questão resultaria num aumento tarifário de **37,4%**. Verificou-se que os valores avalizados pela ANTT para a duplicação eram aproximadamente **duas vezes maiores** do que os valores contratados pelo Dnit para a mesma obra. Além da inserção de duplicação logo após o início do contrato, a ANTT inseriu outras incumbências à empresa relacionadas à manutenção e conservação da pista existente com valores igualmente muito superiores aos pactuados originalmente e/ou praticados no mercado.

108. Outro exemplo de ganhos extraordinários com alterações unilaterais dos contratos de concessão de rodovias, sem correspondência com as propostas das concessionárias, se deu em razão da Lei 13.103/2015. O art. 16 da denominada Lei dos Caminhoneiros aumentou em 2,5% a tolerância máxima do peso bruto por eixo, o que ocasionou pequeno esforço adicional das concessionárias para a manutenção, conservação e recuperação do pavimento. No entanto, a aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos moldes aprovados pela Agência Reguladora, causou repercussão muito superior àquela admissível, de acordo com a proposta inicial.

109. No caso da BR-060/153/262/DF/GO/MG, administrada pela Concebra, do grupo Triunfo Participações S.A., foi aprovado um incremento tarifário de 14,15% em razão do aumento de encargos com a manutenção do pavimento. Todavia, essas rubricas representam apenas 17,4% da tarifa básica de pedágio no estudo de viabilidade técnica e econômica (EVTE). Ora, um incremento marginal nas obrigações da empresa gerou um impacto tarifário da ordem de importância de tudo o que foi previsto nos estudos com esses serviços.

110. A razão do descompasso está no fato de a ANTT ter calculado o reequilíbrio a partir de custos gerenciais, sem considerar a proposta da Concessionária. Com efeito, o EVTE estimou a manutenção e recuperação da rodovia em R\$ 1,83 bilhão, ao passo que a Agência recalculou os 'novos' investimentos em R\$ 5,6 bilhões, valor **três vezes maior** para estimar o impacto da Lei dos Caminhoneiros.

111. O reequilíbrio acima foi objeto de representação desta unidade instrutiva e atualmente está parcialmente suspenso por força de medida cautelar do TCU (TC 014.618/2015-0).

112. A falta de compatibilidade entre a remuneração de novas obrigações e aquelas já previstas no contrato inicial provoca situações inusitadas, como as verificadas na mesma concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG. O contrato previu a execução de um contorno rodoviário na cidade de Goiânia, com uma extensão de 30 km em classe I-A (mesma classe de todo o resto da rodovia). Após pleito da Concessionária, a ANTT aprovou, sob novas condições, alterações unilaterais do contrato, concernentes na ampliação da extensão do contorno para 44 km e na alteração de suas características para a classe 0.

113. Para reequilibrar o contrato, a Agência considerou a supressão integral do contorno de 30 km inicialmente previsto e a inclusão do novo contorno, com preços estimados a partir de preços elaborados pela concessionária. Com isso, a vantagem obtida na licitação do contorno inicialmente projetado foi totalmente desconsiderada.

114. Como resultado, a exclusão do contorno inicialmente previsto implicaria numa redução tarifária de 1,8%, ao passo que a inclusão do novo contorno na capital goiana (44 km, classe 0) resultaria num acréscimo tarifário de **20,6%**.

115. Por meio destes números, evidencia-se a desproporcionalidade entre as condições inicialmente pactuadas e as condições levadas em conta pela ANTT quando da inclusão de novas obras. Ou seja, nessas alterações contratuais, o impacto tarifário da inclusão de uma nova obra é **11,4 vezes maior** que o impacto da obra suprimida, apesar de o contorno incluído ter uma extensão a maior de apenas 14 km, equivalente a um aumento de aproximadamente 50%.

116. Cabe frisar que a alteração contratual mencionada foi suspensa pela ANTT em razão da atuação deste Tribunal, estando pendente a decisão de mérito (TC 036.417/2016-5).

117. Como resultado dessa sistemática, é possível uma empresa descumprir o contrato de concessão e ainda verificar incremento dos seus resultados. Basta a empresa atrasar ou suprimir investimentos do contrato de concessão original e pleitear novas obras e obrigações. O impacto das inexecuções é significativamente inferior em comparação ao impacto da inclusão de obras semelhantes.

118. Ainda na concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG, a Concebra postulou, logo em seguida, a supressão de boa parte de suas obrigações atinentes às obras de ampliação de capacidade

(deixaria de duplicar 551,96 km) para viabilizar as obras do contorno de classe especial (peça 13, p. 60):

‘234. A concessionária apresenta inquietação a respeito do impacto na tarifa de pedágio devido à inclusão de investimentos aprovados na 3ª Revisão Extraordinária (Contorno de Goiânia, Contorno de Campo Florido e Acesso ao Aeroporto de Goiânia) e na 4ª Revisão Extraordinária (aumento do custo de manutenção de pavimento em virtude do aumento do limite de peso bruto transmitido por eixo decorrente da ‘Lei dos Caminhoneiros’).

235. Considerando os acréscimos supracitados ao reajustamento do índice inflacionário contratual e possíveis deferimentos do pleito de reequilíbrio atual, em matérias já consolidadas pela Agência, a Concessionária prevê um acréscimo de 40% (quarenta por cento) na tarifa de pedágio.

236. Desta maneira, para compensar o aumento da tarifa, a Concessionária propõe a postergação dos prazos e retirada (por meio da aplicação do fator D) das obras de ampliação de capacidade, utilizando-se para tal de parâmetros técnicos de desempenho por nível de serviço, conforme apresentado no relatório em Anexo.

(...)

253. Conforme previsto no PER, a Concessionária tem como obrigação contratual a duplicação de 647,8 km. Desta maneira, caso a proposta for aceita, a Concessionária deixaria de duplicar 551,96 km de rodovia, que corresponde a 85% de sua obrigação inicial.’

119. Este aspecto explica a aparente contradição entre os significativos índices de inexecução dos contratos de concessão de rodovias e o crescimento tarifário acima dos índices oficiais de inflação (conforme parágrafos 52 a 61).

120. **Diante de todo o exposto, conclui-se que as regras contratuais propostas para a BR-101/290/448/386/RS é incompatível com as exigências constitucionais e legais acerca da manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da CF/88, no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95 e no art. 65, §1º, da Lei 8.666/93), haja vista a assimetria entre os critérios adotados para inexecuções/exclusões de investimentos e obrigações em relação àqueles previstos para a inclusão de novas obrigações, permitindo que as empresas atrasem, de maneira generalizada, investimentos importantes para a infraestrutura e a segurança viária do trecho concedido ao passo que, por meio inserção de investimentos e obrigações no contrato de concessão, obtenham incrementos tarifários que superam a inflação e ampliam os seus ganhos econômicos às expensas dos usuários do serviço.**

121. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que aprimore as regras da minuta de contrato concernentes a inclusão de obras, investimentos e obrigações, de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora, em atendimento ao disposto no art. 37, XXI, da CF/88, no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95 e no art. 65, §1º, da Lei 8.666/93.

A.3.2 Burla ao procedimento licitatório e afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência da Administração

122. Apesar das ressalvas feitas no item anterior quanto às regras de inclusão de novas obras e obrigações no contrato, a minuta contratual da concessão da BR-101/290/386/448/RS também ampliou as possibilidades de inclusão de novos investimentos.

123. Isso ocorreu com a transferência de risco das obras condicionadas ao volume de tráfego (para o poder concedente), com a supressão do estoque de melhorias, e com a previsão de que a concessão poderá perdurar por até sessenta anos.

124. Em vista dos problemas verificados nas concessões em andamento, pode-se antever que a aplicação das referidas cláusulas contratuais acarretará em inevitável desvio em relação aos objetivos da licitação. Explica-se.

125. O dever de licitar é um princípio consagrado da Administração Pública, e está disposto na Constituição Federal da seguinte forma, para obras, serviços compras e alienações.

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

126. Destarte, a Constituição estabelece o dever de licitar como regra para a Administração Pública, de modo que as exceções serão estabelecidas em legislação específica.

127. Nas concessões e nas permissões de serviços públicos, a Constituição Federal é ainda mais restritiva. Por envolver a delegação de uma atividade essencialmente estatal e voltada para o interesse público e o bem-estar social, a Constituição sequer previu exceções a serem estabelecidas em lei para a obrigatoriedade de licitar: ‘Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos’.

128. Mais do que uma regra meramente formal, a Constituição buscou tutelar a impessoalidade da Administração, preceito republicano fundamental, e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme os princípios da economicidade e da eficiência.

129. Todavia, tem-se observado, no âmbito da ANTT, a proeminência da contratação direta de obras no setor de concessões rodoviárias. Nesta linha, o PIL 2015 (Programa de Investimento em Logística) previu R\$ 15,3 bilhões em novos investimentos nas concessões em andamento entre 2015 a 2018 (peça 12 2015, p. 33):

Tabela 9: Novos investimentos em concessões em andamento

Trecho concedido	Obra	Valor estimado (R\$)
BR-163/MT	duplicação	800 milhões
BR-153/SP	duplicação	4 bilhões
BR-116/PR/SC	duplicação	2,5 bilhões
BR-290/RS	faixa adicional	200 milhões
BR-101/376/116/SC/PR	faixa adicional	900 milhões
BR-116/SP/RJ	vias marginais	2,3 bilhões
BR-101/RJ	duplicação	1,2 bilhão
BR-040/MG/RJ	duplicação	1,1 bilhão
BR-393/RJ	duplicação	1,3 bilhão
BR-324/116/BA	faixa adicional	400 milhões
BR-381/SP/MG	faixa adicional	600 milhões

Fonte: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

130. Como já exposto, essas obras são contratadas, sem licitação e pelo preço teto dos sistemas oficiais de referência, a partir de projetos elaborados pelas concessionárias e que posteriormente são executados sem fiscalização efetiva. Para se ter uma ideia da monta desses valores, a partir de consulta ao Siafi, extrai-se que o DNIT liquidou, entre 2015 e 2017, R\$ 1,2 bilhão em obras de ampliação de capacidade (peça 46). Comparando-se com os valores previstos, pode-se extrair a representatividade das obras planejadas para serem contratadas **sem licitação**.

131. Cabe destacar a atuação do TCU no tocante a determinadas contratações diretas previstas pelo PIL 2015, cujos apontamentos foram realizados no âmbito do TC 031.581/2015-3. Na oportunidade, foram destacados indícios de irregularidades nos processos administrativos da ANTT, que objetivavam a realização de obras na rodovia BR-116/SP/RJ, no valor de R\$ 2,2 bilhões, mediante a prorrogação do contrato de concessão. Em que pese o processo não possuir decisão de mérito do TCU, o MTPAC, de ofício, em atenção aos apontamentos da auditoria, descartou a possibilidade desta contratação direta e decidiu pela realização do procedimento licitatório.

132. Similarmente, o planejamento das obras de duplicação da BR-153/SP, administrada pela Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A., no montante de **R\$ 4 bilhões**, está sendo discutido no TC 032.829/2016-7. Em linhas gerais, a contratação direta visa providenciar nível de serviço diverso daquele licitado para a rodovia, a partir da duplicação integral da rodovia (321 km) em substituição aos 50 km de duplicação e 80 km de faixas adicionais inicialmente contratados (e não concluídos), evidenciando o completo desvirtuamento do objeto do contrato. Além da burla à licitação e da incompatibilidade dos custos das intervenções com a proposta do certame, verificou-se a inexecução, de até **100%** nos últimos anos, dos melhoramentos previstos para a rodovia.

133. A contratação de obras e de serviços, sem concorrência, pode resultar em contratações com preços acima do valor necessário para a execução das obras, resultando em desnecessários aumentos da tarifa de pedágio.

134. Quanto a este aspecto, há autores que relatam os riscos das alterações contratuais em concessões de serviços públicos, visando promover alterações qualitativas e quantitativas do objeto contratual (inserção de obras, por exemplo):

‘Essa função [possibilitar alterações contratuais] é a que requer mais cuidados porque, é atividade extremamente complexa a realização do reequilíbrio do contrato para compensar mudanças desse tipo, especialmente as mudanças qualitativas. Além disso, alterações relevantes em contrato que foi submetido a processo competitivo põem em risco os benefícios obtidos do processo competitivo. Perceba-se que o preço devido ao concessionário pela prestação dos serviços e assunção dos diversos riscos que o contrato lhe atribui é, no caso dos processos de desestatização, sempre determinado pela competição havida na licitação. Quando, entretanto, o Poder Público resolve realizar a alteração do objeto do contrato de concessão comum e PPP, seja ela quantitativa ou qualitativa, não há mais pressão competitiva para determinar o novo preço a ser cobrado pelo parceiro privado por consequência da alteração do objeto do contrato. **Fica, por isso, o Poder Concedente exposto à pressão do concessionário para estipulação do preço que lhe parece mais atrativo.**

Para o Poder Concedente [transferência ao concessionário de um segmento rodoviário adjacente não licitado inicialmente] é a solução do problema de apenas um segmento rodoviário, para o concessionário, a depender de como a incorporação do novo trecho e a consequente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro foram feitas, **isso pode ou tornar o seu contrato de concessão o mais atrativo do mundo, ou torna-lo o seu maior problema, a sua maior fonte de prejuízos. Daí que o concessionário terá todo o incentivo para investir tanto quanto for necessário para tornar essa renegociação do objeto do contrato a mais vantajosa possível, chegando algumas vezes ao ponto de locupletar-se do Poder Concedente e dos usuários do serviço.**’ [destaque nosso]

(Maurício Ribeiro Portugal, Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos, ed: Atlas)

135. Isto ocorre, também, porque existe uma significativa assimetria de informações em favor do concessionário nos processos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em razão de inserção de novas obrigações em concessões rodoviárias, conforme diagnosticado pelo Voto do Relator do TC 014.689/2014-6:

‘Ao ampliar ou inserir novos investimentos aos originalmente previstos e permitir que a própria concessionária elabore o projeto de engenharia, a ANTT, na prática, retoma o regime de custos e incentiva a concessionária a valer-se da assimetria de informações do negócio para exacerbar os custos do novo investimento, recomendando soluções de engenharia antieconômicas e superestimando quantitativos.’

136. Além do risco de a contratação custar bem mais que o valor justo, a inserção de grandes obras sem licitação, durante a execução do contrato de concessão, traz importantes riscos para a entrada de novos interessados no setor (investidores). Explica-se. A finalidade de qualquer licitação é ampliar o número de interessados aptos a realizar o serviço de maneira eficiente, de forma a

proporcionar o serviço adequado mediante a cobrança de tarifas módicas. A questão foi igualmente abordada pelo Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão 738/2017-Plenário:

‘Oitavo, a inclusão de grandes obras nas concessões vigentes impacta negativamente a entrada de novos investidores, inclusive internacionais.

O governo federal planeja realizar leilões em diversos setores, rodovias, portos, aeroportos, ferrovias, energia elétrica, petróleo etc. Uma das principais preocupações dos potenciais investidores é a previsibilidade, que pressupõe a manutenção das regras do jogo ao longo do tempo. Segundo a própria ANTT, o Governo Federal planeja inserir, nos próximos 3 anos, aproximadamente R\$ 11,125 bilhões em onze concessões rodoviárias vigentes, nos mesmos moldes da obra da Nova Subida da Serra.

Ora, a instabilidade regulatória deriva da ação do governo, aplaudida pelas concessionárias inescrupulosas, ao não cumprir as regras do jogo, quando, durante a concessão, contrata diretamente as operadoras para realização de vultosas obras não previstas na licitação. Também o Poder Concedente deixa de cumprir as regras do jogo quando, ao final do contrato de concessão, abre oportunidade para a prorrogação do contrato, não prevista no certame, nem precificada pelos demais participantes do certame.

Como novos investidores dificilmente têm acesso a informações privilegiadas, são desencorajados a realizar custosos estudos para participar das licitações de concessões, acarretando o risco de que as futuras concessões apresentem tarifas mais elevadas que o necessário, com a participação sempre dos mesmos agentes privados.

A execução dessas obras pode, até mesmo, afetar a credibilidade do Brasil relativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, comprometendo o ambiente de negócios e a entrada de capital para investimentos na infraestrutura nacional.’

137. Portanto, com a sistemática atual de inclusão de relevantes obras e obrigações, sem a realização de processo licitatório, abre-se oportunidade para que obras e serviços de engenharia, as quais sabidamente serão necessárias ao longo do contrato, sejam omitidos do objeto licitatório da concessão e **posteriormente incluídos por meio de aditivos** (risco especialmente grave nos procedimentos de manifestação de interesse – PMI – em que a empresa que elabora os estudos pode participar da licitação). Nesta hipótese, é possível que determinado licitante, omita na proposta a realização de obras, proponha deságios agressivos no leilão, contando que compensará depois com as futuras obras.

138. Como resultado da falta de previsibilidade dos investimentos da concessão e do próprio retorno do negócio, novos investidores deixam de entrar no setor, ampliando o poder de mercado e a pressão decisória dos grupos já atuantes no setor.

139. Cabe frisar o disposto no art. 22 da Lei 13.448/2017, o qual dispõe que os limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93 não são aplicáveis para as alterações contratuais das concessões, mas não indicou quais seriam os limites aplicáveis, permanecendo uma lacuna legal quanto à matéria.

140. **Considerando que o princípio licitatório tem status constitucional e que o ordenamento não permite alterações contratuais que desvirtuem o objeto da licitação, entende-se que a definição de limites e de condicionantes do que pode – e, principalmente, do que não pode – ser incluído na concessão deve ser estabelecido em cada caso concreto. Por óbvio, estes limites e premissas devem ser estabelecidos previamente à licitação da rodovia, de maneira a fornecer a todos os interessados o exato objeto do contrato e o que poderá ser inserido durante seu prazo de vigência.**

141. Nesta definição, é fundamental considerar que ‘as obras de maiores vulto e importância a serem realizadas pelo concessionário devem estar previstas e adequadamente avaliadas no plano de exploração rodoviário inicial, a fim de orientar as propostas das licitantes’ (Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão 738/2017-Plenário).

142. Assim, a minuta contratual deve estabelecer regras que afastem a inclusão de obrigações contratuais ilimitadas e sem qualquer compatibilidade com o objeto da licitação, de maneira a harmonizar a imprevisibilidade de um contrato longo e a prestação do serviço atual e adequado com o dever constitucional de licitar e os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, tutelando a previsibilidade do contrato e favorecendo a entrada de novas empresas no setor.

143. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que estabeleça no edital e na minuta de contrato limites e condições para a inserção e exclusão de obras ou obrigações do contrato de concessão, incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente, sob pena de desvirtuar o objeto do contrato, em atendimento ao princípio da licitação (CF/88, art. 175, caput, e art. 37, XXI), os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência da Administração Pública (CF/88, art. 37, caput, e Lei 9.784/99, art. 2º, caput).

A.3.3 Da regulação por custos e da transferência dos riscos aos usuários e ao Poder Concedente

144. Conforme visto anteriormente, a cláusula 21.5.1 do contrato dispõe que a inclusão de obras e serviços no escopo do contrato será reequilibrada por meio da metodologia do 'Fluxo de Caixa Marginal', nos termos de regulamentação específica. Por sua vez, a ANTT regula a matéria no âmbito da Resolução 3.651/2011.

145. Algumas das disposições da Resolução, recepcionadas na minuta, além de afrontarem o disposto no art. 9º, *caput*, da Lei 8.987/95, promovem a ineficiência do serviço, uma vez que incentivam o incremento indevido dos custos dos investimentos que são suportados pelos usuários do serviço.

146. O art. 9º da Lei 8.987/95 marcou importante alteração na regulação dos serviços públicos no Brasil. Ao dispor que 'a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação', o legislador abandonou a regulação por custos, anteriormente praticada, a qual vinculava a tarifa dos usuários aos custos apresentados pelo prestador do serviço.

147. A regulação dos serviços públicos baseada nos custos fomenta a ineficiência do prestador e a ampliação dos custos do serviço, acarretando, em última instância, o aumento das tarifas.

148. Quando o regulador transfere para as tarifas os custos apresentados pelo concessionário, majorados de uma taxa de retorno do investimento, há um **incentivo ao prestador do serviço de não buscar a eficiência na gestão dos recursos, uma vez que maiores custos implicam maiores tarifas, e, por conseguinte, maiores receitas.**

149. Acrescenta-se que, devido à complexidade da atividade delegada, existe uma considerável assimetria de informação na determinação dos custos do serviço pelo regulador. Vale dizer, o regulador não tem condições de conhecer plenamente os custos da concessionária, ainda que empregue significativos esforços para determiná-los (encarecendo a atividade regulatória). Por esta razão, o concessionário encontra-se em situação de vantagem sobre o regulador para impor os custos que alega incorrer e que serão transferidos aos usuários, via tarifa.

150. Para mitigar os efeitos da assimetria de informações e fomentar a eficiência do serviço e a modicidade tarifária, o legislador estabeleceu que a remuneração do serviço (tarifa) não mais estaria vinculada aos custos do serviço prestado, mas à proposta vencedora da licitação.

151. Consequentemente, buscou-se estimular a eficiência, uma vez que, com a tarifa fixada pela proposta vencedora, quanto maior a diferença entre a remuneração estabelecida e os custos reais do serviço, maiores serão os ganhos da empresa, que será impelida a promover a adoção de soluções de melhor custo-benefício. Similarmente, a assimetria de informação em relação aos custos deixa de ser um problema, dado que esses não compõem mais parâmetro de definição da tarifa.

152. Esta sistemática de incentivos também funciona para a execução de obras previstas no escopo inicial da concessão. A partir da remuneração definida na sua proposta de preço, o

concessionário tem o interesse de executar as obras de maneira eficiente, com qualidade e sem majorar preços e quantidades: definindo a melhor geometria, escolhendo materiais com elevada durabilidade e qualidade, menor custo ao longo da vida útil e que permitam o alcance dos parâmetros de desempenho e a redução dos custos com manutenção.

153. Desse modo, o legislador criou uma estrutura que alinha os interesses do Poder Concedente aos interesses do prestador de serviço. O primeiro almeja a prestação de um serviço adequado e eficiente (art. 6º da Lei 8.987/95); o segundo, maiores ganhos econômicos. Se o concessionário prestar um serviço adequado e eficiente, consequentemente auferirá maiores lucros. Em linhas gerais, o alinhamento de interesses de ambas as partes, dificulta um comportamento oportunista e favorece o cumprimento do contrato por ambas as partes.

154. Todavia, a sistemática acima se inverte no modelo de inserção de novas obras e obrigações adotados pela ANTT e recepcionados pela presente minuta contratual. O art. 3º da Resolução 3.651/11, estabelece que o ‘valor das obras e/ou serviços deverá ser proposto pela concessionária (...) mediante apresentação de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO’.

155. Tal constatação levou o Exmo. Sr. Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão 738/2017-Plenário a assinalar em seu Voto que ‘a ampliação ou inserção de obras em planos de investimentos de concessões em curso representa involução regulatória e afronta ao art. 9º da Lei 8.987/1995’, ao que teceu os seguintes comentários:

‘No passado recente, a regulação de serviços públicos no Brasil era baseada na regulação por custo. As tarifas refletiam os custos declarados pelo concessionário mais dado adicional – a taxa de retorno do investimento.

Tal sistemática ocasionava dois efeitos:

- incentivo a realização de investimentos, ainda que desnecessários, e desestímulo à eficiência na gestão, haja vista que as tarifas eram calculadas para remunerar todos os investimentos e suportar todos os custos; e
- assimetria de informações, em benefício da concessionária, na determinação dos custos do serviço, haja vista que o regulador não tem condições de conhecer plenamente esses custos.

Buscando mitigar os efeitos da assimetria de informações e fomentar eficiência do serviço e modicidade tarifária, o modelo evoluiu para a regulação por incentivos, a qual vincula a tarifa à proposta vencedora, em vez de aos custos da concessionária.

Nesse sentido, o art. 9º da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995), que dispõe que: ***‘A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato’***.

O novo modelo permite que a concessionária se aproprie de boa parte dos lucros resultantes do ganho de eficiência e da redução de custos. Quanto maior a diferença entre a remuneração, definida pelo regulador, e seus custos, maiores os seus lucros.

O incentivo à eficiência também se reflete na execução de obras. O concessionário passa a buscar as melhores soluções de engenharia e utilizar materiais que assegurem a durabilidade, para alcance prolongado dos parâmetros de desempenho e redução dos custos com manutenção.

Além disso, como os custos da concessionária deixam de ser relevantes para a definição da tarifa, os efeitos da assimetria de informação são mitigados.

Ao ampliar ou inserir novos investimentos aos originalmente previstos e permitir que a própria concessionária elabore o projeto de engenharia, a ANTT, na prática, retoma o regime de custos e incentiva a concessionária a valer-se da assimetria de informações do negócio para exacerbar os custos do novo investimento, recomendando soluções de engenharia antieconômicas e superestimando quantitativos.

Tais circunstâncias exigem que o órgão regulador seja capaz de questionar as soluções e quantitativos adotados nos projetos de engenharia, quantificar custos e fiscalizar rigorosamente a qualidade das obras, atividades que pressupõem recursos humanos, técnicos e financeiros com que a ANTT atualmente não conta.’

156. Pela prática atualmente adotada, a empresa propõe a solução de engenharia, elabora os projetos e os precifica por meio dos custos de referência oficiais, vale dizer, sem qualquer desconto. A ANTT, por sua vez, a partir dos preços e custos levantados pela concessionária aprova os projetos, insere os valores dos investimentos no fluxo de caixa marginal e recalcula a tarifa de pedágio, que aumenta para remunerar as novas obrigações. Dessa forma, os custos das novas obras e obrigações são calculados pelos concessionários e repassados integralmente às tarifas, cabendo aos usuários, em última instância, arcar com os valores quantificados.

157. Destarte, a ANTT retoma o que o art. 9º da Lei 8.987/95 buscou vedar nos serviços públicos, qual seja a regulação por custos, onde o regulador repassa à tarifa os custos do serviço, nesse caso, o custo das obras. Como estes serão integralmente repassados aos usuários e valendo-se da complexidade de determinação da justeza dos valores da obra, o concessionário tem incentivos para majorar, ao máximo, o seu custo, uma vez que resultará em maiores tarifas e proporcionará maiores ganhos econômicos.

158. Assim, a metodologia de inserção de novos investimentos e obrigações adotada pela ANTT e prevista na presente minuta contratual cria uma estrutura de incentivos para a ocorrência de superfaturamento das obras e investimentos, implicando em majorações indevidas da tarifa de pedágio.

159. Além do incentivo para a execução de obras com custos elevados e de maneira ineficiente, a mudança de paradigma faz com que se exija do órgão regulador enorme esforço (com impacto nos custos regulatórios) para mitigar os efeitos da assimetria de informação. Como passa a existir incentivo para um comportamento oportunista do concessionário, de majorar indevidamente os custos das obras, se torna fundamental uma análise prévia rigorosa dos projetos de engenharia e um acompanhamento intensivo da execução dos investimentos, a fim de garantir a sua execução a partir de um preço justo e com qualidade e aderência ao projeto aprovado.

160. Todavia, a competência da ANTT é de regular o serviço concedido, e não fiscalizar a execução de obras públicas, tarefa que cabe ao Dnit. Como a Agência não detém a expertise e os recursos humanos e materiais para fazê-lo, abre-se oportunidade para desvios e superfaturamentos significativos, conforme verificado em duas auditorias recentes.

161. A primeira auditoria avaliou a obra denominada Nova Subida da Serra na BR-040/MG/RJ, trecho administrado pela Concer. Na oportunidade, a ANTT incluiu um empreendimento de cerca de R\$ 1,4 bilhão, o qual foi inserido no contrato ao final do prazo de concessão, tendo como contrapartida o aporte de recursos públicos ou, subsidiariamente, a prorrogação do contrato de concessão, não prevista no contrato original. Foram encontradas irregularidades relacionadas à sobrepreço e superfaturamento no valor de **R\$ 400 milhões**, deficiências no projeto executivo, entre outras. Atualmente, esta importante obra encontra-se paralisada por falta de recursos e sem perspectiva de retomada no curto prazo.

162. Após as irregularidades do caso acima, realizou-se auditoria nas obras de construção da 4ª faixa na BR-290/RS, trecho administrado pela Concepa. A obra também foi contratada ao final do contrato de concessão, mediante pagamento por meio de recursos públicos, os quais foram realizados no montante de R\$ 241 milhões. Esta unidade instrutiva apurou um potencial **superfaturamento de R\$ 91 milhões**, tendo, inclusive, sido deflagrada a operação ‘Cancela Livre’ da Polícia Federal em razão destas potenciais irregularidades. Com proposta de irregularidade grave com recomendação de paralisação (p-IGP), o processo encontra-se ainda na fase instrutiva (TC 010.370/2016-1).

163. **Diante de todo o exposto, em duas oportunidades em que o TCU avaliou os custos de obras inseridas nas concessões de rodovias por meio de termos aditivos, apurou-se montante da ordem de R\$ 491 milhões entre superfaturamento e sobrepreço. As**

irregularidades e os prejuízos resultam da metodologia da Agência de inserção de investimentos nas concessões rodoviárias que, além de carecer de qualquer respaldo da legislação e afrontar disposto no art. 9º da Lei 8.987/95, repassa integralmente aos usuários os custos das obras, que são levantados pelas concessionárias. O modelo incentiva a majoração indevida das obras, uma vez que obras mais caras implicam maiores tarifas, prejudicando os usuários e possibilitando maiores ganhos econômicos para os concessionários.

164. Assim, é necessário compatibilizar eventual necessidade de execução de novas obras e de novos serviços no trecho concedido com o art. 9º da Lei 8.987/95, de modo que a regulação por custos não seja irregularmente retomada. Para tal, a minuta contratual deve possuir cláusulas de desincentivo à ineficiência e à majoração tarifária a partir sucessivos custos adicionais.

165. Vale lembrar que a ANTT, nos contratos de concessão da terceira etapa, iniciados em 2014, já apresentou alternativa nesse sentido, consubstanciada no ‘estoque de melhorias’. Em tais concessões, além das obras identificadas como necessárias pelo estudo de viabilidade, foram contratadas outras a serem implantadas sob demanda da Agência ao longo do tempo. O contrato de concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG, por exemplo, previu o seguinte estoque.

Tabela 10: Estoque de Obras na concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG

Melhoria	Quantitativo
Vias Marginais (extensão útil em km)	6,0
Acessos (un)	2,0
Interconexão Diamante (un)	9,0
Passarelas (un)	6,0
Interconexão Trevo (un)	3,0
Interconexão Trombeta (un)	3,0
Retorno Operacional (un)	1,0

Fonte: ANTT

166. Assim, caso se verifique a necessidade de uma passarela adicional no trecho concedido, a ANTT pode demandar da empresa a sua execução e dar baixa do estoque, sem ensejar revisão tarifária. Essa modelagem possibilita a execução de novas obras a necessidade de recorrer à regulação por custos, pois os riscos são atribuídos ao particular (projeto, implantação, manutenção, monitoração, etc.), procedimento que denota aderência ao art. 9º, da Lei 8.987/95.

167. A minuta contratual ora apresentada suprimiu o ‘estoque de melhorias’ de modo que qualquer nova intervenção, mesmo de pequena envergadura, como uma passarela ou um acesso ou uma interconexão, acionará os mecanismos de regulação por custos e a assunção integral dos riscos pelo poder concedente, o que é incompatível com os dispositivos legais mencionados.

168. Insta notar que a minuta de contrato, em sua subcláusula 9.2.4, ao mesmo tempo em que previu que a inclusão de novos investimentos fosse feita exclusivamente por meio de revisão quinquenal, relativizou a regra para as melhorias que anteriormente compunham o estoque, de sorte que se pode vislumbrar significativo incremento da regulação por custos para a concessão sob análise:

(i) Será permitida, a qualquer momento, quando devidamente motivada por questões de segurança viária, a inclusão de novos investimentos para implantação de passarelas ou de outros dispositivos, quando a sua execução se revelar imprescindível à segurança viária e, por esse motivo, não puder aguardar a revisão quinquenal subsequente;

169. Por tais análises, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que compatibilize a inclusão de novas obras e obrigações no contrato de concessão ao disposto no art. 9º da Lei 8.987/95, evitando repassar totalmente aos usuários os custos delas decorrentes, podendo-se levar em conta outros mecanismos como o estoque de melhorias, conforme os contratos anteriores, em atendimento aos princípios que regem a

Administração Pública, sobretudo, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência (art. 37, caput, da CF/88).

170. Ainda sobre a divisão de riscos, destaca-se a cláusula 20.1.17 da minuta do contrato de concessão da BR-101/290/386/448/RS. Nela, verifica-se uma relativização de riscos antes atribuídos aos concessionários, ao dispor que:

20.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 20.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...)

‘20.1.17 aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros e variação cambial, **excetuando-se a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos previstos na subcláusula 20.2.5 de responsabilidade do Poder Concedente;**’

[destaque nosso]

171. A parte final, destacada em negrito, foi inserida na minuta contratual e representa a parte que se diferencia dos contratos da 3ª etapa de concessão, e seu significado merece ser destacado caso venha a termo.

172. Em regra, todos os custos decorrentes das atividades relacionados ao custo de capital são riscos a serem assumidos pelos concessionários, seja o custo do capital próprio, ou o custo do capital de terceiros.

173. A inédita exceção trazida pela cláusula 20.1.17 está no fato de qualquer criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos relacionados aos custos de capital será assumido como risco do Poder Concedente.

174. Observa-se, portanto, uma tentativa de repassar riscos típicos da atividade privada para o poder concedente – a redação em questão permite que a empresa se exima de sua responsabilidade pelo aumento do custo de capital em virtude de legislação ou regulamentação superveniente.

175. A empresa é livre para escolher a melhor maneira para obter os recursos necessários para a exploração da concessão, podendo utilizar-se de recursos próprios ou de terceiros, sejam captados no mercado doméstico ou internacional.

176. Como não foi exigida a apresentação de plano de negócios, não é possível saber de antemão qual foi a composição de capital considerada pela empresa e que resultou na formulação de sua tarifa básica de pedágio; assim, não é factível ponderar o impacto de eventual legislação para criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos no aumento do custo de capital (seria necessário, também, aferir o impacto de eventual redução do custo de capital – algo que a minuta de contrato não considera).

177. Apesar de o art. 9º, § 3º, da Lei 8.987/1995 estabelecer a necessidade de revisão da tarifa quando da criação de alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, este artigo deve ser interpretado de forma uníssona com os demais dispositivos legais, sendo assim, o direito ao reequilíbrio deve-se restringir àqueles tributos que incidem sobre a equação econômico-financeira da concessão, como os ligados diretamente sobre a receita bruta de pedágio (PIS, COFINS, ISS), além da CSLL, a qual incide sobre o lucro, descartando-se aqueles relacionados ao risco de aumento do custo de capital.

178. Diante do exposto, propõe-se determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1995 que suprima a parte final da subcláusula 20.1.17 da minuta contratual: ‘excetuando-se a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos previstos na subcláusula 20.2.5 e de responsabilidade do Poder Concedente’, em atendimento ao art. 2º, inciso II, e art. 9º, da Lei 8.987/1995.

179. Por fim, vale destacar o disposto na cláusula 25.1 da minuta contratual:

‘A Concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações assumidas no Contrato, **exceto o exposto na subcláusula 20.2.5.**’

[destaque nosso]

180. A expressão ‘exceto o exposto na subcláusula 20.2.5’ também representa uma exceção inapropriada, justamente porque caberá à agência reguladora uma avaliação constante dos tributos relacionados ao financiamento, que é um risco da concessionária, em regra, para todos os contratos de concessão de rodovias. Ademais, não é exigida do concessionário, a apresentação do fluxo de caixa alavancado (do acionista) na licitação, sendo assim, não há como se avaliar o impacto de uma alteração da carga tributária incidente sobre o financiamento se não existem informações sobre o seu fluxo de caixa.

181. Dessa maneira, diante do exposto acerca da regulação por custos, dispensada pela Lei 8.987/1995, o risco do negócio deve ser atribuído à concessionária, em regra. Não se pode transformar, deste modo, o contrato de concessão de serviço público num contrato semelhante ao de empreitada por preços unitários.

182. Portanto, propõe-se determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1995 que suprima a parte final da subcláusula 25.1 da minuta contratual: ‘exceto o exposto na subcláusula 20.2.5’, em atendimento ao art. 2º, inciso II, e art. 9º, da Lei 8.987/1995.

A.3.4 Das obras condicionadas ao volume de tráfego

183. As ‘obras de manutenção de nível de serviço’ (item 3.2.3 do PER) são definidas pelo PER como o ‘conjunto de obras e serviços de implantação de faixas adicionais, e adaptação dos dispositivos necessários, observados os parâmetros técnicos, dependentes da notificação do atingimento do parâmetro de nível de serviço proposto’ (peça 8, p. 51). Em outras palavras, são obras necessárias para manter o nível de serviço desejado para a rodovia, ao longo do prazo da concessão.

184. Constam desta rubrica, na última versão dos estudos, apenas as ‘obras de ampliação da capacidade condicionadas ao volume de tráfego’, consoante item 3.2.3.1 do PER. Estas obras consistem na construção de faixas adicionais de tráfego, diante do atingimento de determinados volumes de tráfego, chamado de ‘gatilho volumétrico’.

185. Este ‘gatilho’, ao ser atingido, demandará da concessionária, providências para a implantação de faixas adicionais no respectivo trecho e a adequação de obras de arte especiais, acessos e interconexões; de modo a incrementar as condições de fluidez e de segurança da rodovia.

186. A minuta de contrato, por sua vez, explícita, em seu item 9.5.1 (ii), que as ‘obras condicionadas ao volume de tráfego não serão executadas pela concessionária caso o VDMA – equivalente móvel do respectivo trecho homogêneo atinja o volume de veículos indicado na tabela constante do PER após o 25º (vigésimo quinto) ano de vigência do contrato’.

187. Nas concessões da 3ª etapa, na alocação de riscos entre as partes, os custos com as ‘obras de manutenção do nível de serviço’ foram atribuídos integralmente às concessionárias, a exemplo da concessão da BR-060/153/262/DF/GO:

21.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 21.2, a Concessionária é **integral e exclusivamente responsável por todos os riscos** relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...)

21.1.7 custos para execução dos serviços previstos nas frentes de recuperação e manutenção, ampliação e **manutenção do nível de serviço**, conservação e serviços operacionais de todas as obras de ampliação de capacidade e melhorias da frente de ampliação e **manutenção do nível de serviço**; [destaques nossos]

188. Neste caso, cabe ao concessionário a assunção dos custos relativos a estes empreendimentos de ampliação de capacidade.

189. A alocação desse risco à concessionária não é fortuita, pois o acionamento do ‘gatilho’ de tráfego somente ocorrerá se a demanda de veículos superar, razoavelmente, o tráfego projetado no estudo de viabilidade. Em outras palavras, pode ocorrer um crescimento inesperado de veículos na rodovia e, numa situação como essa, a concessionária terá um acréscimo extraordinário de sua arrecadação de tarifas de pedágio e, como contrapartida, obrigações adicionais para a manutenção do nível de serviço pactuado podem ser necessárias por sua conta e risco.

190. Em linhas gerais, portanto, caso a demanda de tráfego projetada nos estudos de viabilidade se concretizem ao longo do prazo da concessão, em princípio, não haverá necessidade da realização de obras condicionadas ao volume de tráfego. Ou seja, apenas as obras previstas como intervenções obrigatórias seriam suficientes para a manutenção do nível de serviço durante os 30 anos de concessão.

191. Já a minuta contratual da concessão da BR-101/290/448/386/RS, no entanto, inverteu esta lógica, de maneira que o Poder Concedente passou a assumir por completo tais riscos:

20.2 O Poder Concedente é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão:

‘(...)

20.2.21 custos adicionais decorrentes de eventuais obras de manutenção de nível de serviço, previstas no item 3.2.3 (gatilho), conforme estabelecido no PER;’

192. Em razão disso, ao contrário dos contratos anteriores, a presente minuta previu que estas obras serão reequilibradas pelo fluxo de caixa marginal, vale dizer, terão o mesmo tratamento dos novos investimentos: os projetos serão elaborados pela concessionária e as intervenções serão remuneradas pelo preço teto dos sistemas de custos referenciais:

‘9.5.2 A **inclusão das obras condicionadas** ao volume de tráfego se dará **mediante fluxo de caixa marginal**, de acordo com regulamentação da ANTT, após sua conclusão, conforme estabelecido no cronograma executado aprovado pela ANTT.’ [destaques nosso]

193. Como consequência, a modelagem das obras condicionadas ao volume de tráfego padece de todos os problemas verificados na inclusão de investimentos tratados nos tópicos anteriores, qual seja a não manutenção das condições efetivas da proposta, a possibilidade de desvirtuamento do objeto desta licitação e a remuneração do serviço a partir do custo. Pela monta das obras condicionadas ao volume de tráfego, passíveis de serem incluídas no contrato, este tópico constitui uma das principais fontes de risco para a concessão da BR-101/290/448/386/RS, haja vista os problemas atualmente vivenciados nas concessões em andamento.

194. **Pelo vultu que tais obras podem assumir e pelas regras regulatórias atuais, será possível inserir um pacote de investimentos significativos, de forma marginal ao contrato, tão relevantes a ponto de descaracterizar o objeto inicialmente contratado, e de proporcionar aumentos expressivos da tarifa de pedágio. Tal procedimento pode ter como efeito, ainda, a prorrogação do prazo contratual, conforme será detalhado a seguir.**

195. De acordo com o item 3.2.3.1 do PER, os trechos para os quais foram previstos gatilhos de tráfego totalizam 353,8 km, o que representa **74,7%** da extensão total da concessão (473,4 km).

196. Tomando como referência o custo médio da ampliação de faixa calculado no presente estudo de viabilidade, para a BR-386/RS, de R\$ 8,1 milhões por km, a construção de uma única faixa adicional nos trechos contemplados com os ‘gatilhos’ de tráfego pode atingir por volta de **R\$ 2,8 bilhões**, quase a terça parte de tudo o que foi previsto em termos de investimentos para os trinta anos de contrato: R\$ 8,512 bilhões (peça 9, p. 17).

197. Pelo exposto, a minuta contratual previu que importantes obras deverão ser executadas caso a rodovia atinja determinado nível de serviço até o 25º ano de concessão. Todavia, ao estabelecer que as mesmas sejam reequilibradas pelos critérios vigentes na Resolução 3.651/2011, o usuário estará sujeito a um aumento substancial da tarifa de pedágio, ao passo que a concessionária se apropriará, além dos lucros proporcionados pelos critérios vigentes (preço de

referência da Administração, projetos e orçamentos próprios, dispensa de licitação), também dos benefícios do aumento de tráfego, e do consequente aumento das receitas.

198. Considerando o tráfego atual e as projeções futuras realizadas pela empresa que elaborou os estudos de viabilidade, não se pode antever, ao certo, se os ‘gatilhos’ serão acionados nos primeiros 25 anos de contrato; contudo, caso isto ocorra, os efeitos podem ser expressivos, a ponto de demandar o reequilíbrio econômico-financeiro a partir de aumentos expressivos da tarifa de pedágio.

199. Por outro lado, caso o gatilho seja acionado até o 25º ano de concessão, o prazo exíguo para amortização dos novos investimentos pode inviabilizar o aumento da tarifa de pedágio. Como alternativa, restará ao agente regulador a prorrogação do prazo contratual como forma de remunerar estes novos investimentos (subcláusulas 3.2 e 21.3.2 da minuta contratual), sob pena de inviabilizar o acesso dos usuários ao serviço.

200. Assim, pode-se antecipar que nos últimos anos do contrato as obras de ampliação da capacidade condicionadas ao volume de tráfego tornar-se-ão cada vez mais necessárias e, levando em consideração a sua monta, a prorrogação do contrato poderá se tornar o principal mecanismo para financiá-las, o que favorecerá o disparo de novos ‘gatilhos’ e a execução de novas obras que passarão a ser urgentes.

201. Outra hipótese a se considerar é o acionamento do ‘gatilho’ de tráfego a partir do 31º ano de concessão, caso o contrato venha ser prorrogado por qualquer das hipóteses previstas na minuta contratual. Nesta situação, atingir o ‘gatilho’ de tráfego é bastante provável, de maneira que importante parte dos investimentos da concessão será executada à margem da concorrência e sem qualquer desconto.

202. Acrescenta-se que outras obras além das condicionadas passarão a ser urgentes, exigindo novos aditamentos contratuais, novamente. Podem surgir, por exemplo, demandas por novas vias marginais, interconexões ou até contornos urbanos quando os prazos são ampliados para além dos trinta anos inicialmente estudados e previstos.

203. Ademais, não se podem olvidar as necessidades de intervenções em segmentos para os quais não se previu o mecanismo de gatilho, como o no trecho da BR-290/RS (km 91,8 a 94,0), que já apresenta nível de serviço ‘E’ no início do projeto e apresentará nível ‘F’ já no 5º ano de concessão, e que será absolutamente intrafegável ao final do contrato, especialmente se for prorrogado.

204. Assim, a previsão de obras condicionadas ao volume de tráfego como risco do poder concedente, a serem incluídas sem licitação e desconto, representa uma potencial descaracterização do objeto do contrato de concessão e burla ao dever de licitar, que poderá onerar indevidamente a tarifa do serviço público.

205. Vale observar que o critério adotado é bastante controverso, como mostra documento apreendido pela Polícia Federal na Operação ‘Cancela Livre’ (peça 14). Em ata de reunião ocorrida no MTPAC em 6/4/2016, o tema é abordado da seguinte maneira:

‘Precificação de obras condicionadas a gatilho de investimento. Foi reiterada a proposta de que estas obras não fossem precificadas desde a elaboração da proposta, mas apenas no momento de sua efetiva realização pela metodologia do fluxo de caixa marginal. A proposta foi rejeitada em razão por se entender que haveria oposição insuperável no TCU.’

206. Como se percebe, a regra ora analisada advém de proposta da própria Triunfo Participações e Investimentos, a qual já vinha sendo discutida com o MTPAC desde 2016. Apesar de ter sido rejeitada, na oportunidade, esta regra acabou prevalecendo na minuta contratual encaminhada.

207. Em princípio, entende-se que decisões a respeito das cláusulas contratuais não são cabíveis dentro do escopo da PMI, devendo-se se restringir aos órgãos públicos e não envolver terceiros interessados. Isto porque o Decreto 8.428/2015 que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse delimita o escopo da seguinte forma:

‘Art. 1º Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.’

208. Ou seja, não é de competência do ente privado a participação em discussões envolvendo a modelagem contratual a ser adotada. A este cabe apenas a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos.

209. Outro ponto importante sobre as obras condicionadas ao tráfego é a supressão de obrigações (e riscos) da concessionária relacionadas a melhorias de interconexões existentes, as quais eram descritas como ‘obras de fluidez e conforto’ na minuta inicialmente encaminhada e em todos os demais contratos de concessão da terceira etapa.

210. Em vista disso, eventuais obras de ‘ampliação de capacidade dos dispositivos de interconexão’ que não estejam atreladas aos gatilhos deverão ser incluídas no contrato de forma marginal, a partir das revisões contratuais. Aparentemente, tais obras se mostram de pouca importância, porém os efeitos destas alterações podem assumir proporções preocupantes.

211. Como exemplo, pode-se citar a concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG, administrada pela Concebra. Uma das alterações contratuais analisadas pela ANTT, e que foram objeto de Representação ao TCU (TC 036.417/2016-5), se referiam à construção de um viaduto de acesso ao aeroporto de Goiânia/GO. Os efeitos tarifários calculados pela ANTT na oportunidade representavam um valor **29 vezes maior** do que a inexecução de um viaduto semelhante, previsto no contrato original, aferido por meio do fator D (peça 1, p. 64, deste processo).

212. Em suma, quando a ANTT insere importantes investimentos no contrato, os quais já poderiam ter sido previstos nos estudos de viabilidade iniciais, dispensa a única oportunidade que possui para sujeitar os preços a pressão competitiva e mitigar a assimetria de informação. Além disso, inverte a lógica de uma concessão de serviços públicos, qual seja a execução do serviço, precedida de obra pública, por conta e risco do concessionário (art. 2º da Lei 8.987/95). Pela sistemática, a Agência transfere o risco dos custos ao usuário, que arcará integralmente com os valores estabelecidos pelo concessionário.

213. Por todo exposto, conclui-se que a previsão de obras de manutenção de nível de serviço como risco do poder concedente é medida que descumpra o dever de licitar, em afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência a que se sujeita a Administração, não garante a manutenção das condições efetivas da proposta, retoma a regulação por custos e, de forma seletiva, prejudica a prestação do serviço adequado pelo não atendimento da modicidade tarifária.

214. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que se abstenha de licitar o trecho da BR-101/290/448/386/RS com cláusula contratual que atribua riscos ao Poder Concedente, relacionados às obras de manutenção do nível de serviço, em atendimento aos arts. 175, caput, e 37, XXI, da CF/88, art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, art. 65, §1º, da Lei 8.666/93 e os princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88 e §1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária.

A.3.5 Da previsão de prorrogação contratual

215. A possibilidade de prorrogação do contrato de concessão da BR-101/290/448/386/RS é outro aspecto que está diretamente ligado a todos os problemas que já foram apontados sobre a ‘inclusão de novas obras e obrigações durante a execução contratual’: não manutenção das condições efetivas da proposta; burla ao procedimento licitatório e afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência; regulação por custos e transferência de riscos ao poder concedente. Além disso, relaciona-se umbilicalmente à problemática das obras condicionadas ao

volume de tráfego, pois as demandas geradas pelo eventual acionamento dos gatilhos deverão ser viabilizadas apenas mediante prorrogação do contrato.

216. Nos termos da Lei 8.987/1995 (art. 2º), a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, requer que exista um prazo determinado para a prestação do serviço:

‘II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e **por prazo determinado**;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra **por prazo determinado**;

217. O art. 23 da Lei 8.987/1995, por sua vez, indica que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas às condições para prorrogação do contrato (inciso XII). A minuta de contrato encaminhada, contudo, não atende ao art. 23, da Lei 8.987/1995, pois não detalha as condições para a prorrogação do contrato ao final do prazo inicial de trinta anos, trazendo apenas os seguintes dispositivos:

‘3.1 O prazo da concessão é de 30 (trinta) anos contados a partir da data da assunção.

3.2 O presente contrato poderá ser prorrogado, a exclusivo critério do poder concedente, por até 30 (trinta) anos, nas seguintes hipóteses:

(i) pela presença do interesse público, devidamente justificado;

(ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada;

(iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando exigidos pelo poder concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração;

3.2.1 Os atos administrativos pertinentes à prorrogação do contrato deverão ser adequadamente motivados pela ANTT, inclusive quanto ao prazo fixado, observada a legislação que rege a matéria.

3.2.2 O instrumento contratual de prorrogação deverá explicitar o respectivo prazo, as obras ou serviços a serem executados, os valores estimados e a tarifa básica de pedágio a ser cobrada.’

218. Nesse sentido, a subcláusula 3.2.2 do contrato revela que as condições da prorrogação serão conhecidas somente ao término da vigência inicial, ocasião em que serão definidas as obras ou serviços que serão executados pelo prazo adicional, os valores das intervenções e a tarifa básica de pedágio. Assim sendo, as ‘condições para prorrogação do contrato’ serão conhecidas somente ao término da vigência contratual, o que é vedado pelo art. 23 da Lei 8.987/1995.

219. Em outras palavras, de acordo com a minuta contratual, daqui a aproximadamente trinta anos, as partes terão ampla liberdade para negociar a inclusão de novas obras e serviços no contrato de concessão; ou seja, poderão conceber um novo contrato, absolutamente distinto do inicialmente avençado, sem submetê-lo à ampla concorrência.

220. Tal procedimento é contrário ao dever constitucional de licitar art. 37, inc. XXI, da CF/88), o qual não encontra exceções quando se trata da prestação de serviços públicos sob regime de concessão (art. 175, da CF/88), e incompatível com os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência que são exigidos da Administração (art. 37, *caput*, da CF/88; art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99).

221. Além disso, caso ocorra a prorrogação para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, prevista na subcláusula 3.2 (iii), a minuta contratual conduz à aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal:

‘O processo de recomposição em razão da inclusão de obras e serviços no escopo do contrato será realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, nos termos de regulamentação específica.’

222. A metodologia em questão, conforme comentado anteriormente, é incompatível com as exigências constitucionais e legais acerca da manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da CF/88, no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95) e da modicidade tarifária requerida para a prestação de serviço adequado (art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95).

223. Não se pode deixar de considerar, igualmente, que a inclusão de obras e de serviços daqui a trinta anos será feita integralmente por meio da regulação por custos, o que afronta o art. 9º da Lei 8.987/1995, além de estimular a ineficiência do serviço, uma vez que o a tarifa será fundamentalmente dependente dos custos a serem incluídos no contrato de concessão, ao longo do prazo de eventual prorrogação.

224. A rigor, os termos de eventual prorrogação sequer poderão ser considerados como contrato de concessão, pois a definição legal dada pela Lei 8.987/1995 requer do particular a prestação do serviço ‘por sua conta e risco’, o que deixará de ocorrer caso haja inclusão de novas obras e serviços ao término do prazo original. Acrescente-se a isso, que a previsão de gatilhos como risco do poder concedente fornecerá o subsídio que faltava nos contratos anteriores para a prorrogação indevida da avença até o limite de sessenta anos.

225. Basta que alguns trechos apresentem nível de serviço aquém do ‘C’ para que novas obras sejam incluídas e possibilitem uma prorrogação inicial. Nesse prazo, outros trechos atingirão nível de serviço inadequado e forçarão nova prorrogação, e assim sucessivamente. Neste caso, a concessionária se verá ‘compelida’ a executar as obras condicionadas ao volume de tráfego, pois nos termos da minuta de contrato: ‘O não cumprimento das obrigações das subcláusulas anteriores sujeitará a concessionária à aplicação das penalidades previstas neste contrato’.

226. Criou-se, a bem da verdade, um subterfúgio contratual que pode obrigar o poder concedente a aprovar sucessivas inclusões de novas obras e serviços no contrato de concessão, sem licitação, sempre que os gatilhos forem acionados, se necessário por meio de prorrogação da avença.

227. De todo o exposto, conclui-se que a minuta contratual proposta não apresenta as condições para a prorrogação do contrato exigidas pelo art. 23 da Lei 8.987/1995, de sorte que a possibilidade de prorrogação deve ser suprimida da minuta, caso as condições para prorrogação não sejam definidas para todos os licitantes.

228. No caso concreto, caso se deseje que novas obras e serviços sejam incluídos no contrato de concessão depois de encerrado o prazo de trinta anos, é necessário que o estudo de viabilidade seja refeito de modo a indicar quais serão as intervenções programadas para o período subsequente, que devem ser submetidas à ampla competição proporcionada pelo certame licitatório.

229. De resto, como os estudos não exigem a apresentação do plano de negócios da futura contratada, ao final do prazo de trinta anos, quando todos os investimentos previstos inicialmente deverão estar concluídos e amortizados, não será possível saber qual a parcela da tarifa básica de pedágio a ser considerada para eventual prorrogação.

230. Esta cláusula, sobre a possibilidade de prorrogação do contrato de concessão, também foi criticada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda (MF), conforme Parecer 80/COGTL/SEAE/MF, de 28/3/2017 (peça 16, p. 4-5), documento também apreendido na Operação Cancela Livre.

‘16. No entanto, entende a Seae, que, sob o ponto de vista regulatório, a prorrogação deve, preferencialmente, ser utilizada como um mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Um prazo de prorrogação demasiadamente longo pode trazer distorções.** Esse entendimento já foi consubstanciado em Pareceres anteriores como, por exemplo, no Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 208 /COGTL/SEAE/MF, de 30 de julho de 2015 (manifestação sobre a Edital e Minuta Contratual de Licitação da Rodovia BR 476), em que a Seae

se manifestou no sentido de que, sob o ponto de vista econômico e regulatório, '[...] a licitação é um momento importante para o exercício da concorrência em mercados monopolísticos de prestação de serviços públicos e que a possibilidade de prorrogação dos contratos por prazos superiores a 5 (cinco) anos poderia frustrar essa competitividade.'

17. De forma exemplificativa/comparativa, citam-se os casos das recentes concessões dos aeroportos de Brasília/DF, Campinas/SP e Guarulhos/SP, em que os contratos de concessão definem prazos de 25,30 e 20 anos, respectivamente, limitando-se as eventuais prorrogações a, no máximo, cinco anos, e somente para fins de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro. O mesmo dispositivo está presente nas minutas de contrato e de edital dos aeroportos de Porto Alegre-Salgado Filho, de Salvador- Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins, cujos contratos de concessão definem prazo de 25, e 30 anos, respectivamente, podendo ser prorrogados por até cinco anos, para fins de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro. (*in verbis*): (...)

18. Nesse contexto, como regra geral, é entendimento da Seae que a possibilidade de prorrogação do contrato por prazos longos restringe a concorrência pelo mercado, pois pode levar à realização de rodadas de licitação a intervalos mais longos, limitando a oportunidade de outras empresas disputarem a exploração do serviço público num certame licitatório.'

231. Diante de todo o exposto, os estudos apresentados da concessão da BR-101/290/448/386/RS são incompatíveis com a possibilidade de prorrogação prevista na minuta de contrato, pois as condições para a extensão de vigência do contrato não foram indicadas (art. 23, da Lei 8.987/1995), o horizonte de projeto limita-se ao prazo de trinta anos e o detalhamento da proposta que permitiria eventual prorrogação não está sendo exigido da concessionária. Acrescenta-se que, pela presente modelagem, a prorrogação viabilizará a execução, sem licitação, de uma grande monta de investimentos. Notadamente, as obras condicionadas ao volume de tráfego e os investimentos que serão exigíveis para manter o trecho em condições mínimas de trafegabilidade, serão executados a partir de inclusão no fluxo de caixa marginal, conforme preceituado na minuta, em manifesta afronta ao dever de licitar, aos princípios da administração, notadamente, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, à manutenção das condições efetivas da proposta e à vinculação ao objeto licitação.

232. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que exclua as cláusulas referentes à prorrogação do contrato de concessão, caso não se estabeleça as condições em que esta se dará, o que inclui, o tratamento dos custos operacionais e investimentos, sobretudo, aqueles relacionados às obras condicionadas ao volume de tráfego e às obras notadamente necessárias para a manutenção de trechos críticos em condições mínimas de operação, de maneira a compartilhar com os usuários os benefícios concorrenciais da presente licitação e atender ao disposto no arts. 175, caput, e 37, XXI, da CF/88; no art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, no art. 65, §1º, da Lei 8.666/93 e os princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88 e §1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária.

A.4. Dos critérios para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

233. Conforme exposto anteriormente, o não cumprimento das metas dos contratos é uma prática recorrente nas concessões vigentes. Uma das causas deste problema está justamente nas falhas metodológicas dos critérios contratuais que têm como objetivo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando do atraso dos cronogramas das obras obrigatórias, ou não cumprimento dos parâmetros de desempenho pelo concessionário.

234. Em outras palavras, caso haja falhas nos critérios de recomposição do equilíbrio contratual, certamente isto pode contribuir para a ineficácia da concessão, pois, em certos casos, o descumprimento contratual pode ensejar até um maior ganho econômico pelo concessionário.

235. Neste sentido, a análise da concessão da BR-101/290/386/448/RS concentrou-se na aferição dos critérios de reequilíbrio econômico-financeiro.

A.4.1 Do fator de desconto ou Fator D

236. O fator D é um ‘mecanismo preestabelecido e pactuado entre as partes no contrato, visando à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro para os casos de descumprimento dos parâmetros de desempenho da frente de recuperação e manutenção e inexecução e atraso das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e melhorias e da frente de serviços operacionais, de acordo com os parâmetros técnicos e os parâmetros de desempenho’ (peça 17, p. 79).

237. Pela minuta de contrato, caso ocorra a exclusão definitiva de obras e de serviços do PER, ‘a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará, por meio da aplicação do Fator D até o final do prazo da concessão’ (peça 17, p. 83).

238. Em linhas gerais, trata-se de um percentual fixo, ajustado ao ano previsto de execução, a ser descontado da tarifa básica de pedágio ofertada pela concessionária no leilão, calculado e determinado quando da publicação do edital de licitação, para reequilibrar o contrato nas situações em comento, cujo balizador de equilíbrio contratual é a manutenção da taxa interna de retorno (TIR) não alavancada.

239. Ocorre que o mecanismo adotado pela ANTT, em substituição ao plano de negócios, apresenta inconsistências e insuficiências para atender aos objetivos para os quais foi criado, as quais devem ser equacionadas antes que se cogite levar adiante a presente licitação.

240. O fator D é um percentual fixo, estabelecido antes da licitação, com base nos valores das obras e dos serviços que constaram do estudo de viabilidade em relação à tarifa-teto, calculada para o certame; posto de outra maneira, o fator D é uma estimativa da representatividade (percentual) de determinada obrigação contratual em relação ao conjunto de todas as obrigações contratuais assumidas pela concessionária ao longo de trinta anos.

241. A metodologia do Fator D visa à manutenção da TIR não alavancada de 9,2% do EVTEA, ou seja, estabelece descontos tarifários para compensar eventuais descumprimentos de parâmetros de desempenho, alterações de cronograma ou exclusões de obrigações da concessionária.

242. Assim, frisa-se, o Fator D não constitui espécie de penalidade à concessionária, isto é, trata-se de um mecanismo que ajusta a tarifa de pedágio, para que, em termos financeiros, seja equacionado o equilíbrio econômico-financeiro em razão do atraso de obrigações contratuais.

243. Para calcular os percentuais do Fator D, para cada tipo de intervenção prevista no anexo 5 do PER, foi utilizada a metodologia do Fluxo de Caixa Descontado, no qual os valores das entradas e saídas de caixa previstos para cada ano são trazidos a uma mesma data base, no caso setembro de 2016, descontando-se por uma taxa interna de retorno de 9,20%, definida pelo Ministério da Fazenda.

244. De acordo com o EVTEA, estão previstos, R\$ 3.323.749.350,59 para despesas de capital (CAPEX) e R\$ 2.030.728.676,33 em despesas operacionais (OPEX), ambos a valor presente, vale dizer, o CAPEX representa cerca de 62% dos desembolsos previstos, ao passo que o OPEX representa aproximadamente 38% (peça 42).

245. Os percentuais de fator D foram divididos nas seguintes frentes:

1. Frente de recuperação e manutenção;
2. Frente de ampliação de capacidade, manutenção de nível de serviço e melhorias; e
3. Frente de serviços operacionais.

246. A seguir, será resumida a metodologia de cálculo para definição dos percentuais de cada um dos itens que preveem a aplicação do fator D.

A.4.1.1 Frente de Recuperação e Manutenção:

247. Para definição dos percentuais do Fator D na frente de recuperação e manutenção, no que tange ao desempenho do pavimento, foram utilizados os valores presentes dos dispêndios com

pavimento nos trabalhos iniciais, na restauração e nas manutenções programadas. Somados, os valores totalizam R\$ 947.117.582,06 (a valor presente), ou 17,69% do VPL total.

Tabela 11: Valores presentes relacionados à frente de recuperação e manutenção do pavimento

Item	Valor Presente (set. 16)	% VPL Total	Extensão (km)
Pavimento BR-386	R\$ 555.826.397,35	10,38%	265,80
Pavimento BR-290	R\$ 202.224.437,05	3,78%	98,10
Pavimento BR-101	R\$ 134.105.476,67	2,50%	87,85
Pavimento BR-448	R\$ 54.961.270,99	1,03%	21,62
PAVIMENTO TOTAL	R\$ 947.117.582,06	17,69%	473,38

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [Fator D_20171108_Final.xlsx]. Elaboração Própria.

248. Ponderando-se pela extensão e pelo peso de cada um dos parâmetros de desempenho nos custos, foram definidos os seguintes valores a serem descontados por quilômetro de rodovia onde houver descumprimento dos parâmetros:

Tabela 12: Fator D por descumprimento dos parâmetros de desempenho do pavimento

Indicadores de Qualidade ou Parâmetro de Desempenho em desacordo com previsão contratual	BR-101	BR-290	BR-386	BR448
1- Ausência de depressões, abaulamentos ou áreas exsudadas na pista ou no acostamento	0,00595%	0,00804%	0,00815%	0,00991%
2- Ausência de desnível entre faixas de tráfego contíguas	0,00407%	0,00550%	0,00558%	0,00678%
3- Desnível entre a faixa de tráfego e acostamento conforme estabelecido no PER	0,00407%	0,00550%	0,00558%	0,00678%
4- Ausência de flecha nas trilhas de roda, conforme parâmetros de desempenho	0,00407%	0,00550%	0,00558%	0,00678%
5- Cumprimento dos limites de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI)	0,00783%	0,01058%	0,01073%	0,01304%
6- Cumprimento dos limites máximos de áreas trincadas (TR)	0,00251%	0,00338%	0,00343%	0,00417%
Total anual	0,02851%	0,03850%	0,03905%	0,04747%

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [Fator D_20171108_Final.xlsx]. Elaboração Própria.

249. Já os parâmetros de desempenho referentes aos dispositivos de proteção, segurança, sinalização e iluminação foram obtidos a partir da soma dos valores presentes para os respectivos itens nos trabalhos iniciais, restauração e manutenção. Somados, os valores totalizam R\$ 417.926.779,92 ou 7,81% dos desembolsos totais previstos na concessão. Os percentuais foram divididos pelos 473,38 quilômetros de extensão do trecho concedido, resultando no fator D a ser descontado por km no caso de descumprimentos destes parâmetros de desempenho.

Tabela 13: Fator D por descumprimento dos parâmetros de desempenho relacionados aos dispositivos de proteção e segurança, sinalização e iluminação.

Item	Valor Presente	% VPL	Fator D/km
7- Sinalização Vertical e Aérea	R\$ 100.844.532,28	1,88%	0,00398%
8- Sinalização Horizontal	R\$ 32.996.922,76	0,62%	0,00130%
9- Dispositivos de Proteção e Segurança	R\$ 152.896.697,32	2,86%	0,00603%
10- Sistemas Elétricos e de Iluminação	R\$ 131.188.627,57	2,45%	0,00518%
TOTAL	R\$ 417.926.779,92	7,81%	0,01649%

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [Fator D_20171108_Final.xlsx]. Elaboração Própria.

250. Quanto ao fator D referente a reforços e reforma das obras de arte especiais (OAE), somados os valores totalizam R\$ 154.110.641,82 ou 6,90% do VPL Total. Os percentuais foram divididos pela área (m²) de OAE para definição dos valores para fator D.

251. Para os investimentos em manutenção de aceiros e recomposição de cercas, os valores alocados somam R\$ 20.148.198,57, ou 0,38% do VPL total. Os valores foram divididos pela quantidade de metros de recomposição de cerca previstos e pela área de manutenção de aceiros para definição dos percentuais a serem descontados.

Tabela 14: Fator D por descumprimento dos parâmetros de desempenho relacionados a obras de arte especiais, faixa de domínio e canteiro central.

Item	Valor Presente	% VPL	Fator D
11- OBRAS DE ARTE ESPECIAIS (total)	R\$ 152.128.578,87	2,84%	0,00007%/m ²
12- OBRAS DE ARTE ESPECIAIS (novas)	R\$ 217.155.660,69	4,06%	0,00010%/m ²
13- Manutenção de aceiros	R\$ 18.237.734,47	0,34%	0,00011%/m
14- Recomposição total de cercas	R\$ 1.910.464,09	0,04%	0,00553%/km
TOTAL	R\$ 389.432.438,13	7,27%	

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [Fator D_20171108_Final.xlsx]. Elaboração Própria.

A.4.1.2 Frente de ampliação de capacidade, manutenção de nível de serviço e melhorias

252. Os percentuais previstos para o Fator D para as obras de ampliação de capacidade e melhorias foram obtidos através da soma dos valores presentes dos investimentos projetados para todos os anos da concessão com os valores previstos para manutenção e conservação da respectiva intervenção. Os valores presentes desses fluxos totalizam R\$ 1.786.697.946,49 ou 33,37% do VLP total.

253. Os percentuais do fator D foram obtidos pela divisão das porcentagens de VPL pela quantidade prevista e somando as respectivas manutenções e conservações exigidas para cada item:

Tabela 15: Fator D por descumprimento dos parâmetros de desempenho relacionados à frente de ampliação e melhorias

Item	VALOR PRESENTE	% VPL	Quant. Prevista	Fator D
15 - Duplicação em Terreno Ondulado	R\$ 417.290.392,50	7,79%	199,7 km	0,05040%/km
16 - Duplicação em Terreno Montanhoso	R\$ 108.067.188,98	2,02%	25,50 km	0,09052%/km
17 - Execução de Faixa Adicional	R\$ 133.850.550,80	2,50%	78,80 km	0,04310%/km
18 - Vias Marginais	R\$ 89.780.795,96	1,68%	75,74 km	0,02214%/km
19 - Passarelas	R\$ 42.925.596,06	0,80%	32 und.	0,02505%/und.
20 - Passagens Inferiores	R\$ 27.926.995,90	0,52%	13 und.	0,04012%/und.
21 - Paradas de Ônibus	R\$ 3.854.190,57	0,07%	38 und.	0,00189%/und.
22 - Implantação de Iluminação de travessias urbanas	R\$ 41.646.894,43	0,78%	95,05 km	0,00818%/km
23- Construção de acessos	R\$ 15.804.723,97	0,30%	59 und.	0,00500%/und.
24- Retorno em nível	R\$ 15.748.412,72	0,29%	30 und.	0,01634%/und.
25- Meio retorno em nível	R\$ 7.437.842,09	0,14%	6 und.	0,02642%/und.
26- Interconexão diamante	R\$ 127.012.947,86	2,37%	17 und.	0,15425%/und.
27- Interconexão trombeta	R\$ 50.160.476,91	0,94%	6 und.	0,17084%/und.
28- Interconexão parclo	R\$ 37.493.626,70	0,70%	8 und.	0,09734%/und.
29- Interconexão trevo	R\$ 76.661.665,44	1,43%	5 und.	0,31097%/und.
30 - OBRAS DE ARTE ESPECIAIS (novas)	R\$ 217.155.660,69	4,06%	42.648,33 m ²	0,00010%/m ²
Manutenção por faixa de rodovia (somada no % de duplicação)	R\$ 444.486.924,24	8,30%	1.841,85 km	

Item	VALOR PRESENTE	% VPL	Quant. Prevista	Fator D
Conservação por faixa de rodovia (somada no % de duplicação)	R\$ 116.465.211,76	2,18%	1.841,85 km	
TOTAL	R\$ 1.973.770.097,58	36,87%		

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [Fator D_20171108_Final.xlsx]. Elaboração Própria.

254. **Analisando os coeficientes estabelecidos, verificou-se erro na fórmula que calcula o fator D para retornos em nível (peça 40). O valor alocado considera somente o valor presente de 12 (R\$ 15.748.412,72) dos 30 (R\$ 42.646.225,08) retornos em nível previstos no PER. A quantidade total prevista está correta. Consequentemente, houve subestimação do valor presente unitário desta melhoria.**

255. Diante do exposto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que ajuste o Fator D referente aos investimentos de construção dos retornos em nível, de maneira a considerar o valor presente de todos os retornos desse tipo previstos no PER, em atendimento ao disposto no art. 9º, §2º e § 4º, da Lei 8.987/95.

A.4.1.3 Frente de Serviços Operacionais

256. Foram previstos o fator D para os seguintes Serviços Operacionais:

Tabela 16: Fator D por descumprimento dos parâmetros de desempenho relacionados Frente de Serviços Operacionais

Item	Valor Presente	% VPL	Quant.	Fator D
Posto de Fiscalização da PRF	R\$ 1.422.221	0,03%	9 und.	0,00295%/und.
Bases Operacionais	R\$ 25.795.639	0,48%	14 und.	0,03441%/und.
Sistemas de Pesagem Fixa	R\$ 58.791.534	1,10%	4 und.	0,27450%/und.
Equipamentos de Detecção e Sensoriamento de Pista	R\$ 4.424.723	0,08%	49 und.	0,02241% /und.
Painéis de Mensagens Variáveis Fixos	R\$ 3.356.945	0,06%	8 und.	0,00784%/und.
Circuito Fechado de TV - CFTV	R\$ 42.977.454	0,80%	316 und.	0,00254%/und.
CFTV – Câmeras Fixas – Passarelas	R\$ 7.499.351	0,14%	32 und.	0,00438%/und.
Sistema de Controle de Velocidade	R\$ 5.150.052	0,10%	16 und.	0,00601%/und.
Fibra Ótica	R\$ 41.631.559	0,78%	473,38 km	0,00164%/km
TOTAL	R\$ 191.049.483	3,57%		

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [Fator D_20171108_Final.xlsx]. Elaboração Própria.

257. **Analisando os coeficientes estabelecidos, verificou-se erro na fórmula de cálculo do percentual do Fator D para os equipamentos de detecção e sensoriamento de pista (peça 41). Foram utilizados os valores dos investimentos referentes a sistemas de pesagem fixa (peça 40), superestimando os valores percentuais para os equipamentos de detecção e sensoriamento de pista.**

258. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que corrija a fórmula que calcula os percentuais do Fator D para ‘implantação dos equipamentos de detecção e sensoriamento de pista’, corrigindo os erros de referência encontrados nas planilhas, em atendimento ao disposto no art. 9º, §2º e § 4º, da Lei 8.987/95.

259. Além dos erros relacionados aos coeficientes calculados, identificaram-se outros problemas na metodologia que devem ser corrigidos antes da futura licitação por não permitir o devido reequilíbrio do contrato e incentivar inexecuções contratuais. Por motivos didáticos, propõem-se os seguintes tópicos: abrangência do reequilíbrio; e base de cálculo para incidência dos percentuais do Fator D;

260. Passa-se para cada um desses pontos.

A.4.1.4 Abrangência do reequilíbrio

261. Apesar de o objetivo do fator D ser a adoção de critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, vale destacar que a abrangência destes critérios é limitada, ou seja, não contempla todas as obrigações da concessionária.

262. Ou seja, somando-se todos os itens listados no anexo 5 da minuta contratual, onde há critérios para o fator D, sua abrangência representa aproximadamente 70% da TBP (peça 17, p. 84-86). Isso significa que aproximadamente 30% dos desembolsos previstos na concessão não serão reequilibrados caso haja alteração no cronograma ou mesmo a exclusão do item no PER.

Tabela 17: Itens relevantes sem previsão de reequilíbrio

Item	Valor Presente	% VPL
Gestão Ambiental do Sistema Rodoviário	R\$ 123.312.702,06	2,30%
Centro de Operação da Concessionária	R\$ 269.737.750,11	5,04%
Equipamentos e Veículos da Administração	R\$ 392.978.370,90	7,34%
Sistemas de Atendimento ao Usuário	R\$ 297.163.288,23	5,55%
Sistemas de Pedágio e Controle da Arrecadação	R\$ 371.137.637,28	6,93%
Desapropriações e Desocupação da faixa de domínio	R\$ 60.884.204,75	1,14%
Total	R\$ 1.515.213.953,33	28,30%

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [Fator D_20171108_Final.xlsx]. Elaboração Própria.

263. A falta de previsão de Fator D para esses itens gerará, invariavelmente, desequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária toda vez que houver inexecução ou ausência da prestação dos serviços acima elencados, de sorte que a Agência deve garantir que todo e qualquer investimento possa ser reequilibrado.

264. A título de exemplo, o item ‘Sistemas de Pedágio e Controle de Arrecadação’ representa quase 7% do valor presente líquido total e não possui fator D correspondente para ser reequilibrado. Nesse caso, a omissão é ainda mais grave, visto que provavelmente os sistemas convencionais de arrecadação de pedágio tendem a ser substituídos pelo sistema de *Free-Flow*, onde a arrecadação é menos dependente das praças de pedágio, e o usuário pode pagar a tarifa de forma proporcional ao seu percurso na rodovia. Assim, a minuta contratual não estabelece critérios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando que afetem o sistema de pedágio e controle de arrecadação.

265. Diante do exposto, a Agência possui a discricionariedade técnica para definir qualquer mecanismo hábil para reequilibrar os quase 30% dos desembolsos previstos que não possuem critérios na minuta contratual, ou ampliando a incidência do Fator D ou exigindo dos licitantes o plano de negócios com relação a estes itens ou por qualquer outro meio hábil para isso. Em qualquer hipótese, todas as obrigações devem estar contempladas com algum mecanismo de reequilíbrio econômico e financeiro, a fim de possibilitar a o cumprimento do art. 9, §4º, da Lei 8.987/1995.

266. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 251 do Regimento Interno do TCU, propõe-se determinar à ANTT que, antes de licitar o trecho BR-101/290/448/386/RS, ajuste a metodologia do fator D, de forma a possibilitar a existência de critérios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para todas as obrigações constantes

no Programa de Exploração da Rodovia, em atendimento ao disposto no art. 9º, §2º e § 4º, da Lei 8.987/95.

50. A.4.1.5 Base de cálculo para incidência dos percentuais do Fator D

267. Além da previsão limitada de incidência, o Fator D é calculado sobre a tarifa vencedora da licitação (com deságio), apesar de ter sido calculado sobre a tarifa do EVTEA (sem deságio). Consequentemente, o deságio do vencedor da licitação passa a ser linearmente aplicado a todos os itens que compõe as tabelas constantes no anexo 5 da minuta do Contrato (Peça Contrato, p. 79-88).

268. No caso do contrato de concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG (Concebra), por exemplo, o fator D estabelecido por quilômetro de duplicação foi de 0,04610%. Para se chegar a esse percentual, verificou-se que a duplicação de 647,8 km envolvia investimento de R\$ 1.787.554.788,27 (valor presente líquido - VPL), ao passo que todos os encargos previstos (investimentos + custos operacionais) totalizavam R\$ 5.985.993.318,93 (VPL), o que resultou no percentual em tela ($R\$ 1.787.554.788,27 / R\$ 5.985.993.318,93 / 647,8 \text{ km} = 0,04610\%$).

269. Quando a referida concessionária ofereceu um deságio de 52% em relação à tarifa-teto para arrematar o certame, isso implicou em assumir que o valor do investimento, para fins de aplicação do fator D, também teria decrescido 52%.

270. Assim, caso a empresa deixe de executar uma determinada intervenção, o desconto tarifário será calculado com base em 48% do valor previsto no EVTEA para aquele investimento (aplicação linear do deságio).

271. Todavia, a própria ANTT defende que os descontos apresentados pelas concessionárias não incidem sobre o valor das obras constantes nos planos de negócios (peça 24, p. 18):

(...) análises feitas pela ANTT nos planos de negócios apresentados pelas concessionárias da 2ª etapa do programa de concessões federais, mostraram que, de uma forma geral, as concessionárias apresentaram valores de investimentos muito próximos àqueles dos estudos indicativos elaborados pelo poder concedente (EVTEAs), **sendo o deságio ofertado oriundo principalmente dos valores de tráfego** (majoração das receitas esperadas em relação aos estudos indicativos) **e da redução dos valores de custos operacionais** (pautado talvez na expectativa de uma maior eficiência operacional). [destaque nosso]

272. Por conseguinte, a despeito de considerar que os deságios ofertados pelas concessionárias normalmente não advêm de descontos em relação aos valores referenciais (EVTEA) para os investimentos previstos em contrato, a ANTT consente na integral incidência desse deságio para fins de reduzir a tarifa, via fator D, quando a empresa deixa de cumprir suas obrigações.

273. Ora, verifica-se um verdadeiro contrassenso. Se a Agência defende que as empresas não ofertam desconto sobre as obras, então não faz sentido corrigir seus eventuais atrasos ou inexecuções a partir do desconto total ofertado pela empresa. Caso a tese da Agência seja verdadeira, as empresas teriam um incentivo para não executar obras, uma vez que o seu reequilíbrio seria a partir de uma base de cálculo menor do que o valor real das obras. No caso da concessionária Concebra, por exemplo, a empresa 'perderia' aproximadamente apenas a metade do que deixou de investir.

274. **Tal contradição fica tanto mais evidente quando confrontada com a metodologia adotada pela ANTT para a inclusão de novas obras no contrato de concessão (atual metodologia do fluxo de caixa marginal), a qual não considera a incidência de qualquer tipo de deságio, muito menos a apropriação integral do deságio obtido no leilão, o que gera a paradoxal situação de 'desvalorização' da obra originalmente contratada e de 'valorização' daquela inserida posteriormente sem qualquer tipo de licitação. Esse desequilíbrio, comum a todos os contratos da terceira etapa, tem como resultado um forte incentivo ao descumprimento do contrato original e à proposição de novas obras, ainda que desnecessárias.**

275. A minuta contratual ora proposta não apresentou qualquer solução para essa contradição fundamental que acomete o fator D, de maneira que os estudos precisam ser revistos anteriormente à licitação; caso contrário, os problemas já verificados nas concessões da terceira etapa continuarão a ocorrer na BR-101/290/448/386/RS e poderão se agravar significativamente.

276. Isso porque, a minuta contratual da BR-101/290/448/386/RS é a primeira que propõe a aplicação do fator D para a exclusão de obras (contratos anteriores previam o mecanismo apenas em caso de atrasos ou inexecuções); ou seja, se a subestimativa do investimento original era transitória (até que a intervenção fosse executada) agora ela passará a ser definitiva (supressão do investimento original).

277. Além disso, a minuta contratual da BR-101/290/448/386/RS amplia as possibilidades de exclusão de investimentos originalmente contratados, ao trazer ‘diretrizes para a exclusão de obras e serviços’ (subcláusula 9.2) e ao prever, nas revisões quinquenais, a exclusão de obras ou serviços com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário.

278. De todo o exposto, conclui-se que a aplicação do fator D, em cotejo com a presente metodologia prevista para o fluxo de caixa marginal, não acarreta desconto percentual suficiente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conferindo estímulo para o descumprimento das obrigações contratuais originárias por parte da concessionária e para a postulação de intervenções não previstas, sem licitação e sem desconto, o que afronta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal; os arts. 6º e 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995.

279. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que, antes de licitar o trecho BR-101/290/448/386/RS, ajuste a base de cálculo da metodologia do fator D, de maneira a, efetivamente, propiciar o equilíbrio contratual nos casos de descumprimento ou exclusão de obrigações relacionadas à frente de recuperação e manutenção, à frente de ampliação de capacidade e melhorias e à frente de serviços operacionais, em atendimento ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 2º e §4º, da Lei 8.987/95.

A.4.2. Do fator de acréscimo de reequilíbrio ou Fator A

280. Os estudos para a concessão da BR-101/290/448/386/RS alteraram a formulação do desconto e do acréscimo de reequilíbrio, introduzindo dois novos coeficientes ao cálculo: o coeficiente de ajuste temporal – CAT (peça 17, p. 87) e o coeficiente de ajuste adicional – CAA (peça 17, p. 88).

281. O CAT tem como propósito ‘equilibrar receitas e despesas no tempo, mantendo a neutralidade do Fator D no caso, respectivamente, de descumprimento ou antecipação de obrigações contratuais’, ao passo que o CAA visa ‘captar o tempo de antecipação das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e melhorias’.

A.4.2.1 Do cálculo do desconto de reequilíbrio

282. No caso do desconto de reequilíbrio, a minuta contratual indica que o ‘resultado da avaliação dos itens da frente de ampliação de capacidade e melhorias e da frente de serviços operacionais ainda considerará a aplicação do coeficiente de ajuste temporal previsto no item 4 deste anexo’ (peça 17, p. 81).

283. O ‘item 4’, por seu turno, indica que o CAT consiste na multiplicação do percentual calculado de desconto de reequilíbrio por valor pré-fixado na Tabela IV, correspondente ao ano previsto para a execução das obras e serviços constantes no PER. A minuta prediz, também, que o fator D ajustado pelo coeficiente de ajuste temporal permanecerá constante e será aplicado enquanto perdurar a inexecução.

284. Desse modo, se a empresa deixar de duplicar 10 km em terreno ondulado que estão previstos para o terceiro ano de concessão, o fator D de 0,5040% (0,05040% / km * 10 km) será multiplicado por um CAT de 1,333 (do ano previsto para a execução das obras), resultando num desconto tarifário total de 0,671832%, de incidência anual até a efetiva execução das obras.

285. Outro exemplo, caso haja postergação da interconexão trombeta em Osório/RS (BR-290, km 4+830) prevista para o segundo ano, o fator D, de 0,17084%, será multiplicado por 1,210 (CAT do 2º ano), resultando num desconto tarifário de 0,20678%, de incidência anual até a efetiva execução das obras.

A.4.2.2 Cálculo do acréscimo de reequilíbrio

286. De acordo com a minuta de contrato, o percentual relativo ao acréscimo de reequilíbrio será calculado obedecendo a seguinte formulação:

$$A = [(CAA \times D) - D] \times CAT$$

287. Caso a empresa se proponha a duplicar, no terceiro ano de concessão, 10 km em terreno ondulado, previstos para o 18º ano de contrato, o fator D de 0,5040% será afetado por um CAT de 1,333 (ano de antecipação para a execução das obras) e por um CAA de 3,744 (quinze anos de antecipação). Isso resultará em acréscimo tarifário de 1,8435% $\{[(3,744 \times 0,5040) - 0,5040] \times 1,333\}$, de incidência anual até o término do contrato de concessão.

288. Caso a empresa proponha executar no segundo ano a interconexão trombeta em Estrela/RS (BR-386, km 354+800) prevista para o 15º ano, o acréscimo tarifário será de 0,44246% $\{[(3,140 \times 0,17084) - 0,17084] \times 1,21\}$, de incidência anual até o término do contrato de concessão.

A.4.2.3 Desconto x Acréscimo

289. Os cálculos acima permitem concluir que a duplicação de 10 km em terreno ondulado, prevista e executada no terceiro ano de contrato, equivale a 0,671832% da tarifa, ao passo que, caso a mesma obra tenha sido prevista para o ano 18 e antecipada para o terceiro ano, representaria 1,8435% da tarifa (quase três vezes mais). Este fato permite um jogo de cronograma pelo futuro concessionário, de modo que este pode auferir ganhos financeiros indevidos atrasando as obras previstas para o início do contrato e adiantando as obras previstas para o final do contrato.

290. Do ponto de vista estritamente matemático, a diferença pode ser justificada pelo maior valor relativo do investimento nos anos iniciais de contrato, já que a empresa precisará antecipar o desembolso de recursos que seriam necessários somente quinze anos depois, se fosse mantida a programação original.

291. Na prática, contudo, essa diferença cria estímulos para que a concessionária privilegie a execução das obras de ampliação de capacidade previstas para os anos finais de contrato (menos urgentes e de maior impacto tarifário) em detrimento daquelas previstas para os anos iniciais de contrato (mais urgentes e de menor impacto tarifário).

292. Quando a empresa, no terceiro ano de contrato, deixa de executar um trecho de 10 km de duplicação em terreno ondulado para executar outro trecho, também de 10 km no mesmo tipo de terreno, não se verifica qualquer antecipação real de obras, mas uma antecipação fictícia que lhe garantirá um acréscimo tarifário de 1,171668% (1,8435% - 0,671832%), sem que tenha incorrido em encargo adicional.

293. No caso da interconexão trombeta, se a empresa, ainda no segundo ano, a deixe de executar e execute a mesma intervenção prevista para o 15º ano, em termos de ajuste contratual, haverá acréscimo tarifário injustificado de 0,23568%.

294. Isto ocorre porque a formulação proposta para o acréscimo de reequilíbrio não considera a substituição de obras ou o jogo de cronograma. A rigor, o mecanismo apenas seria adequado numa situação ideal, em que a empresa executasse rigorosamente todas as suas obrigações contratuais ao longo da vigência do contrato, cenário distante daquele verificado nas concessões de rodovias federais geridas pela ANTT.

295. Ademais, não se pode perder de vista que a minuta contratual da concessão da BR-101/290/386/448/RS é mais permissiva que os contratos vigentes no que se refere à possibilidade de alteração dos prazos de realização dos investimentos, uma vez que prevê expressamente ferramentas que viabilizam o jogo de cronograma nas revisões quinquenais (peça 17, p. 41):

‘17.7.1 Revisão quinquenal é a revisão da Tarifa Básica de Pedágio decorrente de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, **antecipação ou postergação de obras ou serviços**, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário.’ [destaque nosso]

296. De modo geral, o que se tem visto é que a antecipação ou postergação de obras não guarda qualquer relação com a ‘dinâmica do sistema rodoviário’ ou com ‘as necessidades dos usuários’.

297. Exemplo dessa prática foi verificado na BR-153/SP, no qual a concessionária Transbrasiliana, **no ano seguinte ao início da avença, logrou reprogramar 82,9% das obras de melhorias e de ampliações de capacidade que deveria executar; ou seja, praticamente celebrou um novo contrato de concessão**, conforme pode ser extraído do TC 032.829/2016 (peça 77, p. 15, deste processo).

Tabela 18: Reprogramação das Obras no contrato de concessão da BR-153/SP

Obra	Valor (R\$) ref. jul/07	Programação	
		Original	Alterada
1 Contorno de Ourinhos - L = 5,0 km	5.228.705,24	Ano 4	Anos 2 e 3
2 Trevos Contorno de Ourinhos - km 334,5 e 338,3	8.519.132,97	Ano 4	Anos 2 e 3
3 Duplicação - km 338,2 ao 345,2 (região de Ourinhos)	12.691.953,39	Ano 6	Ano 3
4 Passarelas - km 339 e 344,2 (região de Ourinhos)	1.176.963,98	Ano 4	Ano 3
5 Supressão - ruas laterais Bady Bassit (km 69,3 - 75,8)	6.242.092,85	Ano 9	-
6 Projetos/supervisão - ruas laterais Bady Bassit	280.894,18	Ano 9	-
7 Ruas laterais - 5,0 km (km 255,4 - 259,0)	4.729.707,82	Ano 3	Ano 4
8 Ruas laterais - 12,5 km (km 50,3 - 69,3)	10.116.155,43	Ano 4	Anos 9 e 10
9 Duplicação - km 51,7 - 58,7	11.338.257,78	Ano 3	Anos 4 e 5
10 Duplicação - km 64,0 - 74,9	17.655.287,12	Ano 3	Anos 7 e 8
11 Duplicações - km 74,9 ao 99,8	21.634.306,24	Anos 2 e 3	Anos 5 e 6
12 Trevo - km 52,5	5.390.517,77	Ano 3	Anos 4 e 5
13 Trevo - km 70,7	5.390.517,77	Ano 9	Ano 10
14 Trevos - km 55,7; 76,3; 86,1	15.224.042,59	Ano 12	Ano 13
15 Viaduto - km 58,8	4.091.727,20	Ano 9	Ano 10
16 Galeria - (1) km 73,0; (4) km 50,3 a 69,3; (1) Marília	30.831.670,46	Ano 3	Anos 3, 4, 5, 8
17 Melhorias acessos - 12 unidades	1.719.961,69	Ano 7	Ano 8
18 Melhorias acessos - 11 unidades	1.587.656,94	Ano 9	Ano 10
<i>Valor reprogramado em melhorias e ampliações (R\$)</i>	163.849.551,42		
<i>Investimento total em melhoria e ampliações</i>	197.760.933,63		
<i>% de alteração - obras de melhoria e ampliações</i>	82,9		

Fonte: ANTT

298. Atualmente, o grande desafio da regulação é fazer com que os prazos originalmente pactuados para as obras de ampliação de capacidade e melhorias sejam rigorosamente respeitados pelas partes – de maneira que a previsão de antecipação ou de postergação (subcláusula 17.7.1), com os incentivos fornecidos pela minuta contratual da BR-101/290/448/386/RS para a antecipação (Anexo 5), tende a agravar os descumprimentos de prazos e aprofundar o jogo de cronograma.

299. **De todo o exposto, conclui-se que a metodologia proposta para o acréscimo de reequilíbrio não garante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permite que a concessionária consiga incrementos tarifários sem o correspondente aumento de encargos, o que afronta o art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995.**

300. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que, antes de licitar o trecho BR-101/290/448/386/RS, ajuste a metodologia do fator A e fator D, de maneira a garantir a equivalência econômica e financeira dos adiantamentos de obrigações contratuais concomitantes com as postergações equivalentes, de forma a impossibilitar o jogo de cronograma das obras e investimentos, em atendimento ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 2º e §4º, da Lei 8.987/95.

A.5. Das penalidades contratuais

301. A versão inicial da minuta de contrato proposta para a BR-101/290/448/386/RS (peça 18) trazia, em sua cláusula 19, penalidades pelo descumprimento de obrigações por parte da concessionária análogas àquelas que constaram dos estudos para as concessões da BR-476/153/282/480/PR/SC (TC 023.298/2015-4) e da BR-364/365/GO/MG (TC 033.634/2015-7).

302. Na oportunidade, o TCU já havia rejeitado o quadro de penalidades proposto em tais estudos, pois restou evidenciado que as penalidades contratuais previstas para as intervenções de maior vulto (obras de ampliação de capacidade) eram pouco significativas quando confrontadas com as demais obrigações passíveis de multa. Em razão disso, determinou-se à ANTT que ‘revise as penalidades previstas na cláusula 20 da minuta do contrato, para que atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de forma a desestimular futuras inexecuções contratuais’.

303. Esta inconsistência foi comunicada aos representantes da ANTT em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, os gestores efetuaram a revisão das penalidades, na nova versão da minuta contratual encaminhada em 10/11/17.

304. A tabela a seguir mostra um comparativo das propostas de penalidades, entre a minuta contratual encaminhada em 31/8/2017 e a última versão.

Quadro 3: Penalidades Contratuais para obras de ampliação de capacidade

Ampliações de Capacidade e Melhorias	Multa moratória	
	31/8/2017	10/11/2017
Não cumprimento do prazo de entrega das obras necessárias para o atendimento das metas previstas no PER , quantitativos e prazos para implantação de pista dupla	5 URTs por dia	5 URTs por dia/km
Não cumprimento do prazo de entrega das obras de implantação de faixas adicionais em segmentos duplicados previstas no PER	5 URTs por dia	2 URTs por dia/km
Não cumprimento do prazo de implantação de passarelas previstas no PER	1 URT por dia/passarela	1 URT por dia/Un
Não cumprimento do prazo de implantação de vias marginais previstas no PER	2 URTs por dia/km	2 URTs por dia/km

Fonte: Minuta Contratual

305. Pela planilha, percebe-se a alteração dos níveis de multa para a realização das obras de duplicação, porém, ainda está aquém das cobranças realizadas em outros setores, como os de aeroportos. Como dispõe o contrato de concessão do aeroporto de Guarulhos, por exemplo, a multa para o não cumprimento do prazo de entrega das ampliações previstas nos terminais é de 10.000 URT por ocorrência e 100 URT por dia de atraso.

306. Ou seja, mostram-se discrepantes os níveis de penalidades aplicados entre a ANAC e a ANTT em cada setor regulado.

307. Na prática, o nível de penalidade a ser determinado pela agência reguladora é ponderado pelos concessionários em suas propostas, de modo a avaliar os riscos e consequências do não cumprimento das metas contratuais. Conforme apresentado nesta instrução, são recorrentes os atrasos na entrega das obras de ampliação de capacidade das rodovias ferreas.

308. Por tal realidade, em que pesem as modificações feitas pela ANTT na minuta contratual da BR-101/290/386/448/RS, entende-se possível, ainda, o aumento das multas para coibir o não cumprimento contratual por parte das concessionárias.

309. Diante do exposto, propõe-se recomendar à ANTT, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que eleve os valores das penalidades estabelecidas na minuta contratual da concessão da BR-101/290/386/448/RS, de forma a coibir a inexecução das obras de caráter obrigatório.

A.5.1 Da conversão de penalidades em novos investimentos

310. A versão inicial da minuta de contrato, em sua subcláusula 19.14, instituiu a possibilidade de conversão de multas resultantes da inexecução de obras e de serviços por parte concessionária em novos investimentos (peça 18, p. 48): ‘As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação de multas poderão ser utilizadas para a inclusão de novos investimentos a cargo da Concessionária, a critério da ANTT’.

311. Essa possibilidade foi mantida na versão final da minuta de contrato e consta da subcláusula 19.19, com redação similar, porém com diversos erros de redação, de sorte que se optou por privilegiar a transcrição da versão inicial.

312. Trata-se de mecanismo similar ao que constou dos termos de ajuste de conduta (TAC - Multas) que a ANTT celebrou com seis concessionárias da segunda etapa de concessões que exibiam elevados níveis de inexecução contratual, a exemplo da Transbrasiliana, do grupo Triunfo Participações e Investimentos SA, que totalizava **91 processos administrativos sancionatórios**, no valor total de **R\$ 31.597.160,00 (peça 19, p. 3)**:

CLÁUSULA SEGUNDA – DA CORREÇÃO DAS IRREGULARIDADES

Como forma de compensação das supostas irregularidades pertinentes aos processos administrativos relacionados no Anexo I, a Transbrasiliana aplicará o valor total, previsto na Primeira Subcláusula da Cláusula Primeira, na realização de obras nas rodovias objeto da Concessão, não previstas no Contrato de Concessão.

313. Para que uma concessionária possa pleitear a inclusão de novos investimentos em seu contrato de concessão é necessário que demonstre capacidade de desempenho do serviço concedido (art. 2º, incisos II e III, da Lei 8.987/1995) e capacidade de assegurar a prestação de serviço adequado (art. 6º da Lei 8.987/1995), o que não ocorre com empresas que acumulam procedimentos administrativos sancionatórios por inexecução de suas obrigações contratuais.

314. Atribuir novos investimentos a empresa que não consegue honrar sequer os compromissos originalmente assumidos é medida que atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, ‘b’, da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, ‘b’ do Decreto 4.130/02).

315. Ademais, não se verifica previsão no ordenamento legal vigente que permita ao poder concedente negociar com empresa inadimplente a conversão de suas multas em novos investimentos (art. 5º, inciso II e art. 37, caput, da CF/88).

316. Em que pese isso ter ocorrido nos termos de ajuste de conduta mencionados, cuja legalidade está sendo discutida no âmbito do TC 019.494/2014-9, trata-se de situação excepcional que não pode converter-se em regra contratual que beneficie, em caráter permanente, empresas inadimplentes ou que sirva de estímulo à inadimplência, consoante análise realizada no TC 032.829/2016-7:

Assim, a inclusão de pequenas intervenções tais como readequações de pontos de ônibus, melhorias de acessos, faunadutos (peça 11, p. 11), a valores sobrestimados em relação à proposta original (melhoria 18 acessos - R\$ 9.792.700,00 no TAC Multas; melhoria 23 acessos - R\$ 3.307.618,63 na proposta comercial), permitiu que a concessionária limpasse seu histórico de inexecuções (peça 11, p. 7):

‘CLÁUSULA SEXTA – DO CUMPRIMENTO

(...)

Segunda subcláusula - Em sendo atestado o cumprimento das obrigações assumidas pela Transbrasiliana, os processos administrativos relacionados no Anexo I serão arquivados e considerar-se-ão totalmente quitados os valores correspondentes a eventuais penalidades.'

317. Em síntese, a celebração dos dois termos de ajuste de conduta permitiu o arquivamento de todos os processos administrativos que já tinham sido abertos (TAC - Multas) e impediu a abertura de outros tantos (TAC - Plano de Ação), ou seja, possibilitou que todo o histórico registrado de transgressões contratuais, que permitiria decretar a caducidade da concessão, fosse extinto, o que abriu caminho para que novas inexecuções, como aquelas apuradas pela ANTT em 2015 (inexecução integral), ocorressem impunemente.

318. Na versão final da minuta de contrato, além de manter o dispositivo que trata da conversão de multas em novos investimentos, a ANTT deixou clara sua intenção de celebrar termos de ajuste de conduta quando configurado o descumprimento contratual:

'19.18 Poderá a ANTT, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC), visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, nos termos regulamentados em Resolução específica.'

319. Por último, licitar concessão com essa cláusula contratual é temerário, sobretudo, diante dos significativos índices de inexecução do setor. Com tais previsões, a Agência sinaliza uma 'segunda chance' para contratado, incentivando a apresentação de propostas irresponsáveis na licitação, por licitantes que possam considerar os futuros efeitos de não cumprimento do contrato, vislumbrando, de antemão, a celebração de TACs com a ANTT.

320. Diante de todo o exposto, a despeito do histórico de inexecuções dos contratos de concessões rodoviárias, a ANTT indica que não pretende punir a futura concessionária pelas infrações que vier a cometer, ao criar, sem amparo legal a figura do TAC contratual, conferindo ao gestor discricionariedade incompatível com os princípios que regem a Administração, notadamente, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência.

321. Ante o exposto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que suprima as subcláusulas 19.18 e 19.19 da minuta de contrato, em atendimento ao disposto no art. 29, inciso II, e art. 31, inciso IV, e ao parágrafo único, inciso II, do art. 23 da Lei 8.987/1995.

A.6. Do aporte adicional previsto na minuta do edital

322. Uma das modificações introduzidas neste Edital em relação aos demais editais de concessões de rodovia são os chamados 'aportes' (peça 20, p. 22-23). Estes aportes referem-se aos valores que deverão ser despendidos pela vencedora da licitação na constituição do seu capital social. Está dividido em capital social obrigatório e capital social adicional.

323. O capital social obrigatório é o valor mínimo exigido na subscrição do capital social da Concessionária, definido no montante de R\$ 276.547.000,00, o qual deverá ser integralizado em moeda corrente em duas parcelas. A primeira, antes da assinatura do contrato, no montante mínimo de R\$ 208.837.000,00 (75,52% do total) e a segunda, integralizada até o final do primeiro ano da concessão, na quantia mínima de R\$ 67.710.000,00 (24,48% do total) (peça 20, p. 23).

324. O capital social adicional é um incremento do capital social obrigatório se o valor do deságio for superior a 10% da Tarifa Básica de Pedágio (peça 20, p. 23).

325. Conforme consta nos itens 8.4.2 e 8.4.3 do Edital, o capital social adicional, assim como o obrigatório, deverá ser integralizado de duas maneiras. A primeira, antes da assinatura do contrato, no valor de R\$ 1.600.000,00 para cada ponto percentual de deságio praticado acima de 10% da Tarifa Básica de Pedágio e no caso de valores de deságio não inteiros o cálculo será feito de forma proporcional. O segundo, integralizado até o final do primeiro ano de Concessão, no valor de R\$ 22.000.000,00 para cada ponto percentual de deságio praticado acima de 10% da Tarifa Básica de Pedágio e no caso de deságios não inteiros, o cálculo será feito de forma proporcional (peça 20, p. 23).

326. Segundo registra o Plano de Outorga, a inclusão, neste Edital de concessão, desse mecanismo de aporte ‘tem por intuito coibir deságios expressivos que podem prejudicar a saúde financeira da Sociedade de Propósito Específico quando da vigência do Contrato e dos investimentos necessários ao longo do prazo da concessão. Este mecanismo vincula o deságio ofertado por uma proponente no certame licitatório à necessidade de a mesma aportar um capital social adicional’ (peça 9, p. 11).

327. Além disso, o Relatório de Audiência Pública 1/2017 apresenta como principal motivação para a necessidade desse aporte ‘assegurar que a empresa vencedora possua capital suficiente para adimplir com as obrigações iniciais do contrato, considerando a geração de caixa ainda parcial e indisponibilidade de empréstimo ponte por fontes públicas, até o prazo considerado razoável para a obtenção do financiamento de longo prazo’ (peça 23, p. 43).

328. Com intuito de ilustrar o funcionamento do mecanismo de aporte, apresenta-se a seguir uma simulação de possíveis deságios ofertados na licitação e seu incremento no capital social total a ser realização pela concessionária.

58. Tabela 19: Aporte de Capital Social

Licitantes	Deságio	Capital Social Obrigatório		Capital Social Adicional		Capital Social Total
		Integralização Antes da Assinatura	Integralizaçã o ao Final do 1º Ano	Integralizaçã o Antes da Assinatura	Integralizaçã o ao Final do 1º Ano	
Proposta A	10%	208.837.000,00	67.710.000,00	-	-	276.547.000,00
Proposta B	11%	208.837.000,00	67.710.000,00	1.600.000,00	22.000.000,00	300.147.000,00
Proposta C	22%	208.837.000,00	67.710.000,00	19.200.000,00	264.000.000,00	559.747.000,00
Proposta D	48%*	208.837.000,00	67.710.000,00	60.800.000,00	836.000.000,00	1.173.347.000,00

59. Fonte: minuta do edital de licitação

329. Em que pese ser positiva a intenção de coibir lances ‘arrojados’ pelos licitantes a fim de pretender persuadir-se que a futura concessionária terá capital suficiente para adimplir com as obrigações contratuais, entende-se que além de o mecanismo não ser efetivo para este objetivo, a Agência atacou a consequência e, não, a causa dos problemas relacionados à não execução do contratual. Acrescenta-se que além de a cláusula carecer de respaldo legal, restringe a competitividade do certame, uma vez que dificulta a participação de empresas de porte menor e terá pouco ou nenhum efeito prático, conforme será detalhado a seguir.

330. Pela tabela acima, um deságio de apenas 22% exigirá um incremento de 100% do capital social da futura concessionária. Considerando a média dos deságios das concessões constantes da 3ª etapa (Proposta D da Tabela 18) o capital que a futura concessionária precisará aportar será quadruplicado. Dessa forma, a regra poderá limitar o deságio em 10%, sem que o contrato favoreça um modelo que incentive a efetiva execução do serviço, explica-se.

331. Primeiramente, cabe frisar que os deságios agressivos verificados nos leilões da 2ª e 3ª etapas do programa de concessões refletem a expectativa das empresas em obter renegociações contratuais, a elas favoráveis, após a assunção da concessão.

332. Se os licitantes partissem da premissa de que não seriam inseridas obras de grande vulto no contrato de concessão e de que seriam apenas pela não execução de suas obrigações, dificilmente ofertariam propostas tão agressivas, sob pena de terem o contrato caducado. Com isso, os significativos deságios verificados refletem os incentivos regulatórios que a Agência tem oferecido ao setor, constituindo, a consequência e não a causa do problema das inexecuções.

333. Nesse sentido, há tempo a literatura internacional salienta o risco que as renegociações de contratos (alterações contratuais) trazem para as concessões, sobretudo, no que se refere a propostas agressivas com a expectativa de negociar junto ao regulador mudanças contratuais. Segundo Guash (2004):

‘as concessionárias devem ser responsabilizadas por suas ofertas. O comportamento apropriado do governo é **defender a oferta vencedora apresentada pela concessionária e não conceder pedidos oportunistas de renegociação.** Isso pode levar ao **abandono**, por parte das concessionárias, de uma concessão, mas esse **é um preço que vale a pena pagar, pois ajuda o governo a estabelecer uma reputação de não ceder às exigências de renegociações, desencorajando, assim, futuras ofertas agressivas.** Por outro lado, as concessionárias devem se sentirem livres para abandonar as concessões (com as penalidades correspondentes).

Os governos devem rejeitar os pedidos oportunistas de renegociação, e permitir que as concessionárias ‘quebrem’. Tais resultados reduziram a incidência de renegociação. **Essa é uma questão-chave nas concessões privadas de serviços de infraestrutura** - ainda que seja resolvido a favor das operadoras.’

[destaques nossos]

334. Como apontado ao longo desta instrução, a minuta de contrato retrocedeu, aumentando os incentivos para um comportamento oportunista do futuro concessionário, uma vez que ampliou as possibilidades de inserção de obras mediante o reequilíbrio via fluxo de caixa marginal, isto é, sem qualquer compatibilidade com a proposta vencedora da licitação, permitindo a inserção de novas obras pelo preço teto dos sistemas de referência.

335. Em segundo, mantendo-se as regras de inclusão de investimentos pelo FCM e dificultando a oferta de descontos por meio dos aportes, os usuários poderão vislumbrar o pior dos cenários, consubstanciado na não prestação do serviço adequado juntamente com o pagamento de tarifas elevadas.

336. Outro aspecto relevante é a restrição da competitividade que a alternativa pode acarretar, inibindo a participação de empresas menores. Há, de fato, empresas que têm capacidade técnica necessária, mais talvez não tenham capacidade financeira imediata para o aporte do capital exigido. Assim, tal mecanismo tem por característica restringir o caráter competitivo do processo licitatório em desconformidade a uníssona jurisprudência dessa Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos 539/2007, de relatoria do Ministro Substituto Marcos Bemquerer, e 1.229/2008, de relatoria do Ministro Guilherme Palmeira, ambos do Plenário.

337. Cabe frisar que, apesar dos atrasos, o **único** caso de concessão leiloada na 3ª etapa do programa de concessões em que as obras não foram paralisadas, é o da Concessionária MGO Rodovias. Ao contrário das demais concessões, que são exploradas por grandes grupos econômicos (Grupo CCR, Ecorodovias, Arteris, Triunfo e Odebrecht), o trecho da BR-050/MG foi concedido à referida sociedade de propósito específico, que é formada por nove empresas de médio porte. Pela regra, a entrada de licitantes do porte da MGO pode ser prejudicada ou mesmo inviabilizada. Assim, a ANTT deveria envidar esforços no sentido de evitar a concentração de mercado do setor regulado.

338. Ademais, analisando-se as concessões da 3º etapa, não se observa relação entre deságio e capital social, tampouco capital social e execução dos investimentos, conforme se depreende da tabela a seguir:

Tabela 20: capital social x deságio x investimento

Rodovia	Capital Social Exigido	Integralização Inicial	Integralização ao Final do 1º Ano	Deságios (%)	Investimentos em duplicação
VIA 40	395.000.000,00	315.000.000,00	80.000.000,00	66,86	Paralisado
Concebra	380.000.000,00	261.000.000,00	119.000.000,00	43,54	Retomada
MS VIA	307.000.000,00	234.000.000,00	73.000.000,00	52,74	Paralisado
Rota do Oeste	240.000.000,00	179.000.000,00	61.000.000,00	36,74	Paralisado
Rodovia Galvão	221.000.000,00	155.000.000,00	66.000.000,00	45,99	Não iniciado
MGO Rodovias	162.000.000,00	118.000.000,00	44.000.000,00	42,39	Em andamento

Fonte: ANTT. Elaboração própria.

339. Pelo exposto, a concessionária com maior exigência de integralização do capital está com os investimentos para duplicação paralisados, e a concessionária com menor integralização do capital social em termos absolutos, está com as obras de duplicação em andamento. Além disso, tanto a concessão que ofereceu um maior deságio (66,86%), quanto a que ofereceu um menor deságio (36,74%) estão com os investimentos para duplicação paralisados. Não se pode concluir, portanto, que o aumento da exigência de aporte de capital social impeça o aparecimento de ‘aventureiros’.

340. Outro aspecto é que a disposição carece de qualquer respaldo legal. Para a execução das obrigações contratuais existe a garantia de execução do contrato prevista no art. 18, XV, c/c art. 23, V, parágrafo único, II, da Lei 8.987/1995, considerada cláusula essencial em um contrato de concessão.

341. Além de tal exigência não ter previsão legal, ela não assegura que a concessionária irá adimplir com as obrigações contratuais, tendo em vista que os recursos financeiros para a integralização do capital **não serão perdidos pelos sócios**, ou seja, caso haja um encerramento contratual por inadimplemento de obrigações esses valores retornarão aos investidores iniciais.

342. Outra consequência da exigência é que ela estimula um comportamento oportunista do licitante vencedor. Pela metodologia constante no edital, a segunda parcela do aporte, que é a parte mais expressiva do capital social adicional, só será adimplida durante a execução contratual. Tomando como exemplo um deságio de 22% (tabela 19), o capital a ser integralizado no fim do primeiro ano passaria de R\$ 67 milhões para R\$ 264 milhões. Caso a concessionária não venha a dispor de recursos para a integralização da segunda parcela, é possível que a concessionária buscará negociar, junto a ANTT, uma forma de parcelamento ou até mesmo de diminuição do capital, possibilidade previstas no item 23.2.1 da Minuta de Contrato.

343. Esta disposição, inclusive, demonstra a incoerência do mecanismo de aporte adicional, uma exigência meramente formal que não traz impacto real na execução dos investimentos, apenas se mostra restritiva ao caráter competitivo da licitação.

344. **Diante de todo o exposto, os deságios significativos verificados nos leilões anteriores resultam da expectativa das empresas de arrematar, sobre quaisquer condições, o objeto do contrato, para compensar posteriormente com renegociações contratuais a ela favoráveis, a exemplo da inexecução das obrigações e da inclusão de novas obras. Como o efeito prático, a regra em tela é capaz de restringir a competição, ampliar a concentração de mercado e comprometer a modicidade tarifária.**

345. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que suprima a subcláusula 8.4 da minuta de edital e todas dela decorrentes, relativa à exigência de capital social adicional, tendo em vista a sua inaptidão para coibir as inexecuções contratuais, o seu caráter restritivo à competição e à modicidade tarifária, e a ausência de previsão legal no ordenamento, em atendimento aos princípios da legalidade e impessoalidade da Administração Pública (CF/88, art. 37, caput), ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/93, e ao disposto no art. 18, caput e art. 23, parágrafo único, inciso II, todos da Lei 8.987/1995.

B. Análise do estudo de viabilidade

346. Mantendo coerência com o estudo de viabilidade apresentado, a análise a seguir será dividida em duas partes: a) análise dos investimentos; e b) análise dos custos operacionais.

B.1. Análise dos investimentos

347. Os investimentos do estudo de viabilidade (inicialmente encaminhado – peça 1) contemplam toda a extensão da rodovia concedida, totalizando o montante de R\$ 8.512.760.885,22, assim distribuídos:

Tabela 21: Resumo dos investimentos previstos

Item de Investimento	Total (R\$) x 1.000	Proporção
Manutenção do Sistema Rodoviário	3.293.724.924,66	39%
Obras de Ampliação da Capacidade e Outras Melhorias	3.036.043.936,52	36%

Recuperação do Sistema Rodoviário	713.037.601,40	8%
Equipamentos e Sistemas	435.673.393,65	5%
Gestão Ambiental Do Sistema Rodoviário	305.925.914,76	4%
Administração Local	262.460.704,69	3%
Projetos	222.637.557,55	3%
Edificação	104.922.716,01	1%
Trabalhos Iniciais	69.339.297,72	1%
Desapropriação	68.994.838,26	1%
Total de Investimentos	8.512.760.885,22	100%

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas [C-2025_CAPEX Total_Rev1.xlsx]

348. Percebe-se, pois, que grande parte destes investimentos está relacionada à manutenção do sistema rodoviário (dimensionados a partir do 4º ano de concessão), à realização de obras de ampliação de capacidade e outras melhorias (dimensionados do 1º ao 18º ano de concessão), e à recuperação do sistema rodoviário (dimensionados do 2º ao 7º ano de concessão).

349. Neste sentido, a análise dos investimentos propostos concentrou-se nesses três principais itens, devido ao escopo restrito que se impõe na presente análise. Assim, registram-se adiante os principais aspectos observados.

B.1.1 Da ausência de obras de ampliação de capacidade em segmento da BR-290/RS

350. Uma das inconsistências mais relevantes observadas nos estudos é a ausência de previsão de obras de ampliação de capacidade na BR-290 (km 85,8 a 96,8), justamente, o segmento onde circula a maior quantidade de veículos, o que caracteriza uma falha grave nos estudos.

351. Segundo informações constantes no EVTEA (peça 21), este segmento conta com um tráfego médio de cerca de 100 mil veículos por dia, e, atualmente, possui quatro faixas de tráfego em cada sentido da via. Apesar disso, o trecho mais crítico (km 91,8 a 94,0) já apresenta nível de serviço ‘E’ no início do projeto e apresentará nível ‘F’ já no 5º ano de concessão (peça 22).

352. Os demais trechos também apresentam alto grau de criticidade, de modo que no 15º ano de concessão (metade do projeto, desconsiderada a possibilidade de prorrogação) todo o referido segmento já apresentará níveis de serviço ‘E’ e ‘F’, que são os piores numa escala de ‘A’ (melhor condição de operação) a ‘F’ (condição de congestionamento completo).

353. Apesar destes níveis de serviço críticos e da ausência de obras no segmento, o Programa de Exploração da Rodovia (PER) inicialmente encaminhado estabelece que: ‘Considera-se para fins dessa concessão, o nível de serviço adequado, no mínimo o nível C previsto no Manual do *Highway Capacity – HCM (Transportation Research Board, 2010)*’. Tal descrição foi suprimida da versão final do PER (peça 8).

354. A previsão de investimentos neste segmento da BR-290/RS constou na versão inicial dos estudos publicados para fins de consulta pública, onde foram previstas obras de construção de uma 5ª faixa de tráfego. Todavia, estas obras foram suprimidas na versão final encaminhada ao TCU, sob o argumento de que as obras ‘não solucionam gargalos do sistema viário local que continuarão a impactar negativamente na capacidade da rodovia’ (peça 23, p. 149).

355. Sendo assim, pelo fato de as obras inicialmente previstas não serem suficientes para melhorar o nível de serviço, o Poder Concedente optou por remover todas as obras neste segmento. Ora, se a própria ANTT reconhece os gargalos existentes e a insuficiência das obras, é incoerente que os estudos de viabilidade não prevejam investimentos neste segmento.

356. Sobre o tema, considera-se uma imposição legal a prestação do serviço adequado aos usuários de serviço público. O art. 6º, da Lei 8.987/1995, dispõe o seguinte:

‘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.’

[destaque nosso]

357. Por conseguinte, a legislação vigente não admite a prestação de um péssimo nível de serviço aos usuários do serviço público, ainda mais se isto ocorrer ao longo de grande parte do prazo de concessão. Para evitar isso, cabe aos estudos de viabilidade prever os investimentos e serviços necessários para a boa prestação do serviço público.

358. Acrescenta-se que, pela sistemática atual e pelas disposições contratuais planejadas, a partir do 5º ano de concessão, o futuro concessionário poderá pleitear a inserção no contrato destas relevantes obras da BR-290/RS, por meio da revisão quinquenal (item 9.2.4 da minuta). Como consequência da metodologia disposta na Resolução 3.651/2011 da ANTT, caso isso venha a ocorrer, as vantagens competitivas da licitação não serão aproveitadas, uma vez que os novos investimentos são dimensionados a partir de preços de referência da Administração, sem qualquer desconto, onerando de forma mais substancial a tarifa de pedágio, como já abordado alhures.

359. Aliás, a importância e a necessidade destas obras são estudadas há tempos, inclusive pela ANTT, que autorizou a Concepa, ainda no ano de 2015, a elaborar estudos para melhorar o nível de serviço deste segmento da BR-290/RS.

360. A partir da documentação apreendida pela Polícia Federal na operação ‘Cancela Livre’, obteve-se relevantes informações sobre estas obras.

361. Entre os documentos, há estudo elaborado pelo Laboratório de Sistemas e Transportes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), de março de 2015, atestando a viabilidade da execução de ruas laterais no segmento em tela, separando o tráfego de curtas e longas distâncias. As conclusões do estudo revelam que (peça 25, p. 47):

‘Diante do exposto na presente análise, **fica demonstrada a ampla viabilidade econômica da implantação de uma via lateral à Freeway** entre os municípios de Gravataí e Porto Alegre, **em vista de que os benefícios a serem auferidos pela sociedade compensam as inversões necessárias para sua implantação.** (...)’

A implantação da via lateral permitirá a **melhoria imediata das condições de mobilidade e acessibilidade, valorizará fortemente as áreas urbanas impactadas pela via, além de viabilizar a incorporação de novas áreas à mancha urbana, produzindo com isto novos negócios, a geração de emprego e renda, além de impostos** para o estado do Rio Grande do Sul e para os municípios limieiros, **bem como outros efeitos multiplicadores de benefícios sociais.** [destaques nossos]

362. Outro documento apreendido revela estudo produzido pelo mesmo Laboratório de Sistemas e Transportes da UFRGS, datado de janeiro de 2016, que atesta a viabilidade da execução de faixas reversíveis na BR-290/RS, como solução de trafegabilidade da rodovia, nos picos de demanda. Estes picos ocorrem no sentido Gravataí-Osório nas sextas-feiras e sábados, enquanto que os picos do sentido Osório-Gravataí acontecem nos domingos. A conclusão do estudo é a seguinte (peça 26, p. 43):

‘Baseado nestes critérios, e em análises dos fluxos de demanda da Freeway (apresentadas nos Relatórios 3 e 4), **conclui-se que a Freeway atende a estes critérios e possui condições operacionais para receber a implantação de faixas reversíveis.**’ [destaques nossos]

363. Outro estudo produzido pela empresa Azambuja Engenharia e Geotecnia (peça 27, p. 453), de 10/2/2016, contratada da Concepa, sobre as ruas laterais, atesta que:

‘Portanto, **o resultado da avaliação socioeconômica é a plena viabilidade do empreendimento sob a perspectiva da sociedade.** Em outras palavras, o investimento feito para construir a via lateral está plenamente justificado, com um alto retorno para a sociedade como um todo e para a RMPA [Região Metropolitana de Porto Alegre] em particular.’

364. Este último representa uma revisão do estudo entregue à ANTT pela Concepa, conforme se evidencia (peça 28) na Carta ENG 427/2015, de 30 de novembro de 2015.

365. Todos estes estudos evidenciam a necessidade de investimentos de ampliação de capacidade na BR-290/RS, sobretudo no segmento mais crítico em termos de prestação de serviço aos usuários da rodovia. Não por acaso que alternativas estão sendo estudadas pela ANTT e pela Concepa, atual concessionária do trecho.

366. A necessidade de investimentos contempla, também, o segmento do km 25,90 ao 74,68. Em outros documentos apreendidos, aduz-se que a definição das obras na BR-290/RS é vista, pela Triunfo Participações e Investimentos, como uma vantagem competitiva no certame licitatório, pois a operação de faixa reversível poderia ser incluída no contrato de concessão por meio de futura negociação. Conforme a evidência, isto poderia representar uma ‘otimização’ da proposta a ser apresentada pela TPI, no valor de R\$ 250 milhões: **‘Otimização por meio de futura negociação para operação da 4ª faixa reversível, sem necessidade, portanto, da construção da 5ª faixa. (R\$ 250 MM) (avaliar Fator D)’**.

367. Em outra documentação apreendida, revela-se novamente a vantagem competitiva de não inclusão de obras de ampliação de capacidade na BR-290/RS, pois seriam incluídas em futuro pedido de reequilíbrio contratual (peça 29, p. 9): **‘290 – (...) não inclusão destes sbts [subtrechos] na tabela de gatilhos, i.e., ampliações adicionais necessárias iriam a reequilíbrio’**.

368. As passagens acima reforçam todo o exposto na presente instrução. A discrepância entre o modo como a ANTT regula as modificações contratuais relativas a obras previstas no contrato original e obras aditivadas no ao longo de sua execução resulta na perspectiva dos interessados na concessão precificarem, em suas propostas, futuras negociações de relevantes obras.

369. Por isso, é imperiosa a previsão, nos estudos de viabilidade, de todos os investimentos necessários para a adequada prestação do serviço público, de forma a bem definir, para todos os licitantes, o objeto a ser contratado. Com isso, haverá uma igualdade entre os licitantes, de forma a ter-se como vencedor da licitação aquele que apresentar a proposta mais eficiente para a prestação do serviço público, e não aquele com a melhor perspectiva de renegociação dos termos contratuais.

370. Pior situação se revela no caso em concreto, onde é sabida a necessidade de execução de obras e investimentos no segmento mais crítico da concessão, como revelam as evidências apresentadas. Apesar disso, os estudos de viabilidade encaminhados pela ANTT optaram por omitir completamente estes investimentos. Tal omissão contraria o estabelecido no art. 175, inciso IV da Constituição Federal c/c art. 6º, da Lei 8.987/1995.

371. **Diante de todo o exposto, como os estudos não apontam investimentos de ampliação de capacidade para o segmento mais crítico da rodovia concedida, entende-se haver uma falha grave na sua concepção, ainda mais considerando a duração do contrato (30 anos mais a possibilidade de prorrogação por igual prazo). Ademais, a documentação apreendida na operação ‘Cancela Livre’ evidencia este aspecto, pois a autora dos estudos de viabilidade vê como vantagem competitiva e uma ‘otimização’ dos estudos a supressão de obras na BR-290 para posterior inclusão por meio de revisão contratual.**

372. Diante de tais considerações, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que estabeleça nos estudos de viabilidade todos os investimentos necessários para a adequada prestação do serviço público, sobretudo, os relacionados a obras de ampliação de capacidade da BR-290/RS, no segmento entre o km 85,8 e km 96,8, o qual já se encontra com a suas condições de trafegabilidade comprometida em razão do elevado tráfego de veículos no segmento, em atendimento ao art. 175, inciso IV da Constituição Federal c/c art. 6º, da Lei 8.987/1995.

B.1.2 Das incorreções das premissas de cálculo dos investimentos

373. Foram observadas algumas incorreções nas premissas utilizadas nos estudos de viabilidade para o cálculo dos custos unitários dos serviços do grupo de manutenção, obras de ampliação de capacidade e recuperação do sistema rodoviário.

374. Os estudos de viabilidade utilizaram como referência os custos unitários do Sicro (Sistema de Custos Rodoviários) do DNIT, na data-base de setembro de 2016. Além disso, foram adotados os custos na condição ‘desonerada’, ou seja, com desoneração dos encargos sociais de mão de obra. Esta condição estabelece como contrapartida uma obrigação de pagamento da CPRB (Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta), numa alíquota de 4,5% sobre o preço de venda.

375. Esta contribuição provisória foi instituída pela Lei 12.546/2011, e sua redação atual estabelece que as empresas de construção de obras de infraestrutura de transportes ‘poderão contribuir’ (art. 7º) com a CPRB, na alíquota de 4,5%, ocorrendo, para isso, a desoneração dos encargos sociais de INSS da mão de obra.

376. Em virtude desta ‘faculdade’ estabelecida pelo legislador, o DNIT adotou a boa prática (Memorando Circular 3/2016-DIREX – peça 30) de elaborar sempre dois orçamentos para as obras públicas rodoviárias: o primeiro, na condição onerada (inclusão dos custos com INSS e sem CPRB), e o segundo, na condição desonerada (sem custos com INSS e com CPRB). Procedendo desta forma, o DNIT visa a ‘garantir ao orçamento da Administração Pública a condição mais vantajosa’.

377. Apesar desse procedimento, nota-se que a condição onerada tem se mostrado a mais vantajosa em quase a totalidade das obras de infraestrutura do DNIT, pois a aplicação da alíquota de 4,5% sobre o preço de venda tem se mostrado maior que os custos com INSS nos encargos sociais. Isto acontece porque os custos de mão de obra em empreendimentos de infraestrutura rodoviária são pouco representativos, uma vez que se destacam os custos com materiais e equipamentos. Por isso, a condição onerada tem se mostrado mais vantajosa.

378. Como o critério estabelecido nos estudos de viabilidade, ora analisado, privilegiaram a condição desonerada, esta inconsistência foi comunicada aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU.

379. Como resposta, nos estudos de viabilidade atualizados, encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17, a inconsistência foi corrigida, representando uma diminuição de R\$ 269 milhões do CAPEX (investimentos) e aumento de R\$ 13,6 milhões do OPEX (custos operacionais). Estes valores evidenciam a maior eficiência da condição onerada do sistema de custos.

380. Sendo assim, diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.1.3 Das incorreções na manutenção do acostamento da BR-290/RS e BR-386/RS

381. Nos serviços relativos à manutenção do sistema rodoviário, observou-se que os custos considerados para a manutenção do acostamento da BR-290/RS estavam maiores que os custos para a manutenção da pista principal, o que indicava uma relevante inconsistência das premissas de cálculo dos estudos de viabilidade. Os cálculos apresentados estão resumidos abaixo:

Tabela 22: Custos de manutenção previstos da BR-290 ao longo de toda a concessão

Item	Descrição	Preço Total (R\$)
2.1	Pista Existente	1.138.288.281,58
2.1.1	Fresagem e Recapeamento	43.790.294,24
2.1.2	Reparos Superficiais	-
2.1.3	Reparos Profundos	1.695.852,65
2.1.4	Selagem de Trincas	-
2.1.5	Fresagem com Recomposição e Reforço em CBUQ	200.853.530,68
2.1.6	Microrrevestimento a frio	6.810.432,38
2.1.8	Reparos Superficiais - Acostamentos	17.937,66
2.1.9.2	Correção de Desníveis - Acostamentos	263.561.128,51
2.1.9	Insumos Asfálticos e Transporte de Materiais	502.560.776,33

Item	Descrição	Preço Total (R\$)
2.1.10	Sinalização Horizontal	118.998.329,13

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas [C-2025_Memórias Pavimento CTVIAS R4.xlsm]

382. Pelos subitens acima, os custos com a manutenção dos acostamentos (desconsiderando o fornecimento dos materiais asfálticos) somavam o montante total de R\$ 263.579.066,17 (soma das parcelas 2.1.8 e 2.1.9.2), sendo superiores aos custos de manutenção da pista principal: R\$ 253.150.109,95 (soma das parcelas 2.1.1, 2.1.3, 2.1.5 e 2.1.6).

383. Esta incorreção se deve a erros de cálculo observados por esta equipe técnica na quantidade de concreto asfáltico necessário para a manutenção do acostamento. Foi contabilizada uma quantidade de 1.508.649 toneladas, com a seguinte memória de cálculo:

Tabela 23: Memória de Cálculo dos serviços de manutenção do acostamento da BR-290/RS

Extensão de manutenção das faixas da pista principal (1)	2.245,01 km
Largura das faixas da pista principal (2)	7 m
Área de manutenção das faixas da pista principal (3) = (2)x(1)	15.715.098 m ²
Espessura do concreto asfáltico (4)	0,04 m
Densidade do concreto asfáltico (5)	2,4 t/m ³
Quantidade de concreto asfáltico (6) = (3) x (5) x (4)	1.508.649 t

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas. Elaboração própria

384. O documento dos estudos de viabilidade intitulado ‘errata’ indica que a premissa de cálculo considerada foi de manutenção de 50% da área de acostamento a cada ciclo da pista principal. Ou seja, os cálculos apresentados contrariavam as próprias premissas dos estudos. Sendo assim, além de faltarem justificativas para a adoção do percentual de 50%, os próprios cálculos eram contraditórios. Se adotadas as premissas dos estudos de viabilidade, a quantidade total de concreto asfáltico seria a seguinte:

Tabela 24: Memória de Cálculo dos serviços de manutenção do acostamento da BR-290/RS

Área de acostamento total com intervenção na pista principal (1)	1.013.139 m ²
Percentual da área de acostamento (2)	50%
Área de acostamento total a ser mantida (3) = (2) x (1)	506.569,5 m ²
Espessura do concreto asfáltico (4)	0,04 m
Densidade do concreto asfáltico (5)	2,4 t/m ³
Quantidade de concreto asfáltico (6) = (3) x (5) x (4)	48.630,6 t

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas. Elaboração própria

385. Incorreção semelhante à relatada foi encontrada também nos custos de manutenção do acostamento da BR-386/RS.

386. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, nos estudos de viabilidade atualizados, e encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17, houve a correção da inconsistência, representando uma diminuição aproximada de R\$ 500 milhões nos custos de manutenção da BR-290 e 386/RS.

387. Sendo assim, diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.1.4 Das incorreções dos cronogramas da fase de recuperação e manutenção

388. Segundo o Programa de Exploração da Rodovia, define-se recuperação como o ‘conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do Sistema Rodoviário e aquelas de cunho estrutural nos pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos do Sistema Rodoviário’. O período de recuperação inicia-se na data de assunção da rodovia pela concessionária e estende-se, em regra, até o 5º ano de concessão.

389. Já manutenção é definida como o ‘conjunto de obras e serviços de recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário’. O período de

manutenção inicia-se com o término da fase de recuperação e estende-se até o final do contrato de concessão.

390. Dado esse contexto, identificaram-se inconsistências no escopo dos serviços de recuperação e manutenção do pavimento, em alguns segmentos rodoviários. A primeira consiste na previsão, em segmentos específicos, da realização de intervenções no pavimento a título de recuperação e, no ano seguinte, intervenções de manutenção. Por exemplo, na BR-101 (segmento km 44 a 67,5) são previstas intervenções no pavimento no 5º ano de concessão (microrrevestimento asfáltico) a título de recuperação e, no ano seguinte, intervenções de manutenção no mesmo segmento (fresagem de 4 cm do revestimento existente e recomposição com concreto asfáltico).

391. Além disso, verificou-se nos estudos de viabilidade, que o pavimento das rodovias a serem duplicadas na BR-386/RS foi dimensionado considerando-se um horizonte de projeto de 15 anos. Apesar disso, as intervenções de manutenção para as novas pistas foram programadas a partir de um período de 10 anos a partir da data de conclusão da duplicação.

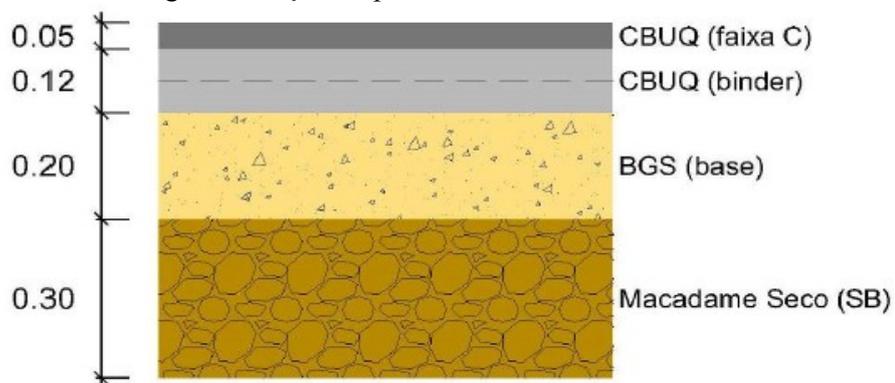
392. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, as inconsistências foram corrigidas nos estudos de viabilidade atualizados, e encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17. Portanto, diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.1.5 Do dimensionamento do pavimento

393. Um dos principais investimentos da concessão ora em análise remete à duplicação da rodovia BR-386/RS, totalizando 225,2 km de extensão.

394. Em relação ao estudo de pavimentação, o estudo de viabilidade escolheu uma solução em pavimento flexível, com a estrutura representada na figura a seguir.

Figura 6: Seção de pavimento flexível da BR-386/RS



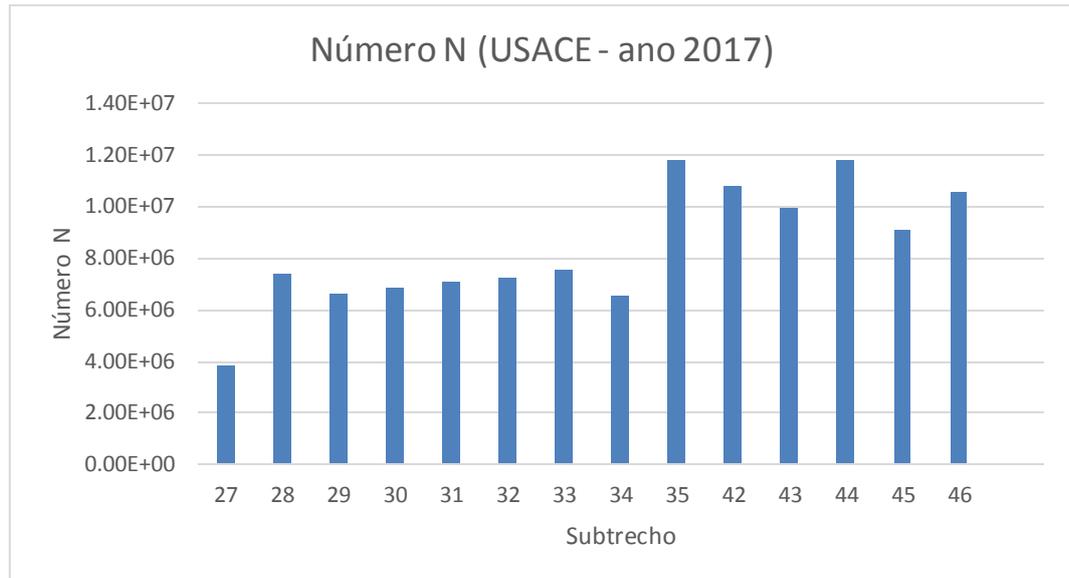
Fonte: Estudo de Viabilidade. Volume 2. Página 33.

395. Esta estrutura de pavimento foi dimensionada ‘com base nas projeções de tráfego e na capacidade de suporte da fundação’. Ademais, ‘foi considerado um horizonte de projeto de 15 anos, a que corresponde o número N de $2,9 \times 10^8$ ’.

396. O número N representa um critério de dimensionamento, representativo do volume de veículos que irão trafegar na rodovia, ao longo da vida útil projetada. Percebe-se, pois, que a estrutura do pavimento foi dimensionada com um único número N, ou seja, partiu-se da premissa de que o volume de tráfego seria o mesmo para todos os segmentos da BR-386/RS.

397. Todavia, o estudo de viabilidade demonstra que o tráfego não é uniforme em todo o segmento da BR-386/RS (peça 21), como demonstram os valores abaixo, referentes ao volume de veículos no ano de 2017, nos subtrechos que receberão obras de duplicação ao longo dos 30 anos.

Figura 7: Número N (ano de 2017)



Fonte: Estudos de Viabilidade. Volume 1, página 216.

398. Como se nota, há uma variação significativa do volume tráfego, razão pela qual, esperava-se que o estudo de viabilidade, de posse dessas informações, poderia apresentar um dimensionamento de pavimento mais condizente com a realidade do tráfego.

399. Aliás, esta inconsistência já era de conhecimento da Triunfo Participações e Investimentos, conforme documento apreendido na Operação ‘Cancela Livre’ (peça 29, p. 10):

386 – o dimensionamento do pavimento novo para o PMI **foi feito com base no número N MÁXIMO da rodovia**. Para leilão, TPI pode analisar o número N específico de cada sbt [subtrecho]. Estimando redução de 1cm na espessura do Binder em 50% do pavimento novo. (R\$ 9 MM)

400. Além disso, vale ressaltar que as obras de duplicação estão programadas para serem concluídas até o 18º ano de concessão, ou seja, o volume de tráfego a ser considerado no projeto de cada subtrecho deverá levar em conta também o seu período de execução.

401. Portanto, **conclui-se que os estudos de viabilidade se mostram inconsistentes por adotar um único dimensionamento de pavimento para toda a extensão da BR-386/RS a ser duplicada, sem levar em conta os diferentes volumes de tráfego de cada subtrecho, bem como o fato de que as duplicações serão realizadas em anos diferentes da concessão.**

402. Diante do exposto, propõe-se determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 que ajuste os estudos de viabilidade da concessão da BR-101/290/386/448/RS, de modo a considerar um dimensionamento de pavimento compatível com o volume de tráfego de cada subtrecho, de acordo com o cronograma de obras previsto no PER, em atendimento ao art. 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995.

B.1.6 Da alternativa em pavimento rígido

403. Não se observou nos estudos de viabilidade a avaliação de qual alternativa de pavimento seria a mais adequada para a concessão da BR-101/290/386/448/RS. Ou seja, não se observou qualquer estudo comparativo das alternativas: pavimento flexível e pavimento rígido.

404. O Manual de Pavimentação do DNIT define da seguinte forma estes pavimentos:

‘**Flexível**: aquele em que todas as camadas sofrem deformação elástica significativa sob o carregamento aplicado e, portanto, a carga se distribui em parcelas aproximadamente equivalentes entre as camadas. Exemplo típico: pavimento constituído por uma base de brita (brita graduada, macadame) ou por uma base de solo pedregulhoso, revestida por uma camada asfáltica.

Rígido: aquele em que o revestimento tem uma elevada rigidez em relação às camadas inferiores e, portanto, absorve praticamente todas as tensões provenientes do carregamento aplicado. Exemplo típico: pavimento constituído por lajes de concreto Portland.’

405. Ao longo da presente fiscalização, a Unidade Técnica recebeu estudos produzidos pela ABCP (Associação Brasileira de Cimento Portland), o qual concluiu pela viabilidade técnica e econômica da execução do pavimento de concreto (peça 36, p. 78):

‘Foi elaborado estudo econômico com o objetivo de comparar os custos de construção do pavimento para a duplicação da rodovia, entre a solução alternativa de pavimento rígido e a solução de pavimento flexível do estudo do PMI da ANTT. O estudo foi elaborado nesta Etapa 1 apenas quanto ao custo do investimento inicial de construção do pavimento, não considerando os custos de manutenção, a serem avaliados numa segunda etapa. No estudo foram considerados os preços unitários do estudo do PMI da ANTT.

No estudo econômico foram calculadas as quantidades e custos de pavimentação das duas alternativas, para duas condições:

- Comparações de custos de construção do pavimento para a duplicação;
- Comparações de custos de construção do pavimento para a duplicação e do recapeamento do pavimento da pista existente nos segmentos com alargamento para os dois lados.

No estudo econômico foram obtidos os seguintes custos totais:

Concepção	Custo Total de Construção - somente pavimento novo para duplicação (R\$)	Custo Total de Construção incluindo recapeamento da pista existente nos alargamentos (R\$)
Pavimento Flexível do Estudo do PMI da ANTT	520.732.643,08	559.609.220,23
Alternativa de Pavimento Rígido	391.422.210,99	471.231.257,61
Economia da solução alternativa	129.310.432,09 25%	88.377.962,62 16%

Os estudos indicam que a solução alternativa em pavimento rígido apresenta menor custo total de construção do que a solução de pavimento flexível do estudo o PMI da ANTT, mesmo se incluído o recapeamento da pista existente nos segmentos com duplicação com alargamento para os dois lados.’

406. Ou seja, apenas a construção da rodovia em pavimento rígido, segundo os estudos, se mostra mais vantajosa que a construção em pavimento flexível. Caso o mesmo estudo seja ampliado para os 30 anos de concessão, oportunidade em que podem ser incluídos custos de manutenção e conservação da rodovia, a tendência é o pavimento de concreto se mostrar ainda mais vantajoso.

407. Cabe notar que a vantagem econômica da construção de pavimento rígido frente ao flexível tem sido verificada recentemente em obras contratadas pelo DNIT, tendo em vista o aumento do preço dos derivados de petróleo utilizados em revestimentos asfálticos. Tal fato, inclusive, é de conhecimento da ANTT, que tem recebido pleitos de reequilíbrio das concessionárias com base nesse incremento de preços.

408. **Assim, independente da alternativa a ser executada, as soluções de pavimentação devem ser ponderadas no estudo de viabilidade, e deve ser motivadamente escolhida a que melhor se ajuste aos interesses público e dos usuários.**

409. Diante do exposto, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT, que reavalie a solução de pavimentação para as obras de duplicação da BR-386/RS, de forma a escolher, entre pavimento flexível e rígido, a solução técnica e economicamente mais viável, atendendo as condições de eficiência, atualidade, e modicidade tarifária, e ao disposto no art. 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995.

B.2. Análise dos custos operacionais

410. Os custos e despesas operacionais contemplam obrigações da concessionária que serão avaliadas pela ANTT, mediante o cumprimento de parâmetros de desempenho ao longo do contrato

de concessão. Os custos e despesas estimadas estão resumidas na tabela a seguir, para os 30 anos de concessão.

Tabela 25: Resumo dos custos operacionais

Custos e Despesas Operacionais	Valor (R\$)	Proporção
Conservação de Equipamentos e Sistemas	1.592.113,77	26,8%
Conservação da Rodovia	1.583.567,68	26,7%
Administração	848.333,51	14,3%
Arrecadação de Pedágios	782.054,97	13,2%
Serviços Médicos	558.498,74	9,4%
Pesagem de Caminhões	151.805,53	2,6%
Serviços de Guincho	136.396,98	2,3%
Monitoração da Rodovia	103.034,65	1,7%
Inspeção de Tráfego	68.047,72	1,1%
Controle das Operações	63.714,44	1,1%
Atendimento ao Usuário	37.180,86	0,6%
Bases Operacionais	9.993,44	0,2%
TOTAL	5.934.742,28	100%

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas [C-2025_OPEX R1.xlsx]

411. Percebe-se que grande parte dos custos e despesas operacionais se referem à conservação de equipamentos e sistemas, bem como à conservação da rodovia, representando cerca de 54% do custo total.

412. Sendo assim, grande parte das análises empreendidas se concentraram nestes custos, sem prejuízo de eventuais apontamentos realizados nos demais itens. As inconsistências encontradas estão descritas a seguir.

B.2.1 Das inconsistências nos custos de conservação de equipamentos e sistemas

413. Os custos com conservação de equipamentos e sistemas representam cerca de 27% dos custos operacionais totais. Boa parte dessa representatividade se justifica pelos custos decorrentes da iluminação de vias, passarelas e interseções. Diferentemente dos estudos de viabilidade realizados nas concessões anteriores, neste, o Poder Concedente atribuiu à concessionária o pagamento pelas despesas com o fornecimento de energia para a iluminação desses dispositivos do sistema rodoviário.

414. A tabela abaixo resume a representatividade dos principais serviços relacionados à conservação de equipamentos e sistemas.

Tabela 26: Serviços de conservação de equipamentos e sistemas

Descrição	Valor (R\$)	Proporção
Centro de Operação da Concessionária - COC	1.052.567.348,02	66,1%
Equipamentos e Veículos da Administração	236.231.599,43	14,8%
Sistemas de Pedágio e Controle da Arrecadação	78.643.208,75	4,9%
Centro de Controle Operacional – CCO	46.284.188,85	2,9%
Sistema de Inspeção de Tráfego	44.388.435,15	2,8%
Outros	178.387.423,19	11,2%
TOTAL	1.592.113,77	100%

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas [C-2025_OPEX R1.xlsx]

415. Nota-se, pois, a proeminência dos custos relativos à operação do serviço, os quais estão resumidos a seguir, destacando-se, os custos com a iluminação de vias, passarelas e interseções, conforme a tabela a seguir.

Tabela 27: Custos do Centro de Operações da Concessionária

Descrição	Valor (R\$)
Iluminação de Vias, Passarelas e Interseções	741.168.259,89
Serviços de Operação e Manutenção do Túnel do Morro Alto BR-101	150.758.670,01
Serviços de Operação, Manutenção e Conservação da Ponte Vão Móvel na BR-290	78.582.373,11
Operação Verão (dezembro a março na Rodovias BR-290 e BR-101)	45.320.078,33
Iluminação do Túnel na BR-101	23.563.526,15
COC - Centro de Operações da Concessionária	7.667.466,88
Demais Edificações	3.520.669,15
TOTAL	1.052.567.348,02

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas [C-2025_OPEX R1.xlsx]

416. Quanto aos custos relativos à iluminação, de início, notou-se que os novos dispositivos de iluminação foram previstos para serem instalados utilizando-se lâmpadas mais econômicas, de tecnologia LED, com potência igual a 208 W (peça 37).

417. Em contrapartida, para os dispositivos de iluminação existentes, foram previstas lâmpadas de sódio, com potência de 400 W, menos econômicas que as lâmpadas de LED.

418. Em razão da relevância de tais custos, entende-se que os estudos de viabilidade deveriam contemplar uma análise acerca da viabilidade da troca das lâmpadas de sódio existentes por lâmpadas mais econômicas, de LED. Considerando um horizonte de projeto de 30 anos, certamente a troca dessas lâmpadas poderia representar a condição mais econômica para o projeto. A mesma ideia se aplica à iluminação do túnel existente na BR-101/RS.

419. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, houve a correção das inconsistências nos estudos de viabilidade atualizados, encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17, representando uma diminuição aproximada de R\$ 191,6 milhões dos custos de operação e aumento de R\$ 74,4 milhões nos custos de investimentos.

420. Sendo assim, diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.2.2 Das inconsistências no serviço de fornecimento e implantação de placa totalmente refletiva

421. Nos estudos de viabilidade, foi adotado um critério de substituição de 32% das placas de sinalização vertical, por ano, na fase de conservação da rodovia (peça 38). Ou seja, todas as placas seriam substituídas a cada 3 (três) anos de concessão, ao longo de todo o prazo contratual.

422. Tal quantidade se mostra superestimada e desproporcional, ainda mais na fase de conservação, onde são substituídas apenas as placas danificadas, sendo que o escopo do PER é a realização de reparos, limpeza e, eventualmente a sua substituição.

423. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, os gestores efetuaram a revisão do nível de esforço, adequando ao disposto na NBR 14644:2013, o qual dispõe sobre a durabilidade das películas das placas de sinalização vertical:

‘As películas refletivas devem apresentar um desempenho satisfatório para um período de no mínimo sete anos para as películas tipo I-A, I-B e IV e de 10 anos para as películas tipo II, III-A e III-C, em exposição normal, vertical e estacionária. Ao final deste período, as películas refletivas devem possuir uma retrorrefletância residual de no mínimo 80% do valor inicial para as películas tipo II, III-A, III-B e III-C e de 50% para as películas tipo I-A, I-B e IV.’

424. Assim, os estudos de viabilidade atualizados, e encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17 corrigiram a inconsistência, representando uma diminuição aproximada de R\$ 67,7 milhões dos custos de operação.

425. Sendo assim, diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.2.3 Das inconsistências nos serviços de conservação do pavimento de concreto

426. Ainda na fase de conservação, foi prevista a limpeza e o enchimento de junta de pavimento de concreto, numa quantidade de 6 m de junta por m² de pavimento rígido, anualmente (peça 38). Tal quantidade se mostra superestimada e desproporcional, uma vez que a quantidade de juntas por m² de pavimento é da ordem de 0,8 m/m², e a substituição das juntas ocorre em períodos que podem variar de 4 a 6 anos.

427. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, os gestores efetuaram a correção do nível de esforço, de acordo com o Manual de Conservação Rodoviária do DNIT, de 540 m/km de faixa por ano.

428. Assim, a inconsistência foi corrigida nos estudos de viabilidade atualizados, encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17, representando uma diminuição aproximada de R\$ 42 milhões dos custos de operação. Diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.2.4 Das inconsistências nos serviços de conservação das obras de arte especiais

429. Um dos serviços previstos para a conservação das obras de arte especiais foi o de pintura das superfícies de concreto, particularmente das barreiras rígidas de proteção, conforme disposto no Programa de Exploração da Rodovia (peça 8, p. 60):

‘Escopo: preservação da qualidade e características das Obras-de-Arte Especiais da rodovia, incluindo pontes, viadutos, passagens superiores e inferiores e passarelas’.

Deverá abranger os seguintes serviços principais: limpeza geral das superfícies, roçada e capina dos encontros, **pintura de barreiras**, limpeza e desobstrução dos dispositivos de drenagem, limpeza e remoção de vegetação nas juntas de dilatação e junto aos aparelhos de apoio, remoção de vestígios de óleo ou graxa no pavimento, substituição eventual de juntas de dilatação e aparelhos de apoio danificados, pequenos reparos em barreiras e no sistema de drenagem, pequenas recomposições em taludes de encontro, pequenas recomposições no pavimento, e pequenos reparos em passarelas.’

[destaque nosso]

430. Verificou-se, na análise dos estudos de viabilidade, que a quantidade de serviços de pintura foi estimada a partir da área total, em m², das obras de arte especiais, e não a partir das áreas de barreiras.

431. Esta inconsistência foi comunicada aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, os gestores efetuaram a revisão da quantidade da superfície total de concreto submetida à pintura, de forma a abranger somente as áreas de pintura de barreiras rígidas, excluindo assim as áreas de obra de arte especial.

432. Assim, a inconsistência foi corrigida nos estudos de viabilidade atualizados, encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17, representando uma diminuição aproximada de R\$ 32,7 milhões dos custos de operação. Diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.2.5 Das inconsistências em outros serviços de conservação do sistema rodoviário

433. Outros serviços apresentaram superestimativas dos esforços de conservação, em comparação com as quantidades estipuladas no Manual de Conservação Rodoviária do DNIT. A tabela abaixo resume as principais diferenças encontradas:

Tabela 28: Comparação dos níveis de esforços dos estudos de viabilidade e do Manual de Conservação Rodoviária do DNIT

Serviço	Nível de Esforço do EVTEA	Nível de Esforço - DNIT
Reparo de guarda corpo/roda de	0,3 m/m	0,02 m/m

Serviço	Nível de Esforço do EVTEA	Nível de Esforço - DNIT
concreto		
Tapa Buraco	2,3 m³/km	1 m³/km

Fonte: Estudos de Viabilidade – Planilhas [C-2025_OPEX R1.xlsx]

434. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU.

435. Quanto aos serviços de reparo de guarda corpo e roda de concreto, os gestores efetuaram a revisão do nível de esforço, de 0,3 m/m para 0,05 m/m. Assim, pode-se considerar que os estudos de viabilidade atualizados, e encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17 corrigiram a inconsistência, representando uma diminuição aproximada de R\$ 76 milhões dos custos de operação.

436. Quanto aos serviços de tapa buraco, os gestores justificaram o nível de esforço de 2,3 m³/km a partir de premissas relacionadas ao intenso volume de tráfego das rodovias, objeto do estudo de viabilidade. Diante da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.2.6 Das inconsistências nos custos de Monitoração do Pavimento

437. Na análise dos estudos de viabilidade, verificou-se que a frequência de avaliação da deflexão característica prevista no PER (quinquenalmente do 5º ao 25º ano) não estava coerente com a planilha de custos operacionais.

438. Esta inconsistência foi comunicada aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, os estudos de viabilidade atualizados, e encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17 corrigiram a inconsistência, representando uma diminuição aproximada de R\$ 7,3 milhões dos custos de operação. Em função da correção das inconsistências apontadas, não restam encaminhamentos a serem feitos sobre o tema.

B.2.7 Das inconsistências no preço unitário do serviço de concreto asfáltico

439. No dimensionamento dos custos dos serviços de execução do concreto asfáltico (chamado de CBUQ – concreto betuminoso usinado a quente), foram considerados custos de transporte com a utilização de caçambas térmicas (R\$ 1,03/t x km) – peça 39.

440. Todavia, de acordo com a prática executiva e com as referências de custos do Sistema de Custos Rodoviários do DNIT (Sicro), esses serviços são realizados com o transporte da massa asfáltica a partir de caminhões basculantes, a R\$ 0,67/ t x km.

441. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, os estudos de viabilidade atualizados, e encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17 corrigiram a inconsistência, representando uma diminuição de R\$ 174,8 milhões do CAPEX (investimentos) e de R\$ 103 milhões do OPEX (custos operacionais).

442. Ademais, para a obtenção do preço unitário do serviço de concreto asfáltico, os estudos de viabilidade consideram custos de transporte da brita produzida em central de britagem até a usina de asfalto, a uma distância média a depender da rodovia, conforme a tabela abaixo:

Tabela 29: Distâncias médias de transporte da brita para a produção do concreto asfáltico

Rodovia	Distância (km)
BR-101	46,5
BR-290	57,6
BR-386	21,0
BR-448	78,0

Fonte: Estudos de Viabilidade. Volume 2.

443. Essas distâncias foram previstas como as necessárias para o transporte da brita, a partir de sua origem, até as citadas rodovias. Entretanto, no caso do concreto asfáltico, o transporte do insumo brita ocorre somente na distância entre a pedra e a usina, as quais, via de regra, estão

dispostas no mesmo local. **Sendo assim, o transporte até as rodovias ocorre com a massa asfáltica já produzida, e não com a brita produzida. Com isso, se mostram inconsistentes os estudos de viabilidade neste aspecto.**

444. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Apesar disso, nos estudos de viabilidade atualizados, e encaminhados pela ANTT na data de 10/11/17, não houve a correção da inconsistência, sob o argumento de que ‘As pedreiras disponíveis para exploração de brita apresentam distâncias superiores às adotadas no Estudo’.

445. **Todavia, estas justificativas não guardam relação com o apontamento feito.**

446. Pelo exposto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que efetue a correção dos preços unitários dos serviços de concreto asfáltico, considerando a real distância de transporte do insumo brita entre a pedreira e a usina de asfalto, em atendimento aos princípios da eficiência e da modicidade tarifária dispostos no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95.

B.2.8 Das inconsistências no serviço de roçada manual e roçada mecanizada

447. Nos estudos de viabilidade da concessão, foi adotado um critério de nível de esforço de 12 roçadas por ano na faixa de domínio da rodovia, de forma que 30% seja executado de forma manual, e 70% de forma mecanizada. Assim, os quantitativos de tais serviços estão dispostos na tabela abaixo.

Tabela 30: Memória de cálculo do custo do serviço de roçada

Serviço	Quantidade por (ano)	Média	Nível de esforço	Preço Unitário	Preço Total (30 anos)
Roçada manual	307,7 ha		12 vezes / ano	R\$ 1.634,67	R\$ 181.069.402,26
Roçada mecanizada	717,9 ha		12 vezes / ano	R\$ 325,26	R\$ 84.065.202,00

Fonte: Estudos de Viabilidade. Planilhas [C-2025_OPEX R1.xlsx]

448. Desta forma, destaca-se como relevante o custo total de R\$ 265.134.604,27 previsto ao longo dos 30 anos de concessão. Isto representa 19,62% do custo total de conservação do sistema rodoviário.

449. Segundo os estudos de viabilidade, o nível de esforço previsto foi de 12 roçadas ao ano. Sobre este aspecto, documento apreendido na Operação Cancela Livre (peça 31), revela estudo produzido pela empresa Geoambiental Consultoria e Licenciamento Ambiental, contratada pela Maestra Serviços de Engenharia S.A., responsável pela coordenação dos estudos de PMI.

450. Neste estudo, intitulado ‘Laudo técnico sobre crescimento de gramíneas frente ao ciclo de roçadas’, de setembro de 2016, as conclusões são as seguintes:

- BR 386 – **8 roçadas na faixa de domínio** e 24 nas intersecções, nos trechos entre Canoas e Soledade. Já no trecho próximo à Carazinho, recomendam-se 10 roçadas na faixa de domínio e 30 nas intersecções;
- BR 448 – **8 roçadas na faixa de domínio** e 24 nas intersecções;
- BR 290 – **8 roçadas na faixa de domínio** e 24 nas intersecções;
- BR 101 – **8 roçadas na faixa de domínio** e 24 nas intersecções;
- BR 116 – **8 roçadas na faixa de domínio** e 24 nas intersecções.

451. **Percebe-se, pois, a discrepância entre os critérios apresentados nos estudos de viabilidade pela Triunfo Participações e Investimentos S.A., com as reais informações de nível de esforço no segmento a ser concedido. Concretiza-se, portanto, o risco de assimetria de informações neste tipo de procedimento para a contratação de projetos de infraestrutura.**

452. Diante do exposto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que reduza o nível de esforço do serviço de roçada, de forma compatível com

as características locais da BR-101/290/386/448/RS, para 8 intervenções por ano na faixa de domínio da rodovia, em atendimento aos princípios da eficiência e da modicidade tarifária dispostos no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95.

B.2.9 Pintura de faixa - base acrílica – 1 ano

453. Nos estudos de viabilidade, foi adotado um critério de recomposição de pintura horizontal com um índice de 85% de substituição da sinalização por ano, em toda a extensão concedida, durante os 30 anos (peça 32).

454. Na fase de conservação, tal pintura é realizada após a execução de reparos no pavimento que afetem a sinalização existente. Como os serviços de conservação atingem uma pequena parcela da extensão total da rodovia (cerca de 3,5% da área total), por conseguinte, os serviços de pintura da sinalização horizontal terão uma representatividade ainda menor na rodovia.

455. Nos estudos das concessões mais recentes, da 3ª etapa de concessões, o percentual de substituição da sinalização horizontal na fase de conservação foi dimensionado na ordem de 3% na maior parte do prazo de concessão. Portanto, bastante inferior ao projetado nos presentes estudos.

456. Estas inconsistências foram comunicadas aos responsáveis pelos estudos em reunião ocorrida em 26/9/17 na sede do TCU. Como resposta, os gestores avaliaram que as premissas dos estudos estão corretas, uma vez que a duração do serviço de pintura de faixa prevista é de 1 (um) ano.

457. Em que pesem as justificativas apresentadas, é bastante ineficiente, do ponto de vista operacional da rodovia, a troca da pintura horizontal em 85% da extensão, todo ano. De fato, os estudos de viabilidade devem buscar alternativas que menos interfiram na operação da rodovia, ou seja, a execução da pintura da sinalização horizontal deve ser feita buscando um material mais durável e de maior qualidade, e que atenda os parâmetros de desempenho exigidos pelo contrato.

458. Ademais, nota-se uma sobreposição desses serviços de sinalização horizontal com aqueles previstos na fase de manutenção da rodovia, oportunidade em que a sinalização horizontal também é refeita.

459. Diante desta duplicidade, entende-se que eventual atividade de renovação da sinalização horizontal deve estar alocada como investimento, no campo de manutenção do sistema da rodovia, e não como conservação. Isto, porque a manutenção reflete as atividades necessárias para a recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do sistema rodoviário.

460. Diante do exposto, as atividades de conservação da sinalização horizontal apenas devem se limitar àquelas indicadas no escopo do PER, quais sejam, de caráter preventivo, rotineiro, e de emergência realizadas com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do Sistema Rodoviário.

461. Pelo exposto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que efetue a correção dos níveis de esforço das atividades de conservação da sinalização horizontal, de forma a considerar quantitativos compatíveis com as necessidades da rodovia, sem incorrer em duplicidade com os quantitativos previstos na fase de manutenção da rodovia, em atendimento aos princípios da eficiência e da modicidade tarifária dispostos no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95.

B.2.10 Outras possíveis otimizações do estudo de viabilidade

462. De acordo com documentos apreendidos na operação ‘Cancela Livre’, mostram-se evidentes (peça 43) outras possíveis otimizações do estudo de viabilidade apresentado pela Triunfo Participações e Investimentos as quais, numa primeira análise, não foram repassadas aos gestores dos órgãos responsáveis e, por conseguinte, não foram contemplados no estudo final encaminhado ao TCU.

463. Estas otimizações são as seguintes, conforme transcrição verificada:

- Variação da duplicação da pista para o lado mais favorável;

- Aproveitamento da totalidade (100%) do material de 3ª categoria;
- Redução de 2 cm na camada de *binder*;
- Remoção de uma das camadas de *binder* na repavimentação das pistas existentes;
- Redução da fresagem das pistas existentes (de 5cm para 3cm);
- Redução dos acostamentos internos da BR386 para 0.60m, nos trechos urbanos e montanhoso com faixa adicional de lentos (exceção à Classe I-A);
- Redução dos acostamentos internos da BR290 para 0.60m, associada à substituição da galeria com grelha metálica da ACO por sarjeta triangular larga (2xSTC 01) e dreno profundo;
- Descontado o pavimento nas OAE's com mais de 100m de extensão;
- Substituição da galeria com grelha metálica da ACO, instalada junto ao New Jersey da BR-290, por sarjeta triangular larga (2xSTC 01) e introdução de dreno profundo (em toda a extensão do trecho);
- Redistribuição das obras de contenção nas planilhas em função da sua altura média, resultando numa redução do custo/m².

464. Estas otimizações **alcançam o montante de R\$ 273 milhões**, conforme se verifica na planilha acostada aos autos (peça 43). Destaca-se que estes itens são todos relacionados aos investimentos das rodovias BR-386 e BR-290, particularmente quanto a premissas de projeto e quantitativos de serviços. Sendo assim, são informações que deveriam ter sido repassadas ao Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil e não estarem sob a guarda da autora dos estudos.

465. O fato se observa na apresentação acostada à peça 29.

466. **Portanto, diante dessa assimetria de informações entre os estudos ora apresentados ao TCU e os estudos produzidos pela Triunfo Participações e Investimentos, entende-se necessária a revisão dos estudos de viabilidade, de forma a avaliar as oportunidades de 'otimizações' citadas.**

467. Assim, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que revise os estudos de viabilidade técnica, de forma a contemplar os itens identificados como 'otimizações' pela Triunfo Participações e Investimentos, e que não foram repassados ao Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil como produto do PMI.

C. Das análises no Programa de Exploração da Rodovia (PER)

468. Esta sessão trata dos problemas e incoerências verificados no Programa de Exploração da Rodovia (PER), anexo da minuta do contrato de concessão.

469. Em linhas gerais, o PER discrimina as obrigações da concessionária, como os parâmetros de desempenho que deverão ser atendidos para que a execução contratual seja considerada regular, os trechos sujeitos a obras de ampliação de capacidade, tais quais a construção de faixas adicionais, interconexões, vias marginais *etc.*

470. É fundamental que o PER não só esteja aderente ao contrato e aos estudos de viabilidade técnica e a ambiental, como também que as suas prescrições estejam livres de dubiedades, que os parâmetros possam ser efetivamente aferidos pela equipe de fiscalização da Agência e que estes estabeleçam condições para que os usuários usufruam de um serviço adequado, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação (Lei 8.987/95, art. 6º, *caput* e §1º).

471. A análise a seguir se baseia na estrutura do PER, e abrange o item 'Frente de recuperação e manutenção'.

C.1. Frente de recuperação e manutenção
C.1.1 Sinalização e elementos de proteção e segurança (Instalação de placas educativas/indicativas)

472. As placas tratadas neste tópico são abordadas no item 2.4 do Manual de Sinalização Rodoviária do Dnit, que cuida dos sinais de indicação (<http://ipr.dnit.gov.br/normas-e-manuais/manuais/publicacoes>):

‘2.4 SINAIS DE INDICAÇÃO

Os sinais de indicação têm como finalidade principal orientar os usuários da via no curso de seu deslocamento, fornecendo-lhes as informações necessárias para a definição das direções e sentidos a serem por eles seguidos, e as informações quanto às distâncias a serem percorridas nos diversos segmentos do seu trajeto.

São também utilizados para informar os usuários quanto à existência de serviços ao longo da via, tais como postos de abastecimento e restaurantes, quanto à ocorrência de pontos geográficos de referência, como divisas de estados e limites de municípios, à localização de áreas de descanso, à existência de parques e locais históricos, além de fornecer-lhes mensagens educativas ligadas à segurança de trânsito.’

473. Nota-se que tais sinais, além de relacionados com a segurança de trânsito, permitem que o usuário possa se localizar ao longo da rodovia e, por conseguinte, melhor programar seus deslocamentos e suas paradas. Conferem previsibilidade e conforto à viagem, além de evitar deslocamentos desnecessários ou equivocados em razão de informações insuficientes.

474. De acordo com o Volume III – Sinalização Vertical de Indicação, do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, aprovado pela Resolução 486, de 7/5/2014, a implantação da sinalização de trânsito deve assegurar o princípio da suficiência, de modo a ‘permitir fácil percepção do que realmente é importante, com quantidade de sinalização compatível com a necessidade’.

475. O PER estabeleceu, como parâmetro de desempenho, a implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m² de placas educativas/indicativas por quilômetro de rodovia, para assegurar nível suficiente dessas placas (peça 8, p. 19):

Tabela 31: Parâmetros de desempenho para a sinalização vertical

PARÂMETROS DE DESEMPENHO	PRAZO DE ATENDIMENTO / FASE RECUPERAÇÃO				MANUTENÇÃO
	TRABALHOS INICIAIS		RECUPERAÇÃO		
	9 meses	12 meses	36 meses	60 meses	360 meses
Implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m ² de placas educativas / indicativas por quilômetro.		20% do total de placas previstas	60% do total de placas previstas	100% do total de placas previstas	

Fonte: Programa de Exploração da Rodovia

476. Entretanto, ao parcelar tal obrigação ao longo de sessenta meses (20% em 12 meses; 60% em 36 meses; 100% em 60 meses), permite-se que a empresa disponibilize, nos três primeiros anos de contrato, apenas 20% da quantidade considerada adequada pela ANTT para suprir a demanda da rodovia.

477. Verificou-se que a BR-040/DF/GO/MG, rodovia cujo PER parcelou a obrigação de instalação de placas educativas/indicativas da mesma forma proposta nos estudos em análise (peça 6, p. 16, do TC 014.731/2015-0), padecia de deficiência crônica de informações indispensáveis ao usuário, tais como a distância entre localidades.

478. A natureza das informações contidas nos sinais de indicação (localidades, distância, aproximação, etc.) não permite que sejam parceladas ao longo de cinco anos, na configuração apresentada, devendo ser disponibilizadas, em quantidade adequada, já nas etapas iniciais da

execução contratual, a exemplo do tratamento dado às placas de regulamentação e advertência (peça 8, p. 15):

‘2. 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.

(...)

9. 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).’

479. Em vista disso, o Tribunal determinou à ANTT (Acórdão 943/2016-Plenário) que:

‘9.4.4. altere os percentuais de atendimento do parâmetro de desempenho para instalação de placas educativas/indicativas, visando assegurar, desde o início da execução contratual, quantidade de sinalização compatível com a necessidades da rodovia, em atenção ao princípio da suficiência e ao art. 144, § 10, da Constituição Federal de 1988 (itens 165-173 da instrução de peça 28 e subtópico VII.1 do voto que acompanha este acórdão);’

480. No caso concreto, em que mais de 50% do sistema rodoviário concedido encontra-se duplicado (238,176 km / 473,42 km), não há como deixar de exigir a integral aplicação das placas educativas/indicativas (10 m² / km) nos segmentos duplicados desde o primeiro ano de contrato e, em atendimento à determinação do TCU, percentual maior do que 20% para os segmentos restantes.

481. Portanto, o parâmetro de desempenho em questão deve ser mantido, porém deslocado, senão de todo, em percentual significativo, para as etapas iniciais de execução, de modo que a instalação das placas educativas/indicativas atenda ao princípio legal da suficiência. Além disso, atualmente a segurança viária foi positivada como princípio de dignidade da pessoa humana, como se infere do art. 144, § 10º, da CF/88.

482. Ante o exposto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que altere os percentuais de atendimento do parâmetro de desempenho para instalação de placas educativas/indicativas, visando assegurar, desde o início da execução contratual, quantidade de sinalização compatível com a necessidades da rodovia, em atenção ao princípio da suficiência, ao disposto no art. 144, § 10, da CF/88; no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e § 2º, ambos, da Lei 10.233/2001.

C.1.2 Sinalização e elementos de proteção e segurança (Tachas refletivas)

483. Na análise do primeiro estágio da concessão da BR-364/365/GO/MG (TC 033.634/2015-7), apontou-se inconsistência na exigência de instalação das tachas refletivas somente ao final da fase de recuperação (60 meses) para uma rodovia que já dispunha de tais elementos complementares à sinalização horizontal:

‘180. Ademais, não se pode admitir que o usuário que atualmente conta com tachas refletivas ao longo de toda a rodovia a ser concedida passe a usufruir, durante os primeiros anos de concessão, de uma rodovia de pior qualidade em relação ao quesito, o que poderá ocorrer caso as obrigações da concessionária não estejam melhor definidas.’

484. A situação verificada para a BR-101/290/448/386/RS é similar àquela enfrentada no TC 033.634/2015-7, posto que a BR-290/RS (concedida desde 1997) conta com tachas refletivas em toda a sua extensão, situação que deve ser mantida e ampliada para todo o sistema rodoviário.

485. Aparentemente, a ANTT buscou garantir que toda a extensão rodoviária concedida dispunha de tachas refletivas no prazo de doze meses (etapa dos trabalhos iniciais); entretanto, a

redação que consta do PER, na prática, restringiu a implantação a locais específicos, durante toda a vigência contratual (peça 8, p. 15 e 17):

‘Escopo dos Trabalhos Iniciais

17. Aplicação de tachas refletivas no pavimento ao longo de toda a extensão da rodovia, em locais de maior risco de acidentes e junto às áreas operacionais, como postos de pesagem, praças de pedágio e postos da Polícia Rodoviária Federal dispostas em geral sobre as linhas horizontais pintadas, de modo a delimitar a pista, as faixas de rolamento e as áreas neutras (áreas zebreadas), seguindo as proporções descritas no ‘Manual de Sinalização Rodoviária’ do DNIT.’

PARÂMETROS DE DESEMPENHO	PRAZO DE ATENDIMENTO / FASE RECUPERAÇÃO				MANUTENÇÃO
	TRABALHOS INICIAIS		RECUPERAÇÃO		
	9 meses	12 meses	36 meses	60 meses	360 meses
Implantação de tachas refletivas previstas locais de maior risco de acidentes e junto às áreas operacionais como postos de pesagem, praças de pedágio e postos da Polícia Rodoviária Federal, de acordo com o projeto		X			

486. Para ilustrar o ocorrido, cumpre retomar a redação que constou dos contratos celebrados para a terceira etapa de concessões:

‘Escopo Trabalhos Iniciais

16. Aplicação de tachas retrorrefletivas em locais de maior risco de acidentes e junto às áreas operacionais, como postos de pesagem, praças de pedágio, postos e delegacias da Polícia Rodoviária Federal e postos de fiscalização da ANTT.

Escopo Recuperação

4. Aplicação de tachas refletivas no pavimento ao longo de toda a extensão da Rodovia, dispostas em geral sobre as linhas horizontais pintadas, de modo a delimitar a pista, as faixas de rolamento e as áreas neutras (áreas zebreadas), seguindo as proporções descritas no ‘Manual de Sinalização Rodoviária’ do DNIT.’

487. Nota-se que a ANTT procurou unificar as obrigações das duas etapas (trabalhos iniciais e recuperação) numa única (trabalhos iniciais), mas acabou desonerando a empresa de instalar tachas refletivas em toda a extensão rodoviária, com exceção dos locais com maior risco de acidentes e junto a áreas operacionais.

488. Caso entenda que a aplicação de tachas refletivas em toda a extensão da rodovia já inclui os locais de maior risco de acidentes e as áreas operacionais, a ANTT poderá simplificar a redação no seguinte sentido:

‘Escopo dos Trabalhos Iniciais

17. Aplicação de tachas refletivas no pavimento ao longo de toda a extensão da rodovia.

PARÂMETROS DE DESEMPENHO	PRAZO DE ATENDIMENTO / FASE RECUPERAÇÃO				MANUTENÇÃO
	TRABALHOS INICIAIS		RECUPERAÇÃO		
	9 meses	12 meses	36 meses	60 meses	360 meses
Implantação de tachas refletivas previstas em toda a extensão da rodovia.		X			

489. Ademais, o parâmetro de desempenho em questão, no que tange à BR-290/RS (previamente concedida), deve ser garantido desde o primeiro mês de contrato, a exemplo dos parâmetros de desempenho exigidos para o pavimento.

490. Ante o exposto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que revise o PER para garantir a instalação de tachas refletivas em toda a extensão da rodovia na etapa dos trabalhos iniciais (desde o primeiro mês para a BR-290/RS e em até doze

meses para os demais trechos rodoviários), em atendimento ao disposto no art. 144, § 10, da CF/88; no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e §2º, ambos, da Lei 10.233/2001.

C.1.3 Canteiro central e faixa de domínio

491. Na análise do primeiro estágio da concessão da BR-364/365/GO/MG (TC 033.634/2015-7), verificou-se previsão que a futura concessionária executasse, desde o primeiro ano de contrato, aceiros de 3,0 m de largura, em ambos os lados da rodovia, serviços que envolveriam R\$ 3 milhões por ano ao longo de trinta anos (consideradas duas execuções anuais).

492. Na ocasião, o Tribunal ponderou que em outros estudos a ANTT tinha considerado adequada apenas uma execução anual (o que poderia reduzir à metade o encargo) e, ainda, que a implantação de aceiros não vinha sendo cobrada na prática, o que ensejou a seguinte determinação (Acórdão 943/2016-Plenário):

‘9.2.37. reavalie a exigência de implantação e manutenção de aceiros ao longo da vigência contratual e, caso decida-se pela continuidade de tal obrigação no PER, revise o EVTEA de modo a considerar apenas uma execução anual do serviço, a exemplo da concepção que pautou a BR-476/153/282/480/PR/SC, promovendo a redução da tarifa-teto decorrente de tal medida (itens 531-541 da instrução de peça 28);’

493. O PER da BR-101/290/448/386/RS suprimiu os dispositivos que constaram do PER da BR-364/365/GO/MG, para a ‘frente de recuperação e manutenção’, que exigiam a implantação dos aceiros:

‘Escopo de Trabalhos Iniciais (...)

14. Substituição ou implantação de mourões a cada 3 m, quando necessários, e implantação das faixas de proteção das cercas (aceiros) com largura mínima de 3 m, ao longo das divisas da faixa de domínio da rodovia, onde inexistentes.’

494. Isso indica que a ANTT optou por não exigir a execução do serviço. Caso seja esse o entendimento da Agência, será necessário suprimir também a menção que constou do item 3.3.6 do PER à ‘conservação das faixas de proteção das cercas (aceiros)’ (peça 8, p. 61).

495. Ademais, verifica-se que a supressão da obrigação da futura concessionária para com a execução de aceiros não foi acompanhada da exclusão dos valores correspondentes no EVTEA e na correspondente tarifa-teto, que continuou a considerar duas execuções anuais do serviço.

496. Ante o exposto, considerando-se que não foi observado o item 9.2.37 do Acórdão 943/2016-Plenário, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que reavalie a exigência de implantação e manutenção de aceiros ao longo da vigência contratual e, caso decida-se pela supressão de tal obrigação, exclua do item 3.3.6 do PER a menção ao serviço e revise o EVTEA de modo a remover os valores que constaram dos estudos, promovendo a redução da tarifa-teto decorrente de tal medida, em atendimento ao disposto no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e §2º, ambos, da Lei 10.233/2001.

C.1.4 Implantação e recuperação das edificações e instalações operacionais

497. Em análises anteriores, o Tribunal já tinha detectado incompatibilidades na ‘implantação e recuperação das edificações e instalações operacionais’, razão pela qual emitiu determinação a seguinte determinação à ANTT (Acórdão 943/2016-Plenário):

‘9.2.13. evidencie no PER que o prazo aplicável às intervenções em edificações/instalações existentes é válido mesmo quando necessitarem, além de reforma, de obras de construção e/ou ampliação e que reavalie incompatibilidades de prazo e quantidades apuradas para as edificações da ANTT – postos e/ou prédio (itens 287-299 da instrução de peça 28);’

498. No que tange aos postos de pesagem, o PER da BR-101/290/448/386/RS prevê, no escopo dos trabalhos iniciais – até 12º mês (peça 8, p. 33):

‘4. Construção, reforma e recuperação de postos de pesagem existentes, incluindo o sistema viário e áreas de estacionamento/transbordo, para que sejam oferecidas funcionalidades, padrões de operação e capacidade de atendimento exigidos na Frente de Serviços Operacionais.

PARÂMETROS DE DESEMPENHO	PRAZO DE ATENDIMENTO / FASE			
	TRABALHOS INICIAIS		RECUPERAÇÃO	MANUTENÇÃO
	6 meses	12 meses	60 meses	Até o 360º mês
Postos de pesagem, como previsto em projeto, totalmente funcionais		X		

499. Logo adiante, o PER da BR-101/290/448/386/RS prevê, no escopo de manutenção – 61º ao 360º mês (peça PER RIS-08 11final, p. 33):

‘4. Construção de postos de pesagem, incluindo o sistema viário e áreas de estacionamento/transbordo, para que sejam oferecidas funcionalidades, padrões de operação e capacidade de atendimento exigidos na Frente de Serviços Operacionais.’

500. Finalmente, o PER da BR-101/290/448/386/RS estipula um último prazo, distinto dos outros dois para novos postos de pesagem – 36 meses (peça 8, p. 64):

Tabela 32: Parâmetros de desempenho dos Postos de Pesagem

INFRAESTRUTURA / SERVIÇO OPERACIONAL	PRAZO DE ATENDIMENTO / FASE					
	TRABALHOS INICIAIS			18 meses	24 meses	36 meses
	Imediato	6 meses	12 meses			
Novos Postos de Pesagem						X

Fonte: Programa de Exploração da Rodovia

501. Ante o exposto, considerando-se que não foi observado o item 9.12.13 do Acórdão 943/2016-Plenário, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 251 do Regimento Interno do TCU, propõe-se determinar à ANTT que corrija as inconsistências para os prazos verificadas no PER para as intervenções em postos de pesagem, em atendimento ao disposto no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e §2º, ambos, da Lei 10.233/2001.

D. Da inobservância de determinações/recomendações anteriores

502. Como etapa final da presente fiscalização, avaliou-se o cumprimento, por parte da ANTT, de recomendações e determinações feitas pelo TCU em avaliações de estudos de viabilidade e licitações pretéritas de concessões rodoviárias.

D.1. Contornos urbanos

503. O PER da BR-101/290/386/448/RS não contempla a execução de nenhum contorno em trecho urbano de caráter obrigatório; porém, permite que sejam propostos pela concessionária e aprovados pela ANTT como alternativa (peça 8, p. 50):

(i) à execução das obras de ampliação de capacidade e melhorias, item 3.2.1, de trechos que atravessem áreas urbanas; e

(ii) à execução de obras de manutenção de nível de serviço, item 3.2.3, de trechos que atravessem áreas urbanas.

504. Em duas ocasiões, o Tribunal enfrentou a questão dos ‘contornos opcionais’ (Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário) e, em ambas, determinou que tal possibilidade fosse suprimida:

‘revise os estudos para identificar, de forma inequívoca, se subsiste a necessidade de incluir novos ‘contornos obrigatórios em trechos urbanos’, e suprima do PER e da minuta do contrato as referências a ‘contornos opcionais em trechos urbanos’ ou ‘obras alternativas em trechos urbanos’

505. Foram considerados dois elementos principais nas decisões - a previsibilidade do evento e a oportunidade de locupletamento - conforme explicitado no voto condutor do Acórdão 283/2016-Plenário:

‘359. Não bastasse a inadequação da previsão de ‘contornos opcionais’ nos moldes propostos (intervenções passíveis de serem previstas anteriormente à licitação), recaem sobre tais obras as mesmas indefinições relativas ao equilíbrio econômico-financeiro já comentadas anteriormente.

360. Os ditos ‘contornos opcionais’, se aprovados na forma proposta, ensejam enriquecimento extraordinário da concessionária, uma vez que será remunerada pela obra do contorno, segundo o valor que indicar como necessário (não aferido por procedimento licitatório) e, ao mesmo tempo, desonerada de suas obrigações de duplicação para o segmento a ser contornado, haja vista que para o trecho em pista simples a ser suprimido das metas de duplicação não incide qualquer regra para o reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da não execução da duplicação prevista.’

506. Em razão da oportunidade de locupletamento que os contornos de caráter não obrigatório conferem às concessionárias, os contratos da terceira etapa que foram celebrados com esse tipo de mecanismo enfrentam inúmeras propostas para a inclusão de contornos, a exemplo das rodovias:

i) BR-163/MT – Nota Técnica 16/2016/GEINV/SUINF revela o desenvolvimento de ‘projetos executivos do novo contorno de Cuiabá /MT e Várzea Grande/MT e das obras de melhoria e fluidez da Rodovia dos Imigrantes’ que permitirá suprimir, total ou parcialmente, as obrigações da Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO) atinentes à duplicação da Rodovia dos Imigrantes, trecho em pista simples com cerca de 28 km, pelo qual se realiza o contorno atual daquele município;

ii) BR-163/MS – a concessionária (MS Via) propôs, na Nota Técnica 18/2016/GEINV/SUINF, a inclusão de três contornos alternativos: Campo Grande (R\$ 61.339.263,62), Itaquiraí (R\$ 15.843.770,26) e Juti (R\$ 78.052.318,00), que dois meses depois, tiveram seus valores atualizados pela Nota Técnica 28/2016/GEINV/SUINF: Campo Grande (R\$ 534.921.946,50), Itaquiraí (R\$ 100.203.154,02) e Juti (R\$ 72.566.742,49);

iii) BR-060/153/262/DF/GO/MG – Resolução 5.142/2016 aprovou a inclusão, de forma condicionada, do contorno de Campo Florido/MG (incremento de 1,74% da TBP) e de um contorno de classe especial para Goiânia/GO (incremento de 20,62% da TBP).

507. Em alguns casos, como na BR-060/153/262/DF/GO, a inclusão de contornos depois da licitação atingiu cifras de tal maneira expressivas, que a concessionária já apresentou proposta destinada a deixar de duplicar 551,96 km de rodovia, para se concentrar apenas nas obras dos contornos, conforme relatado anteriormente.

508. A despeito das determinações do Tribunal e da confirmação de que a inclusão de ‘contornos urbanos’ posteriormente à licitação representa instrumento à disposição das empresas para incrementar tarifas de forma desproporcional, a ANTT não apenas retomou a previsão para os trechos a serem duplicados (i - alternativa às obras de ampliação de capacidade e melhorias), como a ampliou para os trechos que já se encontram duplicados e passíveis de receber implantação de faixa adicional por meio de gatilho (ii - alternativa às obras de manutenção de nível de serviço).

509. Assim, a primeira possibilidade (alternativa à execução das obras de ampliação de capacidade e melhorias) deve ser suprimida, em consonância com as determinações contidas nos itens 9.2.17 do Acórdão 283/2016-Plenário e 9.2.22 do Acórdão 943/2016-Plenário, tendo em vista que eventuais contornos podem e devem ser previstos previamente à licitação e incluídos na proposta original da concessionária.

510. Digno de nota que a versão final da minuta de contrato, em sua subcláusula 9.6.2, indica que a inclusão deverá ocorrer após a elaboração de EVTEA pela concessionária e que a

metodologia para a inclusão do contorno e para exclusão da travessia urbana será baseada na comparação entre dois projetos executivos também a cargo da concessionária:

(i) Em até 6 meses após a proposta, a Concessionária deverá apresentar um estudo de viabilidade para o contorno pretendido, de acordo com as regulamentações da ANTT;

(ii) Caso a ANTT decida, com base nas conclusões do EVTEA, pela inclusão do trecho de contorno, a concessionária deverá apresentar dois projetos executivos, do trecho original do contorno, para a respectiva aprovação, de acordo com a regulamentação vigente;

511. Verificou-se, para o contorno de Goiânia (TC 036.417/2016-5), que delegar a elaboração de EVTEA à concessionária conduz a resultados pouco confiáveis, destinados a corroborar a inclusão de obras pelo FCM, que são de interesse da empresa.

512. Além do mais, a previsão que consta da minuta contratual relacionada à elaboração de dois projetos executivos (um do objeto a ser executado e outro do objeto que deixará de ser executado) para o reequilíbrio econômico-financeiro originou-se de proposta da Concebra, empresa do Grupo Triunfo, para o contorno de Goiânia (peça 4, p. 23, do TC 036.417/2016-5):

151. Para se conseguir o reequilíbrio econômico-financeiro mais realístico possível, sem prejuízo para os envolvidos, em decorrência da inexistência de um plano de negócios nas condições editalícias da concessão, será necessário a análise destes dois projetos de engenharia, que serão protocolados nos próximos dias, sendo um de acordo com as condições estipuladas no PER, com 30 km de extensão, com o início e o final nos locais previstos, com diretriz pré-definida, classificado como Classe I-A e utilizando parcela da 'Exceção à obrigação de atendimento à Classe I-A' nos parâmetros técnicos que o item 3.2.5 do PER permite, obtendo-se um quadro de quantidades, e o segundo, já como Classe 0, cujo quadro de quantidades serão extraídas as quantidades do primeiro, restando um saldo, que após valorado com a tabela Sicro atualizada, se obtém o valor final que seria aplicado para o reequilíbrio, de forma que seja nulo o valor presente líquido no fluxo de caixa marginal projetado para este evento, evitando-se qualquer unilateralidade.

513. Observou-se, naqueles autos que, a depender do objetivo, a empresa lograva reduzir ou majorar o valor das intervenções obrigatórias que desejava deixar de executar – quando se propôs a suprimir a obra original (30 km, classe I-A) pelo valor do projeto executivo, indicou que valia R\$ 233.622.469,57 (ref. mar/15); quando se propôs a justificar a nova obra (44 km, classe 0), elaborou EVTEA indicando que a obra original com extensão ampliada (44 km, classe I-A), teria custo de implantação de R\$ 810.313.561,00, ou seja, que custaria quase o mesmo que o contorno de classe especial (R\$ 913.869.440,00).

514. A segunda possibilidade, embora não tenha sido apreciada pelo Tribunal, é ainda mais inadequada, pois as obras de manutenção de nível de serviço, quais sejam as 'obras de ampliação da capacidade condicionadas ao volume de tráfego (item 3.2.3.1)', devem ser alocadas ao risco da concessionária, conforme abordado anteriormente nesta instrução

515. Caso contrário, tais obras estarão suscetíveis a inúmeras irregularidades (não manutenção das condições efetivas da proposta, burla ao procedimento licitatório, desvio de objeto, remuneração por custos seletiva, afronta aos princípios que regem a Administração) e acarretarão prorrogações sucessivas da avença para a inclusão de intervenções sem licitação e não sujeitas à pressão competitiva, o que resultará em claro benefício para a empresa que assumir a concessão em detrimento do interesse dos usuários.

516. Com a inserção, na minuta contratual, da segunda possibilidade de inclusão de contornos urbanos (que não constava de concessões anteriores), os problemas já verificados para as 'obras de ampliação da capacidade condicionadas ao volume de tráfego' ampliar-se-ão exponencialmente.

517. Isso porque a inserção de um contorno urbano exige investimentos normalmente muito superiores àqueles necessários à implantação de faixa adicional para uma rodovia – basta considerar que o trecho rodoviário que demanda 'obras de ampliação da capacidade condicionadas ao volume de tráfego' encontra-se, no mínimo, duplicado, demandando apenas a execução de mais

uma faixa na pista existente, ao passo que o contorno pressupõe a implantação de uma nova rodovia em outra localidade (duas pistas com duas ou três faixas em cada sentido e com extensão usualmente superior àquela a ser contornada).

518. Dessa forma, caso seja mantido o dispositivo em comento, após a celebração do contrato a concessionária poderá indicar, nos estudos que elabora (assimetria de informações), que os problemas de fluidez da BR-290/RS, por exemplo, não são solucionáveis mediante implantação de faixa adicional, e, com isso, obter a inclusão de um contorno não previsto inicialmente com até mais de três faixas de rolamento por pista (existem trechos dessa rodovia que já contam com quatro faixas em cada sentido). Esse contorno deverá ser de classe especial (classe 0), nos termos do PER, o que exigirá investimentos ainda mais robustos:

‘3.2.5.1 Parâmetros da classe da rodovia

(...)

(i) Obrigação de atendimento à Classe 0: os trechos da BR-290 e BR-448 que atualmente operam na classe 0 permanecerão com essa característica na futura concessão.’

519. **Desse modo, conclui-se que a implantação de contornos urbanos como alternativa à execução de obras de manutenção de nível de serviço é prerrogativa incompatível com o dever de licitar e com a manutenção das condições efetivas da proposta, privilegiando a regulação por custos em detrimento do interesse dos usuários e permitindo o desvirtuamento do objeto contratado; além de afrontar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, inc. XXI e art. 175 da CF/88; art. 2º, caput, inciso II, art. 6º, § 1º, art. 9º, § 4º e art. 10, todos da Lei 8.987/1995; art. 20, II, ‘b’, da Lei 10.233/01; art. 2º, II, ‘b’ do Decreto 4.130/02).**

520. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar à ANTT que exclua as ‘obras de contornos em trechos urbanos’ previstas na minuta de contrato, em consonância com as determinações contidas nos Acórdãos 283/2016-Plenário (item 9.2.17) e 943/2016-Plenário (item 9.2.22), ou, alternativamente, estabeleça alocação à concessionária dos riscos decorrentes da construção de contornos urbanos, em atendimento ao art. 37, caput, inc. XXI e art. 175 da CF/88; art. 2º, caput, inciso II, art. 6º, § 1º, art. 9º, § 4º e art. 10, todos da Lei 8.987/1995; art. 20, II, ‘b’, da Lei 10.233/2001; art. 2º, II, ‘b’ do Decreto 4.130/2002.

D.2. Lei dos caminhoneiros

521. A subcláusula 17.4 da minuta de contrato, que cuida do sistema tarifário, indica que (peça contrato, p. 40):

17.4.7 As Tarifas de Pedágio são diferenciadas por categoria de veículos, em razão do número de eixos e da rodagem, adotando-se os Multiplicadores da Tarifa constantes da tabela abaixo: (...)

‘(i) Para efeito de contagem do número de eixos, será considerado o número de eixos não-suspensos do veículo quando vazio, conforme regulamentação vigente.’

522. O cômputo, para efeitos de cobrança de pedágio dos veículos que transitam pela rodovia, apenas dos eixos não suspensos dos mesmos quando vazios decorre da Lei 13.103, de 2/3/2015, que estipula que:

‘Art. 17 Os veículos de transporte de cargas que circularem vazios não pagarão taxas de pedágio sobre os eixos que mantiverem suspensos.’

523. O dispositivo legal em tela é bastante claro no sentido de que somente os veículos de transporte de cargas circulando vazios e com eixos suspensos é que poderão usufruir do benefício legal relativo ao não pagamento de tarifa pelos eixos que estejam levantados.

524. Em 13/10/2015, a ANTT editou a Resolução 4.898, pela qual indicou que:

‘Art. 1º A condição de veículo vazio de que trata o art. 17º da Lei nº 13.103 poderá ser verificada a partir:

I – de avaliação visual;

II – da documentação fiscal associada à viagem;

III – do Código Identificador da Operação de Transporte – CIOT, nos termos da Resolução nº 3.658/2011;

IV – do peso bruto total do veículo.

Art. 2º A verificação de que trata o art. 1º poderá ser realizada em cabines específicas de pedágio, postos de pesagem ou através de fiscalização pela ANTT ou pela autoridade de trânsito com circunscrição sobre a rodovia.’

525. Portanto, a aplicação do benefício, conforme previsão legal, pressupõe atividade de fiscalização destinada a aferir se os caminhões que cruzam as praças de pedágio com eixos suspensos estão efetivamente vazios. Caso contrário, veículos carregados pagarão tarifas a menor suspendendo fraudulentamente os eixos apenas quando da travessia dos pontos de cobrança e onerando os demais usuários do sistema rodoviário concedido.

526. Em fevereiro de 2016, o Tribunal determinou que futuros processos de concessão de rodovias deveriam considerar o ônus decorrente da fiscalização do tráfego de veículos com eixos suspensos (Acórdão 283/2016-Plenário):

‘9.3.6 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 (itens 447-454 da instrução de peça 32, e 148-151 do voto que acompanha este acórdão);’

527. Em abril de 2016, o Tribunal foi novamente confrontado com a matéria e deliberou pela necessidade de atribuir os encargos necessários à fiscalização da Lei 13.103/2015 à concessionária, previamente à licitação (Acórdão 943/2016-Plenário):

‘9.2.32. 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 (itens 443-451 da instrução de peça 28 e subtópico VIII.2 do voto que fundamenta este acórdão);’

528. A despeito dos comandos legais e determinações do Tribunal, o PER e a minuta de contrato referentes à BR-101/290/386/448/RS não estabelecem para a concessionária qualquer obrigação no sentido de providenciar a instalação de equipamentos ou estrutura de fiscalização capazes de detectar se o caminhão que ingressa no posto de pesagem com eixos suspensos está vazio ou carregado.

529. **Disso se conclui que os estudos encaminhados, PER e minuta de contrato não atendem às determinações do Tribunal (item 9.3.6 do Acórdãos 283/2016-Plenário e item 9.2.32 do Acórdão 943/2016-Plenário) e afrontam os dispositivos legais que tratam da isenção tarifária para eixos suspensos (Lei 13.103/2015, Decreto 8.433/2015, Resolução ANTT 4.898/2015).**

530. Assim, propõe-se determinar à ANTT, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, que defina, no PER e na minuta de 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.

D.3. Obras executadas pelo poder concedente

531. Quando se trata da execução de obras e de serviços pelo poder concedente, em um trecho concedido, existem duas situações particulares a serem consideradas: i) intervenções em andamento - licitadas ou contratadas ou iniciadas antes da concessão; ii) intervenções futuras - que o poder concedente decide realizar depois da concessão do trecho.

D.3.1. Intervenções em andamento

532. A minuta de contrato apresentada tem como diretriz que a execução das obras e dos serviços esteja a cargo da concessionária, que deverá considerar em sua tarifa todas as obrigações decorrentes do objeto pactuado (peça 17, p. 20):

‘9.1.1 A Concessionária deverá executar as obras e os serviços necessários ao cumprimento do objeto do Contrato, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho, ao Escopo, aos Parâmetros Técnicos e às demais exigências estabelecidas no Contrato e no PER.’

533. Em vista disso, os contratos administrativos vigentes para os trechos rodoviários concedidos, majoritariamente celebrados pelo Dnit, deverão ser rescindidos, o que também está previsto na minuta de contrato (peça 17, p. 21):

‘9.1.4 O Poder Concedente obriga-se a rescindir, até a Data da Assunção, todos os contratos referentes a obras e serviços no Sistema Rodoviário que estejam em vigor na data de assinatura do Contrato, que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos.’

534. Como os contratos vigentes normalmente não impedem nem tampouco prejudicam a contratada, pelo contrário, concorrem para que os parâmetros de desempenho sejam atingidos, a parte final da subcláusula 9.1.4 (‘que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos’) há que ser suprimida para evitar que a concessionária receba por serviços que porventura continuem a ser providos por contratos públicos em andamento.

535. O Tribunal já fez determinações à ANTT nesse sentido, que não foram observadas para os estudos ora encaminhados:

‘9.4.7. revise a redação da subcláusula 10.1.4 da minuta contratual, uma vez que não apenas os contratos que impeçam ou prejudiquem a concessionária devem ser rescindidos (itens 419-436 da instrução de peça 32); Acórdão 283/2016-Plenário

9.4.11. revise a redação da subcláusula 10.1.4 da minuta contratual, uma vez que não apenas os contratos que impeçam ou prejudiquem a concessionária devem ser rescindidos (itens 420- 437 da instrução de peça 28); Acórdão 943/2016-Plenário.’

536. Portanto, para as intervenções em andamento, a regra é que todos os contratos vigentes sejam rescindidos e que a concessionária assuma integral responsabilidade pelo sistema rodoviário que lhe foi confiado.

537. Assim sendo, caso o Dnit esteja executando um viaduto, por exemplo, o contrato para a implantação da interconexão deverá ser rescindido até a data de assunção, de maneira que a obra seja listada no termo de arrolamento inicial e a concessionária assuma a sua conclusão, incluindo os encargos necessários à conclusão das obras na formulação de sua proposta de tarifa básica de pedágio.

538. Não obstante a regra em comento, verificam-se situações em que os contratos em andamento não são rescindidos (com amparo na parte final da subcláusula 9.1.4), o que acarreta em redução dos encargos da concessionária, conforme apurado na Nota Técnica 15/2017/GEINV/SUINF, que trata, dentre outros assuntos, da ‘exclusão de obras coincidentes executadas pelo Dnit’ na BR-060/153/262/DF/GO (peça 13, p. 30):

‘Foi identificado, pela equipe de análise técnica de projetos da ANTT que existem obras previstas no PER, como obrigação de execução pela concessionária, que são coincidentes com obras já executadas ou em execução pelo Dnit.’

539. Na ocasião, a ANTT identificou cinco passarelas, quatro acessos, sete interconexões (uma trombeta e seis diamantes) e três segmentos de ruas laterais que deveriam ter sido executados pela concessionária (peça 13, p. 35), mas que foram implantados pelo Dnit,

540. Na BR-386/RS, o Sistema de Acompanhamento de Contratos do Dnit (SIAC) aponta ao menos onze contratos ativos, passíveis de rescisão antes da assunção, que envolvem, dentre outras atividades, elaboração de projetos (contratos 749/2009; 942/2013); sinalização rodoviária (contrato 32/2014; 500/2014); conservação rodoviária (contratos 244/2016; 424/2016); construção de passarelas (contrato 437/2017) e obras de duplicação (contrato 674/2010).

541. Caso a intervenção em andamento por parte do Dnit seja uma obra de ampliação de capacidade (duplicação de um segmento, por exemplo) e não ocorra a rescisão da avença previamente à assunção por parte da concessionária, as regras contratuais são extremamente danosas ao interesse dos usuários, haja vista que serão transferidas à concessionária somente após concluídas:

‘9.7.1 As obras de responsabilidade do Poder Concedente serão transferidas à Concessionária, juntamente com os demais bens integrantes do respectivo trecho homogêneo, após sua conclusão total ou parcial.’

542. Nos termos da subcláusula 9.7.6 da minuta de contrato, a concessionária não tem qualquer obrigação de prestar serviços nos trechos com obras de duplicação em andamento, senão após o recebimento definitivo:

‘(ii) Após o recebimento definitivo, a Concessionária será responsável pela implantação das obras e serviços da Frente de Conservação e da Frente de Serviços Operacionais e todas as demais obrigações previstas no PER, devendo observar todos os Parâmetros de Desempenho, Parâmetros Técnicos e os prazos e condições estabelecidos.’

543. Isso sujeita usuários pagantes de pedágio a trafegarem por vias sem qualquer tipo de contraprestação por parte da concessionária. Na prática, verificou-se que a aplicação dessa concepção fracassou na concessão da BR-163/MT, ainda que naquele contrato a frente de serviços operacionais tivesse sido prevista, desde a assunção da rodovia, para os trechos com obras em andamento pelo Dnit (o que não ocorre nos estudos atuais), conforme revelado no relatório do TC 023.298/2015-4:

‘Em fiscalização realizada em 2015 naquela rodovia (TC 023.217/2015-4), verificou-se que tal concepção foi extremamente malsucedida e ruína ao interesse dos usuários, pois o Dnit não realizou as obras de duplicação previstas, que agora serão repassadas à concessionária por valores mais elevados do que aqueles que seriam obtidos se fossem submetidos ao procedimento licitatório inicial.

Além de não terem sido duplicados, os trechos sob responsabilidade da autarquia ficaram sem qualquer tipo de manutenção, haja vista que ficou ajustado que as obrigações da concessionária para com tais segmentos (com exceção da frente de serviços operacionais, que inclui atendimento médico e socorro mecânico) só passariam a valer depois que a implantação das pistas duplas a cargo da autarquia fosse concluída e a transferência dos segmentos levada a efeito.

O resultado de tal modelo foi que a concessionária instalou praças de cobrança de pedágio em segmentos administrados pelo Dnit que não estão recebendo quaisquer obras de duplicação e, ainda, que se encontram em péssimo estado de conservação, o que afronta o art. 6º da Lei 8.987/1995:

‘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.’

544. Cumpre notar, também, que em tais situações (obras em andamento), a minuta de contrato permite que a concessionária postule aditivos contratuais a título de adequar as obras que serão recebidas do Dnit aos parâmetros de desempenho exigidos pelo contrato de concessão, conforme subcláusulas 9.7.4 e 20.2.14.

545. Assim, uma obra em andamento cujo contrato não seja rescindido até a data de assunção da rodovia, beneficia a concessionária triplamente:

(i) não precisará investir na conclusão das obras;

(ii) não terá encargos com a prestação de serviços (conservação, manutenção, operação, etc.) no trecho em obras até o seu recebimento definitivo;

(iii) receberá valores adicionais para a adequação das obras a que não faria jus caso as assumisse desde o início do contrato.

546. No caso concreto, ao descrever o sistema rodoviário, o PER indica que 10,0 km de rodovia se encontram em obras de duplicação (EOD), extensão detalhada no Apêndice A, que indica como EOD segmento da BR-386/RS do km 349,5 ao km 360,3 (peça PER, p. 6, 109).

547. A duplicação em questão está sendo conduzida pelo Dnit, no âmbito do Contrato 00 00674/2010, celebrado em 28/7/2010, com o Consórcio Iccila – Conpasul – Cotrel – Momento, para a duplicação de 33,80 km (km 351,50 – 385,30) por um valor, a preços iniciais (ref. set/09), de R\$ 184.272.464,22. Previa-se, quando da contratação, que as obras estariam concluídas em 12/7/2013.

548. Como o prazo atual para o término dos serviços que consta do SIAC é 31/12/2017 (notícias jornalísticas sinalizam que o prazo de conclusão será postergado para o primeiro trimestre de 2018), considerou-se, no PER e na minuta de contrato, que o trecho em questão estará duplicado quando da assunção da rodovia pela concessionária que sagrar-se vencedora do certame.

549. É possível que a previsão venha a concretizar-se (valores medidos acumulados até outubro/2017 totalizam R\$ 175.664.729,91), mas se isso não vier a ocorrer, não há qualquer previsão, na minuta de contrato, de que a concessionária deverá assumir os encargos necessários à conclusão das obras.

550. Conforme visto, em tal situação o contrato de concessão oferece mecanismos para que a empresa reduza seus encargos e ainda consiga majorar a tarifa de pedágio, em detrimento do interesse dos usuários, consubstanciado na prestação de serviço adequado.

551. Isso ocorre porque quando o sistema rodoviário é transferido à concessionária, mediante assinatura de termo de arrolamento e transferência de bens, em trinta dias a contar da publicação do extrato do contrato no Diário Oficial da União (subcláusula 4.2.1 da minuta de contrato), a concessionária assume todas as obrigações contratuais relacionadas à recuperação, manutenção e conservação da rodovia desde o início, sem possibilidade de pleitear aditivo.

552. Se a obra não for concluída antes do início da concessão (recebimento definitivo do objeto do Contrato 00 00674/2010 não tiver ocorrido), o Dnit não relaciona o segmento de 33,80 km no termo de arrolamento e, nesse caso, até que ocorra a transferência do trecho, a concessionária não estará obrigada a realizar os serviços da ‘frente de recuperação e manutenção’ ou da ‘frente de conservação’ ou da ‘frente de serviços operacionais’ e a atender aos parâmetros de desempenho estabelecidos em contrato para essas frentes.

553. Além disso, quando ocorre a transferência tardia do segmento, caso a concessionária identifique inconsistências entre a obra e o seu projeto ou da obra em relação aos parâmetros de desempenho contratuais, apresentará orçamento dos serviços necessários à adequação e fará jus a receber montante equivalente à sua intervenção proposta, o que normalmente envolve valores elevados, dada a assimetria de informações que predomina nessas ocasiões.

554. No caso da BR-050/GO/MG, por exemplo, a MGO Rodovias obteve um incremento tarifário de 5,60% (correspondente a R\$ 81 milhões em investimentos), condicionado ao implemento de determinadas condições (peça 33), a título de realizar adequações para assumir trecho de 35,4 km que fora duplicado pelo Dnit, no âmbito do Contrato TT-569/2010, por R\$ 200 milhões, em valores reajustados para novembro de 2014, com termos aditivos incluídos, o que equivale a 40% do valor empregado na implantação (recebimento representa praticamente uma nova obra, se desconsiderados os serviços de terraplenagem, não mais necessários).

555. Ou seja, quando o repasse de um segmento de rodovia ‘atrasa’, a concessionária deixará de prestar diversos serviços (recuperação, manutenção, conservação e operação) e ainda receberá valores adicionais para realizar intervenções (adequação aos parâmetros de desempenho) que faria sem qualquer custo adicional se o segmento constasse do termo de arrolamento.

556. Em vista disso, para as obras que estejam em andamento antes da concessão, é necessário que a regra contratual de rescisão (subcláusula 9.1.4) seja rigorosamente cumprida, de

modo que a concessionária assumira todos os serviços necessários à conclusão dessas intervenções e que incluía, em sua proposta tarifária, tais encargos; assim, o repasse de todo o sistema rodoviário deverá ocorrer no momento da assunção da rodovia.

557. Oportuno registrar que, em muitos casos, as obras em andamento pelo Dnit não estão sendo verificadas e indicadas nos estudos preparatórios da concessão, como revela a Nota Técnica 25/2017/GEINV/SUINF (peça 34, p. 16):

‘Desta forma, vistoriou e realizou levantamentos dos trechos rodoviários, de modo que pôde verificar que, conquanto no Apêndice D do PER constasse a informação de que não existiam obras do Dnit na rodovia, havia, efetivamente, obras de duplicação no trecho da BR-262/MG, no trecho compreendido entre o km 436,6 e o 447,0, no Município de Nova Serrana sendo realizadas por empresa contratada do Dnit.’

558. Assim, é preciso que os estudos verifiquem todas as intervenções em andamento nos trechos a serem concedidos (executadas pelo Dnit, conveniadas, etc.) e esclareçam que a responsabilidade pela conclusão será da futura concessionária, de forma a dar efetividade à subcláusula 9.1.4, cuja parte final deve ser suprimida.

D.3.2. Intervenções futuras

559. Embora a minuta de contrato tenha como diretriz que a execução das obras e dos serviços esteja a cargo da concessionária, isso não impede que, ao longo de trinta anos, o poder público faça investimentos na rodovia concedida (peça 17, p. 22):

‘9.2.1 Durante a Concessão, excepcionalmente e se assim o interesse público demandar, o Poder Público poderá realizar investimentos no Sistema Rodoviário concedido. Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro conforme a subcláusula 21.6, em decorrência da alteração de obrigações a cargo da Concessionária.’

560. Todavia, diferentemente do que sugere a subcláusula 9.2.1, o poder público não pode empregar seus recursos em intervenções de responsabilidade da contratada, conforme Lei 12.379/2011, que trata do sistema federal de viação (SFV):

‘Art. 6º A União exercerá suas competências relativas ao SFV, diretamente, por meio de órgãos e entidades da administração federal, ou mediante: (...)

II – concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada; (...)

Art. 7º A União poderá aplicar recursos financeiros no SFV, qualquer que seja o regime de administração adotado.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 6º, é vedada a aplicação de recursos da União em obra ou serviço que, nos termos do respectivo contrato ou instrumento de delegação, constitua responsabilidade de qualquer das demais partes envolvidas.’

561. Logo, a atuação do poder público no sistema rodoviário concedido é de caráter complementar (realização de intervenções não atribuíveis à concessionária), de maneira que não pode resultar na redução dos encargos da concessionária, muito menos na utilização do fator D (subcláusula 21.6) para a exclusão de obrigações. Não é razoável que a Administração delegue ao particular determinadas atribuições mediante concessão para, em seguida, reassumir tais encargos, desonerando o particular do ônus assumido no leilão.

562. Verificou-se, no entanto, que isso ocorreu na concessão da BR-153/SP, a cargo da Transbrasiliana: o Dnit assumiu a duplicação de trechos que deveriam ser executados pela empresa responsável pelo trecho concedido (arrematados com deságio) e esta, por sua vez, passou a pleitear a duplicação de outros segmentos não previstos originalmente (mais rentáveis), ocorrência que deverá ser avaliada no âmbito do TC 032.829/2016-7.

563. Por conseguinte, a parte final da subcláusula 9.2.1 deverá ser suprimida (‘Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro conforme a subcláusula 21.6, em decorrência da alteração de obrigações a cargo da Concessionária’).

564. Mesmo que o poder público venha a realizar investimentos que não são encargos originais da concessionária, a minuta contratual não se encontra apropriada, pois não foram realizados os ajustes exigidos pelo Tribunal em duas determinações de igual teor:

‘Acórdão 283/2016-Plenário

9.2.25. reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo poder concedente, de modo a adequá-las ao objeto da contratação e atender ao interesse do usuário – prestação de serviço adequado e modicidade tarifária (itens 419-435 da instrução de peça 32);

Acórdão 943/2016-Plenário

9.2.30. reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo poder concedente, de modo a adequar o objeto da contratação e atender ao interesse do usuário – prestação de serviço adequado e modicidade tarifária (itens 420-437 da instrução de peça 28);’

565. Não é razoável, por exemplo, que o poder público inicie obras em uma concessão as quais não tenha condições de finalizar – a Constituição Federal, em seu art. 167, veda o início de programas ou projetos cujos recursos não estejam garantidos em termos de orçamento; dessa forma a subcláusula 9.7.2 é questionável tanto por pressupor a ausência de planejamento, em termos orçamentários, quanto o direcionamento das obras à concessionária, o que cria nova regra, não prevista legalmente, ao dever de licitar:

‘9.7.2 Nos casos excepcionais em que a Concessionária seja instada a realizar as obras de responsabilidade do Poder Concedente, total ou parcialmente, o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato será recomposto nos termos das subcláusulas 21.3.1 e 21.5.’

566. Ainda que o poder concedente realize obras que não são de responsabilidade da concessionária e disponha de recursos suficientes para a conclusão do empreendimento, sem necessidade de ‘instar’ a concessionária a assumir as intervenções, a minuta contratual não se encontra adequada.

567. Cabe envolver a concessionária nas etapas de projeto e de execução de obras pelo poder concedente caso, ao cabo do processo, a concessionária tenha que receber tais obras e mantê-las até o final do contrato de concessão, o que está previsto, ao menos em parte, na minuta de contrato:

‘9.7.3 A Concessionária deverá acompanhar a execução de cada etapa construtiva das obras de que trata a subcláusula 9.7.1, ocasião em que todas as inconsistências entre a obra e seus projetos deverão ser comunicadas à ANTT.’

568. Ocorre que o envolvimento da concessionária deve ser aprimorado de modo que ao final não exista qualquer possibilidade de pleitos adicionais de reequilíbrio para o recebimento das obras, de sorte que as subcláusulas 9.7.4 e 9.7.5 possam ser suprimidas.

569. Ademais, é necessário estabelecer parâmetros para os valores que serão devidos à concessionária para a manutenção, conservação, operação e monitoração das obras executadas pelo poder concedente, de modo que não excedam os valores previstos na proposta original da empresa para obras análogas. Inexiste instrumento contratual para tanto, de forma que a concessionária terá liberdade para propor os valores que desejar receber pelo FCM.

570. A título de exemplo, a ANTT aprovou a inclusão de 45 retornos em nível para a BR-040/DF/GO/MG por R\$ 97.119.645,30 e, logo em seguida, a concessionária responsável pela concessão (Via 040) pleiteou R\$ 101.214.732,80 para a manutenção desses mesmos 45 retornos; ou seja, os encargos posteriores à implantação, caso não exista previsão contratual expressa, poderão ser da ordem de grandeza da própria execução da obra pelo poder concedente (o que é incompatível com os estudos de viabilidade, que consideraram – via fator D - acréscimo de 29% em relação aos custos de implantação).

571. Caso tais questões não sejam resolvidas na minuta contratual (modelagem que permita suprimir a necessidade de reequilíbrio para o recebimento das obras e encargos posteriores ao recebimento análogos aos licitados), o objetivo que se busca com a realização de investimentos pelo poder público no sistema rodoviário concedido, qual seja, a melhoria da infraestrutura sem

onerar os usuários, não será alcançado – tanto pelos valores exorbitantes cobrados pela concessionária para receber quanto para manter e operar as obras.

572. **Em suma, no que tange às obras executadas pelo poder concedente, o estudo encaminhado demanda amplos ajustes, que não foram realizados, a despeito das determinações expedidas pelo Tribunal nesse sentido (Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário).**

573. Assim, cabe determinar à ANTT que reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo poder concedente, de modo a adequar o objeto da contratação e atender ao interesse do usuário – prestação de serviço adequado e modicidade tarifária, garantido que: i) todos os contratos referentes a obras e serviços no sistema rodoviário sejam rescindidos até a data de assunção por parte da concessionária; ii) a concessionária assumira todos os trechos do sistema rodoviário na data de assinatura do termo de arrolamento; iii) a concessionária assumira eventuais obras em andamento e não concluídas na data de assinatura do termo de arrolamento; iv) a concessionária acompanhe todas obras que venham a ser executadas pelo poder concedente durante a concessão, de modo que esse acompanhamento não possibilite a inclusão de valores para recebimento de tais obras; v) haja parâmetros para a precificação dos serviços posteriores ao recebimento – manutenção, conservação, operação, monitoração – compatíveis com a proposta original; v) inexistir possibilidade de trechos concedidos não receberem serviços (conservação, manutenção, operação, monitoração, etc.) por parte da concessionária;

574. Adicionalmente, propõe-se determinar à ANTT que suprima a parte final da subcláusula 9.2.1 da minuta de contrato: ‘Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em decorrência da alteração de obrigações a cargo da concessionária’.

575. Por fim, insta determinar à ANTT que suprima a parte final da subcláusula 9.1.4 da minuta de contrato: ‘que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos’.

D.4. Anteprojeto

576. A execução de obras, via de regra, demanda a existência de um projeto executivo, o qual, nos termos legais (Lei 8.666/1993) contém detalhamento necessário e suficiente para tal etapa executiva:

X – Projeto Executivo – o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;

577. A Lei de Licitações admite, em alguns casos, que o projeto executivo seja desenvolvido concomitantemente com a execução das obras, desde que o projeto básico já esteja concluído:

‘Art. 7º As licitações para a execução das obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I – projeto básico;

II – projeto executivo;

III – execução das obras e serviço.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.’

578. A resolução 361 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea) permite a dispensa de projeto básico completo em situações bastante particulares, não verificadas para a concessão em análise:

‘Art. 5º - Poderá ser dispensado o Projeto Básico com as características descritas nos artigos anteriores, para os empreendimentos realizados nas seguintes situações:

I - nos casos de guerra ou graves perturbações da ordem;

II - nos casos de obras ou serviços de pequeno porte, isolados e sem complexidade técnica de gerenciamento e execução;

III - nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos e privados.

Parágrafo único - O responsável técnico do órgão contratante deverá justificar a urgência para o atendimento dos casos de emergência, referida neste artigo, emitindo respectivo laudo técnico com Anotação de Responsabilidade Técnica - ART.’

579. Essa mesma resolução posiciona o anteprojeto como um documento prévio à elaboração do projeto básico:

‘Art. 1º - O Projeto Básico é o conjunto de elementos que define a obra, o serviço ou o complexo de obras e serviços que compõem o empreendimento, de tal modo que suas características básicas e desempenho almejado estejam perfeitamente definidos, possibilitando a estimativa de seu custo e prazo de execução.

Art. 2º - O Projeto Básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento.’

580. Todavia, os últimos estudos submetidos à apreciação do Tribunal permitiam à concessionária dar início às obras obrigatórias apenas mediante apresentação de anteprojeto, o que ensejou determinação à ANTT para que (Acórdão 283/2016-Plenário):

‘9.2.20. 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 32, e 131-137 do voto que acompanha este acórdão);’

581. Buscava-se, com a deliberação em questão, não apenas a apresentação de projetos como formalidade para o início das obras, mas um aprimoramento efetivo da atuação da agência reguladora, que passaria a realizar sua avaliação com base em documento com maior nível de detalhamento (projetos), conforme consignado no voto condutor do Acórdão 283/2016-Plenário:

‘134. Mesmo existindo projeto executivo, a ANTT contenta-se apenas com a apresentação de anteprojeto, elemento ineficiente para avaliar os trabalhos propostos pela concessionária, em relação aos manuais e normas técnicas e aos parâmetros de desempenho estabelecidos.’

582. Contudo, a cláusula 6 da minuta de contrato continua a estabelecer que a atuação da ANTT (avaliação, não objeção, prazos) ocorrerá com base em anteprojetos, cabendo apenas o recebimento formal dos projetos como etapa formal prévia ao início das obras:

‘6.2 A Concessionária deverá obter a não objeção ao anteprojeto, conforme regulamentação da ANTT, e apresentar o projeto executivo como condição para o início da execução das obras, obedecendo aos prazos de início de obras estabelecidos, sujeitos às penalidades previstas. (...)

6.3 A não objeção aos anteprojetos e o recebimento dos projetos executivos pela ANTT não significa a assunção de qualquer responsabilidade técnica por parte desta, tendo em vista o disposto na subcláusula 6.10. (...)

6.7 A Concessionária deverá submeter os anteprojetos referentes às obras de ampliação de capacidade e obras de melhorias descritas no subitem 3.2.1 do PER com antecedência mínima de 18 (dezoito) meses da data de início prevista para as obras.

583. Desse modo, entende-se que os Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenários não foram integralmente cumpridos em seus itens 9.2.20 e 9.2.25, no que tange a privilegiar a avaliação de projetos (estudos completos) em detrimento de anteprojetos (estudos preliminares).

584. Aliás, essa questão já tinha sido considerada nos novos estudos da BR-476/153/282/480/PR/SC que foram encaminhados para o Tribunal depois da prolação do Acórdão 283/2016-Plenário, ressalvada a meta do primeiro ano por conta da exiguidade do prazo:

‘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 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.’

585. Nesse sentido, propõe-se determinar à ANTT que estabeleça, na minuta de contrato, a não objeção aos projetos desenvolvidos pela concessionária como condição para o início da execução das obras, em consonância com os ditames legais aplicáveis (Lei 8.666/1993, arts. 6º, inciso X, e 7º; e Resolução-Confea 361, de 10/12/1991) e com as determinações contidas nos itens 9.2.20 do Acórdão 283/2016-Plenário e 9.2.25 do Acórdão 943/2016-Plenário.

D.5. Da Fiscalização do contrato de concessão

586. A concessão de rodovias à iniciativa privada é estruturada de forma que o parceiro privado assegure determinado nível de desempenho para o sistema rodoviário concedido ao longo da vigência contratual (peça 17, p. 22):

‘9.1.1 A Concessionária deverá executar as obras e os serviços necessários ao cumprimento do objeto do Contrato, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho, ao Escopo, aos Parâmetros Técnicos e às demais exigências estabelecidas no Contrato e no PER.’

587. Esse modelo, ao menos para as obras e serviços previstos originalmente na licitação, demanda uma fiscalização de cunho predominantemente finalístico; ou seja, a solução adotada e as quantidades de insumos empregados são menos relevantes do que o resultado final obtido com a intervenção, aferido com base em parâmetros de desempenho, definidos na minuta de contrato como (peça Contrato, p. 8):

‘indicadores estabelecidos no Contrato e no PER que expressam as condições mínimas de qualidade e quantidade do Sistema Rodoviário que ser implantadas e mantidas durante todo o Prazo da Concessão.’

588. O PER traz um total de 78 parâmetros de desempenho a serem atendidos para a ‘frente de recuperação e manutenção’, distribuídos da seguinte forma: pavimento (20); sinalização e elementos de proteção e segurança (11); obras de arte especiais (15); drenagem e obras de arte correntes (4); terraplenos e estruturas de contenção (4); canteiro central e faixa de domínio (9); implantação e recuperação das edificações e instalações operacionais (4); sistemas elétricos e de iluminação (4); sistemas de operação e segurança de túnel (7).

589. A aferição de grande parte desses parâmetros depende de equipamentos e/ou de ensaios específicos. No caso do pavimento, são pelo menos sete parâmetros nessa situação (flechas nas trilhas de roda; irregularidade longitudinal; deflexão característica; deflexão de pavimentos flexíveis ou semirrígidos; altura de areia; valor de resistência à derrapagem; avaliação de segmentos homogêneos – tráfego, estrutura do pavimento e respostas de natureza estrutural e funcional).

590. Os demais parâmetros de desempenho previstos para o pavimento, a despeito de permitirem algum tipo de verificação visual, precisam ser aferidos de forma sistematizada, ao

longo de toda a extensão rodoviária concedida, para que sejam efetivos, a exemplo da percentagem de área trincada máxima (TR), objeto de comentários no relatório do Acórdão 283/2016-Plenário:

591. Nota-se, primeiramente, que a avaliação do parâmetro de desempenho em questão (metas inicial, intermediárias e final) sempre demandará a avaliação de toda a rodovia, o que atualmente não pode ser feito de forma independente, com a estrutura de fiscalização utilizada pela ANTT.

592. Em vista disso, ao avaliar o primeiro estágio da concessão da BR-476/153/282/480/PR/SC, o Tribunal emitiu recomendação à ANTT (Acórdão 283/2016-Plenário) para que:

‘9.4.2 estabeleça parâmetros de desempenho com a estrutura de fiscalização da ANTT, aplicáveis sem a necessidade de avaliar toda a extensão da rodovia e/ou disponibilize para a fiscalização equipamentos que permitam uma avaliação independente de tais parâmetros (itens 197-205 da instrução de peça 32);’

593. Alguns meses depois, ao avaliar o primeiro estágio da concessão da BR-364/365/GO/MG, o Tribunal emitiu recomendação de mesmo teor (item 9.4.5 do Acórdão 943/2016-Plenário) e ainda acrescentou a seguinte recomendação:

‘9.4.2 reavalie a supressão de dispositivo que constou do PER da BR-476/153/282/480/PR/SC destinado a dotar a estrutura de fiscalização da ANTT de ferramental adequado à aferição dos parâmetros de desempenho estabelecidos em contrato (itens 115-134 da instrução de peça 28);’

594. Essa última recomendação foi motivada pela exclusão da previsão de aparelhamento dos postos de fiscalização da ANTT:

‘Deverão ainda ser disponibilizados, para a fiscalização do sistema rodoviário, os seguintes equipamentos: retrorrefletômetro horizontal e vertical, pêndulo britânico, treliça de alumínio padronizada para medição de flecha nas trilhas de roda, perfilômetro a laser com no mínimo 3 feixes permitindo a medição de IRI e desnível entre faixa e acostamento e trilha de roda.’

595. A documentação encaminhada para a BR-101/290/448/386/RS revela que a ANTT optou por não seguir as recomendações do Tribunal, haja vista que manteve os parâmetros de desempenho que exigem a verificação de toda a rodovia e promoveu a exclusão do dispositivo que buscava dotar os postos de fiscalização da ANTT de equipamentos.

596. Em vista disso, a menos que a ANTT conte com o apoio de empresas supervisoras ao longo de toda a vigência do contrato, não há qualquer possibilidade de fiscalização satisfatória dos parâmetros de desempenho estabelecidos na minuta de contrato, obrigação legal do poder concedente, nos termos da Lei 8.987/1995: ‘Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários’.

597. As auditorias realizadas nos contratos de concessão vigentes, que padecem dos mesmos vícios do processo ora encaminhado, vêm apontando, de forma reiterada, que a ANTT vale-se de informações produzidas pela concessionária para avaliar os parâmetros de desempenho estabelecidos em contrato (TC 014.731/2015-0; TC 023.217/2015-4; TC 014.745/2015-1). O Relator do TC 033.634/2015-7 trouxe à tona essa questão no Voto do Acórdão 943/2016:

‘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 10.233/2011 – 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).’

598. Ademais, compete à ANTT, segundo o disposto no art. 26, inciso VII, da Lei 10.233:

‘VII – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infraestrutura.’

599. No âmbito do contrato de concessão, cabem responsabilidades tanto para a concessionária como para a Agência Reguladora. Em linhas gerais, à concessionária cabe prestar o serviço adequado e à Agência, regular e a ‘fiscalizar’ esse serviço. Com efeito, a falta de instrumentos materiais, humanos e financeiros para fiscalizar a execução do contrato constitui impeditivo para delegar um serviço público ao parceiro particular, de sorte que os usuários, verdadeiros pagantes do serviço, não podem contar com a virtude do concessionário no cumprimento das suas obrigações.

600. Diante de todo o exposto, para que o processo de concessão da BR-101/290/448/386/RS seja efetivado, é indispensável que a ANTT disponha de estrutura de fiscalização compatível com os parâmetros de desempenho exigidos da concessionária, a fim de aferir a prestação do serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, compreendendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação (Lei 8.987/95, art. 6º, caput, §1º).

601. Portanto, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, propõe-se determinar a ANTT que se abstenha de celebrar o contrato de concessão da BR-101/290/386/448/RS sem dispor de estrutura para realizar a fiscalização contratual, com abrangência compatível com o objeto a ser fiscalizado, em atendimento ao art. 26, inciso VII, da Lei 10.233/2001.

CONCLUSÕES

602. Diante das análises empreendidas na presente fiscalização, foi possível constatar a ocorrência de diversas oportunidades de melhoria nos estudos de viabilidade da concessão da BR-1101/290/386/448/RS, as quais devem ser corrigidas pela ANTT antes do lançamento do certame licitatório, de forma a atender a diversos dispositivos legais atinentes à prestação do serviço público de exploração da infraestrutura rodoviária.

603. Em linhas gerais, o EVTEA omitiu importantes investimentos necessários à prestação do serviço adequado, como a ampliação de capacidade na BR-290 (km 85,8 a 96,8), trecho com maior tráfego do trecho concedido, cuja parte mais crítica já apresenta nível de serviço ‘E’ no início do projeto e apresentará nível ‘F’ já no 5º ano de concessão, que são os piores – numa escala de ‘A’ (melhor condição de operação) a ‘F’ (condição de congestionamento completo). Em função disso, cabe à ANTT, inclusive, uma avaliação mais ampla da suficiência dos investimentos previstos.

604. Além disso, foram observadas ao longo do processo diversas inconsistências nos estudos de viabilidade, onde parte já foi corrigida pelos gestores. Sobre o tema, deve-se registrar ainda a baixa qualidade dos estudos de viabilidade apresentados. O número de incorreções se mostrou significativo, a ponto sobrecarregar a Unidade Técnica na atividade de ‘revisão’ dos estudos, num papel que transcende a atuação do controle externo.

605. Não se pode deixar de registrar, ainda, que o EVTEA foi elaborado no âmbito de PMI, cuja adequação para as concessões de rodovias deve ser reavaliada pelo Poder Concedente, diante da baixa qualidade dos estudos apresentados e dos diversos riscos deste tipo de contratação, como, por exemplo, a assimetria de informações. Aliás, tais riscos foram cabalmente evidenciados na presente fiscalização, diante dos documentos apreendidos pela Operação ‘Cancela Livre’, da Polícia Federal, os quais potencializaram de forma inequívoca os apontamentos feitos neste processo.

606. Por não ser objeto da presente fiscalização, a apuração dos fatos e responsabilidades acerca de eventuais irregularidades cometidas no âmbito do PMI será realizada oportunamente.

607. Quanto à minuta contratual, concluiu-se ser de fundamental importância sua análise neste estágio da atuação do TCU. Isto porque a prestação do serviço público pelas concessões rodoviárias vigentes apresenta, de forma bastante clara, alguns problemas estruturais. Estes

problemas são resultado de falhas normativas do setor regulado, bem como deficiências das cláusulas contratuais. Por causa disso, torna-se imperioso o constante aprendizado com os erros cometidos em concessões anteriores e o consequente aprimoramento das cláusulas contratuais, com o objetivo de trazer maior eficácia à administração das rodovias federais pelo modelo das concessões.

608. Entre as cláusulas que necessitam de ajustes, estão as relacionadas com a alteração unilateral do contrato, a partir da inclusão de obras, investimentos ou outras obrigações ao concessionário durante a vigência contratual. As regras hoje vigentes necessitam ser revistas, de forma a evitar a repetição dos erros observados na 3ª etapa de concessões, onde os concessionários foram bastante agressivos nas propostas da licitação, com a expectativa de alavancar o retorno do negócio a partir da inclusão de novos investimentos, em substituição àqueles previstos inicialmente na licitação.

609. Em suma, é fundamental que a licitação da BR-101/290/386/448/RS propicie a contratação da licitante com a proposta mais vantajosa para a administração, prestadora de um serviço público eficiente, e não a licitante com a melhor expectativa de futuras negociações do contrato de concessão. Apesar disso, a ANTT expandiu as possibilidades de renegociação, como no caso das obras condicionadas ao volume de tráfego.

610. As cláusulas contratuais devem, portanto, observar melhores critérios para evitar o confronto com normas e princípios postos na legislação vigente, como o dever de licitar e o atendimento das condições efetivas da proposta. Nestes aspectos torna-se necessário o estabelecimento de cláusulas que impeçam atos atinentes a burlar o procedimento licitatório ora proposto pelo Poder Concedente, como maiores limitações à magnitude dos aditivos contratuais.

611. Necessário, ainda, que a ANTT modifique cláusulas contratuais relacionadas à regulação por custos. Deve-se impelir que a tarifa de pedágio seja precificada, ao longo de todo o prazo contratual, de forma preponderante, pelos custos apresentados pela concessionária. A tarifa vencedora do certame licitatório deve ser privilegiada pela agência reguladora, em observância ao art. 9º, da Lei 8.987/1995.

612. Outro aspecto essencial a ser corrigido é a possibilidade de prorrogação do contrato de concessão da BR-101/290/386/448/RS, pois não estão claras as regras de futura prorrogação, afrontando o disposto no art. 23, inciso XII, da Lei 8.987/1995.

613. Neste aspecto, é essencial, também, a revisão do critério estabelecido de alocação de riscos das obras condicionadas ao tráfego. Concluiu-se ser inapropriada a distribuição destes riscos ao Poder Concedente.

614. Entre outras cláusulas que necessitam de ajustes estão aquelas relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Verificou-se inconsistências na metodologia do 'Fator D', desenvolvida com o objetivo de estabelecer os ajustes tarifários decorrentes do atraso ou inexecução das obrigações do futuro concessionário. Da mesma forma, foram encontradas inconsistências na metodologia do 'Fator A', as quais necessitam ser corrigidas pela ANTT antes do lançamento do procedimento licitatório.

615. Ademais, foram constatadas insuficiências nos critérios relacionados à aplicação de penalidades à concessionária pelo inadimplemento contratual. Tal mecanismo, apesar de ter sido aprimorado ao longo do presente processo de fiscalização, ainda pode ser melhorado, de forma a servir como um fator inibidor do descumprimento contratual, o qual traz diversos problemas à União e aos usuários do serviço público. Ao contrário, algumas cláusulas da minuta contratual preveem já benefícios que poderão ocorrer ao concessionário caso haja a aplicação de penalidades, como a conversão destas em obras.

616. Uma das novidades trazidas na minuta do edital de licitação, em comparação a minutas de contratações anteriores, está na previsão de cláusula de ampliação da constituição do capital social, quanto maior for o desconto apresentado pela licitante vencedora. O objetivo de tal cláusula é o de garantir o cumprimento das obrigações iniciais do contrato e combater deságios agressivos

no leilão. Todavia, concluiu-se pela inadequação da referida cláusula, por ser restritiva ao certame licitatório e não se mostrar eficaz para atingir o objetivo para o qual foi criado.

617. Por fim, registra-se que algumas determinações/recomendações do TCU não foram atendidas nesta oportunidade, como a previsão de inserção, durante a execução contratual, de contornos urbanos; a não previsão da minuta de responsabilidade financeira do concessionário pela fiscalização do tráfego de veículos com eixos suspensos de que trata a Lei 13.103/2015; e a não previsão da minuta do contrato da ‘não objeção’ aos projetos desenvolvidos pela concessionária como condição para o início da execução das obras obrigatórias.

618. Diante de todos os apontamentos feitos, entende-se oportuna a submissão dos estudos novamente ao TCU antes do lançamento do procedimento licitatório, para fins de monitoramento das determinações ora propostas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

619. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

I) com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que:

a) abstenha-se de licitar a concessão da BR-101/290/386/448/RS sem o atendimento das determinações constantes no acórdão que vier a ser proferido;

b) aprimore as regras da minuta de contrato concernentes a inclusão de obras, investimentos e obrigações, de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora, em atendimento ao disposto no art. 37, XXI, da CF/88, no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95 e no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93;

c) estabeleça no edital e na minuta de contrato limites e condições para a inserção e exclusão de obras ou obrigações do contrato de concessão, incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente, sob pena de desvirtuar o objeto do contrato, em atendimento ao princípio da licitação (CF/88, art. 175, caput, e art. 37, XXI), os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência da Administração Pública (CF/88, art. 37, caput, e Lei 9.784/99, art. 2º, caput);

d) compatibilize a inclusão de novas obras e obrigações no contrato de concessão ao disposto no art. 9º da Lei 8.987/95, evitando repassar totalmente aos usuários os custos delas decorrentes, podendo-se levar em conta outros mecanismos como o estoque de melhorias, conforme os contratos anteriores, em atendimento aos princípios que regem a Administração Pública, sobretudo, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência (art. 37, caput, da CF/88);

e) suprima a parte final da subcláusula 20.1.17 da minuta contratual: ‘excetuando-se a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos previstos na subcláusula 20.2.5 e de responsabilidade do Poder Concedente’, em atendimento ao art. 2º, inciso II, e art. 9º, da Lei 8.987/1995.

f) suprima a parte final da subcláusula 25.1 da minuta contratual: ‘exceto o exposto na subcláusula 20.2.5’, em atendimento ao art. 2º, inciso II, e art. 9º, da Lei 8.987/1995.

g) exclua cláusula contratual que atribua riscos ao Poder Concedente, relacionados às obras de manutenção do nível de serviço, em atendimento aos arts. 175, caput, e 37, XXI, da CF/88, art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93 e os princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88 e § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária;

h) exclua as cláusulas referentes à prorrogação do contrato de concessão, caso não se estabeleça as condições em que esta se dará, o que inclui, o tratamento dos custos operacionais e investimentos, sobretudo, aqueles relacionados às obras condicionadas ao volume de tráfego e às obras notadamente necessárias para a manutenção de trechos críticos em condições mínimas de operação, de maneira a compartilhar com os usuários os benefícios concorrenciais da presente licitação e atender ao disposto no arts. 175, caput, e 37, XXI, da CF/88; no art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93 e os princípios da Administração Pública e dos

serviços públicos (art. 37, *caput*, da CF/88 e §1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária;

i) ajuste o Fator D referente aos investimentos de construção dos retornos em nível, de maneira a considerar o valor presente de todos os retornos desse tipo previstos no PER, em atendimento ao disposto no art. 9º, §2º e § 4º, da Lei 8.987/95;

j) ajuste o fator D referente aos investimentos de implantação dos equipamentos de detecção e sensoriamento de pista, de maneira a corrigir os erros de referência encontrados nas planilhas, em atendimento ao disposto no art. 9º, §2º e § 4º, da Lei 8.987/95;

k) ajuste a metodologia do fator D, de forma a possibilitar a existência de critérios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para todas as obrigações constantes no Programa de Exploração da Rodovia, em atendimento ao disposto no art. 9º, §2º e § 4º, da Lei 8.987/95;

l) ajuste a base de cálculo da metodologia do fator D, de maneira a, efetivamente, propiciar o equilíbrio contratual nos casos de descumprimento ou exclusão de obrigações relacionadas à frente de recuperação e manutenção, à frente de ampliação de capacidade e melhorias e à frente de serviços operacionais, em atendimento ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 2º e §4º, da Lei 8.987/95;

m) ajuste a metodologia do fator A e fator D, de maneira a garantir a equivalência econômica e financeira dos adiantamentos de obrigações contratuais concomitantes com as postergações equivalentes, de forma a impossibilitar o jogo de cronograma das obras e investimentos, em atendimento ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 2º e §4º, da Lei 8.987/95;

n) suprima as subcláusulas 19.18 e 19.19 da minuta de contrato, em atendimento ao disposto no art. 29, inciso II, e art. 31, inciso IV, e ao parágrafo único, inciso II, do art. 23 da Lei 8.987/1995;

o) suprima a subcláusula 8.4 da minuta de edital e todas dela decorrentes, relativa à exigência de capital social adicional, tendo em vista a sua inaptidão para coibir as inexecuções contratuais, o seu caráter restritivo à competição e à modicidade tarifária, e a ausência de previsão legal no ordenamento, em atendimento aos princípios da legalidade e impessoalidade da Administração Pública (CF/88, art. 37, *caput*), ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/93, e ao disposto no art. 18, *caput* e art. 23, parágrafo único, inciso II, todos da Lei 8.987/1995;

p) estabeleça nos estudos de viabilidade todos os investimentos necessários para a adequada prestação do serviço público, sobretudo, os relacionados a obras de ampliação de capacidade da BR-290/RS, no segmento entre o km 85,8 e km 96,8, o qual já se encontra com as suas condições de trafegabilidade comprometida em razão do elevado tráfego de veículos no segmento, em atendimento ao art. 175, inciso IV da Constituição Federal c/c art. 6º, da Lei 8.987/1995;

q) ajuste os estudos de viabilidade da concessão da BR-101/290/386/448/RS, de modo a considerar um dimensionamento de pavimento compatível com o volume de tráfego de cada subtrecho, de acordo com o cronograma de obras previsto no PER, em atendimento ao art. 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

r) reavalie a solução de pavimentação para as obras de duplicação da BR-386/RS, de forma a escolher, entre pavimento flexível e rígido, a solução técnica e economicamente mais viável, atendendo as condições de eficiência, atualidade, e modicidade tarifária, e ao disposto no art. 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

s) efetue a correção dos preços unitários dos serviços de concreto asfáltico, considerando a real distância de transporte do insumo brita entre a pedreira e a usina de asfalto, em atendimento aos princípios da eficiência e da modicidade tarifária dispostos no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95;

t) reduza o nível de esforço do serviço de roçada, de forma compatível com as características locais da BR-101/290/386/448/RS, para 8 intervenções por ano na faixa de domínio

da rodovia, em atendimento aos princípios da eficiência e da modicidade tarifária dispostos no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95;

u) efetue a correção dos níveis de esforço das atividades de conservação da sinalização horizontal, de forma a considerar quantitativos compatíveis com as necessidades da rodovia, sem incorrer em duplicidade com os quantitativos previstos na fase de manutenção da rodovia, em atendimento aos princípios da eficiência e da modicidade tarifária dispostos no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95;

v) revise os estudos de viabilidade técnica, de forma a contemplar os itens identificados como ‘otimizações’ pela Triunfo Participações e Investimentos, e que não foram repassados ao Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil como produto do PMI;

w) altere os percentuais de atendimento do parâmetro de desempenho para instalação de placas educativas/indicativas, visando assegurar, desde o início da execução contratual, quantidade de sinalização compatível com a necessidades da rodovia, em atenção ao princípio da suficiência, ao disposto no art. 144, § 10, da CF/88; no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e §2º, ambos, da Lei 10.233/2001;

x) revise o PER para garantir a instalação de tachas refletivas em toda a extensão da rodovia na etapa dos trabalhos iniciais (desde o primeiro mês para a BR-290/RS e em até doze meses para os demais trechos rodoviários), em atendimento ao disposto no art. 144, § 10, da CF/88; no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e §2º, ambos, da Lei 10.233/2001;

y) reavalie a exigência de implantação e manutenção de aceiros ao longo da vigência contratual e, caso decida-se pela supressão de tal obrigação, exclua do item 3.3.6 do PER a menção ao serviço e revise o EVTEA de modo a remover os valores que constaram dos estudos, promovendo a redução da tarifa-teto decorrente de tal medida, em atendimento ao disposto no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e §2º, ambos, da Lei 10.233/2001;

z) corrija as inconsistências para os prazos verificadas no PER para as intervenções em postos de pesagem, em atendimento ao disposto no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995, no art. 24, incisos I, II, III, IV, V e 26, inciso VII e §2º, ambos, da Lei 10.233/2001;

aa) exclua as ‘obras de contornos em trechos urbanos’ previstas na minuta de contrato, em consonância com as determinações contidas nos Acórdãos 283/2016-Plenário (item 9.2.17) e 943/2016-Plenário (item 9.2.22), ou, alternativamente, estabeleça alocação à concessionária dos riscos decorrentes da construção de contornos urbanos, em atendimento ao art. 37, *caput*, inc. XXI e art. 175 da CF/88; art. 2º, *caput*, inciso II, art. 6º, § 1º, art. 9º, § 4º e art. 10, todos da Lei 8.987/1995; art. 20, II, ‘b’, da Lei 10.233/2001; art. 2º, II, ‘b’ do Decreto 4.130/2002;

bb) defina, no PER e na minuta de 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;

cc) reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo poder concedente, de modo a adequar o objeto da contratação e atender ao interesse do usuário – prestação de serviço adequado e modicidade tarifária, garantido que: i) todos os contratos referentes a obras e serviços no sistema rodoviário sejam rescindidos até a data de assunção por parte da concessionária; ii) a concessionária assumira todos os trechos do sistema rodoviário na data de assinatura do termo de arrolamento; iii) a concessionária assumira eventuais obras em andamento e não concluídas na data de assinatura do termo de arrolamento; iv) a concessionária acompanhe todas obras que venham a ser executadas pelo poder concedente durante a concessão, de modo que esse acompanhamento não possibilite a inclusão de valores para recebimento de tais obras; iv) haja parâmetros para a precificação dos serviços posteriores ao recebimento – manutenção, conservação, operação, monitoração – compatíveis com a proposta original; v) inexistir possibilidade de trechos concedidos não receberem serviços (conservação, manutenção, operação, monitoração, etc.) por parte da concessionária;

dd) suprima a parte final da subcláusula 9.2.1 da minuta de contrato: ‘Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em decorrência da alteração de obrigações a cargo da concessionária’;

ee) suprima a parte final da subcláusula 9.1.4 da minuta de contrato: ‘que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos’;

ff) estabeleça, na minuta de contrato, a não objeção aos projetos desenvolvidos pela concessionária como condição para o início da execução das obras, em consonância com os ditames legais aplicáveis (Lei 8.666/1993, arts. 6º, inciso X, e 7º; e Resolução-Confea 361, de 10/12/1991) e com as determinações contidas nos itens 9.2.20 do Acórdão 283/2016-Plenário e 9.2.25 do Acórdão 943/2016-Plenário;

gg) abstenha-se de celebrar o contrato de concessão da BR-101/290/386/448/RS sem dispor de estrutura para realizar a fiscalização contratual, com abrangência compatível com o objeto a ser fiscalizado, em atendimento ao art. 26, inciso VII, da Lei 10.233/2001.

II) com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar a ANTT que:

a) eleve os valores das penalidades estabelecidas na minuta contratual da concessão da BR-101/290/386/448/RS, de forma a coibir a inexecução das obras de caráter obrigatório.”

4. Após a instrução processual, a Agência Nacional de Transportes Terrestres protocolou extenso e detalhado arrazoado, à peça 51. Nesse documento, a Agência manifestou que providenciaria as correções das determinações que tratavam de falhas redacionais ou erros de cálculo (7 itens), insurgindo-se quanto às demais proposições da SeinfraRodoviaAviação.

5. À peça 52, a ilustre Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU solicitou a oportunidade de o *parquet* officiar nos presentes autos, com intuito de oferecer suas ponderações para o julgamento.

6. Considerando à relevância da matéria, deferi a solicitação do *parquet* especializado (peça 53).

7. À peça 59, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), pessoa jurídica de direito privado, que congrega 59 empresas privadas que compõem as 20 concessionárias de rodovias federais, requer cópia da instrução da unidade técnica, com o intuito de promover o seu papel institucional de representação e defender os interesses de suas associadas.

8. À peça 61, a ANTT apresentou nova manifestação, na qual apresentou medidas para mitigar riscos apontados pela SeinfraRodoviaAviação e reafirmar a sua dissensão sobre outros pontos. Nesse documento, a Agência passou a admitir como adequada mais oito determinações sugeridas pela unidade instrutora, além de sinalizar concordância parcial com outros quatro itens. Portanto, restaram alinhadas, em alguma medida, 19 das 32 determinações formuladas pela unidade especializada.

9. À peça 62, o MPTCU, representado pelo eminente Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, apresenta seu minucioso parecer que, pela relevância para o deslinde do feito, reproduzo integralmente:

“Cuidam os autos de fiscalização, nos termos da Instrução Normativa TCU 46/2004, incidente sobre a concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do Sul (RIS), composto pelas rodovias BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS. O processo concessório é conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), no exercício de suas atribuições definidas no art. 24, incisos III e V, da Lei 10.233/2001.

De início, cumpre registrar que atuamos nos autos em atenção ao disposto no Despacho do E. Ministro Bruno Dantas (peça 53), Relator do processo, proferido em resposta à solicitação da Procuradora-Geral do MP/TCU (peça 52), para que o *Parquet* atuasse no feito.

As questões que envolvem o processo de concessão de que ora se cuida foram minuciosamente apresentadas e analisadas tanto pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação) - que se ocupou do exame do processo no Tribunal (peça 47) -, quanto pela ANTT e demais partícipes da estruturação do modelo (Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTA, Empresa de Planejamento e Logística - EPL e Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos - SPPI), que apresentaram um detalhado memorial (peça 51), no qual discutiram um a um os pontos abordados pela Unidade Técnica em sua instrução.

O exame levado a efeito pela SeinfraRodoviaAviação concluiu que o modelo alvitado pela ANTT para a concessão da RIS apresenta falhas, que devem ser corrigidas para que o processo tenha continuidade. Essa correção, segundo a proposta da Unidade Técnica, constitui requisito para que a licitação possa ocorrer e demanda o atendimento às 32 determinações que foram sugeridas (peça 47, p. 91-94, item 619-I, subitens 'b' a 'gg'). Além disso, foi proposta também a recomendação encartada no item 619-II, subitem 'a' (peça 47, p. 94).

Cumpram ressaltar que algumas dessas determinações, que tratam de falhas redacionais ou pequenos erros de cálculo, foram aceitas sem restrições pela ANTT e reconhecidas como adequadas no memorial apresentado (peça 51). Sobre elas, a agência reguladora se manifestou no sentido de que providenciaria as devidas correções. Fazem parte desse grupo as determinações a seguir relacionadas, representadas pelo subitem em que foram informadas na proposta da Unidade Técnica (peça 47, p. 91-94, item 619-I), acompanhadas da indicação do local em que foram comentadas no memorial: subitens 'f' (peça 51, p. 89), 'i' e 'j' (peça 51, p. 108-109), 'w' (peça 51, p. 161), 'x' (peça 51, p. 162-163), 'y' (peça 51, p. 163-165) e 'z' (peça 51, p. 166-167).

Importa destacar ainda que, em reunião realizada no Gabinete deste membro do MP/TCU em 27/03/2018, o Secretário de Coordenação de Projetos da SPPI, Sr. Tarcísio Gomes de Freitas, informou que os órgãos envolvidos com a modelagem da concessão, após uma maior reflexão sobre os questionamentos que foram realizados pela SeinfraRodoviaAviação, concluíram que havia espaço para o aprimoramento da regulação do contrato. Nesse sentido, revelou que o modelo estava sendo alterado, de modo a incorporar algumas das melhorias que foram sugeridas pela Unidade Técnica, notadamente aquelas relacionadas com o disciplinamento e a limitação à inclusão de novas obras; o estabelecimento de exigências para a prorrogação contratual; e o compartilhamento de riscos.

Nessa reunião, as adequações efetivamente anunciadas foram a vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos de concessão; a restrição à inclusão de investimentos fora das revisões quinquenais; a previsão de estoque de obras, como contribuição à limitação da inclusão de investimentos; a inclusão de obras de melhorias apenas após o término do estoque; a inclusão de contornos urbanos condicionada à comprovação da vantagem dessa solução em detrimento de outras, demonstrada pelo cotejo dos projetos executivos e discutida em audiência pública; a previsão de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pela diferença de custos nos casos de contornos urbanos; o estabelecimento de condições para a prorrogação contratual por até 5 anos e a extensão do prazo, uma única vez, para fins de reequilíbrio, por até 10 anos; o compartilhamento de risco das obras de manutenção do nível de serviço (pista adicional), com a previsão de mecanismo que considere a análise de tráfego e receita, com o reequilíbrio na tarifa somente após a conclusão da obra; e a vedação à inclusão de faixa adicional (quinta faixa) em trecho de 11km na BR-290.

Por seu caráter estrutural no âmbito da regulação da concessão, pensamos que as medidas anunciadas constituem um notável avanço, que reduzirão as fragilidades do modelo que havia sido proposto pela ANTT.

Com o compromisso de incorporação ao modelo das alterações que foram anunciadas, a ANTT e seus parceiros revelam uma nova aceitação a medidas corretivas que foram sugeridas pela Unidade Técnica em sua análise. Nesse particular, em acréscimo às 7 determinações com as quais já haviam manifestado concordância no memorial, passaram a admitir como adequadas mais 8, além de outras 4 em relação às quais a anuência foi apenas parcial. As novas determinações integralmente

acolhidas pela ANTT, informadas na proposta da Unidade Técnica (peça 47, p. 91-94, item 619-I), são as representadas pelos subitens 'c', 'd', 'e', 'n', 'p', 'q', 'r' e 'v'. Já as 4 determinações parcialmente acolhidas são as indicadas nos subitens 'b', 'g', 'h' e 'aa'.

Assim, inexistindo discórdia entre a posição defendida pela SeinfraRodoviaAviação e aquela sustentada pela ANTT em relação a 15 das 32 determinações que foram formuladas pela Unidade Técnica, consideraremos adequadas essas 15 determinações sobre as quais não há dissensão e nos ocuparemos da análise das 17 demais, destacando que, no tocante a 13 delas, a divergência é plena (subitens 'k', 'l', 'm', 'o', 's', 't', 'u', 'bb', 'cc', 'dd', 'ee', 'ff' e 'gg'), e apenas parcial em relação a outras 4 (subitens 'b', 'g', 'h' e 'aa').

Para facilitar a exposição da análise, essas 17 determinações serão divididas por assunto e agrupadas da seguinte forma: inclusão de novos investimentos (subitens 'b', 'g' e 'aa'); critérios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (subitens 'k', 'l' e 'm'); obras executadas pelo Poder Concedente (subitens 'cc', 'dd' e 'ee'); cláusulas contratuais (subitens 'h', 'o', 'bb', 'ff' e 'gg'); e estudos de viabilidade (subitens 's', 't' e 'u'). Além disso, serão comentadas também algumas questões preliminares que foram levantadas pela ANTT no memorial e a recomendação encartada no item 619-II, subitem 'a' (peça 47, p. 94).

- Das questões preliminares

No memorial apresentado, a ANTT alega que a Unidade Técnica teria inovado ao incorporar à sua análise elementos do primeiro e do segundo estágios da fiscalização prevista na IN TCU 46/2004, dando ao processo um caráter de auditoria operacional. Ao abordar elementos estruturantes da política pública setorial relativos à modelagem jurídica e econômica do contrato de concessão, teria havido um significativo alargamento do escopo da análise, em uma clara invasão do espaço de discricionariedade que a lei conferiu ao ente regulador. A pretensão da Unidade Técnica, segundo entende, teria sido a alteração do modelo regulatório e das regras contratuais, para que prevalecesse a sua concepção de melhor regulação contratual, imiscuindo-se em matéria regulatória da Agência, usurpando a competência do gestor público.

Ainda segundo a ANTT, a SeinfraRodoviaAviação não teria demonstrado a violação de normas legais pela agência reguladora, limitando-se a fazer referências abstratas a princípios jurídicos gerais. Conclusões sobre a modelagem do contrato teriam sido feitas valendo-se de premissas da própria Unidade Técnica, apresentadas em processos ainda não julgados pelo Tribunal. Ademais, o trabalho produzido se assemelharia mais a uma peça de acusação do que a uma análise técnica, pois teria feito uso de uma retórica acusatória e de argumentos especulativos, fundados em premissas não comprovadas.

Sobre essas questões, não nos parece haver óbice a que a análise da Unidade Técnica tenha abarcado, de forma conjunta, o exame de documentos cuja apresentação esteja prevista no artigo 3º, incisos I e II, da IN TCU 46/2004 (primeiro e segundo estágios), haja vista o que dispõe artigo 5º, *caput*, da referida IN. Entendimento em contrário somente se prestaria a atrasar o exame do processo como um todo, o que, por certo, não traria qualquer benefício para os envolvidos com a concessão.

Da mesma forma, pensamos que o escopo da análise empreendida pela Unidade Técnica não diferiu daquele observado em processos similares, a exemplo do que tratou do primeiro estágio do acompanhamento da concessão da rodovia BR-476/153/282/480/PR/SC, conhecida como 'Rodovia do Frango' (TC 023.298/2015-4). O questionamento acerca da inadequação de alguns elementos estruturantes do modelo não constituiu uma invasão do espaço de discricionariedade conferido ao Poder Concedente. O exame realizado, fundado na experiência adquirida com o acompanhamento e a análise das concessões rodoviárias que foram licitadas no passado, buscou mitigar os riscos contratuais, a fim de que o futuro contrato possa trazer benefícios não somente ao concessionário, mas também ao Poder Concedente e aos usuários.

Ao apontar desequilíbrio na gestão de riscos, obscuridade ou imprecisão na redação de cláusulas contratuais, ou falhas no método para a inclusão de novas obras ou para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por exemplo, a SeinfraRodoviaAviação não impôs a

fixação de parâmetros regulatórios. De forma diversa, propôs determinações de caráter aberto, utilizando-se de expressões como ‘compatibilize’, ‘ajuste’ ou ‘reavalie’, deixando a cargo dos responsáveis pelo modelo a liberdade para a apresentação de solução para os problemas identificados. Não se trata, portanto, de fazer escolhas pelos agentes reguladores, mas de atuar sobre as escolhas realizadas. Esse modo de agir, a nosso sentir, não constitui, salvo eventuais excessos que devem ser tratados caso a caso, usurpação de competência ou mesmo ingerência indevida nas escolhas regulatórias. Isso porque, nos termos do que dispõem os artigos 71, inciso IV, e 37, *caput*, da CF/1988, c/c o artigo 18, inciso VIII, da Lei 9.491/1997, é competência do Tribunal a identificação de falhas e oportunidades de melhorias no procedimento.

Sobre a inexistência de indicação de regra jurídica violada - fato observado em várias das determinações propostas -, isso, segundo nos parece, é consequência da própria natureza da regulação da concessão. Sendo um modelo aberto, sujeito a relativa liberdade de criação, os contratos de concessão se diferenciam dos contratos administrativos típicos, na medida em que, naqueles, predominam questões técnicas, de natureza discricionária.

A liberdade decisória, contudo, não é absoluta. Nesse sentido, leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto 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’* (em *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª edição, Renovar, 2001, pg. 169-170). Desse modo, ao auditar a exatidão dos cálculos, avaliar a coerência interna das metodologias e técnicas empregadas e verificar não apenas a obediência à lei, mas também aos princípios constitucionais que regem a administração pública, a Unidade Técnica age de maneira acertada, pois busca evitar que decisões tecnicamente inconsistentes ou questionáveis possam causar prejuízos aos usuários ou mesmo ao Poder Concedente.

Em relação à alegação de que as conclusões da SeinfraRodoviaAviação teriam sido fundadas em premissas ainda não ratificadas pelo Tribunal, não vemos problema algum em relação a esse fato. Como as premissas utilizadas decorreram de análise fundamentada, baseada em argumentos técnicos, fiscalizações realizadas e resultados obtidos em experiências anteriores, não podem ser previamente desconsideradas, pelo simples fato de não ter havido ainda deliberação do Tribunal sobre elas. A concordância ou não com as análises realizadas e consequentes conclusões é parte do julgamento que será proferido, ocasião em que essas questões serão discutidas e avaliadas.

Quanto ao alegado caráter acusatório da peça elaborada pela Unidade Técnica, não identificamos essa característica na instrução produzida. Ainda que, em algumas passagens, críticas tenham sido feitas à atuação da ANTT no que tange à fragilidade da atividade de fiscalização que desenvolve, isso não se deu em um contexto acusatório, mas sim como parte de uma argumentação para justificar a proposição de medidas para a correção ou o aprimoramento do modelo. Em processos como o que ora se examina, o foco não é a busca por culpados, nem a atribuição de responsabilidades a gestores ou órgãos. Não se estão julgando contas, nem mesmo condutas. Eventuais análises fundadas em juízo de valor sobre a atuação deste ou daquele órgão se prestam a evidenciar riscos que não devem ser ignorados, em razão dos potenciais prejuízos que poderão causar.

Assim, afastadas as preliminares alegadas pela ANTT em seu memorial, passaremos agora ao exame das determinações propostas pela SeinfraRodoviaAviação.

- Da inclusão de novos investimentos (subitens ‘b’, ‘g’ e ‘aa’)

A determinação contida no subitem ‘b’ (peça 47, p. 91) sugere o aprimoramento das regras da minuta de contrato no que se refere à inclusão de obras, investimentos e obrigações, de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas estabelecidas na proposta vencedora. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 14-21, itens 70-121, e pela ANTT na peça 51, p. 64-74.

A inclusão de novos investimentos não previstos inicialmente no contrato de concessão firmado, a retirada de investimentos previamente estabelecidos no contrato e a combinação dessas duas

situações, isto é, a substituição de um investimento pactuado por um novo, constituem, a nosso ver, o maior fator de desequilíbrio dos contratos de concessão em favor do concessionário. Isso se dá porque os critérios utilizados na inclusão de novos investimentos são diferentes daqueles usados na retirada dos investimentos inicialmente previstos.

A inclusão de grandes obras e obrigações de vulto nos contratos de concessão se dá pela sistemática estabelecida pela Resolução ANTT 3.651/2011, conhecida como Fluxo de Caixa Marginal. Recentemente positivada pelo artigo 24 da Lei 13.448/2017, o procedimento prevê que esses novos investimentos são inseridos nos contratos de concessão a partir de projetos e orçamentos elaborados pelo concessionário, que executa as obras sem licitação. A metodologia leva em conta a taxa de retorno atualizada, o tráfego real e a elaboração dos orçamentos com base no Sistema de Custos Rodoviários (Sicro), preço máximo aceito pela Administração Pública. Independentemente de quanto a obra venha a custar de fato para o concessionário, o valor cheio (100% do custo Sicro) é incluído no fluxo de caixa da concessão, resultando no correspondente aumento da tarifa de pedágio.

Já a retirada de investimentos que foram previstos no Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTEA não se dá pelo valor cheio, isto é, aquele inicialmente estabelecido nos estudos. Essa saída - e a consequente redução da tarifa de pedágio - dá-se pelo valor que foi previsto para o investimento deduzido do deságio que foi oferecido pelo licitante vitorioso no certame. Desse modo, verifica-se que, em um cenário de descontos agressivos, como o observado na 3ª etapa de concessões rodoviárias, a retirada de um investimento ou a sua substituição por um novo constitui medida extremamente vantajosa para o concessionário. Não por outra razão, têm sido recorrentes, de forma geral, as propostas de inclusão de novas obras nas concessões vigentes e a não execução dos investimentos estabelecidos no contrato.

Para exemplificar, imaginemos uma situação em que uma obra tenha sido inicialmente prevista no EVTEA por 1 milhão de reais e que o licitante vencedor tenha oferecido um desconto de 60% sobre a tarifa base de pedágio. Posteriormente, já na condição de concessionário, vislumbra a possibilidade substituir essa obra por uma outra, cujo custo por ele estimado é de 2 milhões de reais. Abstendo-se do fato de que esse orçamento poderá estar superestimado, o acréscimo à nova tarifa de pedágio decorrente dessa operação levará em conta a inclusão desses 2 milhões de reais no fluxo de caixa do contrato, descontando-se apenas o equivalente a 400 mil reais (40% de 1 milhão de reais), em razão da retirada do investimento inicialmente previsto. Trata-se de um cenário que, sem dúvida, estimula a inclusão de novas obras e a não realização dos investimentos pactuados, em prejuízo da modicidade tarifária.

A possibilidade de inclusão de novos investimentos em contratos de concessão, todavia, é uma necessidade que não se pode evitar. Por se tratar de contratos de longa duração, sempre haverá espaço para acontecimentos que não foram previstos nos estudos iniciais, por melhor que tenha sido a técnica empregada em sua elaboração. Diante desse quadro, é importante que se busquem mecanismos para reduzir essa diferença de abordagem, de modo a desestimular a não realização dos investimentos previstos e, ao mesmo tempo, dificultar a inclusão de novos investimentos desnecessários ou superestimados.

Uma crítica procedente que se faz ao Fluxo de Caixa Marginal é que a sistemática, ao retomar o regime de custos, incentiva um comportamento ineficiente por parte do concessionário. Isso se dá, porque, quanto mais dispendioso for o projeto de uma obra nova, maiores serão os seus ganhos. Valendo-se da assimetria de informações do negócio e de possíveis deficiências na fiscalização a cargo da agência reguladora, sempre é possível ao concessionário maximizar os seus ganhos, inflando os custos dos novos investimentos por meio de soluções de engenharia antieconômicas ou de quantitativos superestimados.

Uma forma possível de se reduzir esse problema seria a aplicação do percentual de deságio oferecido pelo licitante vitorioso ao custo estimado de um novo investimento, de modo que o impacto de sua inclusão no fluxo de caixa se desse pelo custo Sicro deduzido desse desconto. Isso seria uma maneira de transferir para os usuários as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora. Essa é uma das sugestões da Unidade Técnica para a redução do desequilíbrio

apontado, tornando a inclusão de novos investimentos menos vantajosa para o concessionário.

A justificativa utilizada pela ANTT para dissentir da Unidade Técnica é que não se poderia transferir para o concessionário o risco de se ver obrigado a realizar investimentos que não foram previstos inicialmente no contrato, comprometendo sua remuneração com a vinculação ao desconto oferecido. Como desconhece a priori a natureza e o montante dos investimentos que poderão surgir no futuro, esse risco por certo seria precificado no desconto ofertado, o que oneraria o usuário desde o início da concessão por investimentos que poderiam nem mesmo vir a ser necessários. Nas palavras da ANTT, *‘o risco dos valores apresentados é limitado ao quantitativo oferecido para a execução das obras e serviços necessários ao atingimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos no contrato de concessão, desconsiderando qualquer oneração posterior ou alteração que afete as quantidades/volumes/objetos originalmente contratadas, necessárias para o atendimento de tais parâmetros’*.

O argumento apresentado pela ANTT nos parece adequado. Ressalte-se, nesse sentido, que a aceitação ilimitada de acréscimos além dos valores oferecidos na proposta não se aplica nem mesmo aos contratos regidos pela Lei 8.666/1993, que trata de ajustes cujos valores e prazos são, em regra, significativamente inferiores aos verificados nos contratos de concessão.

Esses dois posicionamentos antagônicos em relação à inclusão de novos investimentos nos levam a pensar que o problema possa não estar na utilização do Fluxo de Caixa Marginal em si, mas em uma possível baixa efetividade da fiscalização exercida pela agência reguladora. Como as informações que embasam os pedidos de inclusão de novas obras, assim como os respectivos projetos e seus custos, são tarefas que o concessionário realiza por conta própria e as submete ao controle da ANTT para fins de aprovação, é necessário que a agência esteja devidamente aparelhada para realizar uma análise técnica e crítica dos pleitos que são apresentados. Nesse sentido, uma fiscalização atuante e efetiva da ANTT por certo reduziria a margem de ganhos indevidos por parte dos concessionários, tornando os atuais modelos de concessão menos vulneráveis.

Contudo, não nos parece que o presente processo seja o foro adequado para a discussão - e a conseqüente proposição de medidas corretivas - tanto sobre a efetividade da atuação da agência, quanto sobre a sistemática disciplinada pela Resolução ANTT 3.651/2011. Nesse caso, independentemente do controle que é realizado pela agência reguladora, é necessário que o Poder Concedente busque alternativas para reduzir o desequilíbrio existente em favor do concessionário, sem que seja necessário alterar a sistemática do Fluxo de Caixa Marginal.

Desse modo, no que se refere à inclusão de obras, investimentos e obrigações, pensamos que, conquanto o concessionário não deva ser obrigado a se vincular ao desconto oferecido na proposta vencedora, há espaço para o estabelecimento de uma regulação mais rígida, que dificulte a inclusão de investimentos desnecessários ou antieconômicos. Já no que tange ao aperfeiçoamento das regras relativas à retirada ou inexecução de investimentos, o assunto será tratado adiante, quando comentarmos sobre a determinação contida no subitem ‘I’, que trata de critérios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Diante disso, entendemos que a determinação contida no subitem ‘b’ ficará melhor redigida com a exclusão da expressão ‘de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora’. Da mesma forma, com a superveniência do disposto no artigo 22 da Lei 13.448/2017, que estabelece a expressa não vinculação das alterações dos contratos de concessões aos limites definidos pelo artigo 65 da Lei 8.666/1993, a referência a este dispositivo legal deverá ser suprimida.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação contida no subitem ‘b’ passe a ter a seguinte redação: ‘aprimore as regras da minuta de contrato concernentes a inclusão de obras, investimentos e obrigações, em atendimento ao disposto no art. 37, XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95’.

A determinação contida no subitem ‘g’ (peça 47, p. 92) sugere a exclusão de cláusula contratual que atribui riscos ao Poder Concedente relacionados às obras de manutenção do nível de serviço

(faixa adicionais de tráfego). O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 30-34, itens 183-214, e pela ANTT na peça 51, p. 89-98.

As obras de manutenção do nível de serviço são obras de ampliação condicionadas ao alcance de determinados volumes de tráfego, chamados de ‘gatilho volumétrico’. O disparo desse ‘gatilho’ em um determinado trecho impõe ao concessionário a obrigatoriedade de implantação de faixas adicionais e de adequação de obras de arte especiais, acessos e interconexões naquele trecho, de modo a incrementar as condições de fluidez e de segurança da rodovia.

A questão posta em discussão diz respeito à alocação do risco de o ‘gatilho’ ser disparado, vale dizer, definir o responsável pela assunção dos custos das obras que deverão ser realizadas. Se o risco é atribuído ao concessionário, os custos relativos a obra que venha a ser realizada nessas condições serão seus, de modo que a tarifa de pedágio não será impactada. Já se o risco é do Poder Concedente, os custos serão repassados aos usuários, sob a forma de aumento na tarifa de pedágio.

A minuta contratual em exame prevê a alocação desse risco inteiramente ao Poder Concedente. Isso significa que essas obras, a medida que forem se tornando necessárias, serão incluídas no contrato exatamente como um novo investimento, isto é, pelo Fluxo de Caixa Marginal.

A Unidade Técnica não concorda com a premissa, pois entende que esse risco deveria ser do concessionário. Como o acionamento do ‘gatilho’ de tráfego somente ocorrerá se fluxo de veículos superar consideravelmente o tráfego projetado no estudo de viabilidade, o concessionário já estaria se beneficiando do acréscimo de arrecadação de tarifas de pedágio decorrente do elevado aumento do volume de tráfego. Os custos incorridos com as novas obras seriam, desse modo, financiados por essa receita adicional.

Em defesa do modelo proposto, a ANTT alega no memorial que *‘os gatilhos são verificados com base em trechos homogêneos, ou seja, sobre segmentação da rodovia em função das suas características de relevo, sinuosidade (proibição de ultrapassagem) e nível de tráfego, elementos que definem o nível de serviço da rodovia...’*. Isso significa que não se pode afirmar que haveria necessariamente um aumento de arrecadação por parte do concessionário, pois o ‘gatilho’ poderia ser disparado em trechos situados entre duas praças de pedágio. Em outras palavras, não se pode garantir que o aumento no fluxo de tráfego no trecho que receberá melhorias implicará um aumento de receitas para o concessionário.

Ambos os argumentos nos parecem acertados, o que mostra que não seria adequado alocar o risco integralmente nem ao concessionário, nem ao Poder Concedente. Esse, inclusive, passou a ser o entendimento dos órgãos responsáveis pela elaboração do modelo, segundo o que nos foi informado na reunião realizada em 27/03/2018, já mencionada. Na ocasião, foi anunciado que o modelo estava sendo aperfeiçoado, de modo a contemplar o compartilhamento de risco das obras de manutenção do nível de serviço (pista adicional), com a previsão de mecanismo que considere a análise de tráfego e receita, com o reequilíbrio na tarifa somente após a conclusão da obra.

Diante disso, sugerimos que a determinação contida no subitem ‘g’ passe a ter a seguinte redação: *‘estabeleça regras para o compartilhamento do risco relacionado às obras de manutenção do nível de serviço, em atendimento aos artigos 175, caput, e 37, XXI, da CF/88, art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, e aos princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88 e § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária’*.

A determinação contida no subitem ‘aa’ (peça 47, p. 93) sugere a exclusão de obras de contorno em trechos urbanos previstas na minuta de contrato ou, alternativamente, a alocação dos riscos decorrentes dessas obras ao concessionário. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 75-78, itens 503-520, e pela ANTT na peça 51, p. 168-173.

Por demandar a implantação de uma nova rodovia, com extensão superior àquela que será contornada, com duas ou três pistas em cada sentido, os contornos urbanos são obras que exigem investimentos muito superiores àqueles necessários à implantação de uma faixa adicional em uma rodovia já existente. Embora o Programa de Exploração da Rodovia (PER) da BR-101/290/386/448/RS não contemple a execução de nenhum contorno em trecho urbano de caráter

obrigatório, permite que sejam propostos pela concessionária e aprovados pela ANTT como alternativa à execução de obras de ampliação de capacidade e melhorias e de manutenção de nível de serviço de trechos que atravessam áreas urbanas.

A Unidade Técnica, em sua análise, coloca-se contra tal possibilidade. Segundo entende, obras dessa natureza representariam um instrumento à disposição das empresas para o incremento de tarifas de forma desproporcional. Não por outra razão, os contratos de concessão da terceira etapa que foram celebrados com esse tipo de mecanismo vêm enfrentando várias propostas para a inclusão de contornos. No contrato em questão, a minuta prevê que a inclusão de contornos deverá ocorrer após a elaboração de EVTEA pelo concessionário, o que poderá conduzir a resultados pouco confiáveis, haja vista a assimetria de informações. Da mesma forma, caberá ao concessionário elaborar dois projetos executivos, um do trecho de travessia original e outro do contorno. A diferença de custos entre esses dois projetos, igualmente sujeita a vícios, será incluída no contrato pela sistemática do Fluxo de Caixa Marginal.

A ANTT, por outro lado, argumenta que, diferentemente do que constou em contratos anteriores, não há no modelo proposto a figura dos contornos opcionais. Embora reconheça que a proposição posterior dessas obras não é a solução ideal, *‘optou-se por disciplinar essa possibilidade no instrumento contratual, com o tratamento regulatório possível, com vistas, principalmente, a evitar um incremento desproporcional na tarifa de pedágio’*, ante a inviabilidade de previsão de tais obras na atualidade, tendo em vista a natureza dos estudos de viabilidade. Ainda que a realidade atual e as projeções de crescimento da demanda não tenham apontado a necessidade de contornos nas travessias em áreas urbanas, *‘não se pode prever como se dará o desenvolvimento local de todas as municipalidades cruzadas pelas rodovias que compõem a RIS em um prazo de 30 anos...’*. Ademais, ressalta, os contornos urbanos não seriam uma opção do concessionário, mas sim do Poder Concedente.

Mais uma vez, entendemos que os argumentos antagônicos da Unidade Técnica e da ANTT são rigorosamente procedentes. Se por um lado é absolutamente legítima a preocupação da Unidade Técnica em evitar que a perda de receitas decorrente de descontos agressivos oferecidos na fase de licitação seja posteriormente compensada com a inclusão pelo Fluxo de Caixa Marginal de obras extremamente custosas, orçadas pelo próprio concessionário, por outro lado não é menos legítimo defender que a proibição de construção de contornos não seria medida adequada, ante a impossibilidade de se garantir com precisão o comportamento demográfico e de ocupação do solo de áreas urbanas atravessadas pela rodovia.

A solução, segundo entendemos, passa necessariamente por um aumento da efetividade da fiscalização exercida pela ANTT, algo que não se pode garantir que ocorrerá, na medida em que depende de um esforço que transcende os limites de atuação do Tribunal no processo. Somente com o fortalecimento da agência, provendo-a de recursos humanos, técnicos e financeiros adequados, será possível dar à sociedade a segurança de que a inclusão de novas obras em concessões rodoviárias ocorre segundo critérios justos para concessionários e usuários. É preciso verdadeiramente fazer valer a afirmação de que os contornos urbanos não são uma opção do concessionário, mas sim do Poder Concedente. Na falta dessa garantia, pensamos que a inclusão de contornos para a travessia de trechos urbanos somente possa ser admitida em situações muito específicas, mediante regras extremamente rígidas e restritivas, tanto no que se refere aos procedimentos para a solicitação pelo concessionário, quanto aos critérios para a aprovação pela agência reguladora.

Diante disso, sugerimos que a determinação contida no subitem ‘aa’ passe a ter a seguinte redação: *‘estabeleça regras rígidas e restritivas para a inclusão de contornos para a travessia de trechos urbanos, tanto no que se refere aos procedimentos para a solicitação pelo concessionário, quanto aos critérios para a aprovação pela ANTT, em atendimento ao art. 37, caput, e art. 175 da CF/88; art. 2º, caput, inciso II, e art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995; art. 20, II, ‘b’, da Lei 10.233/2001; art. 2º, II, ‘b’ do Decreto 4.130/2002’*.

- Dos critérios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (subitens ‘k’, ‘l’ e ‘m’)

A determinação contida no subitem 'k' (peça 47, p. 92) sugere o ajuste da metodologia do fator D, de forma que os critérios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro alcancem todas as obrigações constantes do PER. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 41-42, itens 261-266, e pela ANTT na peça 51, p. 109-112.

O fator D é um mecanismo preestabelecido no contrato que visa à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro. Segundo a Unidade Técnica, *‘é um percentual fixo, estabelecido antes da licitação, com base nos valores das obras e dos serviços que constaram do estudo de viabilidade em relação à tarifa-teto, calculada para o certame; posto de outra maneira, o fator D é uma estimativa da representatividade (percentual) de determinada obrigação contratual em relação ao conjunto de todas as obrigações contratuais assumidas pela concessionária ao longo de trinta anos. A metodologia do fator D visa à manutenção da TIR não alavanca da de 9,2% do EVTEA, ou seja, estabelece descontos tarifários para compensar eventuais descumprimentos de parâmetros de desempenho, alterações de cronograma ou exclusões de obrigações da concessionária’*.

Ao analisar o modelo proposto, a Unidade Técnica observou que o somatório de todos os itens listados no anexo 5 da minuta contratual corresponde a cerca de 70% da tarifa base de pedágio. Isso significa que *‘aproximadamente 30% dos desembolsos previstos na concessão não serão reequilibrados caso haja alteração no cronograma ou mesmo a exclusão do item no PER’*.

Ao tratar do assunto no memorial, a ANTT alega que as obrigações não relacionadas no anexo 5 não teriam impacto diretamente mensurável que justificasse a aplicação de um desconto de reequilíbrio, ainda que sejam imprescindíveis para a gestão da concessão. Ao comentar sobre os investimentos associados ao Centro de Operação da Concessionária, por exemplo, defende que *‘são relacionados a custos e despesas operacionais voltados para a gestão interna da concessionária, inclusive despesas com recursos humanos, motivo pelo qual não foram atribuídos parâmetros de desempenho para este item, o que inviabiliza a elaboração de indicador para desconto de reequilíbrio’*.

Sobre essa questão, entendemos que assiste razão à Unidade Técnica. Se uma obrigação é orçada e essa estimativa de custos é levada ao fluxo de caixa do contrato, impactando a tarifa base de pedágio, a sua não execução pelo concessionário deverá ser descontada da concessão. Não é razoável admitir, qualquer que seja a situação, que o concessionário seja remunerado por um custo em que não incorreu. Ressalte-se que os itens sem previsão de reequilíbrio, como *‘sistemas de pedágio e controle da arrecadação’*, *‘sistemas de atendimento ao usuário’* ou *‘desapropriações e desocupação da faixa de domínio’*, entre outros, totalizam cerca de 1,5 bilhão de reais.

Nesse sentido, não merece reparo o argumento da Unidade Técnica de que *‘a falta de previsão de Fator D para esses itens gerará, invariavelmente, desequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária toda vez que houver inexecução ou ausência da prestação dos serviços acima elencados, de sorte que a Agência deve garantir que todo e qualquer investimento possa ser reequilibrado’*.

Em sendo assim, entendemos adequada a determinação encartada no subitem ‘k’.

A determinação contida no subitem ‘l’ (peça 47, p. 92) sugere o ajuste da base de cálculo da metodologia do fator D, de maneira a propiciar o equilíbrio contratual nos casos de descumprimento ou exclusão de obrigações. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 42-44, itens 267-279, e pela ANTT na peça 51, p. 112-115.

Conforme já comentado, a exclusão ou inexecução de investimentos que foram previstos no EVTEA acarreta a necessidade de se reequilibrar o contrato, o que se dá por meio do fator D. Apesar de os percentuais do fator D terem sido calculados sobre a tarifa do EVTEA (antes do deságio), a sistemática estabelecida no modelo prevê a aplicação do Fator D sobre a tarifa vitoriosa da licitação, o que faz com que o deságio oferecido pelo vencedor passe a ser linearmente aplicado em todos os itens que compõe as tabelas constantes no anexo 5 da minuta do contrato.

Ao tratar do assunto, a Unidade Técnica ressalta que o modelo proposto não ofereceria solução para a contradição que se verifica entre os critérios para a inclusão de novas obras no contrato (Fluxo de Caixa Marginal, que não considera o deságio oferecido) e para a exclusão de

investimentos previstos (fator D, sobre o qual incide o deságio ofertado). Além disso, alerta que a minuta contratual da RIS é a primeira que propõe a aplicação do fator D para a exclusão de obras. Como os contratos anteriores previam o mecanismo apenas em caso de atrasos ou inexecuções, o que era transitório até que a intervenção fosse executada, passará agora a ser definitivo, com a supressão do investimento original. Ao trazer 'diretrizes para a exclusão de obras e serviços' (subcláusula 9.2) e ao prever, nas revisões quinquenais, a exclusão de obras ou serviços com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionário ou ANTT, o modelo proposto ampliaria as possibilidades de exclusão de investimentos originalmente contratados, o que acarretaria um forte incentivo ao descumprimento do contrato e à proposição de novas obras, ainda que desnecessárias.

A ANTT, por seu turno, alega que a construção de uma proposta de tarifa de pedágio pelo licitante se baseia em cenário distinto do proposto no EVTEA. A proposta é estabelecida tendo por fundamento diferentes expectativas quanto ao comportamento de despesas e receitas estimadas no EVTEA. Como não se conhece o modelo de negócios de cada licitante na formulação de suas propostas, a composição do deságio é desconhecida pelo Poder Concedente.

Ainda segundo a ANTT, supondo, em um caso extremo, que todo o deságio tivesse origem nas projeções de tráfego mais otimistas, os percentuais do fator D previstos no contrato seriam os mesmos calculados com base no modelo de negócios que embasou a proposta vencedora, pois a tarifa contratada, com deságio, passaria a ser a de equilíbrio nesse cenário adotado pelo concessionário. Essa nova tarifa deverá ser necessária para cobrir todos os dispêndios obrigatórios da concessão. Em outras palavras, *'se essa é a tarifa de equilíbrio entre receitas e dispêndios, os percentuais de Fator D precisam incidir sobre esta, pois somente assim será mantida a neutralidade do mecanismo. Esta indicação se deve ao fato de que o maior tráfego promove o rebalanceamento das receitas, voltando-as para o nível do EVTEA de referência. Neste caso, embora o desconto devido pelo Fator D represente, em termos absolutos, um valor menor na tarifa, este agora será aplicado a uma base maior de pagantes, o que resultará em montante financeiro maior a ser descontado, mantendo-se assim a função de neutralidade do mecanismo'*.

Em um cenário ideal, no qual os licitantes supostamente ofereceriam deságios realistas, a tese defendida pela ANTT, no sentido de que a tarifa de pedágio contratada (com deságio) passaria a ser a de equilíbrio no cenário adotado pelo concessionário, estaria correta. Contudo, a nosso ver, a tese parte de uma premissa que não parece se confirmar na prática: a de que a tarifa contratada estaria equilibrada, isto é, seria a necessária para cobrir todos os dispêndios obrigatórios da concessão. Essa, segundo nos parece, é apenas uma das possibilidades.

Tomando por base a experiência verificada na terceira etapa de concessões rodoviárias, o cenário real parece nos apresentar uma realidade diferente, na qual, muito provavelmente, a tarifa de pedágio oferecida não é a que reequilibra o fluxo de caixa, mas aquela que permite que o licitante vença a disputa. Essa é uma premissa conceitualmente diversa daquela apresentada pela ANTT. Nesse caso, o que se tem é um fluxo de caixa cujo resultado é negativo, isto é, um fluxo de caixa em que as receitas estimadas não são suficientes para fazer frente aos investimentos previstos no contrato. Desse cenário, resultam duas consequências lógicas: a exclusão de qualquer investimento que tenha sido orçado em valores adequados no EVTEA será sempre um negócio vantajoso para o concessionário, pois, ao final, reduzirá o prejuízo (resultado negativo) do fluxo de caixa; e, para que o resultado final do fluxo de caixa da concessão se torne equilibrado ou superavitário, é imprescindível buscar a inclusão de novas obras, que serão incluídas pelo Fluxo de Caixa Marginal.

Essa é a realidade que foi observada na terceira etapa. De fato, segundo restou sobejamente demonstrado pela Unidade Técnica em sua instrução, seguiu-se, após a oferta de deságios agressivos pelos licitantes vencedores, uma fase na qual investimentos obrigatórios deixaram de ser realizados e os pedidos para a inclusão de novas obras, muitas das quais relativas a contornos urbanos, multiplicaram-se.

Desse modo, a adoção de um modelo em que a exclusão ou inexecução de investimentos se dê com a aplicação do fator D sobre a tarifa base de pedágio do EVTEA, e não sobre a tarifa de pedágio descontada do deságio, é uma medida que nos parece necessária, na medida em que poderá levar a

uma mudança de atitude por parte dos licitantes. O que se espera é que a inexecução de investimentos previstos seja desestimulada, já que tal comportamento deixaria de ser um negócio financeiramente vantajoso para o concessionário. Da mesma forma, espera-se que a agressividade dos deságios seja reduzida, já que o parceiro privado não contaria mais com a possibilidade de deixar de realizar os investimentos previstos para reduzir os prejuízos decorrentes da oferta de um deságio agressivo.

Um problema que se poderia alegar com a adoção do procedimento é o fato de que ele impõe ao concessionário que apresentou um deságio realista um ônus maior do que seria devido, nos casos em que investimentos são retirados da concessão. Ainda que se reconheça que a crítica, em tese, é procedente, há que se considerar que essa é uma situação que apresenta baixa probabilidade de ocorrência. Isso porque obras e serviços raramente são retirados dos contratos. O que ocorre é, ou a sua substituição por outras intervenções mais caras, ou simplesmente o investimento deixa de ser executado pelo concessionário, constituindo-se em inexecução contratual.

Cumprido ressaltar que o critério ora sugerido para a retirada de investimentos do fluxo de caixa da concessão pelo valor cheio termina por se tornar uma sanção ao concessionário que deixou de executar uma obrigação. Trata-se de uma inevitável forma de prevenir que concorrentes proponham deságios que venham a tornar a concessão inexecutável. Como não há previsão para a apresentação do plano de negócios, não é possível saber se o deságio que foi oferecido pelo licitante vencedor decorre de sua expectativa quanto a possíveis acréscimos de receitas por aumento do fluxo de tráfego, redução de despesas operacionais, redução de despesas com investimentos, alteração da remuneração do capital, ou um reprovável artifício para obter a concessão e, posteriormente, reequilibrar seu fluxo de caixa, até mesmo aumentar significativamente sua lucratividade.

Em um cenário ideal, em que investimentos são previstos no EVTEA de forma criteriosa e concessionários cumprem regularmente as obrigações assumidas no contrato, a retirada de investimentos ou a sua substituição deveria constituir uma exceção, e não a regra. O que se espera é que o contrato seja cumprido na íntegra, o que significa a plena execução dos investimentos previstos, nos prazos acordados. Portanto, teoricamente, a metodologia proposta pela ANTT está longe de ser desarrazada, considerando o extenso prazo da concessão que conduz a inevitáveis mudanças conjunturais. Contudo, para que funcione corretamente, é imprescindível que a agência reguladora tenha à disposição os meios necessários para fiscalizar minuciosamente a execução da concessão, além de atuar com inteira autonomia e independência.

Observe-se que o procedimento ora defendido para a retirada de investimentos foi reconhecido como adequado pela ANTT em um caso específico: a inclusão de contornos urbanos. Com efeito, nos casos em que a agência decide pela inclusão do trecho de contorno (obras não raro extremamente vultosas, que podem ultrapassar o inteiro preço da concessão), a minuta contratual prevê, no subitem 9.6.2, que a concessionária deve apresentar um projeto executivo do trecho original e outro do contorno, para aprovação. Com os custos aprovados, deve ser acrescida ao Fluxo de Caixa Marginal a diferença entre o custo da nova proposta e o custo da proposta original. Desse modo, ao definir que a tarifa de pedágio é impactada pela diferença entre os custos, os agentes reguladores abandonam, em relação ao investimento substituído, a vinculação ao desconto concedido pela proposta vencedora, conforme sistemática que ora defendemos.

Assim, ainda que consideremos as elogiáveis mudanças nos critérios de prazos para a execução, inclusão e exclusão de obras, e sem nenhum demérito ao competente trabalho dos integrantes das agências reguladoras, para que seja aceita a metodologia posta pela ANTT, é imprescindível que esta atue com os devidos meios e sob novo ordenamento legal, que assegure total independência a seus dirigentes. A título de observação, nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6621/16 que, sendo aprovado nos termos ora constantes, constituirá um passo fundamental para a adoção sem restrições da metodologia preconizada pela ANTT. Em outras palavras, a diminuição do risco operacional do empreendimento é proporcional à redução do risco político.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação contida no subitem '1' passe a ter a seguinte

redação: ‘ajuste a base de cálculo da metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, de maneira que o fator D incida sobre a tarifa base de pedágio do EVTEA, e não sobre a tarifa de pedágio descontada do deságio, nos casos de descumprimento, exclusão ou substituição de obrigações relacionadas à frente de recuperação e manutenção, à frente de ampliação de capacidade e melhorias e à frente de serviços operacionais, em atendimento ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 2º e §4º, da Lei 8.987/95’.

A determinação contida no subitem ‘m’ (peça 47, p. 92) sugere o ajuste da metodologia do fator A e do fator D, de maneira a garantir a equivalência econômica e financeira dos adiantamentos de obrigações contratuais concomitantes com as postergações equivalentes, de forma a impossibilitar o jogo de cronograma das obras e investimentos. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 44-47, itens 280-300, e pela ANTT na peça 51, p. 115-117.

O modelo para a concessão em exame alterou a formulação do desconto e do acréscimo de reequilíbrio, introduzindo dois novos coeficientes ao cálculo: o coeficiente de ajuste temporal (CAT) e o coeficiente de ajuste adicional (CAA). O CAT tem como finalidade equilibrar receitas e despesas no tempo, no caso de descumprimento ou antecipação de obrigações contratuais. Já o CAA se destina a captar o tempo de antecipação de obras e serviços.

No caso do desconto de reequilíbrio pela inexecução de uma obra prevista, o seu cálculo prevê a multiplicação do fator D pelo CAT do ano estabelecido para a execução da obra ($D = \text{fator D} \times \text{CAT}$), resultando em um desconto percentual constante, que será aplicado à tarifa de pedágio enquanto perdurar a inexecução. Já no caso do acréscimo de reequilíbrio pela antecipação da execução de obras, o cálculo do percentual de acréscimo é dado pela fórmula $A = [(\text{CAA} \times \text{fator D}) - \text{fator D}] \times \text{CAT}$.

Ao aplicar essas regras em uma situação hipotética, na qual o concessionário deixasse de realizar a duplicação de 10km de rodovia em terreno ondulado que estivesse prevista para o terceiro ano da concessão, a Unidade Técnica apurou que haveria uma redução na tarifa de 0,671832%. Por outro lado, segundo essas mesmas regras, se houvesse a previsão para a duplicação, no 18º ano de contrato, de outros 10km de rodovia em terreno ondulado e essa duplicação fosse antecipada para o terceiro ano da concessão, a tarifa sofreria um acréscimo de 1,8435%.

Diante desses números, observa a Unidade Técnica que, se o concessionário, no terceiro ano de contrato, *‘deixa de executar um trecho de 10km de duplicação em terreno ondulado para executar outro trecho, também de 10km no mesmo tipo de terreno, não se verifica qualquer antecipação real de obras, mas uma antecipação fictícia que lhe garantirá um acréscimo tarifário de 1,1716668% (1,8435% - 0,671832%), sem que tenha incorrido em encargo adicional’*. Por conta disso, conclui que *‘este fato permite um jogo de cronograma pelo futuro concessionário, de modo que este pode auferir ganhos financeiros indevidos atrasando as obras previstas para o início do contrato e adiantando as obras previstas para o final do contrato’*.

Ainda segundo a Unidade Técnica, essa sistemática estimularia o concessionário a privilegiar a execução das obras de ampliação de capacidade previstas para os anos finais de contrato, menos urgentes e de maior impacto tarifário, em detrimento daquelas previstas para os anos iniciais de contrato, mais urgentes e de menor impacto tarifário. Para reforçar essa ideia, cita, como exemplo, a concessão da BR-153/SP, na qual a concessionária Transbrasileira, no ano seguinte ao início da avença, praticamente celebrou um novo contrato de concessão, ao conseguir reprogramar 82,9% das obras de melhorias e de ampliações de capacidade que deveria executar. Além disso, ressalta que o modelo é mais permissivo que *‘os contratos vigentes no que se refere à possibilidade de alteração dos prazos de realização dos investimentos, uma vez que prevê expressamente ferramentas que viabilizam o jogo de cronograma nas revisões quinquenais’*. Por essa razão sugere que o modelo seja ajustado, de modo a corrigir a falha.

A ANNT, em sua defesa, alega que a situação hipotética apresentada pela Unidade Técnica se refere a obras de duplicação que não fazem parte do projeto, razão pela qual não poderia ser utilizada para fins de avaliação do mecanismo. Informa que realizou simulações para avaliar o efeito dos fatores D e A que teriam atestado a neutralidade do procedimento, simulações estas que foram encaminhadas por email à equipe técnica do Tribunal. Todavia, segundo afirma, a Unidade

Técnica teria optado por *‘ignorar a correção do mecanismo, preferindo elaborar conclusões levando em conta situações especulativas’*, que partem do falso pressuposto de que o concessionário possui liberdade para a escolha das obras cuja execução pretende antecipar ou adiar. Acrescenta que, ao agir assim, a Unidade Técnica omite, *‘propositadamente, o fato de que quaisquer alterações nesse sentido apenas são feitas com a anuência da ANTT, por razões técnicas ou com base no interesse público. Não há fundamento legal ou contratual para afirmar que a concessionária pode ‘privilegiar’ a execução de umas obras em relação a outras, pois é seu dever cumprir o que é estabelecido em contrato’*.

Sobre o assunto, entendemos que a neutralidade do critério estabelecido no modelo para reequilibrar a antecipação, a exclusão ou o atraso de obras não deve depender de uma intervenção da agência reguladora, aprovando ou não pleitos nesse sentido. Não se trata aqui de pressupor o comportamento que será adotado pelo concessionário ou pela agência. Mas o fato é que, não obstante a alegação de que o exemplo hipotético apresentado pela Unidade Técnica se refere a obras que não fazem parte do projeto, foi apresentada uma situação corriqueira, na qual a sistemática proposta falhou, o que sugere a necessidade de que o modelo seja aprimorado. A existência de critério objetivo cuja eficácia plena em algum momento possa depender da intervenção da ANTT constitui medida que deve ser evitada, pois representa a assunção de um risco desnecessário de prejuízo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em sendo assim, entendemos adequada a determinação encartada no subitem ‘m’.

- Das obras executadas pelo Poder Concedente (subitens ‘cc’, ‘dd’ e ‘ee’)

As determinações contidas nos subitens ‘cc’, ‘dd’ e ‘ee’ (peça 47, p. 94) sugerem o ajuste das regras contratuais que tratam da execução de obras e serviços pelo Poder Concedente em trecho transferido ao parceiro privado. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 79-85, itens 531-575, e pela ANTT na peça 51, p. 181-185.

Sobre a questão, importa esclarecer inicialmente que, embora as medidas propostas tenham sido relacionadas como determinações sobre as quais haveria entendimentos divergentes entre a Unidade Técnica e a ANTT, a discordância, na verdade, refere-se a questões pontuais. De fato, considerando a experiência negativa que se observou na terceira etapa, relativa à coexistência de trechos concedidos com contratos de obras a cargo do Poder Concedente, a própria ANTT reconhece como salutar a preocupação da Unidade Técnica sobre o assunto. Nas palavras da agência, *‘a imprecisão no cronograma das obras públicas e a dificuldade de atribuição de responsabilidades pelos usuários tornam essas situações de difícil gestão, criando embaraços para o regulador, para as concessionárias, para o DNIT e para os usuários. Nesse sentido, a diretriz de política pública do Poder Concedente é no sentido de evitar que essa coexistência ocorra, devendo o sistema completo ser transferido à concessionária quando da assunção da rodovia, como propõe a unidade técnica deste Tribunal’*.

As obras executadas pelo Poder Concedente em rodovias transferidas ao parceiro privado ou em processo de transferência podem ser divididas em dois grupos: *‘intervenções em andamento’* e *‘intervenções futuras’*.

As *‘intervenções em andamento’* são aquelas licitadas, contratadas ou iniciadas pelo Poder Público antes da concessão. Sobre elas, há consenso no sentido de que os contratos de obras que estejam nessa situação devem ser rescindidos até a data de assunção da concessão, de modo que tais obras sejam listadas no termo de arrolamento inicial e o concessionário assumira a continuidade delas no estágio em que se encontram. Para tanto, o licitante deverá verificar previamente as reais condições de cada uma dessas obras e incluir os encargos necessários para a sua conclusão na proposta de tarifa básica de pedágio.

A divergência fica por conta do encaminhamento a ser dado a contratos de prestação de serviços, como os relativos a controle de velocidade (radares) ou pesagem por balança fixa, por exemplo. Para esses casos, a Unidade Técnica deu o mesmo tratamento dispensado às obras, sugerindo a rescisão do contrato previamente à assunção da rodovia pelo concessionário.

Já a ANTT, por outro lado, entende que há serviços essenciais à segurança dos usuários e à

preservação da rodovia que não seriam passíveis de serem prestados pelo concessionário no momento da assunção do sistema rodoviário. Para esses casos, defende a necessidade de que haja um período de transição de até 2 anos, de modo a evitar a descontinuidade dos serviços, sob o risco de se agravar as condições de segurança.

Sobre o assunto, pensamos que a posição da ANTT é a mais adequada. Embora a regra deva ser a rescisão dos contratos vigentes previamente à data de assunção da concessão, entendemos acertado que se dê um tratamento de exceção a contratos de prestação de serviços que não envolvam obras, que sejam essenciais à segurança viária e que dependam de um prazo de transição para serem absorvidos pelo concessionário.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação contida no subitem 'cc' passe a ter, em seus três primeiros itens, a seguinte redação: 'reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo poder concedente, de modo a adequar o objeto da contratação e atender ao interesse do usuário - prestação de serviço adequado e modicidade tarifária -, garantindo que: i) todos os contratos referentes a obras de qualquer natureza e a serviços não essenciais à segurança dos usuários sejam rescindidos até a data de assunção por parte da concessionária; ii) a concessionária assumira todos os trechos do sistema rodoviário na data de assinatura do termo de arrolamento; iii) a concessionária assumira as obras em andamento e não concluídas na data de assinatura do termo de arrolamento'.

Analisadas as 'intervenções em andamento' relativas a obras executadas pelo Poder Concedente em trechos transferidos ao parceiro privado, passaremos agora a tratar das 'intervenções futuras'.

As 'intervenções futuras' são obras não previstas no contrato de concessão firmado, conforme expressamente disposto no artigo 7º da Lei 12.379/2011, que o Poder Concedente decide realizar depois de iniciada a concessão. Segundo a ANTT, essa é uma situação excepcional, *'tendo em vista que tais Investimentos poderiam ser também atribuídos à concessionária por meio da sua inserção via Fluxo de Caixa Marginal, mas que, por qualquer motivo de conveniência e oportunidade, afeta à administração pública, decidiu-se pela execução via contratação específica com outra pessoa privada. (...) Ao se concluir as obras públicas, proceder-se-ia ao seu arrolamento entre bens da concessão, momento em que a concessionária passaria a ter responsabilidades antes não existentes sobre a sua manutenção, conservação, operação e monitoração'*.

Sobre o assunto, a Unidade Técnica entende que, caso o concessionário tenha que receber posteriormente tais obras e mantê-las até o final do contrato, caberia o seu envolvimento nas etapas de projeto e execução, conforme previsto na minuta de contrato. Nada obstante, defende que esse envolvimento deve ser aprimorado, de modo que, ao final, não exista qualquer possibilidade de pleitos adicionais de reequilíbrio para o recebimento das obras. Ademais, no tocante à remuneração do concessionário pela manutenção, conservação e operação das obras executadas e incorporadas ao contrato, entende que é necessário o estabelecimento de critérios que mantenham os valores previstos na proposta original da empresa para obras análogas, em vez de a inclusão ocorrer pelo Fluxo de Caixa Marginal.

Já a ANTT, por outro lado, discorda da Unidade Técnica. Ainda que entenda oportuna a inserção de obrigação para que o concessionário acompanhe as obras a cargo do Poder Concedente, com vistas a mitigar os problemas que poderão advir da execução de obra pública, não haveria como cogitar que isso pudesse afastar a possibilidade de inclusão de valores no contrato por ocasião do recebimento da obra, na medida em que o concessionário não teria ingerência sobre a obra executada. Além disso, entende que, diferentemente das 'intervenções em andamento', as obras iniciadas pelo Poder Concedente durante a execução da concessão constituem intervenções sobre as quais não há qualquer possibilidade de o concessionário antecipar os efeitos da sua absorção futura. O risco, nesse caso, seria do Poder Concedente, pois, do contrário, haveria o rompimento da regra consagrada na literatura de não se alocar ao privado riscos não gerenciáveis.

Sobre essa questão, entendemos que a posição da ANTT é a mais adequada. De fato, não sendo possível garantir ao concessionário a possibilidade de interferir com poder de decisão em obra de responsabilidade do Poder Concedente, não se pode afastar a possibilidade de que, para o recebimento da obra, seja necessário reequilibrar o contrato, com vistas a sua adequação aos

parâmetros de desempenho exigidos no PER. Da mesma forma, não seria razoável que o concessionário assumisse o risco de se vincular ao deságio que ofereceu para a manutenção, conservação e operação de obra não prevista no contrato original e que, portanto, não foi precificada em sua proposta.

Desse modo, entendemos que cabe excluir a parte final do item 'iv' da determinação contida no subitem 'cc' ('de modo que esse acompanhamento não possibilite a inclusão de valores para o recebimento de tais obras'); excluir, por inadequação, o segundo item 'iv' da mesma determinação ('haja parâmetros para a precificação dos serviços posteriores ao recebimento - manutenção, conservação, operação e monitoração - compatíveis com a proposta original'); e manter na íntegra o item 'v'.

Em sendo assim, sugerimos que os demais subitens da determinação contida no subitem 'cc' passem a ter a seguinte redação: '... iv) a concessionária acompanhe todas obras que venham a ser executadas pelo poder concedente durante a concessão; v) inexistam possibilidades de trechos concedidos não receberem serviços (conservação, manutenção, operação, monitoração, etc.) por parte da concessionária'.

Assim entendido, passaremos agora a tratar das propostas de supressão da parte final das subcláusulas 9.2.1 e 9.1.4 da minuta de contrato, encartadas nos subitens 'dd' e 'ee', respectivamente.

A subcláusula 9.2.1 da minuta de contrato se encontra assim redigida: '*9.2.1 Durante a Concessão, excepcionalmente e se assim interesse público demandar, o Poder Público poderá realizar investimentos no Sistema Rodoviário concedido. Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em decorrência da alteração de obrigações a cargo da Concessionária*' (peça 17, p. 22).

Ao tratar do assunto, a Unidade Técnica afirma que, diferentemente do que sugere a subcláusula 9.2.1, o Poder Público não pode empregar recursos em intervenções previstas no contrato de concessão firmado, conforme disposto na Lei 12.379/2011. Sua atuação no sistema rodoviário concedido deveria se limitar a intervenções não atribuíveis ao parceiro privado, de modo que não pode resultar na redução de encargos da concessionária, muito menos na utilização do fator D (subcláusula 21.6) para a exclusão de obrigações. Não seria razoável que a Administração delegasse ao particular determinadas atribuições mediante concessão para, em seguida, reassumir tais encargos, desonerando o particular do ônus assumido em leilão. Por conseguinte, sugere que a parte final da subcláusula 9.2.1 seja suprimida.

A ANTT não se manifestou a respeito.

Segundo nos parece, a medida proposta pela Unidade Técnica se baseou em informação que, em algum momento posterior, foi atualizada pela ANTT, senão vejamos.

Ao se referir à cláusula 9.2.1 da minuta de contrato em sua instrução (peça 47, p. 83, item 559), a Unidade Técnica assim a transcreveu: '*9.2.1 Durante a Concessão, excepcionalmente e se assim interesse público demandar, o Poder Público poderá realizar investimentos no Sistema Rodoviário concedido. Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro conforme a subcláusula 21.6, em decorrência da alteração de obrigações a cargo da Concessionária*' (sublinhamos).

Ao comparar esta redação com aquela que efetivamente está presente na minuta de contrato que integra os autos (peça 17, p. 22), observamos que a referência à subcláusula 21.6 transcrita na instrução (trecho sublinhado) não consta na minuta. Ao que parece, tratou-se de uma falha anterior, cuja correção efetuada pela ANTT não foi percebida pela Unidade Técnica. Como a subcláusula 21.6 trata exclusivamente do desconto ou acréscimo de reequilíbrio, mecanismo estabelecido para reequilibrar o contrato nos casos de atraso ou inexecução de obras e serviços, ou no caso de antecipação de obras, a sua indicação como regra a ser seguida na presente situação, por certo, estava equivocada, razão pela qual acabou sendo corrigida. Possivelmente, foi isso que levou os auditores do Tribunal a achar que a minuta contratual poderia estar sugerindo a possibilidade de o Poder Público empregar recursos em intervenções previstas no contrato de concessão firmado

(reequilíbrio por inexecução de obrigação), o que a lei não permite.

A nosso ver, contudo, com a exclusão da referência à subcláusula 21.6 pela ANTT, a redação da subcláusula 9.2.1 deixou de merecer reparos. A uma, porque a possibilidade aventada pela Unidade Técnica - o emprego de recursos públicos em intervenções de responsabilidade do parceiro privado - encontra limites no artigo 7º, parágrafo único, da Lei 12.379/2011, que veda tal prática. A duas, porque a existência de previsão para o reequilíbrio do contrato na hipótese de o concessionário vir a receber obras concluídas pelo Poder Público nos parece acertada, na medida em que precisará assumir a conservação, manutenção e operação dessas obras.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação proposta no subitem 'dd' seja suprimida.

Já a subcláusula 9.1.4 da minuta de contrato se encontra assim redigida: *'9.1.4 O Poder Concedente obriga-se a rescindir, até a Data da Assunção, todos os contratos referentes a obras e serviços no Sistema Rodoviário que estejam em vigor na data de assinatura do Contrato, que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos'*.

Ao tratar do assunto, a Unidade Técnica assevera que, *'como os contratos vigentes normalmente não impedem nem tampouco prejudicam a contratada, pelo contrário, concorrem para que os parâmetros de desempenho sejam atingidos, a parte final da subcláusula 9.1.4 ('que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos') há que ser suprimida para evitar que a concessionária receba por serviços que porventura continuem a ser providos por contratos públicos em andamento'*.

Esse entendimento, a nosso sentir, acertado, resultou na proposta de supressão da parte final da subcláusula 9.1.4 (determinação contida no subitem 'ee'). Todavia, considerando a posição que defendemos anteriormente quanto ao tratamento excepcional a ser dado aos serviços essenciais à segurança dos usuários, pensamos o corpo da determinação deverá ser igualmente corrigido, a fim de que a rescisão dos contratos ali prevista alcance todos os contratos referentes a obras e a serviços não essenciais à segurança dos usuários.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação contida no subitem 'ee' passe a ter a seguinte redação: *'ajuste a subcláusula 9.1.4 da minuta de contrato, suprimindo sua parte final ('que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos') e restringindo os contratos que deverão ser rescindidos ali previstos a todos os contratos referentes a obras e a serviços não essenciais à segurança dos usuários'*.

- Das cláusulas contratuais (subitens 'h', 'o', 'bb', 'ff' e 'gg')

A determinação contida no subitem 'h' (peça 47, p. 92) sugere a exclusão das cláusulas referentes à prorrogação do contrato, caso não se estabeleçam as condições em que a prorrogação se dará. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 34-37, itens 215-232, e pela ANTT na peça 51, p. 101-104.

As regras relativas ao prazo de concessão e aos critérios para a prorrogação contratual estão disciplinadas na cláusula 3 da minuta de contrato, que estabelece as seguintes condições: o prazo da concessão é de 30 anos, contados a partir da data da assunção; o contrato poderá ser prorrogado, a exclusivo critério do Poder Concedente, por até 30 anos, nas hipóteses de interesse público devidamente justificado, força maior devidamente comprovada e necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão de novos investimentos não previstos no PER; os atos administrativos pertinentes à prorrogação do contrato deverão ser adequadamente motivados pela ANTT, inclusive quanto ao prazo fixado; e o instrumento contratual de prorrogação deverá explicitar o prazo, as obras ou serviços a serem executados, os valores estimados e a tarifa básica de pedágio a ser cobrada.

Ao tratar do assunto, a Unidade Técnica se posiciona de modo totalmente contrário à possibilidade de prorrogação contratual, a menos que sejam estabelecidas condições rigorosas para que isso ocorra. Em seu entendimento, da forma como foi prevista no modelo, uma eventual prorrogação seria potencialmente danosa aos interesses dos usuários e extremamente vantajosa para o parceiro

privado. Vários são os motivos que em que se baseia a Unidade Técnica para defender esse ponto vista.

Primeiro, a possibilidade de prorrogação do contrato por até 30 anos representaria admitir a celebração de um novo contrato absolutamente distinto do inicialmente avençado, sem submetê-lo à ampla concorrência, haja vista que as partes teriam total liberdade para negociar a inclusão de novas obras e serviços que seriam executadas nos 30 anos seguintes.

Segundo, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da inclusão de novas obras e serviços se daria pela sistemática do Fluxo de Caixa Marginal. Isso significa que, por até 30 anos, obras e serviços estariam sujeitos à regulação por custos, o que afrontaria o art. 9º da Lei 8.987/1995, além de estimular a ineficiência do serviço, uma vez que a tarifa seria fundamentalmente dependente dos custos que seriam incluídos no contrato.

Terceiro, os termos de uma eventual prorrogação, a rigor, sequer poderiam ser considerados como contrato de concessão, pois a definição legal dada pela Lei 8.987/1995 requer do particular a prestação do serviço por sua conta e risco, o que deixaria de ocorrer caso houvesse a inclusão de novas obras e serviços ao término do prazo original, por tão longo período.

Quarto, bastaria que alguns trechos apresentassem nível de serviço aquém do nível 'C' para que novas obras fossem incluídas e possibilitassem uma prorrogação inicial. Nesse prazo, outros trechos possivelmente atingiriam um nível de serviço inadequado, forçando a uma nova prorrogação, fato que se repetiria sucessivamente, fazendo com que o concessionário, por imposição contratual, fosse compelido a executar as obras condicionadas ao volume de tráfego.

Quinto, como o modelo não exige a apresentação do plano de negócios do futuro concessionário, ao final do prazo de trinta anos, quando todos os investimentos previstos inicialmente deveriam estar concluídos e amortizados, não seria possível saber qual a parcela da tarifa básica de pedágio a ser considerada para uma eventual prorrogação.

Já a ANTT alega que a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência da concessão está prevista na Constituição Federal, bem como nas Leis 8.987/1995, 10.233/2001 e 13.448/2017. Ademais, segundo o que estabelece o artigo 8º da Lei 13.448/2017, caberia ao órgão ou à entidade competente realizar estudo técnico prévio, que fundamentasse a vantagem da prorrogação em relação à realização de nova licitação para o empreendimento, de modo que inexistiria qualquer ilegalidade na adoção da medida.

Ainda segundo a ANTT, não haveria razão para excluir tal possibilidade do contrato, haja vista que a prorrogação não seria um direito do concessionário, mas uma faculdade a ser exercida pelo Poder Concedente, que, a seu exclusivo critério, poderia avaliar, em momento oportuno, ao fim da vigência do contrato, o interesse na prorrogação à luz das circunstâncias e do contexto socioeconômico do momento. Retirar a cláusula que prevê a eventual prorrogação da concessão poderia inviabilizar ou comprometer sua utilização em circunstâncias relevantes, nas quais esta pudesse ser a única alternativa para a viabilização de investimentos.

Sobre o assunto, entendemos que a preocupação manifestada pela Unidade Técnica em relação ao cenário que se vislumbra, caso sejam mantidas as atuais regras de prorrogação definidas na minuta de contrato, é legítima, procedente e bem fundamentada. A nosso sentir, é imprescindível que o modelo seja aperfeiçoado quanto a esse aspecto, com vistas a reduzir os riscos de que a concessão seja transformada em um negócio extremamente vantajoso para o concessionário, por tão longo período de tempo, em prejuízo da competição e da modicidade tarifária.

Embora a não previsão de que haja prorrogação seja uma possível solução para evitar que a concessão possa ser estendida em condições tão inadequadas, não nos parece que negar sua possibilidade seja o melhor caminho. Isso porque, além de a prorrogação estar prevista em diversas normas, conforme mencionou a ANTT, a impossibilidade de que o instituto seja utilizado poderia, em circunstâncias muito particulares, causar prejuízos aos usuários e à qualidade do serviço. A solução, segundo entendemos, é o estabelecimento de regras objetivas e restritivas, que permitam a prorrogação do contrato por prazos curtos, isto é, prazos bem inferiores aos do contrato original, em condições nas quais a prorrogação se mostre medida precisamente indispensável à manutenção

da qualidade do serviço e da modicidade tarifária.

Essa parece ter sido também a percepção dos agentes reguladores, segundo o que nos foi informado na reunião realizada em 27/03/2018, já mencionada. Na ocasião, foi anunciado que a ANTT, após refletir sobre os argumentos apresentados pela Unidade Técnica, decidiu realizar mudanças significativas nas regras de prorrogação contratual, de modo a possibilitar que o instituto seja usado somente em situações específicas e por períodos mais curtos de tempo. Nesse sentido, foi noticiado que o modelo revisto passará a contemplar a prorrogação contratual por até 5 anos, sob condições bem definidas; e a extensão de prazo do contrato, por uma única vez e por até 10 anos, para fins de reequilíbrio decorrente da inclusão de novos investimentos, hipótese restrita às revisões quinquenais e que só poderá ser realizada até a revisão do 25º ano da concessão.

Como se vê, as medidas anunciadas pela ANTT constituem um notável avanço na qualidade do modelo, o que confirma a adequação da posição defendida pela Unidade Técnica. Nada obstante, em relação à determinação proposta no subitem 'h', entendemos que seus termos podem ser aperfeiçoados.

Diante disso, sugerimos que a determinação encartada no subitem 'h' passe a ter a seguinte redação: 'estabeleça regras objetivas e restritivas para disciplinar a prorrogação de contrato, admitindo-se a medida apenas nos casos em que esta se mostre indispensável à manutenção da qualidade do serviço e da modicidade tarifária, instituindo prazos curtos, bem inferiores aos do contrato original, e indicando o tratamento a ser dado a custos operacionais e investimentos, em atendimento aos artigos 175, caput, e 37, XXI, da CF/88, art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, e aos princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88 e §1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária'.

A determinação contida no subitem 'o' (peça 47, p. 92) sugere a supressão da subcláusula 8.4 da minuta de edital e todas dela decorrentes, relativa à exigência de capital social adicional. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 49-53, itens 322-345, e pela ANTT na peça 51, p. 126-131.

Uma das modificações introduzidas no modelo em exame em relação aos demais editais de concessões de rodovia são os aportes adicionais ao capital social. Esses aportes correspondem a valores que deverão ser despendidos pelo licitante vencedor na constituição do seu capital social, que, assim, será dividido em capital social obrigatório e capital social adicional.

Segundo a Unidade Técnica, *'o capital social obrigatório é o valor mínimo exigido na subscrição do capital social da Concessionária, definido no montante de R\$ 276.547.000,00, o qual deverá ser integralizado em moeda corrente em duas parcelas. A primeira, antes da assinatura do contrato, no montante mínimo de R\$ 208.837.000,00 (75,52% do total) e a segunda, integralizada até o final do primeiro ano da concessão, na quantia mínima de R\$ 67.710.000,00 (24,48% do total)'*.

Já o capital social adicional é um acréscimo ao capital social obrigatório que terá que ser aportado pelo licitante vencedor, caso o valor do deságio oferecido seja superior a 10% da tarifa básica de pedágio. Assim como o capital social obrigatório, o capital social adicional deverá ser integralizado de duas maneiras: a primeira, antes da assinatura do contrato, no valor de R\$ 1.600.000,00 para cada ponto percentual de deságio praticado acima dos 10%; e a segunda, até o final do primeiro ano de concessão, no valor de R\$ 22.000.000,00 para cada ponto percentual de deságio praticado acima de 10%.

O Plano de Outorga registra que o mecanismo de aporte *'tem por intuito coibir deságios expressivos que podem prejudicar a saúde financeira da Sociedade de Propósito Específico quando da vigência do Contrato e dos investimentos necessários ao longo do prazo da concessão'*. Da mesma maneira, o Relatório de Audiência Pública 1/2017 apresenta como principal motivação para o aporte *'assegurar que a empresa vencedora possua capital suficiente para adimplir com as obrigações iniciais do contrato, considerando a geração de caixa ainda parcial e indisponibilidade de empréstimo ponte por fontes públicas, até o prazo considerado razoável para*

a obtenção do financiamento de longo prazo’.

Ao analisar a sistemática proposta, a Unidade Técnica se coloca contrária a sua adoção. A razão para esse entendimento se funda essencialmente em duas premissas: a medida não teria efeitos práticos em relação a coibir deságios agressivos e garantir a qualidade da execução do contrato, uma vez que os deságios refletem a expectativa das empresas em obter renegociações contratuais favoráveis, após a assunção da concessão; e a medida supostamente iria restringir a competitividade do certame, pois dificultaria a participação de empresas de menor porte.

Em relação à possível ineficácia da medida para coibir deságios agressivos e garantir a qualidade da execução do contrato, a Unidade Técnica defende que não há uma correlação entre a magnitude do capital social e o aparecimento de propostas irresponsáveis. Para confirmar essa afirmação, apresenta um quadro em que relaciona capital social, deságio e investimentos em duplicação realizados pelos concessionários da 3ª etapa. O resultado revela que *‘a concessionária com maior exigência de integralização do capital está com os investimentos para duplicação paralisados, e a concessionária com menor integralização do capital social em termos absolutos, está com as obras de duplicação em andamento. Além disso, tanto a concessão que ofereceu um maior deságio (66,86%), quanto a que ofereceu um menor deságio (36,74%) estão com os investimentos para duplicação paralisados. Não se pode concluir, portanto, que o aumento da exigência de aporte de capital social impeça o aparecimento de aventureiros’.*

Já no tocante a uma possível restrição à competitividade do certame, a Unidade Técnica, após realizar algumas simulações utilizando a sistemática do capital social adicional, afirma que *‘um deságio de apenas 22% exigirá um incremento de 100% do capital social da futura concessionária. Considerando a média dos deságios das concessões constantes da 3ª etapa (...), o capital que a futura concessionária precisará aportar será quadruplicado. Dessa forma, a regra poderá limitar o deságio em 10%, sem que o contrato favoreça um modelo que incentive a efetiva execução do serviço’.*

Desse modo, conclui a Unidade Técnica que, *‘mantendo-se as regras de inclusão de investimentos pelo FCM e dificultando a oferta de descontos por meio dos aportes, os usuários poderão vislumbrar o pior dos cenários, consubstanciado na não prestação do serviço adequado juntamente com o pagamento de tarifas elevadas’.*

Sobre o assunto, a ANTT argumenta que *‘a experiência mostra que uma proposta adequada é aquela realizada de forma madura e responsável, que leve em consideração não apenas os investimentos a serem realizados, mas também os riscos do projeto, bem como as fontes de crédito disponíveis para a execução do empreendimento. Propostas irresponsáveis e com deságios exagerados tendem a refletir contratos problemáticos e com tentativas infundadas de renegociação das condições pactuadas, o que traz, em última medida, impacto direto à qualidade do serviço público concedido e a seus respectivos usuários. (...) As expectativas de renegociação das condições contratuais, apontadas pelo relatório como origem dos problemas vivenciados na atualidade, emergem, na realidade, como decorrência de propostas não responsáveis, que não levaram em consideração todos os riscos e complexidades envolvidos no projeto. (...) A preocupação pela boa qualidade dos contratos deve estar presente desde o momento da licitação’.*

Ainda segundo a agência reguladora, a lógica que orienta a calibragem do valor mínimo de capital social a ser subscrito pelos concessionários, bem como o valor adicional previsto em função do deságio ofertado, é a garantia de que os recursos que serão aportados na futura concessionária serão capazes de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas, especialmente em um cenário de restrição de crédito para projetos de infraestrutura, como o que se verifica atualmente. Em outras palavras, *‘um dos objetivos do mecanismo do capital social adicional é viabilizar que a diminuição das receitas esperadas pelo deságio sobre a tarifa básica de pedágio seja compensada pela elevação dos recursos mínimos a serem aportados pelo concessionário para fazer frente às obrigações assumidas’.*

No que diz respeito ao suposto caráter restritivo do mecanismo, a ANTT argumenta que a competitividade ampla não é uma regra absoluta, pois a fixação de condições e requisitos previstos em lei para a participação na licitação já constitui um limitador ao universo de potenciais

participantes. Ao impor limites à regra da competitividade, o objetivo da lei é possibilitar uma competição apenas entre os players efetivamente capazes de fazer frente às obrigações estabelecidas pelo contrato, como forma de proteção do interesse público. Ademais, defende que o modelo asseguraria a participação de pequenas ou médias empresas reunidas sob a forma de consórcio, medida possível ante a inexistência de qualquer restrição quanto ao número de empresas que poderão compor o consórcio.

Desse modo, conclui a ANTT afirmando que *‘a regra do capital social adicional constitui medida prudencial e perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico vigente, fruto de lições aprendidas no passado, em prol de uma execução adequada dos contratos no curto e longo prazo. Por fim, destaca-se que a exigência constitui mecanismo concebido e validado com os agentes financiadores, considerado como boa prática para o incentivo de propostas responsáveis, bem como para a maior adequação da matriz financeira do contrato, fruto de verdadeiro amadurecimento das regras editalícias para as concessões rodoviárias’*.

Sobre essa questão, entendemos que tanto a Unidade Técnica, quanto a ANTT, possuem bons argumentos para defender os seus antagônicos pontos de vista. Dessa discussão, emerge, contudo, o sentimento de que, ainda que os dois lados disponham de argumentos técnicos bem construídos, sustentados por boas premissas, os resultados esperados por um e outro constituem mais uma expectativa quanto ao que irá ocorrer, parecendo não haver uma maior probabilidade de que este ou aquele cenário se confirme.

A Unidade Técnica acredita firmemente que o mecanismo do capital social adicional não irá inibir o aparecimento de propostas irresponsáveis, caracterizadas por descontos agressivos. Isso, de fato, é possível que se confirme, na medida em que os novos investimentos permaneçam ingressando no contrato via sistemática do Fluxo de Caixa Marginal. Por outro lado, com a adoção do mecanismo, não parece ser menos provável que os deságios se tornem mais realistas, haja vista que a exigência do aporte de capital social adicional, em uma realidade mais restritiva de acesso a crédito, aumenta o ‘preço a pagar’ pela aposta de que, no futuro, o contrato será reequilibrado. Ademais, há que se considerar que as medidas sugeridas no presente Parecer quanto ao critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pela inexecução ou substituição de investimentos poderão ajudar a inibir o aparecimento de deságios irresponsáveis.

De igual modo, a Unidade Técnica acredita que o mecanismo deverá restringir a competitividade, já que empresas menores não teriam capacidade financeira para sustentar a oferta de deságios maiores. Se por um lado é perfeitamente possível que isso venha a ocorrer, por outro não é menos provável que médias empresas verdadeiramente interessadas em competir e comprometidas com propostas realistas se reúnam em consórcios e, assim, possam competir de igual para igual com empresas de maior porte.

Em situações como essa, em que não há claramente o predomínio de uma tese sobre outra contrária e na qual o risco de insucesso não parece distante do risco de sucesso, entendemos que se deva prestigiar a liberdade de escolha do Poder Concedente, privilegiando a discricionariedade na fixação de critérios para a aferição da capacidade financeira do licitante. Nesse caso, somente com a implantação da medida será possível avaliar verdadeiramente os seus resultados e, assim, propor o seu uso ou a sua rejeição em concessões futuras.

Por esses motivos, sugerimos que a determinação proposta no subitem ‘o’ seja suprimida.

A determinação contida no subitem ‘bb’ (peça 47, p. 94) sugere a definição, no PER e na minuta de contrato, da responsabilidade do concessionário pelos custos financeiros da fiscalização do tráfego de veículos com eixos suspensos, de que trata a Lei 13.103/2015. O assunto foi abordado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 78-79, itens 521-530, e pela ANTT na peça 51, p. 175-178.

A subcláusula 17.4 da minuta de contrato, que cuida do sistema tarifário, estabelece que as tarifas de pedágio pagas pelos usuários, diferenciadas por categorias de veículos, são calculadas com base na quantidade de eixos. A Lei 13.103/2015, conhecida como Lei dos Caminhoneiros, prevê, em seu artigo 17, que os veículos de transporte de carga que circularem vazios não pagarão taxas de pedágio sobre os eixos que mantiverem suspensos. Esse tratamento diferenciado previsto em lei

está corretamente reproduzido na minuta de contrato.

A Resolução ANTT 4.898/2015, que regulamenta a matéria, estabelece que a condição de veículo vazio de que trata o citado artigo 17 poderá ser verificada por meio da avaliação visual, da documentação fiscal associada à viagem, do Código Identificador da Operação de Transporte (CIOT) e do peso bruto total do veículo. Além disso, prevê que a verificação poderá ser feita em cabines específicas de pedágio, postos de pesagem ou através de fiscalização pela ANTT ou pela autoridade de trânsito com circunscrição sobre a rodovia.

Ao tratar do assunto, a Unidade Técnica assevera que a aplicação do benefício pressupõe a existência de fiscalização destinada a aferir se os caminhões que cruzam as praças de pedágio com eixos suspensos estão realmente vazios. Essa discussão foi levada ao Tribunal em duas oportunidades, ocasiões em que foi determinado à ANTT que definisse metodologia e respectivos custos relativos a essa fiscalização, e atribuisse, no PER e na minuta de contrato, a responsabilidade do concessionário por essa despesa (itens 9.3.6 do Acórdão 283/2016-Plenário e 9.2.32 do Acórdão 943/2016-Plenário). Ainda segundo a Unidade Técnica, o modelo em exame não teria atendido a essas determinações, pois não estabelece qualquer obrigação para o concessionário no sentido de providenciar a instalação de equipamentos ou estrutura de fiscalização.

A ANTT, por seu turno, alega que, *‘já nos estudos, as medidas e os custos da verificação do eixo suspenso, foram contabilizados pelo Poder Concedente, e devem ser contabilizados pela concessionária, em sua proposta, cabendo a ela todos os encargos financeiros referentes aos aspectos já definidos. Aqui, é bom esclarecer que a verificação possível de ser contabilizada no momento não inclui os equipamentos ou qualquer estrutura que se relacione a esses equipamentos’*. Essa ressalva, segundo a agência reguladora, decorre do fato de que não existe ainda equipamento devidamente regulamentado, que detecte se um caminhão com eixos suspensos está vazio ou não. Isso porque o CONTRAN, a quem compete disciplinar o uso desses equipamentos, conforme previsto no artigo 5º do Decreto 8.433/2015, ainda não publicou tal regulamentação. Diante disso, *‘optou-se pela escolha racional (que se coaduna como princípio da alocação eficiente do risco) com o poder concedente assumindo este risco’*.

Sobre o assunto, entendemos que assiste razão à Unidade Técnica. Não obstante os ponderados argumentos apresentados pela ANTT, pensamos que o risco em questão deve ser atribuído ao concessionário, por se tratar de situação prevista em lei vigente ao tempo da oferta das propostas e que estabelece encargo que deve ser suportado pelo parceiro privado. Essa situação difere, por exemplo, das concessões que já estavam em andamento quando a lei entrou em vigor, pois, em relação a estas, tratou-se de fato novo e, portanto, não contemplado nas respectivas propostas vencedoras.

No caso presente, como se trata de obrigação já conhecida pelos licitantes, deverá ser precificada em suas propostas. Futuramente, se o CONTRAN, no exercício de suas competências, optar por regulamentar o uso de equipamentos para a aferição de veículo de transporte de carga vazio, caberá ao concessionário decidir quanto à forma que entender mais adequada, entre as possíveis, que utilizará para atender a situação prevista no artigo 17 da Lei 13.103/2015.

Em outras palavras, caso algum equipamento específico venha a ser regulamentado, caberá ao concessionário avaliar se a adoção desse equipamento, por certo mais preciso, justificaria a sua implantação em substituição à sistemática que até então estivesse sendo utilizada, como a da avaliação visual, por exemplo. No limite, ainda que não nos pareça uma decisão acertada, o concessionário poderia até mesmo optar por não fiscalizar os veículos de transporte de carga com eixos suspensos, desde que assumisse, para fins de cobrança de pedágio, que todos estivessem trafegando vazios. Nesse sentido, caberá ao concessionário analisar o aumento de receitas decorrente de uma fiscalização mais rigorosa e precisa em confronto com o aumento das despesas pela implantação de equipamentos mais sofisticados, e decidir, por sua conta e risco, pela alternativa que lhe parecer mais adequada.

Desse modo, conquanto não nos pareça cabível prever no modelo a obrigação de que o parceiro privado providencie a instalação de equipamentos ou estrutura de fiscalização, entendemos adequado que se estabeleça que a responsabilidade pelos custos financeiros da fiscalização do

tráfego de veículos com eixo suspenso é do concessionário, conforme propôs a Unidade Técnica.

Em sendo assim, entendemos adequada a determinação encartada no subitem ‘bb’.

A determinação contida no subitem ‘ff’ (peça 47, p. 94) sugere a inclusão, na minuta contratual, da não objeção da agência reguladora aos projetos desenvolvidos pelo concessionário como condição para o início da execução das obras. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 85-87, itens 576-585, e pela ANTT na peça 51, p. 186-188.

O subitem 6.2 da minuta de contrato estabelece que *‘a Concessionária deverá obter a não objeção ao anteprojeto, conforme regulamentação da ANTT, e apresentar o projeto executivo como condição para o início da execução das obras, obedecendo aos prazos de início de obras estabelecidos, sujeitos às penalidades previstas’*. A regra estabelecida, portanto, define que a análise da agência reguladora com relação à adequação de uma obra se dá com base em anteprojetos, ainda que o concessionário seja obrigado a apresentar o projeto executivo anteriormente ao início da execução das obras. O recebimento do projeto executivo pela agência, nesse sentido, seria apenas formal, uma vez que o seu objeto de avaliação é o anteprojeto.

Ao tratar do assunto, a Unidade Técnica esclarece que os últimos editais submetidos à apreciação do Tribunal permitiam que o concessionário desse início às obras obrigatórias apenas mediante a apresentação de anteprojeto. Para corrigir essa falha, informa que foram proferidos os Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário, os quais, por meio de seus itens 9.2.20 e 9.2.25, respectivamente, buscaram também, no seu entendimento, *‘não apenas a apresentação de projetos como formalidade para o início das obras, mas um aprimoramento efetivo da atuação da agência reguladora, que passaria a realizar sua avaliação com base em documento com maior nível de detalhamento (projetos)’*. Desse modo, conclui que o modelo proposto não teria atendido integralmente ao disposto nos referidos acórdãos no que tange a *‘privilegiar a avaliação de projetos (estudos completos) em detrimento de anteprojetos (estudos preliminares)’*.

Já a ANTT, por outro lado, alega, em primeiro lugar, que não houve descumprimento de decisão do Tribunal. Em sua opinião, a deliberação, ao utilizar termos como ‘apresentar’ e ‘preferencialmente’ nos dispositivos mencionados, sugere que não houve determinação para que os projetos fossem executivos, nem para que a ANTT realizasse a análise desses projetos anteriormente ao início das obras. Em segundo lugar, defende que, no caso de projetos previstos no PER, não seria oportuno realizar a avaliação com base em projetos executivos. Em seu entendimento, a análise do anteprojeto já seria suficiente para o exercício de sua competência regulatória, haja vista que cabe ao concessionário executar as obras previstas de acordo com o projeto executivo e assumir eventuais custos decorrentes da necessidade de adequação do projeto a normas e referências técnicas.

Sobre a questão, não obstante a louvável preocupação da Unidade Técnica quanto a uma possível oportunidade de melhoria na qualidade de atuação da agência reguladora, entendemos que assiste razão à ANTT.

Os itens 9.2.20 do Acórdão 283/2016-Plenário e 9.2.25 do Acórdão 943/2016-Plenário, idênticos em sua redação, dispõem o seguinte: *‘estabeleça, no PER e na minuta do contrato, que as concessionárias deverão apresentar os projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras...’*.

A leitura atenta desse dispositivo não autoriza, a nosso ver, o entendimento pretendido pela Unidade Técnica. De fato, conforme alegado pela ANTT, a expressão ‘preferencialmente’, ao invés de tornar obrigatória a exigência de entrega do projeto executivo, tornou-a facultativa. Nada obstante, no caso presente, o agente regulador, em acertada decisão, optou por estabelecer a entrega prévia do projeto executivo como condição para o início das obras.

Da mesma forma, quanto a uma eventual necessidade de análise e aceitação do projeto executivo como requisito para o início da obra, entendemos adequada a posição defendida pela ANTT. Em se tratando de obras previstas no PER, cabe ao concessionário elaborar o projeto executivo segundo as normas e referências técnicas, encaminhá-lo à agência reguladora previamente ao início das obras, executar as obras conforme estabelecido no projeto executivo encaminhado e responder pelo

cumprimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos em contrato. Tudo isso constitui obrigação do concessionário precificada em sua proposta. Ressalte-se que, conforme expressamente previsto no subitem 6.5 da minuta de contrato, *‘ caso a obra executada esteja em desacordo com as normas técnicas e parâmetros do PER, os ajustes ou correções necessários serão executados à custa da Concessionária sem qualquer direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ’*.

Por conta disso, não nos parece que uma eventual necessidade de aprovação prévia do projeto executivo como condição para o início das obras seja medida adequada nesse momento.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação proposta no subitem ‘ff’ seja suprimida.

A determinação contida no subitem ‘gg’ (peça 47, p. 94) sugere a inclusão, na minuta contratual, de dispositivo que condicione a celebração do contrato de concessão à existência de estrutura, por parte da ANTT, para realizar a fiscalização contratual, com abrangência compatível com o objeto a ser fiscalizado. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 87-89, itens 586-601, e pela ANTT na peça 51, p. 189.

Ao abordar a questão, a Unidade Técnica esclarece que obras e serviços previstos em contratos de concessão rodoviária demandam uma fiscalização predominantemente finalística, o que significa que, *‘ a solução adotada e as quantidades de insumos empregados são menos relevantes do que o resultado final obtido com a intervenção, aferido com base em parâmetros de desempenho ’*. Alguns desses parâmetros, *‘ a despeito de permitirem algum tipo de verificação visual, precisam ser aferidos de forma sistematizada, ao longo de toda a extensão rodoviária concedida, para que sejam efetivos ’*.

Ainda segundo a Unidade Técnica, embora o Tribunal tenha expedido recomendações para que a ANTT estabelecesse padrões de desempenho aplicáveis sem a necessidade de avaliar toda a extensão da rodovia, os agentes reguladores optaram, no presente modelo, por não segui-las. A mesma situação teria ocorrido em relação a recomendações para que reavaliasse a supressão de dispositivos que constaram no PER destinados a dotar a estrutura de fiscalização da agência de ferramental adequado à aferição dos parâmetros de desempenho estabelecidos em contrato.

Ademais, assevera que auditorias realizadas em contratos de concessão vigentes, *‘ vêm apontando, de forma reiterada, que a ANTT vale-se de informações produzidas pela concessionária para avaliar os parâmetros de desempenho ’*. Por tudo isso, conclui que a falta de instrumentos materiais, humanos e financeiros para fiscalizar a execução do contrato constituiria fator impeditivo para a delegação de um serviço público ao parceiro particular.

A ANTT, por outro lado, a par de discorrer sobre a forma abstrata como o assunto teria sido tratado, informa que está conduzindo processo licitatório para a contratação de empresa para a prestação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva, para apoio às atividades de competência legal da agência.

Sobre o assunto, entendemos que, não obstante os ponderados argumentos apresentados pela Unidade Técnica, que revelam dificuldades que estão sendo enfrentadas pela ANTT na tarefa de promover uma adequada fiscalização das concessões rodoviárias, não há nos autos elementos suficientes para condicionar o prosseguimento do processo à adoção de medidas estruturantes por parte da agência. Para que tal medida fosse viável, seria necessário um diagnóstico mais preciso, individualizando as deficiências da agência, de modo a especificar com precisão as ações que deveriam ser adotadas, para que a concessão pudesse ser retomada. Além disso, há que se considerar que a contratação de empresa para a prestação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva - que, segundo informado, vem sendo conduzida pela agência - poderá representar um avanço na forma como as concessões vêm sendo fiscalizadas.

Diante disso, pensamos que o mais adequado seja a conversão da determinação proposta pela Unidade Técnica no subitem ‘gg’ em recomendação.

Em sendo assim, sugerimos recomendar à ANTT que adote providências com vistas a dotar a agência de estrutura técnica, humana e financeira compatível com a fiscalização contratual que

deve realizar, sendo isso imprescindível para o bom andamento da execução da presente concessão.

- Dos estudos de viabilidade (subitens ‘s’, ‘t’ e ‘u’)

A determinação contida no subitem ‘s’ (peça 47, p. 93) sugere a correção dos preços unitários dos serviços de concreto asfáltico, considerando a real distância de transporte do insumo brita entre a pedreira e a usina de asfalto. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 66-67, itens 442-446, e pela ANTT na peça 51, p. 147-148.

Para obtenção do preço unitário do serviço de concreto asfáltico, os estudos de viabilidade consideram, para fins de apuração do custo de transporte da brita produzida em central de britagem até a usina de asfalto, uma distância média de transporte (DMT) de 46,5km para a BR-101, 57,6km para a BR-290, 21,0km para a BR-386 e 78,0km para a BR-448.

Segundo a Unidade Técnica, *‘essas distâncias foram previstas como as necessárias para o transporte da brita, a partir de sua origem, até as citadas rodovias. Entretanto, no caso do concreto asfáltico, o transporte do insumo brita ocorre somente na distância entre a pedreira e a usina, as quais, via de regra, estão dispostas no mesmo local. Sendo assim, o transporte até as rodovias ocorre com a massa asfáltica já produzida, e não com a brita produzida’*. Com isso, se mostrariam inconsistentes os estudos de viabilidade neste aspecto.

Ao tratar do assunto, a ANTT argumenta que a premissa adotada no sentido de que toda usina de asfalto se localiza junto a uma pedreira não estaria correta. No caso da concessão em exame, a previsão é que as usinas sejam instaladas junto aos canteiros de obras, próximas às rodovias, porém distantes das pedreiras, razão pela qual pareceram elevadas as DMTs utilizadas para o insumo. Ainda segundo a ANTT, assim como ocorre com a brita, a DMT da areia também precisa ser considerada. Posteriormente, com a massa de concreto asfáltico pronta, é que se considera a DMT do asfalto. Caso a usina fosse alterada para junto das pedreiras, haveria a redução do DMT do insumo brita; todavia, haveria o acréscimo das DMTs do insumo areia e da massa asfáltica. Por essa razão, em prol da modicidade tarifária, adotou-se a premissa da usina de asfalto próxima ao canteiro de obras.

Sobre essa questão, entendemos que o argumento apresentado pela ANTT esclarece a situação, devendo, pois, ser acolhido.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação proposta no subitem ‘s’ seja suprimida.

A determinação contida no subitem ‘t’ (peça 47, p. 93) sugere a redução do nível de esforço do serviço de roçada para 8 intervenções por ano na faixa de domínio da rodovia. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 67-68, itens 447-452, e pela ANTT na peça 51, p. 149-150.

Nos estudos de viabilidade da concessão, foi adotado um critério de nível de esforço de 12 roçadas por ano na faixa de domínio da rodovia. Para esse nível de esforço e adotando-se a premissa de que 30% do trabalho será executado de forma manual e 70% de forma mecanizada, estimou-se no EVTEA um custo total para o serviço, durante os 30 anos de concessão, de R\$ 265.134.604,27, o que representa 19,62% do custo total de conservação do sistema rodoviário.

Documentos apreendidos na Operação Cancela Livre (peça 31, p. 16) revelam a existência de um estudo intitulado ‘Laudo técnico sobre crescimento de gramíneas frente ao ciclo de roçadas’, datado de setembro de 2016, no qual se sugere que, para os trechos integrantes da RIS, a quantidade de roçadas por trecho rodoviário seria de 8 na faixa de domínio e aproximadamente 24 nas interseções. Esse estudo foi produzido pela empresa Geoambiental Consultoria e Licenciamento Ambiental, contratada pela Maestra Serviços de Engenharia S.A., responsável pela coordenação dos estudos de PMI.

Diante desse quadro, assevera a Unidade Técnica que haveria uma discrepância entre as informações apresentadas nos estudos de viabilidade pela Triunfo Participações e Investimentos S.A. com os reais parâmetros de nível de esforço no segmento a ser concedido, evidenciando o risco de assimetria de informações nesse tipo de procedimento.

Ao tratar do tema, a ANTT esclarece que as recomendações presentes no citado Laudo Técnico já

eram de conhecimento do Governo Federal e passaram a integrar os estudos de viabilidade desde a revisão 3. Nesse sentido, a conclusão de que seria necessário um nível de esforço de 8 roçadas na faixa de domínio e 24 nas interseções teria sido levada em conta no cálculo que apurou um ciclo anual de 12 roçadas em toda a faixa de domínio. Para tanto, utilizou a premissa de que 30% da área total constituiria área nobre (trevos, acessos, praças de pedágio e postos de pesagem), sujeita a 24 ciclos de roçadas anuais, e que as demais áreas da faixa de domínio, com superfície equivalente a 70% da área total, estariam sujeitas a 8 ciclos de roçadas anuais. Desse modo, calculando-se a média ponderada, o resultado obtido foi de 12,8 ciclos de roçadas por ano ($0,30 \times 24 + 0,70 \times 8$). Para fins de simplificação e modicidade tarifária, utilizou-se, assim, um nível de esforço de 12 ciclos de roçadas anuais, como premissa no modelo para toda a faixa de domínio.

Sobre essa questão, pensamos que, conquanto tenha sido correto efetuar uma ponderação para se chegar a um número médio de roçadas, a ANTT não explicitou o critério em que se fundou para adotar, como premissa, que a área nobre - formada por trevos, acessos, praças de pedágio e postos de pesagem - constituiria 30% da área total da faixa de domínio. Desconsiderando a largura do trecho e adotando, como simplificação, apenas o comprimento da rodovia, esse percentual de 30% significa que, a cada 1km, 700m correspondem a áreas comuns de faixa de domínio e 300m a áreas nobres, o que, intuitivamente, parece-nos por demais excessivo.

Apenas como ilustração, se, por hipótese, fosse razoável considerar como área nobre apenas 5% da área total (50m de trecho em área nobre e 950m em área comum de faixa de domínio a cada 1km de rodovia), o número médio de roçadas, calculado segundo o mesmo critério utilizado pela ANTT, seria de 8,8 ciclos de roçadas por ano ($0,05 \times 24 + 0,95 \times 8$), o que significa uma expressiva redução de mais 25% em relação ao custo total do serviço de roçadas previsto no modelo. Isso revela que a estimativa desse custo está sujeita a uma grande variação, dependendo do percentual de área nobre que se adote como premissa.

De forma intuitiva, ainda que mesmo o valor de 5% nos pareça igualmente elevado, não temos parâmetros para sugerir um percentual que pudesse ser aceito em substituição aos 30% adotados pela ANTT. Isso não afasta, contudo, o fato de que há espaço para o aprimoramento do modelo em relação a esse quesito, haja vista a necessidade de que seja evidenciado o critério utilizado na apuração do percentual de área nobre.

Em sendo assim, entendemos adequada a determinação encartada no subitem 't'.

A determinação contida no subitem 'u' (peça 47, p. 93) sugere a correção dos níveis de esforço das atividades de conservação da sinalização horizontal, de modo a não incorrer em duplicidade com os quantitativos previstos na fase de manutenção da rodovia. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 68, itens 453-461, e pela ANTT na peça 51, p. 152-155.

Nos estudos de viabilidade, foi definido, como critério de recomposição da pintura horizontal, um índice de substituição da sinalização de 85% por ano, durante 30 anos, em toda a extensão concedida. Na fase de conservação, tal pintura é realizada após a execução de reparos no pavimento que afetam a sinalização existente. A premissa adotada no modelo é a de que a durabilidade do serviço de pintura de faixa é de um ano.

Segundo a Unidade Técnica, do ponto de vista operacional da rodovia, a troca da pintura horizontal em 85% da extensão, todo ano, seria bastante ineficiente. Em seu entendimento, os estudos de viabilidade deveriam buscar alternativas que interferissem o menos possível na operação da rodovia. A execução da pintura de sinalização horizontal, nesse sentido, deveria ser feita buscando um material mais durável, de melhor qualidade e que atendesse os parâmetros de desempenho exigidos pelo contrato. Além disso, afirma que haveria uma sobreposição dos serviços de sinalização horizontal com aqueles previstos na fase de manutenção da rodovia, oportunidade em que a sinalização horizontal também é refeita.

Ao comentar o assunto, a ANTT apresenta uma simulação, por meio da qual demonstra que os custos envolvidos com o uso de tecnologia de pintura com durabilidade de um ano em comparação com a alternativa que oferece uma durabilidade de três anos diferem apenas em 0,7%. Isso significa que não haveria diferença significativa que justificasse a adoção de uma ou outra tecnologia.

Ademais, alega que não haveria sobreposição dos serviços de sinalização horizontal nas frentes de conservação e manutenção, haja vista que sua precificação segue a premissa de um ano de durabilidade para a pintura, sendo a substituição anual distribuída entre conservação (85%) e manutenção (15%).

Sobre essa questão, entendemos que o argumento apresentado pela ANTT esclarece a situação, devendo, pois, ser acolhido.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação proposta no subitem 'u' seja suprimida.

- Da recomendação sugerida

A recomendação contida no item 619-II, subitem 'a' (peça 47, p. 94) sugere o aumento dos valores das penalidades estabelecidas na minuta contratual, de forma a coibir a inexecução das obras de caráter obrigatório. O assunto foi tratado pela Unidade Técnica na peça 47, p. 47-48, itens 301-309, e pela ANTT na peça 51, p. 118-120.

Segundo informa a SeinfraRodoviaAviação, a versão inicial da minuta de contrato previa, em sua cláusula 19, penalidades pelo descumprimento de obrigações por parte do concessionário análogas as que foram rejeitadas pelo Tribunal, ao apreciar modelos propostos em outras concessões. Naquela ocasião, restou evidenciado que *'as penalidades contratuais previstas para as intervenções de maior vulto (obras de ampliação de capacidade) eram pouco significativas quando confrontadas com as demais obrigações passíveis de multa'*.

Informada a falha aos representantes da ANTT, a questão foi revista, de modo que, na nova versão de minuta contratual encaminhada, as penalidades previstas foram modificadas, tornando-se mais severas.

Não obstante o progresso verificado, ainda haveria, segundo a Unidade Técnica, espaço para o aumento das multas, como forma de coibir o não cumprimento contratual por parte dos concessionários. Esse entendimento se funda no fato de que o nível de cobrança de penalidades ainda estaria aquém daquele previsto em outros setores, como o de aeroportos.

Já a ANTT argumenta que as penalidades e seus valores foram revistos e o contrato alterado. Sobre os novos valores propostos, apresenta uma simulação, com a finalidade de demonstrar que os valores das penalidades previstas são bastante significativos.

Sobre o assunto, entendemos que, não obstante os critérios para a aplicação de penalidades já tenham sido revistos e melhorados, não vemos óbice a que a recomendação seja mantida, cabendo tão-somente um pequeno ajuste em sua redação.

Em sendo assim, sugerimos recomendar à ANTT que avalie a conveniência de se elevar o valor das penalidades estabelecidas na minuta contratual da concessão da BR-101/290/386/448/RS, de forma a coibir a inexecução das obras de caráter obrigatório.

- Dos novos documentos encaminhados

Estando o presente Parecer praticamente finalizado, a ANTT encaminhou ao Tribunal novos documentos (peças 60 e 61), com a finalidade de esclarecer e aprofundar os pontos do modelo que foram revisados e aperfeiçoados, em decorrência das questões levantadas pela Unidade Técnica em sua análise.

As alterações introduzidas no modelo já haviam sido comunicadas a este membro do MP/TCU em reunião realizada em 27/03/2018, anteriormente mencionada, razão pela qual foram consideradas nesta análise. Na ocasião, foi-nos informado, conforme comentado no início deste Parecer, que, após uma maior reflexão sobre o assunto, as determinações propostas pela Unidade Técnica nos subitens 'c', 'd', 'e', 'n', 'p', 'q', 'r' e 'v' (peça 47, p. 91-94, item 619-I) haviam sido integralmente acolhidas pela ANTT. Desse modo, inexistindo divergência entre as posições da agência reguladora e da Unidade Técnica sobre as questões lá tratadas, simplesmente consideramos adequadas as referidas determinações.

Desta feita, comparando as informações que constam na tabela que integra a peça 60, p. 11-13 com

outra de igual teor que nos foi entregue na mencionada reunião, observamos que as determinações que se referem aos itens 'c' e 'r', que constavam como plenamente atendidas, passaram a constar como parcialmente atendidas nos novos documentos encaminhados, revelando uma mudança de entendimento, ainda que diminuta, da ANTT em relação à posição que nos havia sido passada.

No que se refere ao contido no subitem 'c', os esclarecimentos da ANTT sobre a questão se encontram na peça 60, p. 86-88. Embora se manifeste favoravelmente à determinação, a agência reguladora argumenta que não haveria como incluir no contrato um rol exaustivo de objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos, pela impossibilidade de se prever tal configuração *a priori* no modelo. Por essa razão, sugere a exclusão do trecho 'incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente' do corpo da determinação, proposta com a qual concordamos.

Em sendo assim, sugerimos que a determinação encartada no subitem 'c' passe a ter a seguinte redação: 'estabeleça no edital e na minuta de contrato limites e condições para a inserção e exclusão de obras ou obrigações do contrato de concessão, sob pena de desvirtuar o objeto do contrato, em atendimento aos artigos 37, *caput* e inciso XXI, e 175, *caput*, da CF/88; e 2º, *caput*, da Lei 9.784/99'.

No que tange ao contido no subitem 'r', o posicionamento da ANTT se encontra na peça 60, p. 66-67. Sobre essa questão, não foi possível identificar no pequeno texto apresentado as razões pelas quais o entendimento da ANTT sobre o assunto teria mudado ou permanecido inalterado. Desse modo, sugerimos que a determinação contida no subitem 'r' seja mantida.

Quanto às demais questões tratadas nos documentos encaminhados, entendemos que não apresentam novos fatos ou argumentos que alterem o entendimento que apresentamos no presente Parecer.

- Das conclusões

Em resumo, após a análise das 32 determinações que foram formuladas pela Unidade Técnica (peça 47, p. 91-94, item 619-I) e da recomendação encartada no item 619-II, subitem 'a' (peça 47, p. 94), restou o seguinte:

- a) foram acolhidas, por ausência de discórdia entre a posição defendida pela Unidade Técnica e aquela sustentada pela ANTT, as determinações contidas nos subitens 'd', 'e', 'f', 'i', 'j', 'n', 'p', 'q', 'r', 'v', 'w', 'x', 'y' e 'z';
- b) foram igualmente acolhidas, após análise individualizada realizada no presente Parecer, as determinações contidas nos subitens 'k', 'm', 't' e 'bb', bem como a recomendação proposta no item 619-II, subitem 'a';
- c) tiveram uma nova redação sugerida, em alguns casos concordando com a posição da Unidade Técnica e em outros divergindo dela, as determinações contidas nos subitens 'b', 'c', 'g', 'h', 'l', 'aa', 'cc' e 'ee';
- d) foi transformada em recomendação a determinação contida no subitem 'gg';
- e) deixaram de ser acolhidas, após análise individualizada, as determinações contidas nos subitens 'o', 's', 'u', 'dd' e 'ff'.

- Da proposta de mérito

Assim, à vista das considerações expendidas, e em atenção à audiência propiciada pelo E. Relator no Despacho que integra a peça 53, manifestamo-nos parcialmente de acordo com a proposta alvitrada pela SeinfraRodoviaAviação na instrução que integra a peça 47, sugerindo que:

- a) seja aprovado, com ressalvas, o primeiro estágio do acompanhamento do processo de outorga de concessão para exploração da rodovia BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS;
- b) seja determinado à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do RI/TCU, que, previamente à publicação do edital de concessão da rodovia BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS:

- b.1) adote as providências contidas na proposta da Unidade Técnica (peça 47, p. 91-94, item 619-I) representadas pelos subitens ‘d’, ‘e’, ‘f’, ‘i’, ‘j’, ‘k’, ‘m’, ‘n’, ‘p’, ‘q’, ‘r’, ‘t’, ‘v’, ‘w’, ‘x’, ‘y’, ‘z’ e ‘bb’;
- b.2) aprimore as regras da minuta de contrato concernentes a inclusão de obras, investimentos e obrigações, em atendimento ao disposto no art. 37, XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95 (nova redação dada ao subitem ‘b’);
- b.3) estabeleça regras para o compartilhamento do risco relacionado às obras de manutenção do nível de serviço, em atendimento aos artigos 175, caput, e 37, XXI, da CF/88, art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, e aos princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88 e §1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária (nova redação dada ao subitem ‘g’);
- b.4) estabeleça regras rígidas e restritivas para a inclusão de contornos para a travessia de trechos urbanos, tanto no que se refere aos procedimentos para a solicitação pelo concessionário, quanto aos critérios para a aprovação pela ANTT, em atendimento ao art. 37, caput, e art. 175 da CF/88; art. 2º, caput, inciso II, e art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995; art. 20, II, ‘b’, da Lei 10.233/2001; art. 2º, II, ‘b’ do Decreto 4.130/2002 (nova redação dada ao subitem ‘aa’);
- b.5) até a aprovação de novo marco legal para a ANTT, nos moldes preconizados no PL 6621/16, e enquanto a agência não comprovar que possui, indubitavelmente, o meios necessários para fiscalizar minuciosamente a execução da concessão, ajuste a base de cálculo da metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, de maneira que o fator D incida sobre a tarifa base de pedágio do EVTEA, e não sobre a tarifa de pedágio descontada do deságio, nos casos de descumprimento, exclusão ou substituição de obrigações relacionadas à frente de recuperação e manutenção, à frente de ampliação de capacidade e melhorias e à frente de serviços operacionais, em atendimento ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88 e no art. 9º, § 2º e §4º, da Lei 8.987/95 (nova redação dada ao subitem ‘l’);
- b.6) reavalie todas as cláusulas contratuais que tratam de obras executadas pelo poder concedente, de modo a adequar o objeto da contratação e atender ao interesse do usuário - prestação de serviço adequado e modicidade tarifária -, garantindo que: i) todos os contratos referentes a obras de qualquer natureza e a serviços não essenciais à segurança dos usuários sejam rescindidos até a data de assunção por parte da concessionária; ii) a concessionária assumira todos os trechos do sistema rodoviário na data de assinatura do termo de arrolamento; iii) a concessionária assumira as obras em andamento e não concluídas na data de assinatura do termo de arrolamento; iv) a concessionária acompanhe todas obras que venham a ser executadas pelo poder concedente durante a concessão; v) inexistam possibilidade de trechos concedidos não receberem serviços (conservação, manutenção, operação, monitoração, etc.) por parte da concessionária (nova redação dada ao subitem ‘cc’);
- b.7) ajuste a subcláusula 9.1.4 da minuta de contrato, suprimindo sua parte final (‘que impeçam ou prejudiquem a Concessionária no atendimento aos Parâmetros de Desempenho nele estabelecidos’) e restringindo os contratos que deverão ser rescindidos ali previstos a todos os contratos referentes a obras e a serviços não essenciais à segurança dos usuários (nova redação dada ao subitem ‘ee’);
- b.8) estabeleça regras objetivas e restritivas para disciplinar a prorrogação de contrato, admitindo-se a medida apenas nos casos em que esta se mostre indispensável à manutenção da qualidade do serviço e da modicidade tarifária, instituindo prazos curtos, bem inferiores aos do contrato original, e indicando o tratamento a ser dado a custos operacionais e investimentos, em atendimento aos artigos 175, caput, e 37, XXI, da CF/88, art. 9º, caput e § 4º, da Lei 8.987/95, e aos princípios da Administração Pública e dos serviços públicos (art. 37, caput, da CF/88 e §1º do art. 6º da Lei 8.987/95), notadamente a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a modicidade tarifária (nova redação dada ao subitem ‘h’);
- b.9) estabeleça no edital e na minuta de contrato limites e condições para a inserção e exclusão de obras ou obrigações do contrato de concessão, sob pena de desvirtuar o objeto do contrato, em atendimento aos artigos 37, *caput* e inciso XXI, e 175, caput, da CF/88; e 2º, *caput*, da Lei 9.784/99 (nova redação dada ao subitem ‘c’);

c) seja recomendado à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

c.1) adote providências com vistas a dotar a agência de estrutura técnica, humana e financeira compatível com a fiscalização contratual que deve realizar, sendo isso imprescindível para o bom andamento da execução da presente concessão (nova redação dada ao subitem 'gg');

c.2) avalie a conveniência de se elevar o valor das penalidades estabelecidas na minuta contratual da concessão da BR-101/290/386/448/RS, de forma a coibir a inexecução das obras de caráter obrigatório (nova redação dada ao item 619-II, subitem 'a')."

10. À peça 63, a ANTT protocolou seu terceiro arrazoado, buscando reiterar e complementar as razões e argumentos expedidos em manifestações anteriores.

É o relatório.