

VOTO

Tratam os autos de acompanhamento do primeiro estágio de desestatização, relativo à concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do Sul (RIS), composto por trechos das rodovias BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS, segundo o rito da Instrução Normativa-TCU 46/2004. O processo concessório é conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), no exercício de suas atribuições legais definidas no art. 24, incisos III e V, da Lei 10.233/2001.

2. Embora o processo concessório seja conduzido pela ANTT, entidade que tem peticionado nos autos, insta salientar que as manifestações posteriores foram elaboradas conjuntamente por diversos órgãos envolvidos na estruturação do projeto, articulados por meio da Comissão Permanente de Outorgas Rodoviárias (CPOR), instituída pela Portaria Interministerial 2/2017, de 12/6/2017, formada pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI) e Empresa de Planejamento e Logística (EPL), e pela própria Agência.

3. Nos termos do art. 3º, inciso I, da IN-TCU 46/2004, nesta etapa examinam-se parâmetros relativos ao plano de outorgas a que alude a Lei 10.233/2001, ao plano de exploração rodoviária, e aos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) do empreendimento. 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.

4. Segundo o Programa de Exploração da Rodovia – PER, 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

5. 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 (Procrofe), na década de 90, cujo contrato deveria ter sido encerrado em julho de 2017, mas foi prorrogado excepcionalmente até 4/7/2018. A BR-448/RS é uma via expressa que foi projetada para fazer a interligação entre a BR-116/RS e a BR-290/RS. A BR-101/RS constitui importante via de ligação do Rio Grande do Sul com os demais estados da região sul e, consequentemente, com o restante do país. Já a BR-386/RS é uma rota de escoamento de região com intensa produção agrícola em direção à Porto Alegre e ao Porto de Rio Grande.

6. O montante total estimado para os investimentos previstos ao longo dos 30 anos de concessão soma R\$ 8,5 bilhões, enquanto os custos e despesas operacionais estimados totalizam cerca de R\$ 5,9 bilhões. Foram projetadas sete praças de pedágio, com tarifa básica para veículos de classe 1 (automóvel, caminhão, caminhonete e furgão) projetada em R\$ 7,48 por praça. Os valores para as demais classes são obtidos por meio de fatores multiplicativos.

7. 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 receita bruta de R\$ 25,9 bilhões, de acordo com as informações do fluxo de caixa real.
8. No que diz respeito às obras de ampliação da capacidade, estão previstas a duplicação de 225,20 km na rodovia BR-386/RS e a execução de faixas adicionais em trechos já duplicados da rodovia BR-290/RS, totalizando 78,80 km.
9. Os estudos de viabilidade foram produzidos pela Triunfo Participações e Investimentos (TPI), atual acionista da concessão da BR-290/RS. Esses estudos foram contratados por meio de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e aprovados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC), conforme publicação do Diário Oficial da União, de 23/12/2016.
10. Segundo consta dos autos, os estudos finais produzidos pela TPI foram objeto de revisões por parte de uma comissão de seleção e, posteriormente, pela EPL e pela Comissão Permanente de Outorgas Rodoviárias (CPOR) a que me referi anteriormente.
11. Conforme registrado no relatório que antecede este voto, as análises do primeiro estágio de desestatização focam 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 apontando oportunidades de melhoria dos estudos, que têm culminado na redução do valor da outorga e, consequentemente, reduzido o valor da tarifa básica de pedágio fixada como teto para o leilão.
12. No caso de concessões de rodovia, esse exame focado nos investimentos tem se mostrado de baixa efetividade, sobretudo em face dos elevados deságios verificados nos leilões. Por outro lado, a execução desses contratos tem enfrentado grandes dificuldades, associadas especialmente ao inadimplemento contratual por parte das concessionárias, à inclusão prematura de vultosas obras nos contratos, não previstas quando da concessão, e ao desequilíbrio econômico-financeiro das avenças. No entender da unidade instrutora, essas ocorrências podem ter origem em (des)incentivos à execução do objeto licitado decorrentes da modelagem adotada nos contratos.
13. Diante desse cenário, o exame empreendido pela SeinfraRodoviaAviação privilegiou os elementos estruturantes da minuta contratual que supostamente estariam proporcionando, direta ou indiretamente, os problemas acima relatados. Portanto, foram verificadas minuciosamente cláusulas contratuais referentes a mecanismos de aditamento para a inserção de obras e obrigações; disposições atinentes às inexecuções contratuais (reequilíbrio, penalidades etc.); cláusulas editais; aspectos do plano de exploração rodoviária (PER); e recomendações e determinações feitas pelo TCU em processos de concessões recentes.
14. Para além dessa nova orientação, a análise do EVTEA contribuiu ainda com a redução de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão em termos de investimentos e custos operacionais previstos originariamente.
15. A SeinfraRodoviaAviação elencou uma série de riscos relacionados, em linhas gerais, aos seguintes aspectos: (a) procedimento de inclusão de novas obras e obrigações durante a execução contratual; (b) condições para prorrogação contratual; (c) critérios para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; (d) penalidades contratuais; (e) restrição à competitividade e óbice à obtenção da proposta mais vantajosa (mediante o mecanismo de aporte adicional ao capital social previsto na minuta do edital); (f) incorreções nos investimentos previstos nos estudos de viabilidade; (g) inconsistências em estimativas dos custos operacionais; (h) inconsistências em parâmetros do programa de exploração rodoviária (PER); e (h) inobservância de determinações e recomendações anteriores do TCU.
16. Para tratar esses riscos, a SeinfraRodoviaAviação formula 32 determinações e uma recomendação, ao tempo em que sugere que a ANTT se abstenha de licitar a concessão da BR-

101/290/386/448/RS antes de atender às determinações.

17. Por sua vez, o Poder Concedente protocolou três extensos arrazoados. No primeiro (peça 51), acolhe correções relativas a determinações que tratavam de falhas redacionais ou erros de cálculo (7 itens) e insurge-se contra as demais proposições da unidade técnica.

18. No segundo (peça 60), a ANTT revela evolução em seu entendimento, de modo que manifesta concordância ou apresenta medidas para mitigar riscos apontados pela SeinfraRodoviaAviação, abrangendo mais 12 itens (dos quais quatro com concordância parcial). Quanto aos demais, reafirmou a sua dissensão.

19. Importa mencionar que nessa segunda manifestação, o Poder Concedente trouxe evidências de sua atuação ao longo de três anos do desenvolvimento dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental, no âmbito do procedimento de manifestação de interesse (PMI), buscando mitigar os riscos de assimetria de informações. Também destacou que propôs alterações centrais no modelo regulatório visando atender as preocupações centrais da unidade instrutora, sobretudo no que diz respeito à inclusão de novas obras, a modificações da matriz de riscos e de cláusulas contratuais. Promoveu, ainda, análises adicionais nos estudos de viabilidade.

20. O MPTCU atuou nos autos, por meio de parecer da lavra do eminente Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, no qual confrontou, ponto a ponto, os antagônicos posicionamentos da unidade instrutora e do Poder Concedente, manifestando a sua opinião sobre o encaminhamento que entendeu mais apropriado.

21. No terceiro arrazoadado do Poder Concedente (peça 63), ele registra concordância com as conclusões posicionadas pelo MPTCU, à exceção daquelas afeitas à metodologia para fins de reequilíbrio econômico-financeiro por meio do Fator D.

22. Registro desde já que estou alinhado em grande parte com as conclusões do *parquet*, às quais incorporo como fundamento às minhas razões de decidir, com aquilo que não colidir com as considerações que tecerei a seguir. Incorporo também aos fundamentos desta decisão os minuciosos exames empreendidos pela unidade instrutora naqueles pontos em que convirjam com os exames aqui efetuados.

23. Feita essa breve contextualização sobre o objeto a ser concedido, bem como da instrução processual, passo ao exame das questões postas nos autos enfocando, em especial, aquelas em que as divergências não restaram superadas.

II – DA NATUREZA DO PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO NO TCU

24. Inicialmente gostaria de abrir um parêntesis para comentar um aspecto que permeou o acompanhamento deste processo concessório. Ante a evidente relevância do empreendimento e tendo em vista um enfoque maior sobre as questões jurídicas envolvidas na modelagem do projeto, ocorreram, em determinado momento, ruídos entre o posicionamento da unidade instrutora e as instituições envolvidas na concepção dessa modelagem, aquelas que integram a Comissão Permanente de Outorgas Rodoviárias (MTPA, SPPI, ANTT e EPL). Esses ruídos restaram amplificados pela repercussão que a mídia deu ao caso.

25. No meu entender, não ocorreu nenhum tipo de excesso na instrução processual. Tendo em vista a *expertise* que os técnicos da SeinfraRodoviaAviação adquiriram em anos de fiscalização e acompanhamento de concessões rodoviárias, e presentes as minutas de edital e contrato para análise, natural que a unidade instrutora tenha procurado apontar todos os riscos que vislumbrou poderem ocorrer no futuro contrato, à luz do que se tem observado nas avenças pretéritas. Nesse sentido, a meu ver, agiu de forma tempestiva e em plena aderência ao princípio da eficiência a que alude o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

26. A experiência do TCU, seja no acompanhamento de processos de desestatização, seja na

fiscalização de editais, revela que quanto mais cedo ocorrerem as contribuições do Controle Externo, mais efetivo será esse processo. É dessa forma que esta Corte de Contas contribuirá para a melhoria da Administração Pública e, ao final, é o que realmente interessa à sociedade.

27. Corroboram esse panorama os achados advindos da extensa pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), intitulado “condicionantes institucionais à execução do investimento em infraestrutura”, realizado em conjunto com uma série de pesquisadores de diversas universidades brasileiras.

28. Ao explorar os mais variados fatores de ordem institucional que impactam no cronograma e no orçamento da execução das grandes obras, os estudos apontam, em suma, que a atuação dos órgãos de controle não repercute de forma negativa nos prazos de execução e nos custos dos projetos.

29. Os estudos concluem, ainda, que a administração pública federal se tornou refém de suas próprias ineficiências no âmbito administrativo (especialmente nas atividades de planejamento, implementação e monitoramento), as quais abrem espaço para a ação dos órgãos de controle.

30. Acrescento que os processos de desestatização são eminentemente preventivos, tanto que configuram um dos poucos exemplos previstos na legislação de controle prévio a cargo deste Tribunal. Sob esse prisma, é óbvio que não se configura qualquer transgressão legal antes de os atos e contratos serem aperfeiçoados, pois ainda estamos em fase de estudos preliminares. Assim, a grande valia deste processo é prevenir riscos à boa e regular execução do futuro contrato de concessão. Ainda que haja divergências quanto às possíveis soluções para cada fragilidade apontada, restou claro nos autos que os riscos apontados pela unidade instrutora existem e merecem tratamento antecipado por parte do Poder Concedente e do ente regulador.

31. Outro ponto de relevo é que, de forma geral, os riscos apontados residem exatamente nas situações em que a legislação é omissa e os mecanismos atualmente postos, seja em contratos ou editais, têm se mostrado insatisfatórios em assegurar a execução a contento das avenças. Logo, é válido invocar os princípios de direito para buscar a solução mais consentânea com o interesse público, desde que aplicáveis ao problema concreto em exame.

32. Por outro lado, a despeito de uma reação inicial defensiva, também natural em um processo dialético que versa sobre um empreendimento dessa complexidade e magnitude, o Poder Concedente prontificou-se em apresentar propostas e compromissos antes mesmo da decisão do Tribunal. Como será visto ao longo deste voto, essa evolução contribuiu sobremaneira para que o futuro edital, e o contrato dele decorrente, apresentem modelagem muito mais robusta e efetiva para enfrentar os problemas verificados nas atuais concessões rodoviárias.

33. Assim, o que eu verifiquei no curso de todo esse processo foram diferentes instituições imbuídas de espírito público para resolverem os problemas complexos aqui colocados.

III – DAS PRELIMINARES INVOCADAS PELA ANTT

34. Antes de adentrar ao mérito propriamente dito, pretendo manifestar-me sobre as **preliminares** invocadas pela Agência em seu memorial de peça 51, consistentes nas seguintes questões: (a) violação das normas de auditoria pela unidade técnica; (b) ausência de concretização das normas principiológicas arguidas; (c) equívocos cometidos na interpretação de dispositivos legais; (d) ausência de demonstração de violação às normas legais; (e) invasão do espaço de discricionariedade do regulador e do Poder Concedente; (f) informações equivocadas sobre inexecuções contratuais; (g) afirmações equivocadas sobre o posicionamento do TCU; (h) excesso de linguagem e argumentação especulativa.

35. Algumas questões colocadas pela ANTT como preliminares tratam, em verdade, de antecipação da discussão de mérito, a exemplo de conceituações sobre condições efetivas da proposta e equilíbrio econômico-financeiro.

36. A meu ver, não há que se falar em inobservância de normas de auditoria. Como muito bem observado pelo *parquet*, o próprio art. 5º da IN-TCU 46/2004 autoriza a análise dos elementos de um processo de desestatização na medida em que forem sendo recebidos. Ademais, estando de posse das minutas do edital e do contrato, nada mais razoável do que analisá-las, sobretudo à luz da experiência adquirida nas diversas fiscalizações efetuadas por esta Corte de Contas. A ANTT se equivoca ao afirmar que a este processo deveriam se aplicar as normas de auditoria do Tribunal. Ora, esta não é uma auditoria, mas processo do gênero fiscalização, espécie desestatização, cujo rito próprio e peculiar é o previsto na IN-TCU 46/2004. Assim, agiu acertadamente a unidade instrutora.

37. Também não verifico o alargamento do escopo do exame de uma fiscalização dessa natureza ou a invasão do espaço de discricionariedade do regulador e do Poder Concedente. Enquanto a IN-TCU 46/2004 determina o conjunto de documentos a serem remetidos ao Tribunal *in casu*, cabe à secretaria especializada definir o escopo de análise. O trabalho foi conduzido do mesmo modo como aqueles correspondentes ao acompanhamento dos processos concessórios das rodovias BR-476/153/282/480/PR/SC e BR 364/MG/GO, dos quais resultaram os Acórdãos 283/2016-TCU-Plenário e 943/2016-TCU-Plenário, respectivamente. No primeiro, foram feitas 42 determinações e 13 recomendações, enquanto que no segundo, 40 determinações e 15 recomendações. Portanto, o presente acompanhamento cumpre o seu objetivo de identificar riscos e propor melhorias, visando tão somente aperfeiçoar o processo regulatório.

38. Quanto ao teor das propostas de determinações, elas foram feitas de modo aberto, com vistas a mitigar os riscos identificados, evitando-se a fixação de soluções predeterminadas, procurando justamente preservar o espaço de discricionariedade do regulador/formulador na proposição de medidas que entender adequadas ao tratamento das impropriedades, o que inclusive ocorreu na fase subsequente, por iniciativa da própria ANTT.

39. No que diz respeito à suposta ausência de concretização de normas principiológicas e de supostos equívocos na interpretação de dispositivos legais, alinho-me às palavras do MPTCU em seu bem lançado parecer. A natureza do processo regulatório de concessão, pelo fato de estar baseado em normas abertas, conduz a um maior grau de discricionariedade das suas decisões. Por via reflexa, a análise desses atos exige do controle uma avaliação não apenas de sua estrita observância às leis, uma vez que são formadas propositalmente de conceitos abertos, mas também aos princípios norteadores da administração pública, a sua coerência com os objetivos das políticas públicas e até mesmo com os resultados de experiências anteriores passíveis de comparação. Por essa razão, tanto maior o espaço de discricionariedade do gestor e do regulador, na mesma medida ele deverá estar acompanhado de maior rigor na fundamentação e motivação técnica destes atos. Trata-se de um poder-dever.

40. A suposta ausência de demonstração de violação às normas legais também está relacionada à própria natureza destes autos, qual seja o controle prévio de um processo concessório. Os atos aqui examinados ainda não possuem eficácia plena, pois não percorreram todo o processo de formação. Logo, não há que se falar em irregularidade propriamente dita. O que se está a fazer é identificar riscos e corrigir desvios, com vistas a aperfeiçoar os atos e contratos que se originarão da concessão.

41. Conforme já destaquei, os riscos apontados residem exatamente nas situações em que a legislação é omissa e os mecanismos atualmente postos, seja em contratos ou editais, têm se mostrado insatisfatórios em assegurar a execução a contento das avenças. Logo, é válido invocar os princípios de direito para buscar a solução mais consentânea com o interesse público.

42. Acerca das supostas informações equivocadas sobre inexecuções contratuais, considero que estes autos não são o fórum apropriado para a discussão deste tema. Existem alguns processos específicos versando sobre inexecução em alguns contratos, a exemplo daquele que abrange a concessão da BR-101/ES (TC 010.482/2016-4). Por sua vez, por meio do TC 012.624/2017-9, esta Corte de Contas está realizando auditoria operacional com o objetivo de avaliar a performance dos serviços públicos postos à disposição da sociedade por meio das concessões rodoviárias federais,

relacionados à qualidade, à segurança e à **tempestividade dos investimentos**, tendo em vista **aspectos dos produtos entregues e o real custo para sociedade brasileira**.

43. Por outro lado, Poder Público e sociedade sabem que as vigentes concessões rodoviárias estão longe da boa e regular execução delas esperadas, com alto índice de inexecuções associado a deficiências dos instrumentos de regulação atualmente postos. Ainda que a Agência discorde dos números ou da forma de exibi-los, não há como refutar a realidade, e é a partir dela que o trabalho se propõe a buscar soluções, de forma nobre e consentânea com o interesse de toda a sociedade. Furtar-se a aprender com os erros do passado é o pior dos erros que pode cometer a ANTT.

44. Ademais, as informações constantes da instrução da unidade técnica foram fornecidas pela própria Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), no âmbito do TC 009.001/2015-8 (processo administrativo de produção de conhecimento). No meu entender, como algumas tabelas referem-se apenas a um intervalo (2009-2014), ou seja, por não abrangerem todo o período do contrato, e também por não indicarem a participação relativa dos investimentos de determinado ano em relação aos investimentos como um todo, considero que algumas informações, de fato, podem fazer o leitor inferir conclusões parciais da realidade. Seria interessante, portanto, qualificar melhor essa informação, embora considere despidendo para o deslinde deste feito, visto que o importante para a presente análise não são propriamente os números em detalhes, mas a realidade de inexecução contratual que eles escancaram.

45. De todo modo, reputo que a própria Agência deveria reportar a informação nos moldes adequados. Explico. Diante da controvérsia, solicitei a minha assessoria que buscasse informações no *site* da ANTT sobre as inexecuções contratuais. Contudo, os relatórios anuais identificados no portal da Agência não disponibilizam esses dados, que são do interesse dos usuários.

46. Assim, embora, repito, aqui não seja a arena adequada para discutir essas ocorrências, considero que a própria ANTT contribuiria sobremaneira para o esclarecimento dessa questão se ela divulgasse nos relatórios específicos de cada concessão a informação sobre inexecuções de maneira clara e completa. Essa divulgação estaria em consonância com as disposições constitucionais e legais sobre a transparência dos atos da administração, bem assim com os princípios da boa regulação.

47. Portanto, ao não informar à sociedade a real situação de execução das concessões vigentes, deixando de estabelecer um padrão oficial de apresentação de dados que reputo mais preciso, a Agência se abstém de apresentar dados que julga mais apropriados do que aqueles que foram apresentados pela unidade instrutora do TCU.

48. Acerca de supostas informações equivocadas sobre o posicionamento do TCU ou sobre excesso de linguagem e argumentação especulativa, não vislumbrei problemas na linha argumentativa adotada na instrução, a qual apresenta fundamentados achados de auditoria em diversos outros processos que guardam pertinência com os riscos identificados pela unidade instrutora nestes autos. O que de fato chama a atenção é a quantidade de processos no TCU versando sobre essas questões, o que informa a real necessidade de adotar medidas previamente à publicação dos documentos jurídicos.

49. Enfim, para arrematar as questões preliminares, destaco que os processos de desestatização, dado o caráter essencial de controle prévio, não cuidam de formular “acusação” ou responsabilização. A opinião técnica formulada pela secretaria especializada deve ser interpretada como um levantamento dos riscos a serem tratados. No caso presente, a esmagadora maioria desses riscos foi, inclusive, posteriormente reconhecida pelo Poder Concedente após o devido amadurecimento das questões. Portanto, em se tratando de prevenção de riscos em regulação, não há que se falar em ônus da prova, responsabilidades ou afins, e sim apresentar tratamento adequado por meio de instrumentos editais e contratuais.

IV – DA SISTEMÁTICA CONTRATUAL DE INCLUSÃO DE NOVOS INVESTIMENTOS

50. Passo agora ao exame quanto ao mérito propriamente dito, iniciando pela **sistemática de**

inclusão de novos investimentos.

51. A minuta de edital encaminhada para exame do Tribunal prevê a inclusão de novos investimentos por meio de fluxo de caixa marginal (FCM), normatizado pela Resolução-ANTT 3.651/2011. Esses novos investimentos seriam inseridos nos contratos de concessão a partir de projetos e orçamentos elaborados pelo concessionário.

52. Referida 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. Introduce na modelagem, portanto, uma regulação por taxa de remuneração por “valor cheio”, na contramão de preceitos mais modernos de regulação.

53. Por sua vez, eventual retirada de obras previstas no PER ocorre pelo mecanismo denominado Fator D. Trata-se de 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 de 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 de desempenho. Esse fator é calculado pela representatividade de determinado elemento do projeto sobre o custo estimado total em investimento e operação da concessão. Sobre esse fator incide o deságio obtido no leilão. Chamo a atenção para o fato de que o fator D incide independentemente de a inexecução decorrer de fato atribuível à concessionária, vez que não se trata de punição, mas mero reequilíbrio.

54. Portanto, a sistemática de inclusão de investimentos por meio de projetos apresentados pelas concessionárias e custos baseados em sistemas referenciais de preços (“valor cheio”), sem passar pelo crivo de um procedimento competitivo, ou outro procedimento de barganha ou lapidação de custos pelo mercado, associada à exclusão de investimentos sobre os quais incidiam deságios, constitui fator de desequilíbrio contratual em desfavor dos usuários, e pode desvirtuar o objeto licitado e concedido, a depender da representatividade das modificações.

55. Nesse contexto, a instrução da unidade instrutora aborda algumas preocupações e os riscos decorrentes da modelagem adotada nas minutas de edital e contrato aqui examinadas.

56. Um primeiro aspecto é o fato de a inclusão de novos investimentos, na metodologia estabelecida, não passar pelo crivo de um procedimento competitivo e, conseqüentemente, não assegurar que os usuários sejam brindados com a proposta mais vantajosa, com repercussões na modicidade tarifária.

57. Defende a unidade instrutora, citando diversos exemplos observados em contratos oriundos da 3ª etapa de concessões rodoviárias, que esse procedimento não assegura o atendimento às condições efetivas da proposta. Tal situação gera um comportamento oportunista dos concessionários, no sentido de postergar investimentos previstos originalmente nos contratos, sobre os quais incidem os deságios ofertados no leilão, e buscar incluir novos investimentos, com base nos custos cheios obtidos junto a sistemas referenciais oficiais de preços, portanto sem qualquer desconto. Associa a esse problema o grande risco de assimetria de informações e a dificuldade em se examinar o orçamento proposto pela contratada, bem assim de fiscalizar as obras executadas.

58. Não obstante esse problema, o modelo de concessão em exame aumentou as hipóteses de inclusão de novos investimentos, especialmente com a previsão de transferência ao Poder Concedente dos riscos das obras condicionadas ao volume de tráfego, com a supressão do estoque de melhorias, previsto em outros contratos, e com a possibilidade de prorrogação do contrato por até 30 anos, ensejando a possibilidade de a avença totalizar 60 anos.

59. No seu arrazoado, a unidade instrutora expõe que a inclusão de novos investimentos em excesso poderia constituir burla ao procedimento licitatório, na medida em que desvirtuaria o objeto da licitação. Desse modo, deve-se estabelecer, previamente à licitação, os limites e premissas para a inserção e exclusão de obras ou obrigações contratuais.

60. Outro ponto de relevo dessa sistemática de inclusão de novas obras é que ela retoma, na contramão da moderna regulação por incentivos, a regulação por taxa de remuneração. Isso porque, ao incentivar que os novos investimentos sejam remunerados com base nos sistemas referenciais de preços, sem qualquer desconto, incentiva-se o comportamento do concessionário a inflar os seus custos, ao invés de promover a busca por soluções mais eficientes e menos onerosas aos usuários do serviço.

61. Para além desses riscos, essa situação resulta em enorme esforço do regulador, que precisa mitigar a assimetria de informações, analisar amiúde os projetos e orçamentos propostos, fiscalizar rigorosamente as obras executadas. No limite, seria possível comparar a atuação do regulador a nova instância de controle de obras públicas, atividade para a qual não está aparelhado e que, sabidamente, passa muito ao largo de sua missão institucional. Tem-se, portanto, significativos custos regulatórios associados a um modelo que tem se mostrado de baixa efetividade.

62. A unidade menciona um exemplo de mecanismo alternativo a esse modelo, o estoque de melhorias, que foi utilizado nas concessões da 3ª etapa. Trata-se de um estoque de obras previstos contratualmente, portanto já precificado, com grande probabilidade de serem necessários ao longo da execução contratual (passarelas, retornos, quilômetros de faixas adicionais, entre outros). Assim, quando necessária a inclusão de um dispositivo desse tipo inicialmente não previsto no contrato, baixa-se do estoque, sendo desnecessária revisão tarifária.

63. Diante desse contexto, a unidade instrutora propôs as seguintes medidas para tratar esses riscos:

“b) aprimore as regras da minuta de contrato concernentes à inclusão de obras, investimentos e obrigações, de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora, (...);

“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, (...);

“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 (...);

64. Em sua manifestação à peça 51, a ANTT insurge-se quanto a alguns argumentos da unidade técnica. Contudo, em sua manifestação à peça 60, a Agência passa a concordar parcialmente com as proposições “b” e “c”, sugerindo a retirada das expressões “de forma a melhor aproveitar as condições vantajosas estabelecidas pela proposta vencedora” e “incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente” e integralmente com “d”.

65. Apresenta, ainda, uma série de medidas estudadas, que classificou como avanços no modelo regulatório, visando atender às preocupações centrais sobre o ponto. São elas:

i) vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos do contrato;

ii) inclusão de novos investimentos restrita às revisões quinquenais;

iii) inclusão de contornos urbanos condicionada à demonstração da vantajosidade e ao comparativo de projetos executivos, audiência pública e reequilíbrio apenas da diferença de custo;

iv) instituição de estoque de obras, com vedação à inclusão de obras de melhorias por fluxo de caixa marginal (FCM) antes de seu término;

v) estabelecimento de limitações e condições para prorrogação do prazo contratual; e

vi) vedação para inclusão de faixa adicional (5ª faixa) em trecho de 11 km na BR-290.

66. O *parquet*, por sua vez, considera que não se deve obrigar o concessionário, por ocasião da inclusão de obras, investimentos e obrigações, a vincular-se ao desconto oferecido na proposta vencedora. Isso porque 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.

67. Não obstante, reconhece ser possível estabelecer uma regulação mais rígida, que dificulte a inclusão de investimentos desnecessários ou antieconômicos. Assim, propõe a seguinte redação para a proposição “b”: *“aprimore as regras da minuta de contrato concernentes à 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.”* Quanto à proposição “c”, concorda com a sugestão de redação da ANTT.

68. Relativamente à questão da inclusão de novos investimentos, no meu entender, ainda que se possa ter alguma reserva acerca das premissas versadas pela unidade instrutora no seu diagnóstico de inexecuções contratuais, é fato incontroverso que a modelagem contratual da 3ª etapa de concessões de rodovias tem levado a problemas graves de inexecução e à incessante busca de inclusão de novas obras por parte das atuais concessionárias.

69. Portanto, reputo premente modificar as condições previstas nas minutas, estabelecendo regulamentação que reduza esses incentivos que têm se mostrado perversos aos usuários, na medida em que frustram a justa expectativa de verem os investimentos previstos serem executados conforme pactuado, e que, ainda por cima, favorecem a inclusão de investimentos não previstos por meio de instrumentos que, em vez de buscar a eficiência, a modicidade tarifária, incentivam o aumento dos custos pelos concessionários, onerando os usuários.

70. Além disso, a sistemática sufoca a atuação do regulador, que tem que alocar parte de seu qualificado corpo técnico na incessante atividade de analisar pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, deixando de realizar outras atividades regulatórias de sua competência.

71. Nesse ponto, reputo que as soluções endereçadas pela Agência, após a intervenção do TCU, se prestam a mitigar em boa maneira os riscos apontados pela unidade instrutora.

72. Por meio da previsão de estoque de obras, vedando a inclusão de obras de melhoria por fluxo de caixa marginal até o seu término, busca-se mitigar os desequilíbrios econômico-financeiros decorrentes da sistemática de exclusão de obras via Fator D e inclusão via FCM. Tal solução também atende, de alguma maneira, a necessidade de se aproveitarem as condições vantajosas estabelecidas na proposta vencedora, uma vez que o deságio incidirá também sobre esse estoque. De todo modo, alinho-me à sugestão de redação pugnada pelo Ministério Público de Contas.

73. Já a vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e últimos cinco anos do contrato e a restrição à inclusão de novos investimentos às revisões quinquenais, impõem a necessidade de que os concorrentes avaliem melhor os estudos de viabilidade e racionalizam o processo regulatório da Agência, no que toca à inclusão de investimentos. Por via transversa, essa medida também contribui para um controle mais eficiente por esta Corte de Contas, por concentrar a inclusão de investimentos em períodos específicos, bem como pela sociedade, na medida em que esse processo será submetido à participação popular, conforme preceitua o art. 2º-B, parágrafo único, da Resolução-ANTT 675/2004.

74. Dessa feita, reputo que as regras relativas à inclusão de contornos, à vedação à inclusão da 5ª faixa no segmento da BR-290/RS – compreendido entre o km 85,8 e o km 96,8 – e ao

estabelecimento de condições para extensão do prazo contratual constituem regramento contratual alinhado à proposta de estabelecimento de condições para inclusão e exclusão de obras no contrato.

75. Diante dos encaminhamentos apresentados pela ANTT para os elementos mais críticos (inclusão da 5ª faixa no segmento da BR-290/RS e de contornos urbanos), entendo que a redação da determinação prescinde da expressão “incluindo os objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente”, pois uma regulamentação demasiadamente exaustiva poderia atribuir rigidez excessiva a um contrato de longo prazo.

76. Anoto que voltarei a tratar algumas dessas questões, sobre outra perspectiva, na sequência deste voto.

77. Em específico sobre a fixação de limites para a inclusão de novos investimentos, o art. 22 da Lei 13.448/2017 prescreve que os limites a que alude o art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, não se aplicam aos contratos de concessões. No meu entender, ainda que não se adote o valor preconizado pela lei de licitações, seria recomendável que algum limite fosse escolhido e estabelecido no edital e no contrato, transparecendo a regra do jogo aos futuros participantes da licitação, e aos usuários, e conferindo maior segurança jurídica.

78. Ao se fixar um parâmetro objetivo, combatem-se eventuais interesses oportunistas e casuísticos no futuro, além de infundáveis discussões sobre desvirtuamento do objeto no caso concreto. Embora existam diferenças significativas na modelagem, esse tipo de regra foi adotado em recentes concessões rodoviárias promovidas pelo estado de São Paulo, a exemplo do que dispunham as cláusulas 24.2 dos contratos decorrentes da Concorrência 3/2016 (Lote Florínea-Igarapava) e da Concorrência 5/2016 (Lote Rodovia dos Calçados).

79. Por julgar que essa questão envolve discricionariedade do Poder Concedente, ela deve, nesta oportunidade, ser endereçada na forma de recomendação.

80. Reputo que a atuação mais consistente do regulador quanto ao aspecto de inclusão de novos investimentos passará também pelo aprimoramento das normas atualmente vigentes, a exemplo da Resolução-ANTT 3.651/2011, procurando adotar mecanismos que permitam incorporar aos orçamentos os efeitos que seriam verificados caso as obras ou serviços passassem por um procedimento competitivo. Outro aspecto diz respeito à própria efetividade da atuação da Agência no procedimento de inclusão de novos investimentos.

81. Contudo, como muito bem colocado pelo eminente Procurador, este processo não é foro adequado para tratar dessas duas questões. Seja pelo escopo de abrangência destes autos, qual seja o acompanhamento de um processo concessório específico, seja pela insuficiência de avaliação das reais causas desses problemas.

82. Tendo em vista que a manifestação da Agência constitui compromissos do Poder Concedente que demandarão aperfeiçoamentos e alterações nas minutas de edital e de contrato, esta Corte de Contas deve manter as determinações “b”, “c”, e “d”, com os mencionados ajustes redacionais, até que seja comprovado seu efetivo atendimento.

V - DAS OBRAS CONDICIONADAS AO VOLUME DE TRÁFEGO

83. As obras de manutenção do nível de serviço são intervenções físicas de ampliação condicionadas ao atingimento de determinados volumes de tráfego, chamados de “gatilho volumétrico”. O disparo desse “gatilho” em determinado trecho impõe ao concessionário a obrigatoriedade de implantação de faixas adicionais e de adequação de obras de arte especiais, acessos e interconexões naquele segmento, de modo a incrementar as condições de fluidez e de segurança da rodovia. Como o gatilho pode ou não ser disparado, o risco de sua ocorrência foi atribuído contratualmente ao Poder Concedente, portanto, mediante reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

84. A unidade técnica entende que essas obras estão associadas a situações que geram aumento na receita do concessionário, de modo que o risco deveria ser alocado à concessionária.

85. Em sua manifestação, a ANTT pondera que, da forma como a concessão foi modelada, existe a possibilidade de que o acionamento do gatilho não esteja associado, necessariamente, ao aumento de receita. Isso porque o incremento no fluxo de veículos pode ocorrer em trechos entre praças de pedágio.

86. Acrescenta ainda que o aumento de receita associada ao incremento de tráfego que levou ao disparo do gatilho pode não corresponder ao investimento necessário para a implantação de uma faixa adicional.

87. Em sua manifestação à peça 60, a ANTT defendeu que esse risco seja compartilhado entre a concessionária e o Poder Concedente, mediante a utilização de dois gatilhos. O primeiro, volumétrico, correspondente àquela cláusula já prevista nos documentos editalícios. O segundo, associado ao incremento de receita, com o reequilíbrio na tarifa apenas após a conclusão da obra. Ou seja, o reequilíbrio contratual ficaria condicionado à conclusão da obra e também levará em consideração os custos relativos à sua implantação, avaliando se as receitas adicionais apropriadas pela concessionária são suficientes para suportar os custos decorrentes da obra de ampliação de capacidade.

88. Nesse sentido, a Agência propõe a formação de um grupo de trabalho formado pela ANTT, MTPA, SPPE e EPL, para desenvolver esse instrumento contratual e promover análise de sensibilidade diante dos estudos da RIS e da BR-364/365.

89. Com bem sintetizou o MPTCU, 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. O *parquet* conclui que ambos os argumentos parecem acertados, de modo que esse risco não deve ser alocado integralmente nem ao concessionário, nem ao Poder Concedente. Nesse sentido, sugere o seguinte teor para a determinação de subitem “g”:

“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.”

90. Com efeito, em face dos argumentos expostos, entendo que a proposição mais razoável é aquela que consegue compartilhar esse risco, levando em consideração em que medida o aumento de receita decorrente do incremento de tráfego será suficiente para cobrir os custos necessários para as obras de manutenção do nível de serviço, razão pela qual adiro, com ajustes redacionais, à sugestão do Eminente Procurador.

VI - DA PREVISÃO DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

91. 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.

92. Em seu exame, a unidade instrutora apresenta diversas críticas ao critério de prorrogação contratual definidos pelo Poder Concedente.

93. De início, a SeinfraRodoviaAviação assevera que 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.

94. Acrescenta que, da forma como modelado, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da inclusão de novas obras e serviços se daria pela sistemática do Fluxo de Caixa Marginal, acarretando, conseqüentemente, todos aqueles problemas registrados anteriormente neste voto: não aproveitamento das condições vantajosas estabelecidas na proposta; incentivo à regulação por taxa de remuneração, desvirtuamento do objeto, negociação privada de novos investimentos sem a necessária transparência e participação social, dentre outros.

95. Assevera que o instrumento do gatilho para obras condicionadas ao volume de tráfego poderia forçar sucessivas prorrogações para além dos 30 anos, dada a necessidade de certo período adicional de exploração do serviço para amortização dos investimentos feitos nos últimos anos do período ordinário da concessão.

96. Por fim, ressalta que, como o modelo não exige a apresentação do plano de negócios do futuro concessionário, ao final do prazo de 30 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 eventual prorrogação.

97. Em sua manifestação à peça 51, a ANTT aduz 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. Salaria que esta última disciplina condições para a prorrogação contratual, mediante realização de estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

98. Arremata que 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.

99. À peça 60, a Agência informa que, após detida reflexão sobre essa questão, decidiu alterar as condições de prorrogação, utilizando as seguintes premissas e limitações.

100. Em primeiro lugar, insere previsão de prorrogação antecipada, cuja única finalidade é a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro em função da inclusão de novos investimentos necessários no curto prazo, diante da hipótese em que aguardar o termo do prazo contratual original de 30 anos para os iniciar acarretaria situação desfavorável ao interesse dos usuários. Essa hipótese seria limitada ao prazo máximo de 10 anos, podendo ser utilizada uma única vez, restrita às revisões quinquenais previstas para os anos 15º, 20º e 25º de concessão. No caso de melhoria, somente será utilizada se esgotada a previsão de estoque.

101. Em segundo lugar, a prorrogação contratual propriamente dita estaria limitada ao prazo de 5 anos, permitido o prolongamento do período da concessão por ocasião do término do prazo original mediante condições expressamente previstas no contrato e na referida lei, que guardem relação com os conceitos de caso fortuito ou força maior, fato do príncipe, ou ainda se restar irrefutavelmente comprovado o interesse público no caso concreto.

102. O *parquet* manifesta sua concordância com as preocupações da unidade instrutora, caso sejam mantidas as atuais regras de prorrogação definidas na minuta de contrato. Considera ser imprescindível o aperfeiçoamento do modelo 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. Contudo, entende que negar sua possibilidade não é o melhor caminho.

103. Assim, conclui que se devam estabelecer regras objetivas e restritivas, que permitam a prorrogação do contrato por prazos curtos, 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. Nesse sentido, considera a nova proposta da ANTT um notável avanço no modelo. Por fim, sugere 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”

104. Manifesto a minha concordância com a redação sugerida pelo *parquet*. De fato, a nova proposta formulada pelo regulador procura mitigar os riscos apontados pela unidade instrutora. Ressalto que a redução do prazo de prorrogação de trinta para cinco anos constitui expressivo avanço, sobretudo porque se harmoniza com os resultados dos estudos de viabilidade econômica, técnica e ambiental, cujo horizonte era de trinta anos, prestigia o dever constitucional de licitar e ainda permite alguma flexibilidade ao gestor.

105. Em minha proposta de determinação definitiva, apenas reforço a necessidade de que a Agência regule, pela via contratual, o tratamento mínimo a ser dado aos custos operacionais e de investimentos ao término do período contratual ordinário, uma vez que nesta data, os investimentos executados, os quais representam parcela significativa dos custos estimados no contrato, devem estar amortizados.

VII – DOS CRITÉRIOS PARA A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO (FATORES “D” E “A”)

106. A unidade instrutora relata que uma das causas para o não cumprimento das metas pactuadas, em contratos anteriores de obras rodoviárias analisados pelo Tribunal, seriam falhas metodológicas dos critérios contratuais acerca da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em situações de atraso dos cronogramas das obras obrigatórias ou de não cumprimento dos parâmetros de desempenho pela concessionária. Tais inadequações, na maioria dos casos, representam incentivos ao descumprimento do ajuste, que se torna até mesmo economicamente vantajoso para a contratada.

107. No caso vertente, segundo o anexo 5 da minuta do ajuste, o equilíbrio contratual será mantido por meio do “desconto” e do “acréscimo” de reequilíbrio, mediante os fatores “D” e “A”, respectivamente. Esse documento estabelece que 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, bem como inexecução e atraso das obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e melhorias da frente de serviços operacionais, de acordo com os parâmetros técnicos e de desempenho estabelecidos.

108. De acordo com a unidade instrutora, relativamente ao Fator “D”:

“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.”

109. Em sua análise, a unidade instrutora identifica um erro na fórmula utilizada para o cálculo do Fator “D” correspondente aos retornos em nível previstos no PER (na frente de ampliação de capacidade, manutenção de nível de serviço e melhorias), de que resulta subestimativa do valor presente unitário desta melhoria. Verifica, também, erro na fórmula de cálculo do coeficiente do Fator “D” estabelecido para os equipamentos de detecção e sensoramento de pista (da frente de serviços operacionais). Nesse caso, o equívoco superestima os valores percentuais para esse serviço.

110. Diante desses erros, a unidade instrutora propõe determinar à ANTT que corrija a fórmula de cálculo de ambos os percentuais (itens “i” e “j” da proposta de encaminhamento).

111. Em sua manifestação, a Agência reconhece os equívocos e informa que promoverá as correções.

112. Para além dos erros nos cálculos de coeficientes, a unidade instrutora identifica três problemas na metodologia que devem ser corrigidos antes da futura licitação, tendo em vista o risco de que o mecanismo não promova o reequilíbrio devido e acabe por incentivar inexecuções contratuais.

113. Antes de examinar cada uma das questões apontadas pela SeinfraRodoviaAviação, julgo pertinente registrar uma pequena ponderação sobre o tema.

114. Basicamente, o grande problema apontado pela instrução acerca da utilização do Fator “D” situa-se menos na concepção do mecanismo do que na sua utilização num contexto em que se permitem a inserção desenfreada de novas obras a qualquer tempo e a prorrogação contratual motivada por esses investimentos.

115. Há que se ponderar, entretanto, que esse quadro mudou substancialmente no presente caso em virtude dos ajustes feitos pela ANTT após a conclusão do pronunciamento da unidade instrutora. Conforme já relatado neste voto, a modelagem atual apresenta controles bem mais rígidos quanto à inclusão de investimentos do que aquela inicialmente apresentada a este Tribunal.

116. Dito isso, as análises sobre essa questão devem ser realizadas à luz da real concepção do Fator “D”, suas características intrínsecas e da pertinência de sua utilização para prevenir riscos relevantes ao contrato em face de outros mecanismos.

117. Ademais, o exame dessa questão deve ser feito com cuidado ante a necessária postura de certa contenção em face das escolhas regulatórias devidamente fundamentadas, as quais exigem desta Corte posição minimamente deferente às metodologias desenvolvidas pelo regulador.

118. Registro que o primeiro ponto levantado pela SeinfraRodoviaAviação diz respeito à metodologia de cálculo do Fator “D”, enquanto os outros dois concentram-se na sua efetividade como fator dissuasório de inexecuções contratuais.

(i) DA ABRANGÊNCIA DO FATOR “D”

119. O primeiro ponto diz respeito à **abrangência do mecanismo estabelecido**, que não estaria

contemplando todas as obrigações da concessionária. Consoante evidenciado pela SeinfraRodoviaAviação, a abrangência do mecanismo incide sobre aproximadamente 72% da Tarifa Básica de Pedágio. Isso significa que 28% dos desembolsos previstos na concessão não serão reequilibrados caso haja alteração no cronograma ou mesmo a exclusão do item no PER, representando cerca de R\$ 1,5 bilhão.

120. A unidade instrutora ressalta 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.”*

121. Por fim, a SeinfraRodoviaAviação arremata que *“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 o cumprimento do art. 9, §4º, da Lei 8.987/1995.”*

122. A ANTT registra em seus memoriais que, desde que o mecanismo foi introduzido nos contratos de concessão de rodovias federais, ele vem sendo aperfeiçoado. Defende ainda que, embora necessários para a gestão/administração da concessão em si — e por isso precificados, os itens não abrangidos não têm impacto diretamente mensurável com vistas à aplicação de um desconto de reequilíbrio. Em outras palavras, não são possíveis de serem associados a um parâmetro de desempenho estabelecido no PER. Reforça que, além de representarem itens de custos e despesas operacionais, estes não apresentam um marco temporal referencial de base para o cálculo e início da aplicação de um fator de reequilíbrio. Além disso, a não realização de itens como licenciamento ambiental e desapropriação implica a inexecução de investimentos, os quais serão descontados consoante a metodologia ora proposta.

123. Na sequência, o regulador enumera algumas razões que obstam a aplicação do mecanismo em comento em relação a determinados itens da frente de serviços operacionais. Transcrevo, por oportuno:

“(…) veja-se o caso do Centro de Operação da Concessionária (COC): ele contempla um conjunto de edificações e serviços operacionais, sendo o seu principal item o Centro de Controle Operacional (CCO), que inclui a edificação, equipamentos e sistemas. As premissas adotadas para a precificação do CCO poderão inclusive ser distintas das adotadas no estudo, a concessionária pode, por exemplo, alugar a edificação que vai receber o CCO, em vez de construí-lo. De forma geral, os investimentos associados ao COC 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 esse item, o que inviabiliza a elaboração de indicador para desconto de reequilíbrio. Ressalte-se ainda, a presença de custos no item COC, tais como o consumo dos sistemas de iluminação, que já foram considerados em outros indicadores para fins de reequilíbrio (risco de duplicação de efeitos).

Tal observação se aplica também aos Equipamentos e Veículos da Administração da concessão, que inclui uma gama diversificada de componentes, tais como móveis, equipamentos, salários e veículos para a administração da rodovia. Não há referencial quantitativo nem parâmetro de desempenho no PER especificamente para esse item, o que torna impraticável a aplicação de um indicador.

Da mesma forma, no que tange à Gestão Ambiental e a Desapropriações e Desocupações da faixa de domínio (...), está se falando de um conjunto de componentes, tais como: implantação e atualização de sistema de gestão ambiental, passivos ambientais, compensação ambiental e desapropriações; o que inviabiliza a proposta de um Fator D que quantifique ações que, embora

imprescindíveis para a gestão da concessão, não têm impacto direto para o usuário ou ainda, não são passíveis de aferição. Para fins de exemplo, têm-se os custos de desapropriação e desocupação da faixa de domínio calculados e previsto contratualmente na forma de uma verba correspondente a uma determinada área avaliada como sendo passiva de desapropriação, a qual poderá ser reequilibrada a maior ou a menor, de acordo com a subcláusula 8.2 do Contrato de concessão. **É previsto ainda, que após o término das obras do PER, a verba não utilizada será reequilibrada pelo Fator C. Neste sentido, não é devida a aplicação de Fator D para esses custos.**

Ainda, sobre o Sistema de Pedágio e de Arrecadação, embora o mesmo esteja precificado e componha a tarifa, entende-se que não seria judicioso propor um indicador para esse item porque se a concessionária não implantar a(s) praça(s) de pedágio por motivos diversos, o início da cobrança não será autorizado pela ANTT, e a concessionária deixará de receber a receita tarifária correspondente, embora a mesma tenha sido considerada no modelo econômico-financeiro. Neste sentido, aplicar um Fator D incidente sobre uma receita que não ocorreu, portanto, incidente em uma tarifa de pedágio que não foi cobrada, não parece adequado.

Outrossim, sobre o argumento levantado pela área técnica de que esse indicador poderia ser utilizado caso a concessão evolua para um sistema de cobrança *Free Flow*, a fim de afastar o custo do sistema de pedagiamento por praças, há de salientar que (i) o sistema de arrecadação é complexo, sendo um conjunto de edificações, equipamentos, sistemas e recursos diversos, tornando difícil a sua representação por um simples indicador e (ii) não há evidências de que o sistema de arrecadação vigente seria imediatamente e totalmente substituído pelo novo sistema (talvez haja necessidade de uso parcial da infraestrutura tradicional durante um certo período), inviabilizando, desta forma, a aplicação de um indicador que fosse dimensionado sem a consideração destas complexidades.

Por fim, no que tange aos Sistemas de Atendimento ao Usuário, embora devidamente precificados durante a estruturação do projeto, os mesmos, ao contrário dos outros indicadores propostos para a Frente de Serviços Operacionais, não são edificações ou sistemas, mas sim serviços, os quais serão oferecidos ao longo de todo o prazo da concessão. Neste sentido, eles não têm um marco temporal finito, a exemplo da execução de obras ou implantação de equipamentos. A especificação de um quantitativo mínimo no PER (Apêndice C) tem somente o objetivo de equalizar as propostas dos participantes do certame licitatório, remunerando na tarifa de pedágio somente o quantitativo inicial, sendo atribuído ao concessionário os riscos decorrentes de eventuais necessidades de substituição e ampliação do número de equipamentos para o atendimento aos parâmetros de desempenho.”

124. Por fim, a Agência registra que todos os casos recorrentes de inadimplemento estão contemplados no mecanismo e afirma não ter condições de dar cumprimento à determinação na forma proposta pela unidade instrutora.

125. O MPTCU entende assistir razão à unidade técnica, salientando que *“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.”*.

126. Neste caso, assim como em diversos outros pontos discutidos nestes autos, considero que tanto os argumentos muito bem fundamentados da SeinfraRodoviaAviação, anuídos pelo MPTCU, quanto aqueles sustentados pela ANTT são válidos.

127. De fato, é acertada a tese pugnada pela unidade técnica, e anuída pelo *parquet*, de que a cada obrigação orçada que impacte na tarifa básica de pedágio deve incidir um mecanismo de desconto. Contudo, no caso concreto, também assiste razão à ANTT o argumento de que vários dos itens que compõem a frente de serviços operacionais não apresentam um marco temporal referencial de base que permita o cálculo e a aplicação de um fator de reequilíbrio. As situações concretas

expostas pelo regulador constituem limitações a serem superadas pela metodologia.

128. Para além dessas dificuldades, a título exemplificativo, considere o subitem “atendimento médico de emergência”, que se insere no “serviço de atendimento ao usuário”. Um dos parâmetros de desempenho a ele associado constitui-se em “Para a ambulância do tipo C: tempo médio mensal de chegada ao local igual a 15 minutos em 90% das ocorrências. O tempo de chegada será calculado do momento de identificação do incidente até o momento de chegada do veículo no local da ocorrência. Esse parâmetro deverá ser respeitado mesmo com a ocorrência de atendimentos simultâneos em diferentes pontos do sistema rodoviário.”.

129. Pressuponha que esse parâmetro foi atendido no ano X, mas não foi atendido no ano X+1. Tendo em vista que o seu atendimento se relaciona ao serviço de atendimento ao usuário instalado nas bases operacionais, às ambulâncias e aos socorristas, e que essa infraestrutura existe, uma vez que o parâmetro foi atendido no ano X. Nesse caso, imagine a complexidade de apropriar o correto desconto de reequilíbrio na TBP. Vários outros exemplos são passíveis de serem extraídos da natureza dos serviços que devem ser ofertados em relação ao parâmetro de desempenho a ser aferido.

130. A unidade instrutora menciona a possibilidade de estabelecer algum mecanismo alternativo, por exemplo, exigindo dos licitantes o plano de negócios com relação a esses itens. Ainda que essa seja uma possibilidade, ela também traz algumas dificuldades. Com isso, retira-se a simplicidade do “Fator D”, um atributo caro a qualquer metodologia, cuja aplicabilidade é automática, já que prefixa os impactos tarifários oriundos das inexecuções ou atrasos. Por sua vez, são também várias as críticas ao plano de negócios, especialmente a de que, no mais das vezes, constitui uma mera peça de ficção, tendo em vista a imensa dificuldade de se desdobrar despesas operacionais, por exemplo, com veículos, equipamentos, funcionários, mobiliário, sistemas computacionais e outros, no período de 30 anos.

131. Tenho que, neste momento, há que se considerar a informação do regulador de que a abrangência do mecanismo abarca os recorrentes quesitos de inadimplemento verificados nos contratos vigentes, assim como a alegação de impossibilidade de aumento da abrangência do mecanismo, ao menos *a priori*. Embora a metodologia possua limitações, não se pode perder de vista ainda o atributo da simplicidade, que também deve ser perseguido sempre que possível.

132. Ademais, a adequada estrutura de incentivos do contrato será moldada a partir da aplicação de sanção no caso de descumprimentos dos parâmetros de desempenho da frente de serviços operacionais do PER seriam combatidos por meio das penalidades contratuais. Mencione, a título de exemplo, a multa prevista no item 19.2, “ii”: não atendimento aos parâmetros de desempenho e aos parâmetros técnicos dos sistemas de operação previstos no item 3.4 do PER.

133. Desse modo, deixo de acolher a determinação sugerida pela unidade instrutora e pelo MPTCU.

(ii) DA BASE DE CÁLCULO PARA INCIDÊNCIA DOS PERCENTUAIS DO FATOR “D”

134. O segundo ponto diz respeito à **base de cálculo para incidência dos percentuais do Fator “D”**. Sobre a questão a unidade instrutora expõe que “*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 compõem as tabelas constantes no anexo 5 da minuta do Contrato*”. Essa situação pode culminar em desincentivo para a execução das obras pois, no caso de propostas irrealistas, a aplicação do Fator “D” pode se tornar mais vantajosa do que o cumprimento das obrigações em investimentos.

135. A unidade técnica discorre que essa situação se agrava diante da sistemática de, paralelamente, excluir obras por meio do Fator “D” (portanto, com deságio), e incluir novos investimentos mediante fluxo de caixa marginal-FCM (ou seja, com “preço cheio”). Conclui que a

minuta contratual ora proposta não apresenta qualquer solução para essa contradição fundamental que acomete o Fator “D”, de maneira que os estudos precisam ser revistos anteriormente à licitação; caso contrário, pondera, os problemas já verificados nas concessões da terceira etapa continuarão a ocorrer na BR-101/290/448/386/RS e poderão se agravar significativamente, uma vez que essa é a primeira concessão em que se propõe a aplicação do Fator “D” também para a exclusão de obras (os contratos anteriores previam o mecanismo apenas em caso de atrasos ou inexecuções).

136. A secretaria especializada conclui 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”*. Diante disso, sugere determinar à ANTT que, antes de licitar a RIS, 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.

137. A ANTT expõe que a premissa primordial do dispositivo é a sua neutralidade, buscando o reequilíbrio contratual por meio da aplicação de um desconto (Fator “D”) na tarifa de pedágio pelo atraso ou inexecução de investimentos previstos no plano de exploração rodoviária (PER) e um acréscimo (Fator “A”) pela antecipação de investimentos previstos no PER, previamente autorizados pela ANTT. Argumenta que, se o mecanismo passar a ter o caráter de sanção, perderá a sua premissa de neutralidade.

138. Para o regulador, caso isso ocorra, a aplicação do mecanismo, que deveria ser automática, fácil, indiscutível e inatacável no Poder Judiciário ou em arbitragens, sobretudo pelo fato de os parâmetros serem especificados contratualmente, poderia passar a ser contestada, causando insegurança jurídica no setor. Nesse contexto, vislumbra *“a possibilidade de se ter o efeito reverso em termos de incentivos. Ao tentar estimular a responsabilidade dos licitantes, poder-se-ia gerar incentivos para os licitantes oportunistas ingressarem no certame, tendo em vista que poderão ‘precificar’ em seus lances a possibilidade de fazer suspender posteriormente eventuais aplicações do Fator D, distorcendo os incentivos contratuais que emergem do modelo regulatório estabelecido contratualmente.”*.

139. Ademais, a ANTT frisa que outros aprimoramentos no contrato já constituem incentivo ao bom comportamento do parceiro privado, afastando o risco de deságios desarrazoados e o consequente desequilíbrio contratual: (a) vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos de concessão; (b) restrição à inclusão de investimentos fora das revisões quinquenais; (c) previsão de estoque de obras, como contribuição à limitação da inclusão de investimentos; (d) inclusão de obras de melhorias apenas após o término do estoque; (e) 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; (f) previsão de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pela diferença de custos nos casos de contornos urbanos; (g) 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; (h) 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; (i) e vedação à inclusão de faixa adicional (quinta faixa) na BR-290/RS.

140. O MPTCU perfilha do entendimento da unidade instrutora. Assevera que a adoção de um modelo em que a exclusão ou a 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 necessária, na medida em que poderá levar a uma mudança de atitude por parte dos licitantes, desestimulando inexecução de investimentos previstos. Tal medida também poderá reduzir a agressividade dos deságios, uma vez que a concessionária não contaria mais com a possibilidade de deixar de realizar os investimentos previstos para reduzir os prejuízos decorrentes da oferta de um deságio irrealista.

141. O *parquet* antecipa-se à crítica de que a medida impõe ao concessionário que apresentou um deságio realista um ônus maior do que seria devido, nos casos em que investimentos são retirados da concessão, ao considerar que essa situação teria baixa probabilidade de ocorrência, pois obras e serviços raramente são retirados dos contratos. O que costuma ocorrer é a sua substituição por intervenções mais onerosas, ou o investimento deixar de ser executado pela concessionária, constituindo-se inexecução contratual.

142. O Procurador aduz 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. Expõe ainda que, em um cenário ideal, a retirada de investimentos ou a sua substituição deveria constituir uma exceção, e não a regra. Nesse sentido, teoricamente, a metodologia proposta pela ANTT está longe de ser desarrazoada, 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.

143. O Ministério Público de Contas acrescenta que, especificamente no caso dos contornos urbanos, a modelagem contratual adotada pelo regulador abandona, em relação ao investimento substituído, a vinculação ao desconto concedido pela proposta vencedora, na medida em que o reequilíbrio se dará pela diferença de custos, orçada por meio de projetos executivos, do contorno em relação à travessia urbana originalmente prevista.

144. Assevera que *“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”*. Por fim, sugere a seguinte redação para a determinação: *“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.”*

145. Quanto a esse ponto, não obstante as aprofundadas considerações da SeinfraRodoviaAviação e do MPTCU, considero que a sistemática proposta desvirtua o mecanismo do desconto do reequilíbrio.

146. Com efeito, a realidade verificada nos contratos decorrentes da 3ª rodada de concessões de rodovias federais evidencia um quadro preocupante de inexecuções, possivelmente em decorrência da má calibragem do Fator “D” associada à sistemática de inclusão de novas obras, por meio do fluxo de caixa marginal.

147. Por outro lado, especialmente após a instrução da SeinfraRodoviaAviação, o Poder Concedente envidou esforços para mitigar esse quadro mediante a instituição de uma série de mecanismos no processo concessório aqui examinado, a exemplo da vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos anos; da restrição à inclusão de investimento fora das revisões quinquenais (que considero racionalizar o esforço regulatório e de controle, externo e social); da previsão de estoque de melhorias; e da sistemática de inclusão de contornos mencionada pelo Procurado. Essas são apenas algumas das regras aprimoradas que, analisadas em conjunto, parecem indicar uma reação ao problema generalizado da inexecução

contratual.

148. Registro que o próprio Fator “D” foi substancialmente aprimorado em face da metodologia inicial, utilizada na 3ª etapa de concessões rodoviárias. Explica a Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (peça 63):

“No caso da Rodovia de Integração do Sul, foram promovidas alterações relevantes no mecanismo de desconto e acréscimo de reequilíbrio, visando ao seu aprimoramento e à clareza na sua aplicação:

- inclusão de indicadores para os parâmetros de desempenho referentes às obras-de-arte especiais, à faixa de domínio e ao canteiro central, na Frente de Recuperação e Manutenção;
- adequação dos indicadores de qualidade para o pavimento, da Frente de Recuperação e Manutenção, considerando valores distintos por rodovia para incorporar as diferentes características dessas, como número de faixas e tráfego;
- alteração do cálculo dos percentuais de desconto/acréscimo previstos para as obras da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias, incorporando outros itens de investimentos que não serão realizados em decorrência de atraso ou inexecução das obras, como manutenção, conservação e mesmo iluminação, no caso dos dispositivos que preveem esse item, de forma a observar eventuais efeitos cumulativos, não contemplados nas modelagens anteriores;
- inclusão de indicadores para obras e serviços da Frente de Serviços Operacionais, aqueles que serão acompanhados por parâmetros de desempenho incluídos no PER;
- criação de três indicadores distintos para duplicação em terreno ondulado, específicos por segmento (1, 3 e 6), aumentando assim a acurácia dos percentuais que compõem os Fatores A e D, uma vez que o custo de realização das intervenções de ampliação de capacidade e melhorias nestes segmentos específicos é distinto por conta das particularidades de engenharia, conforme se observa no estudo;
- inclusão de metodologia para supressão de obras e serviços;
- criação de coeficientes para ajuste da metodologia — Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT) e Coeficiente Ajuste Adicional (CAA).”

149. Como bem colocado pelo *parquet*, a proposta de incidência do valor previsto no EVTEA para fins de aplicação do Fator “D” assemelha-se a espécie de sanção à concessionária que atrase ou deixe de executar uma obrigação. Isso porque, na hipótese em que ela tenha apresentado uma proposta realista, eventual inexecução a incumbirá de um ônus superior ao que seria devido. No meu entender, essa concepção, não obstante as fundamentadas considerações da SeinfraRodoviaAviação e do MPTCU, desvirtua o mecanismo modelado pelo regulador, que tem o propósito de neutralizar os efeitos de atrasos ou inexecuções contratuais, e não apenas o contratado.

150. Ressalto, mais uma vez, que, tecnicamente, o Fator “D” não é formulado para instrumentalizar a aplicação de penalidade, mas para propiciar o reequilíbrio do contrato. É importante atentar para o fato de que ele incidirá também nos casos em que a inexecução não se deu por culpa da concessionária. E é por isso que entendo que a aplicação de sanções mais duras é solução que melhor se amolda ao objetivo de adequar a estrutura de incentivos do contrato.

151. A propósito da necessidade de neutralidade do instrumento, pronuncia-se a Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (peça 63):

“O mecanismo tem o mérito de ser automático, de aplicação fácil e indiscutível, e inatacável no judiciário ou em arbitragens, com parâmetros especificados contratualmente, que não abre discussões sobre os valores de desconto nas revisões ordinárias realizadas pela ANTT. Tendo sua concepção arrimo no princípio da neutralidade, a prosperar a tese apresentada pela Corte de Contas haverá comprometimento da sua automaticidade e efetividade, devido a seu caráter sancionatório.

Para tentar ilustrar os riscos a que estará potencialmente exposta a Administração caso o Fator D perca sua neutralidade, cite-se o caso do processo arbitral envolvendo a MGO Rodovias que tramita na Câmara de Comércio Internacional (CCI), no qual a Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S. A. requereu liminarmente a suspensão da aplicação de desconto de reequilíbrio (Fator D). O pedido foi indeferido (Procedimento CCI no 23238/GSS AE) sob a alegação de que o Fator D é devido simplesmente porque o investimento não foi realizado (atraso na Frente da Ampliação de Capacidade), independentemente de quem deu causa. No caso, o atraso na obtenção do licenciamento ambiental foi a causa para a inexecução dos investimentos contratualmente previstos.

Adotar a sistemática indicada pelo Ministério Público de Contas abriria brecha para que toda a aplicação do Fator D fosse contestada judicialmente ou em arbitragem, podendo causar forte insegurança jurídica aos contratos.”

152. Diante dessas considerações, adoto posição mais deferente à metodologia desenvolvida pelo regulador e deixo de acolher a proposta alvitada pela unidade instrutora e pelo MPTCU.

(iii) DA POSSIBILIDADE DE JOGO DE CRONOGRAMA NA UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS DESCONTO DE REEQUILÍBRIO E ACRÉSCIMO DE REEQUILÍBRIO.

153. O terceiro aspecto de relevo na sistemática de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro apontado na instrução consiste na possibilidade de uma espécie de jogo de cronograma por meio da utilização de dois novos coeficientes de cálculo introduzidos na fórmula do desconto e do acréscimo de reequilíbrio: o coeficiente de ajuste temporal (CAT) e o coeficiente de ajuste adicional (CAA).

154. O primeiro (CAT) tem por objetivo equilibrar receitas e despesas no tempo, no caso de descumprimento de obrigações contratuais. Ou seja, os investimentos inicialmente previstos para o ano 202X foram sendo apropriados à tarifa desde o início da concessão, de modo que o Fator “D” aplicado a partir do ano da inexecução (ano 202X) deve considerar todo o montante já remunerado até aquele momento.

155. Com o segundo (CAA) pretende-se apropriar à tarifa o efeito sobre o fluxo de caixa em virtude da antecipação de obras e serviços da frente de ampliação de capacidade e melhorias.

156. Conforme explica a Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (peça 63, destaques acrescidos):

“Em termos simplórios, o desconto a ser realizado na tarifa pela inexecução contratual começa a ser aplicado a partir da data da sua obrigação até que esta seja executada. Este desconto precisa reduzir parte da tarifa associada ao investimento não realizado, **tanto aquela que já foi paga pelo usuário como a que seria paga a partir do ano da inexecução**. A função do Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT) é justamente para **descontar o que já foi pago nos anos anteriores ao marco da inexecução**.

Já o indicador que embasa o cálculo do Fator A, dado pela antecipação de investimentos previstos no PER, calculado da mesma forma que o indicador de desconto, precisa ser também corrigido para considerar o ano que estava prevista a obrigação, na verdade os anos de antecipação do investimento. Esta correção gera um Fator de Ajuste Adicional (CAA) que considera o produto entre o CAT e a nova parcela descontada de uma unidade. O CAA tem a função de **incorporar na tarifa de pedágio o custo da antecipação do investimento, ou seja, quanto o dispêndio prévio onerou o fluxo de caixa**.”

157. Em simulações realizadas, a unidade instrutora verificou, por exemplo, 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.”.

158. A SeinfraRodoviaAviação explica que 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. 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).

159. Conclui 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, razão pela qual sugere determinar à ANTT que, antes de licitar o trecho da BR-101/290/448/386/RS, ajuste a 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.

160. A ANTT alega que a situação hipotética apresentada pela unidade instrutora 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 e-mail à equipe técnica do Tribunal. Acrescenta que a instrução técnica parte do pressuposto de que o concessionário possui liberdade para a escolha das obras cuja execução pretende antecipar ou adiar, o que não corresponde à realidade, já que quaisquer alterações nesse sentido dependem da anuência da ANTT, por razões técnicas ou com base no interesse público, inexistindo fundamento legal ou contratual para afirmar que a concessionária pode privilegiar a execução de determinadas obras em detrimento de outras, uma vez que é seu dever cumprir o estabelecido em contrato.

161. Por sua vez, o MPTCU entende *“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”.*

162. A despeito das bem lançadas conclusões da unidade técnica e do *parquet*, tenho entendimento diverso. De fato, a diferença verificada entre a aplicação do CAT e do CAA pode ser justificada do ponto de vista matemático, como colocado pela unidade instrutora, *in verbis*:

“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.”

163. Ou seja, o problema apontado é matemático e decorre naturalmente da reposição dos investimentos ao longo do período de fluxo de caixa. A resolução matemática da equação para resolver essa questão descaracterizaria por completo a lógica e a concepção que pautou a criação dos mecanismos. Vale dizer, matematicamente, não vislumbro solução para o problema sem desnaturar a essência do instrumento formulado pelo regulador.

164. É importante deixar patente que não existe método regulatório que prescindia do regulador. A aplicação do Fator “A” está condicionada à autorização da ANTT para que o investimento seja antecipado, consoante item 3.1 do Anexo 5 da minuta contratual. Por sua vez, a aplicação do Fator “D” por obras não executadas por fatos atribuíveis à concessionária deverá ser acompanhada das sanções correspondentes, o que modifica a estrutura de incentivos moldada no exemplo dado pela unidade instrutora.

165. Para além disso, antecipo que pretendo endereçar determinação para que a ANTT aprimore os seus procedimentos de avaliação de inclusão de obras e investimentos em contratos de concessão de rodovias, incluindo também medidas para evitar a ocorrência de potencial jogo de cronograma.

166. Ante o exposto, considerando que é impossível dissociar a regularidade da execução contratual da necessidade da boa atuação do regulador e que este voto também trata de medidas de aprimoramento da fiscalização da ANTT, deixo de acolher a determinação “m” alvitrada.

VIII – DO MECANISMO DE APORTE ADICIONAL AO CAPITAL SOCIAL DO LICITANTE

167. Uma das alterações relevantes em relação à terceira rodada de concessões de rodovia foi a introdução, na minuta de edital de licitação, de aportes adicionais ao capital social. Os aportes constituem valores que deverão ser despendidos pela vencedora da licitação na integralização do seu capital social. Está dividido em capital social obrigatório e capital social adicional. De acordo com a unidade técnica:

“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).”

168. Por sua vez, o capital social adicional é um acréscimo ao capital social obrigatório, que deverá ser aportado pelo licitante vencedor, na hipótese em que o valor do deságio supere 10% da tarifa básica de pedágio estimada pelo Poder Concedente. Ele também será integralizado em duas parcelas, 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%.

169. Segundo os documentos constantes dos autos, a medida, segundo o Poder Concedente, *“visa 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”* (plano de outorga) e *“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”* (Relatório de Audiência Pública 1/2017).

170. A unidade instrutiva tece algumas críticas ao mecanismo.

171. Para a SeinfraRodoviaAviação, 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.

172. No entender da unidade instrutora, não há uma correlação entre a magnitude do capital social integralizado e o aparecimento de propostas agressivas. Para defender esse ponto de vista, a SeinfraRodoviaAviação registra, com base em dados das concessões da 3ª etapa, que a concessionária com maior exigência de integralização de capital estaria com os investimentos em duplicação paralisados, ao tempo em que a aquela com menor obrigação de integralizar capital social em termos

absolutos estaria com obras em duplicação em andamento. Observa também inexistir relação entre o deságio oferecido e investimentos em duplicação paralisados.

173. A SeinfraRodoviaAviação assevera também que a cláusula carece de amparo legal e restringe a competitividade do certame, uma vez que dificulta a participação de empresas de porte menor. Nesse particular, a unidade instrutora, após fazer algumas simulações, argumenta 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”*.

174. A unidade instrutora alerta que, mantendo-se a regra de inclusão de investimentos por meio do Fluxo de Caixa Marginal (tratado na seção IV deste voto) e reduzindo-se o deságio, por meio deste mecanismo, os usuários poderão vislumbrar o pior dos cenários, consubstanciado na não prestação do serviço adequado juntamente com o pagamento de tarifas elevadas.

175. Ao final, propõe suprimir 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.

176. A ANTT, por seu turno, assevera que busca, com esse mecanismo, coibir propostas irresponsáveis e com deságios exagerados, as quais 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.

177. Alega que 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.

178. Com vistas a refutar o argumento de que o mecanismo fere o caráter restritivo do certame, a ANTT pondera 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.

179. Desse modo, conclui a ANTT:

“(...) 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.”

180. Em seu arrazoado de peça 60, o Poder Concedente assevera que o estabelecimento de mecanismo no edital de concessão capaz de emular o modelo de financiamento, no que tange ao aumento de capital na medida em que os licitantes aumentam os deságios na tarifa de pedágio (reduzindo a capacidade de geração de caixa e de contrair dívidas), teria o potencial de contribuir

significativamente para o processo de financiamento. Neste mesmo documento, para corroborar o seu posicionamento, registra que as concessionárias da 3ª etapa de concessões tiveram que aumentar o seu capital social para além do nível previsto no edital de licitação, supostamente para equacionar as fontes de recursos existentes para o desenvolvimento dos investimentos.

181. Para o *parquet*, existem argumentos defensíveis para os dois lados, com fundamentos técnicos bem construídos e sustentados por boas premissas, mas os resultados esperados, tanto pela unidade instrutora, quanto pela Agência, constituem expectativa das partes, *“parecendo não haver uma maior probabilidade de que este ou aquele cenário se confirme”*.

182. Para o MPTCU, se por um lado existe a possibilidade de que continuem a surgir propostas irresponsáveis, na expectativa de inclusão de novos investimentos pela sistemática do Fluxo de Caixa Marginal, por outro lado, a exigência do aporte adicional, em uma realidade mais restritiva de crédito, aumenta o “preço a pagar” por uma aposta no futuro. Ademais, ainda que possa ocorrer a redução à competitividade do certame, mediante a exclusão de empresas que não tenham capacidade financeira para sustentar a oferta de deságios maiores, é também possível que médias empresas verdadeiramente interessadas em competir e comprometidas com propostas realistas se reúnam em consórcios e venham a competir com empresas de maior porte.

183. Arremata que *“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.”*, pelo que sugere a supressão da medida alvitrada pela SeinfraRodoviaAviação.

184. Perfilho do exame realizado pelo *parquet*.

185. Se por um lado a administração pública deve buscar ampliar a competitividade, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 ou o art. 3º, §1º, da Lei 8.666/1993, esse pilar sempre deve ser interpretado em conjunto com os demais vetores constitucionais e legais, um deles justamente o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação, consoante dispõe a parte final do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

186. Nesta seara, ao estabelecer cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame, a Administração deve se assegurar de promover a sua adequada fundamentação e se basear em estudos prévios que indiquem a necessidade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas da contratação, sejam de ordem técnica ou econômica.

187. No caso particular, verifico que a Agência procura com o mecanismo do aporte adicional atacar o que considera um problema verificado na 3ª etapa de concessões rodoviárias, em que supostamente os deságios arrojados acabaram por reduzir as fontes disponíveis para obtenção de recursos por duas vias: a primeira, diretamente, pela redução da capacidade de geração de receita; e a segunda, indiretamente, na redução da capacidade de a concessionária contrair dívida, justamente devido à redução da geração de caixa.

188. Nesse contexto, em que podem ocorrer em igual medida tanto o cenário traçado pela unidade instrutora quanto aquele traçado pelo Poder Concedente, e considerando, com base nos elementos apresentados, que o que se busca é combater problemas que a Agência tem de fato enfrentado nos contratos oriundos da 3ª rodada de concessões, deixo de acolher a proposta sugerida no subitem “o” pela SeinfraRodoviaAviação.

189. Em adição, por se tratar de uma inovação nos leilões de concessões de rodovia, considero necessário recomendar à agência reguladora que monitore o resultado da aplicação desse mecanismo, aprimorando-o na medida em que for sendo aplicado, verificando sua consistência em relação à redução de problemas associados ao financiamento do projeto, bem como a redução na competitividade do certame.

IX- DAS OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE EM SEGMENTO DA BR-290/RS.

190. A SeinfraRodoviaAviação registra que 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, por ser área de conexão da rodovia à malha urbana de Porto Alegre, o que caracteriza uma falha grave nos estudos.

191. A unidade técnica relata que a versão inicial dos estudos publicados para fins de consulta pública previa obras de construção da quinta faixa de tráfego. Contudo, na versão final dos estudos encaminhados ao TCU, essas obras foram suprimidas, sob o argumento de que “não solucionam gargalos do sistema viário local que continuarão a impactar negativamente na capacidade da rodovia”.

192. A unidade instrutora assevera que essa situação é incoerente, pois a Agência reconhece a existência de gargalos e a insuficiência das obras, mas as suprimiu dos estudos de viabilidade.

193. A SeinfraRodoviaAviação ainda vai além. Discorre que o art. 6º da Lei 8.987/1995 estabelece que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, caracterizado como aquele satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Assim, a Lei de Concessões não admitiria a prestação de um nível de serviço deficiente aos usuários do serviço público, ainda mais se isso ocorresse ao longo de grande parte do prazo de concessão.

194. Outra preocupação externada pela unidade técnica reside no risco de o futuro concessionário pleitear a inserção no contrato destas relevantes obras da BR-290/RS, por meio da revisão quinquenal, utilizando-se da metodologia do FCM. Nesse particular, reitera a real possibilidade de os usuários serem penalizados duplamente, ao não obterem os benefícios decorrentes do investimento passar por um processo competitivo e verem introduzida obra significativa por meio da metodologia do fluxo de caixa marginal, com custo “cheio”.

195. A proposta da instrução é de que seja determinado à ANTT que inclua 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”.

196. Em seu arrazoadado à peça 51, a ANTT discorre que nesse segmento da Rodovia BR-290/RS existe uma debilidade de nível de serviço oferecido ao usuário devido à saturação viária relacionada ao fluxo de veículos circulando na Região Metropolitana de Porto Alegre, associada à redução de capacidade por limite de velocidade à frente, na malha urbana, bem como existência de seções transversais e interseções, o que ocasiona retenção e formação de filas, com reflexos sobre a BR-290/RS. Salienta que o mesmo já ocorre em outras concessões rodoviárias federais da 1ª etapa em que a rodovia está inserida em meio urbano e consolidado (cita em específico a BR-116/SP, subtrechos homogêneos de Guarulhos-São Paulo).

197. Acrescenta que esse segmento da BR-290/RS também possui limitações ambientais e de uso e ocupação do solo.

198. Na sequência, apresenta simulações de cenário de nível de serviço, indicando que, ainda que se inclua a quinta faixa, já no sétimo ano da concessão o nível de serviço alcançaria níveis insatisfatórios. Conclui que seria necessário a via possuir de sete a dez faixas em cada sentido para assegurar o nível de serviço adequado no trecho urbano da rodovia BR-290/RS.

199. Arremata que a implantação da quinta faixa em área adensada significaria intervenção complexa com elevado custo de implantação, cujo impacto tarifário poderia ser desproporcional aos benefícios gerados, pois não constituiria resposta concreta ao problema de deterioração no nível de serviço nesse trecho rodoviário, associado às características da malha viária urbana, portanto alheia ao objeto da concessão.

200. No arrazoado de peça 60, a ANTT manifesta a sua intenção de vedar a inclusão da quinta faixa no trecho de 11 km na BR-290/RS (km 85,8 a 96,8) no escopo do contrato, razão pela qual entende possuir concordância plena com a SeinfraRodoviaAviação.

201. Por entender que existia concordância plena, o MPTCU não se manifestou expressamente sobre esse ponto.

202. De fato, a meu ver, a solução dada pela ANTT na sua segunda manifestação (peça 60) afasta o principal risco apontado na instrução – o de que a quinta faixa viesse a ser incluída posteriormente no contrato via fluxo de caixa marginal. Mas entendo que não existe concordância plena em relação a esse ponto, vez que a unidade instrutora pugna pela inclusão das obras da quinta faixa da BR-290/RS (km 85,8 a 96,8), conforme previsto no estudo inicial, a fim de assegurar a prestação adequada do serviço.

203. Os estudos iniciais levam-me a crer que o Poder Concedente deveria incluir a quinta faixa no escopo do futuro contrato. Não obstante, novos elementos técnicos apresentados indicam que a implantação da obra de ampliação de capacidade em questão não seria suficiente para promover o serviço adequado durante todo o período contratual. Tecnicamente, é razoável supor que a melhor solução de engenharia passe mais por intervenções urbanas no trecho de estrangulamento do que pela ampliação da capacidade da rodovia.

204. Considerando a existência de outros valores a serem sopesados nesta decisão, como a modicidade tarifária, e tendo em conta que restou afastado o principal risco levantado pela unidade instrutora, julgo mais adequado respeitar a decisão tomada pelo Poder Concedente, uma vez que tal escolha se insere no mérito administrativo.

205. Assim, opto por determinar ao Poder Concedente que, no que diz respeito às obras de melhoria no trecho da BR-290/RS compreendido entre os km 85,8 a km 96,8, adote a escolha mais apropriada para atingir os princípios da adequada prestação do serviço, fazendo constar explicitamente do processo administrativo os fundamentos de sua decisão, em homenagem aos princípios da motivação dos atos administrativos e da transparência.

X – DAS OTIMIZAÇÕES NOS ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICA E AMBIENTAL

206. Em relação à análise dos estudos de viabilidade, a unidade instrutora identificou uma série de inconsistências e incorreções em cálculos e em premissas. Contudo, ante a concordância da ANTT com a maioria delas, deixarei para tratá-las, resumidamente, ao final deste voto.

207. Para além dessas inconsistências, a SeinfraRodoviaAviação destaca que documentos provenientes da Operação Cancela Livre, deflagrada pela Polícia Federal, revelaram **otimizações** passíveis de serem realizadas, mas que supostamente a empresa autora dos estudos não teria repassado ao MTPA, possivelmente visando obter vantagem comparativa em detrimento de outros potenciais concorrentes do leilão. Essas otimizações compreenderiam valores da ordem de R\$ 273 milhões. São elas:

- a) variação da duplicação da pista para o lado mais favorável;
- b) aproveitamento da totalidade (100%) do material de 3ª categoria;
- c) redução de 2 cm na camada de binder;
- d) remoção de uma das camadas de binder na repavimentação das pistas existentes;
- e) redução da fresagem das pistas existentes (de 5cm para 3cm);
- f) redução dos acostamentos internos da BR-386 para 0.60m, nos trechos urbanos e montanhosos com faixa adicional de lentos (exceção à Classe I-A);

- g) redução dos acostamentos internos da BR-290 para 0.60m, associada à substituição da galeria com grelha metálica da ACO por sarjeta triangular larga (2xSTC 01) e dreno profundo;
- h) desconto do pavimento nas obras de artes especiais (OAEs) com mais de 100m de extensão;
- i) 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);
- j) redistribuição das obras de contenção nas planilhas em função da sua altura média, resultando numa redução do custo/m².

208. Em seu arrazoado, a ANTT relata que os estudos elaborados pela Triunfo Participações e Investimentos passaram por rigoroso rito de análise e aprovação pela Comissão Permanente de Outorgas Rodoviárias (CPOR), constituída por representantes do MTPA, ANTT, EPL e SPPI, do qual resultaram significativas alterações.

209. Ressalta que o trabalho realizado pelo Poder Concedente, previamente ao envio dos estudos ao TCU, permitiu economia da ordem de R\$ 4 bilhões no orçamento do empreendimento. Essas modificações, acrescidas ainda das contribuições do TCU no âmbito deste acompanhamento (economia em torno de R\$ 1,5 bilhão), afastam ou minimizam substancialmente eventual vantagem por parte do autor dos estudos.

210. Na sua segunda manifestação (peça 60, p. 33-78), a ANTT apresenta detalhado histórico das alterações nos estudos de viabilidade, abrangendo: modificações requeridas junto à Triunfo Participações e Investimentos pela Comissão de Seleção constituída pelo Ministério dos Transportes; alterações promovidas diretamente pela EPL, em virtude de verificações próprias e também da Comissão Permanente de Outorga de Rodovias (CPOR), após a aprovação dos estudos e sua vinculação à concessão e de utilidade para a licitação do projeto da BR-101/290/386/448/SC/RS; ajustes introduzidos após reuniões com a SeinfraRodoviaAviação, durante a tramitação destes autos.

211. Para além disso, referida nota técnica indica que o Poder Concedente avaliou ajustes indicados pela SeinfraRodoviaAviação, bem como a possibilidade de promover as otimizações acima elencadas.

212. Sinteticamente, o Poder Concedente indicou que promoverá alterações nos estudos de viabilidade no que toca à reavaliação do dimensionamento do pavimento e ao desconto do pavimento nas obras de artes especiais com mais de 100m de extensão, resultando em economia da ordem de R\$ 107 milhões ao longo da concessão. Quanto aos outros pontos, justificam já ter considerado, de alguma maneira, parte dessas possíveis otimizações no decorrer do processo de revisão dos estudos, ao tempo em que informam que algumas não são aplicáveis, em virtude, por exemplo da modificação de normas da ABNT ocorridas *a posteriori*.

213. Por existir suposta concordância, o *parquet* não se manifestou quanto a esse item.

214. Impende deixar assente que, após as manifestações da unidade instrutora e do MPTCU, ulteriores informações foram juntadas ao rol de documentos apreendidos na Operação Cancela Livre, as quais revelam possível manipulação das informações por parte da PMista.

215. Por meio de mensagens eletrônicas, integrantes do Grupo Triunfo compartilharam entre si as **otimizações** potenciais do projeto, “*principalmente procurando levantar as gorduras*” ali existentes. Neste sentido, uma série de iniciativas foram alinhadas, especialmente as seguintes:

- a) lado de execução das obras de duplicação (possibilidade de fugir à classe IA no trecho de Serra; o PER apresenta uma extensão limite que pode sair da regra da classe IA sem apontar qual trecho);

- b) utilização do material de 3ª categoria (otimização dupla: aproveitando material, deixa-se de transportar para bota-fora e de comprar material de jazida);
- c) aumentar espessura das camadas de pavimento dentro do razoável e de acordo com número N;
- d) implantação da 5ª faixa nos subtrechos 18, 19, 20 e 21 (pode-se operar com a 4ª faixa reversível e concorrentes orçariam a 5ª);
- e) deixar intervenções do pavimento mais robustas, dentro do razoável;
- f) considerar alargamento e adequação para TB-45 de todas as OAEs;
- g) OAEs com largura maior ou igual a 11 metros não precisam ser alargadas e nem reforçadas de acordo com PER;
- h) deixar intervenções nas OAEs mais robustas (considerar troca de todos os aparelhos de apoio no PMI, apesar de desnecessário; pintura constante; se forem em pavimento rígido, considerar troca de placas inteiras);
- i) deixar recuperação de passivos ambientais mais robusta;
- j) reduzir vida útil dos equipamentos, sistemas e veículos, dentro do razoável de modo a aumentar valor de reposição;
- k) possível minoração do tráfego indetectável para entrega no PMI;
- l) conserva mais robusta (roçadas mais frequentes);

216. Além disso, foram encontradas mensagens eletrônicas entre membros da Concepa (atual concessionária da BR-290/RS) nos documentos apreendidos pela Polícia Federal. O teor dessas mensagens revela a percepção de que a retirada de investimentos inicialmente previstos seria uma “boa ideia”, haja vista a possibilidade de que tais obras pudessem ser incluídas no contrato durante a sua vigência, via termo aditivo.

217. Gostaria de mencionar que o que se verifica nestes autos é a evidência concreta do conhecido risco decorrente de contratações de estudos pela via do procedimento de manifestação de interesse (PMI), consoante abordado de maneira brilhante pelo eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues no voto condutor do Acórdão 1.873/2016-TCU-Plenário, que pela relevância, transcrevo *in verbis*:

“(...) a elaboração dos estudos/projetos pode-lhes **conferir grande vantagem competitiva na licitação**, por deterem informação privilegiada do objeto, bem assim **permitir-lhes auferir maior rentabilidade no futuro empreendimento, haja vista a possibilidade de influir na definição do projeto de engenharia e das regras contratuais**, sobretudo em razão de **assimetria de informações** entre o ente privado e o poder público.

(...)

Outro grave risco que decorre do PMI, principalmente em se tratando de estruturação de projetos de infraestrutura complexos, é a possibilidade de os autores dos estudos/projetos que sejam interessados na exploração do empreendimento **ostentarem posição privilegiada na captação de informações para a futura licitação, em comparação com o ente público responsável e com os demais concorrentes**. Trata-se da possibilidade de assimetria de informações e de conflitos de interesse que podem efetivamente comprometer a economicidade do empreendimento, com nítida vantagem para o empreendedor privado e prejuízo para o Poder Público.

(...)

Ao assim fazê-lo, a Administração Pública passa a depender, inexoravelmente, do setor privado, no mais das vezes representado por potenciais licitantes, para preparar o projeto e apoiá-la durante

todo o procedimento licitatório. Não raro, o autorizado possui objetivos opostos aos do governo, tendentes à maximização do seu lucro, e acaba induzindo à elaboração de projetos de engenharia caros e regras contratuais que não privilegiam a concorrência, nem maximizam o bem-estar da sociedade.

A assimetria das informações entre autorizado, governo e demais interessados na futura licitação cria a possibilidade de o primeiro direcionar, a seu favor ou a favor de associados, as premissas do projeto e as regras que regerão a licitação e o futuro contrato.”

218. Como se depreende da instrução da secretaria especializada, a partir dos elementos obtidos da Operação Cancela Livre, por meio do compartilhamento das provas colhidas na investigação criminal, autorizado pela 11ª Vara Federal de Porto Alegre, são consistentes os indícios de que a empresa Triunfo Participações e Investimentos procurou omitir informações do Poder Concedente sobre otimizações que lhe permitiriam obter vantagens competitivas em relação aos demais concorrentes.

219. Nessa perspectiva, em algum momento o Tribunal poderá se deparar com a seguinte questão: em que medida poderá configurar fraude à licitação, com a consequente incidência do art. 46 da Lei 8.443/1992, a eventual reunião de elementos probatórios de conduta deliberada de empresa autora dos estudos no sentido de ludibriar o Poder Concedente com a entrega de produto tecnicamente fraudado no intuito de se beneficiar no futuro certame.

220. A propósito, destaco que esta Corte de Contas tem entendido que o termo “licitação”, gravado no art. 46 da Lei 8.443/1992, deve ser interpretado no sentido lato, abrangendo procedimentos similares, a exemplo da dispensa de licitação (v.g. Acórdãos 2.851/2016, 1.750/2016, 1.946/2015, 2.426/2012, 1.293/2011, 1.312/2006 e 100/2003, todos do Plenário).

221. De todo modo, na presente oportunidade, julgo que as lições extraídas desses acontecimentos devem levar o Poder Público a melhor refletir sobre a utilização desse instrumento, ante os elevados riscos concernentes à assimetria de informações associada ao interesse da PMIsta em maximizar os seus lucros, bem como à baixa efetividade da utilização desse mecanismo conforme registrado no Acórdão 1.873/2016-TCU-Plenário. Registro que os representantes da SPPI e do MTPA, em diversas apresentações realizadas neste TCU, têm sinalizado que o Poder Público estaria evitando o uso de estudos oriundos de PMI, ao menos no setor de rodovias.

222. Quanto às medidas adotadas pelo Poder Concedente para reduzir o risco de assimetria no caso concreto, os elementos trazidos aos autos evidenciam que houve grande esforço de revisão dos estudos de viabilidade.

223. De todo modo, reputo ser necessário manter a determinação na forma proposta pela unidade especializada, devendo o Poder Concedente formalizar nos autos concernentes ao processo concessório as modificações efetuadas, bem como a motivação técnica para aquelas que entende desnecessárias, em obediência ao princípio da motivação dos atos administrativos.

XI – DAS OBRAS DE CONTORNOS URBANOS

224. Outro risco identificado pela unidade SeinfraRodoviaAviação foi a permissão contida no Plano de Exploração Rodoviária para a proposição, pela concessionária, de **implantação de contornos urbanos** como alternativa à execução das obras de ampliação de capacidade e melhorias ou à execução de obras de manutenção de nível de serviço de trechos que atravessem áreas urbanas.

225. Discorre a unidade especializada que o TCU já determinou, por meio dos Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário, que a Agência revisasse os estudos para identificar, de forma inequívoca, se subsistiria a necessidade de incluir novos “contornos obrigatórios em trechos urbanos”, de modo a suprimir do PER e da minuta do contrato as referências a “contornos opcionais em trechos urbanos” ou “obras alternativas em trechos urbanos”. A decisão desta Corte de Contas se baseou em dois elementos principais, a previsibilidade do evento e a possibilidade de locupletamento, tendo em

vista todo o contexto discutido anteriormente neste voto acerca da sistemática de inclusão de novas obras por meio do fluxo de caixa marginal.

226. Na sequência, a unidade instrutora discorre sobre os casos verificados nos contratos da 3ª etapa de concessões rodoviárias, em especial na BR 060/153/262/DF/GO/MG (inclusão do contorno de Campo Florido/MG e substituição do contorno de Goiânia/GO), BR163/MS (inclusão de três contornos, estimados em mais de R\$ 700 milhões) e BR 163/MT (desenvolvimento de projetos executivos do novo contorno de Cuiabá/MT e Várzea Grande/MT, que permitirá suprimir outras obrigações da atual concessionária).

227. Nesse particular, chama a atenção o caso da BR-060/153/262/DF/GO, em que a concessionária pleiteava a substituição do contorno de Goiânia, previsto no PER com extensão de 30 km e classe 1A (estimado no projeto executivo por R\$ 233.622.469,57 - ref. mar/15), por um contorno de 44 km de extensão, estimado em R\$ 913.869.440,00 (Classe Especial). A expressividade dessas cifras fez com que a concessionária propusesse deixar de duplicar 551,96 km de rodovias para se concentrar apenas nas obras do contorno.

228. A sistemática de inclusão de contornos prevista na minuta contratual é a seguinte: no caso em que a solução de travessia urbana não atender aos preceitos de segurança viária e modicidade tarifária a concessionária poderá propor ao Poder Concedente a implantação de pistas duplas por meio de contorno em trechos urbanos. Após a proposta, apresenta EVTEA para o contorno (180 dias). Caso a ANTT decida incluir o trecho, a concessionária apresenta dois projetos executivos (do trecho original e do contorno) para aprovação. Dos custos do contorno serão subtraídos os custos da proposta original. Se o resultado for positivo, o valor será acrescido ao contrato por meio de fluxo de caixa marginal. Se for negativo, será proposta, a critério da ANTT, a inclusão de obras de melhorias, a título de compensação.

229. Segundo a unidade especializada, em face da elaboração, pela concessionária, de EVTEA e de projetos executivos, essa solução embute elevado risco de assimetria de informação.

230. Nesse contexto, a SeinfraRodoviaAviação sugere 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.

231. A ANTT argumenta que, diferentemente do que constou em contratos anteriores, não há no modelo proposto a figura dos contornos opcionais. No seu entender, do modo como foi redigida a cláusula 9.6 da minuta contratual, os contornos urbanos não são opção da concessionária, mas sim do Poder Concedente.

232. Ressalta que os estudos de viabilidade não sinalizaram a necessidade de implantação de contorno no horizonte de toda a concessão do trecho em estudo, considerando a realidade atual e as projeções de crescimento de demanda.

233. De acordo com a Agência, nem sempre as intervenções de ampliação de capacidade em travessias urbanas previstas no EVTEA são passíveis de execução, muito em função das indefinições quanto à largura da faixa de domínio nesses trechos, o que dificulta, e por vezes impossibilita as ações demolitórias, travando a execução das obras por parte da concessionária. Acrescenta que é possível que decisões que agradem à coletividade municipal hoje não contarão mais com o aval da sociedade local em um outro momento. Sendo assim, é possível, e mesmo provável, que durante o prazo da concessão ocorram situações nas quais as obras de ampliação de capacidade em travessias urbanas não serão possíveis, sendo tais situações imprevisíveis no presente momento.

234. Desse modo, embora reconheça que a proposição posterior dessas obras não seja a ideal, mas diante da inviabilidade de prevê-las na atualidade, tendo em vista a natureza dos estudos de

viabilidade, optou-se por disciplinar essa possibilidade no instrumento contratual, com o tratamento regulatório possível.

235. Nesse particular, defende que, diante da ausência de um plano de negócios vinculante, e considerando que o silêncio contratual não é o remédio adequado, o tratamento dispensado no contrato, de inclusão de investimento por meio da diferença de valores de dois projetos executivos incluída via fluxo de caixa marginal (FCM), em substituição à sistemática ordinária (exclusão pelo Fator D e inclusão pelo FCM), se bem aplicado, atende melhor o interesse público.

236. No seu arrazoadado de peça 60, a Agência salienta que a unidade técnica propôs a exclusão da possibilidade de inclusão de contornos urbanos, sem considerar os avanços promovidos na minuta contratual da RIS em relação às regras da 3ª etapa de concessões. Ao final, o que se extrai do conjunto de manifestações da Agência é que, no seu entender, *“a inclusão de contornos condicionada à demonstração da vantagem e ao comparativo de projetos executivos, audiência pública e reequilíbrio apenas da diferença de custo”* atenderia às preocupações da unidade técnica, de modo que sugere substituir a redação “exclua as obras de contornos urbanos” por “estabeleça condições para a inclusão de obras de contornos”.

237. O *Parquet* considera procedentes ambos os argumentos. Para ele, tanto é legítima a preocupação da secretaria instrutora 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, como também é fidedigna a defesa de 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.

238. Nesse sentido, entende que a solução passa pelo aumento da efetividade da fiscalização exercida pela ANTT, algo que não se pode garantir que ocorrerá, na medida em que isso depende de um esforço que transcende os limites de atuação do Tribunal no processo. 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, defende 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.

239. Também nesse ponto me associo às conclusões do MPTCU. Os argumentos, preocupações e riscos levantados pela unidade instrutiva são válidos e legítimos, especialmente diante do contexto fático que se verifica nas concessões rodoviárias vigentes. Por outro lado, as medidas alvitadas na instrução não me parecem ser completamente adequadas para resolver a questão.

240. No meu entender, a exclusão da cláusula contratual ensejaria o silêncio regulatório, o que certamente não é a melhor medida. As preocupações narradas pela ANTT relativas à dinâmica inerente à demografia urbana e a natureza incompleta dos contratos de concessões possivelmente conduzirão a discussões sobre alternativas a travessias urbanas no horizonte de 30 anos da concessão. Neste cenário, um tratamento regulatório possível é mais apropriado do que medida alguma.

241. Por outro lado, não considero adequado atribuir esse risco ao concessionário, conforme sugestão alternativa. Isso porque seria um risco de difícil mensuração pelos concorrentes com elevada probabilidade de distorcer as propostas e o resultado do procedimento licitatório. Não é difícil imaginar cada empresa estimando a probabilidade de ocorrência de substituição de uma travessia por um contorno, com custos e riscos elevadíssimos, conforme relatado no início deste tópico, e o quanto essa situação dificultaria a comparação entre as propostas formuladas pelos interessados.

242. Uma terceira hipótese - o contrato vedar expressamente a inclusão de contornos urbanos - parece constituir rigidez excessiva no que toca a uma medida que eventualmente pode vir a se mostrar necessária no longo período contratual.

243. Diante desse cenário tratado, solução mais apropriada é aquela proposta pelo *parquet*, de admitir a inclusão de contornos apenas sob condições muito específicas e mediante a instituição de regras rígidas e restritivas. O desafio está em delimitar esses contornos descritos pelo MPTCU.

244. A regra de inclusão de novos investimentos em obras restritas às revisões quinquenais, ou seja, com periodicidade definida e participação popular já qualifica substancialmente a discussão sobre a inclusão dos contornos. Mas ainda me parece insuficiente. É necessário aprimorar sobremaneira a análise dos EVTEA e dos projetos realizada pela ANTT (ou, eventualmente, atribuí-la a outro agente governamental), especialmente diante da assimetria de informações existentes entre o autor dos documentos técnicos e o poder público. É necessário combater a ideia de que a inclusão de investimentos em concessões possa ser feita sem uma análise acurada dos projetos executivos e dos respectivos orçamentos, notadamente quando se trata de investimentos que não passaram pelo crivo do processo competitivo. Retornarei a esse ponto mais à frente.

XII – DAS REPERCUSSÕES DECORRENTES DA LEI DOS CAMINHONEIROS

245. O art. 17 da Lei 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros) estabeleceu que os veículos de transporte de cargas que circularem vazios não pagarão taxas de pedágio sobre os eixos que mantiverem suspensos.

246. A Resolução-ANTT 4.898/2015 estabeleceu que a condição de veículo vazio a que alude o art. 17 da Lei 13.103/2015 pode ser verificada a partir de avaliação visual, documental, de Código Identificador da Operação de Transporte (Ciot) ou de peso bruto total do veículo. Essa verificação pode ser feita em cabines específicas de pedágio, postos de pesagem ou por meio de fiscalização da ANTT ou autoridade de trânsito com circunscrição sobre a rodovia.

247. Por meio dos Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário, esta Corte de Contas já fez determinações à ANTT para que defina, no PER e na minuta do contrato, a responsabilidade da concessionária pelos custos financeiros da fiscalização do tráfego de veículos com eixos suspensos de que trata o disposto na Lei 13.103/2015.

248. Não obstante, consoante assinalado pela SeinfraRodoviaAviação, 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. Diante desse fato, a unidade especializada propõe determinação para que a Agência dê cumprimento às determinações anteriores.

249. A ANTT alega que foram contabilizados pelo Poder Concedente, nos estudos, as medidas e os custos da verificação do eixo suspenso, os quais devem ser contabilizados pela concessionária, em sua proposta, cabendo a ela todos os encargos financeiros referentes aos aspectos já definidos. No entanto, ressalva que a verificação possível de ser contabilizada no momento não inclui os equipamentos ou qualquer estrutura que se relacione a esses equipamentos, pelo fato de que inexistente equipamento devidamente regulamentado pelo órgão competente, no caso o Conselho Nacional de Trânsito (Contran). Arremata que, diante desse cenário, optou pela escolha racional (com base no princípio da alocação eficiente do risco), atribuindo o risco ao Poder Concedente.

250. O *parquet* considera assistir razão à unidade técnica, 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.

251. Anuo ao posicionamento do MPTCU. Para além da previsão legal vigente que atribui o

encargo à concessionária, reputo que, tendo em vista que a regulamentação da agência reguladora estabelece diferentes formas de promover a fiscalização, a utilização de equipamento, em detrimento de outras formas, está associada ao ganho de eficiência, com benefício financeiro direcionado especialmente para a contratada.

252. Ao não promover qualquer fiscalização quanto aos eixos suspensos, a concessionária deixará de arrecadar receita a que tem direito e o veículo estará deteriorando a rodovia de maneira desproporcional à tarifa devida. Como ela está obrigada a satisfazer os parâmetros de desempenho previstos no contrato, independente da aferição de receita (risco de demanda), importa a ela coibir essa prática provendo os meios mais eficientes para promover a fiscalização, dentro de uma lógica de custo-benefício. O raciocínio é semelhante ao risco de fuga de pedágio, atribuído ao concessionário.

XIII – DAS OBRAS EXECUTADAS PELO PODER CONCEDENTE

253. Examino agora as regras contratuais que versam sobre as **obras executadas pelo Poder Concedente**. A unidade técnica destacou duas situações: (i) intervenções em andamento (licitadas ou contratadas ou iniciadas antes da concessão); e (ii) intervenções futuras (que o Poder Concedente decide realizar depois da concessão do trecho).

254. Quanto às intervenções em andamento, a cláusula 9.1.4 da minuta contratual determina que o Poder Concedente se obriga a rescindir, até a data da assunção do trecho pela concessionária, todos as avenças referentes a obras e serviços no sistema rodoviário que estejam em vigor na data de assinatura do contrato de concessão, **que impeçam ou prejudiquem a concessionária no atendimento aos parâmetros de desempenho nele estabelecidos**.

255. A SeinfraRodoviaAviação expõe que, uma vez 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 deve ser suprimida para evitar que a concessionária receba por serviços que porventura continuem a ser providos por ajustes públicos em andamento. Em casos análogos anteriores, o TCU teria endereçado comando no mesmo sentido por meio dos subitens 9.4.7 e 9.4.11 dos Acórdãos 283/2016 (Rodovia do Frango) e 943/2016 (BR 364/365/GO/MG), ambos do Plenário, respectivamente.

256. Na sequência, a unidade técnica detalha caso ocorrido na BR-060/153/262/DF/GO, no qual passarelas, acessos, interconexões e segmentos de ruas laterais foram construídos pelo Dnit, mas deveriam ser executados pela concessionária. Menciona ainda outros casos de insucesso decorrentes da transferência tardia de segmento à contratada, destacando que, nessa situação, a concessionária pode se beneficiar pela: redução de investimentos na conclusão de obras; redução de encargos com a prestação de serviços (conservação, manutenção, operação) no trecho em obras até o seu recebimento definitivo; recebimento de valores adicionais, normalmente vultosos, para adequação das obras aos parâmetros contratuais, o que não ocorreria caso a assunção se desse desde o início do contrato. Diante desse cenário, ressalta a importância de a regra contratual de rescisão antes da assunção ser rigorosamente cumprida.

257. A ANTT considera importante a preocupação, especialmente diante da experiência negativa observada nos contratos da 3ª etapa de concessões rodoviárias. Salienta que a diretriz política é a transferência completa do sistema rodoviário, ponderando que podem existir excepcionalidades.

258. Acrescenta que a determinação proposta pelos auditores engloba não somente contratos de obras, mas também serviços que por vezes são essenciais à segurança dos usuários e à preservação da rodovia e que não são possíveis de serem prestados tão logo a assunção do sistema ocorra, como a operação de radares. Nesse particular, sugere que a determinação feita pela unidade técnica excepcione os contratos relativos a serviços, por um período de transição de até dois anos, evitando a descontinuidade de serviços essenciais aos usuários.

259. O *parquet* especializado manifesta anuência com a posição da ANTT, concordando 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. Propõe a seguinte redação, com a qual registro a minha concordância:

“(…) 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;”

260. O Procurador também assente à supressão da parte final da cláusula 9.1.4, ponderando pela necessidade de delimitar o alcance aos serviços não essenciais à segurança dos usuários, assim como efetuado no item “I” acima transcrito.

261. Por sua vez, as intervenções futuras são aquelas obras não previstas no contrato de concessão, mas que o Poder Concedente decide realizar depois de iniciada a concessão, as quais devem observância ao art. 7º da Lei 12.379/2011. De acordo com a ANTT, trata-se de situação excepcional, uma vez que esses investimentos poderiam ser atribuídos à concessionária por meio da sistemática do fluxo de caixa marginal, mas que por algum motivo de conveniência e oportunidade, decidiu-se pela execução via contratação específica com outra pessoa privada. Após a sua conclusão, essas obras seriam arroladas aos bens da concessão, passando a incidir responsabilidade da concessionária quanto a sua manutenção, conservação, operação e monitoração.

262. A SeinfraRodoviaAviação defende o aprimoramento das regras previstas no contrato para o envolvimento da concessionária nas etapas de projeto e execução, de modo que, ao final, inexistam qualquer possibilidade de pleitos adicionais de reequilíbrio para o recebimento das obras. Para além disso, entende necessário estabelecer parâmetros para os valores que serão devidos à concessionária para manutenção, conservação, operação e monitoração das obras executadas pelo Poder Concedente, de modo que não excedam aos valores previstos na proposta original da empresa para obras análogas, como forma de evitar situações a exemplo da observada na BR-040/DF/GO/MG, em que a inclusão de retornos em nível executados por cerca de R\$ 97 milhões deram azo a pleito da ordem de R\$ 100 milhões para manutenção, valor incompatível com os estudos de viabilidade, que consideravam um acréscimo de 29% em relação aos custos de implantação.

263. A ANTT, por sua vez, conquanto 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, expõe não ser crível afastar a possibilidade de inclusão de valores no contrato por ocasião do recebimento da obra, diante do fato de que o concessionário não teria ingerência sobre a obra executada. Além disso, aduz 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 riscos não gerenciáveis ao parceiro privado.

264. O *parquet* especializado manifesta concordância com o posicionamento da Agência, sugerindo ajustes na redação formulada pela unidade instrutora (subitem “cc”), excluindo os comandos que versam sobre impossibilidade de inclusão de valores para o recebimento de obras e sobre parâmetros para precificação dos serviços posteriores ao recebimento – manutenção, conservação, operação e monitoração – compatíveis com a proposta original.

265. Sobre esse ponto, também estou de acordo com as conclusões do Ministério Público de Contas. Não me parece razoável a imposição de regra que vede a inclusão de valores por ocasião do

recebimento de obras executadas por terceiros sobre as quais a concessionária não possua ingerência, bem como, consoante tratado anteriormente sobre a inclusão de novas obras, vincular o concessionário, por ocasião de situações não previstas originalmente na avença, às condições de sua proposta.

266. Isso não impede que a ANTT aperfeiçoe as suas normas sobre procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias, bem assim sobre recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão, procurando simular os efeitos de competitividade ou de barganha no processo de orçamentação prévia à inclusão de obras e serviços não previstos no programa de exploração da rodovia (PER).

267. Assim como ressaltado anteriormente neste voto, diante dos fatos indícios de problemas na execução dos contratos de concessões rodoviárias, não vislumbro que a boa execução dessas avenças ocorra sem que necessariamente a agência melhore sua atuação, tanto no aperfeiçoamento de normativos, quanto na gestão contratual propriamente dita, fazendo um juízo crítico dos pleitos da concessionária, sobretudo dos projetos e orçamentos, procurando equilibrar os interesses do governo, dos usuários e também os da concessionária.

268. Ainda nesse tópico das obras executadas pelo Poder Concedente, a unidade instrutora propõe supressão da parte final da subcláusula 9.2.1 da minuta de contrato, com o seguinte teor, conforme transcrição da instrução da SeinfraRodoviaAviação:

“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.**”

269. Quanto a esse ponto, a SeinfraRodoviaAviação assevera que, consoante disposto no art. 7º da Lei 12.379/2011, a aplicação de recursos da União no sistema rodoviário concedido limita-se a obras e serviços não atribuíveis à concessionária, razão pela qual não pode resultar “*na redução dos encargos da concessionária, muito menos na utilização do fator D (subcláusula 21.6) para a exclusão de obrigações.*”.

270. O MPTCU anota que supostamente a proposta da unidade técnica se baseou em informação que, possivelmente foi modificada em algum momento pela ANTT, pois o teor da cláusula transcrita na instrução difere da reproduzida na minuta de contrato constante dos autos à 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, em decorrência da alteração de obrigações a cargo da Concessionária.**”

271. O parecer do procurador arremata: “*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.*”.

272. Registro a minha plena concordância com a análise empreendida pelo MPTCU.

XIV – DOS PROJETOS EXIGIDOS PARA O INÍCIO DE OBRAS PREVISTAS NO PER

273. A unidade instrutora relata que o subitem 6.2 da minuta contratual estaria em desacordo

com determinações feitas por esta Corte de Contas por meio dos Acórdãos 283/2016 e 943/2016, ambos do Plenário.

274. A mencionada cláusula estabelece:

“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.”

275. Reproduzo o teor das determinações proferidas por esta corte de contas nos referidos acórdãos, cuja redação é idêntica nos dois:

“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);” (Acórdão 283/2016-TCU-Plenário)

276. Para a SeinfraRodoviaAviação, *“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)”*. Segundo a secretaria especializada *“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”*. Registra que alterações nos novos estudos da BR-476/153/282/480/PR/SC, promovidas após o Acórdão 283/2016-TCU-Plenário, atenderiam em alguma medida o sobredito *decisum*.

277. Assim, conclui a unidade instrutora que os atuais termos da minuta contratual descumprem os dispositivos das mencionadas deliberações e propõe 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.

278. A ANTT alega que não houve descumprimento de decisão do Tribunal. A Agência considera que 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 ela realizasse a análise desses projetos anteriormente ao início das obras. Na sequência, 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.

279. O MPTCU considera assistir razão ao regulador. Primeiro, porque a leitura dos dispositivos constantes dos Acórdãos 283/2016 e 943/2016, ambos do Plenário, não autoriza o entendimento pretendido pela unidade técnica, visto que, ao utilizar a expressão “preferencialmente”, ao invés de tornar obrigatória a exigência de entrega do projeto executivo, tornou-a facultativa. Segundo, porque *“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”*. Assim, sugere a supressão da medida alvitada pela SeinfraRodoviaAviação.

280. De fato, com base na redação contida nos subitens 9.2.20 do Acórdão 283/2016-TCU-Plenário e 9.2.25 do Acórdão 943/2016-TCU-Plenário, reputo que a Agência não estaria descumprindo determinações do Tribunal. Como se extrai do conjunto de cláusulas do item 6 (Projetos) da minuta contratual, a ANTT exigirá a apresentação do projeto executivo previamente ao início das obras, ainda

que o início das obras se dê com base na não objeção ao anteprojeto.

281. Por outro lado, da leitura do voto condutor do Acórdão 1.529/2016-TCU-Plenário (embargos de declaração opostos em face do Acórdão 943/2016-TCU-Plenário), da relatoria do eminente Ministro Augusto Nardes, depreende-se que esta Corte de Contas buscava que a ANTT promovesse a análise dos projetos executivos previamente ao início das obras. Naquele caso concreto, que versava sobre a análise do primeiro estágio da BR-476/153/282/480/PR/SC, o relator assim esclareceu:

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

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

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

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

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

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

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

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

282. A questão é envolta de controvérsias. A ANTT considera que o tratamento regulatório vigente especificamente sobre a análise de anteprojeto como condição para início das obras é adequado, tanto é que, embora a Resolução-ANTT 1.187/2005 esteja em revisão no âmbito da Agenda Regulatória 2017/2018 da Agência, em princípio a regra relativa a não objeção ao anteprojeto como condição para o início das obras previstas no PER está mantida na minuta da nova resolução (ainda em discussão).

283. Conforme anotado acima, o eminente Procurador do MPTCU que oficiou nos autos também concorda com a posição defendida pela Agência, no que se refere a obras previstas no PER.

284. Ademais, essa sistemática de autorização para início das obras previstas no plano de exploração com base em anteprojeto também é adotada por outras agências reguladoras, a exemplo da

Agência Nacional de Aviação Civil (*vide* contratos decorrentes da 4ª rodada de concessões de aeroportos), à exceção da inclusão de novos investimentos, quando se analisa o projeto básico.

285. No caso de rodovias, tendo em vista que o projeto executivo será obrigatoriamente exigido da concessionária, conforme Resolução-ANTT 1.187/2005, não vislumbro dificuldades para que a Agência faça a sua análise com base nesse tipo de projeto, exceto talvez para as obras previstas para serem realizadas no início da concessão, algo em torno de 2 ou 3 anos, quando essa exigência poderia ser prejudicial ao cronograma.

286. Para o restante do prazo da concessão, bastaria uma boa programação da concessionária para que ela entregasse os projetos em tempo hábil para análise. No caso específico da RIS, cujos investimentos mais vultosos estão previstos a partir do 3º ano, não haveria grande dificuldade. Como bem colocado no voto condutor do Acórdão 283/2016-TCU-Plenário, *“a verificação do cumprimento das obrigações de ordem funcional por parte a agência será facilitada com um projeto mais detalhado em mãos”*.

287. Contudo, por se tratar de uma intervenção no processo de trabalho de uma entidade reguladora, amparada em ato normativo, no caso a Resolução-ANTT 1.187/2005, reputo apropriado que uma medida dessa natureza esteja alicerçada em evidências mais robustas de que o processo atual não esteja adequado, com base nas concessões em andamento, inclusive para contrapor o argumento de que o anteprojeto se prestaria exclusivamente para aferir a solução técnica proposta para atendimento do PER (em termos funcionais), uma vez que o risco de projeto é do concessionário (cláusula 6.5: 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).

288. Nesse contexto, até que o TCU promova uma análise mais completa sobre esse tema, reputo que a proposta de determinação deva ser suprimida.

XV - DA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

289. Nesse ponto, a SeinfraRodoviaAviação relata que o PER traz um total de 78 parâmetros de desempenho a serem atendidos para a frente de recuperação e manutenção. Destaca que a aferição de grande parte desses parâmetros depende de equipamentos e/ou de ensaios específicos. Mesmo os 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.

290. Em vista de um cenário semelhante a esse, o TCU, por meio dos Acórdãos 283/2016 e 943/2016, ambos do Plenário, proferiu as seguintes recomendações:

Acórdão 283/2016-TCU-Plenário:

“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;”

Acórdão 943/2016-TCU-Plenário:

“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);

9.4.5 estabeleça parâmetros de desempenho com a estrutura de regulação da ANTT, aplicáveis sem a necessidade de avaliar toda a extensão da rodovia, e viabilize a avaliação independente de tais parâmetros;”

291. Não obstante, a secretaria especializada assevera que 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.

292. Acrescenta que em auditorias realizadas em contratos de concessão vigentes, verificou-se que a ANTT se vale de informações produzidas pela concessionária para avaliar os parâmetros de desempenho.

293. A unidade instrutora conclui que *“a falta de instrumentos materiais, humanos e financeiros para fiscalizar a execução do contrato constitui impeditivo para delegar um serviço público ao parceiro particular”*. Diante desse contexto, sugere determinar à 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.

294. A ANTT considera que a unidade técnica disserta de forma abstrata sobre a importância de haver uma estrutura de fiscalização compatível com a execução da concessão objeto desta fiscalização. Não faz uma avaliação concreta da estrutura da ANTT, nem aponta dados ou evidências que sustentem a suposição de que inexistesse essa estrutura. Não esclarece o que seria uma “estrutura de fiscalização compatível”. Acrescenta 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. Ao final, requer a completa desconsideração da proposta.

295. O MPTCU assim se manifestou:

“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.”

296. Ao final, o Procurador sugere transformar a determinação em recomendação.

297. Com efeito, pela abrangência da análise levada a efeito sobre a estrutura de fiscalização da ANTT, reputo inexistir elementos de convicção suficientes para impedir a continuidade do processo concessório até que a Agência disponha de estrutura de fiscalização adequada. A meu ver, uma medida dessa magnitude, ainda que sob a forma de recomendação, precisa ser avaliada com maior profundidade, estudando os processos internos da agência relativos ao exercício da função fiscalizadora, conhecendo, por exemplo, sua força de trabalho e sua política de gestão de riscos, a qual inclusive foi objeto de aprovação em abril de 2017. Tal medida ainda careceria de uma melhor avaliação das consequências de suspender a política federal de concessão rodoviárias, que seria o real efeito desta determinação.

298. Não custa lembrar que esta Corte de Contas já promoveu auditoria operacional que avaliou os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) na fiscalização de contratos da 2ª etapa de concessões rodoviárias federais, no âmbito do processo TC 006.351/2013-1, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no qual foi proferido o Acórdão 3.237/2013-TCU-Plenário.

299. Na ocasião constatou-se, apenas para citar alguns exemplos, que (i) as concessionárias negavam/dificultavam os acessos de fiscais da Agência aos seus sistemas operacionais; e (ii) os processos de apuração de responsabilidades e aplicação de penalidades nas concessões da 2ª etapa

eram morosos. Foi determinado que a ANTT apresentasse plano de ação para aprimoramento da fiscalização, mediante: (a) uso de instrumentos, instalações e outros meios adequados e suficientes para aferição das obrigações contratuais; (b) implantação do Centro Nacional de Supervisão Operacional; (c) elaboração de manual de fiscalização das concessões de exploração da infraestrutura rodoviária federal; (d) uso de softwares adequados para análise de projetos; além de várias recomendações para melhoria de sua atuação.

300. O monitoramento do mencionado *decisum* é objeto do TC 002.461/2014-5, que já teve duas rodadas de acompanhamento. A última deliberação, Acórdão 2.185/2017-TCU-Plenário, destacou que:

(a) a ANTT procedeu à licitação de diversos equipamentos para auxiliar na aferição das obrigações contratuais das empresas concessionárias, mas alguns itens não foram adquiridos até o momento da última manifestação da agência;

(b) os certames para aquisição de filmadoras com suporte para instalação em veículos, níveis digitais com laser, hodômetros de precisão, luxímetros e paquímetros digitais encontravam-se sobrestados, por restrição orçamentária;

(c) a Agência também avalia a possibilidade de contratar empresas terceirizadas para apoiá-la na fiscalização do desempenho das concessionárias;

(d) o regulador realizou licitação para contratar empresa que implantaria o Centro Nacional de Supervisão Operacional, mas não celebrou contrato com a vencedora do certame por falta de recursos no orçamento; e

(e) a ANTT encaminhou a versão final do Manual de Fiscalização, restando pendente a elaboração do Manual de Padronização do Relatório Técnico-Operacional-Físico-Financeiro (RETOFF), que irá contribuir para o aprimoramento dos relatórios elaborados pela Agência.

301. Foram, então, renovadas algumas determinações à ANTT, sendo que o relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues enfatizou “a necessidade de aprimorar o planejamento orçamentário da entidade, identificando as fontes de recursos que permitirão viabilizar a adoção das medidas necessárias ao cumprimento das determinações, com vistas a evitar a realização de procedimentos inúteis, que geram custos e consomem tempo e horas de trabalho dos servidores da ANTT”.

302. Portanto, julgo não ser adequado, no âmbito dos presentes autos, expedir determinação, ou ainda recomendação, condicionando o prosseguimento do processo concessório à adoção de medidas estruturais prévias pela agência, as quais necessitariam ser mais bem estudadas.

303. Por outro lado, essa conclusão não impede que se demande da Agência a adoção de providências para mitigar diversos riscos identificados nestes autos que, a meu ver, exigem pronta atuação.

304. Como tratado neste voto, é peremptório que a Agência passe a atuar com mais rigor na avaliação dos pleitos de inclusão de novos investimentos pelos concessionários. Como manifestei em determinados momentos, penso que a unificação dos pleitos de inclusão de obras na revisão quinquenal possa contribuir sobremaneira para isso, ao contrário do que ocorre quando esses pedidos são analisados de forma esparsa, dificultando o controle e com pouca transparência.

305. Em sua manifestação à peça 60, a Agência informa ter determinado a constituição de dois grupos de trabalho incumbidos de desenvolver normas regulatórias para definição de metodologia de verificação de viabilidade de inclusão de novas obras em contratos de concessão, bem como para disciplinar, padronizar e aperfeiçoar os procedimentos. Também está em andamento processo de revisão da Resolução-ANTT 1.187/2005, que dispõe sobre os procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT.

306. Esse me parece ser o *locus* inicial de discussão de pontos em que entendi necessário o aprimoramento da atuação da agência, sobretudo na análise de projetos e orçamentos relativos à inclusão de investimentos e obras não constantes do programa de exploração da rodovia (PER), procurando inclusive simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação. Tendo em vista que esses novos investimentos incorporam ao patrimônio público e oneram os usuários por meio do incremento da tarifa, esses projetos devem passar por rigorosa análise pelo Poder Público, similar à que ocorre na licitação de obras públicas.

307. Deve também a agência procurar fixar severas normas circunscrevendo as hipóteses de substituição de travessias urbanas por contornos urbanos, bem como medidas para evitar potencial jogo de cronograma na utilização dos fatores “D” e “A”.

308. Também me parece apropriado que a agência inclua nessa discussão outros agentes setoriais relevantes, já que as soluções podem também passar por eventuais esforços cooperativos entre instituições do governo federal que possuam *expertise* que a agência ainda precisa suprir. Como foi observado nesse processo, os aprimoramentos na modelagem decorreram de atuação conjunta da ANTT, SPPI, MTPA e EPL.

309. Por outro lado, os problemas já estão aí colocados, impondo severas dificuldades à gestão dos contratos de concessão vigentes. A unidade instrutora enumerou diversos processos no Tribunal que versam sobre inexecuções contratuais e desequilíbrios econômico-financeiros decorrentes dessa problemática forma de inclusão de novas obras.

310. Assim, para além do desenvolvimento de normas regulatórias, que possuem um ritmo próprio de elaboração, a situação exige pronta atuação, sendo que o regulador precisa fixar diretrizes e orientações, ainda que transitórias, que possam equacionar os problemas colocados no curto prazo.

311. Outro ponto de relevo e atualmente em voga no mundo regulatório é a negociação com partes relacionadas no escopo do objeto da concessão. Embora o tema não tenha sido suscitado nos autos, tomo a liberdade de fazê-lo.

312. As transações entre partes relacionadas ocorrem em geral por preferência à contratação de empresas controladas, coligadas ou ligadas por qualquer interesse comercial recíproco relevante havido com o delegatário de serviços públicos e controlador. A preocupação de fundo reside no potencial conflito de interesses e nos possíveis danos aos interesses públicos e de acionistas dele decorrentes caso referidas relações se deem em bases comercialmente não sadias e de forma não transparente.

313. Seria o caso, por exemplo, de contrato de concessão em que a concessionária subcontrate com empresas ligadas. Se os contratos contiverem cláusulas abusivas, com valores excessivos ou serviços mal executados, é certo que os danos atingirão não só a sociedade concessionária, mas também o Poder Concedente e, principalmente, os usuários dos serviços públicos, conforme está sendo apurado no processo TC 021.195/2017-0, representação em que se examina indícios de irregularidades relacionadas à formalização do 14º termo aditivo do contrato de concessão da BR-290/RS, cujo objeto foi a extensão de prazo do contrato de concessão, pelo período de 12 meses, a contar de 4/7/2017, no qual foi proferido o Acórdão 1.098/2018-TCU-Plenário.

314. Importante destacar que não se cuida de realizar juízo de que as negociações entre partes relacionadas provoquem qualquer condição de favorecimento indevido e que por isso deveriam ser restringidas ou vedadas, mas sim de que há necessidade de evidenciação e transparência para maior controle por parte do regulador e dos controles interno, externo e social, de forma a mitigar os mencionados riscos.

315. A questão encontra raiz no Pronunciamento nº 5 (Divulgação sobre Partes Relacionadas), do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, aprovado pela ANTT por meio das Resoluções 3.847 e 3.848/2012, e respectivo manual interno, que cuidam de conceitos e procedimentos sobre o tema.

316. Em síntese, por meio das referidas normas a Agência aprovou plano de contas contábil que prevê a identificação e escrituração destacada de transações com partes relacionadas, cujo modelo deverá ser adotado como padrão de contabilização por todas as concessionárias rodoviárias e ferroviárias quando do envio de seus demonstrativos contábeis à Agência. Da forma como atualmente normatizada pela ANTT, a questão parece aí se encerrar.

317. Entendo que tal nível de transparência, que se encerra no encaminhamento de demonstrativos pelas concessionárias aos escaninhos virtuais do regulador, não permite a adequada evidenciação, aos reais interessados no acompanhamento das concessões, de relações potencialmente perniciosas ao interesse público.

318. Como já frisei, o problema não está na contratação entre partes relacionadas, mas no risco de abuso, notadamente mais elevado do que em uma contratação normal. A bem da verdade, estamos aqui tratando de melhor trabalhar os mecanismos de governança de que dispomos para lançar luz sobre o tema.

319. Perfilho a opinião de que este Tribunal deva começar imediatamente a meditar sobre as transações com partes relacionadas. Sem querer antecipar qualquer tipo de encaminhamento ao tema, mas apenas para sinalizar a necessidade de atenção ao assunto, creio que deva ser dada maior publicidade e transparência a essas questões, notadamente por meio do reforço da governança do regulador, para assim fomentar o potencial de controle interno, externo e social.

320. Dessa feita, expeço determinação à ANTT para que realize estudos de aperfeiçoamento dos mecanismos de governança sobre transações com partes relacionadas em concessões rodoviárias e ferroviárias a seu cargo, com vistas a conferir maior efetividade à transparência atualmente dada sobre o tema, tornando tais transações conhecidas não apenas no âmbito interno e contábil da Agência, mas também de forma fácil e intuitiva para todas as partes interessadas – sociedade em geral e, em específico, usuários e órgãos de controle interno e externo.

321. Seria importante que o processo concessório em exame já contemplasse mecanismos de governança aprimorados no que toca a transações com partes relacionadas. Contudo, reconhecendo que possa inexistir tempo hábil para tal, no caso específico da Rodovia de Integração Sul, expedirei recomendação com esse teor.

322. Nesse contexto, ante a urgência que deve ser dada a todas essas questões, cumpre determinar à ANTT que elabore e encaminhe ao TCU plano de ação, no prazo de sessenta dias, contendo no mínimo a relação de atividades, prazos e responsáveis pela consecução das seguintes medidas para aprimoramento da regulação e da fiscalização das atividades da Agência no que concerne a concessões de exploração da infraestrutura rodoviária federal:

- (a) aperfeiçoar os procedimentos da agência no que toca à análise de viabilidade de inclusão de novas obras em contratos de concessão e à análise de projetos e de orçamentos dessas obras, procurando, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, estabelecer limites rigorosos para substituição de travessias urbanas por contornos urbanos, fixar diretrizes e orientações para coibir potencial jogo de cronograma na aplicação dos fatores “D” e “A”;
- (b) fixar diretrizes e orientações, ainda que transitórias, acerca dos aspectos elencados no item anterior;
- (c) aperfeiçoar os mecanismos de governança sobre transações com partes relacionadas em concessões rodoviárias e ferroviárias a seu cargo, com vistas a conferir maior efetividade à transparência atualmente dada sobre o tema, tornando tais transações conhecidas não apenas no âmbito interno e contábil da Agência, mas também de forma fácil e intuitiva para todas as partes interessadas – sociedade em geral e, em específico, usuários e órgãos de controle interno e externo.

323. A SeinfraRodoviaAviação deverá constituir processo específico para o acompanhamento do plano de ação.

XVI – DAS PENALIDADES CONTRATUAIS

324. Por meio dos Acórdãos 263/2016 e 943/2016, ambos do Plenário do TCU, esta Corte de Contas determinou à ANTT que revisasse as penalidades previstas para inexecução das obras de ampliação de capacidade previstas nas minutas contratuais constantes dos processos concessórios relativos à BR-476/153/282/480/PR/SC e à BR-364/365/GO/MG, com vistas a desestimular futuros inadimplementos contratuais.

325. Nestes autos, a SeinfraRodoviaAviação constatou que as penalidades previstas na presente minuta contratual para as obras eram análogas àquelas abrangidas pelas mencionadas deliberações.

326. Informada dessa inconsistência em reunião durante os trabalhos, a ANTT promoveu a revisão das penalidades na última versão do edital encaminhado ao TCU, tornando-as mais severas.

327. Não obstante as modificações efetuadas pelo regulador, a SeinfraRodoviaAviação considera que os valores estariam aquém daqueles aplicados em outros setores, a exemplo do aeroporto. Diante disso, propõe recomendar à ANTT 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.

328. Em seu memorial, a ANTT argumenta que as penalidades e seus valores foram revistos e o contrato alterado. Apresenta, ainda, uma simulação, com a finalidade de demonstrar que os valores das penalidades previstas são significativos.

329. O MPTCU, não obstante a revisão e melhoria dos critérios para a aplicação de penalidades, não vislumbra óbice em manter a recomendação, sugerindo o seguinte ajuste redacional “*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.*”.

330. Sobre esse ponto, acolho integralmente a sugestão do Procurador, em especial em virtude do fato de que, conforme comentado alhures, a aplicação de penalidades deve ser instrumentalizada pela agência como componente de uma estrutura de incentivos que desestime o descumprimento contratual por parte do concessionário.

XVII – DAS DEMAIS CONSTATAÇÕES NO PER E NO EVTEA

331. A SeinfraRodoviaAviação apontou 16 inconsistências no Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA). Tratei da “ausência de obras de ampliação de capacidade em segmento da BR-290/RS” e “revisão do EVTEA considerando as otimizações mencionadas pelo autor dos estudos” em seção exclusiva deste voto. Outras nove inconsistências foram corrigidas tão logo a ANTT tomou conhecimento, em reuniões promovidas com a unidade instrutora. Elas versavam sobre: premissas de cálculo de investimentos; manutenção dos acostamentos; cronograma das fases de recuperação e manutenção; custos de conservação de equipamentos e sistemas; fornecimento e implantação de placa totalmente refletiva; conservação do pavimento de concreto; conservação das obras de artes especiais; outros serviços de conservação do sistema rodoviário; e custos de monitoração do pavimento.

332. Das cinco restantes, a ANTT concordou integralmente com a proposta de encaminhamento da unidade instrutora em relação àquela que trata do dimensionamento do pavimento considerando o volume de tráfego em cada subtrecho.

333. Portanto, remanesceram divergências no que toca aos seguintes aspectos: solução adotada nos estudos para pavimentação (ausência de comparação entre pavimento flexível e rígido); preços unitários dos serviços de concreto asfáltico; nível de esforço de roçada; e níveis de esforço de atividades de conservação da sinalização horizontal.

334. A SeinfraRodoviaAviação relata que o EVTEA não considerou a **alternativa em**

pavimento rígido em contraponto ao pavimento flexível. Destaca 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. Estudos elaborados pela Associação Brasileira de Cimento Portland (ABCP) indicariam a viabilidade técnica e econômica da execução do pavimento de concreto, prevendo uma economia de R\$ 129 milhões, considerando o custo total de construção somente para o pavimento novo (duplicação), ou uma economia de R\$ 88 milhões se fosse incluído o recapeamento da pista existente (nos alargamentos).

335. Diante desse cenário, propõe que a ANTT reavalie a solução de pavimentação, considerando a solução técnica e economicamente mais viável. O MPTCU anui a essa proposta.

336. Entendo que, de fato, os estudos de viabilidade constituem etapa apropriada para promover a comparação entre os diversos tipos de soluções passíveis de serem adotadas em uma rodovia, sobretudo em relação ao pavimento, cuja execução representa um dos principais custos desse tipo de empreendimento.

337. Contudo, no caso concreto, tendo em vista a representatividade dos valores envolvidos e o esforço que teria que ser empreendido para uma modificação dessa natureza, e considerando a situação fática em que se encontra a concessão da BR-290/RS, que foi prorrogada em caráter excepcional até 4/7/2018, reputo mais apropriado que a determinação alvitada pela unidade instrutora seja direcionada aos próximos processos concessórios.

338. Acrescento ainda que otimizações que serão promovidas pelo Poder Concedente com base nos apontamentos da SeinfraRodoviaAviação indicam ainda a redução de R\$ 107 milhões nos custos totais estimados ao longo dos 30 anos, em face de modificações no dimensionamento do pavimento.

339. Quanto aos **preços unitários dos serviços de concreto asfáltico** a SeinfraRodoviaAviação relata existir equívoco na distância de transporte do insumo brita. Segundo a unidade instrutora, as usinas de concreto são usualmente instaladas junto às pedreiras, assim, o transporte até as rodovias ocorre com a massa asfáltica já produzida, e não com a brita produzida.

340. Para a ANTT, a premissa adotada no sentido de que toda usina de asfalto se localiza junto a uma pedreira não estaria correta. No caso 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 distâncias médias de transporte (DMTs) utilizadas para o insumo. Ainda segundo a Agência, 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.

341. O MPTCU pugna por acolher a explicação do regulador e suprimir a determinação alvitada, proposta com a qual eu estou de acordo.

342. No que diz respeito ao **nível de esforço de roçada**, serviço que representa 19,62% do custo total de conservação do sistema rodoviário (cerca de R\$ 265 milhões), a SeinfraRodoviaAviação, tendo por base o estudo intitulado “Laudo técnico sobre crescimento de gramíneas frente ao ciclo de roçadas”, produzido pela empresa Geoambiental Consultoria e Licenciamento Ambiental, contratada pela Maestra Serviços de Engenharia S.A., responsável pela coordenação dos estudos de PMI, aponta 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.

343. Assim, ao passo que o critério adotado no EVTEA foi um nível de esforço de 12 roçadas/ano na faixa de domínio tanto para execução mecanizada (representa 70% da área), quanto para execução manual (representa 30% da área), as conclusões extraídas do mencionado laudo é que

seriam necessárias 8 roçadas/ano na faixa de domínio. Diante do exposto, a SeinfraRodoviaAviação sugere 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.

344. 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. Calculando-se a média ponderada e promovendo ajustes para arredondar o resultado, adotou um nível de esforço de 12 ciclos de roçadas anuais como premissa no modelo para toda a faixa de domínio.

345. O MPTCU assevera que, ainda que seja válido 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. Apresenta uma simulação considerando 5% da faixa de domínio como área nobre, situação em que levaria a redução de mais de 25% em relação ao custo total do serviço de roçada previsto no modelo. Isso evidencia o quão sensível é esse parâmetro na aferição do custo do serviço.

346. O *parquet* especializado arremata que existe 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, e sugere a manutenção da determinação alvitada pela SeinfraRodoviaAviação, conclusão com a qual estou de acordo, ao tempo em que promovo ajuste redacional.

347. No que se refere aos **níveis de esforço de atividades de conservação da sinalização horizontal**, a SeinfraRodoviaAviação expõe que nos estudos de viabilidade, adotou-se critério de recomposição de pintura horizontal com um índice de 85% de substituição da sinalização por ano, em toda a extensão concedida, durante 30 anos. Na fase de conservação, tal pintura é realizada após a execução de reparos no pavimento que afetem a sinalização existente. Questionada, a ANTT informou que a premissa dos estudos estaria correta, uma vez que a duração do serviço de pintura de faixa prevista é de um ano.

348. A unidade instrutora ressalta que a troca da pintura horizontal em 85% da extensão, todo ano, é ineficiente do ponto de vista operacional da rodovia. Reforça que os estudos de viabilidade devem buscar alternativas que menos interfiram na operação da rodovia, no caso específico, buscando um material mais durável e de maior qualidade, e que atenda os parâmetros de desempenho exigidos pelo contrato. Acrescenta existir sobreposição dos serviços de sinalização horizontal com aqueles previstos na fase de manutenção da rodovia, oportunidade em que a sinalização horizontal também é refeita.

349. Diante do exposto, a secretaria especializada sugere 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.

350. Em seu memorial, a ANTT apresenta uma simulação, demonstrando 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%).

351. O Ministério Público de Contas entende que o argumento apresentado esclarece a questão, devendo ser acolhido e, conseqüentemente, suprimida a redação.

352. De fato, assiste razão à ANTT. Tendo em vista a compatibilidade em termos de custos e a inexistência de sobreposição, não remanesce a necessidade de modificação da premissa no EVTEA.

353. Já no que diz respeito ao Programa de Exploração Rodoviária (PER), a SeinfraRodoviaAviação fez quatro apontamentos, versando especificamente sobre instalação de placas educativas/indicativas; tachas refletivas, implantação e manutenção de aceiros ao longo da vigência contratual; e intervenções em postos de pesagem.

354. Em seu memorial à peça 60, a ANTT manifestou a intenção em corrigir as impropriedades verificadas, pelo que não há maiores considerações a tecer.

XVIII – CONSIDERAÇÕES FINAIS

355. 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, requereu cópia da instrução da unidade técnica, com o intuito de promover o seu papel institucional de representação e defender os interesses de suas associadas.

356. A princípio não vislumbro qualquer óbice ao pleito. Contudo, tendo em vista o presente julgamento, reputo mais apropriado dar ciência do acórdão ao requerente, que poderá, se assim o desejar, ter acesso ao inteiro teor da deliberação.

357. Encerrando, não poderia deixar de registrar os cumprimentos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e Aeroportuária (SeinfraRodoviaAviação) pelo excelente trabalho efetuado neste acompanhamento do primeiro estágio de desestatização da Rodovia de Integração do Sul (RIS). A minuciosa análise promovida pela Secretaria, com o intuito de evitar a repetição dos graves problemas verificados nas etapas anteriores do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe), possibilitou aprimorar sobremaneira os atos examinados.

358. Da mesma forma, congratulo a qualificada intervenção do Ministério Público de Contas, por meio do bem lançado parecer da lavra do eminente Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, e também o esforço do Poder Concedente, manifestado por documentos técnicos elaborados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), pela Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI), pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), e pela Empresa de Planejamento e Logística (EPL), buscando oferecer soluções tempestivas para os riscos elencados pela SeinfraRodoviaAviação.

359. Ao final, concretizando-se o cumprimento das determinações aqui endereçadas ao Poder Concedente, espera-se significativa evolução da modelagem contratual em relação aos contratos da terceira etapa do Procrofe.

360. Diante do exposto, submeto a este colegiado proposta de aprovar com ressalvas o primeiro estágio de desestatização, relativo à concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do Sul (RIS), composto por trechos das rodovias BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS, condicionando a publicação do instrumento convocatório à adoção das providências especificadas nesta deliberação.

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

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de maio de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS

Relator