

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 025.311/2015-8

Natureza: Representação.

Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Responsáveis: Cristiano Della Giustina (979.329.220-20); Leonardo Villela de Simone Teixeira (060.479.316-26); Viviane Esse (206.461.918-61); Wallace Vargas Roque (626.394.632-68).

Interessados: Agência Nacional de Transportes Terrestres (04.898.488/0001-77); Concessionária BR-040 S.A. (19.726.048/0001-00).

Representação legal: Rachel Pedreira Dallagnol e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres; Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF) e outros, representando Concessionária BR-040 S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-040/DF/GO/MG. INCLUSÃO E EXECUÇÃO DE RETORNOS EM NÍVEL. REAJUSTAMENTO INDEVIDO DA TBP PARA IMPLANTAÇÃO DOS RETORNOS. AUSÊNCIA DE CORRETA ESTIMATIVA DE CUSTO DOS RETORNOS. LANÇAMENTO INDEVIDO DO INVESTIMENTO NO 2º ANO DE CONCESSÃO. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DA DEFESA DE UM RESPONSÁVEL. ACOLHIMENTO DA DEFESA DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA.

## RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a ulterior instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodovias) (peça 62), que contou com a anuência do corpo dirigente daquela unidade técnica (peças 63 e 64):

### **INTRODUÇÃO**

*Cuidam os autos de representação de equipe de fiscalização do Tribunal acerca de indícios de irregularidades verificados na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) relacionados à inclusão e à execução de retornos em nível no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG, administrada pela Concessionária BR 040 S.A. (peça 13).*

### **HISTÓRICO**

2. *Em razão de despacho exarado nos autos do TC 014.731/2015-0, da relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes (peça 3), destacou-se equipe da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (peça 4), atual Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação), para avaliar o cumprimento de parâmetros contratuais exigíveis para a fase de trabalhos iniciais da concessão da BR-040/DF/GO/MG.*

3. *Constatou-se, por ocasião da inspeção realizada, que nos trechos duplicados pela concessionária tinham sido executados retornos em nível a partir da própria faixa de ultrapassagem (peça 12), em desacordo com o Manual de Projeto de Interseções do Departamento*

*Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit (peça 8), que veda tal solução, conforme apontado à peça 13, p. 6 (indício de irregularidade ‘iv’, da instrução inicial dos autos).*

4. *Além do aspecto inerente à execução das obras, foram apurados outros três indícios de irregularidades relacionados à inclusão dos investimentos em retornos em nível no contrato de concessão, com reflexo de 3,30% na tarifa básica de pedágio (TBP), autorizado pela Resolução 4.699/2015 (peça 5):*

- i) reajustamento indevido da TBP para implantação dos retornos (peça 13, p. 2-3);*
- ii) reajustamento sem a correta estimativa de custo dos retornos (peça 13, p. 3-5);*
- iii) lançamento indevido do investimento no 2º ano de concessão (peça 13, p. 5-6).*

5. *Após autorização do Exmo. Ministro Relator (peça 16), foram efetivadas as oitivas da ANTT (peça 28) e da concessionária (peça 30) acerca das quatro constatações da representação ofertada, cuja análise consta da instrução à peça 33.*

6. *A unidade técnica concluiu que os retornos em nível, embora inerentes aos projetos de duplicação de uma rodovia, poderiam ensejar, no caso concreto, em que se configurou uma contratação deficiente (contrato incompleto), o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, o que afastou o indício de irregularidade ‘i’ (peça 33, p. 19).*

7. *Os demais indícios de irregularidades (‘ii’, ‘iii’ e ‘iv’), contudo, não restaram esclarecidos na etapa de oitivas, de modo que foram propostas audiências dos responsáveis por tais ocorrências.*

8. *As razões de justificativa encaminhadas pelos gestores da ANTT (peça 46) foram analisadas pela unidade técnica, a qual propôs o seguinte encaminhamento (peça 54, 19-21):*

- a) rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Cristiano Della Giustina (irregularidade ‘iii’), Leonardo Villela Teixeira (irregularidade ‘iii’), Viviane Esse (irregularidades ‘iii’ e ‘iv’) e Wallace Vargas Roque (irregularidade ‘ii’);*
- b) aplicar a Cristiano Della Giustina (irregularidade ‘iii’), Leonardo Villela Teixeira (irregularidade ‘iii’), Viviane Esse (irregularidades ‘iii’ e ‘iv’) e Wallace Vargas Roque (irregularidade ‘ii’), individualmente, a pena de multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992;*
- c) fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que os responsáveis comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente, a partir do dia seguinte ao do término do prazo estabelecido, até a data dos efetivos recolhimentos, na forma da legislação em vigor;*
- d) autorizar o desconto das dívidas na remuneração dos servidores, observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990 (quando for o caso);*
- e) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações e não seja possível o desconto determinado;*
- f) determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:*
  - f.1) suprima, da tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que ainda não foram implantados (41 unidades, no caso da BR-040/DF/GO/MG);*
  - f.2) revise, na tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que já foram implantados (4 unidades, no caso da BR-040/DF/GO/MG), com base nos projetos executivos;*
- g) dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento na Resolução-TCU 265/2014, das seguintes impropriedades, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência semelhantes:*
  - g.1) a inclusão de investimentos em retornos em nível (item ‘f.1’) no contrato de concessão sem a apresentação de projetos e sem a adoção de cronograma compatível com a efetiva implantação*

*das obras, afronta os arts. 6º, caput, § 1º e 9º, § 4º; ambos da Lei 8.987/1995; o art. 2º, da Lei 9.784/1999; o art. 3º, inciso I, da Resolução ANTT 4.339/2014;*

*g.2) a inclusão de investimentos no contrato de concessão sem avaliar a viabilidade técnica e econômica de sua execução, considerando-se o grau de inadimplência e insolvência contratual da concessionária, é medida que afronta os dispositivos legais que exigem capacidade de desempenho do serviço concedido (art. 2º, incisos II e III, da Lei 8.987/1995) e capacidade de assegurar a prestação de serviço adequado (art. 6º da Lei 8.987/1995), além de atentar contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, 'b', da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, 'b' do Decreto 4.130/02);*

*g.3) a inclusão de investimentos para conservação/manutenção de retornos em nível sem a conclusão da sua implantação, e sem a observância da vida útil de projeto antes que novas intervenções estruturais sejam propostas é medida que atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência, da indisponibilidade do interesse público e da motivação (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, 'b', da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, 'b' do Decreto 4.130/02; e que afronta o art. 2º, da Lei 9.784/1999);*

*g.4) o atraso na entrega das obras de duplicação em relação ao cronograma que orientou a formulação das propostas (duplicação integral em cinco anos) sem que ajustes tarifários relacionados à redução de encargos da concessionária para conservação/manutenção das novas pistas, cuja entrega foi postergada, afronta os arts. 6º, caput, § 1º e 9º, § 4º; ambos da Lei 8.987/1995; o art. 2º, da Lei 9.784/1999 e atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, 'b', da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, 'b' do Decreto 4.130/02).*

9. *Nos termos do art. 160 do Regimento Interno do TCU – RITCU, a etapa de instrução do processo, na qual é facultada à parte a juntada de documentos novos, foi concluída em 7/7/2017 (peça 56).*

10. *No entanto, com base no art. 160, § 3º do RITCU, a ANTT e os responsáveis ouvidos em audiência encaminharam, em março deste ano, memoriais ao Exmo. Ministro Relator – peças 59 e 60, respectivamente – o qual despachou os autos à unidade técnica (peça 61), de forma excepcional, para a avaliação da pertinência de ajustes na instrução de peça 54.*

11. *Esta instrução tem por objetivo atender ao despacho em questão.*

### **EXAME TÉCNICO**

12. *Optou-se, nesta instrução, por apresentar a irregularidade verificada e os exatos termos das audiências propostas para, em seguida, apresentar as alegações que constaram dos memoriais e respectiva análise.*

#### **Irregularidade 'ii'**

13. *Constatou-se que o valor do reajuste para inclusão dos retornos em nível nos trechos de duplicação do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG foi calculado com base em estimativa de custo genérica, sem que fossem apresentados quaisquer projetos de engenharia dos dispositivos (peça 13, p. 3-5).*

14. *Em vista disso, realizou-se a audiência de Wallace Vargas Roque, Gerente de Projetos de Rodovias da ANTT, no período de 26/3/2015 a 30/10/2015, em razão de (peça 33, p. 21):*

*ter sugerido, conforme Relatório de Análise de Projeto nº 1687/2014 (peça 9), o valor genérico de R\$ 2.158.214,34 (junho/14) para cada retorno em nível a ser implantado na BR-040/DF/GO/MG, valor bastante superior às referências do Dnit e da própria ANTT, em vez de ter exigido da concessionária a apresentação de orçamentos elaborados com base nos projetos básicos de cada um dos retornos em nível, contrariando o art. 3º, inciso I, da Resolução 4.339/2014 da ANTT, bem como o princípio da eficiência ao qual está submetida a Administração Pública, de acordo com o art. 37, caput, da Constituição Federal;*

*Memorial (peça 60)*

15. *O responsável esclarece que o valor global adotado para precificação dos novos dispositivos foi definido com base no projeto executivo de um retorno em nível padrão e informa que a referência utilizada é oriunda de proposta da VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A para implantação de dispositivo semelhante na rodovia BR-116/BA, que se entendeu adequado para a representação padrão dos retornos em nível a serem executados pelas concessionárias da 3ª etapa de concessões (peça 60, p. 2).*
16. *Indica que os retornos em nível são tecnicamente simples e pondera que ‘a complexidade aparece quando se trata da definição do valor de um novo dispositivo a ser inserido em um projeto de duplicação existente, previsto inicialmente no contrato de concessão, cujo risco de quantidades e preços é da concessionária e que, portanto, se desconhece o quadro de quantidades e preços considerado’, situação que ‘culmina na dificuldade técnica do gestor público de separar eventuais serviços sobrepostos, sob risco de pagamento de serviços em duplicidade, dentre eles terraplenagem e drenagem da rodovia, ou mesmo excluir serviços que não estejam contemplados’ (peça 60, p. 2-3).*
17. *Explica que diante da real e imediata necessidade de implantação de dispositivos de retorno na BR-040/DF/GO/MG que fora, inclusive, objeto de solicitações por parte de usuários e recomendação do Ministério Público Federal, avaliou que, naquele momento, as inclusões desses dispositivos nos contratos com a obrigatoriedade da apresentação de projetos executivos favoreceria a postergação das obras pelas concessionárias da 3ª etapa (peça 60, p. 3).*
18. *Além do ‘dilema entre o pronto atendimento aos usuários e ao MPF e as repercussões no contrato ora vigente’, relata desafios a serem superados como o exíguo prazo definido contratualmente para entrega dos projetos das obras ali previstas, o rito interno de análises técnicas e administrativas para inclusão de obrigações contratuais, possíveis adequações no processo de licenciamento ambiental, sendo este risco da administração pública, e eventual necessidade de desapropriação, por exemplo’ (peça 60, p. 3).*
19. *Menciona que a experiência adquirida pela ANTT na análise de obras extra ao Programa de Exploração da Rodovia – PER remete a prazos elevados de discussão entre a concessionária e a Agência, em razão de divergências quanto à execução dos serviços e aos preços dos insumos previstos no Sicro’ (peça 60, p. 3).*
20. *Assim sendo, buscando dar solução ao problema, a ANTT teria decidido adotar um projeto executivo padrão, elaborado por outra concessionária que, obviamente, não seria contemplada com a revisão de contrato em questão (peça 60, p. 3).*
21. *Acrescenta que ‘o valor unitário do dispositivo de retorno em nível foi definido de tal forma que abrangesse a maior recorrência de situações, tendo como referência a economicidade, mas também evitasse as possibilidades de solicitações pelas concessionárias de revisão futura dos valores definidos pela ANTT com base nos projetos executivos’ (peça 60, p. 3).*
22. *Quanto à economicidade, registra que o valor de referência adotado pela ANTT, à época das revisões contratuais, seria inferior ao efetivamente empregado pela Concessionária Via040 S/A quando da implantação dos quatro dispositivos já executados, o que demonstraria que não houve dano ao erário ou prejuízo aos usuários (peça 60, p. 4).*
23. *Conclui que a sugestão do valor de R\$ 1.942.398,41 foi entendida com mais adequada naquele momento e não colocou em risco a prestação do serviço adequado e nem mesmo trouxe prejuízos à eficiência da Administração Pública, conforme prevê o art. 37, caput, da Constituição Federal (peça 60, p. 5).*

*Memorial (peça 59)*

24. *A ANTT informa que a Via040 apresentou projetos executivos dos quatro retornos e que os valores propostos pela concessionária em tais projetos são de 23% a 42% superiores aos valores de referência adotados pela Agência quando do reequilíbrio, de modo que as ações adotadas pela*

*Agência teriam sido conservadoras de modo a buscar um patamar referencial condizente com sua função de garantir o equilíbrio entre os interesses das concessionárias e dos usuários, bem como contribuir para a manutenção da infraestrutura necessária ao desenvolvimento da sociedade (peça 59, p. 7-8).*

#### *Análise*

25. *Conforme instrução anterior, a despeito das alegações em contrário, o responsável não conseguiu demonstrar a efetiva existência de projeto executivo padrão a partir do qual teria obtido o valor global por dispositivo que sugeriu (peça 54, p. 6, parágrafos 36-41).*

26. *A dificuldade técnica para individualizar serviços do retorno em nível, no âmbito de uma duplicação, que já havia sido explicitada pelo responsável (peça 46, p. 5-6, parágrafos 13-16) e considerada na instrução anterior (peça 54, p. 6, parágrafos 42-44), não impede a adequada avaliação dos custos adicionais do serviço.*

27. *As alegações atinentes à urgência das obras para justificar a atuação do responsável à margem dos dispositivos legais já foram analisadas na instrução precedente e consideradas improcedentes (peça 54, p. 4-5, parágrafos 31-35).*

28. *Vale ressaltar que além do amplo prazo disponível para tratar do projeto dos retornos (ao menos desde agosto/2014), restou demonstrado que a inclusão dos dispositivos no contrato, sem os respectivos projetos executivos, não evitou a postergação das obras (peça 54, p. 16):*

*119. É pertinente reforçar que a situação de inconcebível improvisação perdurou até dezembro de 2016, quando as obras definitivas foram entregues, ou seja, um ano e cinco meses depois de iniciada a cobrança de pedágio (peça 48, p. 6).*

29. *Os memoriais ainda trazem informações acerca da apresentação de projetos executivos, por parte da concessionária, para os retornos em nível que já foram executados, cujos valores preliminares teriam resultado maiores do que aqueles inicialmente estimados pelo responsável, defendendo que, em vista disso, a multa seja afastada, por não ter causado prejuízos aos usuários e benefícios indevidos à concessionária.*

30. *Conforme se verifica da instrução precedente, a culpa atribuída ao gestor independe da definição dos valores finais das obras (desconhecidos na oportunidade), pois repousa na inclusão de obras (retornos em nível) em contrato de concessão sem o respaldo dos respectivos projetos de engenharia, por um valor global genérico (R\$ 2.158.214,34 – ref. jun/14), contrariando dispositivos da Agência que regulamentam a matéria (Resolução ANTT 4.339/2014) e princípios que norteiam a Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição Federal), atuação que viabilizou investimento de R\$ 97.119.645,30, na BR-040/DF/GO/MG, para 45 dispositivos (investimento total de R\$ 353.947.151,76, para 164 dispositivos, em cinco contratos de concessão).*

31. *A despeito da irrelevância da apresentação dos projetos para a avaliação de culpabilidade do gestor, cumpre notar que sequer permitem concluir que os valores finais relacionados à inclusão dos quatro retornos já executados serão maiores ou menores do que aqueles que já foram repassados à TBP, pois a própria ANTT afirmou que só serão conhecidos 'quando da conclusão da análise do projeto executivo e orçamento' (peça 59, p. 4), o que não ocorreu.*

32. *Nesta etapa preliminar, é de se esperar que a empresa reivindique valores não inferiores àqueles já obtidos, de forma irregular, junto ao poder concedente, comportamento identificado na instrução anterior, quando tratou da posterior conservação e manutenção dos dispositivos (peça 54, p. 18):*

*135. Cumpre notar que existe uma tendência, por parte das concessionárias da terceira etapa, que não apresentaram plano de negócios, de majorarem os valores demandados para a manutenção/conservação de novas obras para ampliarem suas receitas de pedágio (...)*

33. Além de preliminar e alheia à irregularidade imputada ao responsável, a avaliação de que o valor aprovado pelo gestor teria sido conservador restringiu-se a quatro dispositivos de 45 autorizados para a BR-040/DF/GO/MG e de 164 dispositivos autorizados em cinco contratos de concessão distintos, o que revela temerária qualquer conclusão nesse sentido.

34. Outrossim, não se pode deixar de considerar que os quatro dispositivos em questão, executados depois de concluída a duplicação (duas pistas contíguas), são mais onerosos do que aqueles previstos e executados de forma concomitante com a duplicação (duas pistas apartadas, com alças e faixas de aceleração/desaceleração).

35. Pela figura a seguir, nota-se, no canto esquerdo, uma duplicação típica (como a que foi executada na BR-040/DF/GO/MG – pistas contíguas) e a configuração necessária para viabilizar o retorno pelo canteiro central (distanciamento gradual das pistas, implantação de alças e faixas de aceleração e de desaceleração).



36. Para se chegar ao valor devido pelos retornos que ainda não foram executados (implantação concomitante), será necessário precificar não apenas o dispositivo em nível (aumento de encargos), como também a duplicação típica que deixará de ser executada entre o ponto de início e fim do dispositivo (redução de encargos).

37. No caso dos quatro retornos, é provável que a ANTT esteja considerando apenas o aumento de encargos da concessionária com a execução do dispositivo, sem a redução correspondente à duplicação típica (duas obras executadas no mesmo local – refazimento dos trabalhos), o que eleva sobremaneira os custos envolvidos na intervenção.

38. De qualquer forma, ainda que todos os retornos em nível fossem mais caros (hipótese remota, quando se considera que o valor aprovado pelo gestor foi acertado com as concessionárias em reunião participativa – peça 46, p. 5), ainda assim, a irregularidade de sua atuação não restaria afastada.

39. Cabe ao gestor atuar dentro da esfera de legalidade, o que pressupõe, no caso concreto, que defina os valores de obras com base em projetos de engenharia, abstendo-se de incluir vultosos investimentos em contratos de concessão de forma temerária, mediante apresentação de planilha

*sintética de quantidades, de modo que o equilíbrio econômico-financeiro da avença seja mantido (peça 54, p. 16):*

*123. Como tais valores não foram apurados a partir de projetos executivos específicos, não é possível precisar os acréscimos de encargos efetivamente incorridos pelas empresas para a implantação dos retornos em nível, com vistas a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente avençado entre as partes.*

#### **Conclusão**

40. *Da análise dos memoriais, no tocante à irregularidade 'ii', conclui-se pela manutenção da proposta de encaminhamento anteriormente formulada.*

#### **Irregularidade 'iii'**

41. *Verificou-se que o impacto tarifário do investimento referente aos retornos em nível foi calculado, no fluxo de caixa marginal, considerando-se a implantação integral das obras no 2º ano de concessão, medida que onerava indevidamente os usuários, uma vez que a execução dos retornos está condicionada à duplicação da rodovia, prevista para ocorrer ao menos ao longo de cinco anos (peça 13, p. 5-6).*

42. *Em razão dessa irregularidade, promoveu-se a audiência de Leonardo Villela Teixeira, Cristiano Della Giustina e Viviane Esse, servidores da ANTT signatários da Nota Técnica nº 008/2015/GEINV/SUINF (peça 11), pela qual (peça 33, p. 21):*

*foi sugerida a inclusão do investimento referente à implantação dos retornos em nível no fluxo de caixa marginal inteiramente no 2º ano da concessão, enquanto as obras de duplicação devem ser feitas até o quinto ano do contrato, acarretando acréscimo injustificado da tarifa de pedágio, o que contraria o art. 6º, caput e § 1º da Lei 8.987/1995, bem como o princípio da motivação ao qual está sujeita a Administração Pública, de acordo com o art. 2º da Lei 9.784/1999;*

#### **Memorial (peça 59)**

43. *A ANTT informa que a primeira revisão que cuidou dos retornos em nível (inclusão de 45 dispositivos no segundo ano) teria impactado a tarifa positivamente em R\$ 0,10642; a segunda (reprogramação do cronograma considerando execução de 45 dispositivos ao longo de cinco anos) teria acarretado redução tarifária de R\$ 0,04141 e a terceira (exclusão de 41 dispositivos do contrato de concessão) teria resultado em impacto tarifário negativo de R\$ 0,156813. O somatório das três parcelas ocasionaria impacto final negativo de R\$ 0,091796.*

44. *Disso conclui que 'a tarifa de pedágio a preços iniciais teve uma redução de R\$ 0,092, em função das alterações de cronograma dos retornos operacionais, demonstrando que os reflexos dos ajustes acarretaram uma adequação que não ocasionou prejuízo aos usuários da rodovia' (peça 59, p. 7).*

45. *Acrescenta que a unidade técnica não logrou demonstrar, nem muito menos quantificar, em nenhum momento da instrução processual, eventual prejuízo aos usuários da rodovia, ou qualquer ganho indevido da concessionária em razão da inclusão e posterior adequação do cronograma dos retornos; por outro lado, defende ter demonstrado que não apenas deixou de haver prejuízo aos usuários como ocorreu, de fato, uma redução da TBP (peça 59, p. 7).*

#### **Memorial (peça 60)**

46. *Os responsáveis enfrentam a irregularidade sob quatro aspectos: a) inexistência de ganho extraordinário pela concessionária; b) inexistência de dano aos usuários da concessão; c) panorama econômico das concessões no ano de 2015; e d) inclusão das obras nos contratos de concessão posteriormente à execução pela concessionária (peça 60, p. 5-6).*

#### **a) Inexistência de ganho extraordinário pela concessionária**

47. *Rememoram que a inclusão dos retornos em nível no contrato de concessão (45 unidades) ocorreu em 13/5/2015, com efeitos na tarifa de pedágio a partir de 30/7/2015 e alegam que, na ocasião, a opção pela inclusão dos investimentos no 2º ano de concessão foi adotada para que a*

concessionária tivesse condições de atender às necessidades de segurança da rodovia, proporcionando condições adequadas de acessibilidade aos usuários (peça 60, p. 6).

48. *Relatam que, posteriormente (15/7/2016), o cronograma de implantação dos retornos em nível teria sido compatibilizado com o cronograma previsto para as obras de duplicação do PER e afirmam nesse momento 'percebe-se a intenção dos gestores em compatibilizar o cronograma de investimentos, evidenciando claramente que, em nenhum momento, se visou viabilizar ganhos indevidos à concessionária' (peça 60, p. 6).*

49. *Informam que, mais recentemente (27/7/2017), teria ocorrido a supressão do contrato de concessão dos 41 retornos em nível não executados, sendo mantidas apenas as quatro unidades executadas pela concessionária, iniciativa motivada pelos encaminhamentos sugeridos na instrução técnica de 5/7/2017 (peça 60, p. 6).*

50. *Em seguida, apresentam demonstrativo (fluxo de caixa – retornos em nível) segundo o qual 'as receitas apuradas nos três primeiros anos de concessão não são suficientes para remunerar o investimento realizado no 3º ano' (peça 6, p. 60).*

51. *Em vista disso, seria necessária a 'complementação da receita de pedágio durante o prazo restante de concessão (do ano 4 até o ano 30) para que se tenha o equilíbrio decorrente dos investimentos realizados na implantação dos quatro retornos em nível já concluídos'. Concluem que 'não houve recebimento maior do que o necessário para remunerar os investimentos durante todo o prazo de concessão, de modo que a alegação de ganho exorbitante pela concessionária deve ser integralmente refutada' (peça 60, p. 6).*

#### Análise

52. *Não há como assumir que a opção pela inclusão da totalidade dos retornos em nível, no segundo ano de concessão, tenha sido pautada pelo atendimento das necessidades de segurança da rodovia, pois a implantação gradual dos dispositivos, acompanhando a duplicação da rodovia, levaria prazo não inferior a cinco anos (peça 54, p. 9).*

53. *Além disso, não restam dúvidas de que o impacto tarifário advindo da concentração dos investimentos, no segundo ano de concessão, por sugestão dos gestores que subscreveram a Nota Técnica nº 008/2015/GEINV/SUINF, foi maior do que aquele resultante da distribuição das obras ao longo de cinco anos, fato confirmado tanto pelas tabelas apresentadas nas razões de justificativa (peça 46, p. 17) e no memorial (peça 60, p. 8), quanto pelas revisões posteriores dos investimentos em retornos em nível, que reduziram as tarifas de pedágio injustificadamente incrementadas pelos responsáveis quando da inclusão das obras no contrato (2015).*

	1ª RE	Simulação <sup>(1)</sup>	1ª RO e 3ª RE
TBP (nov/12)	3,33170	3,32087	3,29029
%	3,30%	2,96%	2,02%

Fonte: ANTT - razões de justificativa (peça 46, p. 17)

(1) Simulação caso a decisão, à época, fosse pela distribuição dos retornos segundo metas anuais de duplicação

54. *A possibilidade de revisão posterior do contrato de concessão para reduzir tarifas injustificadamente incrementadas mediante concentração dos investimentos no segundo ano de contrato não elimina a irregularidade que foi constatada nestes autos, nem afasta a conduta reprovável dos gestores.*

55. *Ademais, nota-se que tais revisões, primeiramente no cronograma (distribuição das intervenções ao longo dos anos) e, posteriormente, na quantidade de retornos (supressão tarifária dos dispositivos não executados), foram impulsionadas pela atuação do Tribunal que, em 3/11/2015, detectou irregularidades no lançamento dos investimentos no 2º de concessão (peça 13) e, em 5/7/2017, propôs a supressão dos valores incluídos sem projeto (peça 54, p. 10, 20).*

56. *A informação de que as receitas auferidas pela concessionária para investir em retornos em nível, a despeito de majoradas indevidamente, não são suficientes para remunerar o investimento realizado no terceiro ano é igualmente irrelevante para a responsabilização – além de ser imprecisa, uma vez que o valor dos investimentos não foi definitivamente fixado, o que só ocorrerá ‘quando da conclusão da análise do projeto executivo e orçamento’ (peça 59, p. 4) – e não enseja qualquer reparo na proposta de encaminhamento que constou da instrução anterior.*

*b) Inexistência de dano aos usuários*

57. *No memorial, os responsáveis apresentam tabela em que comparam os incrementos tarifários em três situações, a primeira considerando-se a execução integral dos retornos no segundo ano (3,30%), a segunda distribuindo-se os valores entre o segundo e o quinto ano (2,96%) e a última, prevendo-se a execução entre o terceiro e o sétimo ano de contrato (2,58%).*

58. *Sinalizam que a TBP assumiria valores muito próximos nas três situações (TBP1 = 3,33170; TBP2 = 3,32087; TBP3 = 3,30852) e que o arredondamento dos valores, considerando-se os efeitos inflacionários, levaria os usuários a desembolsar a mesma tarifa de pedágio (TP = 4,0000) em qualquer situação, o que demonstraria que não houve prejuízo aos usuários da concessão (peça 60, p. 8).*

*Análise*

59. *Tais alegações constaram das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis (peça 46, p. 16-17) e já foram analisadas na instrução precedente (peça 54, p. 8, 10-11), de maneira que não ensejam ajustes na proposta de encaminhamento anterior.*

*c) Panorama econômico das concessões no ano de 2015*

60. *Os responsáveis informam que a primeira revisão extraordinária foi realizada no início de 2015, período em que as concessionárias da terceira etapa de concessões estavam em ritmo acelerado de implantação das obras de duplicação da rodovia. Assim, quando da tomada de decisão, não era possível prever que a concessionária encontraria dificuldades financeiras de magnitude tal que viesse a paralisar todas as obras, comprometendo o cronograma inicialmente pactuado (peça 60, p. 9).*

61. *Defendem que cabia aos gestores dar condições para que a concessionária entregasse aos usuários a infraestrutura adequada, sobretudo nas condições de conforto e de segurança. Mencionam que a Concessionária Via040 S/A requereu, em 11/9/2017, a submissão da concessão ao processo de relicitação e conclui que ‘não se pode atribuir aos gestores do contrato o ônus da concessionária não ter cumprido com as obrigações contratuais em decorrência de fatores externos, dos quais não há qualquer forma de controle, e que, além de tudo, ocorreram posteriormente ao processo de revisão que culminou com a inclusão dos retornos em nível no contrato de concessão’ (peça 60, p. 10).*

*Análise*

62. *Avaliou-se, neste processo, a conduta irregular dos responsáveis à luz do contexto que prevalecia quando da inclusão dos retornos em nível no contrato de concessão e, por esse enfoque, ainda que a empresa cumprisse rigorosamente o cronograma pactuado, não seria factível a implantação de todos os dispositivos ao longo de um ano proposta pelos responsáveis.*

63. *A questão da inadimplência das concessionárias da terceira etapa, embora não tenha ensejado a responsabilização, foi objeto de comentários na instrução anterior para que fosse avaliada pelos gestores quando do cumprimento das determinações propostas, que demandam a exclusão da tarifa básica de pedágio dos retornos em nível para posterior inclusão, quando os projetos executivos estiverem concluídos (peça 54, p. 17):*

*128. Se existe fundado receio de que a implantação dos retornos em nível não vá ocorrer no prazo de 48 meses depois da emissão da licença de instalação e, mesmo, a possibilidade de que a empresa jamais realize a duplicação (caducidade, relicitação, etc.), a cautela deverá permear a conduta*

*adotada pelos gestores da ANTT, que poderão optar, se for o caso, pela inclusão dos investimentos na tarifa somente após a efetiva execução das obras.*

64. *Logo, a alteração do panorama econômico das concessões depois do ano de 2015 não interfere na proposta de encaminhamento anterior.*

*d) Inclusão parcelada dos retornos e posterior à execução pela concessionária*

65. *Os responsáveis ponderam que ‘a concessionária somente apresenta os projetos executivos de obras previstas no PER, já que sua elaboração requer certo custo’ e que ‘eventual inclusão gradual por iniciativa da ANTT poderia atrasar o cronograma proposto pela concessionária’; conseqüentemente, ‘a responsabilidade pelos atrasos no cumprimento do cronograma de duplicação seria repassada da concessionária para a Agência’ (peça 60, p. 10).*

66. *Informam que a possibilidade dessa inclusão gradual deveria atender a rito processual que incluiria: a) obtenção do licenciamento ambiental pela EPL (toda a rodovia, parte ou trechos); b) apresentação dos locais de implantação dos retornos pela concessionária à Agência, observando o trecho licenciado; c) revisão extraordinária para inclusão dos investimentos naquele trecho; d) encaminhamento à Diretoria Colegiada para aprovação e publicação da Resolução e; e) encaminhamento dos projetos executivos após publicação da resolução para análise, aprovação e início das obras.*

67. *De acordo com os responsáveis, a observância do rito necessário para a inclusão gradual dos retornos impossibilitaria a concessionária de executar as obras de duplicação de acordo com o cronograma imposto pelo PER. Acrescentam que ‘seria inadequado obrigar a concessionária a executar obras que não estivessem previstas no contrato de concessão nem em seu fluxo de caixa, para somente em um momento posterior incluir os valores dos investimentos’ (peça 60, p. 11).*

68. *Defendem que ‘caso a concessionária não executasse obras incluídas em seu contrato de concessão sem a devida inclusão dos valores dos investimentos no momento oportuno, a Agência não teria instrumentos para responsabilizar as concessionárias pelos atrasos (peça 60, p. 11).*

69. *Concluem que ‘naquele momento, a solução que se demonstrou mais adequada, foi a inclusão regular dos investimentos no 2º ano de concessão, para que a concessionária tivesse condições de atender às necessidades da rodovia, principalmente quanto à eliminação de pontos críticos decorrentes dos movimentos de retornos irregulares, respeitando o cronograma inicialmente pactuado e, a partir daí, garantindo adequadas condições de conforto e segurança do trecho concedido’ (peça 60, p. 11).*

*Análise*

70. *Primeiramente, cumpre recobrar que a responsabilização dos gestores foi proposta porque sugeriram a implantação integral dos dispositivos em um ano, mesmo sabendo que seriam executados, na melhor das hipóteses, ao longo de cinco anos (adoção de cronograma inexecutável, incompatível com as obras de duplicação e desfavorável ao interesse público, consubstanciado no estrito restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença).*

71. *Embora não tenha sido a conduta exigida para efeitos de responsabilização, a instrução anterior sinalizou a inclusão gradual dos investimentos na tarifa, à medida que as obras são entregues, como opção disponível ao gestor, especialmente quando configurado cenário de inadimplência contratual (peça 54, p. 10).*

72. *Em que pese a prática usual da antecipação de receitas fiando-se na execução futura de obras, não há óbice em adotar procedimento diverso. A própria ANTT, recentemente, encaminhou minuta contratual ao Tribunal (BR-101/290/386/448/RS) com previsão expressa nesse sentido (peça 17, p. 25, do TC 028.343/2017-4):*

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

73. *Insta notar, também, que a instrução anterior refutou a possibilidade de elaboração de projeto executivo para os novos trechos de duplicação sem que os dispositivos de retorno necessários à prestação de serviço adequado estivessem contemplados (peça 54, p. 4-5) e rejeitou os argumentos acerca da urgência para afastar o cumprimento dos normativos legais exigíveis (peça 54, p. 5-6).*

74. *Por conseguinte, os novos elementos acerca da 'inclusão parcelada dos retornos e posterior à execução pela concessionária' não afastam a proposta de encaminhamento anterior.*

#### *Conclusão*

75. *Da análise dos memoriais, no tocante à irregularidade 'iii', conclui-se pela manutenção da proposta de encaminhamento anteriormente formulada.*

#### **Irregularidade 'iv'**

76. *Observou-se, na inspeção realizada, que os retornos em nível até então implantados pela concessionária estavam em desacordo com o Manual de Projeto de Interseções do Dnit, pois tinham sido construídos a partir da faixa de ultrapassagem, sem a presença da faixa extra de desaceleração exigível para que a operação de retorno pudesse ser feita em condições de segurança (peça 13, p. 6).*

77. *A irregularidade em questão motivou a audiência de Viviane Esse, Superintendente de Exploração Rodoviária da ANTT, no período de 9/10/2012 a 29/9/2015, em razão de (peça 33, p. 21):*

*ter autorizado a implantação de retornos provisórios na BR-040/DF/GO/MG sem que tenham sido apresentados os projetos de engenharia desses retornos para verificação de sua adequabilidade às normas técnicas do Dnit, o que contraria o item 3.2.5.4 do Programa de Exploração da Rodovia (PER).*

#### *Memorial (peça 60)*

78. *No memorial (peça 60, p. 11-15), a responsável reapresenta os argumentos que já constaram das razões de justificativa (peça 46, p. 20-28).*

79. *Acrescenta que a apresentação de anteprojetos teria sido prejudicial à análise por parte do poder concedente, o que teria culminado na necessidade de implantação posterior dos dispositivos (peça 60, p. 15).*

80. *Entende não ser cabível sua responsabilização por ações que visavam apenas garantir a segurança dos usuários, fundamentadas no interesse público, as quais não resultaram em dano ao erário. Reafirma que autorizou a execução dos retornos provisórios para resolver uma situação caótica e insegura já instalada, situação esta que perdurou até dezembro de 2016, ou seja, mais de um ano após a saída da gestora do cargo de Superintendente, o que demonstraria a má vontade da concessionária em resolver a situação (peça 60, p. 16).*

81. *Conclui que seu ato foi resultado de uma sucessão de eventos, segundo o regramento contratual, severamente prejudicado pela conduta irregular da concessionária, a qual não poderia ser conhecida ou evitada previamente à época até que se materializasse durante e após a execução dos retornos (peça 60, p. 16).*

#### *Análise*

82. *Os argumentos da responsável que constaram do memorial já foram reproduzidos e analisados na instrução precedente (peça 54, p. 12-16).*

83. *Restou caracterizado que, a despeito da apresentação de anteprojeto por parte da concessionária, a responsável teve ciência da insuficiência de retornos ao menos desde agosto de 2014 (parágrafo 112, peça 54, p. 15), de modo que a alegação de que o problema não poderia ser conhecido ou evitado até que se materializasse a execução das obras não pode prosperar.*

84. *Cumprir destacar que a responsabilização não está relacionada à ocorrência de danos ao erário e, também, que a constatação de que os retornos provisórios perduraram até dezembro de*

2016 apenas reforça que 'tais dispositivos jamais poderiam ter sido autorizados e aceitos, especialmente considerando-se a existência de prerrogativas contratuais claras do poder concedente para exigir a entrega tempestiva de obras aptas à prestação de serviço adequado aos usuários' (peça 54, p. 16).

#### Conclusão

85. Da análise dos memoriais, no tocante à irregularidade 'iv', conclui-se pela manutenção da proposta de encaminhamento anteriormente formulada.

#### Determinação f.1

f.1) suprima, da tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que ainda não foram implantados (41 unidades, no caso da BR-040/DF/GO/MG);

#### Memorial (peça 59)

86. A ANTT alega que acolhendo as sugestões propostas pela unidade técnica teria adequado o cronograma de investimentos do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG, excluindo os valores referentes aos dispositivos não implantados, o que teria ocorrido a partir da publicação da Resolução 5.392/2017, de 27/7/2017 (peça 59, p. 3-4).

87. Requer que seja considerada prejudicada a proposta de determinação de item 'f.1', formulada pela unidade técnica deste Tribunal, em razão da publicação da Resolução em comento (peça 59, p. 8).

#### Análise

88. Cumpre destacar, inicialmente, que a inclusão de retornos em nível nas concessões da terceira etapa envolve 164 dispositivos em cinco contratos distintos, conforme apontado na instrução anterior (peça 54, p. 16, parágrafos 122-124).

89. Em vista disso, a necessidade de ajustes não está circunscrita à concessão da BR-040/DF/GO/MG, como se verifica da redação dada à determinação 'f.1', que é de cunho geral, sem prejuízo de apontar, para o caso concreto, a quantidade de retornos conhecidamente não implantados:

f.1) suprima, da tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que ainda não foram implantados (41 unidades, no caso da BR-040/DF/GO/MG);

90. Para as demais concessões (MGO, Concebra, MSVia, CRO – peça 6, p. 4), cabe à ANTT verificar a quantidade de dispositivos pendente de implantação e promover a redução tarifária correspondente, a exemplo do que informa ter realizado para a BR-040/DF/GO/MG. Não foram trazidos aos autos elementos que indiquem providências amplas nesse sentido.

#### Conclusão

91. Do exposto, no tocante à proposta de determinação f.1, conclui-se pela manutenção da proposta de encaminhamento anteriormente formulada, posto que de repercussão ampla.

#### Determinação f.2

f.2) revise, na tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que já foram implantados (4 unidades, no caso da BR-040/DF/GO/MG), com base nos projetos executivos;

#### Memorial (peça 59)

92. Em sua manifestação, a ANTT traz excerto do Memorando 695/2017/GEINV/SUINF indicando que os valores dos dispositivos já executados serão revistos posteriormente (peça 59, p. 4):

11. Ressaltamos que os valores inseridos no 3º ano de concessão, tratam-se de valores provisórios que tem como objetivo remunerar os investimentos realizados nos 4 retornos em nível já implantados pela

*Concessionária Via040. Desta maneira, o Cronograma Financeiro será adequado com os custos definitivos de implantação dessas obras, quando da conclusão da análise do projeto executivo e orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO, sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.*

93. *Alega que tal providência dispensa quaisquer determinações deste Tribunal pois essa revisão, para adequação aos valores dos projetos executivos, seria medida prevista pela ANTT no âmbito administrativo (peça 59, p. 8).*

*Análise*

94. *A ANTT admite que a proposta de determinação ainda não foi aplicada ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG e não traz qualquer elemento que indique ter sido levada a cabo para os quatro contratos de concessões da terceira etapa que apresentam irregularidade análoga.*

95. *Não há qualquer evidência de que essa revisão para adequação dos valores decorrentes dos projetos executivos seria levada adiante sem a intervenção do Tribunal, de modo que a proposta de determinação deve ser conservada.*

*Conclusão*

96. *Do exposto, no tocante à proposta de determinação f.2, conclui-se pela manutenção da proposta de encaminhamento anteriormente formulada.*

### **CONCLUSÃO**

97. *Atendendo a despacho do Exmo. Ministro Relator Augusto Nardes, analisou-se, nesta instrução, os memoriais que constam das peças 59 e 60 dos autos e verificou-se que os novos elementos não afetam as propostas de encaminhamento que constam da instrução precedente à peça 54.*

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

98. *Diante do exposto, submeto os autos à consideração superior, propondo que sejam mantidas inalteradas as propostas de encaminhamento formuladas à peça 54, nos seguintes termos:*

*a) rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Cristiano Della Giustina (irregularidade 'iii'), Leonardo Villela Teixeira (irregularidade 'iii'), Viviane Esse (irregularidades 'iii' e 'iv') e Wallace Vargas Roque (irregularidade 'ii');*

*b) aplicar a Cristiano Della Giustina (irregularidade 'iii'), Leonardo Villela Teixeira (irregularidade 'iii'), Viviane Esse (irregularidades 'iii' e 'iv') e Wallace Vargas Roque (irregularidade 'ii'), individualmente, a pena de multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992;*

*c) fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que os responsáveis comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente, a partir do dia seguinte ao do término do prazo estabelecido, até a data dos efetivos recolhimentos, na forma da legislação em vigor;*

*d) autorizar o desconto das dívidas na remuneração dos servidores, observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990 (quando for o caso);*

*e) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações e não seja possível o desconto determinado;*

*f) determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:*

*f.1) suprima, da tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que ainda não foram implantados (41 unidades, no caso da BR-040/DF/GO/MG);*

f.2) revise, na tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que já foram implantados (4 unidades, no caso da BR-040/DF/GO/MG), com base nos projetos executivos;

g) dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento na Resolução-TCU 265/2014, das seguintes impropriedades, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência semelhantes:

g.1) a inclusão de investimentos em retornos em nível (item 'f.1') no contrato de concessão sem a apresentação de projetos e sem a adoção de cronograma compatível com a efetiva implantação das obras, afronta os arts. 6º, caput, § 1º e 9º, § 4º; ambos da Lei 8.987/1995; o art. 2º, da Lei 9.784/1999; o art. 3º, inciso I, da Resolução ANTT 4.339/2014;

g.2) a inclusão de investimentos no contrato de concessão sem avaliar a viabilidade técnica e econômica de sua execução, considerando-se o grau de inadimplência e insolvência contratual da concessionária, é medida que afronta os dispositivos legais que exigem capacidade de desempenho do serviço concedido (art. 2º, incisos II e III, da Lei 8.987/1995) e capacidade de assegurar a prestação de serviço adequado (art. 6º da Lei 8.987/1995), além de atentar contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, 'b', da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, 'b' do Decreto 4.130/02);

g.3) a inclusão de investimentos para conservação/manutenção de retornos em nível sem a conclusão da sua implantação, e sem a observância da vida útil de projeto antes que novas intervenções estruturais sejam propostas é medida que atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência, da indisponibilidade do interesse público e da motivação (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, 'b', da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, 'b' do Decreto 4.130/02; e que afronta o art. 2º, da Lei 9.784/1999);

g.4) o atraso na entrega das obras de duplicação em relação ao cronograma que orientou a formulação das propostas (duplicação integral em cinco anos) sem que ajustes tarifários relacionados à redução de encargos da concessionária para conservação/manutenção das novas pistas, cuja entrega foi postergada, afronta os arts. 6º, caput, § 1º e 9º, § 4º; ambos da Lei 8.987/1995; o art. 2º, da Lei 9.784/1999 e atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, 'b', da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, 'b' do Decreto 4.130/02).

2. Considerando que a instrução transcrita no item anterior, faz menção a análises realizadas na instrução de peça 54, oportuno relacionar os principais trechos da análise anterior da SeinfraRodovias:

### **EXAME TÉCNICO**

2. Optou-se, nesta instrução, por apresentar a irregularidade verificada e os exatos termos das audiências propostas para, em seguida, apresentar as razões de justificativa e respectiva análise. Ao final do exame técnico, há uma seção que trata da questão do valor relacionado à inclusão dos retornos em nível, no qual serão tratadas eventuais questões suscitadas pelos responsáveis relacionadas ao tema.

### **Irregularidade 'ii'**

3. Constatou-se que o valor do reajuste para inclusão dos retornos em nível nos trechos de duplicação do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG foi calculado com base em estimativa de custo genérica, sem que fossem apresentados quaisquer projetos de engenharia dos dispositivos (peça 13, p. 3-5).

4. Em vista disso, realizou-se a audiência de Wallace Vargas Roque, Gerente de Projetos de Rodovias da ANTT, no período de 26/3/2015 a 30/10/2015, em razão de (peça 33, p. 21):

*ter sugerido, conforme Relatório de Análise de Projeto nº 1687/2014 (peça 9), o valor genérico de R\$ 2.158.214,34 (junho/14) para cada retorno em nível a ser implantado na BR-040/DF/GO/MG, valor bastante superior às referências do Dnit e da própria ANTT, em vez de ter exigido da concessionária a apresentação de orçamentos elaborados com base nos projetos básicos de cada um dos retornos em nível, contrariando o art. 3º, inciso I, da Resolução 4.339/2014 da ANTT, bem como o princípio da eficiência ao qual está submetida a Administração Pública, de acordo com o art. 37, caput, da Constituição Federal;*

#### *Razões de justificativa*

5. *O responsável menciona que não havia previsão de execução de retornos em nível no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG e, como os contratos da 3ª etapa de concessões não exigiam a apresentação de plano de negócios, não se dispunha de referência de custo que pudesse ser verificada para a inclusão de retornos, cuja necessidade teria ficado mais evidente quando do início das obras de duplicação (peça 46, p. 3).*
6. *Indica que após análise das possíveis geometrias, teria sido feita opção pelo retorno em nível com manutenção da pista existente para evitar problemas de fluidez do tráfego (possíveis interrupções da pista existente), mudanças no licenciamento ambiental e a necessidade de desapropriações complementares (peça 46, p. 3).*
7. *Afirma que, embora a configuração geométrica estivesse pré-estabelecida, não se dispunha, na ANTT, de referencial de projeto e orçamento aceitos para o dispositivo em questão; tampouco teriam sido encontrados no Dnit, à época, projetos específicos de retornos em nível executados pela autarquia, senão como parte integrante de um quadro de quantidades geral de obras de duplicação (peça 46, p. 4).*
8. *Desse modo, frente à necessidade de implantação de tais dispositivos, o responsável teria se utilizado de projeto executivo apresentado para análise da ANTT pela VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A., para duplicação da BR-116/BA (km 826,9 ao 862,9), que contemplou um retorno em nível no km 832,2 (peça 46, p. 4).*
9. *Menciona que os parâmetros utilizados para os retornos em nível, tais como a referência de carga para o dimensionamento de pavimentos (número N) e a escolha da solução técnica (pavimento invertido) estariam de acordo com as condições previstas no PER (peça 46, p. 4).*
10. *Relata que teriam sido efetuados ajustes nos quantitativos provenientes do projeto executivo adotado (terraplenagem, pavimentação, sinalização) de forma a considerar apenas os serviços complementares à duplicação, já prevista em contrato, necessários para viabilizar a implantação do retorno em nível (peça 46, p. 5).*
11. *Explica que as quantidades obtidas pela ANTT teriam sido submetidas às concessionárias, que apontaram o risco de ocorrência de solo de baixa qualidade, o que levou a Gerência de Projetos a desconsiderar o reaproveitamento de volumes (corte e aterro) e incluir na planilha a aquisição de material de empréstimo em jazidas e o descarte de material excedente em bota fora (peça 46, p. 5-6).*
12. *Acrescenta que o orçamento referente ao projeto executivo teria sido revisado para atender ao sistema de custos do Dnit (Sicro), adotando-se como referência os valores praticados para o estado da Bahia, na data-base de junho de 2014 e, em seguida complementado com diversos custos indiretos previstos nos normativos do ente regulador, o que resultou no valor final, para cada retorno, de R\$ 2.158.214,34.*
13. *Na sequência, defende que não seria adequada a comparação, realizada na instrução inicial dos autos, entre o valor final de cada retorno e o custo médio gerencial do Dnit (CMGD) para a implantação de 1 km de rodovia em pista simples (R\$ 2.009.000,00 – ref. jul/14), pois este último valor não consideraria diversos custos (BDI, canteiro de obra, mobilização/desmobilização, elaboração de projeto executivo, etc.) e estaria baseado em geometria distinta da adotada no projeto executivo (peça 46, p. 9-10).*

14. *Elabora comparativo segundo o qual os valores propostos pela ANTT, alegadamente obtidos do projeto executivo em questão, resultariam 35,22% menores do que aqueles que seriam obtidos a partir dos CMGD (peça 46, p. 10).*
15. *Defende, ainda, que não seria possível estabelecer correlação adequada entre os valores previstos nos estudos de viabilidade que precederam as concessões da terceira etapa e o projeto executivo, já que os primeiros não teriam considerado particularidades próprias do projeto, relacionadas às movimentações de terra e ao dimensionamento do pavimento (peça 46, p. 10).*
16. *Por fim, alega que a proposta baseada em projeto executivo único para os retornos em nível da concessão da BR-040/DF/GO/MG visou, sobretudo, a urgência do caso, a segurança dos usuários e a fluidez da rodovia e reitera que a sugestão do valor financeiro de R\$ 2.158.214,34 foi entendida como mais adequada naquele momento, já que não colocou em risco a prestação do serviço adequado nem trouxe prejuízos à Administração Pública (peça 46, p. 10).*

#### *Análise*

17. *A nota técnica que propôs a inclusão de retornos em nível nos contratos de concessão da terceira etapa apontou falhas no Programa de Exploração da Rodovia – PER (peça 6, p. 2):*
6. *A título de exemplo, observa-se trechos na rodovia BR-040/MG com distâncias entre dispositivos que variam entre 30 a 60 km, podendo chegar, em casos excepcionais, em 81, 98 e até mesmo 107 km.*
18. *Ainda que o contrato de concessão fosse deficiente (contrato incompleto) no que tange à especificação de retornos, a previsão de tais dispositivos não poderia ter sido negligenciada quando da elaboração do projeto executivo de duplicação, pois não há como conceber que o usuário percorra longos trechos de rodovia sem qualquer possibilidade de retorno.*
19. *Nessa linha, vale retomar os esclarecimentos contidos no Voto condutor do Acórdão nº 1.529/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes:*
8. *Nesse sentido, se a empresa tivesse apresentado um projeto de duplicação das pistas e este estivesse de acordo com as boas técnicas em termos de engenharia, não poderia resultar em longos trechos de duplicação sem qualquer dispositivo de retorno (em nível ou desnível).*
9. *Não se pode admitir que somente depois de concluídos trechos de duplicação de pistas é que se tenha constatado a insuficiência dos dispositivos ‘em virtude de sucessivas reclamações de usuários das rodovias concedidas, que demandavam intervalos menores de retornos do que aqueles previstos no PER’, uma vez que inerente à elaboração de um projeto de duplicação.*
10. *A concessionária, na elaboração de um projeto de duplicação de pistas, não pode deixar de prever dispositivos de retorno em quantidade suficiente para atender às necessidades da rodovia; se os dispositivos em desnível estavam limitados às quantidades estabelecidas no PER, notadamente insuficientes no caso tratado no TC 025.311/2015-8 (processo que examina a inclusão de retornos em nível nos contratos de concessão rodoviária da 3ª Etapa), deveria complementar o projeto de duplicação com os retornos em nível que fossem necessários.*
20. *Em sendo assim, os dispositivos para retorno (em nível ou em desnível) devem estar necessariamente inseridos no bojo dos projetos de duplicação, pois seria contrassenso duplicar uma rodovia para, depois disso, projetar e executar tais elementos; essa deve ter sido a razão pela qual o responsável alega não ter encontrado, no Dnit, projeto de retorno em nível desvinculado de obras de duplicação que pudesse lhe servir como referência de valor.*
21. *No entanto, por paradoxal que possa parecer, a Concessionária BR 040 S.A., com a anuência ou a não objeção da ANTT, projetou e duplicou extensão equivalente a 55,72 km (10% do total a ser implantado) sem adotar qualquer tipo de retorno; expediente inadequado e contrário à sua obrigação contratual (peça 7, p. 46; peça 46, p. 27):*
- Salvo referência específica, a concessionária deverá elaborar os projetos e executar as obras de acordo com as normas e especificações adotadas pelo Dnit e, quando cabível, pelos documentos técnicos pertinentes da ABNT ou outras normas aceitas pela ANTT.*

22. Depois que os projetos e respectivas obras foram executados em desacordo com as normas técnicas aplicáveis, ou seja, sem a previsão de retornos, a liberação da duplicação ao tráfego expôs os usuários da rodovia a situações de risco inaceitáveis, pois as manobras tiveram que ser feitas por passagens improvisadas entre as pistas de rolamento (peça 46, p. 25, 30).
23. Foi nesse contexto que o responsável sugeriu um orçamento global de R\$ 2.158.214,34 (ref. junho/2014) para cada um dos 45 retornos em nível que foram incluídos no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG (total de R\$ 97.119.645,30). Se contabilizados os 164 retornos incluídos em cinco contratos de concessão da terceira etapa, o gestor viabilizou, com sua atuação, investimentos de R\$ 353.947.151,76 sem projetos específicos das intervenções que seriam implantadas (peça 6, p. 4).
24. O responsável alega que a opção por um 'projeto executivo único' teria visado, sobretudo, a urgência do caso, a segurança dos usuários e a fluidez da rodovia (peça 46, p. 11); porém, diante do exposto, o caráter emergencial poderia ser alegado, eventualmente e excepcionalmente, para os dispositivos localizados em trechos concluídos de duplicação ou em avançado estágio de implantação (primeiro ano de concessão), mas jamais para a implantação de trechos previstos para os anos subsequentes.
25. No caso da BR-040/DF/GO/MG, tratado nestes autos, em que apenas quatro dos 45 retornos em nível demandavam providências mais urgentes (peça 46, p. 42), as razões de justificativa apresentadas para a inexistência de projetos detalhados das intervenções não podem ser acolhidas, desde logo, para 41 dos retornos em nível incluídos no contrato de concessão.
26. Isso porque se as falhas de projeto e de execução, no tocante a dispositivos de retorno, ficaram patentes nos trechos entregues para o início da cobrança de pedágio (10% do total), os projetos dos novos segmentos que seriam duplicados nos anos seguintes teriam que necessariamente contemplar retornos em nível em quantidades adequadas às necessidades da rodovia.
27. Em outras palavras, se os novos trechos de duplicação contariam com projetos executivos específicos a partir dos quais os valores adicionais incorridos para a execução dos retornos em nível poderiam ser suficientemente avaliados, não havia razão para sugerir valor global único para todos os dispositivos, o que torna reprovável a conduta adotada pelo responsável e o sujeita a sanção deste Tribunal, por afrontar o art. 3º, inciso I, da Resolução 4.339/2014 da ANTT, bem como o princípio da eficiência ao qual está submetida a Administração Pública, de acordo com o art. 37, caput, da Constituição Federal.
28. Ocorre que mesmo para os quatro retornos cuja implantação estava relacionada com as metas de duplicação do primeiro ano de contrato, a inexistência de projetos executivos específicos tampouco esteve relacionada à 'urgência' das obras, como já restou demonstrado na instrução anterior dos autos (peça 33, p. 11):
98. Primeiramente, é importante noticiar que, até o dia 14/4/2016, nenhum dos 45 retornos em nível incorporados no PER foi implantado na rodovia, conforme Nota Técnica 14/2016/GEINV/SUINF, disponível no endereço eletrônico [http://www.antt.gov.br/html/objects/\\_downloadblob.php?cod\\_blob=20822](http://www.antt.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=20822).
99. Ocorre que as discussões acerca da inclusão dos retornos em nível no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG já estavam ocorrendo em agosto de 2014, como atesta a ata de reunião entre a ANTT e diversas concessionárias de rodovias (peça 30, p. 31-34), na qual já foram estabelecidas as premissas a serem adotadas para o orçamento dos retornos. Nessa mesma ata de reunião, consta que seria concedido um prazo de dez dias para manifestação das concessionárias, bem como que posteriormente seria concedido um novo prazo para apresentação dos projetos (peça 30, p. 34).
100. A publicação no Diário Oficial da União da Resolução 4.699 da ANTT, que aprovou a 1ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio da BR-040/DF/GO/MG em função da inclusão dos retornos em nível, ocorreu somente no dia 19 de maio de 2015 (peça 5).

101. Dessa forma, houve um prazo de 264 dias, ou quase nove meses, entre a reunião que definiu as premissas que deveriam nortear os projetos dos retornos em nível (28/8/2014) e a publicação da resolução que autorizou a revisão da tarifa de pedágio para contemplar os referidos dispositivos (19/5/2015).

102. Caso a ANTT tivesse solicitado às concessionárias a elaboração dos projetos executivos, seria possível avaliar com precisão o custo para implantação dos retornos em nível e assim calcular um valor justo para o aumento da tarifa de pedágio.

103. Ao invés disso, a ANTT apenas colheu as manifestações das concessionárias quanto à implantação dos retornos e elaborou a estimativa de custo genérica no valor de R\$ 2.158.214,34 (junho/2014) para cada retorno, por meio do Relatório de análise de projeto 1687/2014, de 19/11/2014 (peça 9).

104. Destaca-se que o primeiro ofício da Prefeitura Municipal de Cristalina/GO, que foi anexado aos autos, solicitando à Via 040 que implantasse alguns retornos em determinados pontos da rodovia foi elaborado em 17/3/2015 (peça 30, p. 38), quase sete meses depois da reunião do dia 28/8/2014 supradita. Ou seja, de acordo com os documentos acostados aos autos, quando a população começou a pressionar a concessionária para a instalação dos retornos, o assunto já vinha sendo discutido entre a ANTT e as concessionárias de rodovias federais.

29. Além de ter privilegiado valor global único em detrimento de projetos específicos que deveriam ter sido apresentados mesmo para os quatro retornos relacionados aos primeiros trechos de duplicação entregues, o responsável não logrou comprovar, em suas razões de justificativa, que o valor global adotado advém, efetivamente, de projeto executivo (projeto tipo).

30. Primeiramente, é importante mencionar que a informação inicial acerca de projeto dos retornos em nível disponibilizada à unidade técnica do Tribunal limitou-se à apresentação de planilha com quantidades (peça 9, p. 5-6).

31. Ademais, a nota técnica que tratou da inclusão dos dispositivos de retorno em nível no contrato de concessão consignou apenas que as orientações relativas ao projeto dos dispositivos de retorno em nível e seus orçamentos estariam contempladas no Relatório de Análise de Projeto nº 1687/2014 (peça 6, p. 3).

32. O relatório de análise de projeto em questão não faz qualquer menção à utilização de projeto executivo de duplicação da BR-116/BA (km 826,9 ao 862,9) como referência para o valor global que foi incluído nos contratos de concessão (peça 9, p. 3-4).

33. Assim, em que pese as razões de justificativa apresentadas pelo responsável, que buscam configurar a existência de algum tipo de projeto que pudesse servir de base para o valor global que propôs, os processos administrativos que trataram da matéria não fizeram qualquer menção a tal projeto e, como consequência, permitiu-se que investimentos de R\$ 353.947.151,76 fossem autorizados mediante apresentação de planilha sintética de quantidades.

34. Tal procedimento é incompatível com a Resolução ANTT 4.339/2014, que prevê que o valor global das obras e/ou serviços seja obtido a partir de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro), admitindo eventuais ajustes no orçamento decorrentes de diferenças entre o projeto básico e o projeto executivo (art. 3º, § 1º).

35. Nesse sentido, as quatro folhas de projeto (planta e perfil) ora encaminhadas, relativas à BR-116/BA, não permitem concluir que o responsável tenha se utilizado de tais documentos para atingir as quantidades que figuraram da planilha pelo valor global de R\$ 2.158.214,34 para cada retorno (peça 46, p. 95-98).

36. Para uma mínima comprovação nesse sentido, seria necessário apresentar projeto detalhado e completo do dispositivo padrão considerado (terraplenagem, pavimento, drenagem, sinalização, etc.), indicando-se com precisão como foram obtidas as quantidades finais incluídas no contrato de concessão, em consonância com a Resolução ANTT 4.339/2014, o que não ocorreu.

37. Tal medida, contudo, seria irrelevante para a avaliação de culpabilidade do gestor, pois já restou demonstrado que não poderia ter sugerido valor global único para dispositivos de retorno

*em nível que deveriam constar de projetos executivos específicos, ainda que este valor global tivesse sido obtido a partir de projeto executivo, o que definitivamente não restou comprovado.*

38. *De todo exposto, entende-se que as razões de justificativa apresentadas pelo responsável não devem ser acolhidas pelo Tribunal.*

### **Irregularidade 'iii'**

39. *Verificou-se que o impacto tarifário do investimento referente aos retornos em nível foi calculado, no fluxo de caixa marginal, considerando-se a implantação integral das obras no 2º ano de concessão, medida que onerava indevidamente os usuários, uma vez que a execução dos retornos está condicionada à duplicação da rodovia, prevista para ocorrer ao menos ao longo de cinco anos (peça 13, p. 5-6).*

40. *Em razão dessa irregularidade, promoveu-se a audiência de Leonardo Villela Teixeira, Cristiano Della Giustina e Viviane Esse, servidores da ANTT signatários da Nota Técnica nº 008/2015/GEINV/SUINF (peça 11), pela qual (peça 33, p. 21):*

*foi sugerida a inclusão do investimento referente à implantação dos retornos em nível no fluxo de caixa marginal inteiramente no 2º ano da concessão, enquanto as obras de duplicação devem ser feitas até o quinto ano do contrato, acarretando acréscimo injustificado da tarifa de pedágio, o que contraria o art. 6º, caput e § 1º da Lei 8.987/1995, bem como o princípio da motivação ao qual está sujeita a Administração Pública, de acordo com o art. 2º da Lei 9.784/1999;*

### *Razões de justificativa*

41. *Os responsáveis relatam que o contrato de concessão não contemplou a execução de retornos em nível, problema que ficou evidenciado com as obras de duplicação, que levaram os usuários a atravessar o canteiro central para executar movimento irregular ou a percorrer longas distâncias para executar o retorno, o que gerou protestos de representantes de classe, prefeituras municipais, produtores rurais e comunidades lindeiras para a implantação de dispositivos de retorno (peça 46, p. 14).*

42. *A primeira revisão extraordinária da TBP, aprovada pela Resolução 4.699/2015, teria ocorrido de forma emergencial, visando a segurança dos usuários e a fluidez da rodovia; assim, não haveria tempo hábil para que as concessionárias apresentassem os locais de implantação dos retornos, bem como o cronograma de implantação dos dispositivos (peça 46, p. 15).*

43. *De acordo com os responsáveis, a concessionária era a única responsável pela definição dos trechos que seriam duplicados a cada ano para atender as metas estabelecidas no PER, de modo que não era possível definir, à época, a quantidade de dispositivos que seria implantada em cada ano de concessão (peça 46, p. 15).*

44. *Defendem que a necessidade de implantação de retornos, embora mais evidente em rodovias duplicadas, também pode ocorrer trechos em pista simples, de modo que a concessionária poderia optar pela realização da duplicação de trechos em que houvesse a necessidade de dispositivos de retorno, melhorando as condições operacionais da rodovia; em contrapartida, em caso de não execução do quantitativo previsto, o contrato de concessão seria devidamente reequilibrado (peça 46, p. 15).*

45. *A revisão extraordinária teria buscado evitar possível retrabalho na rodovia, visto que nos locais em que a concessionária tivesse concluído a duplicação, seria necessária a demolição da pista nova para implantação de retornos, com inevitável reflexo no valor das obras (peça 46, p. 15).*

46. *Destacam que os retornos em nível têm por objetivo facilitar a movimentação dos usuários sobre a rodovia, melhorando as condições de retorno e acesso às comunidades lindeiras e afirmam que a ANTT teria optado pela inclusão dos novos investimentos no 2º ano de concessão para que a concessionária tivesse condições de atender às necessidades da rodovia, principalmente quanto à*

*eliminação de pontos críticos decorrentes dos movimentos de retornos irregulares, para garantir adequadas condições de contorno e segurança do trecho concedido (peça 46, p. 15-16).*

47. *Informam que posteriormente, por meio da 1ª revisão ordinária e 3ª revisão extraordinária da TBP, o cronograma de implantação dos retornos em nível teria sido compatibilizado com o cronograma previsto para as obras de duplicação do PER, levando-se em consideração a definição dos locais dos dispositivos e o prazo para emissão de licença de instalação das obras previstas na concessão, o que evidenciaria que em nenhum momento se visou incrementar ganhos indevidos à concessionária (peça 46, p. 16).*

48. *Em seguida, realizam simulação na qual comparam os incrementos tarifários em três situações, a primeira considerando-se a execução integral dos retornos no segundo ano (3,30%), a segunda distribuindo-se os valores entre o segundo e o quinto ano (2,96%) e a última, prevendo-se a execução entre o terceiro e o sétimo ano de contrato (2,02%).*

49. *Sinalizam que a TBP assumiria valores muito próximos nas três situações (TBP1 = 3,33170; TBP2 = 3,32087; TBP3 = 3,29029) e que o arredondamento dos valores, considerando-se os efeitos inflacionários, levaria os usuários a desembolsar a mesma tarifa de pedágio (TP = 4,0000) em qualquer situação, o que demonstraria que não houve qualquer tipo de ganho antecipado pela concessionária (peça 46, p. 16-17).*

50. *Concluem que a decisão de propor a inclusão dos investimentos em um único ano, entendida como mais adequada à época, não colocou em risco a prestação do serviço adequado, nem mesmo a modicidade tarifária, princípios fundamentais do contrato de concessão (peça 46, p. 18).*

51. *Por fim, esclarecem que a Nota Técnica 3/2015/GEINV/SUINF não previu a execução de retornos até o 5º ano de concessão; pelo contrário, não apresentou qualquer cronograma de implantação dos retornos, o que só veio a ocorrer por meio da Nota Técnica 8/2015/GEINV/SUINF, de 29/1/2015 (peça 46, p. 18).*

#### *Análise*

52. *Conforme exposto no tópico precedente, eventuais deficiências no contrato de concessão (contrato incompleto) não justificam a elaboração de projeto e a execução de obras de duplicação sem dispositivos de retornos, procedimento contrário às especificações técnicas aplicáveis ao contrato e à exigência legal de prestação de serviço adequado, que resultou em inevitáveis protestos dos usuários, expostos ao risco de conversões inadequadas ou a percorrer longas distâncias para conseguirem mudar de pista de rolamento e alterar o sentido de seu deslocamento em segurança.*

53. *Ademais, consoante visto anteriormente, não se verificou caráter emergencial para a inclusão de 45 retornos na primeira revisão extraordinária da TBP, aprovada pela Resolução ANTT 4.699/2015, especialmente para os dispositivos que seriam implantados para atender as metas de duplicação dos anos subsequentes ao início da cobrança de pedágio.*

54. *Nesse sentido, a não indicação dos locais de implantação dos retornos corrobora a inexistência de urgência na aprovação da Resolução ANTT 4.699/2015, pois se a concessionária não tinha executado trechos de duplicação além daqueles necessários para iniciar a cobrança de pedágio e, possivelmente, sequer elaborado projetos, é natural que não tivesse como apresentar os locais de implantação (variável que seria obtida a partir do projeto executivo da duplicação), dada a precocidade da inclusão dos dispositivos em contrato.*

55. *Se não existia urgência para a execução dos retornos em nível, que deveriam acompanhar o ritmo de entrega das obras de duplicação, razoável que fossem incluídos gradualmente no contrato de concessão, à medida em que os novos segmentos de duplicação para atender as metas estabelecidas no PER fossem definidos pela concessionária e os respectivos projetos fossem*

apresentados, o que permitiria a quantificação e valoração precisas para efeito de revisão tarifária.

56. Outro expediente possível e ainda mais adequado ao caso vertente, seria repassar os efeitos tarifários à tarifa básica de pedágio depois da conclusão dos retornos em nível programados para atender determinada meta anual de duplicação, de modo a garantir que os usuários paguem somente por serviços efetivamente disponibilizados pela concessionária.

57. No entanto, os responsáveis enveredaram por caminho irregular ao propor a inclusão de todos os retornos em nível no segundo ano de concessão, cronograma nitidamente inexecuível, posto que a execução dos dispositivos está atrelada à implantação da duplicação, prevista para ocorrer no prazo de 48 meses a partir da emissão da licença de instalação.

58. No caso da BR-040/DF/GO/MG, em que a transferência de titularidade da licença de instalação (marco para contagem dos prazos) ocorreu em 10/1/2017 (peça 47, p. 16), os 45 retornos em nível estarão concluídos, na melhor das hipóteses, em janeiro de 2021, qual seja, sete anos após o início do contrato.

59. Portanto, não existia qualquer possibilidade de entrega dos 45 retornos em nível no segundo ano de contrato e os gestores tinham amplo conhecimento desse fato; nesse sentido, vale destacar que os dispositivos foram especificados para os trechos que seriam duplicados, apesar de alegarem que a implantação em rodovias de pista simples também fosse factível (peça 6, p. 1):

*A presente Nota Técnica tem como objetivo apresentar análise acerca da viabilidade de incorporação de dispositivos adicionais de retorno em nível nos projetos de duplicação das rodovias da 3ª Etapa – Fases I e III de concessões.*

60. Cumpre ressaltar, também, que as audiências dos responsáveis foram motivadas pela subscrição da Nota Técnica 8/2015, na qual indicaram cronograma de execução integral no segundo ano de concessão (peça 11), alterando o teor da Nota Técnica 3/2015/GEINV/SUINF, que previra o seguinte (peça 6, p. 3):

*14. A implantação dos retornos deverá ser realizada até o final do 5º ano de concessão, período em que a duplicação das rodovias também deverá estar concluída.*

61. Conclui-se, por conseguinte, que os três gestores atuaram para viabilizar a inclusão de investimentos em retornos em nível no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG com base em cronograma de execução inexecuível e desvinculado das premissas da contratação, o que fere o princípio da motivação ao qual está sujeita a Administração Pública, conforme art. 2º da Lei 9.784/1999.

62. Em termos práticos, a concentração dos investimentos no segundo ano de concessão em detrimento de sua diluição ao longo dos anos faz com que o incremento tarifário seja maior do que aquele necessário ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença (art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995), o que atenta contra a modicidade tarifária, condição necessária à prestação de serviço adequado (art. 6º, caput e § 1º da Lei 8.987/1995).

63. As simulações apresentadas pelos responsáveis ratificam essa constatação, pois a tarifa básica de pedágio resultante da inclusão integral dos investimentos no segundo ano de contrato foi de R\$ 3,33170 (aumento de 3,30%), ao passo que a distribuição das obras entre o terceiro e o sétimo ano resultaria em TBP de R\$ 3,29029 (aumento de 2,02%), qual seja, diferença de R\$ 0,04141 para cada eixo pagante que transita pelas onze praças de pedágio da BR-040/DF/GO/MG.

64. Além disso, se os responsáveis tivessem optado pela inclusão gradual dos investimentos na tarifa, à medida em que as obras fossem entregues (garantia de pagamento por serviço efetivamente executado), os usuários sequer teriam sido submetidos ao incremento de R\$ 0,10642 (TBP passou de R\$ 3,22528 para R\$ 3,33170) que passou a vigorar em decorrência da Resolução 4.699/2015 (peça 5).

65. *No tocante à antecipação de receitas fiando-se na execução futura das obras, é oportuno destacar que, de modo geral, as concessionárias que arremataram os últimos lotes de concessão (terceira etapa) praticamente paralisaram as obras de duplicação depois que atingiram a meta (10%) para início da cobrança de pedágio.*
66. *Vale ressaltar que, em vista do inadimplemento generalizado dos contratos, a Lei 13.448/2017 permitiu, inclusive, a relicitação do objeto concedido no setor rodoviário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.*
67. *A Via 040, ao que tudo indica, não entregará suas obrigações atinentes à ampliação de capacidade da BR-040/DF/GO/MG no prazo pactuado, pois tem o compromisso de duplicar 109,0 km e converter 28,4 km de multivias até 9/1/2018, mas atuou em apenas 13,8 km de extensão além dos 59,9 km entregues em julho/2015 para iniciar a cobrança de pedágio, conforme relatório de acompanhamento de maio de 2017 (peça 52, p. 6).*
68. *Além do mais, a ANTT autuou processo administrativo que trata de averiguações preliminares de caducidade da concessão em tela (50500.331315/2017-90), diante dos reiterados descumprimentos contratuais observados pela Agência (peça 53).*
69. *Assim sendo, ao definirem que os investimentos em retornos em nível seriam incluídos no segundo ano de concessão os gestores injustificadamente permitiram um incremento da TBP superior àquele que seria obtido a partir da adoção de um cronograma compatível com as obras de duplicação.*
70. *Cumpra notar que os ajustes no cronograma de implantação dos retornos em nível que teriam sido efetivados por ocasião da 1ª revisão ordinária e 3ª extraordinária da TBP, após os apontamentos desta representação, não ilidem a irregularidade imputada aos responsáveis à época da inclusão dos investimentos no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG, que determinaram a adoção de cronograma inexecutável, incompatível com as obras de duplicação e desfavorável ao interesse público (estrito restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença).*
71. *A questão arguida pelos responsáveis de que o mesmo valor tarifário seria praticado caso os responsáveis tivessem optado pela diluição dos investimentos, em razão de arredondamentos, além de não eliminar a irregularidade e afastar a conduta reprovável dos gestores, não se sustenta.*
72. *Primeiramente, insta notar que a simulação feita considerou apenas o impacto dos retornos em nível, enquanto a definição do valor final a ser praticado nas praças de pedágio levou em conta outras alterações contratuais ocorridas durante o período avaliado, a exemplo da perda de receita devido à entrada em vigor da Lei 10.103/2015; portanto, não ficou comprovado que a diferença entre as duas situações tenha ensejado arredondamento.*
73. *Além disso, o contrato de concessão prevê que qualquer arredondamento a menor da tarifa de pedágio seja considerado na revisão ordinária do ano seguinte, mediante utilização do fator C; portanto, os centavos que deixaram de ser cobrados em um ano onerarão as tarifas no ano seguinte, ou seja, a empresa continua sendo beneficiada em detrimento dos pagantes do pedágio (peça 49, p. 35, 65).*
74. *Assim sendo, embora os retornos tenham por objetivo facilitar a movimentação dos usuários sobre a rodovia, a opção dos gestores pela inclusão integral dos investimentos em tais dispositivos no 2º ano de concessão constituiu-se em decisão nitidamente inadequada e irregular à época, já que as obras não seriam jamais demandadas com tal brevidade e o cronograma proposto repercutiu desfavoravelmente ao interesse público, de modo que as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis não devem ser acolhidas.*

#### **Irregularidade 'iv'**

75. *Observou-se, na inspeção realizada, que os retornos em nível até então implantados pela concessionária estavam em desacordo com o Manual de Projeto de Interseções do Dnit, pois*

*tenham sido construídos a partir da faixa de ultrapassagem, sem a presença da faixa extra de desaceleração exigível para que a operação de retorno pudesse ser feita em condições de segurança (peça 13, p. 6), conforme foto abaixo, extraída do relatório à peça 12.*



Retorno em nível em trecho duplicado pela Via 040 – Km 167 da BR-040/MG

76. *A irregularidade em questão motivou a audiência de Viviane Esse, Superintendente de Exploração Rodoviária da ANTT, no período de 9/10/2012 a 29/9/2015, em razão de (peça 33, p. 21):*

*ter autorizado a implantação de retornos provisórios na BR-040/DF/GO/MG sem que tenham sido apresentados os projetos de engenharia desses retornos para verificação de sua adequabilidade às normas técnicas do Dnit, o que contraria o item 3.2.5.4 do Programa de Exploração da Rodovia (PER).*

*Razões de justificativa*

77. *A responsável destaca, num primeiro momento, os ganhos em termos de segurança e de fluidez, além de benefícios operacionais e impactos econômicos associados à duplicação de uma rodovia, em confronto com as condições menos favoráveis oferecidas por rodovias de pista simples (peça 46, p. 20).*

78. *Relata que com a execução das obras de duplicação da BR-040/DF/GO/MG (meta equivalente a 10% do total), a ANTT teria sido procurada, entre os meses de maio e julho de 2015, por lideranças comunitárias, produtores rurais, autoridades políticas, comerciantes, produtores locais e representantes de manifestantes que bloquearam a rodovia por mais de quatro vezes, todos solicitando a implantação de retornos, a paralisação das obras de duplicação e a abertura do canteiro central para retorno, de forma paliativa (peça 46, p. 20).*

79. *A equipe técnica da ANTT teria buscado conscientizar manifestantes dos riscos e prejuízos causados pela interrupção de tráfego da rodovia e esclarecer os riscos à segurança da abertura do canteiro central para retorno, já que os dispositivos somente poderiam ser implantados após elaboração de projeto executivo em consonância com as normas de engenharia vigentes (peça 46, p. 21).*

80. *Alega que os produtores rurais, premidos pela necessidade de escoamento imediato de seus produtos, teriam apresentado forte oposição aos prazos necessários para a execução dos retornos, pois ultrapassariam o período de escoamento da safra; exigindo a paralisação imediata*

das obras de duplicação e suspensão da aplicação de multas em razão de retornos irregulares (peça 46, p. 21).

81. *Informa que, apesar dos esclarecimentos, a rodovia teria sido fechada várias vezes – uma das reivindicações seria a implantação imediata de retornos na rodovia, sob alegação de que os motoristas eram forçados a realizar manobras arriscadas pela ausência de oportunidades de retorno, o que foi confirmado por inspetores da Polícia Rodoviária Federal que acompanharam as manifestações (peça 46, p. 21).*

82. *Relembra que em 28/7/2015 o Ministério Público Federal teria recomendado à ANTT que suspendesse a cobrança do pedágio em Cristalina/GO, cujo início de cobrança estava previsto para 30/7/2015, motivado, dentre outras razões, para evitar o pagamento de pedágio por usuários que usam a BR-040 exclusivamente para acessar o comércio localizado entre a cidade e a praça de pedágio e o escoamento da safra pelos produtores rurais (peça 46, p. 21).*

83. *Afirma que, no período, as entidades de classe teriam se reunido e formado a ‘Comissão de Estudos e Propostas de Duplicação das Rodovias BR-040/DF/GO/MG e BR-050/GO/MG’ que, dentre outros pleitos, solicitou a implantação imediata de retornos operacionais ao longo da rodovia (peça 46, p. 22).*

84. *Alega que nas negociações conduzidas pelo MPF com os diversos atores envolvidos teria ficado acertado que a Agência analisaria as propostas apresentadas pela municipalidade de Cristalina/GO para o posicionamento dos retornos e que, após tratativas com os envolvidos, teria se chegado a um consenso em relação aos dispositivos que seriam adotados, com distância máxima entre dispositivos de 12 km (peça 46, p. 22-23).*

85. *Diante desse cenário de evidente interesse público e considerando a existência de trechos já duplicados e liberados ao tráfego, é que se teria autorizado, em caráter excepcional, a implantação de quatro retornos provisórios em nível (km 71,5, km 114,5 e km 122,0/GO; km 167,57/MG), considerando-se o grave risco de acidentes e várias paralisações da rodovia (peça 46, p. 23-24).*

86. *A excepcionalidade não teria representado anistia das obrigações da concessionária, da qual exigiu-se apresentação de projetos funcionais e que os retornos provisórios deveriam ser substituídos por outros definitivos, com objetivo de garantir conforto e segurança aos usuários, cujos projetos executivos seriam apresentados em no máximo 90 dias (peça 46, p. 24).*

87. *Reforça que a autorização para implantação de retornos provisórios teria sido caracterizada pela excepcionalidade da situação e pelo interesse público, dado o risco de acidentes de retornos desordenados, após reuniões com as partes interessadas e alertas da PRF; ressalta que o ato administrativo não dispensou a apresentação de projetos funcionais e executivos; teria ocorrido autorização para início imediato das obras, com projeto funcional, concomitante à elaboração do projeto executivo (peça 46, p. 25).*

88. *Acrescenta que a responsabilidade pela execução das obras e serviços em consonância com o contrato, PER, resoluções e normas vigentes é da concessionária e que mesmo após o recebimento, caso constatado algum vício ou inconformidade, as correções são de responsabilidade da concessionária (peça 46, p. 26).*

89. *No caso concreto, em que os retornos operacionais foram executados em desacordo com a norma do Dnit, defende que os ajustes ou correções poderiam ser executados pela concessionária a qualquer momento, sem qualquer direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, por conta própria ou mediante solicitação da ANTT, o que teria ocorrido em 6/11/2015.*

90. *Menciona a existência de parecer técnico que teria recomendado a instauração de processo administrativo simplificado (PAS) para apurar possíveis irregularidades e descumprimentos da concessionária relacionados aos retornos em nível irregulares verificados pelos auditores do Tribunal (peça 46, p. 26).*

91. *Defende que não teria ocorrido descumprimento do item 3.2.5.4 do PER, pois a não objeção a anteprojeto executivo pela ANTT, quando for o caso, não significa a assunção de qualquer responsabilidade técnica por parte da ANTT, que teria garantido a proteção do bem público mediante autorização excepcional para sanar pontos críticos na rodovia de forma rápida e imediata (peça 46, p. 27).*

92. *Conclui que a autorização excepcional para a implantação dos retornos provisórios na BR-040/DF/GO/MG, de forma concomitante à elaboração dos projetos executivos, com determinação para envio dos projetos funcionais, fundamenta-se no interesse público e teve como objetivo a garantia da segurança dos usuários, procedimento que estaria respaldado pelas garantias descritas no item 6 do contrato (peça 46, p. 28).*

#### *Análise*

93. *Antes de avaliar a conduta da gestora ao autorizar a implantação de retornos provisórios na BR-040/DF/GO/MG é pertinente contextualizar a sucessão de eventos que culminou no ato administrativo sob análise.*

94. *Primeiramente, é importante recobrar que o projeto executivo da duplicação, a cargo da concessionária, não poderia ter sido elaborado sem a previsão de retornos suficientes à prestação de serviço adequado aos usuários, ainda que o contrato de concessão fosse deficiente quanto à especificação dos dispositivos.*

95. *Contratualmente, porém, exigiu-se da concessionária, como condição para execução das intervenções da frente de ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço previstas no PER, apenas o anteprojeto das obras, com anotação de responsabilidade técnica, garantindo que estaria de acordo com as normas técnicas vigentes; o projeto executivo, embora obrigatório, poderia ser apresentado posteriormente (peça 49, p. 13).*

96. *O Tribunal já manifestou entendimento, no Acórdão nº 943/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, no sentido de que a exigência de anteprojeto, em detrimento dos projetos não teria amparo legal e seria prejudicial à análise por parte do poder concedente, razão pela qual se determinou à ANTT que:*

*9.2.25. estabeleça, no PER e na minuta do contrato, que as concessionárias deverão apresentar os projetos, preferencialmente executivos, previamente ao início das obras;*

97. *No Voto condutor do Acórdão 1529/2016-TCU-Plenário, que tratou de embargos de declaração opostos pela ANTT ao Acórdão nº 943/2016-TCU-Plenário, o Exmo. Ministro Relator teceu considerações acerca da determinação em questão e dos retornos em nível nos contratos da terceira etapa de concessões:*

*6. Em sua peça, a ANTT defende que a insuficiência de retornos para as concessões da 3ª etapa não decorre de problemas de projeto, mas contraditoriamente afirma que o Manual de Interseções do Dnit prevê que se deva fixar 'distâncias adequadas entre os retornos' com base em 'locais potenciais de acessos (verificadas na fase do projeto)'.  
7. Ora, se a localização dos retornos em nível deveria ocorrer na fase de projeto e o anteprojeto limitou-se a relacionar as melhorias previamente definidas no PER como indicou a ANTT, não resta dúvida que a irregularidade relacionada à insuficiência de retornos para as concessões da 3ª etapa está relacionada à dispensa de apresentação de projeto de duplicação das pistas previamente ao início das obras.*

98. *Tais dispositivos contratuais contribuíram para que a concessionária elaborasse anteprojetos e, posteriormente, projetos de duplicação, sem a observância de requisitos técnicos mínimos no tocante a dispositivos de retornos e, mesmo assim, obtivesse a não-objeção da ANTT, o que não a isenta de responsabilidade, nos termos do contrato (peça 49, p. 13):*

*6.3 A não objeção ao anteprojeto ou projeto executivo pela ANTT, quando for o caso, não significa a assunção de qualquer responsabilidade técnica por parte desta.*

99. *Como resultado da atuação inadequada da empresa, não coibida pelo poder concedente, as obras de duplicação para atender a meta necessária ao início da cobrança de pedágio (10% do total) foram implantadas de forma irregular, o que ensejaria a obrigação de reparar no prazo fixado pelo órgão regulador (peça 49, p. 13, 30):*

*6.2.3 Caso a obra executada esteja em desacordo com as normas técnicas e parâmetros do PER, os ajustes ou correções necessários serão executados pela concessionária sem qualquer direito a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.(...)*

*15.5 A concessionária será obrigada a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, as obras e serviços pertinentes à concessão em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de execução ou de materiais empregados, nos prazos que forem fixados pela ANTT.*

100. *Nesse contexto, as correções destinadas a dotar os trechos duplicados de dispositivos de retorno suficientes para prover serviço adequado e condições de segurança aos usuários deveriam ter ocorrido antes da liberação da nova pista ao tráfego, de sorte a evitar os transtornos e riscos inerentes a uma obra inconclusa.*

101. *No entanto, como a liberação ao tráfego era requisito contratual indispensável para que a concessionária pudesse iniciar a cobrança de pedágio, a nova pista foi liberada de forma açodada, sem que estivesse em condições de proporcionar serviço adequado aos usuários (peça 49, p. 19), frise-se, previsto no art. 6º da Lei 8987/1995*

*Somente serão consideradas implantadas as pistas duplas e, portanto, como atendidas as metas de duplicação indicadas no PER e neste Contrato, quando concluídas as obras de duplicação e respectivas melhorias, observadas as exceções previstas no PER, e quando essas pistas e melhorias forem abertas ao tráfego.*

102. *A liberação ao tráfego de uma duplicação inconclusa, para satisfazer requisito necessário ao início da cobrança de pedágio por parte da concessionária, expôs os usuários a uma situação intolerável – ou percorriam longos trechos rodoviários para conseguir alterar o sentido de seu deslocamento com maior segurança ou se arriscavam em travessias improvisadas pelo canteiro central.*

103. *Diante desse quadro de ilegalidade e grave lesão ao direito dos usuários de receber a prestação de serviço adequado em prol do interesse da concessionária, consubstanciado em iniciar a cobrança de pedágio a despeito da não conclusão das obras de duplicação, as manifestações e protestos se intensificaram no sentido de que o problema fosse imediatamente solucionado, proporcionando condições de retorno nos trechos duplicados liberados ao tráfego, conforme documentado nas razões de justificativa.*

104. *A responsável alega que ao ser confrontada com essa situação teria adotado medida emergencial e de caráter excepcional, visando a segurança dos usuários, ao autorizar, em 15/7/2015, a execução de retornos provisórios na BR-040, ressaltando que deveriam estar operacionais até o final daquele mês, quando iniciou-se a cobrança de pedágio (peça 28, p. 10).*

105. *Ocorre que as discussões acerca da inclusão de retornos em nível no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG remontam a agosto de 2014, ou seja, quatro meses depois do início da concessão, conforme documentado na ata de reunião entre a ANTT e diversas concessionárias de rodovias, subscrita pela responsável (peça 30, p. 31-34).*

106. *Logo, caberia à responsável, na condição de Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária e comprovadamente ciente do problema desde, pelo menos, agosto de 2014, adotar medidas para coibir o avanço do projeto e das obras de duplicação sem dispositivos de retorno ou, ainda, para obstar a liberação ao tráfego e o início da cobrança de pedágio até que o problema fosse sanado pela concessionária.*

107. *A responsável, contudo, assumiu conduta diversa e permitiu que a irregularidade se concretizasse, com graves implicações para os usuários da rodovia, inclusive sob o aspecto da*

segurança. Não se pode, por conseguinte, desconsiderar que a situação excepcional e emergencial enfrentada pela responsável ao autorizar a execução de retornos provisórios decorre, em grande medida, de sua conduta omissiva em evitar um problema que já fora anunciado.

108. Quando autorizou a execução de retornos provisórios para resolver uma situação caótica já instalada, que poderia ter evitado, incorreu em nova irregularidade, pois permitiu que a concessionária realizasse obras improvisadas, destituídas de projetos, em prazo incompatível com a solução do problema (15 dias), conforme assinalado na instrução anterior (peça 33, p. 18):

171. O fato de a ANTT determinar a instalação dos retornos provisórios em um prazo de quinze dias é um agravante para essa irregularidade, uma vez que a Agência deveria ter exigido primeiramente a apresentação dos projetos executivos desses retornos, embora fossem provisórios, e verificar a adequação desses projetos às normas do DNIT, antes de autorizar a execução desses dispositivos na rodovia.

172. Em vez de fazer essas exigências, a ANTT apenas determinou a execução dos retornos provisórios. O resultado foi que os retornos ficaram perigosos de tal forma que foi instalada até sinalização de retorno proibido para caminhões e ônibus, dada a ausência de condições de segurança para esses veículos (peça 12, p. 6).

109. Na ocasião em que deferiu a autorização para as obras improvisadas, a cobrança de pedágio, que ocorreria a partir de 30/7/2015, sequer tinha sido iniciada; de sorte que seria possível à gestora adotar conduta diversa, exigindo que a duplicação da rodovia, que não estava em condições de ser liberada ao tráfego, fosse devidamente adequada, antes do início da cobrança, o que certamente conduziria a uma solução definitiva e célere do problema.

110. Preferiu, no entanto, lançar mão de medida que permitiu conciliar os protestos da comunidade aos interesses da concessionária, qual seja, a autorização para a instalação de retornos provisórios, que permitiriam aos veículos realizar a conversão, ainda que de forma precária e arriscada, e à empresa proceder a cobrança de pedágio, mesmo que a obra estivesse inconclusa e sem condições de ser aceita. Com isso, colocou em risco os usuários da rodovia que trafegaram numa rodovia com dispositivos de retornos cujas características destoam das normas viárias vigentes.

111. Em decorrência de sua atuação temerária foram instalados os retornos provisórios documentados pela equipe de inspeção – inseguros e executados ao arrepio das normas técnicas aplicáveis – como confirmou a responsável (peça 46, p. 28):

103. Entende-se que, considerando as garantias contratuais descritas no item 6 do contrato, não pode prevalecer o formalismo exacerbado em detrimento da realidade atestada pelo MPF e usuários da rodovia, de grave risco à segurança dos mesmos, verificadas as garantias de execução, pela concessionária, dos ajustes ou correções necessários, **caso as referidas obras fossem executados, como o foram, em desacordo com as normas técnicas e parâmetros do PER.** (grifou-se)

112. É pertinente reforçar que a situação de inconcebível improvisação perdurou até dezembro de 2016, quando as obras definitivas foram entregues, ou seja, um ano e cinco meses depois de iniciada a cobrança de pedágio (peça 48, p. 6).

113. Assim sendo, apesar de atribuir a responsabilidade pela inadequação dos retornos provisórios à concessionária, fato é que tais dispositivos jamais poderiam ter sido autorizados e aceitos, especialmente considerando-se a existência de prerrogativas contratuais claras do poder concedente para exigir a entrega tempestiva de obras aptas à prestação de serviço adequado aos usuários.

114. Em razão do exposto, entende-se que as razões de justificativa da responsável não devem ser acolhidas.

**Valor dos retornos em nível (implantação e conservação/manutenção)**

115. *Na análise das razões de justificativa relacionadas à irregularidade 'ii', verificou-se que 164 retornos em nível foram incluídos em cinco contratos de concessão da terceira etapa pelo valor global unitário de R\$ 2.158.214,34, o que perfaz montante de R\$ 353.947.151,76.*
116. *Como tais valores não foram apurados a partir de projetos executivos específicos, não é possível precisar os acréscimos de encargos efetivamente incorridos pelas empresas para a implantação dos retornos em nível, com vistas a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente avençado entre as partes.*
117. *Assim sendo, é necessário que os valores sejam revistos com base nos projetos executivos de duplicação, à medida em que forem encaminhados para análise da ANTT, procedimento que pode ser realizado de imediato para os dispositivos em nível que já foram implantados.*
118. *Para os demais retornos, que ainda não contam com projeto executivo a partir do qual os valores possam ser apurados, é necessário promover a supressão dos valores que foram irregularmente inseridos na tarifa básica de pedágio até que estejam em condições de serem incluídos no contrato de concessão.*
119. *Além da condição básica, qual seja, a apresentação de projeto para cada dispositivo, é importante que o poder concedente avalie as condições de adimplemento contratual da concessionária em relação às metas anuais de duplicação para propor a inclusão dos investimentos em retornos em nível.*
120. *Não é razoável incluir a execução de retornos em nível entre o terceiro e o sétimo ano de contrato se a empresa executou apenas a duplicação necessária para a cobrança de pedágio e paralisou suas atividades relacionadas à ampliação de capacidade da rodovia, pois se estaria a gerar um novo cronograma fictício de execução de obras a onerar indevidamente os usuários em termos de tarifa.*
121. *Se existe fundado receio de que a implantação dos retornos em nível não vá ocorrer no prazo de 48 meses depois da emissão da licença de instalação e, mesmo, a possibilidade de que a empresa jamais realize a duplicação (caducidade, relicitação, etc.), a cautela deverá permear a conduta adotada pelos gestores da ANTT, que poderão optar, se for o caso, pela inclusão dos investimentos na tarifa somente após a efetiva execução das obras.*
122. *Uma prudência ainda maior deverá ser observada em relação às propostas das concessionárias para a manutenção de retornos em nível que sequer foram instalados, o que poderá onerar injustificadamente os usuários da rodovia.*
123. *No caso da Via 040, a Nota Técnica 21/2016/GEINV/SUINF revela que o pleito da concessionária atingiu a cifra de **R\$ 101.214.732,80 apenas para realizar serviços de manutenção e conservação dos 45 dispositivos incluídos no contrato de concessão, ou seja, valor superior à implantação, que totalizou R\$ 97.119.645,30** (peça 50, p. 24).*
124. *Quanto a esse aspecto, é importante considerar, primeiramente, que a Gerência de Projetos da ANTT considerou que os retornos em nível, depois de implantados, não exigiam intervenções, além da conservação, pelo prazo de dez anos (peça 10, p. 1):*
- Outrossim, destacamos que, acerca do ciclo de manutenção, para as condições retro mencionadas e havendo projeto de drenagem adequado, não haveria demanda por restaurações estruturais ao longo da vida útil de projeto (em geral 10 anos a partir da data de abertura ao tráfego prevista), limitando-se assim, caso ocorram, a intervenções funcionais anuais de conservação que garantam o cumprimento dos parâmetros de desempenho, já previstas em contrato, dado que inserem-se na manutenção usual da própria rodovia concedida.*
125. *Portanto, não há que se cuidar, nesse momento, de intervenções estruturais em dispositivos que foram entregues em dezembro de 2016 (executados para desempenharem eficientemente sua função por um período de dez anos, com pequenas intervenções de conservação); muito menos naqueles que sequer foram implantados.*

126. Ademais, quando for necessária uma recuperação estrutural dos retornos em nível, a concessionária precisará submeter projetos individualizados das obras que pretende realizar, o que deverá ser avaliado pela ANTT, antes que qualquer tipo de incremento tarifário ocorra.

127. Além da improcedência do pleito, vale destacar, também, o despropósito dos valores demandados pela Via 040. A título comparativo, a MS Via (BR-163/MS) postulou, com base em premissas do EVTEA, R\$ 5,1 milhões para 38 retornos em nível incluídos em seu contrato de concessão (conservação, manutenção e monitoração), conforme Nota Técnica 18/2016/GEINV/SUINF (peça 51, p. 37, 39):

*Mantendo uma coerência com as premissas adotadas na elaboração do EVTE, considerou-se a mesma proporção 'conservação/monitoração' em relação aos investimentos totais utilizada neste estudo como parâmetro para inclusão no fluxo de caixa marginal.*

*Desta forma, a proporção de 7% encontrada foi distribuída linearmente após a conclusão das obras até o término do prazo de concessão.*

128. Cumpre notar que existe uma tendência, por parte das concessionárias da terceira etapa, que não apresentaram plano de negócios, de majorarem os valores demandados para a manutenção/conservação de novas obras para ampliarem suas receitas de pedágio, o que se nota com muita clareza do confronto entre os dois pleitos encaminhados à ANTT.

129. É relevante considerar que a postergação das obras de duplicação também gera uma redução de encargos das concessionárias no tocante à manutenção/conservação, que deverá ser quantificada pela ANTT de maneira análoga àquela adotada para a inclusão de novas obras.

130. No caso da Via 040, por exemplo, a tarifa ofertada pela empresa considerou a emissão de licença de instalação em doze meses e a duplicação integral da rodovia em quatro anos a partir daí (ano 1 – 109,0 km; ano 2 – 149,4 km; ano 3 – 149,4 km; ano 4 – 149,4 km), de modo que em cinco anos seriam entregues 557,2 km de duplicação (peça 7, p. 32).

131. Ora, em abril de 2017, quando a concessão completou seu terceiro ano (ano 2 a partir da previsão de obtenção da LI), já se deveria ter atingido a duplicação de 258,4 km; portanto, se a concessionária duplicou apenas 55,72 km, existe um desconto a ser feito na tarifa para extensão de 202,68 km que não receberá serviços de manutenção/conservação até que seja executada.

132. O atraso no licenciamento ambiental (transferência de titularidade da LI em 10/1/2017) não exime a ANTT da responsabilidade de promover a recomposição tarifária em razão da redução de encargos de manutenção/conservação da contratada em relação ao cronograma a partir do qual formulou sua proposta para a duplicação da rodovia, qual seja, a integral duplicação em cinco anos a partir do início da concessão.

133. Portanto, é importante coibir excessos dos pleitos de conservação/manutenção de novas obras por parte das concessionárias, até porque a mesma métrica que eleva as tarifas deve ser utilizada para reduzir os encargos não incorridos com obras obrigatórias não entregues nos prazos que respaldaram a contratação.

### **CONCLUSÃO**

134. Analisaram-se, nesta instrução, as razões de justificativa apresentadas pelos gestores da ANTT responsáveis pela inclusão de retornos em nível no contrato de concessão com base em estimativa de custo genérica (irregularidade 'ii'); pelo acréscimo tarifário considerando-se a conclusão das obras no 2º ano de concessão (irregularidade 'iii'); e pela autorização para execução de dispositivos provisórios, sem projetos e sem observância dos requisitos técnicos exigíveis (irregularidade 'iv').

135. Nenhum dos gestores logrou afastar sua responsabilidade pelos atos impugnados pelo Tribunal nas audiências realizadas.

136. No tocante à irregularidade 'ii', restou comprovado que o responsável optou por adotar um valor global único para todos os dispositivos de retorno em detrimento de exigir a apresentação

*de projetos específicos a partir dos quais os acréscimos de encargos da concessionária fossem efetivamente verificados com base no sistema de custos rodoviários do Dnit, o que contraria o art. 3º, inciso I, da Resolução ANTT 4.339/2014, bem como o princípio da eficiência ao qual está submetida a Administração Pública, de acordo com o art. 37, caput, da Constituição Federal.*

137. *Com relação à irregularidade 'iii', verificou-se que os responsáveis sugeriram a inclusão dos investimentos relacionados aos retornos em nível integralmente no 2º ano de concessão, cronograma sabidamente inexecutável, posto que a execução dos dispositivos estava atrelada à duplicação da rodovia, prevista para ocorrer no prazo de 48 meses a partir da emissão da licença de instalação, procedimento que permitiu incremento tarifário maior do que aquele necessário ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença (art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995), o que atenta contra a modicidade tarifária, condição necessária à prestação de serviço adequado (art. 6º, caput e § 1º da Lei 8.987/1995), bem como ao princípio da motivação ao qual está sujeita a Administração Pública, nos termos do art. 2º, da Lei 9.784/1999.*

138. *No que tange à irregularidade 'iv', verificou-se que a responsável não poderia ter autorizado a realização de obras improvisadas, sem projetos e com prazo de execução incompatível com a solução do problema, em afronta ao item 3.2.5.4 do Programa de Exploração da Rodovia e normas técnicas aplicáveis, especialmente considerando seu conhecimento prévio da irregularidade e a possibilidade de adoção de conduta diversa, destinada a coibir o avanço do projeto e das obras de duplicação sem dispositivos de retorno ou, ainda, para obstar a liberação ao tráfego e o início da cobrança de pedágio até que o problema fosse sanado pela concessionária.*

139. *Além da aplicação de sanções aos responsáveis pelas irregularidades, é necessário que o Tribunal determine ao poder concedente que adote medidas destinadas a revisar os valores que foram adotados para a inclusão dos retornos em nível no contrato de concessão a partir dos projetos executivos de duplicação.*

140. *Para os retornos que já foram executados, a correção deverá ser providenciada para a revisão tarifária subsequente, uma vez que existentes os projetos; para os demais retornos, é necessário promover a supressão dos valores que foram irregularmente inseridos na TBP até que estejam em condições de serem incluídos no contrato de concessão (projetos concluídos e adimplemento da obrigação contratual de duplicação conexa à instalação de retornos em nível).*

141. *Verificou-se, ainda, que existe pleito da Concessionária BR 040 S.A. para a inclusão de valores a título de conservação/manutenção dos retornos em nível, por valores expressivos (intervenções estruturais), desacompanhados de projeto, o que poderá ocasionar acréscimos tarifários indevidos (apenas quatro retornos foram entregues em dezembro de 2016 e não demandarão intervenções estruturais até 2026).*

142. *Observou-se, também, que existe uma redução de encargos da concessionária em decorrência do atraso na entrega das obras de duplicação em relação ao cronograma que orientou a formulação das propostas (execução das obras em cinco anos), o que demanda ajustes tarifários negativos análogos aos pleiteados para os retornos em nível.*

É o relatório.

## VOTO

Cuidam os autos de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodovias) acerca de indícios de irregularidades praticados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), concernentes à 1ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) da Concessão da Rodovia Federal BR-040/DF/GO/MG.

2. A origem de todos os problemas apontados no presente processo está na deficiência do estabelecimento de regras claras em relação à previsão da execução de dispositivos de retorno em distâncias razoáveis durante o processo de contratação, o que, segundo a ANTT, ensejou a necessidade do devido ajuste com a concessão em andamento. Ainda, segundo a agência, houve a opção por retornos em nível em razão de que esses dispositivos seriam executados predominantemente em áreas rurais e possuiriam custo mais baixo em comparação com os retornos em desnível, o que gerou menor impacto na tarifa de pedágio.

3. Em resumo, durante inspeção determinada com o objetivo de avaliar o cumprimento dos parâmetros contratuais exigidos para a fase de trabalhos iniciais da concessão da referida rodovia, a unidade técnica constatou a existência dos seguintes indícios de irregularidades:

- a) ausência de fundamentação técnica adequada para a 1ª Revisão da Tarifa Básica de Pedágio, uma vez que a justificativa utilizada para a revisão da TBP foi somente a ausência de disposição explícita sobre a execução de novos dispositivos de retorno em nível no Programa de Exploração da Rodovia (PER) da BR-040/DF/GO/MG;
- b) cálculo da 1ª revisão da TBP fundamentado apenas em uma planilha, sem o amparo de projetos executivos dos retornos que pudessem fornecer uma correta estimativa de custo desses dispositivos;
- c) lançamento dos investimentos referentes à implantação dos retornos em nível no Fluxo de Caixa Marginal da Concessão inteiramente no 2º ano do Contrato, enquanto as obras de duplicação da rodovia serão teoricamente executadas até o quinto ano da Concessão;
- d) implantação de retornos provisórios em nível pela Concessionária Via 040 em desacordo com o Manual de Projeto de Interseções do DNIT, com risco à segurança dos usuários.

4. Após as oitivas da ANTT e da concessionária, a SeinfraRodovias afastou o indício relativo ao reajustamento indevido da TBP para implantação dos retornos, item 3.a deste voto, em face de que *“os retornos em nível, embora inerentes aos projetos de duplicação de uma rodovia, poderiam ensejar, no caso concreto, em que se configurou uma contratação deficiente (contrato incompleto), o reequilíbrio econômico-financeiro da avença”*.

5. Em relação aos três indícios não esclarecidos, foi realizada audiência dos seguintes responsáveis para o esclarecimento dos fatos mencionados no item 3, supra:

- a) Wallace Vargas Roque, Gerente de Projetos de Rodovias da ANTT (item 3.b);
- b) Srs. Leonardo Villela Teixeira, Cristiano Della Giustina e Viviane Esse, servidores da ANTT e signatários da Nota Técnica n. 008/2015/GEINV/SUINF (item 3.c);
- c) Sra. Viviane Esse, então Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária da ANTT (item 3.d).

6. A unidade técnica, após análise das justificativas, propõe que este Tribunal determine à ANTT a adoção de medidas para ajustes na TBP e dê ciência das diversas impropriedades constatadas, bem como aplique a multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992 aos responsáveis.

7. Preliminarmente, conheço da presente representação, com fundamento no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU, uma vez atendidos os requisitos atinentes à espécie.

8. No mérito, anuo ao posicionamento da SeinfraRodovias, acolhendo a totalidade das determinações e cientificações sugeridas, cujos argumentos incorporo as minhas razões de decidir,

com exceção da aplicação de parte das sanções propostas, em face dos argumentos a seguir expostos.

9. A situação encontrada pela unidade técnica demonstra absoluta falta de planejamento por parte da ANTT na condução do processo licitatório ao não deixar claras as obrigações a serem assumidas pela contratada, algumas delas obviamente necessárias para o adequado nível de serviço da rodovia. Com isso, a Concessionária BR 040 S.A. projetou e duplicou extensão equivalente a 55,72 km (10% do total a ser implantado) sem adotar qualquer tipo de retorno.

10. Após a execução das obras sem a previsão desses retornos, em desacordo com as normas técnicas, a liberação da duplicação ao tráfego acabou por expor os usuários da rodovia a situações de risco, uma vez que as manobras de conversão começaram a ser realizadas por passagens improvisadas entre as pistas de rolamento.

11. Já tive oportunidade de manifestar em caso similar, por meio do Acórdão 943/2016-Plenário, em processo que cuidou do primeiro estágio do acompanhamento do processo de outorga da rodovia BR-364/365/GO/MG, que

Não se pode admitir que somente depois de concluídos trechos de duplicação de pistas é que se tenha constatado a insuficiência dos dispositivos “em virtude de sucessivas reclamações de usuários das rodovias concedidas, que demandavam intervalos menores de retornos do que aqueles previstos no PER”, uma vez que inerente à elaboração de um projeto de duplicação.

12. Entretanto, a gravidade ocorrida nos erros de planejamento da licitação dessa concessão não fazem parte do objeto da representação em análise. O que se analisa nestes autos são os procedimentos equivocados adotados pelos gestores em aditivos posteriores na busca da manutenção da segurança e conforto dos usuários, assim como as possíveis medidas corretivas a serem determinadas por este Tribunal.

13. De fato, no tocante à primeira questão suscitada pela unidade técnica, o cálculo do valor genérico de R\$ 2.158.214,34 (junho/14) para cada retorno em nível a ser implantado na BR-040/DF/GO/MG, conduzido pelo sr. Wallace Vargas Roque, Gerente de Projetos de Rodovias da ANTT, sem exigir da concessionária a apresentação de orçamentos elaborados com base em projetos de cada um dos retornos em nível, contraria o art. 3º, inciso I, da Resolução 4.339/2014 da ANTT.

14. A argumentação no sentido de que a opção por um “projeto executivo único” teve por objetivo garantir a segurança dos usuários e a fluidez da rodovia em função do caráter emergencial da situação da rodovia à época poderia ter sentido, excepcionalmente, para os dispositivos localizados em trechos concluídos de duplicação ou em avançado estágio de implantação, mas não para a implantação de trechos previstos para os anos subsequentes. No caso da BR-040/DF/GO/MG, apenas quatro dos 45 retornos em nível demandavam providências mais urgentes, conforme detalhado no relatório precedente.

15. A própria urgência da execução dos quatro retornos iniciais pode ser questionada, uma vez que houve prazo de aproximadamente nove meses decorrido entre a reunião que definiu as premissas que deveriam nortear os projetos dos retornos em nível (28/8/2014) e a publicação da resolução que autorizou a revisão da tarifa de pedágio para contemplar os referidos dispositivos (19/5/2015). Com efeito, caso a ANTT tivesse solicitado às concessionárias a elaboração dos projetos executivos, seria viável avaliar com melhor precisão o custo para implantação dos retornos em nível e assim calcular um valor justo para o aumento da tarifa de pedágio.

16. Mais grave ainda é a possibilidade de ampliação dessa rotina equivocada para outros contratos de concessão, conforme observa a unidade técnica:

Se contabilizados os 164 retornos incluídos em cinco contratos de concessão da terceira etapa, o gestor viabilizou, com sua atuação, investimentos de R\$ 353.947.151,76 sem projetos específicos das intervenções que seriam implantadas (peça 6, p. 4).

17. Sem dúvida, o procedimento identificado pela equipe de auditoria no presente caso contraria a Resolução 4.339/2014 da ANTT, que disciplina a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas em decorrência de novas obras e serviços. O art. 3º desse normativo estabelece que para fins de

determinação dos fluxos dos dispêndios marginais o valor das obras e/ou serviços deverá ser proposto pela concessionária, mediante apresentação de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO, sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, o que não ocorreu.

18. Desse modo, entendo que as justificativas do responsável devem ser rejeitadas, com a consequente aplicação da sanção prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/92, em face da prática de ato com grave infração à norma regulamentar e antieconômico, que afronta determinação da Resolução 4.339/2014 da ANTT, relativa à exigência de orçamentos elaborados com base nos projetos básicos, e com elevado potencial de dano ao erário, uma vez que esse procedimento simplificado foi proposto para elevado número de retornos, mesmo aqueles sem urgência caracterizada.

19. Por seu lado, no tocante a essa irregularidade, a ANTT apresenta trecho do Memorando 695/2017/GEINV/SUINF indicando que os valores dos dispositivos já executados serão revistos posteriormente (peça 59, p. 4), razão pela qual sugere que tal providência dispensaria determinações deste Tribunal, pois essa nova avaliação seria medida adotada em âmbito administrativo interno (peça 59, p. 8).

20. Nesse particular, entendo pertinente a argumentação trazida pela SeinfraRodovias no sentido da manutenção da determinação “f.2” contida em sua proposta de encaminhamento inicial, uma vez que a agência ainda não finalizou a aplicação das medidas ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG e também não trouxe qualquer elemento que indicasse ter sido incorporada para os demais contratos de concessões da terceira etapa que apresentam irregularidades análogas.

21. Quanto à irregularidade afeta ao lançamento dos investimentos referentes à implantação dos retornos em nível no Fluxo de Caixa Marginal da Concessão inteiramente no 2º ano do Contrato, enquanto as obras de duplicação da rodovia serão teoricamente executadas até o quinto ano da Concessão, praticada pelos Srs. Leonardo Villela Teixeira, Cristiano Della Giustina e Viviane Esse, servidores da ANTT, signatários da Nota Técnica n. 008/2015/GEINV/SUINF, a ANTT reporta que adotou medidas posteriores para a manutenção do equilíbrio econômico do contrato diante do descompasso da execução das obras com o planejamento: a primeira revisão que cuidou dos retornos em nível (inclusão de 45 dispositivos no segundo ano) teria impactado a tarifa positivamente em R\$ 0,10642; a segunda (reprogramação do cronograma considerando execução de 45 dispositivos ao longo de cinco anos), acarretado redução tarifária de R\$ 0,04141; e a terceira (exclusão de 41 dispositivos do contrato de concessão), resultado em impacto tarifário negativo de R\$ 0,156813.

22. Desse modo, *“a tarifa de pedágio a preços iniciais teve uma redução de R\$ 0,092, em função das alterações de cronograma dos retornos operacionais, demonstrando que os reflexos dos ajustes acarretaram uma adequação que não ocasionou prejuízo aos usuários da rodovia”* (peça 59, p. 7).

23. Por sua vez, os responsáveis reiteram a inexistência de prejuízo aos usuários ou de ganhos indevidos da concessionária e complementam que a matéria deve ser observada sob o panorama econômico das concessões no ano de 2015.

24. De início, registro que parece desarrazoada a autorização pela ANTT, no primeiro momento, da inclusão da totalidade dos retornos em nível no segundo ano de concessão. Dificilmente a concessionária teria condições de implementar todas obras em um prazo exíguo, uma vez que, conforme registro da unidade técnica, *“a implantação gradual dos dispositivos, acompanhando a duplicação da rodovia, levaria prazo não inferior a cinco anos (peça 54, p. 9)”*.

25. Essa concentração, por sugestão dos gestores que subscreveram a Nota Técnica nº 008/2015/GEINV/SUINF, por certo, impactou a tarifa no segundo ano de concessão acima do que ocorreria com a distribuição das obras ao longo de cinco anos, nos termos detalhados no relatório precedente.

26. Apesar da falha de encaminhamento, necessário reconhecer que a ANTT iniciou os procedimentos com vistas a revisar primeiramente o cronograma (distribuição das intervenções ao longo dos anos) e, posteriormente, a quantidade de retornos (supressão tarifária dos dispositivos não executados), o que teria ocorrido a partir da publicação da Resolução 5.392/2017, de 27/7/2017 (peça 59, p. 3-4).

27. Tais procedimentos não dão motivos para que a determinação contida no item “f.1” da proposta da SeinfraRodovias seja suprimida, uma vez que o comando é de cunho geral, ou seja, não está circunscrito à concessão da BR-040/DF/GO/MG. Com efeito, é preciso que a ANTT verifique a quantidade de dispositivos pendentes de implantação para as demais concessões (MGO, Concebra, MSVia, CRO – peça 6, p. 4) e promova a redução tarifária correspondente, a exemplo das medidas que adotou para a BR-040/DF/GO/MG.

28. No tocante à análise da aplicação de sanção aos responsáveis, não obstante as medidas corretivas relacionadas pela ANTT poderem ter sido realizadas em razão do louvável trabalho da equipe deste Tribunal, há que se reconhecer a adoção das medidas necessárias pelos gestores, mesmo que posteriormente.

29. Também deve ser ponderado que o ritmo acelerado de obras no início de 2015 acabou sendo prejudicado pelas dificuldades financeiras da concessionária advindas da mudança do cenário econômico, com significativa redução do PIB em relação às previsões do Banco Central. A ANTT destaca que, inclusive, houve solicitação de devolução da concessão pela concessionária, em setembro/17, fundamentada em dispositivo previsto na Lei nº 13.448, aprovada nesse mesmo ano.

30. Por esses motivos, seria desproporcional apenar os servidores pelo fato de a concessionária não ter cumprido com suas obrigações contratuais. Nesse contexto, divergindo da sugestão da unidade técnica, entendo que as circunstâncias do caso concreto são atenuantes e não propícias à aplicação de sanção aos responsáveis ouvidos por esta irregularidade.

31. Por fim, no tocante à irregularidade atinente à implantação de retornos provisórios em nível pela Concessionária Via 040, sem a apresentação de projetos de engenharia, em desacordo com o Manual de Projeto de Interseções do DNIT, com risco à segurança dos usuários, a sra. Viviane Esse, então Superintendente de Exploração da Infraestrutura Rodoviária da ANTT, argumenta que autorizou a execução dos retornos provisórios para resolver uma situação caótica e insegura já instalada, que perdurou até dezembro de 2016, ou seja, mais de um ano após sua saída do cargo, o que demonstraria a má vontade da concessionária em resolver a situação (peça 60, p. 16).

32. Complementa que suas ações visaram garantir a segurança dos usuários, fundamentadas no interesse público, e que não resultaram em dano ao erário, além de que seu ato foi resultado de uma sucessão de eventos, segundo o regramento contratual, severamente prejudicado pela conduta irregular da concessionária, a qual não poderia ser conhecida ou evitada previamente à época até que se materializasse durante e após a execução dos retornos (peça 60, p. 16).

33. Em sua análise, a unidade técnica propõe a rejeição da defesa, em síntese porque “*a despeito da apresentação de anteprojeto por parte da concessionária, a responsável teve ciência da insuficiência de retornos ao menos desde agosto de 2014 (parágrafo 112, peça 54, p. 15), de modo que a alegação de que o problema não poderia ser conhecido ou evitado até que se materializasse a execução das obras não pode prosperar*”. Acrescenta, ainda, que “*a responsabilização não está relacionada à ocorrência de danos ao erário e, também, que a constatação de que os retornos provisórios perduraram até dezembro de 2016 apenas reforça que ‘tais dispositivos jamais poderiam ter sido autorizados e aceitos, especialmente considerando-se a existência de prerrogativas contratuais claras do poder concedente para exigir a entrega tempestiva de obras aptas à prestação de serviço adequado aos usuários’ (peça 54, p. 16)*”.

34. A realização de obras sem a presença de projetos adequados de engenharia é contrária a boa técnica, conforme jurisprudência deste Tribunal. A definição de diretrizes alinhadas às normas

técnicas é requisito essencial para que uma obra pública, qualquer que seja o modo de execução, oferte segurança aos usuários, assim como possua adequada qualidade e durabilidade.

35. O caso em análise demonstra a realização de serviços em infringência às mencionadas diretrizes, o que levou a SeinfraRodovias a propor a rejeição da defesa da responsável e aplicação da multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992.

36. Existem, entretanto, na análise desta irregularidade, algumas questões a serem consideradas. Não obstante a contrariedade às boas práticas, há que se ponderar a grave situação do empreendimento à época, consoante justificativas apresentadas pela responsável em sua defesa e registradas no relatório precedente.

37. De acordo com informações nos autos, com a execução das obras de duplicação da BR-040/DF/GO/MG, a ANTT foi procurada por diversos interlocutores, entre os meses de maio e julho de 2015, como lideranças comunitárias, produtores rurais, autoridades políticas, comerciantes, produtores locais e representantes de manifestantes que bloquearam a rodovia por mais de quatro vezes, todos solicitando a implantação de retornos, a paralisação das obras de duplicação e a abertura do canteiro central para retorno, de forma paliativa (peça 46, p. 20).

38. Apesar dos alertas da ANTT no sentido de conscientizar manifestantes dos riscos causados pela interrupção de tráfego da rodovia e pela abertura provisório do canteiro central para retorno, vez que os dispositivos somente poderiam ser implantados após elaboração de projeto executivo, os produtores rurais, diante da urgência do escoamento imediato de seus produtos, teriam apresentado forte oposição aos prazos necessários para a execução dos trabalhos, pois ultrapassariam o período de escoamento da safra, e exigido a paralisação imediata das obras de duplicação e suspensão da aplicação de multas em razão de retornos irregulares (peça 46, p. 21).

39. A criticidade da situação ensejou a formação da “Comissão de Estudos e Propostas de Duplicação das Rodovias BR-040/DF/GO/MG e BR-050/GO/MG” que solicitou a implantação imediata de retornos operacionais ao longo da rodovia (peça 46, p. 22). Ainda, nas negociações conduzidas pelo Ministério Público Federal, em conjunto com os diversos atores envolvidos, teria sido acertado que a Agência analisaria as propostas apresentadas pela municipalidade de Cristalina/GO para o posicionamento dos retornos e que, após tratativas com os envolvidos, teria se chegado a um consenso em relação aos dispositivos que seriam adotados, com distância máxima entre dispositivos de 12 km (peça 46, p. 22-23).

40. O cenário ilustra claramente as consequências da falta de planejamento adequado no processo de concessão da BR-040/DF/GO/MG. Como registrei neste voto, é inconcebível que somente depois de concluídos trechos de duplicação de pistas é que se tenha constatado a insuficiência dos dispositivos em face da reclamação de usuários.

41. Nesse ponto, a unidade técnica reconheceu a deficiência da contratação, tanto que afastou o indício relativo ao reajustamento indevido da TBP para implantação dos retornos (item 3.a deste voto) em sua instrução preliminar.

42. A má qualidade da definição dos requisitos contratuais advinda do processo licitatório, sem dúvida, repercutiu em situação crítica durante a execução contratual, transferindo todo o ônus ao responsável pela supervisão do contrato de estabelecer diretrizes emergenciais, sob pressão de diversos interessados, para a solução do problema criado.

43. Mesmo que se considere a autorização desses serviços emergenciais sem a existência de projetos em nível de precisão adequado, há que se considerar que a própria gestora adotou posteriormente ações para a solicitação de correção dos problemas constatados. Também não se pode olvidar que, apesar da excepcionalidade da situação, foi demandado pela ANTT que a concessionária apresentasse os projetos funcionais, o mais rápido possível, para análise da área técnica responsável; substituísse os retornos provisórios por definitivos, com o objetivo de garantir conforto e segurança aos usuários; e apresentasse os projetos executivos em no máximo 90 dias.

44. A decisão adotada pela responsável, apesar de passível de questionamentos, deve ser sopesada em função do difícil momento vivido à época do contrato decorrente de irregularidades anteriores as quais não deu causa. Por essa razão, entendo que também seria desproporcional no presente caso a aplicação de sanção pela irregularidade cometida.

Ante o exposto, VOTO por que este Tribunal adote a minuta de Acórdão que trago à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de maio de 2019.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 1180/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 025.311/2015-8.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis:
  - 3.1. Interessados: Agência Nacional de Transportes Terrestres (04.898.488/0001-77) e Concessionária BR-040 S.A. (19.726.048/0001-00).
  - 3.2. Responsáveis: Cristiano Della Giustina (979.329.220-20); Leonardo Villela de Simone Teixeira (060.479.316-26); Viviane Esse (206.461.918-61); e Wallace Vargas Roque (626.394.632-68).
4. Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodovias).
8. Representação legal:
  - 8.1. Rachel Pedreira Dallagnol e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres.
  - 8.2. Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF) e outros, representando Concessionária BR-040 S.A.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil deste Tribunal acerca de irregularidades praticados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), concernentes à 1ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) do contrato de Concessão da Rodovia Federal BR-040/DF/GO/MG,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em:

- 9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente;
- 9.2. acolher as razões de justificativa apresentadas por Cristiano Della Giustina, Leonardo Villela Teixeira e Viviane Esse;
- 9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Wallace Vargas Roque;
- 9.4. aplicar a Wallace Vargas Roque a multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente a partir do dia seguinte ao do término do prazo estabelecido, até a data dos efetivos recolhimentos, na forma da legislação em vigor;
- 9.5. autorizar o desconto da dívida na remuneração do servidor, observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990;
- 9.6. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida caso não atendidas as notificações e não seja possível o desconto determinado no subitem 9.4;
- 9.7. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:
  - 9.7.1. suprima, da tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que ainda não foram implantados;
  - 9.7.2. revise, na tarifa básica de pedágio, os valores inseridos mediante estimativa de custo genérica a título de remunerar investimentos em retornos em nível que já foram implantados, com base nos projetos executivos;

9.8. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento na Resolução-TCU 265/2014, das seguintes impropriedades, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes:

9.8.1. a inclusão de investimentos em retornos em nível no contrato de concessão sem a apresentação de projetos e sem a adoção de cronograma compatível com a efetiva implantação das obras afronta os arts. 6º, caput, § 1º e 9º, § 4º; ambos da Lei 8.987/1995; o art. 2º, da Lei 9.784/1999; e o art. 3º, inciso I, da Resolução ANTT 4.339/2014;

9.8.2. a inclusão de investimentos no contrato de concessão sem avaliar a viabilidade técnica e econômica de sua execução, considerando-se o grau de inadimplência e insolvência contratual da concessionária, é medida que afronta os dispositivos legais que exigem capacidade de desempenho do serviço concedido (art. 2º, incisos II e III, da Lei 8.987/1995) e capacidade de assegurar a prestação de serviço adequado (art. 6º da Lei 8.987/1995), além de atentar contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, “b”, da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, “b” do Decreto 4.130/02);

9.8.3. a inclusão de investimentos para conservação/manutenção de retornos em nível sem a conclusão da sua implantação, e sem a observância da vida útil de projeto antes que novas intervenções estruturais sejam propostas é medida que atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência, da indisponibilidade do interesse público e da motivação (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, “b”, da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, “b” do Decreto 4.130/02; e que afronta o art. 2º, da Lei 9.784/1999);

9.8.4. o atraso na entrega das obras de duplicação em relação ao cronograma que orientou a formulação das propostas (duplicação integral em cinco anos) sem que ajustes tarifários relacionados à redução de encargos da concessionária para conservação/manutenção das novas pistas, cuja entrega foi postergada, afronta os arts. 6º, caput, § 1º e 9º, § 4º; ambos da Lei 8.987/1995; o art. 2º, da Lei 9.784/1999 e atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público (art. 37, caput, CF/88; art. 20, II, “b”, da Lei 10.233/01; art. 2º da Lei 9.784/99; art. 2º, II, “b” do Decreto 4.130/02);

9.9. dar ciência desta liberação aos responsáveis e aos interessados.

10. Ata nº 17/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/5/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1180-17/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
JOSÉ MUCIO MONTEIRO  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
AUGUSTO NARDES  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA  
Procuradora-Geral