

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 033.444/2023-4 [Apenso: TC 017.658/2024-1]

Natureza: Solicitação de Solução Consensual

Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

Representação legal: Rodrigo Jose de Pontes Seabra Monteiro Salles (163334/OAB-SP), Giovanna Modolin Jarne (307290/OAB-SP) e outros, representando Eco101 Concessionária de Rodovias S/A.

SUMÁRIO: PROPOSTA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL. CONCESSÃO RODOVIÁRIA. ECO 101. DESISTÊNCIA DE PEDIDO DE RELICITAÇÃO. PORTARIA MT 848/2023. ACÓRDÃO TCU 1.593/2023-PLENÁRIO. ESTABELECIMENTO DE CONDICIONANTES PARA APROVAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL.

RELATÓRIO

Adoto, como parte do relatório, instrução elaborada por auditora de controle externo da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos:

I. INTRODUÇÃO

1. *Cuidam os autos de solicitação de solução consensual -SSC formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (peças 1-13) a este Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso II do art. 2º da Instrução Normativa - TCU 91, de 22/12/2022.*

2. *A solicitação da ANTT busca uma solução para controvérsia envolvendo o contrato de concessão da rodovia Eco101, que foi assinado em abril de 2013 para exploração de 478,7 km da Rodovia BR 101 no estado do Espírito Santo. A discussão diz respeito a dificuldades na execução dos investimentos previstos no contrato, bem como da inviabilidade financeira do ativo, que resultaram na solicitação de relicitação (devolução amigável) por parte da concessionária. Em linhas gerais, a solicitação de solução consensual foi apresentada com vista à viabilização da realização imediata dos investimentos necessários no trecho concedido.*

3. *A presente instrução faz análise concisa da documentação produzida e encaminha o Relatório dos trabalhos e conclusões da Comissão de Solução Consensual (peça 74), Minuta de Termo de Autocomposição (peça 73 e anexos 53-72, 101 e 102) e manifestação dos participantes (peças 88-91 e 95) para parecer do Ministério Público junto ao TCU MPTCU e posteriormente para apreciação do Plenário desta Corte de Contas.*

II. ASPECTOS RELEVANTES

4. *A partir da solicitação de solução consensual – SSC e feita a admissibilidade (peças 14, 16-18) foi constituída a Comissão de Solução Consensual – CSC (Portaria-Segecex 37, de 8/nov/23, peça 52), composta por integrantes do Ministério dos Transportes, da ANTT, da Concessionária Eco101, da auditoria especializada em rodovias do TCU – AudRodoviaAviação e pela Secex*

Consenso, também deste Tribunal. A comissão iniciou seus trabalhos em 10 de novembro de 2023, se reuniu durante o prazo de 120 dias e se encerrou em 9 de abril de 2024.

5. Findo o prazo dos trabalhos, foi elaborado Relatório da Comissão (peça 74) que foi submetido à manifestação final da governança competente de cada participante (ofícios às peças 75-87). Houve anuência da ANTT (peças 88-89), do Ministério dos Transportes (peça 90), acompanhado de Nota Técnica da Secretaria Nacional de Transporte Rodoviário (peça 91) e da Concessionária Eco 101 (peça 95). Não houve concordância da Auditoria Especializada – AudRodoviaAviação, que se manifestou fundamentando sua posição contrária (peças 92-94).

6. A comissão de solução consensual desenvolveu uma solução que consiste em modernização do contrato de concessão da Eco101, conforme detalhada no relatório (peça 74). As principais adaptações no contrato se referem à realização de novos investimentos no valor de R\$ 7,07 bilhões, sendo R\$ 1,17 bilhão investidos nos três primeiros anos.

7. A proposta contempla a duplicação de 221 km de rodovia, a execução de 2 contornos menores e a previsão de a construção de um contorno rodoviário maior, além de outras obras necessárias para um melhor atendimento ao usuário e à população.

8. Considerando a necessidade da exequibilidade dos investimentos propostos, houve a atualização: dos valores unitários dos investimentos em obras; do volume de tráfego para o fluxo de veículos real e atual; e da taxa interna de retorno para 9,21%, nos moldes regulamentares atuais da ANTT. A proposta de acordo contempla as modernizações regulatórias utilizadas nos contratos de 5ª etapa de concessão da ANTT.

9. Além disso foi proposta a extensão do prazo contratual em 10 anos, além dos 9 anos ainda restantes no contrato, extensão necessária para que haja modicidade tarifária e financiabilidade do projeto. Assim, foi calculado novo valor de pedágio que resulta em tarifas com degraus tarifários iniciando em R\$ 7,10 para cada 100 km e chegando a R\$ 15,60 ao final do contrato. Houve renúncia aos processos administrativos e judiciais, com valores de pleito em torno de R\$ 280 milhões e compromisso de pagamento de R\$ 439,45 milhões em multas.

10. A solução desenvolvida prevê ainda período de transição de 3 anos, com fiscalização trimestral por verificador independente, com procedimento de extinção antecipada consensual em caso de descumprimento pela concessionária.

11. Por fim, prevê-se a realização de processo competitivo, em sede de Sandbox Regulatório, para fins de validação de valores pactuados. Esse procedimento competitivo visa dar transparência ao mercado e como mitigador de riscos, entre eles, risco moral e sistêmico. O procedimento consiste na oferta das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE ao mercado, avaliado no valor de R\$ 320 milhões.

12. Com este breve resumo da solução desenvolvida, acredito ser importante destacar alguns aspectos relevantes para subsidiar a análise e decisão do Plenário.

13. Pode-se dizer que para casos com esta complexidade, que tratam de contrato de longa duração, durante um período com grandes mudanças macroeconômicas (incluindo a crise econômica de 2014/2016 e a pandemia de Covid-19) não há uma solução ideal ou perfeita, existe, sim, a solução possível.

14. Tampouco existe solução única ou padronizada. Houve busca de diversas soluções vislumbradas pelo grupo e entre elas, algumas possíveis. Assim, dentro do contexto do caso concreto, a solução aqui proposta mostrou-se o meio mais adequado e vantajoso à realização do interesse público em especial ao atendimento os usuários desta rodovia, em contraponto às alternativas analisadas pela Comissão de Solução Consensual.

15. Nesta instrução, dentro de ambiente consensual, cabe considerar os dois papéis desempenhados pelo membro da Secex Consenso na comissão: o de avaliador (em conjunto com o auditor da unidade especializada) e do mediador propriamente dito, um mediador técnico, como tem sido descrito pelo Ministro Bruno Dantas.

16. No aspecto de mediador, responsável pela condução desta comissão no caminho percorrido, o processo transcorreu de maneira adequada. Para além da solução construída, o procedimento adotado e as reuniões conduzidas foram sempre pautados no interesse público, buscando-se reduzir as assimetrias de informação, aumentar a eficiência do investimento público e encontrar uma solução que trouxesse estabilidade para a execução do contrato, com intuito de pacificar a controvérsia identificada. Essa construção somente foi possível com auxílio, dedicação e conhecimento de todos os participantes. A oportunidade de ouvir diferentes perspectivas e de dialogar abriu o espaço para manifestação de agentes públicos e privados, ampliando as possibilidades de análise.

17. Enquanto avaliador, o auditor da Secex Consenso faz uma análise da solução, avaliando sua pertinência, vantajosidade, economicidade, legalidade, eficiência, entre outros fatores. Assim, **não tenho dúvidas que existem inúmeras vantagens na solução aqui proposta: existe de fato um adiantamento relevante de obras**, com impacto positivo direto na população (redução de acidentes, melhora da fluidez da rodovia, geração de empregos, etc.), os dados levantados indicam provável **vantajosidade da tarifa em relação ao contrafactual da relicitação**, há compromisso de **pagamento de multas** (que é um ganho relevante, pois a realidade tem mostrado que raramente tais pagamentos se concretizam), a Eco101 e a ANTT **renunciam os litígios**, o que representa não só abrir mão de potenciais ganhos de valor, mas também não incorrer em custos de transação para o Estado, há padronização do contrato com **otimização regulatória**, entre outros.

18. **Esses são ganhos reais e relevantes.** Aqui o conceito de interesse público, conceito fundamental, mas difuso e difícil de ser definido, ganha contornos concretos. Não estamos aqui falando de questões formais ou insignificantes. **Os ganhos para os usuários e para a população acima descritos são de fato tangíveis.**

19. **Concomitante aos ganhos, não há como deixar de reconhecer a existência de riscos.** E estes também são significativos. O relatório discute estes riscos e sua mitigação (peça 74, item 6.1). Na visão da ANTT e sua Procuradoria, do Ministério dos Transportes e sua Consultoria Jurídica e dos participantes da Secex Consenso esses riscos serão mitigados, em maior ou menor grau, pelo processo competitivo e o período de transição com processo de extinção antecipada. No entanto, é impossível prever o futuro, antecipar o comportamento do mercado e antever o desfecho e a eficiência real das medidas mitigadoras aqui desenvolvidas. Assim, naturalmente restam riscos residuais.

20. O contrato de concessão da Eco 101 envolve circunstâncias complexas, grande quantidade de variáveis e o fato deste ser o primeiro caso de desistência de relicitação a ser analisado pelo poder público.

21. Nesta situação específica observou-se um equilíbrio delicado entre riscos e benefícios. No fechamento do acordo, os membros da comissão, excetuando-se a auditoria especializada, estavam convencidos que os benefícios alcançados com a repactuação superam os riscos residuais identificados.

22. A manifestação da AudRodoviaAviação (peças 92-94) tece considerações duras sobre potenciais fragilidades e expressa sua visão da legalidade da solução. Os temas dos apontamentos feitos pela auditoria especializada foram objeto de amplo e construtivo debate nas reuniões da comissão e em reuniões bilaterais. Consideramos que os pontos levantados estão endereçados no relatório (peça 74).

23. *Assim, a respeito deste ténue balanço entre custo/ benefício e das divergências neste caso da Eco101, há necessidade importante de análise e manifestação do Plenário deste TCU.*

24. *Desta forma, destaco algumas questões e trago brevíssimos comentários sobre alguns dos apontamentos feitos pela Auditoria Especializada, para complementar e para subsidiar os Membros desta Corte em tão importante tomada de decisão.*

25. *A respeito do entendimento da auditoria especializada de que as alterações pretendidas se encontram muito além dos limites de mutabilidade dos contratos de concessão (peça 92, § 31), cabe trazer algumas das riquíssimas exposições que aconteceram no recente Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública¹. Como trazido pelo Ministro Antonio Anastasia, pela Prof. Juliana Palma e pelo Procurador Flávio Amaral numa discussão sobre o limite da mutabilidade dos contratos, não há na legislação administrativa uma única resposta certa a ser dada pelo administrador público e não há “bala de prata” para resolver o tipo de problema aqui tratado.*

26. *Segundo os ilustres palestrantes, os assuntos e dinâmicas devem ser absolutamente customizados. Exatamente com esse propósito, a comissão teve como premissa que “a solução se dá em caráter excepcional e se restringe ao caso concreto, marcado por suas circunstâncias particulares, não sendo replicável para outros casos de outras concessões rodoviárias” (Termo de Autocomposição, item 2.1, peça 73, e Relatório, peça 74 §105repetido no §94, peça 92).*

27. *A comissão customizou a solução e balizou o limite da mutabilidade pelas peculiaridades do caso concreto, pelas necessidades dos usuários e da população, sempre visando o interesse público (item 4.1 do Relatório discute as causas da controvérsia e item 6.3 que discute a vantajosidade, peça 74).*

28. *A unidade de auditoria especializada entende ainda que houve desconstituição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, vez que não foi mantido o deságio de tarifa em relação à tarifa base do processo licitatório original (peça 92, §19, 20a, 45) e que a “empresa foi inteiramente isentada das consequências negativas do lance otimista apresentado no certame” (peça 92, §93 e §20d). Tais entendimentos não encontram concordância dos outros membros da comissão.*

29. *Nos procedimentos ordinários de ajustes contratuais, é natural e previsto pela regulamentação que com a inclusão, a exclusão de investimentos e outras alterações a tarifa seja recalculada de forma justamente a manter o equilíbrio econômico do contrato. Considerar as mudanças de conjuntura de áleas extraordinárias não é desconstituir o equilíbrio do contrato e desvinculá-lo do procedimento licitatório.*

30. *Neste sentido, a orientação que vem prevalecendo no STJ é a de que o princípio da vinculação ao edital não é absoluto. O direito moderno tem visto a vinculação ao edital como um princípio instrumental, como um meio que serve a um fim público maior e não como um fim em si mesmo². Ele deve ser respeitado na medida em que o núcleo essencial ou conteúdo essencial do contrato seja preservado – e na solução proposta este núcleo está preservado.*

31. *Quando é necessário e possível fazer algo, quando surge o poder / dever do gestor público, e adentra-se o ambiente consensual amplia-se o campo de discricionariedade administrativa. Essa circunstância carrega um dever de motivação qualificado, com ônus argumentativo mais elevado – o que entendo que aqui foi feito, durante discussões intensas por 4 meses, e por uma solução explicada e fundamentada em mais de 80 páginas de relatório.*

¹ Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública, TCU em 4 de junho de 2024. Pannel 2: Limites da mutabilidade dos Contratos nas soluções consensuais, em <https://www.youtube.com/watch?v=g4NT28psZ9o>.

² Esta ideia foi referenciada pelo professor Gustavo Binenbojm Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública em 4 de junho de 2024

32. *Como construção do entendimento de mutabilidade contratual e de que é necessário que os contratos tenham elementos que permitam sua adaptação, as concessões recentes e modernas, tanto no Brasil quanto as internacionais, têm compartilhado cada vez mais os principais riscos.*

33. *Assim, riscos que eram inteiramente alocados à concessionária (como variações na demanda, valor de insumos e custos de desapropriações) hoje são compartilhados de forma customizada. No caso da Eco 101 e das concessões das 2ª/3ª etapas de concessões está consolidado o entendimento de que o racional da matriz de riscos adotada prejudica o ativo e a população.*

34. *Assim, o mercado tem feito grandes elogios à nova alocação de riscos proposta pela ANTT para os contratos de 5ª etapa. Desta forma, diferente do que a unidade especializada afirma (peça 93, §11-13) é justamente uma visão mais moderna e realista da alocação de riscos que justifica o reequilíbrio do contrato.*

35. *Nesta perspectiva, a dicotomia de soluções endógenas e soluções exógenas mostra que no caso concreto, o melhor interesse público será alcançado pela modificação da matriz risco original resultante do processo de licitação porque ela foi pensada por uma outra realidade socioeconômica³.*

36. *Ainda resta uma discussão, sobre o deságio em si e como critério de vinculação ao edital. É certo que a Eco 101 ofereceu um desconto de ágio leilão original de 42%. No entanto, como amplamente discutido no relatório, a conjuntura econômico financeira da época era extremamente otimista. Não só a concessionária foi otimista: a própria agência reguladora projetou um crescimento de demanda que não se concretizou.*

37. *Todos os leilões desta rodada tiveram descontos desta ordem de grandeza. E mesmo assim, a empresa sofreu sim os impactos de seu lance no leilão e das mudanças na realidade do país, vez que acumula prejuízos da ordem de um bilhão de reais, prejuízos esses que não estão sendo carregados para a nova tarifa, e assim foram assumidos pela concessionária.*

38. *A AudRodoviaAviação entende ainda que a população pagará uma maior tarifa de pedágio para realização de menos investimentos (peça 92, p.9, §52, 197). Este é um fato, que relatado desta forma, reflete parte da realidade. Não acho que tal entendimento seja aplicável aqui, vez que a solução proposta precisa ser comparada com as opções viáveis e existentes hoje: continuar com a relicitação ou repactuar o contrato com a Eco 101.*

39. *A situação atual é que devido a mudanças na conjuntura do país e, também, falhas da concessionária, a população está com uma rodovia sem obras, sem melhorias, com poucas duplicações. O cenário realista, sem nenhuma alteração, é o prosseguimento da relicitação - que implica em pelo menos 4 anos sem investimentos. Além disso há outros riscos, tais como, de judicialização e até de um leilão vazio.*

40. *Comparar a solução proposta com uma realidade almejada, ideal – que não foi e não será alcançada – é um exercício hipotético e que não apoia o gestor em suas decisões em seu dever de fazer. O estudo de alternativas e a comparação de vantajosidade com o contrafactual (inclusive indo além do que prevê a legislação) foi feita de forma robusta pela comissão e discutida extensivamente no relatório (peça 74, 4.2 Opções e soluções exploradas e 6.3 Vantajosidade da repactuação em relação ao prosseguimento da relicitação).*

41. *Sobre o processo competitivo proposto pela solução, a instrução do auditor afirma que o processo delineado na proposta não pode suprir a realização de licitação, cujas modalidades encontram-se taxativamente definidas em lei (peça 92, §174). Num ambiente de*

³ Idem

*consensualismo e de equilíbrio dos princípios da administração pública, a comissão **focou seu olhar nos resultados à população**. Os principais objetivos almejados pela lei ao impor procedimentos licitatórios são dar isonomia, transparência e escolher a melhor opção para o Estado.*

42. *Neste contexto, cabe ainda dizer que tanto as balizas legais quanto as do Acórdão 1593/2023-Plenário foram base e guia para as discussões, mas com o cuidado de não supervalorizar a forma, em detrimento da função. O que importa no final é entregar serviço à população e com a previsão do procedimento competitivo, que não havia sido pensando quando da Portaria MT 848/23 e do grupo de trabalho, ponderamos que os objetivos da decisão do colegiado do TCU e dos referidos normativos .*

43. *O procedimento competitivo aqui proposto promove isonomia a todas as empresas ao oferecer este novo contrato, diferente do originalmente licitado, ao mercado e possíveis interessados.*

44. *Sobre a interface entre mutabilidade e isonomia, fica a questão relativa ao terceiro que participou do leilão original e que pode entender que em havendo possibilidade de mutação do contrato, sua oferta seria diferente. No entanto, tal argumento não se aplica aqui, vez que as circunstâncias que levaram à inviabilidade do atual contrato são conjunturais e exógenas, e factualmente teriam se abatido sobre qualquer empresa que assumisse a concessão.*

45. *O processo competitivo proposto, combinado com os mecanismos de escuta e análise propostos e discutidos no relatório (item 6.1.4 transparência, peça 74) que são inerentes ao sandbox regulatório dão transparência ao processo. Ademais, a participação de tantos interlocutores na comissão e seu contato com a sociedade civil e política dão abertura e transparência à esta repactuação. Ainda, o processo competitivo desenvolvido não garante, mas buscam escolher a oferta mais vantajoso. Se não houver concorrentes, há uma indicação de que a tarifa e as condições estão calibradas com os valores de mercado, e até abaixo, pois não houve interessados.*

46. *Se as condições estiverem privilegiando a concessionário, se houve oportunismo por parte da atual concessionária nas informações trazidas, haverá interessados no ativo e este mudará de controlador.*

47. *O auditor aponta (peça 92, §179-185, 199) fragilidades do processo competitivo proposto, tais como assimetria de informações em favor do atual grupo controlador, os custos e a complexidade envolvidos na elaboração do lance por outro potencial interessado, o pouco tempo disponível para preparação da proposta e o necessário pagamento de R\$ 320 milhões ao atual controlador pelo novo entrante. Como já dito, o procedimento competitivo aqui desenvolvido não mitiga 100% dos riscos e não é possível prever seus resultados. Mas em vista dos benefícios que serão alcançados com a repactuação do contrato, ele mitiga de forma razoável os riscos.*

48. *Por fim, a instrução da AudRodoviaAviação afirma que alterações contratuais como as aqui propostas deveriam ser debatidas no âmbito legislativo (peça 92, §55). Esta comissão e a SecexConsenso não se pretendem de forma nenhuma diminuir a necessidade de regulamentação ou de se criar cada vez mais mecanismos robustos para reger a mutabilidade necessária para os contratos complexos⁴. Não obstante, não se pode olvidar que há um arcabouço jurídico legal e jurisprudencial robusto que apoiam alterações contratuais propostas, em especial, quando se trata de consensualismo.*

⁴ Conceito amplamente estudado pelo Prof. Marcos Nóbrega. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan.-mar. 2010

49. Destacando o fator consensualismo, cabe ressaltar que a comissão teve como premissa seu caráter excepcional, marcado por suas circunstâncias particulares, não sendo replicável para outros casos de outras concessões rodoviárias (§94, peça 74).

50. Vai-se além, afirmando que essa solução deve “sim servir de insumo para o aprimoramento normativo e regulatório” (§484, peça 74). E segue destacando que “de forma alguma o que se pretende com este trabalho realizado é estabelecer regras a serem seguidas para contratos em relicitação, pelo contrário, o fato de se precisar de solução consensual para contratos sob a égide do instituto, lança luzes sobre a necessidade de uma atuação proativa para resolução dos gargalos.”

51. Com todas estas considerações, destaco que como auditora e como cidadã estou convicta dos benefícios deste acordo, mas entendi ser pertinente destacar que **existem sim riscos residuais que trazem para esta solução um ténue equilíbrio de custo-benefício, que deve ser avaliado pelo Plenário desta Corte.**

52. Desse modo, com a manifestação de todos os participantes da Comissão, como previsto nos termos da IN-TCU 91/2022 e da Questão de Ordem 1/2024 de 13/3/2024, submete-se à apreciação deste TCU a presente proposta de solução consensual.

III. CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

RELATORIA

53. A solicitação inicial (peça 4 e 8) e o exame de admissibilidade desta solicitação (peça 14) identificaram processos em trâmite neste TCU que tangenciam, de alguma forma, o objeto em questão. Neste sentido, houve a ratificação da admissão da presente solicitação, pelos Ministros Jhonatan de Jesus (peça 17) e Augusto Nardes (peça 18), como prevê o art. 6º, § 1º, da IN-TCU 91/2022.

54. Assim, caso haja necessidade de designação de relator em função de relação entre objeto deste Acordo e o processo aberto, a submissão imediata ao Ministério Público junto ao TCU, nos termos do art. 8º da IN 91/2022, e o sorteio de um procurador poderia ocasionar na violação do princípio do procurador natural. Desse modo, propõe-se o encaminhamento deste processo à Presidência do TCU para definição sobre a relatoria dos autos, com posterior envio do processo para manifestação do Ministério Público junto ao TCU.

SIGILO

55. Tendo em vista a necessidade de publicidade do processo decisório da CSC, propõe-se a retirada da chancela de sigilo dos presentes autos, com a manutenção de sigilo apenas das peças 58 e 59, em função de sigilo comercial da Eco 101 e do sigilo previsto na lei de mediação.

IV. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

56. Ante todo o exposto, obtidas as aprovações necessárias no âmbito das estruturas de decisão das entidades representadas nesta Comissão, entende-se pela submissão do presente relatório, acompanhado de seus Anexos, e da manifestação divergente da AudRodoviaAviação/TCU à consideração superior, propondo:

a. **encaminhar processo à Presidência do TCU** para definição sobre a relatoria dos autos, previamente ao envio à manifestação do MPTCU;

b. **encaminhar o processo ao Ministério Público junto ao TCU**, nos termos do art. 8º da IN 91/2022, para que se manifeste sobre a proposta do Relatório da Comissão de Solução Consensual e do Termo de Autocomposição;

c. **encaminhar para o Plenário para apreciação da proposta contida do Relatório da Comissão de Solução Consensual**, nos termos dos arts. 11 e 12 da Instrução Normativa 91/2022,

autorizando, se for o caso, a assinatura, pela Presidência do TCU, do "Termo de Autocomposição", em anexo;

d. **retirar a chancela de sigilo dos presentes autos, manter o sigilo das peças 58 e 59, em função de sigilo comercial da Eco 101 e do sigilo previsto na lei de mediação, em caso de homologação do acordo;**

e. **autorizar a realização de monitoramento da execução do termo de autocomposição, conforme previsão do art. 13 da IN 91/2022;**

f. **expedir comunicações aos responsáveis do processo, informando a decisão adotada.**

g. **arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 169, inciso V, do RITCU.**

2. O Supervisor da Comissão de Consenso assim se manifestou:

Cuidam os autos de solicitação de solução consensual (SSC) formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT a este Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso II do art. 2º da Instrução Normativa - TCU 91, de 22/12/2022.

A solicitação da ANTT busca uma solução para a controvérsia envolvendo o contrato de concessão da rodovia Eco101. A solicitação de solução consensual foi apresentada com o objetivo de viabilizar a realização mais célere dos investimentos necessários para atender ao interesse público no trecho concedido, garantindo que os benefícios destes investimentos atendam mais celeremente o interesse público.

Desde já, adiro integralmente à proposta consensuada pela comissão de solução consensual, que contou com a anuência dos membros externos ao Tribunal (Ministério dos Transportes e ANTT) e com a discordância da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação).

Faço breves considerações sobre os principais pontos que me levam a entender que a solução consensuada é a mais interessante ao interesse público, assegurando que os investimentos realizados promovam melhorias significativas na infraestrutura e na qualidade de vida dos usuários da rodovia.

Inicialmente, cabe contextualizar a necessidade de investimentos em infraestrutura no Brasil, segundo estudos do IPEA, do montante de investimentos necessários estimado para o Brasil (4,25% do PIB), e praticamente a metade (45%) dessa lacuna (1,91% do PIB) é atribuível ao setor de transportes, principalmente rodovias, refletindo o grande déficit no setor⁵.

Este panorama sublinha a urgência de intensificar os investimentos em infraestrutura como um dos principais motores do crescimento econômico nacional. No entanto, essa necessidade de investimentos permanece amplamente insatisfeita. Segundo relatório da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib)⁶, nos últimos anos, o investimento total em infraestrutura não alcançou 2% do PIB, enquanto o setor de transportes recebeu apenas 0,4% do PIB, significativamente abaixo dos 1,91% indicados como necessários pelo estudo do IPEA.

Em termos quantitativos, os investimentos totais em infraestrutura representam menos da metade do necessário, e no setor de transportes, os aportes são ainda mais deficitários, correspondendo a aproximadamente um quinto da demanda estimada.

Destaca-se então que investimentos em infraestrutura não apenas atendem ao interesse público imediato, mas também são motores essenciais para o crescimento econômico. Eles geram

⁵ ROCHA, Katia. **Investimentos privados em infraestrutura nas economias emergentes: a importância do ambiente regulatório na atração de investimentos.** Texto para Discussão, 2020.

⁶ https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2024/04/ABDIB_Relatorio-Anual-2024-1.pdf, pag.27

empregos, aumentam a eficiência logística e impulsionam o desenvolvimento regional, criando um ciclo virtuoso de progresso e bem-estar para a sociedade.

Outro ponto de importância que também descrito no referido estudo do IPEA é a importância do ambiente regulatório para alocação do capital privado em infraestrutura. A previsibilidade e a segurança jurídica em um ambiente regulatório robusto proporcionam a criação de negócios e mitigam os riscos associados a mudanças abruptas de políticas ou interpretações legais inconstantes.

É crucial ter uma regulação responsiva que priorize o interesse público e se adapte às mudanças macroeconômicas significativas. Alterações nas condições econômicas, flutuações cambiais, variações nas taxas de juros e outros choques econômicos podem impactar drasticamente o ambiente de investimentos. Uma regulação que se ajusta rapidamente a essas realidades é essencial para manter o setor de infraestrutura atraente e seguro para investidores privados, sempre com o interesse público como prioridade.

Além disso, a capacidade do Estado de usar uma regulação responsiva para corrigir falhas passadas e se adaptar a essas mudanças macroeconômicas permite ao governo ajustar contratos de concessão existentes e alinhar melhor as políticas públicas com as necessidades econômicas atuais, sempre buscando o interesse público.

O maior debate gira em torno das políticas públicas necessárias para estimular uma maior e melhor participação privada no investimento em infraestrutura. É fundamental que essas políticas promovam eficiência, transparência e competição leal, sempre com o foco no interesse público. Além disso, devem ser ágeis o suficiente para responder às novas tendências e desafios do setor. Esses elementos são essenciais para construir um sistema regulatório que não apenas protege, mas também promove investimentos sustentáveis e produtivos, beneficiando assim a sociedade como um todo.

No passo de uma resposta mais adequada às questões que afetaram as concessões leiloadas no início da década passada, o governo editou a Medida Provisória 752/2016 convertida na Lei 13.448/2017, que instituiu o processo de relicitação instituída no ordenamento jurídico, tinha o intuito de criar um arcabouço legal para que o poder concedente e a concessionária conseguissem em comum acordo um fim rápido da concessão para retomada dos investimentos. A exposição de motivos da MP 752/2016, explicitou essas questões.

*Trata-se de alternativa inovadora de **"devolução coordenada e negociada" da concessão**, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo.*

*Como é de conhecimento geral, a **ampliação do investimento em infraestrutura é condição sine qua non para a retomada do crescimento econômico no Brasil**. Ainda, a promoção da qualidade do serviço prestado aos usuários e a continuidade da prestação do serviço também devem receber atenção do poder público.*

*Assim, a proposição ora apresentada à Vossa Excelência busca, por um lado, disciplinar as hipóteses de prorrogação de contratos de parceria para promover investimentos prementes, não previstos nos contratos de concessão em vigor e, por outro, **modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento**.*

*Além disso, a medida define procedimentos para a relicitação de contratos de parceria que não estejam sendo devidamente cumpridos ou cujos parceiros **demonstrarem ausência de capacidade de cumprir com as obrigações assumidas contratualmente**. (grifei)*

Não obstante a necessidade de investimentos prementes no setor de infraestrutura, e quase oito anos da edição da MP 758/2016, o instituto da relicitação não conseguiu demonstrar resultados sólidos no setor de concessão rodoviária.

No setor de concessões rodoviárias, cinco pediram relicitação, e somente uma teve o processo finalizado até o momento. Não obstante o êxito, esse foi apenas parcial, pois para atrair mais competidores o Poder Concedente optou por dividir a concessão em dois lotes, o segundo será relicitado ainda em 2024.

Um das modelagens de reestruturação de concessões rodoviárias bem realizadas nesse interim, foi a troca de controle assistida realizada pela concessionária da BR 163-MT, controlada a época pela Odebrecht Transport, que chegou a aventar a entrar no processo de relicitação.

Não obstante, o Estado de Mato Grosso apresentou proposta de assumir a rodovia e as obrigações de execução de investimentos por meio da transferência de controle da concessionária. O controle da concessão foi transferido à MT Participações e Projetos S.A., sociedade de economia mista mato-grossense, que se encarregará de investir na concessionária.

A troca de controle assistida na BR-163 MT foi um leading case de sucesso aprovada pelo Acórdão 2.139/2022-Plenário. No caso concreto, pouco meses após a prolação do acórdão, já houve investimentos significativos realizados pela nova concessionária com aporte na concessão de mais de um bilhão de reais e início quase imediato das obras.

O governador Mauro Mendes também lembrou as dificuldades envolvidas na antiga concessão da BR-163 e a falta de cumprimento do contrato, que previa a duplicação da rodovia até 2019. A duplicação da BR-163 ficou paralisada por sete anos e, em menos de alguns meses após a troca de controle, foi retomada. A ordem de serviço para início das obras do primeiro pacote de ampliação de capacidade da rodovia (de Diamantino a Nova Mutum) ocorreu em 1º de julho de 2023, em Nova Mutum.⁷

O caso da Nova Rota do Oeste com a otimização do contrato e a troca de controle se demonstrou mais vantajoso ao interesse público a um eventual processo de relicitação.

Como contraponto, o referido caso que houve de fato relicitação (antiga Via 040, trecho Belo Horizonte/Juiz de Fora em que o leilão ocorreu em abril de 2024), a nova concessionária ainda não iniciou a operação até o momento. Cumpre lembrar que o pedido da antiga concessionária da Via 040 para relicitação ocorreu em 2017 e foi aceito em 2019 pela ANTT.

Fica a pergunta: será que a relicitação é o melhor modelo para o setor rodoviário?

Não há uma resposta definitiva, mas, no caso específico da ECO101, há vários indicativos de que a relicitação pode não ser a solução mais adequada.

A solução proposta pela comissão de solução consensual inclui a otimização do contrato com a inclusão de cláusulas mais modernas na regulação rodoviária, como um compartilhamento mais claro dos riscos contratuais. Além disso, os projetos foram atualizados, assim como seus custos.

A proposta de solução consensual para a concessão da ECO101 se inspirou no caso da BR-163-MT. No entanto, diferentemente daquele caso, não haverá transferência de controle para um ente estatal. Em vez disso, haverá a possibilidade de troca de controle para outra concessionária, caso esta apresente uma proposta de pedágio inferior à solução consensual proposta.

A proposta solução consensual para a alteração da concessão da rodovia contratual da ECO101, atualmente controlada pelo grupo EcoRodovias, estabelece diversos novos parâmetros

⁷ <https://www.mtpar.mt.gov.br/c%C3%B3pia-not%C3%ADcias-86>

contratuais, em especial: a) estabelecimento de nova tarifa de pedágio; b) estabelecimento de novos valores para as obras e serviços (CAPEX/OPEX) originalmente pactuados; c) estabelecimento de nova curva de tráfego; d) estabelecimento de novo cronograma de investimentos; e) inclusão e retirada de investimentos; f) estabelecimento de prorrogação do prazo de vigência do contrato; e g) estabelecimento de nova matriz de risco.

As alterações propostas são substanciais, porém, a opção de relicitação também abará tais mudanças, a diferença será que a atual concessionária poderá ainda operar o trecho, o que não é permitido na lei de relicitação.

Assim, é crucial abordar como mitigar o risco moral associado a uma alteração tão ampla em um contrato?

Esta questão é fundamental, pois enquanto buscamos otimizar os termos contratuais para promover investimentos mais eficazes, também devemos garantir mecanismos que preservem a integridade e o equilíbrio das obrigações entre as partes envolvidas

A solução proposta pela comissão de solução consensual envolve a implementação de um procedimento competitivo para atrair outros interessados. O objetivo é que terceiros possam oferecer, em um leilão, tarifas mais baixas do que as propostas pela atual concessionária. O procedimento competitivo busca além de garantir eventuais benefícios diretos aos usuários, busca diminuir assimetria de informação que somente o operador atual pode te.

Na minha opinião, a mitigação do risco moral através deste procedimento competitivo aborda os principais riscos identificados e contribui significativamente para a transparência e equidade do processo.

Outro ponto de risco apontado pela unidade de auditoria especializada é se que se “criou materialmente um novo contrato, sem a execução de um procedimento licitatório, sem a realização de audiência pública e com base em soluções e valores integralmente produzidas pela concessionária”.

A crítica que a mutação contratual proposta deveria obedecer ao contrato original, não se pode contrapor que a única opção real, a relicitação, e não a um ajuste ao contrato já fracassado.

O arcabouço jurídico para mutações contratuais é robusto, especialmente quando decorrem de soluções consensuais que buscam a eficiência na alocação dos recursos já escassos.

Diante da urgência em suprir o déficit em infraestrutura, é pertinente questionar: será prudente postergar por mais alguns anos os investimentos essenciais? A necessidade de uma resposta ágil e adaptativa a mudanças macroeconômicas e setoriais sugere que a melhor estratégia é agir prontamente para fomentar o desenvolvimento sustentável e a competitividade econômica.

Cumprе lembrar que § 2º do art. 3º do Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) é bastante claro que soluções consensuais são as mais adequadas no ordenamento jurídico pátrio.: § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Aguardar a concepção de um modelo ideal de regulação, originado exclusivamente de uma nova legislação, é uma abordagem extemporânea e pouco prática diante das necessidades urgentes e crescentes da sociedade. Em um contexto em que as demandas por infraestrutura eficiente e serviços de qualidade aumentam continuamente, é essencial adotar medidas ágeis e adaptativas.

Precisamos de soluções que possam ser implementadas rapidamente, sem depender da longa tramitação de leis específicas, para responder de maneira eficaz às exigências atuais. Portanto, é imperativo explorar alternativas regulatórias que sejam flexíveis e capazes de adaptar-se às dinâmicas sociais e econômicas em constante evolução, garantindo assim o atendimento adequado e tempestivo das necessidades públicas.

*Em conclusão, a solução proposta para otimização da concessão da ECO101 atende plenamente ao interesse público, sendo uma alternativa superior à relicitação. Esta solução resulta **exclusivamente de um processo de solução consensual**, que garante a participação ativa e colaborativa de todas as partes envolvidas.*

O procedimento competitivo proposto como parte desta solução visa sanar o risco moral, promovendo um ambiente de transparência e equidade ao permitir que terceiros possam oferecer tarifas mais baixas em um leilão. Este mecanismo competitivo não apenas incentiva a eficiência, mas também assegura que os benefícios diretos aos usuários sejam maximizados.

Um ponto essencial a ser ressaltado é que, ao contrário da solução consensual proposta, a relicitação não resolve todos os conflitos. Em um processo de relicitação, a concessionária pode questionar o valor da indenização em uma arbitragem, já que o valor considerado na modelagem econômico-financeira de um eventual edital de relicitação é o valor incontroverso. Diferentemente, na proposta de solução consensual, o valor a ser pago à concessionária em caso de saída do ativo é acordado de forma consensual, evitando disputas futuras.

Além disso, a realização de investimentos robustos em infraestrutura é essencial para o crescimento sustentável do Brasil. A modernização dos contratos e a implementação de novas cláusulas de desempenho garantirão que os parceiros privados estejam alinhados com as metas econômicas e sociais do país.

Portanto, a proposta de solução consensual não só preserva a integridade dos contratos existentes, mas também fomenta um ambiente regulatório mais eficiente e responsivo, crucial para atrair investimentos privados e impulsionar o crescimento econômico nacional.

Ante todo o exposto, encaminho os autos à consideração superior, propondo:

*a. **encaminhar processo à Presidência do TCU** para definição sobre a relatoria dos autos, previamente ao envio à manifestação do MPTCU;*

*b. **encaminhar o processo ao Ministério Público junto ao TCU**, nos termos do art. 8º da IN 91/2022, para que se manifeste sobre a proposta do Relatório da Comissão de Solução Consensual e do Termo de Autocomposição;*

*c. **aprovar a proposta de autocomposição contida do Relatório da Comissão de Solução Consensual**, nos termos dos arts. 11*

*d. **autorizar a assinatura**, pela Presidência do TCU, do "Termo de Autocomposição" nos termos dos art. 12 da Instrução Normativa 91/2022;*

*e. **retirar a chancela de sigilo** dos presentes autos, **manter o sigilo das peças 58 e 59**, em função de sigilo comercial da Eco 101 e do sigilo previsto na lei de mediação;*

*f. **autorizar a realização de monitoramento da execução do termo de autocomposição**, conforme previsão do art. 13 da IN 91/2022;*

*g. **expedir comunicações** aos responsáveis do processo, informando a decisão adotada.*

*h. **arquivar os presentes autos**, com fulcro no art. 169, inciso V, do RITCU.*

3. O Secretário da SecexConsenso registrou:

Cuidam os presentes autos de solicitação de solução consensual formulada pela ANTT referente à otimização do contrato de concessão da Rodovia BR-101/ES/BA, celebrado com a Eco101.

3. Manifesto-me, na essência, em consonância com o relatório final produzido pela comissão de solução consensual, que contou com a anuência de todos os membros da Comissão de Solução Consensual, exceto da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação).

4. Apesar de antecipar tal posição, destaco dois aspectos relevantes para reforçar as conclusões dos membros convergentes da CSC: o paradigma do potencial enfrentamento da Eficiência com a Legalidade; e o processo competitivo para troca de controle da concessionária contratada.

5. De início, destaco que a busca por solução mais dialógica para problemas complexos surgidos no âmbito de contratações entre a administração e particulares é tema em ebulição no direito administrativo contemporâneo, estando presente em diversos diplomas legais e decretos, a exemplo do art. 26 da LINDB, que permite a celebração de compromisso entre a administração e os interessados, bem como do art. 13, §1º, do Decreto 9.830/2019, que prevê que “A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.”.

6. Na mesma sintonia, estão o artigo 36 da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a possibilidade de utilização da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e o art. 3º do CPC, que estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos.

7. Desse modo, com a crescente atuação da administração pública para resolver de modo consensual e mais dialógico controvérsias contratuais com terceiros, não raras vezes surgem aparentes conflitos entre os princípios da legalidade e da eficiência.

8. Importante notar que a atuação mais dialógica para a busca de soluções não é propriamente uma benesse trazida pela administração pública para os seus administrados, mas sim uma forma de construção de soluções viáveis, que melhor atendam ao interesse público, sem desrespeitar o interesse dos particulares, que podem e devem contribuir com a modelagem da solução.

9. Pelo princípio da legalidade, previsto na Carta Magna de 1988, a administração pública só pode agir como expressamente autorizado em lei, objetivando garantir segurança jurídica, previsibilidade das ações do Estado e proteção dos direitos dos cidadãos contra atuação arbitrária dos detentores do poder estatal, o que configuraria abuso de poder.

10. Por outro lado, o princípio da eficiência, introduzido formalmente na Constituição federal apenas por meio da Emenda Constitucional 19/1998, demanda que a administração pública atue de forma a alcançar os melhores resultados possíveis com os recursos disponíveis, buscando a otimização de processos, a oferta e a qualidade dos serviços prestados à população e a redução de desperdícios.

11. A exposição de motivos da Emenda Constitucional 19/1998 deixa claro os objetivos do legislador quando da inclusão do princípio da Eficiência no mesmo artigo 37 da Constituição Federal que abriga o princípio da Legalidade.

O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.

A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios modelos e técnicas de gestão.

No difícil contexto do retorno a democracia, que em nosso país foi simultâneo a crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão.

12. *Ou seja, o motivo da inclusão do Princípio da Eficiência foi justamente destacar a necessidade de uma administração pública que mais entregasse políticas públicas ao cidadão, de modo a aumentar o desenvolvimento econômico, superar a crise fiscal e ofertar mais qualidade ao cidadão quando da prestação de serviços públicos.*

13. *Apesar de a exposição de motivos ter sido escrita em 1998, seu texto continua bastante atual quando analisamos a relação entre a atuação da administração pública e as expectativas do cidadão.*

14. *Quando o confronto desses dois princípios é trazido para o cenário de prestação do serviço público de rodovias, que envolve não somente a realização de investimentos de ampliação de capacidade, mas também a manutenção e conservação do trecho, há que se observar que o Poder Público, no início da década de 1990 e diante da escassez de recursos públicos para investir no modal rodoviário, optou por delegar a terceiros privados a realização desses serviços, tendo como contrapartida a cobrança de uma tarifa de pedágio.*

15. *Na hipótese de um contrato de concessão rodoviária não conseguir performar, independente da causa que deu origem a esse baixo desempenho, o primeiro a sofrer e mais impactado é o cidadão, que além de arcar com a tarifa de pedágio não tem a devida retribuição materializada na justa prestação do serviço público, com a qualidade e a extensão originalmente pactuados.*

16. *Com vistas a corrigir tais discrepâncias, a legislação aplicada às concessões, Lei 8.987/1995, previu mecanismos mitigadores de ineficiência, a exemplo do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 9º, §2º) e a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, desde que com prévia anuência do Poder Concedente (art. 27).*

17. *Nos primeiros contratos de concessão de rodovias, não havia uma distribuição de riscos tão equilibrada, o que trouxe grande impacto na execução de tais contratos, de longo prazo. O não endereçamento tempestivo de solução para os problemas surgidos gera extrema ineficiência na prestação do serviço público pretendido.*

18. *A demora na solução, acaba por onerar excessivamente a futura solução, sendo que muitas vezes a solução acaba sendo levada ao poder judiciário, demorando ainda mais em função do elevado volume de processos e cultura litigante do Brasil, tendo como principal prejudicado o cidadão, que paga a tarifa e não tem a devida contraprestação do serviço.*

19. *Ao se prolongar no tempo, a discrepância entre o cronograma físico-financeiro originalmente pactuado e a realidade enfrentada pela concessão acaba inviabilizando correção por meio de alterações marginais ou incrementais dos contratos, o que acaba por motivar adesão ao instituto da relicitação, que sabidamente não tem performado como esperado quando da aprovação legislativa.*

20. *A realização de vultosos investimentos em contratos que já estão na metade de sua vida útil dificilmente viabilizaria a amortização no tempo restante do contrato ou o cidadão teria que arcar com grande majoração das tarifas.*

21. *Desse modo, retomando a discussão sobre conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência, por vezes esse aparente conflito reside numa interpretação mais restritiva dos dispositivos legais, que engessam a administração pública em tomar uma decisão mais eficiente e que traga retorno mais rápido para o cidadão, conforme expresso na exposição de motivos da Emenda Constitucional 19/1998.*

22. *Logo, essa interpretação mais restritiva quando comparada com a adoção de uma solução mais elástica, estaria advogando contra o interesse público, na medida que privaria o cidadão do uso-fruto de um serviço prestado com uma qualidade melhor.*

23. *Interessante notar que tradicionalmente há peso para o cumprimento integral das leis e normas, o que logicamente deveria ocorrer, mas nem sempre temos um olhar atento para severos problemas de ineficiência, talvez por ausência de critérios mais claros, ou subjetivos, o que tem sido objeto de reflexão pelo legislador, que busca incentivar uma análise consequencialista das decisões, não somente a literalidade das leis, consoante previsão na Nova Lei de Licitações, art. 147, que indica que nem mesmo quando constatada irregularidade em procedimento licitatório ou execução do contrato deve haver imediata declaração de nulidade, mas sim verificar a possibilidade de saneamento e o interesse público, sem prejuízo da realização da respectiva apuração.*

24. *Ainda sobre a tomada de decisão em situações de aparente conflito entre os referidos princípios, o artigo “(Ir) Racionalizando a tomada de decisão jurídica - O que o NCPC e a LINDB falam sobre a decisão judicial”, de David F.E Rocha, cita a existência de três abordagens utilizadas no campo da tomada de decisão na esfera judicial, que também valem para os Tribunais de Contas.*

25. *A abordagem Cognitiva, influenciada pela psicologia experimental, a qual sugere que as decisões são profundamente afetadas por vieses inconscientes e intuições morais, especialmente em casos moralmente significativos. A abordagem comportamental, oriunda da ciência política, aponta que fatores como o desenho institucional do judiciário e pressões políticas podem influenciar o resultado do julgamento. E a abordagem narrativa, relacionada às teorias da argumentação jurídica, apresenta diferentes modelos de justificação decisória, incluindo Formalistas, Particularistas, Positivistas Presumidos e Particularistas sensíveis às regras.*

26. *Destaco o particularismo, como uma abordagem passível de ser aplicada em decisões consensuais, pois este é um modelo que pode ser ajustado (recalibrado) para alcançar o resultado ótimo, não necessariamente alinhado à literalidade do Direito, mas contendo “as melhores razões morais”. Esse modelo pode ser visto como um tipo de instrumentalismo jurídico, que utiliza o direito como meio para alcançar certos fins morais/políticos, sacrificando a busca por certeza, segurança e previsibilidade em favor da realização do “melhor direito possível”.*

27. *O referido artigo aborda também o desafio de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, destacando a importância de uma “razoável dosagem de positivismo” combinada com uma interpretação baseada em valores. Isso teria dado origem aos “PósPositivismo” ou “Neoconstitucionalismo”, que focam menos nos textos normativos e mais na racionalidade discursiva do sujeito intérprete na busca por decisões alinhadas ao Direito.*

28. *Sobre isso, há que se falar que a MP 758/2016, que trouxe para o arcabouço legal o instituto da relicitação em concessões públicas já está em vigor a oito anos e mostrou pouco resultado prático no campo das concessões rodoviárias, deixando de solucionar problemas e passando a ser um caminho tortuoso para concretização das políticas públicas pretendidas.*

29. *Logo, a forma que a comissão encontrou para endereçar os problemas da Concessão objeto destes autos foi uma reestruturação do contrato que provocou mudanças em algumas das premissas originais que embasaram o processo licitatório, ressaltando, mudanças de pequena magnitude não teriam o condão de endereçar solução, mas as alterações propostas podem ser mitigadas pela realização de um processo competitivo de troca de controle do ativo, o que contou com a anuência da empresa contratada, em que se oferta ao mercado esse contrato reestruturado, com o pagamento dos ativos não amortizados pelo concessionário.*

30. *Os riscos normalmente existentes em um contrato de concessão vigente que poderá passar por troca de controle, neste caso específico, estão bastante mitigados, com identificação clara dos haveres e deveres, o que foi objeto da CSC. O risco regulatório, um dos mais expressivos em contratos de concessão, foi completamente endereçado nas discussões travadas pela comissão e reduzido a termo na proposta de solução apresentada.*

31. *O risco de engenharia, normalmente presente em contrato que o concessionário pede para sair, pode ser considerado baixo, tendo em vista que o próprio concessionário deseja permanecer nesse contrato renegociado. É dizer, fazendo analogia com um novo leilão, o que não é o caso, já haveria ao menos um participante interessado, o que indica ao mercado a viabilidade da modelagem pretendida, sem prejuízo de o mercado corrigir eventuais ineficiências do modelo, disputando o novo contrato sadio.*

32. *Sobre a legalidade do processo competitivo, ressalto que a troca de controle societário ou troca do concessionário, institutos presentes na Lei de Concessão, tem características de negócio jurídico privado, uma vez que o concessionário busca no mercado, com prévia autorização do regulador, um outro particular interessado em assumir o contrato.*

33. *Neste caso específico, a diferença que reside entre uma troca de controle é que nesse caso não trata de um contrato sem alterações. Quem vier a assumir o direito de explorar o ativo receberá um contrato atualizado do ponto de vista regulatório, com mais prazo para amortizar os investimentos, e ao contrário da relicitação, já receberá as praças de pedágios instaladas e operantes. Isso é mais um atrativo para impulsionar a presença de terceiros nesse processo competitivo.*

34. *O prazo de setenta dias para o procedimento competitivo, menor que o prazo de cem dias comumente ofertado pela Secretária Especial do Programa de Parceria de Investimentos da Casa Civil em leilões da espécie, pode ser justificado diante dos levantamentos já feitos, como haveres e deveres, mas também pelo menor risco presente no contrato reestruturado e modernizado, com ao menos um player manifestamente interessado, quando comparado a assunção de contratos em seu estado original, em que as discussões sobre atualizações regulatórias e macroeconômicas ainda não foram enfrentadas.*

35. *Por outro lado, haverá consulta ao mercado sobre o processo competitivo e as sugestões dos interessados poderão motivar ajustes no procedimento idealizado, inclusive quanto ao prazo.*

36. *A vantagem desse procedimento competitivo é que mitiga o risco relativo à assimetria de informação presente entre o particular detentor atual do contrato e poder público acerca das modificações propostas.*

37. *Caso o contrato apresente excedentes, isso atrairá o interesse de terceiros em assumir e apresentar ofertas no processo competitivo. Caso não haja, o atual concessionário irá permanecer no contrato e realizar os investimentos replanejados.*

38. *Do ponto de vista do interesse público, entendo que a solução alvitrada pela comissão, de promover importantes mudança no contrato, mas submetê-las a um procedimento competitivo, é melhor para o usuário à alternativa da relicitação, na medida em que reduz em dois anos os prazos necessários para conduzir um processo de relicitação, a redução pode ser ainda maior, já que uma relicitação poderia ser fracassada ou demorar mais tempo do que o previsto.*

39. *Diante do exposto, considerando que o relatório final da CSC propõe que o Plenário “homologue a presente proposta de solução consensual para modernização do Contrato de Concessão da Eco101”, o que não foi anuído pela AudRodoviasAviação, bem como que a instrução precedente propõe “encaminhar para o Plenário para apreciação da proposta contida do Relatório da Comissão de Solução Consensual”, e, ainda, que o Supervisor dos trabalhos propõe que o Plenário*

aprove a proposta de autocomposição contida no relatório da CSC, manifesto-me de acordo com a proposta realizada pelo Supervisor, nos seus exatos termos.

40. *Encaminhem-se os autos à presidência, para definição da relatoria dos presentes autos, consoante análise da instrução precedente, uma vez que na admissibilidade houve a manifestação pela ratificação de dois Ministros que possuíam processos que tangenciavam os assuntos objeto da solicitação de solução consensual, conforme tabela constante em anexo a este despacho.*

4. Transcrevo, a seguir, o relatório produzido pela Comissão de Solução Consensual:

INTRODUÇÃO

25. *Trata-se de solicitação de solução consensual (SSC) formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (peças 1-13) a este Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso II do art. 2º da Instrução Normativa - TCU 91, de 22/12/2022.*

26. *O objeto em questão é o Contrato de Concessão celebrado entre a ANTT e a Eco101 Concessionária de Rodovias S.A., em 17 de abril de 2013, para exploração de 478,7 km⁸ da Rodovia BR 101/ES/BA, do entroncamento da BA-698 (acesso a Mucuri) até a divisa ES/RJ (peça 53).*

27. *A solicitação da ANTT trata do contrato de concessão da rodovia BR101, concedida à Eco101 e a controvérsia diz respeito à modernização do contrato à luz da política pública definida pelo Ministério dos Transportes, para que contratos em fase de relicitação passem a ser viáveis e sejam cumpridos, com a imediata retomada das obras (peça 4, § 14).*

28. *Deste modo, este relatório apresenta os trabalhos e conclusões da Comissão de Solução Consensual (CSC) que foi instaurada em novembro de 2023 e se estendeu até abril de 2024 para tratar do tema. Após aprovação do texto pelas governanças dos organismos participantes da comissão, este relatório será encaminhado para parecer do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU, para sorteio de relator e, por fim, apreciação pelo Plenário desta Corte de Contas.*

29. *Esta comissão de solução consensual concluiu pela necessidade e pela vantajosidade de se realizar modificações no contrato de concessão da Eco101, de forma a assegurar a imediata retomada das obras, a continuidade da prestação de serviço, bem como a eliminação de incerteza jurídica. Como forma de mitigar os riscos identificados, com destaque para os riscos moral, sistêmico e de escolha da proposta mais vantajosa, a comissão decidiu que a modernização contratual só pode ser implementada, se for combinada com um procedimento competitivo licitatório, em sede de sandbox regulatório⁹, de forma que haja oportunidade da iniciativa privada oferecer lances, de validar os dados econômico-financeiros, com objetivo de se ter o desenho de solução com incentivos contratuais mais vantajosos para o interesse público.*

30. *Este relatório traz na introdução uma descrição da solicitação feita pela ANTT e uma apresentação do objeto aqui tratado. O capítulo 2 apresenta o contexto técnico e legal e se encerra detalhando as premissas legais e de política pública que conduziram os trabalhos aqui realizados. A seguir, no capítulo 3, se descrevem os trabalhos de desenvolvimento do desenho para o contrato da Eco101, quando se estudam as causas das controvérsias e opções que enderecem as questões. O capítulo 4 descreve detalhadamente a solução contratual desenvolvida e proposta por esta comissão. O relato da solução é concluído com análise de sua vantajosidade e atendimento aos requisitos legais. O relatório é concluído com considerações sobre divergências dentro da comissão, listagem de processos relacionados em tramitação neste tribunal e as conclusões. O termo de autocomposição e seus anexos são parte integrante deste relatório.*

^{8 8} As peças incluídas na solicitação descrevem a rodovia como 475,9 km (peça 3, parágrafo 9, peça 5, item 2.1, etc.). Foi informado pela ANTT e pela Eco101 que o SNV foi atualizado, conforme PER volume II validado, para 478,9km.

⁹ O *sandbox* regulatório é um ambiente experimental para desenvolvimento de inovações em atividades regulamentadas.

A solicitação, Admissibilidade e Formação da comissão de Solução Consensual

31. *A solicitação de solução consensual – SSC foi encaminhada a esta Corte de Contas pelo Diretor-Geral da ANTT, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, e nos termos do inciso II do art. 2º da Instrução Normativa TCU nº 91/2022 (peça 1 e 4)¹⁰.*

32. *Feito o exame de admissibilidade por esta unidade especializada (peça 14), o processo foi admitido pela Presidência desta Corte (despacho peça 16) e pelos Ministros Jhonatan de Jesus (peça 17) e Ministro Augusto Nardes (peça 18), por serem relatores de processos correlatos em andamento, conforme previsto na IN TCU 91/2022.*

33. *A seguir, foi constituída a Comissão de Solução Consensual – CSC, por meio da Portaria-Segecex 37, de 8 de novembro de 2023 (peça 52), nos termos da IN TCU 91/2022, para buscar uma solução consensual para a questão posta. A presente CSC foi composta por integrantes do Ministério dos Transportes, da ANTT, da Concessionária Eco101, e da auditoria especializada em rodovias do TCE e pela Secex Consenso, também deste Tribunal.*

34. *Assim, a comissão iniciou seus trabalhos em 10 de novembro de 2023 e prosseguiu até 17 de dezembro. Retomou os trabalhos em 16 de janeiro de 2024 se reunindo até 17 de janeiro de 2024, tendo o prazo prorrogado por mais 30 dias (peça 51, conforme art. 7º, §4º da IN TCU 91/2022) e se encerrando em 9 de abril de 2024.*

35. *A comissão se reuniu diversas vezes no prazo de 120 dias com participação de todos os membros. Houve também várias reuniões somente com o Poder Público. Tais reuniões se deram majoritariamente no início da comissão, quando se definiu premissas e interesse público para este caso. A dinâmica da comissão consensual também envolveu a realização de conversas bilaterais entre os participantes. Sobre o andamento dos trabalhos, cabe dizer ainda que houve conversas com o BNDES que avaliou a financiabilidade do projeto e com a Infra S.A.¹¹ que fez avaliação dos valores discutidos.*

Objeto e Controvérsia da Solução Consensual: Contrato de Concessão da Eco101

36. *A presente solicitação de solução consensual diz respeito ao contrato de Concessão da Rodovia Eco101, celebrado em 17 de abril de 2013, entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Eco101 Concessionária de Rodovias S.A. (peça 53), oriundo do Edital de Concessão nº 01/2011 - Parte VII, cujo objeto é a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do Lote Rodoviário constituído pela BR 101/RJ, correspondente a 478,7 km da Rodovia BR-101/ES/BA, trecho de entroncamento da BA-698 (acesso a Mucuri) – Divisa ES/RJ, conforme apresentado no Programa de Exploração da Rodovia – PER (peça 53, p. 51, Anexo 2). A concessão faz parte da 3ª Etapa do Programa Federal de Concessões Rodoviárias (Procrofe). A Figura 1 ilustra o trecho:*

37. *A Eco101 é uma concessionária pertencente ao grupo Ecorodovias, subsidiária do Grupo ASTM, sendo a segunda maior operadora de concessões rodoviárias do mundo e a maior do Brasil em extensão. Atualmente o grupo Ecorodovias opera com 11 concessões em 8 estados brasileiros e mais de 4.700 km de rodovias em seu portfólio. Informações adicionais sobre a concessão foram trazidas em Nota Técnica da Sucon ANTT (peça 11).*

¹⁰ Os dirigentes máximos das agências reguladoras (art. 2º, da Lei 13.848/2019) constam do rol de legitimados para formular solicitação de solução consensual, de acordo com o art. 2º, inciso II, da Instrução Normativa-TCU 91/2022.

¹¹ A Infra S/A é uma empresa pública, vinculada ao Ministério dos Transportes, que presta de serviços de planejamento, estruturação de projetos, engenharia e inovação para o setor de transportes. A Infra S/A apoiou esta comissão de solução consensual fazendo análise paramétrica de alguns dos valores discutidos e propostos.

38. *As controvérsias do contrato se relacionam à necessidade de realização imediata de investimentos no trecho concedido diante do cenário de solicitação de relicitação e da inviabilidade financeira do contrato nos moldes atuais.*

39. *É fato notório as dificuldades que estão sendo enfrentadas pelas concessões rodoviárias federais, com diversos e recorrentes descumprimentos contratuais (Relatório do Grupo Técnico, peça 3, p. 2). As dificuldades enfrentadas que resultaram na baixa execução contratual, fazendo com que chegasse no estágio atual de relicitação. Os principais motivos elencados pelas concessionárias, foram dificuldades e atrasos na obtenção de licenciamentos ambientais, inclusive com bloqueios de segmentos, exigência de investimentos elevados nos primeiros anos da concessão, crise econômica que gerou queda de demanda, aumento de valor de insumos e dificuldades com financiamento.*

40. *Consequentemente, desde o ano de 2016 as Concessionária da 3ª Etapa, praticamente paralisaram a execução das obras de implantação de capacidade e melhorias, bem como os investimentos de recuperação e manutenção de maior vulto previstas nos respectivos contratos, desencadeando uma série de ações regulatórias pela ANTT, o que acirrou o litígio administrativo entre as partes. Diante do cenário de baixa performance dos contratos de concessão, demora no processo de relicitação e novos estudos, surge insatisfação dos usuários com a ausência de obras em contrapartida ao valor tarifário calculado/praticado (peça 3 – Relatório do GT).*

41. *Ante o exposto, os trabalhos desta comissão de solução consensual buscaram desenvolver solução com vista à retomada da capacidade econômico-financeira da concessão e à realização dos investimentos necessários no trecho concedido por meio da otimização deste contrato de concessão, à luz da política pública definida pelo Ministério dos Transportes.*

CONTORNOS TÉCNICOS, JURÍDICOS E NORMATIVOS

42. *Diante desse contexto de necessidade de retomada de investimentos no contrato da Eco101, do pedido de relicitação em andamento, a modernização do contrato proposta pelo GT passa por uma contextualização do histórico dessa concessão e contornos técnicos, jurídicos e normativos envolvidos. Assim, esta seção traz um relato como os marcos contratuais da concessão no contexto de relicitação, uma análise de legalidade, incluindo discussão acerca da mutabilidade dos contratos administrativos complexos e por fim das balizas de política pública e premissas gerais que orientaram a comissão de solução consensual.*

Histórico e Contexto da Relicitação

43. *O contrato de concessão objeto de estudo foi celebrado em abril de 2013, entre a ANTT e Eco101 (peça 53), durante a 3ª Etapa do Programa Federal de Concessões Rodoviárias (Procrofe). O início da execução do contrato se deu de forma prevista, quando os requisitos foram cumpridos e deu o início da cobrança de pedágio, em 18 de maio de 2014.*

44. *Passado esse período inicial, houve descumprimentos da execução contratual. Estava prevista a duplicação de todo o trecho da rodovia e somente 62km foram de fato duplicados, até o momento (ainda faltam mais de 200km de duplicações a serem realizadas). No momento, desde agosto de 2023, encontra-se em fase de execução de obras da duplicação de 7,6km adicionais.*

45. *Em 15 de julho de 2022, a Eco101 protocolou Requerimento de Relicitação de seu contrato conforme Lei 13.448/2017, sustentando seu pedido na inviabilidade da concessão devido a dificuldades com o licenciamento ambiental, atrasos nas desapropriações, agravamento do cenário econômico e falta de pedagiamento da BR-116.*

46. *Em dezembro de 2022, por meio da Deliberação 361/2022, a ANTT atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação e o Ministério dos Transportes, por meio*

da Portaria 1.649, de 16 de dezembro de 2022, declarou a compatibilidade do Requerimento de Relicitação com o escopo da política pública formulada para o setor rodoviário.

47. Em 27 de dezembro de 2022, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI) recomendou, em caráter *ad referendum*, a qualificação do empreendimento no Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), por meio da Resolução CPPI 263, dando prazo de 90 dias para assinatura de Termo Aditivo que estabelece as obrigações essenciais que permanecerão vigentes durante o período de estruturação do novo projeto.

48. Em 28 de abril de 2023, o Ministério dos Transportes instaurou um grupo de trabalho (GT) para proposição de solução consensual para o Contrato de Concessão, por meio da Portaria 372/2023; que estabeleceu, em seu art. 2º, os objetivos para a solução consensual.

49. Por meio do Decreto 11.539, de 31 de maio de 2023 foi publicada a qualificação do trecho concedido à relicitação.

50. O Ministério dos Transportes, por meio da Portaria 848, de 25 de agosto de 2023, estabelece a política pública e os procedimentos relativos à readaptação e otimização dos contratos de concessão, no que se refere à exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal.

51. Durante o curso dos trabalhos, o TCU, por meio do Acórdão 1.593/2023 – TCU -Plenário, de 2 de agosto de 2023, admitiu a possibilidade de desistência da relicitação pelas partes e a repactuação dos contratos de parceria e definiu os requisitos para tal.

52. Em 30 de agosto de 2023, foi celebrado o 3º Termo Aditivo (SEI 18587984) ao Contrato de Concessão, publicado no DOU no dia 31/08/2023. Devido à previsão de instauração de solução consensual para a questão, o termo aditivo foi suspenso. A suspensão de eficácia do Aditivo de Relicitação foi prorrogada em 120 dias pelo 4º Termo Aditivo (SEI 21998339). Assim, o contrato da Eco101 não se encontra em relicitação e segue em execução. Destaca-se que não foi aplicado o excedente tarifário.

Relicitação, Medida Provisória 800/2017, Grupo de Trabalho, Pré-Caducidade e Revisão Quinquenal

53. Passado esse breve histórico do início da concessão até o atual estágio de relicitação, faz-se comentários acerca do instituto da relicitação a fim de destacar pontos e aspectos relevantes, por terem ligação direta com a solução ora em proposição.

54. Com a instituição e regulamentação do processo licitatório abriu-se nova possibilidade para os contratos de concessão que não performavam dentro do pactuado, em detrimento ao processo de caducidade, que geralmente é moroso, devido às desavenças existentes entre a União e os contratados. Dessa forma, a partir de 2019, diversas concessionárias solicitaram a devolução amigável de seu contrato.

55. Em que pese a relicitação ser mais rápida que o processo de caducidade, que apenas em raros casos é de fato levado ao fim, a finalização do processo de devolução amigável não tem se mostrado tão rápida como se imaginava. O Ministério dos Transportes aponta que, com base em histórico recente, a conclusão do processo referente aos novos estudos de viabilidade, que permitirão passar os trechos para os próximos operadores, tem levado um tempo considerável, por uma série de fatores descritos a seguir.

56. Está consignado no normativo **o intuito de destravar os investimentos represados nos contratos de concessão, com prazo máximo de até 48 meses para finalização do processo** (art. 20 c/c art. 32, Lei 13.448/2017), o que não tem acontecido até o presente momento.

57. *A título de exemplo, cita-se o caso da Via 040, que teve o ateste de Agência Nacional de Transportes Terrestres acerca do seu pedido de relicitação em novembro de 2019, a publicação do Decreto que permitiu a relicitação em fevereiro de 2020, e até o momento não foi integralmente efetivado, tendo o poder público enfrentado diversos desafios em sua condução.*

58. *Seguindo com os exemplos, as concessionárias MSVia e Autopista Fluminense também solicitaram devolução amigável da concessão ambas em 2019. Os Decretos foram publicados em março de 2021 e em julho de 2022, respectivamente. No momento, apenas parte de um dos trechos da MSVia foi levado à Audiência Pública. Os estudos da Fluminense estão em fase de elaboração por empresa contratada pela Infra S/A e foram entregues para primeira análise em maio de 2024. Ou seja, mais de 2 anos se passaram e os processos ainda não se encontram em fase final para realização dos leilões. Vale dizer que os contratos da MSVia e Fluminense também estão em discussão no âmbito da Secex Consenso (TC 006.448/2023-2 e 036.368/2023-7).*

59. *Para melhor compreensão das etapas e gargalos do processo estruturação de uma novo projeto de concessão até a realização do Leilão, apresenta-se o quadro a seguir:*

60. *Detalharemos os prazos levados para a estruturação dos projetos de alguns dos primeiros processos de relicitação (leia a sigla AP como audiência pública):*

<i>Estudos em Estruturação</i>	<i>Solicitação o dos Estudos</i>	<i>Abertura de AP</i>	<i>Dias para Elabor ação</i>	<i>Fechamento AP</i>	<i>Dias AP</i>	<i>Envio ao TCU</i>	<i>Acórdão</i>	<i>Dias TCU</i>
<i>BR-040/GO/MG</i>	<i>22/5/20</i>	<i>28/9/22</i>	<i>859</i>	<i>25/8/23</i>	<i>331</i>	<i>25/8/23</i>	<i>17/4/24</i>	<i>236</i>
<i>BR-153/262/GO/MG</i>	<i>22/5/20</i>	<i>20/12/22</i>	<i>942</i>	<i>22/9/23</i>	<i>276</i>	<i>22/9/23</i>	<i>24/4/24*</i>	<i>215</i>
<i>BR-262/MG</i>	<i>22/5/20</i>	<i>14/10/22</i>	<i>875</i>	<i>22/9/23</i>	<i>343</i>	<i>22/9/23</i>	<i>24/4/24*</i>	<i>215</i>

Tabela 1: Prazos para Estruturação

61. *É possível extrair dos dados resumidos da tabela exemplificativa que um dos maiores gargalos é o tempo de elaboração e envio para audiência pública dos novos estudos técnicos e econômicos necessários para um leilão. Usualmente, o ente estruturador (Infra S/A ou BNDES) promove a elaboração do projeto, que é realizado diretamente ou por meio de subcontratação.*

62. *A pasta ministerial aponta ainda que os processos de relicitação em curso no momento tiveram seu início em 2020, e a partir disso houve um aumento relevante no quantitativo de demanda por novos projetos, o que também impactou do tempo para elaboração. Neste interim de 4 anos, o processo de reestruturação de projetos vem sendo aprimorado constantemente considerando as experiências adquiridas, em busca de maior celeridade.*

63. *Aliado à questão do prazo dispendido entre a solicitação da devolução amigável e a nova contratação, existe ainda o tempo necessário para que a nova concessionária inicie os investimentos em obras de melhorias e ampliação de capacidade, haja vista, por exemplo, a necessidade de realizar os trabalhos iniciais, desenvolvimento de projetos, até mesmo de recuperação nas rodovias, transferência, desapropriações e obtenção de licenças e de financiamentos.*

64. *O Ministério dos Transportes aponta que se pode considerar, até hoje, a expectativa de transcurso de prazo de aproximadamente 5 anos entre a formalização do pedido de relicitação e a o início de novos investimentos de uma nova concessão, prazo superior ao esperado e previsto na Lei.*

65. *Para além disso, durante o período em que o contrato está em fase de relicitação, os grandes investimentos consignados no contrato inicialmente pactuado são suspensos, ficando a concessionária responsável apenas pela operação e manutenção da rodovia, mantendo-se a cobrança de tarifa dos usuários (art. 15, II da Lei 13.448/2017¹²).*

66. *Assim, durante a relicitação a concessionária arrecada tarifas, mas executa em geral obras de operação e manutenção, sem novos investimentos de melhoria e ampliação de capacidade. Esse excedente arrecadado é o excedente tarifário. Do ponto de vista da percepção do usuário, este fato demanda pagamento de pedágio, superior à tarifa calculada, sem o devido retorno (execução de obras).*

67. *No caso da Eco101, o processo de relicitação foi iniciado, porém o termo aditivo não está vigente, de forma que, no momento, não há excedente tarifário calculado. Ademais, a Eco101 continua executando obras de duplicação e manutenção do trecho, tendo em vista que seu processo de relicitação não está em curso.*

68. *Por fim, o Ministério pontua um outro fator de risco atrelado ao processo de relicitação. O art. 20 da Lei 13.448/2017 define que em caso de não acudirem interessados no procedimento licitatório, e se em 48 meses não for concluído o processo, o poder concedente deve promover a instauração de caducidade. A caducidade é ainda mais demorada, onerosa e carrega elevados riscos.*

69. *Neste cenário de morosidade tanto da relicitação, quanto da ausência de interesse público no presente momento do processo de caducidade para a Eco101, o Ministério dos Transportes instaurou um grupo de trabalho (GT) com participação da ANTT e concessionária, para proposição de solução consensual para o Contrato de Concessão.*

70. *As diretrizes foram estabelecidas por meio da Portaria 372/2023 e da Portaria 848/2023. O TCU também se manifestou sobre o assunto, respondendo à consulta, por meio do Acórdão 1.593/2023 – TCU–Plenário, de 2 de agosto de 2023, admitiu a possibilidade de desistência da relicitação pelas partes e a repactuação dos contratos de parceria e definiu os requisitos para tal.*

71. *Feita reflexão acerca da desistência da relicitação no caso concreto, explica-se que a proposta trazida pelo GT à Secex Consenso foi ao encontro do entendimento do Ministério dos Transportes e ANTT de atualização do contrato à luz da nova política pública de outorgas, permitindo a execução imediata das obras paralisadas ou não iniciadas, com o objetivo de atender ao interesse público, dispondo para isso de regras específicas e mais rígidas para verificação de seu acompanhamento (peça 3, p. 7).*

72. *A Portaria MT 848/2023 estabelece um prazo restrito e específico para adesão ao processo de readaptação e otimização dos contratos. O art. 17 restringe o prazo de 1º de setembro de 2023 e tem validade até 31 de dezembro de 2023. Tendo em vista os riscos associados, o MT afirmou reiteradamente na comissão que tal prazo não será prorrogado ou estendido.*

73. *Desta forma, destaca-se que esta proposta de modernização contratual foi pensada e desenhada apenas de forma delimitada no **espaço temporal vivido**, diante de uma janela em que há um limbo na resolução dos gargalos da relicitação, a fim de cumprir os objetivos de retomada dos investimentos e continuidade da prestação de serviços públicos.*

74. *Assim, a proposta de política pública do Ministério dos Transportes, em acordo com a ANTT, pela opção de otimização contratual se dá em caráter excepcional, sob égide das*

¹² O art. 15 define a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento.

portarias já citadas, considerando o estágio atual do grau de maturidade do instituto de relicitação, em resposta a obstáculos que não foram imaginados na época da consecução da lei e da insustentabilidade financeira da concessão.

75. *Por fim, é de suma importância apontar que as unidades deste Tribunal de Contas acreditam que o caminho de se aprimorar e melhorar a relicitação trará segurança jurídica e deve ser perseguido pelo poder concedente, demais instituições públicas envolvidas no processo de outorgas rodoviárias, e todo setor rodoviário, de modo a não abandonar prematuramente a aplicação desse instituto, mas sim procurar melhorá-lo e amadurecê-lo para que se alcance a celeridade necessária nas resoluções dos percalços advindos dos contratos de concessão.*

76. *Ainda em relação às possíveis ações do poder público em casos de descumprimento contratual, cabe trazer à tona a questão da caducidade. Em relação ao **processo de pré-caducidade**, ressalta-se que, em cumprimento aos dispositivos contratuais e aos regulamentos e legislação vigente, a antiga Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária – SUINF instaurou processo administrativo com o objetivo de avaliar o cumprimento das obrigações contratuais. Assim, foram avaliadas as obrigações contratuais da Concessionária, elaborados Pareceres conclusivos, apresentando eventuais não conformidades detectadas, e por fim, o processo foi arquivado. Destaca-se que a antiga SUINF concluiu o seguinte em seu Relatório à Diretoria 68/2020 de 18/02/2020 (peça 54):*

Após apreciação dos autos do processo, esta Superintendência conclui que os serviços, em parte, estão sendo prestados de forma inadequada, pois observa-se com atrasos de algumas obras e baixos níveis de atendimento de parâmetros de alguns serviços de recuperação em alguns segmentos da rodovia, todavia, ficou evidenciado que a Eco101 está envidando esforços para retomar as obras de ampliação da capacidade e melhorias e recuperar o sistema rodoviário, em especial, o pavimento.

Ademais, mister ressaltar que a Concessionária foi convincente em suas justificativas, ficando caracterizado que muitas das falhas e transgressões contratuais detectadas não ocorreram por sua exclusiva responsabilidade, mas sim por conta das demoras dos processos de licenciamento ambiental, emissão de DUP e processos judiciais de remição da faixa de domínio, além de atrasos de obras do DNIT e divergência na contagem de tráfego de subtrecho homogêneo para fins de verificação do gatilho das obras condicionadas ao volume de tráfego.

Portanto, tendo em vista que a Eco101 demonstrou que está retomando os investimentos previstos no PER, e considerando os princípios que regem a Administração Pública, esculpido, em especial, no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999, sobretudo, da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, e aos critérios dos processos administrativos da boa-fé e da adequação entre meios e fins, preconizados no art. 2º, incisos IV e VI, da Lei nº 9.784/1999, e considerando a conveniência e oportunidade para o caso em tela, esta Superintendência decide pelo arquivamento do presente processo administrativo (procedimento preparatório de caducidade), nos termos do art. 19, inciso I, do Regulamento Anexo à Resolução ANTT nº 5.083/2016.

77. *No âmbito de processo de **revisão quinquenal**, a Eco101 apresentou proposta de repactuação do cronograma de investimentos previsto no Contrato de Concessão (processo 50500.414044/2016-26). Porém, após alteração da Resolução da ANTT que dispõe sobre o procedimento, houve arquivamento do processo, de forma que não chegou a ser processada nenhuma revisão quinquenal até o momento.*

78. *Por fim, acerca das tratativas do poder concedente de equalizar as situações dos contratos de concessão de rodovias em dificuldade de execução, cita-se a **Medida Provisória 800/2017**, que buscou estabelecer as diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais. Esta MP não prosperou, não tendo sido promulgada, apresentando-se como*

mais uma tentativa de resolução dos problemas nessas concessões. Aqui, destaca-se trechos da exposição de motivos da MP:

2. *A proposta tem o objetivo de conferir condições para a continuidade da prestação de serviços em concessões rodoviárias que preveem a execução de investimentos no início do contrato, como as concessões da 3ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), licitadas entre 2012 e 2014. Tais modelagens, formuladas sob a perspectiva de crescimento econômico acelerado, guardaram objetivo político de adiantar investimentos, em face de um cenário de abundância de recursos financeiros. Os contratos preveem a obrigação de duplicação integral dos trechos das rodovias concedidas no curto espaço de tempo de 5 anos a contar do início da concessão.*

3. *Com o início dos contratos, ao contrário do que se projetava para a economia brasileira, o que se constatou foi uma grave deterioração das variáveis macroeconômicas no cenário nacional nos últimos anos, com dois anos sucessivos de quedas expressivas no Produto Interno Bruto (PIB), de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016. Esse cenário trouxe restrições à liquidez financeira de outrora, inviabilizando a tomada de empréstimos de longo prazo nas condições veiculadas quando da elaboração do Programa de Investimentos em Logística – PIL. À época da realização dos leilões dos sistemas rodoviários em questão, o Brasil passava por período de forte crescimento econômico, tendo registrado crescimento médio anual do PIB de aproximadamente 4% no período 2010-2013. A crise econômica atingiu fortemente a modelagem prevista para esses contratos, a partir das já mencionadas quedas no PIB.*

4. *A retração econômica acarreta prejuízos às concessões rodoviárias em diferentes frentes. Primeiramente, a geração de receita por parte da concessão é drasticamente afetada devido à queda do volume de tráfego geral da rodovia. Esse movimento é ainda mais acentuado sobre os veículos pesados, os quais possuem forte elasticidade em relação ao comportamento do PIB, além de responderem pelos maiores multiplicadores tarifários. Destarte, a arrecadação das concessões vem se descolando sobremaneira das projeções realizadas quando da elaboração dos estudos de viabilidade que orientaram os lances ofertados nos leilões realizados. Em segundo lugar, houve impacto na capacidade de captação de recursos financeiros por parte das concessionárias de serviço público. Em grande medida como consequência do primeiro efeito, os projetos passaram a não mais atender às condicionantes previstas nas políticas operacionais dos bancos financiadores, resultando na limitação do volume de recursos passíveis de financiamento.*

(...)

11. *Cabe destacar conclusivamente a urgência nas medidas para efetivação da reprogramação do cronograma de investimentos, tendo em vista que as concessões alvo desta Medida Provisória já se encontram em dificuldades financeiras, passando gradualmente a apresentar desempenho incompatível com o previsto no Programa de Exploração da Rodovia (PER). Nesse sentido, é imediata a necessidade de reprogramação dos investimentos, de forma que as concessionárias possam concentrar seus esforços financeiros em serviços mais prioritários para a manutenção da fluidez e da segurança rodoviária.*

79. *A MP 800/2017 perdeu a eficácia e foi substituída pelas Portaria MT 372/2023 e Portaria MT 848/2023.*

80. *Feitas as primeiras explicações dos contornos que influenciaram as conclusões aqui elaboradas, passa-se a discorrer sobre a Política Pública estabelecida pelo Ministério dos Transportes, em conjunto com as diretrizes regulatórias da ANTT.*

A Política Pública e a atualização dos contratos

81. *O interesse público primário foi definido pelo Ministério dos Transportes na política pública de exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal e os procedimentos relativos à readaptação e otimização dos contratos de concessão estabelecidos na Portaria MT 848/2023, e na Política Nacional de Outorgas Rodoviárias, instituída pela Portaria MT 995/2023, que buscou promover a modernização dos contratos de concessão de rodovias federais e consagra práticas e regras a serem observadas no setor.*

82. *As balizas de política pública consolidadas que fundamentaram as negociações foram:*

i) a atualização e modernização contratual conforme a política pública vigente (Portaria 848/23, art. 3º, I);

ii) a defesa do interesse público com a comprovada vantajosidade de celebração de termo aditivo de modernização do contrato de concessão como alternativa à relicitação (Portaria MT nº 372/2023, art. 2º, I e Portaria MT nº 848/2023, art. 1º, I);

iii) a renúncia a quaisquer demandas, solicitações, litígios, arbitragem e a todos os processos judiciais e administrativos referentes ao período anterior ou referentes ao objeto aqui tratado (Portaria MT nº 848/23, art. 3º, II);

iv) o início imediato de execução de obras e dos investimentos e antecipação do cronograma (Portaria MT nº 848/23, art. 3º, III, IV, V e VI e Portaria MT nº 372/23 art. 2º, III);

v) a modicidade tarifária, com a cobrança de valores de pedágio menores que os previstos nos estudos em andamento ou da média dos estudos em andamento já levados à audiência pública e mecanismo de reclassificação tarifária vinculada à execução de obras (Portaria MT nº 848/23, art. 3º, VII e VIII e Portaria MT nº 327/23 art. 2º, IV);

vi) garantia de execução de obras, por meio de acompanhamento e fiscalização diferenciados, em período de transição de 3 anos, avaliando o cronograma de execução e obras e parâmetros de desempenho, com regras objetivas para eventual descumprimento (Portaria MT nº 848/23, art. 3º, X, XI e XII);

vii) viabilidade técnica e jurídica, que aponte para a exequibilidade operacional das obras, associada à viabilidade econômico-financeira e que atenda o regramento regulatório vigente (Portaria MT nº 848/23, art. 1º, II e Portaria MT nº 372/23 art. 2º, II); e

viii) redução de acidentes e melhoria da fluidez da rodovia (Portaria MT nº 372/23 art. 2º, V).

Legalidade, o Consensualismo e a Mutabilidade Contratual

83. *Outros aspectos dos contornos e bases legais de relevante compreensão para os desfechos ora discutidos pela comissão se referem ao princípio da legalidade, o consensualismo e a mutabilidade dos contratos de concessão, que serão aprofundadas a seguir.*

84. *Nas últimas décadas vivenciou-se no Brasil um considerável aumento do número de projetos de concessão. No entanto, vários projetos de parceria entraram em colapso, notadamente no setor rodoviário. Assim, o legislador brasileiro tem procurado introduzir novos instrumentos legais para incorporar conceitos destinados a lidar com os desafios decorrentes da necessidade de alteração, prorrogação, renegociação ou até mesmo rescisão de contratos de concessão. Exemplos dessas iniciativas incluem a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), a Lei de Relicitação e Prorrogação Antecipada (Lei 13.448/2017) e a Lei das Agências (Lei 13.848/2019), com especial atenção para o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nesta última.*

85. *Chama-se a atenção também para a reforma da LINDB, que passou a prever em seu art. 26, caput, a possibilidade de que a autoridade administrativa possa celebrar acordos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.*

86. *Dessa maneira, o art. 26 da LINDB é um permissivo legal genérico para a celebração de acordos pelo Estado, que torna desnecessária autorização em leis específicas para que a Administração possa optar pelo consenso como alternativa à atuação repressiva e unilateral. Esse é o entendimento adotado no voto do Ministro Bruno Dantas que deu origem ao Acórdão TCU 2.139/2022, no sentido de que o art. 26 da LINDB reconhece a possibilidade de ampliação do escopo do Termo de Ajustamento de Conduta, com “aplicações mais amplas do que a mera correção de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares”.*

87. *Vale lembrar que o parágrafo único do art. 26 da LINDB estabelece que os compromissos firmados na esfera administrativa devem buscar “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.*

88. *O dispositivo exige (i) que, à luz do princípio da proporcionalidade, sejam estabelecidas medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (“inclusive em face das possíveis alternativas”, como dispõe o parágrafo único do art. 20 da LINDB); (ii) que a solução seja equânime, no sentido de vedar tratamentos privilegiados e possibilitar soluções que também possam ser atribuíveis a outras situações semelhantes ou equiparáveis; (iii) que, à luz do princípio da eficiência, sejam adotadas medidas vantajosas sob à ótica de seu custo-benefício; e (iv) que sejam observados, ao fim e ao cabo, os interesses gerais subjacentes às políticas públicas que se pretende realizar. Tudo isso com observância às circunstâncias específicas do caso concreto, o que “demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.*

89. *A celebração de acordos encontra-se dentre as grandes transformações do Direito Administrativo contemporâneo no bojo do seguinte contexto:*

Uma (...) administração consensual, que é regida por um Direito Administrativo do consenso, fundado numa administração concertada e orientada pela ideia de transigibilidade. Essas e outras nomenclaturas ressoam a ideia de um Estado cujas ações são tomadas, ao menos em parte, de comum acordo com particulares, ou levando seus posicionamentos em consideração.

O traço distintivo da consensualidade, portanto, é a dialeticidade. Isto é: a acomodação e a composição dos múltiplos interesses existentes nas relações mais ou menos conflituosas entre Administração e particulares. Tal abordagem se contrapõe às imposições unilaterais de vontade pela Administração e à ideia de puissance publique (prerrogativas estatais), que conduzem a assimetrias de poder entre as esferas pública e privada.

Já de uma perspectiva ampla, a consensualidade denota toda forma de atuação administrativa de teor contratualizável, a abarcar não só os acordos da perspectiva restritiva, mas também: (i) todos os demais meios de contratação pública e parcerias; (ii) as formas de participação popular na atividade administrativa, como consultas e audiências públicas; e (iii) os instrumentos menos vinculativos de imposição da vontade estatal, como o fomento.¹³

90. *O parecer da AGU, por meio de sua Procuradoria junto à ANTT (peça 6) traz profícua discussão sobre o consensualismo.*

91. *Neste contexto, de modernização do direito administrativo está a discussão jurídica de mutabilidade de contratos complexos, vez que é crucial equilibrar a proteção dos interesses públicos e a conformidade legal com a necessidade de atualizar os termos contratuais,*

¹³ A consensualidade abusiva no direito administrativo: notas iniciais de teorização: Cyrino e Salaté, 2023

conforme a evolução das circunstâncias, considerando a importância de preservar a relevância e a continuidade dos serviços.

92. Os contratos de concessão são considerados contratos complexos, vez que são de longo prazo e geralmente envolvem investimentos altos. Assim, a flexibilidade nos contratos é considerada uma característica necessária a estes contratos. Todavia, o reconhecimento da mutabilidade não significa uma possibilidade infinita de mudanças nos contratos.

93. Conforme preconiza o Acórdão 1.446-TCU- Plenário, a análise perpassa necessariamente sobre uma ponderação entre princípios e diretrizes aplicáveis às concessões. Por um lado, incluem-se princípios que restringem alterações nos contratos, como o dever de licitar, a isonomia, a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a aderência ao edital, a segurança jurídica e o princípio da execução obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Por outro lado, há princípios favoráveis à flexibilização das regras contratuais durante a sua execução, devido às mudanças nas condições de fato, visando garantir a continuidade do serviço público, a atualização tecnológica dos contratos, a busca pela eficiência.

94. Assim, somente a análise específica de cada caso concreto determinará se a alteração é justificada. Além disso, é crucial apresentar uma justificativa robusta que demonstre que promover mudanças no bojo do contrário em vigor seria mais benéfico do que realizar uma nova licitação. Nesse sentido, ressalta-se que a política pública para as concessões de rodovias prevê expressamente a necessidade de análise de vantajosidade (Portaria MT 372/2023, art. 2º, I e Portaria MT 848/2023, art. 1º, I).

95. O Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 5.991/DF, ao decidir sobre a lei das prorrogações antecipadas e relicitações (Lei 13.448/2017), determinou que a natureza mutável do objeto da concessão não impede ajustes no contrato para atender às demandas econômicas e sociais resultantes das condições do serviço público concedido e da duração do contrato de longo prazo. Para a corte, embora o objeto do contrato possa ser imutável, as condições contratuais podem ser adaptadas para acomodar necessidades emergentes, especialmente em contratos de longo prazo.

96. O Supremo, nas ADPFs 971, 987 e 992, entendeu que os postulados da mutabilidade e da adequação do serviço público exigem a constante atualização e modificação do negócio jurídico administrativo.

97. Na ADI 7.048/SP, foram examinados Decretos do Estado de São Paulo que autorizaram a extensão antecipada da concessão de transporte coletivo intermunicipal. Nessa ocasião, buscava-se incluir novas atividades sob a responsabilidade do parceiro privado, incluindo linhas não inicialmente previstas no contrato licitado, além de obrigações de investimento em infraestrutura pública fora da área concedida (investimentos cruzados). O tribunal considerou constitucional a ampliação do escopo do contrato, pois não houve descaracterização do objeto original, e as mudanças foram respaldadas por um estudo técnico que demonstrou sua vantagem.

98. Na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, destaca-se o Acórdão TCU 2.139/2022, por meio do qual o Plenário aprovou a celebração de termo de ajustamento de conduta para a transferência do controle societário da Rota do Oeste (concessionária da BR-163/MT) à MT Participações e Projetos S.A., sociedade de economia mista mato-grossense. O TAC previu, dentre outros elementos, a reprogramação do cronograma de investimentos da concessão, a prorrogação contratual em cinco anos e o redesenho parcial da matriz de riscos, com o compartilhamento de uma parcela dos riscos alocados entre a Concessionária e o Poder Concedente.

99. No caso em discussão, o que se tem é a possibilidade de, durante a vigência de um contrato de concessão em curso (cujo direito à prestação é do concessionário), promover uma alteração sensível das suas condições objetivas. Como regra, qualquer alteração contratual não demanda obrigatoriamente a licitação, mas requer necessariamente, a formalização de um ato

bilateral, que é o termo aditivo. Note que o termo aditivo é necessário mesmo quando a razão para a modificação seja uma alteração unilateral do Poder Público, como a determinação de inclusão de novo investimento.

100. *Aliás, seja por meio de ato unilateral do Poder Público, seja por meio de acordo, a inclusão de novos investimentos e modificação de condições contratuais é possível no direito brasileiro. A mutabilidade dos contratos administrativos é uma de suas características mais marcantes ou antigas. Basta haver interesse público na modificação e respeito à norma de impossibilidade de transfiguração do objeto do contrato e ao reequilíbrio econômico-financeiro: “Art. 3º O ministério ou a agência reguladora, na condição de órgão ou de entidade competente, adotará no contrato prorrogado ou relicitado as melhores práticas regulatórias, incorporando novas tecnologias e serviços e, conforme o caso, novos investimentos.”*

101. *Ainda no tema das premissas e bases legais dos trabalhos desta comissão de solução consensual, é fundamental discutir o Acórdão 1.593/2023 – TCU – Plenário, de 2 de agosto de 2023, cujo relator é o Min. Vital do Rêgo, quando o TCU admitiu a possibilidade de desistência da relicitação pelas partes, a repactuação dos contratos de parceria e definiu os requisitos para tal.*

102. *O Acórdão se deu a partir de consulta formulada pelo Ministério do Transporte e do Ministério de Portos e Aeroportos acerca da possibilidade de a União aceitar que uma concessionária desista da relicitação e quais critérios deveriam balizar o processo de renegociação do contrato.*

103. *Nesse sentido, relevante destacar que a presente Solicitação guarda relação direta com o Acórdão 1.593/2023, haja vista que as controvérsias existentes entre a Agência e a Eco101 dizem respeito ao Contrato de Concessão da BR101/ES/BA, vez que houve solicitação de relicitação da concessionária, ante à alegada inviabilidade financeira do ativo. Haverá desistência da relicitação em caso de modernização do contrato. A seção 6.2 discute as interpelações da decisão com a presente proposta de solução para o contrato da Eco101.*

PREMISSAS E PRINCÍPIOS GERAIS

104. *A partir da solicitação feita pela ANTT (peças 1-12), com base na legislação vigente e na política pública estabelecida nas portarias do Ministério dos Transportes, detalhadas anteriormente, as premissas e princípios gerais que pautaram as discussões dos trabalhos desta comissão estão descritas a seguir.*

105. *A solução consensual descrita neste Relatório dá-se em caráter excepcional e se restringe ao caso concreto, marcado por suas circunstâncias particulares, não sendo replicável para outros casos de outras concessões rodoviárias.*

106. *A solução consensual pautou-se pela preservação dos princípios da transparência, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, legalidade, moralidade, segurança jurídica e efetividade.*

107. *Adicionalmente, a solução consensual baseou-se no princípio da mutabilidade dos contratos administrativos, em especial de contratos complexos, incompletos, relacionais e de longo prazo, para atendimento ao interesse público, conforme discutido na seção 2.4 deste relatório.*

108. *Buscou-se a realização do interesse público primário, seguindo as balizas definidas pelo Ministério dos Transportes na política pública de exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal e os procedimentos relativos à readaptação e otimização dos contratos de concessão estabelecidos na Portaria MT 848, de 25 de agosto 2023, e na Política Nacional de Outorgas Rodoviárias, instituída pela Portaria MT 995, de 17 de outubro de 2023, que buscou promover a modernização dos contratos de concessão de rodovias federais e estabeleceu práticas e regras a serem observadas no setor (conforme detalhadas na seção 2.3).*

109. *O objetivo principal foi a maximização do interesse público com a comprovada vantajosidade de celebração de termo aditivo de readequação e otimização do contrato de concessão em relação à opção da relicitação, demonstrada no capítulo 6.*

110. *No âmbito da presente solução consensual, somente foram tratadas questões específicas do contrato para as quais não há decisão de mérito no TCU, conforme definido na IN 91/2022 e que não haverá proposta de solução consensual que contrarie jurisprudência ou decisão deste Tribunal. Em específico, a solução consensual observou os termos do Acórdão TCU 1.593/2023-TCU-Plenário. A aderência dos trabalhos com o acórdão está detalhada na seção 5.7.*

111. *O escopo da solução consensual está restrito aos temas em que houve o consenso, que foram discutidas na comissão e que estão descritas no Termo de Autocomposição.*

1.

DESENVOLVIMENTO DOS TRABALHOS DA COMISSÃO: BUSCA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL

112. *As discussões no âmbito da CSC se basearam nas premissas discutidas e na busca de atendimento do interesse público, por meio de uma solução integrativa. Essa forma de negociação procura a maximização dos interesses de cada entidade representada, visando não apenas superar as controvérsias do passado no contrato firmado, mas também objetivando atender à política e ao interesse público, com legalidade e confiabilidade.*

113. *Assim, os trabalhos começaram com um levantamento de informações para aprofundar o conhecimento sobre a proposta trazida pelo Grupo de Trabalho – GT, investigar fatores que contribuíram para inviabilidade do contrato que levou à relicitação, buscar opções de soluções, criar diferentes cenários para finalmente se chegar a um desenho de solução que atendesse ao interesse público, aos requisitos legais e mitigasse os riscos identificados.*

114. *Esta seção apresenta as avaliações iniciais realizadas pela comissão, como fundamentação para a solução desenvolvida. O próximo capítulo apresenta a solução desenvolvida por esta comissão.*

Fatores que levaram o contrato à relicitação e controvérsias a serem endereçadas

115. *A comissão iniciou seus trabalhos aprofundando o entendimento do contrato atual e da proposta elaborada pelo Grupo de Trabalho (GT) do Ministério dos Transportes. Esse processo foi realizado por meio de várias conversas bilaterais, apresentações com dados técnicos elaboradas por cada participante e reuniões entre os membros do poder público.*

116. *Inicialmente se identificou diversos pontos em comum aos contratos de concessão de rodovias das chamadas 2ª e 3ª etapas de concessões (leilões realizados entre 2010 e 2013) como causas que podem ter levado à sua inviabilidade financeira, à relicitação e motivou o Ministério a buscar a modernização desses contratos.*

117. *A 3ª etapa do Procofe teve o intuito aumentar o nível de investimento através de concessões privadas, adotando um modelo diferente das concessões anteriores. Os principais aspectos distintivos das concessões dessa fase incluem investimentos de ampliação elevados, com prazo de cinco anos para duplicação de todo o trecho concedido, estabelecimento de que o início da cobrança de pedágio só poderia ocorrer após a duplicação de pelo menos 10% da rodovia e a finalização dos trabalhos iniciais. D; leilões com deságios tarifários agressivos por parte dos interessados, em uma média de 50%; criação do fator D, que incide sobre a tarifa de pedágio, descontando percentuais predefinidos em casos de inexecução ou de atraso, com a possibilidade de aumentos de tarifa por adiantamento ou inclusões de investimentos; Inclusão de cláusula contratual acerca da possibilidade de realizar reequilíbrios por fluxo de caixa marginal (FCM) para novos investimentos, de modo que o contrato permitia a ajuste ao contrato para acomodar novos investimentos por FCM⁸.*

118. Neste ambiente macroeconômico, a Eco101 relata fatores que impactaram na viabilidade financeira da concessão.

119. Dentre os fatores macroeconômicos, destacou-se um otimismo excessivo em relação ao crescimento da demanda, que não se concretizou. O volume de tráfego considerado pela Eco em sua proposta no leilão era de 560.135.000 de eixos equivalentes até o 10º ano. Na realidade, o tráfego realizado foi de 433.843.000 eixos, ou seja, um valor 22,5 % menor que o previsto.

120. Além disso, identificou-se um aumento significativo dos insumos à base de petróleo, especialmente o asfalto, bem acima dos índices de correção contratuais (IPCA e IGP-DI). O aumento no preço dos materiais betuminosos, acumulado, de 2014 a 2021, foi de 354% em relação à proposta original, o que foi agravado pela pandemia do COVID-19.

121. Também houve frustração em relação às taxas de financiamento esperadas. O Governo Federal à época tinha se comprometido a disponibilizar financiamento a taxas e condições compatíveis com o retorno do projeto (com carta de intenção nesse sentido assinada pelos representantes dos bancos públicos federais), o que não se confirmou.

122. No caso da Eco, foram relatadas grandes dificuldades, algumas ainda não superadas, com processos de licenciamento ambiental. Destaca-se que a BR 101 atravessa uma área demarcada como Reserva Biológica de Sooretama, o que encontra diversos óbices para a duplicação integral prevista para o trecho. Ademais, os entes públicos ambientais (IBAMA e ICMBIO) levaram mais tempo do que o previsto para análise dos processos de licenciamento ambiental, impactando decisivamente o cronograma das obras para os Trechos Norte e Sul.

123. Sobre as desapropriações, a emissão das declarações de utilidade pública necessárias para as desapropriações sofreu inúmeros atrasos e verificou-se dificuldade para desocupação das faixas de domínio de determinados subtrechos, também comprometendo o cronograma das obras;

124. Um aspecto importante destes contratos se refere aos altos deságios oferecidos pelas concessionárias nos leilões das 2ª e 3ª Etapas. À época, a ANTT não impunha um teto de percentual de deságio a ser dado, diretriz que mudou após a 4ª Etapa de Concessões de Rodovias, quando os leilões passaram a ser por critério híbrido de maior deságio e maior outorga à União. Já, na 5ª etapa tornou-se maior deságio com aporte de recursos financeiros em conta vinculada à concessão, com integralização de capital¹⁴.

125. Como resultado tanto do otimismo macroeconômico quanto do desenho de incentivos, o deságio oferecido nesses leilões foi elevado. A concessionária Eco101, por exemplo, ofereceu um deságio de 42% em relação à tarifa referência. O processo contou com 8 competidoras e um processo judicial com a 2ª colocada atrasou o início do contrato em aproximadamente 1 ano. Essa mesma ordem de grandeza de desconto foi observada em outros leilões da mesma época.

É natural que cada modelo de leilão incentive determinados comportamentos dos licitantes, o que deve ser ponderado em relação ao objetivo do poder concedente do ativo. Por exemplo, como ocorreu no caso das rodovias licitadas durante o PIL, uma das metas do poder concedente foi a de promover a modicidade tarifária (modalidade de leilão exclusivamente por menor tarifa). Contudo, há de se ressaltar que o deságio na tarifa é uma forma diferida de se pagar pelo leilão, o que pode favorecer lances mais agressivos. Em outras palavras, é um formato que pode

¹⁴ A limitação de deságio imposta dita que é vencedor do leilão aquele que ofertar a menor tarifa. Contudo, quanto menor a tarifa ofertada, maior a exigência de capital social mínimo da concessionária estabelecida em contrato. Segundo o BNDES, presume-se que, por haver menor receita futura de pedágio (já que a tarifa é menor), há maior necessidade de capital próprio para fazer frente aos investimentos necessários à concessão.

exacerbar o winner's curse (maldição do vencedor) – a tendência de que o vencedor do leilão pague pelo objeto licitado um preço maior do que seu verdadeiro valor.¹⁵

126. *Outra causa dos problemas desses contratos foi o desenho hoje considerado inadequado da divisão de riscos e incentivos contratuais. Na época, esses mecanismos eram considerados o estado da arte pela agência reguladora, mas atualmente evoluíram bastante, com surgimento de bandas de compartilhamento de risco nos contratos mais modernos. Neste sentido, o modelo de concessão da 3ª etapa do Procofe previa a necessidade de duplicação nos primeiros cinco anos da concessão, sem que esta fosse correlacionada com às necessidades de tráfego.*

127. *Por fim, a Eco101 afirma que teve impactos com a não conclusão das obras do Contorno do Mestre Álvaro pelo DNIT, com a chamada lei dos caminhoneiros, Lei 13.103/2015 aumentou o limite do peso bruto por eixo, sem que tivesse havido reequilíbrio econômico-financeiro. O cenário foi também agravado pelo não pedagiamento da BR-116, reduzindo a demanda projetada.*

128. *Assim, os descumprimentos contratuais e o fato de empresas como a Eco101 não terem realizado os investimentos previstos expõem que os problemas foram causados por um conjunto de fatores: não apenas o deságio, mas também o desenho do contrato de parceria em si, a situação macroeconômica vivenciada mesmo antes da pandemia, os desafios de licenciamento ambiental, dentre outros.*

129. *Deste modo, em linha geral as principais controvérsias e problemas que envolvem o atual contrato de concessão e que devem ser tratados pela solução versam sobre: i) inviabilidade econômico-financeira do projeto licitado, ante a incapacidade de a Eco101 adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente; ii) morosidade e obstáculos enfrentados para a relicitação do trecho, e consequente impacto na execução dos investimentos essenciais para adequada prestação do serviço público; iii) insatisfação dos usuários com a ausência de obras em contrapartida ao valor tarifário calculado/praticado.*

Opções e Soluções Exploradas

130. *Como já explicado primeiro foram identificadas as características do contrato, o contexto da relicitação e as controvérsias envolvidas. Em seguida, com base nas premissas adotadas foram exploradas opções a fim de solucionar as questões identificadas.*

131. *As opções para resolução do conflito mais discutidas e apresentadas inicialmente foram a relicitação (que se refere à situação atual); a renovação antecipada, uma revisão contratual nos moldes de revisão quinquenal e por fim a modernização do contrato por meio de aditivo contratual. Para a modernização, foram avaliadas soluções mais arrojadas (que envolvem maiores alterações contratuais) e outras mais conservadoras. Ressalta-se que foi feita análise de pré-caducidade, e a ANTT excluiu essa possibilidade antes mesmo de serem iniciadas as tratativas consensuais sobre a Eco101. O Anexo D ao final deste relatório traz uma tabela comparativa de cenários analisados, elaborada pelo Ministério dos Transportes.*

132. *A relicitação é o status quo atual da concessão (o processo está suspenso, em função dos trabalhos desta comissão de solução consensual). Mas, a morosidade da relicitação é justamente uma das controvérsias que envolve a rodovia, tendo em vista que o instituto, no estágio atual de maturidade institucional em que se encontra, tem falhado na prestação do serviço público e descontentamento dos usuários, em especial em razão da paralisação de obras de ampliação de capacidade e de segurança necessárias. Em adição a isso, a expectativa, em caso de continuidade do processo de relicitação, é de início de obras em um prazo aproximado de 5 anos. E mais, a relicitação*

¹⁵ MODELAGEM E REGULAÇÃO DE PROJETOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA SOB A ÓTICA DO FINANCIADOR: Ferreira, Machado, Salles, Oliveira, Teixeira, Rodrigues e Freixo, 2021.

bem-sucedida não elimina os conflitos entre as partes, que podem continuar litigando, com potenciais consequências financeiras negativas para o Poder Público.

133. *A renovação antecipada tem requisitos legais (Lei 13.448/2017 art. 6º) e não é possível de ser implementada, pois a concessionária não executou os percentuais de investimentos exigidos para enquadramento legal.*

134. *Já a revisão quinquenal é um instituto disciplinado pela ANTT, por meio da recém editada Resolução 6.032/2023, que nunca foi realizada pela Agência por falta de regramento suficientemente preciso. No entanto, essa solução apenas trata do equilíbrio econômico-financeiro passado, de forma que o contrato não se tornaria sustentável até o termo.*

135. *Adicionalmente e, como já afirmado em análises citadas anteriormente nesse relatório, no processo de pré-caducidade, a ANTT entendeu que não houve culpa exclusiva da concessionária nas inexecuções.*

136. *Durante as discussões, essas opções, exceto a modernização do contrato, foram consideradas inviáveis tanto por não serem financeiramente sustentáveis para a recuperação da capacidade econômico-financeira da concessão, quanto por serem legalmente inviáveis.*

137. *Portanto, no âmbito dos trabalhos da Comissão, passou-se a explorar diversas tentativas e cenários com **objetivo de se explorar modernizações contratuais com alterações e mudanças em diferentes escalas de alteração.***

138. *Nesse sentido, a estratégia para construção da solução pode ser esquematicamente representada:*

139. *Em suma, pensou-se nas seguintes soluções:*

*i) de maneira **mais arrojada**, tem-se uma modernização contratual nos moldes da proposta apresentada pelo GT que consistia em redesenhar completamente o contrato, tornando-o similar a um contrato nos moldes dos contratos da 5ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais – Procofe, em termos de regramentos contratuais e tarifa, mantendo-se a Eco101 como controladora. Isso representaria um nível de modificação contratual bastante significativo, considerando que não usa os elementos definidores do contrato original (tais como o desconto em relação à tarifa base, matriz de riscos, TIR, entre outros).*

*ii) **intermediária**: mudanças em Capex, opex e tráfego, a fim de redesenhar o contrato, trazer preços novos e exequíveis, se valendo de mitigadores de riscos e mais incentivos de cumprimento à execução contratuais; e*

*i) **mais conservadora**: mínimo de mudanças contratuais possíveis, se atendo integralmente ao Plano de Negócios original apresentado pela concessionária no momento da licitação, nos moldes de uma revisão quinquenal.*

140. *Adentrando a exploração de diferentes escalas de modernização, foram desenvolvidos estudos de sensibilidade e cenários com diferentes combinações das variáveis que compõe o modelo econômico-financeiro – MEF (cronograma e valores de investimentos, TIR, prazo, demanda e tráfego, divisão de riscos e tarifa resultante).*

141. *Em um primeiro momento, como parte de estudos de alterações mais conservadoras, foram solicitados os seguintes cenários à concessionária, a fim de compreender melhor o comportamento das variáveis no MEF protocolado na solicitação de solução consensual:*

a) Cenário 1 – adequação de novos investimentos ao contrato original: com base na MEF original, inserir novo cronograma de investimentos, mantido o valor de Capex e opex, exceto os itens não contemplados na proposta original; assim como demanda, prazo e TIR originais, sem

prorrogação. Mostrar o VPL e tarifas resultantes. Este cenário avalia a realização dos investimentos desejados no contrato com desenho atual.

b) Cenário 2 – diferentes prazos para os cenários de readequação: com base nas novas premissas propostas para MEF na repactuação, simular tarifas, mantidos degraus tarifários, para os seguintes prazos 0 anos, sem prorrogação do contrato original, 5 anos de prorrogação a partir do final do prazo já contratado, 10 anos de prorrogação e 15 anos de prorrogação.

c) Cenário 3 - atualização dos valores e cronogramas de Capex e opex: com base e mantendo todos os parâmetros do FCO/MEF originais (TIR, demanda, etc.), calcular a tarifa resultante, apresentando-se o fluxo de caixa que resulte em VPL nulo, ao se atualizar capex e opex (obras, valores e cronograma atualizados, conforme propostos na modernização dos contratos). Apresentar variações com diferentes prorrogações de prazos (0, 5, 10 e 15 anos)

d) Cenário 4 - atualização de demanda: calcular a tarifa resultante, apresentando-se o fluxo de caixa que resulte em VPL nulo, mantendo-se todas as premissas do fluxo de caixa original, atualizando-se somente a demanda, isto é, a partir de 2024 utilizar a demanda real projetada (PIB+ Elasticidade). Apresentar variações com diferentes prorrogações de prazos (0, 5, 10 e 15 anos).

142. Esses cenários serviram para avaliar a sensibilidade das variáveis, como tarifa, prazo, TIR e investimentos, e como estes se relacionavam na solução proposta advinda do GT. Dele foi possível perceber que o prazo era crucial para a financiabilidade, modicidade tarifária e exequibilidade da solução, e que a mera atualização dos valores de Capex (Capital Expenditure – despesas de capital) do Plano de Negócios não geraria a viabilidade financeira perseguida.

143. Nos estudos de soluções mais **conservadoras**, no que tange a mutabilidade contratual, utilizou-se como base para modificar o contrato os regramentos contratuais existentes e os normativos da agência relativos a alterações contratuais, que preveem que as inclusões e exclusões de investimentos, devem ocorrer no âmbito das chamadas revisões quinquenais, e via Fluxo de Caixa Marginal – FCM.

144. Ademais, foi levantada a hipótese de se realizar alterações mais amplas, em decorrência de eventual reconhecimento de eventos imprevisíveis e de impactos extraordinários, mas, ainda assim, buscando-se preservar a essência das condições econômico-financeiras pactuadas no certame original.

145. Por exemplo, no cenário de **ajustes mais conservadores**, buscou-se endereçar os principais fatos extraordinários alegados pela concessionária e poder concedente, que teriam impactado negativamente na execução contratual: aumento de insumos; e diminuição do tráfego em razão de fatores macroeconômicos. Nesse sentido, buscou-se reproduzir no contrato original o efeito desses fatos na tarifa para avaliar qual seria o impacto na sustentabilidade financeira do ativo. Esse caminho não teve prosseguimento pois acabou por gerar VPL negativo, de modo que o projeto continuaria inviável economicamente. Chegou-se à conclusão de que para que o contrato fosse sustentável financeiramente e o volume de investimentos exequível, o mero rearranjo ficaria muito aquém do necessário, sendo necessária a remodelação profunda do projeto.

146. A proposta **intermediária** partiu do modelo econômico do proposto pelo GT, ou seja, adotar valores atualizados de investimentos (capex e opex), diferentes dos valores corridos pelos índices do contrato original, retirar as obras com maior risco de execução (que posteriormente seriam incorporadas via Fluxo de Caixa Marginal), só que incorporando mitigadores de risco mais robustos e mecanismos de incentivo ao cumprimento do contrato mais arrojados do que os pensados pelo GT, como o procedimento competitivo e a extinção antecipada consensual.

147. Assim, após diversas simulações, na tentativa de emprestar as bases do contrato original para a solução, os desenhos menos arrojados se revelaram insuficientes para viabilizar o

contrato. Por outro lado, uma grande modernização do contrato trazia riscos legais e morais. Diante de tal constatação, foi feito, entre outras análises, o sopesamento entre o custo de oportunidade e vantajosidade da realização dos investimentos necessários para a rodovia e sua região, com modernização contratual, e do prosseguimento do processo de relicitação.

148. *Assim, foi desenhada uma solução pensando em um novo projeto, um contrato modernizado nos moldes da 5ª Etapa. Para viabilizar este ajuste, explorou-se a oferta do novo contrato remodelado ao mercado, em um mecanismo competitivo, e a previsão de modalidade de extinção antecipada consensual do negócio jurídico.*

PROPOSTA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL: MODERNIZAÇÃO DO CONTRATO COM PROCESSO COMPETITIVO

149. *Com base nos levantamentos e análises realizados, nas informações trazidas pelas partes, da inviabilidade do contrato atual, da relicitação, de possíveis opções de soluções e dos riscos identificados, a Comissão passou a desenvolver modelo de modernização contratual e a aprimorar o desenho da modernização proposto pelo GT para o caso do contrato de concessão da Eco101. O intuito não era de tentar reequilibrar o passado, o contrato original, e sim promovendo o saneamento de pleitos passados, de modo a construir um novo equilíbrio econômico-financeiro, partindo de dados e informações reais coletados ao longo dos 10 anos de concessão existentes, tendo em vista que os atuais (projeto e contrato), não conseguiram obter êxito em suas implementações.*

150. *A solução aqui proposta mostrou-se o meio mais adequado e próprio à realização do interesse público no caso concreto e a medida mais vantajosa (ver seção 6.3) para a administração e para o usuário em contraponto às alternativas analisadas pela Comissão de Solução Consensual, de modo a promover a resolução de pleitos e pretensões entre as partes.*

151. *Cabe relatar que a solução aqui a ser apresentada, a modernização do atual contrato de concessão da Eco101 combinada com procedimento competitivo, não conta com a concordância da Auditoria Especializada – AudRodoviaAviação, membro ativo da comissão. A divergência diz respeito à avaliação do equilíbrio entre risco e benefício. Houve convergência sobre os benefícios de se adiantar investimentos, de equacionar situações contenciosas e sobre a existência de riscos. O ponto discrepante foi sobre a suficiência da vantajosidade para equilibrar os riscos residuais.*

152. *Destaca-se também, que apesar da discordância, transparente e fundamentada durante todo o decorrer dos trabalhos, os auditores contribuíram de sobremaneira com a comissão, sempre apontando riscos relevantes e fazendo verificação de informações, planilhas, modelo econômico, e trabalhando assídua e ativamente no sentido de resolução das questões enfrentadas pela Comissão.*

153. *Reforçamos que a Comissão decidiu pela otimização contratual tendo em vista que o prosseguimento do processo de relicitação poderia trazer mais risco às consecuições de interesse público do que a solução desenhada. A modernização trará investimentos e obras imediatas, melhorias da gestão contratual pela Agência Reguladora, além de equalizar de forma mais equilibrada o compartilhamento de riscos.*

154. *Devido à amplitude das modernizações desenvolvidas, foi pactuado que será realizado processo competitivo supervisionada pela ANTT para oferta ao mercado do contrato remodelado, com possibilidade da Transferência Definitiva de Controle da SPE da Concessão da Eco101 a outra concessionária. Este foi definido como um instrumento de validação das condições acordadas, especialmente após as profundas atualizações na modelagem econômico-financeira desenvolvidas pela solução consensual.*

155. Assim, as partes acordam pela modernização do contrato de concessão da Eco101, conforme estabelecidas neste termo, considerando os seguintes elementos:

- i) adoção de novo modelo econômico-financeiro, composto de atualização com novos investimentos, despesas operacionais, taxa interna de retorno, tarifa, estimativa de tráfego e prazo contratual;
- ii) adoção de modernizações regulatórias nos mesmos moldes dos contratos de 5ª etapa de concessão da ANTT (Procofe);
- iii) estabelecimento de período de transição para garantia de execução dos investimentos com procedimento de extinção antecipada consensual em caso de descumprimento pela concessionária;
- iv) avaliação de haveres e deveres; e
- v) realização de processo competitivo para oferta das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE ao mercado, para validação de valores e mitigação de riscos, entre eles, risco moral e sistêmico.

Modelo Econômico-Financeiro

156. Nos contratos de concessão a tarifa cobrada do usuário e outras receitas de administração do serviço remuneraram o concessionário pelas obras realizadas e pela prestação do serviço. O MEF – Modelo Econômico-financeiro é uma planilha de fluxo de caixa onde estão todos os valores de receita (tarifa e volume de tráfego, por praça de pedágio) e despesas com investimentos e custos operacionais). O fluxo considera uma taxa interna de retorno – TIR para remunerar a concessionária com uma tarifa que resulte num VPL – valor presente líquido zero ao final da concessão. O VPL zero indica que a empresa foi remunerada pelos seus investimentos.

157. Destaca-se que no leilão original a gestão contratual era feita por obras listadas no Plano de Negócios atrelados a um fluxo de caixa (FCO – Fluxo de caixa original). Aqui é proposta a introdução de gestão do contrato por fatores paramétricos: há parâmetros de desempenho estabelecidos e um Programa de Execução Rodoviária – PER. Assim, são introduzidos fatores paramétricos e compensações financeira que ajustam a tarifa, calculada no MEF, ao longo do contrato (Fatores A, D, E e C, que permitem introdução ou retirada de investimentos, entre outros ajustes).

158. Importa ressaltar que a modelagem econômico-financeira e o PER poderão passar por checagem de pontos sensíveis e eventuais ajustes devem ser realizados. Os valores e termos finais aqui pactuados poderão ser revistos e sofrer correções e ajustes caso se identifiquem erros materiais, uma vez que sua checagem foi expedita.

159. A seguir descrevemos os componentes da MEF e do PER que foram discutidos na CSC que fizeram parte da modernização do contrato (A MEF proposta está no Anexo 1 do Termo de Autocomposição, o PER no Anexo 2).

Capex

160. O CAPEX (Despesa de Capital ou Capital Expenditure) se refere aos investimentos de capital a serem realizados durante o contrato de concessão. Este valor compõe os serviços de conservação especial (reparos significativos ou substituições que são necessárias devido a eventos excepcionais), obras de ampliação de capacidade e melhorias (duplicações e terceiras faixas), construção de edificações, desapropriação, sistema de equipamentos e arrecadação, gestão ambiental, International Finance Corporation – IFC (com requisitos ambientais), ressarcimento de estudos e demais investimentos da concessionária, detalhados no modelo econômico-financeiro. O contrato modernizado prevê investimentos totais no valor **R\$ 7,07 bilhões**.

161. Para a escolha de obras a serem executadas nos primeiros anos, priorizou-se o nível de serviço da rodovia, bem como a existência de projetos executivos e licenciamento ambientais já aprovados, ou em estágio avançado de análise nos respectivos entes ambientais, com o objetivo de garantir sua execução imediata.

162. Estão previstos um total de 221,41 km de duplicações, incluindo as sendo realizadas no ano de 2024, implantadas de acordo com a localização e prazos dispostos abaixo:

Subtrecho	Km inicial	Km final	Extensão (km)	Ano de entrega da obra
Duplicação do Subtrecho B	km 160+090	km 190+500	30,41	7º ano
Duplicação do Subtrecho C	km 190+500	km 205+400	14,90	4º ano
Duplicação do Subtrecho C	km 207+900	km 210+400	3,00	3º ano
Duplicação do Subtrecho C	km 215+000	km 215+900	0,90	4º ano
Duplicação do Subtrecho C	km 218+800	km 222+900	4,10	4º ano
Duplicação do Subtrecho D	km 231+900	km 247+100	15,20	2º ano
Duplicação do Subtrecho F	km 308+200	km 357+700	49,50	1º ano
Duplicação do Subtrecho G	km 357+000	km 426+700	69,00	5º ano
Duplicação do Subtrecho I	km 426+700	km 461+100	34,40	7º ano
Total			221,41	

Tabela 2: Cronograma de Duplicações

163. Cabe destacar que no PER Volume II, a extensão total de duplicação considerou segmentos do Trecho F com obras remanescentes que devem ser concluídas, atendendo as premissas do PER Volume I. Contudo, a fim de padronizar a fiscalização de parâmetros, optou-se por apresentar no PER tal extensão de duplicação que está em andamento. Portanto, as extensões entre PER e MEF estão divergentes, sendo assim, a tabela acima considera apenas as duplicações previstas no MEF.

164. Sobre o assunto, cabe salientar que foi realizada a duplicação de 16,2 km, subtrecho E/F35 - km 305,2 ao km 321,4, em fevereiro de 2024. Além disso, estão em andamento as obras de duplicação remanescentes do segmento F3 e F4 - km 335,2 ao km 357,7, totalizando 22,5 km de extensão do subtrecho F, com finalização prevista para dezembro de 2024. Portanto, não foram precificadas essas extensões no MEF, entretanto, foram previstas tais obras remanescentes no PER, com intuito de uniformizar os parâmetros de desempenho da 5ª etapa de concessões.

165. Assim, considerando essas obras em andamento, até o final de 2024, a extensão total de duplicação do projeto é de 221,41km. Neste sentido, importante destacar que essa extensão total considera todo o subtrecho F, ou seja, km 308,2 a Km 357,7, resultando em um total de 49,5 km de extensão, dos quais apenas 7,2 km estão consideradas no MEF, sendo o restante as obras em andamento.

166. Os três primeiros anos concentram cerca de 84 km de duplicações entre 2025 e 2027 e, somando os contornos duplicados 96 km. As obras de ampliação estarão concentradas nos

subtrechos C, D, F e G, incluindo o início da construção dos Contornos de Ipiraçu e Fundão. As demais obras de ampliação no subtrecho B, I, e as faixas adicionais no subtrecho H e A, serão realizadas entre os anos 2028 e 2033.

167. Serão mantidas obras já previstas no contrato original, como as duplicações nos subtrechos B, C, D, F, G e I. As duplicações nos subtrechos A e H serão substituídas por faixas adicionais, e serão suprimidos quantitativos de intervenções, como no caso dos dispositivos do tipo diamante, retirados em função da mudança de solução nos subtrechos A e H.

168. Estão previstos um total de 41,10 km de **faixas adicionais** a serem implantadas entre os subtrechos H e A.

Subtrecho	Km inicial	Km final	Extensão (km)	Ano de entrega da obra
Subtrecho H	A definir	A definir	16,80	7º ano
Subtrecho A	A definir	A definir	24,30	9º ano
	Total		41,10	

Tabela 3: Cronograma de Faixas Adicionais

169. Estão previstas as construções dos Contornos de Fundão e Ipiraçu, localizados no subtrecho C, para o 4º ano concessão.

Subtrecho	Km inicial	Km final	Extensão (km)	Ano de entrega da obra
Contorno de Ipiraçu	210+900	215+000	4,20	4º ano
Contorno de Fundão	222+900	231+900	11,40	4º ano
	Total		15,60	

170. A proposta inicial trazida pelo GT incluía 3 contornos nos investimentos a serem feitos. No entanto, o contorno de Linhares, um contorno grande, com valor estimado em R\$ 500 milhões não contava com projetos ou licenciamentos. Assim, se considerou muito arriscado incluí-lo neste momento no contrato, quando qualquer atraso em inexecução gera a saída da concessionária. De qualquer forma, foi reconhecido o interesse público na realização do Contorno de Linhares. Mas, considerando a necessidade de conclusão prévia de licenciamento ambiental com definição de traçado e aprovação de projeto executivo, ficou definido que tais investimentos serão incorporados ao contrato em momento posterior, utilizando-se a metodologia de Fluxo de Caixa Marginal – FCM, conforme normatização vigente da ANTT.

171. Cabe destacar que ao se comparar a modernização com a relicitação, o contorno de projeto de Linhares estaria incluído num novo leilão. Assim, fez-se simulações com a entrada do contorno de Linhares no futuro.

172. O cronograma de ampliações de capacidade está ilustrado na figura abaixo.

173. Ainda em termos de investimentos e atendendo à Portaria 848/2023, art. 3º, incisos V e VI, será realizada manutenção e restauração de pavimento e sinalização em todo trecho, de forma a reestabelecer as condições mínimas de segurança e trafegabilidade no primeiro ano do termo aditivo. Será realizado ciclo de execução de sinalização e restauração de pavimento, de natureza estrutural, em até três anos, nos trechos que apresentem parâmetros inferiores ao estabelecido.

174. *A proposta aqui desenhada está desconsiderando duplicar os segmentos da rodovia com bloqueios no licenciamento ambiental, como o trecho na Reserva de Sooretama localizado no segmento Norte do Contrato.*

175. *Os valores para os investimentos foram atualizados e tomou-se por base custos referenciais reais e atuais realizados pela Concessionária, que foram analisados de forma paramétrica pela Infra S/A e ANTT (Anexos 6 e 7 ao termo de autocomposição), tendo sido concluída pela aderência dos valores utilizados em relação às referências existentes nos estudos de viabilidade para novas concessões.*

176. *O modelo econômico-financeiro completo consta do Anexo 1, o cronograma de execução consta da novo PER no Anexo 2 e análise de investimentos no Anexo 6. O detalhamento das análises realizadas consta dos Anexos 6 e 7 ao termo de autocomposição.*

Opex

177. *O OPEX (Despesas Operacionais ou Operational Expenditures), com valor total previsto de R\$ 3,3 bilhões, compõe os serviços de conservação e operação do sistema rodoviário, dispêndios administrativos, transporte de valores, verba de fiscalização, verificador independente, seguros, recurso vinculado, e demais gastos operacionais da concessionária, detalhados no PER – Programa de Exploração da Rodovia (Anexo 2).*

178. *A estrutura e serviços que compõe o Opex foram ajustados para estarem de acordo com o modelo de 5ª etapa de concessões da ANTT. As principais adaptações se referem à atualização de parâmetros de desempenho de pavimento, aos tempos de atendimento médico e mecânico, às obrigações relacionadas aos sistemas de monitoramento, à alteração do conceito de velocidade diretriz e à introdução de padrões de desempenho sócio ambientais do International Finance Corporation (IFC).*

179. *Os valores dos serviços foram atualizados e tomou-se por base custos referenciais reais e atuais realizados pela Concessionária, que foram analisados de forma paramétrica pela Infra S/A e ANTT, tendo sido concluída pela aderência dos valores utilizados em relação às referências existentes nos estudos de viabilidade para novas concessões. Os relatórios encontram-se nos Anexos 6 e 7.*

Projeção de Demanda de Tráfego

180. *O tráfego e a tarifa compõem as receitas recebidas pela concessionária. Como à época do leilão, houve um otimismo excessivo em relação ao crescimento da demanda, a projeção de volume de tráfego que não se concretizou.*

181. *O fato de terem circulado menos veículos que o previsto impactou sobremaneira a receita da Eco101, sendo este um dos principais motivos que levaram o contrato aos prejuízos atuais. A concessionária alega haver uma extraordinariedade nesta queda de demanda, pois ela foi em grande parte oriunda da crise econômica de 2014 e mais recentemente da Pandemia do Covid. O volume de tráfego considerado pela Eco em sua proposta no leilão era de 560.135.000 de eixos equivalentes até o 10º ano. Na realidade, o tráfego realizado foi de 433.843.000 eixos, ou seja, um valor 22,5 % menor que o previsto.*

182. *Desta forma, para que o contrato se torne viável, é necessário ajustar a demanda e assim recalcular a tarifa a ser cobrada dos usuários necessária para financiar as obras deste trecho da rodovia.*

183. *Desta forma, para o novo desenho econômico-financeiro, acordou-se em atualizar o tráfego inicial do MEF para o real atual. A projeção de crescimento de demanda de tráfego pactuada foi de 2,02% por ano em média, tendo tomado como base (Anexo 9):*

i) O crescimento do PIB elaborado pela FOCUS/BACEN (boletim de 01/03/2024) até 2026;

ii) Crescimento do PIB elaborado pela OCDE para o longo prazo (2027 a 2048);

iii) Elasticidade do crescimento de tráfego com base no fluxo de veículos da BR-101;

iv) Crescimento médio sendo Taxa média ano = (PIB)*(Elasticidade) = 2,02%.

TIR

184. Quando se iniciam os estudos para uma nova concessão é necessária uma estimativa sobre a rentabilidade futura do projeto. Assim, o WACC (weighted average cost of capital, custo médio ponderado do capital) corresponde a uma taxa mínima aceitável para o retorno de investimentos em um projeto de concessão.

185. Tal cálculo é responsável pelo equilíbrio econômico-financeiro de um contrato. O WACC define uma tarifa de leilão que melhor representa os riscos do projeto.

186. No que se refere ao novo modelo econômico-financeiro, as partes acordam em adotar a TIR – taxa interna de retorno de 9,21% a.a. em termos reais (referência ago/23). O valor foi calculado de acordo com a nova metodologia do WACC estabelecida pelas Resoluções ANTT 6.002/2022, 6.003/2022 e 6.004/2022, que indicaram o NRP – Nível de risco do projeto de 42,8 (Risco 1), ou seja, CRI – classificação de risco 1.

187. A TIR, calculada pela ANTT, e acordada entre as partes, não será atualizada quando da assinatura do Termo Aditivo, à exceção de inclusão de novos investimentos por meio do Fluxo de Caixa Marginal (FCM).

Prazo

188. Atendendo à modicidade tarifária, à necessidade de amortização de investimento e financiabilidade do projeto, para manutenção de novo equilíbrio do contrato, as partes consentem em alterar o prazo contratual de forma a totalizar 24 (vinte e quatro) anos, contados a partir da data de assinatura do termo aditivo de modernização do contrato, representando uma ampliação de 10 anos no prazo do contrato. Tal alteração de prazo se faz necessária para que a tarifa fique dentro de patamares suportados pela sociedade e torne o projeto financiável.

189. Importa destacar que o contrato de concessão original, com prazo de 25 anos (já se passaram 10 anos), prevê expressamente a possibilidade de prorrogação do prazo da concessão, por até 25 anos, nas seguintes hipóteses: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.

190. Como aqui já foi feita uma ampliação de prazo, acordou-se que não será admitido novo pedido de relicitação e/ou prorrogação desse novo prazo.

191. Por fim, a inclusão de investimentos relativos ao contorno de Linhares poderá ser feita via alteração de prazo, observado o limite máximo de 5 anos. Observado o prazo para inclusão dos investimentos Linhares, no que tange a inclusão de outros investimentos via alteração de prazo, deverá ser observado o saldo de prazo remanescente, dentro de limite de 15 anos estabelecidos na política pública, para o caso concreto da Eco101.

Tarifa

192. A tarifa é calculada a partir do modelo econômico-financeiro, considerando a projeção do tráfego ao longo do prazo da concessão, os investimentos e as despesas administrativas e operacionais necessários para a prestação dos serviços adequados e a taxa interna de retorno.

193. *A tarifa de cada praça de pedágio é calculada com base na tarifa quilométrica (TKM), que corresponde a um valor fixo por quilômetro multiplicado pelo trecho de cobertura administrada pela concessionária. A tarifa considera ainda o tipo de via: pista simples e pista.*

194. *Cabe distinguir os conceitos de Tarifa Básica de Pedágio e Tarifa Quilométrica (TBP e TKM). Enquanto TBP se dirige à tarifa praticada no Contrato (tarifa quilométrica, a qual é multiplicada pelo Trecho de Cobertura de cada praça de pedágio, indicado em km), a TKM está referenciada para fins de comparação com os estudos da Infra S.A (novos editais). Adicionalmente, esclarece-se que a TBP é de PISTA SIMPLES e será incrementada de acordo com a reclassificação tarifária.*

195. *Assim, as tarifas propostas nessa solução consensual foram calculadas a partir do modelo econômico-financeiro, o qual estimou a tarifa básica de pedágio – TBP – para trechos de pista simples, expressa como tarifa quilométrica, que corresponde a um valor fixo por quilômetro. Por sua vez, a TBP será multiplicada pelo trecho de cobertura administrado pela concessionária referente a cada praça de pedágio.*

196. *A política pública trouxe a previsão inicial de degraus tarifários (baseados na reclassificação tarifária da Portaria MT nº 995/23) nos primeiros anos da modernização do contrato desta rodovia.*

197. *Assim, a Tarifa Básica de Pedágio (TBP) é fixada em patamares tarifários menores durante o período de transição (três primeiros anos do projeto) em 3 degraus tarifários. A TKM atual é de R\$ 0,0525/km. A TKM do ano 1, a partir do 6º mês, corresponde a R\$ 0,071/km. Os patamares de aumento tarifário acordados são de 28,53%, 25% e 35%, resultando em tarifas de resultando em tarifas de R\$ 0,089/km no 18º mês; R\$ 0,12/km no 30º e R\$ 0,139 a partir do 4º ano e R\$ 0,156/km nos anos finais, (data base jan/23).*

198. *A Concessionária somente será elegível a incrementar a sua tarifa por meio dos Degraus Tarifários caso demonstre o cumprimento mínimo de 90% (noventa por cento) da meta de execução de obras e serviços prevista no PER- Programa de Execução Rodoviária (Anexo 2 do Termo de Autocomposição) para o período da sua incidência, apurado pela ANTT. Entre 90% e 100% a alteração da tarifa seguindo a proporcionalidade prevista na regra de reclassificação tarifária.*

199. *O modelo tarifário proposto consiste em iniciar com patamares tarifários menores nos três primeiros anos do projeto, durante o período de transição, com previsão de execução de grande volume de obras, para, na medida em que a empresa for entregando aos usuários obras de ampliação de capacidade, e outros investimentos relevantes, a tarifa possa ser aumentada progressivamente.*

200. *Neste contexto, calcula-se a TKM homogênea, isto é, a tarifa média sem degraus ou reclassificações tarifárias. A TKM homogênea calculada para a solução aqui proposta é de R\$ 14,39 para cada 100km. Para se comparar essa tarifa com a média de estudos (como prevê a política pública) foi necessário ajustar o valor para a mesma data base dos estudos, para o prazo dos novos contratos (25-30 anos) e também incluir todas as obras (assim, foi incluído aqui o Contorno de Linhares). Assim, a tkm homogênea a ser comparada com os estudos da Infra foi calculada em R 16,55/100 km, e é menor que as previstas nos estudos em andamento ou da média dos estudos em andamento já levados à audiência pública (R\$ 0,1755, Anexo 8).*

201. *Após os 3 primeiros anos contratuais (2025, 2026 e 2027), seguindo as premissas de modernização dos contratos de 5ª Etapa, fora introduzido na proposta o mecanismo de reclassificação tarifária concomitante à entrega das obras pela concessionária, o valor da tarifa básica de pedágio será vinculada a esse mecanismo, diferenciando a tarifa de pista dupla e pista*

simples. Foi utilizado 30% como percentuais de reclassificação para pista dupla e 5% para execução de faixa adicional.

202. Destaca-se que a reclassificação é feita por praça de pedágio, onde foram entregues as obras, aumentando assim a percepção de justiça tarifária pelo usuário. Foi adotada a reclassificação tarifária para acréscimo da tarifa de forma vinculada à execução de obras, prevista na Portaria MT nº 995/23. A reclassificação considerará a entrega das obras nos subtrechos de abrangência de cada praça de pedágio conforme as metas definidas no PER. Desta forma, com base no cronograma físico e as respectivas previsões de finalização das obras, foram propostas as seguintes reclassificações:

203. Em relação ao modelo tarifário proposto, a Infra S. A. comparou as tarifas propostas com a média dos estudos em andamento já levados à audiência pública. Nas análises elaboradas, considerou-se: Tkm do ano 1 e Tkm homogênea (quando a tarifa do modelo seria recalculada como se não houvesse nenhuma reclassificação prevista, mantendo-se a previsão de CAPEX, valor e cronograma).¹⁶

204. Quando comparado com os demais projetos em andamento ou concluídos recentemente, pode-se verificar que a Tkm do ano 1 da proposta da Eco101 encontra-se abaixo da média, conforme apresentado no gráfico abaixo.

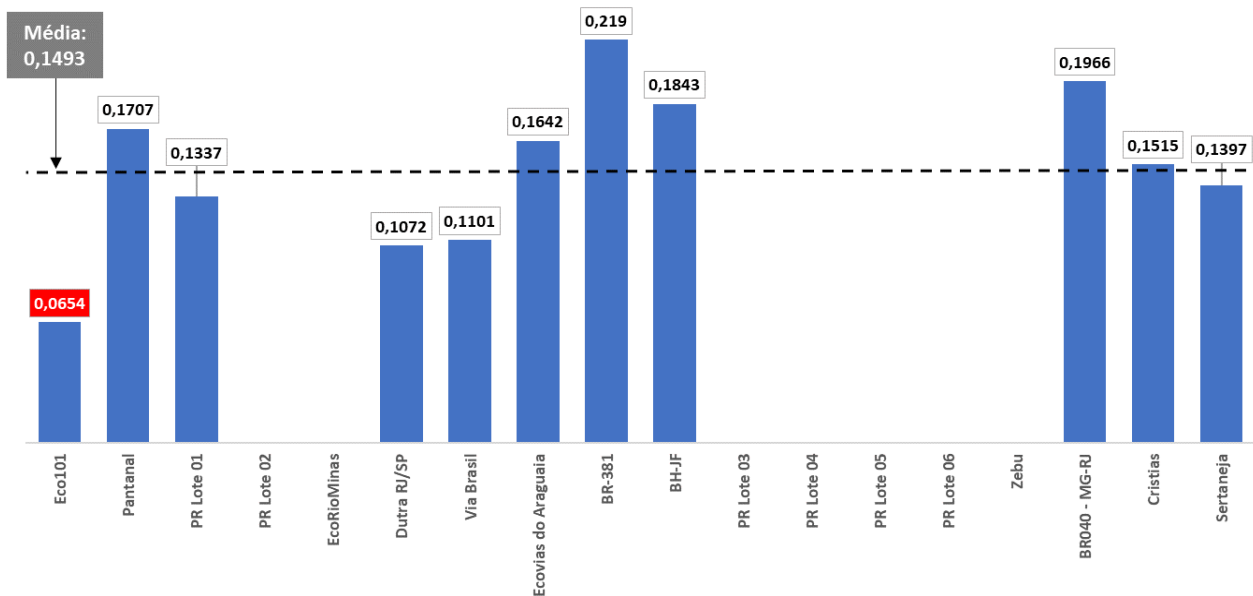


Figura 6: TKM do ano 1 (valores em data-base de out/23 - Relatório Infra S.A)

205. Como apresentado, a TKM homogênea da proposta é de R\$ 0,15 (Data Base out/23). Comparando com os demais projetos, a TKM homogênea da ECO101 ficou abaixo da média dos projetos comparados (R\$ 0,1601 contra R\$ 0,1755), conforme apresentado no gráfico da Figura 02:

¹⁶ Os valores do MEF foram compatibilizados para a data-base de outubro de 2023, além de ter sido aplicado o fator de deságio ofertado em leilão, quando ocorrido, nas tarifas dos projetos em fase de contrato. A proposta da ECO101 adotava a data-base de janeiro de 2023, o que resultou em um fator de ajuste de 1,0320 para a compatibilização com a data-base da comparação.

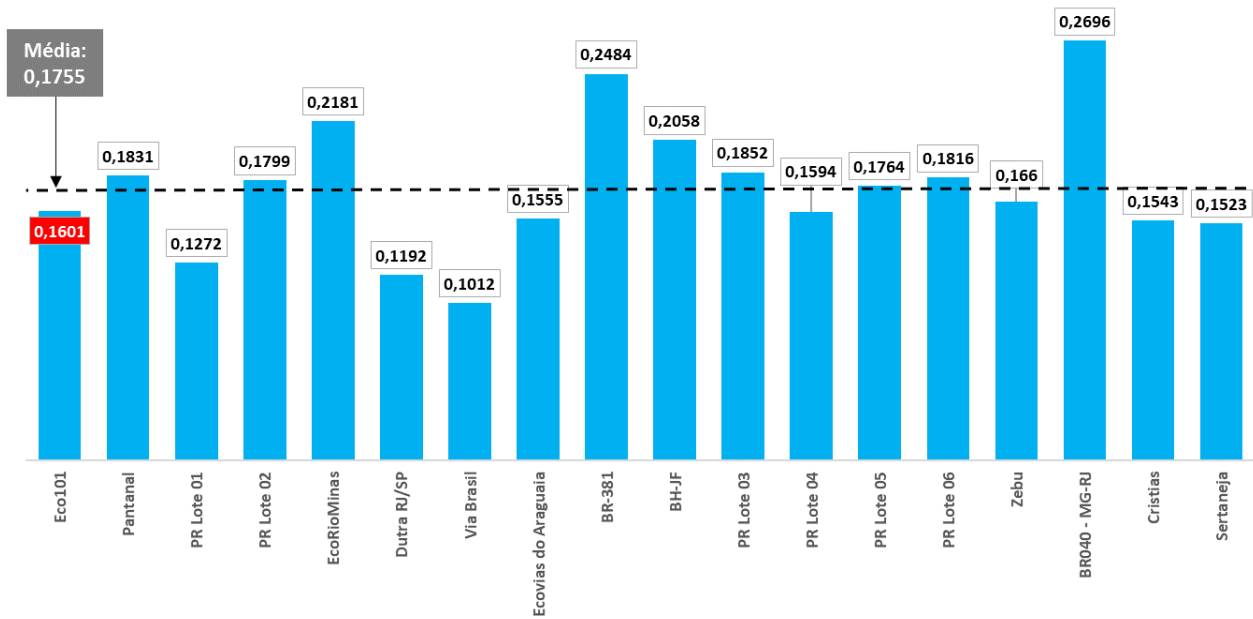


Figura 7: TKM Homogênea (data-base out/23- Fonte Relatório Infra S.A)

206. Por fim, para simular uma situação similar à do leilão para relicitação, foram realizadas ainda simulações do MEF com a inclusão do Contorno de Linhares e o prazo total de contrato de 25 anos. Assim, foi feita a comparação da tarifa do modelo proposto com a média da tkm homogênea calculada pela Infra. Verifica-se que tanto a tarifa homogênea com prazo de 10 anos, quanto a com prazo de 15 anos, com o contorno de Linhares, são menores que a tkm homogênea média apresentada pelos estudos da Infra S.A.

Cenário de Prorrogação (anos)	Descrição	Tarifa (data-base jan/23)	Tarifa (data-base out/23)
10	Tarifa Homogênea	0,15509	0,16005
20	Tarifa Homogênea, com contorno de Linhares	0,15055	0,15537

Tabela 5: Comparação de Tarifa Eco101 e novo Leilão com Contorno de Linhares

Modernizações Regulatórias

207. A construção de solução consensual pressupõe a modernização regulatória do contrato, passando a concessão a vigorar com o modelo regulatório da 5ª Etapa do Procrofe, já inserido nos projetos de outorga de Rota dos Cristais, Rota Sertaneja, Rota do Zebu, L3 e L6 do Programa PR Vias e BNDES CN1 e CN5, todos atualmente em tramitação no Tribunal de Contas da União, nos termos da IN 81/2018.

208. Entende-se que as modernizações regulatórias têm objetivo de modernização, otimização e padronização regulatória. A proposta traz melhorias da gestão contratual pela Agência Reguladora: reduzindo o fardo regulatório, melhorando a percepção do usuário, além de equalizar de forma mais equilibrada e equânime o compartilhamento de riscos, visando manter a saúde financeira do projeto em caso de oscilações de demanda, variações de insumos, ocorrência de eventos extraordinários de instabilidade geotécnica, ou gastos acima do previsto com desocupação e desapropriação, com o uso de fatores de reequilíbrio contratual que incidem sobre os recursos vinculados à concessão.

209. *Ressalta-se que pelo novo mecanismo de contas vinculadas é possível compensar riscos e formar reserva de contingência para o projeto, garantindo a sustentabilidade econômico-financeira da concessão com recursos financeiros oriundos da própria concessão.*

210. *Além de uma alocação de riscos mais objetiva, incluindo a forma de compartilhamento de riscos extraordinários e residuais, destaca-se que o modelo regulatório em comento possui diversos mecanismos voltados ao incentivo do cumprimento do contrato, fruto do aprendizado, evolução da regulação e maturidade atingida pela Agência, como a previsão de acréscimos tarifários vinculados à liberação ao tráfego das obras de ampliação de capacidade, a possibilidade de redução do capital social aportado em função do atingimento de metas de execução de investimentos, dentre outros aspectos. Entende-se que incentivos financeiros como estes contribuem para evitar que a concessionária opte por um caminho de litigância no âmbito regulatório ou mesmo judicial, sob pena de não fazer jus aos efeitos destes mecanismos.*

211. *As alterações são objeto de detalhamento no PER (Anexo 2 do Termo de Autocomposição), e estão refletidas nos valores de tarifas calculados pela MEF (Anexo 1 do Termo de Autocomposição), cujas principais inovações são assim resumidas:*

a) *Nova matriz de riscos com nova distribuição de riscos entre o poder concedente e concessionária, para os riscos mais relevantes: cambial, demanda, insumos, geotécnicos, desapropriação e desocupação, licenciamento ambiental, extraordinários (insumos e demanda) e residuais;*

b) *Substituição da gestão contratual que consistia em fluxo de caixa (plano de negócios) por regulação por fatores com a introdução de fatores paramétricos de reequilíbrio por meio dos Fatores A, D e E, e de compensações financeiras por meio do Fator C, conforme regulamentação vigente da ANTT;*

c) *Estabilidade tarifária e regulatória, com foco na utilização de contas vinculadas para a constituição de reserva de contingência, fatores paramétricos de reequilíbrio incidentes sobre a alíquota de recursos vinculadas e a concentração de efeitos sobre a tarifa nas revisões quinquenais;*

d) *Política tarifária com isenção de cobrança de pedágio para motos, conforme definido pelo Ministério dos Transportes;*

e) *ESG: introdução de padrões de desempenho do IFC (International Finance Corporation), carbono zero; recurso de resiliência climática; boas práticas de governança corporativa e questões de integridade;*

f) *Novo modelo de penalidades, com valores proporcionais ao fato gerador, multas fixas e moratórias e abandono da unidade de referência de tarifa (URT);*

g) *Cláusulas expressas e específicas incluindo estoque de melhorias, manutenção do nível de serviço, contornos alternativos e obras supervenientes;*

h) *Atuação de Verificador, organismo acreditado pelo Inmetro para Avaliação da Conformidade, encarregado de avaliar projetos, obras e parâmetros de desempenho da infraestrutura;*

i) *Alavancas financeiras no contrato de concessão, as quais modularão as obrigações financeiras em decorrência da deterioração do Indicador de Inexecução Acumulada (IIA);*

j) *Introdução dos Descontos Básicos de Tarifa (DBT) de 5% por uso de tags de pagamento automático e Descontos de Usuário Frequente (DUF) progressivos ao longo de um mês;*

k) *Itens de infraestrutura acessória para a Polícia Rodoviária Federal (PRF), limitados a 0,5% em termos de impacto na tarifa básica de pedágio;*

l) *Regulação por incentivos por meio de degraus e reclassificações tarifárias condicionadas à entrega de pacotes de obras durante o período de transição e, posteriormente, pela execução de obras de ampliação de capacidade (duplicação ou faixas adicionais);*

m) *Regramentos específicos para cada hipótese de extinção serão estabelecidos, incluindo detalhamento da metodologia para cálculo de indenização, além da introdução do Índice de Inexecução Acumulada (IIA), que enseja a expedição de alertas e a indicação de caducidade; e*

n) *Novo padrão de Programa de Exploração da Rodovia (PER) com a racionalização e objetividade dos parâmetros de desempenho exigidos, assim como maior assertividade na indicação de soluções de ampliação de capacidade.*

212. *Importa destacar que é vital à gestão contratual da ANTT que os contratos sejam padronizados, considerando-se a atual etapa de concessões rodoviárias. Os parâmetros mudam em relação ao que havia, e passam a ser melhores ou piores, a depender do item. No entanto, desde a realização do Grupo de Trabalho pelo Ministério dos Transportes, entende-se restar claro que as otimizações devem ser no sentido de manter o padrão de 5ª etapa a todos os contratos modernizados.*

213. *A tabela a seguir detalha alguns dos novos parâmetros.*

Período de Transição e Processo de Extinção Antecipada Consensual

214. *A presente solução estabelece alguns mecanismos que visam incentivar a execução das obrigações pactuadas, são eles: previsão de um período de transição com fiscalização e acompanhamento contratual diferenciados, garantias financeiras do acordo, vedação à saída do grupo controlador da SPE durante o período de transição, previsão de regras objetivas em caso de descumprimento do acordado, e inserção de procedimentos para extinção antecipada consensual.*

215. *Essas regras visam uma adequada execução contratual, considerando a conjuntura histórica de inexecuções contratuais na Eco101, bem como visam reestabelecer uma relação de confiança mútua entre as partes, poder concedente e concessionária, necessária para que a nova formatação consensuada contenha de fato o compromisso de boa-fé com vistas ao cumprimento.*

216. *Certamente os contratos de concessão dizem respeito a uma relação jurídica complexa e carregam riscos inerentes por serem de longo prazo, porém, os investimentos assumidos durante o período de transição guardam a particularidade de terem projetos aprovados na ANTT e licença ambiental, fatores alegados como grandes barreiras para a execução dos investimentos originais, permitindo-se justamente que a concessionária os inicie no período exíguo consensuado pelas partes. Ou seja, durante esse curto espaço de tempo há um conjunto de informações qualificadas que dão o projeto um elevado controle dos riscos, reduzindo bastante a probabilidade que ocorram eventos imprevisíveis que afetem a execução contratual.*

217. *Dessa forma, o período de transição é justamente um instrumento específico contratual que se utiliza dos mecanismos regulatórios mais modernos conhecidos pela Agência, com o fim, além de promover o cumprimento do contrato e incentivar que o compromisso seja executado, garantindo que não sejam promovidas novas otimizações estruturantes ao longo da vigência das novas condições da concessão, dada a excepcionalidade da solução ora proposta, o que poderia ter efeitos negativos para a consecução do interesse público e gerar problemas de risco moral. Ademais, a ANTT atualmente, por meio dos seus regulamentos tem competência para fazer a gestão do contrato de forma mais eficaz, partindo-se do princípio de que no caso deste projeto que própria a concessionária atesta a exequibilidade.*

218. *Rememora-se que a própria Portaria 848/2023 aponta para a necessidade do período de transição, de, no mínimo, três anos, com vistas à execução de obras e serviços suficientes para garantir a qualidade, a fluidez e segurança da rodovia, com regras mais rigorosas para este período.*

219. *Considerando a execução imediata de investimentos, constante do inciso III do art. 3º da referida Portaria, a previsão de um período de transição, como mecanismo de mitigação de risco, tem o condão de garantir que as obras de ampliação de capacidade e melhorias previstas no contrato de concessão, e que não foram executadas pela empresa, possam ser reiniciadas imediatamente, logo após a materialização de eventual termo aditivo ao contrato em razão da negociação em tela.*

220. *Também durante o período da transição de 3 anos, os Processos Administrativos Simplificados (PAS) em andamento na ANTT ficam sobrestados, no valor de R\$ 200 milhões, em valores de agosto de 2024, como forma de incentivar a execução dos investimentos nos primeiros anos da repactuação, caso haja descumprimento durante o período de transição, automaticamente este valor passa a ser descontado de uma futura indenização por bens reversíveis em caso de saída antecipada da concessionária.*

221. *A concessionária também não poderá distribuir dividendos na transição, nem será autorizada a promover a transferência da concessão ou do controle societário. Somente será permitida a solicitação de autorização para a transferência de controle societário, conforme as regras regulatórias e legislação vigente, desde que cumprido mais de 80% das metas acumuladas estabelecidas para todo o período de transição.*

222. *Até o encerramento do período de transição, o poder concedente se compromete a não interromper os estudos já contratados para viabilizar um eventual novo leilão (valores reais de R\$ 8,7 milhões - data base jan/23). Este valor deverá ser ressarcido pela concessionária concomitantemente à assinatura do Termo Aditivo.*

223. *Durante esse período de transição, Revisão Ordinária contemplará unicamente a implementação do degrau tarifário previsto e o Reajuste por meio do Índice de Reajuste Tarifário (IRT). Se houver uma defasagem entre o ano de concessão e a Revisão Ordinária do contrato, os efeitos dessa defasagem serão compensados a partir do 4º ano, após o encerramento do Período de Transição, aplicando o Fator C com diluição de seus efeitos até o final do prazo da concessão.*

224. *Ademais, durante todo o período contratual, especialmente durante a transição, a concessionária, com vistas a conferir transparência ativa à solução, fará comunicação continuada da otimização, modernização contratual e do cronograma pactuado para as obras, por meio de sítio eletrônico específico que demonstre clara e eficazmente, em linguagem simples, para demonstrar ao usuário a execução contratual.*

Fiscalização e acompanhamento contratual diferenciados

225. *A fiscalização e o acompanhamento do contrato modernizado se darão por meio do cronograma de execução de obras pactuado, bem como pelo atendimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos. Os cronogramas serão detalhados por meio de plano de ação, com medições objetivas, visando um melhor acompanhamento por parte do verificador independente e da ANTT.*

226. *Além da fiscalização normatizada pela ANTT, está previsto um acompanhamento detalhado, com periodicidade trimestral, para o período de transição, inclusive para as obras de restauração do pavimento, que terão metas de avanço físico, além daquelas de atingimento de parâmetros de desempenho previstos no PER.*

227. *Durante o período de transição, o acompanhamento do cumprimento das metas estabelecidas será feito trimestralmente por organismo de inspeção acreditada (OIA ou Verificador, conforme o Contrato de Concessão e Portaria Inmetro 367/2017, alterada pela Portaria Inmetro 39, de 06 de fevereiro de 2020).*

228. *As verificações mínimas, mas não restritas a, são auditoria de tráfego e receita, avaliação do atendimento a parâmetros de desempenho e avaliação técnica das obras em execução (conforme art. 5º da Portaria MT 848/2023).*

229. *O Verificador durante o período de transição será contratado pela Infra S/A, mediante diretriz do MT, sendo ressarcido pela Concessionária, visando a celeridade desse procedimento.*

230. *A ANTT fará acompanhamento trimestral do cumprimento das metas estabelecidas para o Período de Transição, de acordo com plano de ação, disponibilizando em sua página eletrônica os relatórios trimestrais de acompanhamento elaborados pelo Verificador e da própria Agência.*

231. *No caso de descumprimento superior a 20% (vinte por cento) das metas acumuladas estabelecidas para o Período de Transição, conforme o relatório trimestral de apuração do adimplemento, independentemente da avaliação de culpa, a Concessionária será notificada para ajustar seus níveis de adimplemento em um prazo adicional de três meses.*

232. *Persistindo o inadimplemento acima de 20% (vinte por cento) das metas acumuladas, será instaurado processo de extinção antecipada consensual da concessão, com a imediata comunicação ao Ministério dos Transportes, com o objetivo de apurar o descumprimento das metas pactuadas, em rito sumário, com prazo máximo de 120 dias, a ser definido no termo aditivo de modernização.*

Regras objetivas previstas em caso de descumprimento – Extinção antecipada consensual

233. *Importa destacar que uma das maiores dificuldades do poder concedente é ter uma porta de saída efetiva para uma empresa parceira que opera serviços públicos e está em contínuo descumprimento contratual. Por uma série de motivos, que não caberiam ser descritos detalhadamente no bojo deste relatório, a caducidade se tornou um instituto custoso e de rara aplicabilidade no setor rodoviário.*

234. *Diante disso e considerando que a solução deve enfrentar o histórico de inexecuções contratuais por parte da concessionária, bem como mitigar o risco de mais uma vez não ser possível de ter uma saída efetiva da concessionária em caso de não cumprir a solução, foi pensada a extinção consensual antecipada para a solução ora discutida.*

235. *Ora, se nem mesmo nesse período de curto prazo o controlador conseguir executar as obrigações tão logo pactuadas, de fato, há que se convir que o interesse público primário não foi alcançado pela solução consensual e têm sérios riscos de que não o seja em um prazo oportuno, de forma que a saída expressa é um mecanismo que guarda proporcionalidade e razoabilidade para dar fim a um contrato que em mais uma tentativa, mesmo remodelado e reestruturado, fracassou.*

236. *Se o poder concedente, em prol da continuidade dos serviços, opta por fazer um acordo excepcional, dando outra chance para o projeto performar, e isso não ocorre, é natural que, nesse caso, haja prévia concordância das partes em ter uma forma de encerrar a relação de uma vez por todas, especialmente considerando que era esse desfecho que já seria alcançado com a relicitação em um prazo aproximado de 5 anos. Assim, esse período de transição é essencial para gerar nova confiança entre as partes e demonstrar a capacidade de execução da solução firmada, de modo que é imprescindível estabelecer uma forma efetiva de extinção contratual consensual neste momento pelas partes.*

237. *Dessa forma, ao longo do período de transição, a concessionária deverá cumprir no mínimo 80% (oitenta por cento) de execução acumulada dos investimentos previstos no*

PER para não ensejar a extinção antecipada do Contrato, assim como deverá manter um mínimo de 90% (noventa por cento) das metas previstas para que faça jus à aplicação dos Degraus Tarifários.

238. *Caso haja o inadimplemento acima de 20% (vinte por cento) das metas acumuladas, e persistindo essa situação por dois trimestres, será instaurado processo de extinção antecipada consensual da concessão, com a imediata comunicação ao Ministério dos Transportes, com o objetivo de apurar o descumprimento das metas pactuadas, em rito sumário, com prazo máximo de 120 dias, a ser definido no termo aditivo de modernização.*

239. *Instaurado o processo administrativo para extinção antecipada consensual e verificadas as circunstâncias que ensejarão o término do ajuste, caberá à ANTT verificar descumprimento das metas estabelecidas e propor ao Ministério dos Transportes a declaração da extinção do contrato, no prazo de 10 dias. Após decisão da Diretoria Colegiada da ANTT, a extinção antecipada consensual será declarada por ato do Ministério dos Transportes, no prazo de 10 dias, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.*

240. *As partes renunciarão ainda à discussão judicial ou arbitral sobre o mérito da extinção antecipada consensual, limitando eventuais controvérsias aos aspectos patrimoniais, após a extinção do contrato.*

241. *Uma vez instaurado o processo de extinção antecipada, haverá a perda dos efeitos tarifários do acordo, retornando a tarifa calculada ao patamar anterior à incidência dos degraus tarifários. Ou seja, na prática, não há a aplicação de Fator D, pois ele não será verificado no período de transição, o mecanismo utilizado serão os degraus tarifários durante o período. Contudo, ao perder o efeito dos degraus retorna-se ao patamar tarifário pré-acordo, embutindo os descontos que vigoravam até a solução consensual ocorrer.*

242. *Em caso de decretação da extinção antecipada consensual, deverá ser deduzida da eventual indenização a ser calculada o montante de R\$ 200.000.000 (duzentos milhões de reais), a título de indenização ao Poder Concedente, devendo eventuais controvérsias relacionadas à apuração dos valores de haveres e deveres serem submetidas à arbitragem posteriormente ao encerramento contratual, sendo vedada a discussão do mérito da extinção do contrato.*

243. *Ademais, com o acompanhamento dos verificadores independentes, busca-se uma maior celeridade na definição de eventual indenização em processo de extinção antecipada.*

Garantias financeiras

244. *Para conferir maior segurança ao ajuste, será exigida a realização de aporte adicional na concessão, correspondente a 20% do déficit do fluxo de caixa da concessão durante o ciclo de obras, o que representa o valor de R\$ 379 milhões. O montante deverá ser integralizado como capital social na SPE e poderá ser reduzido em até 50% caso demonstrada captação dos respectivos recursos de no mercado financeiro, cuja demonstração deverá ocorrer concomitantemente à assinatura do termo aditivo.*

245. *Por fim, durante todo o ciclo de investimentos, a Concessionária deverá contar com garantia de execução no montante de 5% da Receita Bruta em Valor Presente Líquido (VPL) relativo ao novo período do projeto (24 anos). Assim, será provida salvaguarda adicional em caso de extinção antecipada consensual, podendo a garantia ser acionada para reaver prejuízos causados ao poder concedente, além de cobrir multas aplicadas e outras somas devidas em sede de haveres e deveres.*

Processo Competitivo

246. Foi pactuado que será realizado processo competitivo para seleção de proponente interessada em assumir o controle da concessão, com oferta da Transferência Definitiva de Controle da SPE da Concessão da Eco101 ao mercado.

247. Entende-se que o processo de adequação contratual para troca total ou parcial de acionistas ou até da concessão em si, supervisionada pela ANTT, constitui-se como alternativa eficaz e legal ao processo de repactuação em curso, para fins de mitigação de riscos morais, sistêmicos e assimetrias de informações. Este foi definido como um instrumento de validação das condições acordadas, especialmente após as profundas atualizações na modelagem econômico-financeira desenvolvidas pela solução consensual.

248. O procedimento competitivo como aqui proposto será útil à sociedade e atende o interesse público, pois será um processo célere, realizado em menos de 6 meses, ao passo que o atual procedimento de relicitação tem sido moroso, levando em torno de 5 anos. Ademais, seriam reduzidas as externalidades negativas decorrentes de uma mudança de concessionária pois haverá continuidade na prestação do serviço público e a manutenção dos empregos hoje existentes.

249. A seguir, apresenta-se alguns entendimentos jurídicos que fundamentam a opção pela realização de um procedimento competitivo. Após esta discussão, detalha-se as diretrizes propostas para tal processo de oferta ao mercado. Por fim, na próxima seção, apresenta-se uma discussão de riscos e de como a solução proposta e em especial, o processo competitivo mitigam tais riscos.

Regulamentação e Jurisprudência sobre processo competitivo

250. A transferência de controle ou da concessão é uma possibilidade real e já regulamentada (art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995).

251. A Resolução ANTT nº 5.927/2021 "estabelece as regras e procedimentos a serem observados pelas concessionárias para análise de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária". Conforme art. 52 do normativo, as transferências de concessão ou do controle societário devem ser objeto de anuência prévia da Agência. Entretanto, de acordo com o art. 82, ficam previamente anuídas as transferências que observem as seguintes condições: I - sejam atendidas as exigências de qualificação técnica e econômica previstas no edital; e II - seja atestada a regularidade jurídica e fiscal do pretense controlador.

252. Adicionalmente, o processo de troca de controle societário já se encontra em fase de regulamentação na ANTT, integrando o capítulo de Regime de Recuperação Regulatória na minuta de Resolução que estabelece a quarta norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias (RCR4). Este normativo está atualmente em discussão no âmbito do processo de Audiência Pública nº 12/2023.

253. Sobre o tema, cabe ainda trazer à baila a Ação Direta de Inconstitucionalidade -ADI nº 2.946, de 9/3/2022, que julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95, o qual autoriza a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, desde que anuída pelo Poder Concedente, ao decidir que não é necessária a realização de licitação prévia para transferência de concessão ou do controle societário da concessionária.

254. Na discussão da ADI, os entendimentos pela inconstitucionalidade da troca da concessão ou do acionista sem licitação se daria pelo caráter intuitu personae dos contratos de concessão que, sendo de caráter personalíssimos, não permitiriam a alteração contratual **subjativa**. Ao deter-se sobre análise do princípio da **impessoalidade**, entendeu-se ir de encontro com a ideia de que a administração pública prefira, sem qualquer racional, um contratado em particular. E, por isso,

o caráter *intuitu personae* nos contratos administrativos não se mantém justamente por ser insito aos contratos a sua mutabilidade.

255. E, por definição do caráter dos contratos de concessão que são *sui generis* e de longuíssimo prazo, o Min. Relator Dias Toffoli define que não há desobediência à obrigatoriedade de licitar tão somente com a alteração do particular contrato, devido à “natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos”.

256. E, além do exposto, prevalece o entendimento de que, acima do caráter personalíssimo dos contratos de concessão, encontra-se a “proposta mais vantajosa, sendo essa a que vincula a administração e faz surgir o atendimento ao interesse público”. Em síntese, a possibilidade de troca da concessionária ou do seu controle societário é permitida, em detrimento do dever de licitar, observando-se:

i. a mutabilidade inerente aos contratos de concessão: por serem longos, complexos, de altíssimo custo e investimento, elevado nível de tecnicidade e, por isso, incompletos por não ser possível preverem-se todas as situações que os afetarão ao longo dos anos de execução;

ii. a impessoalidade que rege as relações público-privadas: por entender que a obrigatoriedade em se manter um contratado, somente por entender-se ser um contrato personalíssimo, depõe contra o princípio da impessoalidade;

iii. a vinculação da administração pública à proposta mais vantajosa: por encontrar-se o interesse público na entrega à sociedade da proposta que seja mais vantajosa, efetivamente realizável;

iv. a continuidade da prestação dos serviços públicos: por contemplar a utilidade aferida pelo usuário com aquele serviço público efetivamente entregue, a quem se destina, ao final, a entrega inerente da outorga do serviço público ao privado.

257. Todos esses ditames acima expostos são considerados mais relevantes frente à suposta obrigação de se manter a concessão como se encontra, por ser de caráter personalíssimo. Assim, no caso da presente solução, a proposta de ainda se realizar um procedimento competitivo é mais conservadora e restritiva do que aquilo que foi decidido pelo STF no caso citado, entendimento mais permitido, portanto.

258. Ainda sobre regulamentação para realização de certames, discute-se a possibilidade de que a concessionária seja responsável neste processo por apresentar os estudos iniciais e participar do certame, voltados à otimização do contrato. Sobre o tema recorre-se como fundamentação jurídica ao delineado no processo de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, orientado pelo Decreto n. 8.428, de 2/4/2015. O PMI é “um instrumento que pode ser utilizado pelo Poder Público para que pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, por sua conta e risco, apresentem estudos de viabilidade de um projeto, com a finalidade de subsidiar a administração pública com informações para estruturação de concessões e Parcerias Público-Privadas (PPPs)”¹⁷. Os artigos 18 e 19 do Decreto estendem-se às PPPs, entendidas pelo gênero de que faz parte a concessão, como espécie. Assim, possibilita-se que a concessionária participe do certame, assim como se permite que possa o Poder Concedente aceitar que essa própria concessionária se mantenha nessa posição, o que é defendido como benéfico ao processo aqui desenvolvido.

Possíveis formas de venda do ativo

259. Para o processo competitivo, avaliou-se o cenário de troca de SPE e a manutenção da SPE com troca de acionistas integral ou parcial.

¹⁷ BRASIL. RADARPPP. Disponível em: <https://radarppp.com/blog/o-que-e-o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-pmi/>. Acesso em 27 mar2024.

260. *A manutenção da atual Sociedade de Propósito Específico (SPE), com troca parcial ou integral de acionistas, traz benefícios, pois aceleraria a entrega de obras, objetivo final da política pública ministerial. Caso se tratasse de uma troca da concessão, haveria uma necessidade de obtenção de novas licenças ambientais e de constituição de novo CNPJ.*

261. *A troca de controle seria implementada mediante procedimento licitatório privado, supervisionado pelo regulador, que deverá cuidar para que prevaleça a seleção da proposta mais vantajosa e seja garantida a habilitação técnica e econômica do interessado. O procedimento conduzido pelo privado tende a ser mais ágil do que uma licitação pública, pois dispensará os prazos necessários para a formalização de um novo contrato, para a integralização de capital, mobilização, dentre outras atividades, possibilitando assim o atendimento ao objetivo de política pública de antecipação de investimentos em relação à opção de realização de uma relicitação tradicional.*

262. *Nesta seara, partiu-se da premissa que eventuais licitantes tenham liberdade para associar-se para compra, ou até mesmo de associar-se com o Grupo EcoRodovias, caso seja do interesse dos privados. Tais operações se dariam no âmbito privado e, portanto, não foram objeto de aprofundamento na comissão.*

As diretrizes propostas para o procedimento competitivo

263. *A solução de modernização contratual proposta para o contrato da Eco101 prevê que a ANTT promova procedimento à semelhança de um leilão público (com base no art. 27 da Lei 8.987/1995) para oferta ao mercado da Transferência Definitiva de Controle da Eco101. As diretrizes para o processo competitivo estão no Anexo 4 do Termo de Autocomposição.*

264. *O procedimento semelhante aos certames públicos será realizado em sessão na B3 e deverá ter requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal dos interessados e contar com fase de esclarecimentos e possibilidade de impugnações e recursos. A ANTT procederá à verificação de garantias e habilitações, conforme em processos de leilão tradicionais.*

265. *Outra característica relevante dessa venda é que, mesmo sendo uma negociação privada, deverá ser feita com padrões de transparência e isonomia, com supervisão pública da ANTT, de forma a se evitar uma venda favorecida a um parceiro que ofereça, em outros negócios, vantagens e ganhos, de modo que a apropriação de parte do valor do novo contrato seja, por vias transversas, realizada.*

266. *Definiu-se a utilização do critério de menor tarifa com base em um percentual de deságio sobre a tarifa-teto.*

267. *A proposta consensuada pela Comissão de Solução Consensual funcionará como estudo referencial e proposta da Eco101. Havendo demais competidores, estes deverão entregar envelopes fechados contendo garantia de proposta e proposta de preço antes da realização da sessão pública.*

268. *Após recebimento dos envelopes fechados, poderão ser apresentadas propostas em viva-voz, com possibilidade de repique ao menor valor apresentado, com etapa de viva-voz aberto. Entendeu-se que pelo avançar das discussões e fim do prazo da Comissão de Solução Consensual, tratando-se de um teste de mercado, o viva-voz será feito sem limite de diferença percentual.*

269. *Será admitida a participação do grupo controlador atual da concessionária no certame, podendo também participar de viva-voz aberto em caso de ofertas de interessados pelo ativo.*

270. *Sobre esse assunto, importa destacar que nesta solução há possibilidade de participação do grupo atual, diferentemente do disposto na relicitação, em que a Eco101 não poderia participar do novo certame.*

271. *A relicitação fala de um processo de rescisão e saída amigável, então resta claro que se o processo desenha a saída da atual concessionária, não faz sentido que ela participe do novo certame. Já a repactuação aqui proposta parte de um ponto totalmente diverso: parte da premissa que é vantajoso para o poder público continuar com a mesma concessionária, para possibilitar execução de obras imediata. O processo competitivo aqui proposto não tem a função de necessariamente selecionar nova concessionária, mas abrir a possibilidade. O objetivo aqui é validar o contrato modernizado, trazer isonomia ao processo e mitigar riscos moral e sistêmico.*

272. *Primeiro, importa destacar que o objetivo exposto na lei é de possibilitar novos e imediatos investimentos no setor de infraestrutura de transportes, bem como sanear contratos vigentes cuja continuidade da execução se tornou inviável. Nesse sentido, durante os trabalhos da comissão, percebeu-se que um dos maiores desafios para o alcance desse objetivo estaria justamente na troca de concessão, que envolve a elaboração de um novo projeto e o cálculo de indenização.*

273. *Assim, em busca de construir um modelo que resolvesse esse imbróglio, não guardaria sentido lógico a solução proposta ir na mesma toada do dispositivo legal, visto que, na realidade, a possibilidade de participação da empresa no certame e manutenção da SPE é justamente um ponto que traz vantajosidade para a proposta de solução, garantindo a antecipação e execução de investimentos.*

274. *Ademais, o Ministério pontuou que um dos riscos relevantes que o processo de relicitação carrega é a possibilidade de leilão deserto. Na relicitação, havendo a ausência de interessados, há a abertura automática do processo de caducidade (art. 20), o que gera impactos negativos também, e um afastamento ainda maior da consecução do interesse público e do objetivo da lei.*

275. *Abrir a possibilidade de participação da Eco101 no certame visa também mitigar o risco de leilão vazio atrelado à abertura de caducidade, tendo em vista que se, no procedimento competitivo ora em discussão não acudirem interessados, a concessionária fica obrigada a permanecer no contrato, dando início imediato às obras.*

276. *Voltando ao procedimento, o lance no mecanismo competitivo deverá considerar obrigatoriamente o pagamento pelo vencedor do processo competitivo valor da venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, a ser pago por eventual novo controlador, será de R\$ 320 milhões (data base agosto 24), juntamente com os demais pagamentos e ressarcimentos previstos no edital. A partir de agosto de 2024, este valor será acrescido para refletir as adições ao ativo intangível e imobilizado decorrentes de investimentos em bens reversíveis não depreciados ou amortizados, ou seja, obras realizadas após agosto de 2024.*

277. *Tendo como princípio a transparência ativa, a concessionária se compromete a disponibilizar todas as informações necessárias ao mercado acerca da SPE, seguindo as regras típicas de um processo de M&A (Merges and Acquisitions ou Fusões e Aquisições), conforme definido no Anexo 4 ao Termo e no Edital do futuro certame.*

278. *Além das informações públicas da modelagem econômico-financeira, são também necessárias análises sobre atual situação do ativo em relação a dimensões que ultrapassam a esfera regulatória: passivos trabalhistas, tributários, ambientais, cíveis, concorrenciais, dentro outros. Considerando que os dados da companhia Eco101 estão abertos ao público, por ser S/A de capital aberto, há liberdade pelo eventual comprador de realização de due dilligence.*

279. *A Eco101 se compromete ainda com a disponibilização de licenças ambientais, projetos funcionais e executivos, relatórios de monitoração existentes, composições de custos entre outros, produzidos durante a égide do contrato original, relicitação e os trabalhos de Comissão de Solução Consensual. Esta documentação técnica é de propriedade da SPE e serão transferidas a eventual novo controlador.*

280. *A ANTT é a responsável por disponibilizar, garantir e supervisionar a provisão de informações.*

281. *Adicionalmente, após homologação do Plenário do TCU da solução, a ANTT irá conferir transparência e disponibilizará à sociedade os dados gerais do projeto, de modo a permitir eventuais contribuições da sociedade organizada antes da publicação do edital. Para tanto, os dados gerais do projeto (projetos, MEFs, Edital, Termo Aditivo e anexos, projetos, licenças, dentre outros) ficarão à disposição do mercado em sítio eletrônico específico da ANTT. O edital e TA poderão sofrer ajustes baseados e fundamentados nas contribuições recebidas, desde que não contraponham as condições estabelecidas neste termo. A ANTT definirá prazo e processo de oitiva da sociedade.*

282. *Considerando ser o primeiro processo de repactuação no setor de rodovias, fica estabelecido o prazo mínimo de 70 dias entre a disponibilização da documentação e publicação de edital do procedimento competitivo e a realização da sessão pública de leilão.*

283. *O grupo controlador da concessionária Eco101 se obriga a vender a integralidade de suas ações ao vencedor do processo competitivo, adotando as medidas legais, estatutárias e cartorárias cabíveis.*

284. *Não acudindo interessados no processo competitivo, será realizado o aditivo de otimização contratual com a mesma SPE, conforme valores acordados na Comissão de Solução Consensual, de forma que a ANTT e a Eco101 consentem em condicionar a assinatura do Termo Aditivo ao encerramento do processo competitivo.*

285. *O processo competitivo será encerrado com o cumprimento de todas as condições precedentes à transferência do controle da Concessionária, ou, caso não haja a seleção de um novo acionista, aos pagamentos e renúncias dos valores devidos pela Eco101 estipulados neste Termo, no TA e nos documentos do Processo Competitivo.*

286. *As obrigações aqui identificadas e que permanecerão como responsabilidade da SPE são: as multas inscritas em Dívida Ativa da União e transitadas em julgado administrativamente, a dívida financeira junto ao BNDES e passivos trabalhistas e ambientais, detalhados na seção Haveres e Deveres e no Anexo 5, ao termo de autocomposição.*

Sandbox regulatório para realização do procedimento competitivo

287. *Dada a complexidade do assunto e o alto grau de inovação, a Comissão decidiu que o processo competitivo será estruturado em um ambiente regulatório experimental, utilizando o conceito de sandbox regulatório da ANTT, conforme definido na Resolução ANTT 5.999/2022.*

288. *Essa inovação pode provocar uma alteração drástica no mercado, não se caracterizando como mero aprimoramento incremental do que antes estava posto, gerando de novos modelos de negócios.*

289. *Ademais, inovações como a ora proposta pode ser considerada disruptiva, pois viabiliza a entrada de novos atores no mercado, de forma que sua chegada impõe grandes desafios ao regulador. Essa novidade pode provocar significativos impactos em atividades objeto da regulação e produzir grandes repercussões na economia nacional, assim, é possível prever que sua inserção tenderia a causar quebras profundas e estruturais no ambiente regulado do setor de rodovias.*

290. *Ressalta-se que, a solução regulatória a ser testada se refere exclusivamente ao processo competitivo, enquanto os ajustes contratuais estão vinculados às definições da CSC. Assim, as definições especificamente acerca dos trâmites do procedimento competitivo podem vir a ser alteradas pelos subsídios recebidos no sandbox, e podem ser ajustados antes da publicação do edital.*

291. *A criação do procedimento competitivo consta na minuta do RCR 4, como mencionado. No entanto, não foi publicada a norma e, portanto, a criação do ambiente concorrencial*

será feita no âmbito de um sandbox regulatório. A intenção é fazer um ambiente de teste para que o procedimento possa ser feito publicamente aos demais possíveis entrantes nesse ativo. Seus aprendizados servirão para aprimorar o RCR4 e demais processos competitivos semelhantes.

292. *Vale aqui mencionar que o sandbox regulatório trata de trazer segurança jurídica às inovações necessárias ao mercado:*

O sandbox regulatório é um instrumento que permite ao regulador acompanhar de perto o surgimento e desenvolvimento de inovações disruptivas, colhendo dados e informações, para, posteriormente, criar ou revisar regras. Ao empreendedor/inovador, o sandbox garante segurança jurídica, redução de custos de transação e acompanhamento por órgão que irá regular diretamente o seguimento da atividade econômica que está sendo desenvolvida. Trata-se de um mecanismo de garantia da liberdade de iniciativa sem deturpar ou mitigar outros direitos fundamentais.¹⁸

Haveres e Deveres da Eco101

293. *O levantamento e acerto de haveres e deveres de uma concessão é habitualmente feito com a extinção antecipada do contrato de concessão para o pagamento de indenização pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Como aqui nesta solução consensual há a possibilidade de troca acionária, como previsto e descrito na seção sobre processo competitivo, existiu a necessidade de se estimar o saldo de haveres e deveres. Adicionalmente, aqui existe também o compromisso de renúncia a litígios, incluindo processos administrativos e judiciais - assim, foi feito o levantamento da existência e valores de processos, como parte do detalhamento de passivos da Eco101. Desta maneira, detalha-se o levantamento dos haveres e deveres da ECO101 Concessionária de Rodovias S.A.*

Ativos: haveres da Concessionária

294. *Foram identificados os seguintes ativos: bens reversíveis não amortizados ou depreciados e pleitos administrativos (pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro) e judiciais em andamento, ingressados pela concessionária, em desfavor da ANTT.*

295. *Considerando que o Termo aditivo de relicitação da ECO101 ainda não entrou em vigor, não há processo de levantamento dos valores de indenização pelos investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados e depreciados ou verificador independente para apurar os valores indenizáveis da referida concessão.*

296. *Para avaliação dos investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados e depreciados, e para estimar este valor, a comissão de solução consensual se amparou na legislação vigente sobre a relicitação e extinção antecipada de contratos.*

297. *A metodologia para cálculo do valor se baseia no levantamento dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados por meio do valor contábil do ativo avaliado por verificador independente, conforme a Lei 13.448/2017, o Decreto 9.957/2019 e a Resolução ANTT 5860/2019. No entanto, em vista da ausência de tempo hábil para uma verificação completa e que o cálculo detalhado é realizado por verificador independente, a estimativa baseou-se na aplicação de um desconto paramétrico sobre o ativo intangível e imobilizado. Esta glosa se balizou em percentuais de desconto aplicados pelos verificadores independentes nos contratos de concessão que estão em processo de relicitação (Via-040, Concebra e MS Via), que variaram de 20,26% a 28,89%.*

a) A estimativa do ativo intangível e imobilizado para agosto de 2024 teve como base inicial o valor obtido a partir das demonstrações contábeis da concessionária no valor de R\$ 1,73 bilhão. A partir desse valor, considerou-se: a realização de novos investimentos pela Ecorodovias de

¹⁸ LEITE, Marcelo Lauer. OLIVEIRA, Larissa Fernandes de. Sandbox regulatório e o caso go fit de delivery de combustível. RSDE nº 29 - Julho/Dezembro de 2021, p. 27.

aproximadamente R\$ 25 milhões por mês de janeiro a junho de 2024, conforme programação fornecida pela concessionária;

b) desconto do ativo de dezembro de 2023 até agosto de 2024 pela taxa de depreciação mensal, calculada a partir da taxa anual de 3,96%;

c) IPCA realizado até março de 2024 e estimado até agosto de 2024 (3,7% a.a.) de acordo com o Boletim Focus.

298. *E ao se aplicar ao desconto estimando de 29,6% (R\$ 531,23 milhões) com base em análise comparativa das condições da Eco101 frente aos demais ativos submetidos à avaliação dos verificadores independentes, chegou-se ao valor de R\$ 1,283 bilhão para o total final em ativos da Eco101.*

299. *Sobre os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro em andamento há um valor pleiteado pela Eco101 estimado em R\$ R\$ 73,4 milhões. Como estes pleitos se referem à execução de obras, esse valor não deve ser considerado para fins de eventual indenização, porque referidos valores já foram contabilizados no ativo intangível e imobilizado da ECO101 e assim já foram considerados no cálculo do valor estimado de saída do grupo controlador atual.*

300. *Sobre processos judiciais, identificou-se um pleito de R\$ 207 milhões, com primeira decisão favorável à Eco101, relativa a direito de reequilíbrio Econômico-financeiro referente ao não pedagiamento da BR 116.*

301. *A respeito dos ativos e renúncias a processos administrativos e judiciais, acordou-se que:*

a) A Eco101 renuncia a eventual valor decorrente de ação judicial (processo judicial nº 1031456-49.2019.4.01.3400) relativa ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro referente ao não pedagiamento da BR 116, com valor pleiteado e estimado pela Concessionária de R\$ 207 milhões.

b) A Eco101 renuncia a eventuais valores decorrentes de pleitos administrativos relativos a direito de reequilíbrio econômico-financeiro, relacionados no Anexo 5 no valor de R\$ 73,4 milhões (data base ago/24).

Passivos: Deveres da Concessionária

302. *Foi realizado, junto às áreas técnicas da ANTT e junto à própria concessionária, o levantamento dos passivos da ECO101, e foram identificados os seguintes passivos: Processos Administrativos Sancionadores – PAS ativos na ANTT; multas inscritas em Dívida Ativa da União e transitadas em julgado administrativamente; débitos oriundos da Operação Infinita Highway; valor devido referente ao Acordo TCU nº 1447/2018 – Plenário; dívida junto ao BNDES; processos trabalhistas e ambientais, detalhados a seguir.*

303. *O anexo 5 ao Termo de Autocomposição relaciona todos os processos administrativos, judiciais e outros que foram identificados pela ANTT e trazidos a esta comissão.*

Dos Processos Administrativos Sancionadores (PAS) em trâmite:

304. *Sobre os Processos Administrativos Sancionadores – PAS ativos em trâmite na ANTT, as partes identificaram 215 processos ativos, no valor de R\$ 477,7 milhões (posição de 12/04/2024), e que desse total R\$ 147,5 milhões são passíveis de anulação, resultando como somatório das penas pecuniárias decorrentes dos PAS o montante de R\$ 334.622.027,05. Pactuou-se aplicar um desconto de 40%, em analogia ao previsto na Resolução ANTT nº 5.823/2018 (TAC Multas), acordando-se o valor de R\$ 200,77 milhões para PAS.*

305. *A ANTT se compromete a suspender os PAS identificados, durante o período de transição, como mecanismo de incentivo ao cumprimento das metas estabelecidas. As partes acordam que cumpridas as condições expressas neste TERMO, os PAS suspensos serão definitivamente extintos. No caso de descumprimento das obrigações assumidas no período de transição, o valor atualizado pelo IPCA, a partir da assinatura do TA, serão deduzidos do ativo objeto de apuração de haveres e deveres decorrentes da extinção contratual.*

306. *Ficam suspensos os prazos prescricionais durante o período de transição. Adicionalmente a Eco101 renuncia a qualquer eventual alegação de prescrição sobre o objeto dos PAS relacionados.*

Das Multas inscritas em Dívida Ativa da União e PAS transitados em julgado

307. *Existem multas com a União que totalizam o valor de R\$ 400.807.995,11 (estimativa para agosto de 2024). Desse total, 285.004.380,39 se referem a multas transitadas em julgado, dos quais R\$ 104.955.079,69 se referem a processos passíveis de anulação por parte da Agência. E R\$ 115.803.614,72 se referem a 27 multas já inscritas em dívida ativa, dos quais 1 multa se refere a processo passível de anulação pela ANTT, R\$ 17.960.264,85. O valor líquido, após o processamento as anulações, se refere a R\$ 277.892.650,57.*

308. *Este valor foi levantado durante os trabalhos da comissão e deverá ser atualizado junto à Advocacia-Geral da União.*

309. *Por se tratar de créditos da União, fica vedado às Partes dispor sobre multas inscritas em Dívida Ativa e Processos Administrativos Sancionadores com trânsito em julgado administrativo, e estes valores não foram e não poderão ser considerados em encontro de contas em sede de haveres e deveres junto à Agência, em razão do disposto no art. 5º do Decreto 9.194/17. . No entanto, o valor será descontado do valor de venda da integralidade das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, caso ocorra a troca de controle.*

310. *Em caso de troca de controle acionário, como resultado do processo competitivo, este valor permanece na SPE. O edital do processo competitivo deve deixar explícita essa obrigação.*

311. *A Eco101 ou um novo entrante se compromete a pagar ou a parcelar, nos termos previstos na Lei nº 10.522/02, ou ainda, a requerer parcelamento ou transação, nos termos previstos na Lei nº 13.988/20, junto à Procuradoria-Geral Federal no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da assinatura do presente TERMO.*

Da Operação Infinita Highway

312. *Em 2019 houve operação da Polícia Federal denominada Infinita Highway, que dentre outros aspectos, apurou supostos crimes relacionados à elaboração de laudos adulterados sobre indicadores de qualidade das rodovias, que resultou em cobrança indevida de tarifas de pedágio.*

313. *As Partes acordaram que o valor devido pela concessionária, referente a débitos oriundos da Operação Infinita Highway, calculados pela ANTT, é de R\$ 183.497.631,05 (estimado para agosto de 2024), oriundo de:*

a) multas aplicadas pela prestação de informações inverídicas em relatórios de monitoração, nos termos do art. 6º, XXIV, da Resolução ANTT nº 4.071/13, resultando em penalidade no valor de R\$ 23.452.070,67 (agosto/2024), com desconto de 40%, nos termos previstos no TAC-multas.

b) *reparação integral de potencial vantagem indevidamente obtida com a não aplicação de descontos tarifários (Fator D) no período apurado e com os impactos ocasionados com o início da cobrança em relação à conclusão dos trabalhos iniciais no valor estimado em R\$ 160.045.560,37 (agosto/2024).*

314. *Os valores indicados acima foram arbitrados entre as Partes, a fim de encerrar a incerteza jurídica e a situação contenciosa, nos termos do art. 26 da LINDB, não representando reconhecimento pela Eco101 de qualquer dano ao erário ou cobrança indevida de tarifa dos usuários.*

315. *A Eco101 se compromete a pagar as multas no valor de R\$ 23.452.070,67 decorrentes da Operação Infinita Highway em 3 parcelas, tendo a primeira parcela vencimento na data de assinatura do termo aditivo, e as demais em 12 e 24 meses subsequentes.*

316. *Em caso de permanência do atual grupo controlador Ecorodovias, a Eco101 deverá depositar os valores das multas na conta vinculada da concessão. No caso de outro controlador vencer o processo competitivo, o valor das multas será deduzido do valor de venda da integralidade das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, sendo considerado quitado.*

317. *No caso de manutenção do atual grupo controlador, Eco101, os demais valores decorrentes da compensação pelo atraso sobre o início da cobrança de pedágio (trabalhos iniciais) e Fator D, no valor estimado em R\$ 160.045.560,37 (agosto/2024), serão descontados da tarifa a partir do 4º ano da concessão até o término do contrato, considerando o lançamento do valor no Ano 1 no modelo econômico-financeiro.*

318. *Se ocorrer a extinção antecipada consensual, o referido valor será atualizado e descontado em sede de haveres e deveres no momento do pagamento da indenização por bens reversíveis não amortizados depreciados.*

319. *Na hipótese de um terceiro vencer o processo competitivo, o montante já foi considerado no cálculo e será deduzido do valor de venda da integralidade das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, sendo considerado quitado.*

Acórdão TCU nº 1447/2018 - Plenário

320. *O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1.447/2018 – TCU-Plenário, determinou a aplicação de desconto de reequilíbrio concentrado para investimentos previstos no plano de negócios e não executados pela Eco101.*

321. *O valor devido calculado (estimado para agosto de 2024) decorrente de determinação contida no Acórdão 1.447/2018 – TCU-Plenário referente à aplicação desse desconto é de R\$ 26.035.210,97.*

322. *A Eco101 se compromete a pagar este valor em 3 parcelas, tendo a primeira parcela vencimento na data de assinatura do termo aditivo, e as demais em 12 e 24 meses subsequentes.*

323. *Em caso de permanência do atual grupo controlador (Ecorodovias), a Eco101 deverá depositar tais valores na conta vinculada da concessão. No caso de outro controlador vencer o processo competitivo, tais valores já foram considerados no cálculo serão deduzidos do valor a ser pago em razão da venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, sendo considerado quitado.*

Da dívida junto ao BNDES

324. *A manutenção do atual controlador ou a sua substituição por novo acionista que vença o processo competitivo não afasta ou compromete a sua reponsabilidade pela dívida da SPE junto ao BNDES, podendo repactua-la ante as novas condições do contrato modernizado.*

325. *De acordo com o balancete de dezembro/23, o saldo devedor da dívida junto ao BNDES é de R\$ 294,85 milhões*

326. *No caso de outro controlador vencer o processo competitivo, o valor estimado do saldo devedor para agosto de 2024 já foi deduzido do valor de venda integral de ações da concessionária atual.*

327. *O edital do processo competitivo deverá deixar explícito o valor dessa obrigação.*

De outros passivos da União, trabalhistas e ambientais

328. *A SPE permanece responsável por outros passivos em relação à União, trabalhistas e ambientais, seja sob o encargo do atual grupo controlador ou de outro que venha a substituí-lo, devendo equacioná-los ao longo da execução contratual após assinatura do termo aditivo.*

329. *Foram identificadas 113 reclamações trabalhistas, com valor pleiteado estimado em R\$ 17,9 MM (abr./24) e 3 infrações ambientais, estimado em R\$ 70,5 mil reais.*

330. *Estes valores foram trazidos pela Eco101 e estarão abertos à verificação de eventuais interessados no processo competitivo por meio de due diligence.*

Estimativa de cálculo referente ao valor de saída do grupo controlador atual

331. *Foi estimado de forma comercial, que o valor da venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, a ser pago por eventual novo controlador, será de R\$ 320 milhões (data base agosto 24). A partir de agosto de 2024, este valor será acrescido para refletir as adições ao ativo intangível e imobilizado decorrentes de investimentos em bens reversíveis não depreciados ou amortizados, ou seja, obras realizadas após agosto de 2024.*

332. *Apesar de no caso concreto o processo de relicitação estar suspenso, identificamos semelhanças no que diz respeito ao cálculo de acerto de haveres e deveres da concessionária, comparativamente ao da indenização prevista nas normas aplicáveis à extinção antecipada do contrato, em vista da possibilidade de saída antecipada do atual controlador da Sociedade de Propósito Específico.*

333. *De acordo com o art. 17, §1º, VII, da Lei nº 13.448/2017, nos processos de relicitação, a ANTT deve realizar o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados. O Decreto nº 9.957/2019, que regulamenta a Lei nº 13.448/2017, prevê que o cálculo seja certificado por empresa de auditoria independente: Por fim, a indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados consiste em apenas um dos itens da apuração de haveres e deveres e a Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece outros itens incluindo saldo de multas e outros danos.*

334. *Para fins de cálculo do valor estimado de saída do grupo controlador atual, os valores dos ativos e passivos foram estimados até a data-base prevista para a assinatura do Termo aditivo, da seguinte forma:*

1. *Dívida ativa: valores atualizados com base na Selic realizada até 04 de abril de 2024, e Selic projetada até o final de agosto de 2024. Conforme boletim Focus de 28 de março de 2024, a Selic projetada para o encerramento de 2024 é de 9,00%;*

2. *PAS transitados em julgado: atualizados com base na Selic realizada até 22/03/2024 e Selic projetada até o final de agosto de 2024;*

3. *Infinita Highway e Acórdão TCU 1.447/2018: valores atualizados com base na IRT até março de 2024 e IPCA estimado até agosto de 2024;*

4. *Ativo imobilizado e intangível: com base no dado realizado do balancete de dezembro de 2023, estimou-se o valor até agosto de 2024, considerando: a) a realização de novos investimentos pela Ecorodovias de R\$ 25 milhões por mês de janeiro a junho de 2024; b) desconto do ativo de dezembro de 2023 a agosto de 2024 pela taxa de depreciação mensal, calculada a partir da taxa anual de 3,96%; c) IPCA realizado até março de 2024 e estimado até agosto de 2024 (3,7% a.a) de acordo com o Boletim Focus.*

5. *Dívida financeira: com base na evolução do saldo devedor da ECO101 junto ao BNDES, estimou-se o saldo devedor previsto para agosto de 2024, que será deduzido do valor de saída da Ecorodovias.*

335. *Assim, se estimou e foi consensuado, pelos membros da Comissão de Solução Consensual, que o valor de saída da Ecorodovias será de R\$ 320 milhões, o que representa um desconto aproximado de 29,31% sobre o ativo imobilizado e intangível estimado para agosto de 2024, conforme detalhamento abaixo:*

	CENÁRIO
	29,26% desconto ativo
	Data-base: ago/24
Valor estimado de saída (haveres e deveres)	320.000.000,00
Valor estimado de bens reversíveis não amortizados e não depreciados	1.284.059.116,82
Infinita Highway	- 183.497.631,05
Acórdão 1.447	- 26.035.210,97
PAS ativos - TAC multas (-40%)	- 200.773.216,23
Dívida financeira	- 275.860.408,00
Multas inscritas em dívida ativa	- 97.843.349,87
Multas transitadas em julgado	- 180.049.300,70
2. Valor de saída a ser recebido pela ECO101, em caso de troca de controle	320.000.000,00

Tabela 10: Estimativa do Valor de eventual saída da Eco101

RISCOS E VANTAJOSIDADE

336. *Até aqui foi apresentado o novo desenho proposto para o contrato de concessão. A seguir discute-se os riscos identificados e avalia-se como as ferramentas desenvolvidas fazem a mitigação. Apresenta-se também a análise de vantajosidade da proposta e atendimento ao Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário que definiu requisitos para a repactuação de contratos em relicitação.*

Riscos Identificados e Mitigação

337. *O gestor público é comumente confrontado com decisões importantes e estratégicas. E riscos são inerentes às decisões. Eles variam conforme a situação, mas sempre estarão presentes. Neste contexto, as questões postas às comissões de solução consensual em regra dizem respeito à avaliação do equilíbrio entre risco e benefício, à decisão do tamanho do risco que é razoável tomar.*

338. *No caso concreto da Eco101 a situação trata exatamente de uma avaliação de custo/benefício ou de risco/vantajosidade.*

339. *A vantajosidade foi demonstrada no capítulo 3 de forma clara, em resumo, o quanto antes houver obras na rodovia, melhor para a população. Ter em mãos contrato viável desenhado com as melhores práticas e mecanismos traz ganhos não somente para os usuários, também para o poder concedente que executa a política pública, entregando valor à população, para a agência reguladora, que se beneficia de padronização contratual e de maior enforcement na sua*

gestão, para o privado, detentor de um projeto viável economicamente e financiável. Assim, é esperado e justo que com isso durante a execução contratual não haja tantos contratempos. Todos esses fatores em conjunto fomentam a economia do país e da região. Por outro lado, a controvérsia aqui é que existe um desafio para entregar tais benefícios. E este desafio está relacionado a como viabilizar a antecipação de investimentos assumindo os menores riscos possíveis, buscando uma decisão proporcional e equânime.

340. *Assim, logo nos trabalhos iniciais desta comissão, os participantes fizeram um exercício de levantamento e entendimento profundo dos riscos presentes na situação posta. Desta forma, todo trabalho de desenvolvimento de soluções sempre teve como pano de fundo o endereçamento e mitigação razoável dos riscos identificados.*

341. *Esta seção do relatório apresenta os riscos levantados, discute como eles se apresentam no caso do contrato da Eco101 e como a solução aqui proposta endereça a mitigação de tais riscos.*

342. *Com base nesta análise, esta comissão acredita que a vantajosidade da modernização do contrato que garante a execução de obras imediatas para população e a viabilidade do contrato é suficiente e proporcional para balancear os riscos. Ressalta-se que a comissão não afirma que os riscos não existem ou que foram completamente mitigados. Acreditamos que os riscos foram endereçados, que a mitigação é adequada e que os benefícios são maiores que os riscos residuais.*

343. *Os principais riscos que foram identificados e endereçados, foram agrupados da seguinte forma:*

a) Risco moral ou moral hazard, que se relaciona ao sistema de incentivos, ao risco de gerar incentivos reversos, e no caso concreto, ao risco de incentivo ao descumprimento contratual;

b) Risco sistêmico, vez que o risco moral pode impactar próximos leilões e dar uma sinalização de incentivos inadequados a todo setor;

c) Risco social, que é o risco de não fazer, de se gerar uma percepção negativa da população quanto ao sistema de concessões, da cobrança de pedágios em rodovias com baixa qualidade,

d) Riscos de legalidade e discussões do limite da mutabilidade dos contratos complexos e ainda das diretrizes do Acórdão 1.593/2023-Plenário;

e) Riscos de judicialização e litigância, ou de estar criando situações que aumentem esses riscos que são inerentes ao Estado de Direito;

f) Riscos econômicos e financeiros a respeito da manutenção do equilíbrio do contrato, da sua sustentabilidade e avaliação da financiabilidade da concessão;

g) Transparência e publicidade de todo o processo;

h) Riscos inerentes ao processo de concessão: assimetria de informações, riscos de leilões vazios, dificuldades na aplicação de alternativas como caducidade e relicitação, dificuldades com licenciamento;

1.1.1. Risco Moral

344. *A definição clássica e acadêmica de risco moral, em inglês moral hazard, foi repetida pelo TCU no Acórdão 2611/2020 – Plenário: “o risco moral se refere à possibilidade de um agente econômico mudar o seu comportamento de acordo com os diferentes contextos nos quais ocorrem as transações. Em outras palavras, ocorre quando uma parte (concessionária) de uma transação pode tomar certas ações que afetem o resultado obtido pela segunda parte (Poder*

Concedente), mas que a segunda parte não pode monitorar perfeitamente”. Trata da possibilidade de o agente não agir de acordo com os interesses do principal, depois do contrato firmado.

345. *Puschel¹⁹ explica que o risco moral existe quando surge uma situação, depois da assinatura contratual, que permita ao agente se beneficiar de informação que não era de conhecimento do principal ex ante e prejudica a eficiência contratual.*

346. *É ponto pacífico na teoria da regulação que os agentes econômicos reagem a incentivos, o que faz entrever que, dada a mudança das condições de atuação (e retornos associados a cada atitude) e a natural assimetria de informação entre regulador e regulado, existe a possibilidade de risco moral*

347. *Com as repactuações de concessões em crise (como as que estão em processo de relicitação), é possível que outros concessionários adotem comportamentos oportunistas, visando unicamente a obter maiores vantagens num contrato de concessão com o Poder Público Federal.*

348. *Naturalmente, não apenas as que estão com problemas correntes de solvência ou liquidez irão buscar um novo arranjo contratual gerador de valor, mas, potencialmente, outras concessionárias, dado o objetivo de maximização de resultados inerente à atividade. Assim, o risco moral está associado à assimetria de informações e ao risco de se gerar incentivos reversos. No caso da modernização de contratos em relicitação, a preocupação foi a de não sinalizar impunidade à descumprimentos contratuais e incentivo ao inadimplemento. Isso potencialmente causa incentivos inadequados ou seleção adversa.*

349. *Em termos da atuação direta do regulador, seus instrumentos (resoluções, contratos de concessão, regulamentos de concessão, processos sancionadores, termos de ajustamento de conduta, etc.) perderiam parte de sua eficácia, uma vez que, em tese, estariam sujeitos a futuras repactuações, fato que os agentes privados considerariam ao decidir suas próprias estratégias de atuação em face da demonstração de que o Poder Concedente não mais estaria disposto a levar a cabo o instituto da caducidade do contrato de concessão.*

350. *Portanto, não se pode ignorar o fato de que a proposta de repactuar contratos, não obstante os benefícios esperados, pode incentivar práticas que elevem o risco moral e a seleção adversa por parte dos agentes.*

351. *Assim, tendo em vista a possibilidade de repactuação em caso de baixo desempenho, pode haver um movimento no sentido de não realização de ações ou investimentos para que, em momento posterior, haja ajustes no contrato de concessão que alterem pontos considerados sensíveis ou inadequados. Há também risco de uma percepção de injustiça ou impunidade.*

352. *A mitigação dos riscos está discutida em seção adiante.*

1.1.2. Risco sistêmico

353. *A proposta de otimização deste contrato pode abrir a possibilidade de um oportunismo pós contratual em relação às demais concessionárias, já que perceberão a possibilidade de firmar acordos posteriores com o poder público a fim de remodelar contratos, gerando um risco moral sistêmico.*

354. *Também, existe a possibilidade de sinalização de incentivos inadequados a todo setor de concessões rodoviárias ao gerar uma seleção adversa nos futuros leilões de concessão de rodovias (pré-contratual, portanto). Os investidores que mais estariam propensos a participar do certame seriam aqueles que mais enxergam a possibilidade de renegociação ex post em função de mudanças nas condições econômicas ou de desempenho da concessão. Ademais, os maiores lances tenderiam a*

¹⁹ O Moral Hazard (Risco Moral) E Os Contratos Complexos Com Assimetria Informacional: Uma Interpretação À Luz Dos Princípios Do Planejamento E Da Eficiência, Andre Puschel, em e-disciplinas USP – Relatório do seminário 3.

ser dos investidores que mais acreditam na geração de valor em função dessas repactuações, o que poderia comprometer a alocação eficiente da operação das infraestruturas aos investidores mais aptos.

355. *A materialização desse risco levaria, ainda, à potencial violação à isonomia, pois, em vez de o poder público realizar uma nova licitação, novas obras seriam incluídas no contrato sem que terceiros pudessem ter a oportunidade de concorrer para executá-las.*

1.1.3. Risco Social

356. *A análise de tomada de decisão e de riscos envolve tanto os riscos gerados pela decisão de repactuação tomada, quanto o risco de não fazer nada e manter a situação como está. Neste contexto, há que se falar em responsabilidade do gestor público, que envolve a ação e também a omissão.*

357. *Foram exploradas possíveis opções disponíveis e comparou-se com o status quo, que no caso da Eco101, é seguir para a relicitação, uma troca de concessionária amigável. A análise de vantajosidade feita no capítulo 3 deste relatório, comparou a solução de modernização do contrato com a situação atual de relicitação.*

358. *Aqui ponderamos o risco de não se tomar ação em relação a este contrato. Concluiu-se que a opção de não repactuar o contrato aponta para um risco social de não entregar valor à sociedade e demorar ainda mais, além de todos os anos em que o contrato no performou, para que os investimentos fossem feitos.*

359. *No momento presente, há uma percepção coletiva dos técnicos da área que devido a obstáculos que não foram imaginados na época da consecução da lei, o processo de relicitação se demonstrou demorado, com custos relevantes na concessão de um novo projeto, especialmente, no que tange à apuração das indenizações, das entregas dos verificadores independentes, da elaboração de novos estudos para licitação, que no setor de rodovias carrega relevante complexidade.*

360. *Somado a isso, a insustentabilidade financeira da concessão causada por fatores endógenos e exógenos afeta diretamente a prestação do serviço público adequado. Portanto, foi identificado um grande risco de omissão do dever de agir, com impactos negativos para o interesse público.*

361. *Assim, a relevância dos benefícios desta proposta de solução no âmbito de um ambiente consensual representa uma janela de oportunidade de grande valia e impõe ao gestor público uma ação, para se evitar o risco de omissão de dever de social. Assim, na visão de grande parte do grupo, o prosseguimento do processo de relicitação poderia trazer mais risco e prejuízos ao interesse público do que traria a solução desenhada.*

1.1.4. Transparência e publicidade

362. *Esta comissão de solução consensual envolve a administração pública e, em observância ao art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, deve atender ao princípio da publicidade. Assim, a comissão propõe uma série de medidas com o objetivo de trazer transparência à solução desenvolvida.*

363. *Durante toda a análise da questão, o Ministério dos Transportes manteve estreito contato com membros do poder executivo local e com as bancadas do Estado do Espírito Santo no Poder Legislativo.*

364. *Ademais, assim que a solução for homologado, o máximo de informações sobre o novo contrato e o processo competitivo serão imediatamente divulgados pela ANTT e pela Concessionária. Ainda, informações para o due diligence da SPE serão disponibilizadas aos*

interessados, como previsto no Termo de Autocomposição e detalhado na seção sobre o processo competitivo.

365. Adicionalmente, em especial durante os primeiros 3 anos do contrato, o período de transição, a Eco101 deverá conferir publicidade ao acordado e disponibilizar em sítio eletrônico específico informações sobre a execução contratual em linguagem simples e acessível ao usuário.

366. A Concessionária se compromete a apresentar, para conhecimento, a proposta para a comissão tripartite, regulamentada pela Resolução nº 5.938, de 04 de maio de 2021, composta por representantes da ANTT, dos usuários e da empresa delegatária, com a participação da sociedade civil, após aprovação do Plenário

367. Por fim, como o procedimento competitivo será desenvolvido em sede de sandbox regulatório, as definições especificamente acerca dos trâmites do procedimento competitivo receberão contribuições e podem vir a ser alteradas pelos subsídios recebidos

1.1.5. Outros riscos: legalidade, econômico-financeiros, operacionais e de litigância

368. Os riscos de legalidade identificados foram amplamente discutidos neste relatório na seção que discute o limite da mutabilidade dos contratos complexos e ainda das diretrizes do Acórdão 1.593/2023-Plenário.

369. Sobre os riscos econômicos e financeiros, seguindo a normatização vigente, o equilíbrio do contrato foi mantido. Foi também feita considerada a financiabilidade do projeto em análises da ANTT e da própria concessionária. Adicionalmente, o BNDES foi ouvido durante os trabalhos da comissão, vez que é o financiador da atual concessão.

370. Por fim, foi feita análise da sustentabilidade financeira do modelo adotado. A atualização da divisão de riscos entre poder público e concessionária, seguindo as melhores práticas da ANTT e internacionais também contribui para garantir a sustentabilidade econômico-financeira do projeto no longo prazo.

371. A vantajosidade obtida ao se realizar modificações contratuais vem justamente ao encontro do objetivo de reajustar o equilíbrio econômico-financeiro, de forma que a concessão passe a ser viável economicamente, alcance os parâmetros de segurança e receba os investimentos condizentes com níveis de serviço necessários.

372. Adicionalmente foram discutidos os riscos operacionais, inerentes ao processo de concessão, tais como: assimetria de informações, dificuldades na aplicação de medidas de extinção antecipada do contrato pelo poder concedente (caducidade) e dificuldades com licenciamentos dos projetos.

373. O cenário de relicitação apresentando também carrega riscos se mostra ainda bastante otimista, tanto sob o aspecto de volume de obras, quanto ao prazo de que essas serão efetivamente entregues.

374. A tendência natural são prazos de execução mais estendidos para conclusão do processo licitatório, somados ao risco, de a rodovia, sem que sejam executadas as obras de ampliação de capacidade e recuperação, ter um deterioramento maior daqui 5 anos, quando for relicitada, e necessitar de investimentos mais robustos do que os planejados atualmente.

375. Soma-se ainda o risco de não haver interessados no leilão, causando uma maior demora na solução do problema, bem como, da situação macroeconômica do país no médio prazo não permitir a financiabilidade do projeto nos formatos atuais.

376. Como mitigadores destes riscos, a agência reguladora e o TCU, como fiscalizador, tem sempre trabalhado no sentido de fortalecer o desenho de leilões, contratos e da própria regulação. Neste sentido, foram as modernizações regulatórias foram trazidas a este contrato.

377. *Os riscos de judicialização e litigância são inerentes ao Estado de Direito e a qualquer processo. Com o acréscimo do artigo 26 à LINDB, assim prestigiando um crescente movimento administrativista pela concertação administrativa. Com esse novo instrumento jurídico o Estado passa a contar com autorização legal, ampla e genérica para a adoção de meios consensuais de resolução de conflitos, inclusive para sanar irregularidades ou incertezas jurídicas na aplicação das normas de direito público. Portanto, a solução aqui proposta foi construída dentro de um ambiente previsto legalmente.*

1.1.1. *Mitigação de riscos: como a solução proposta endereça os riscos*

378. *Como discutido acima, os membros da comissão de solução consensual se debruçaram com atenção sobre a questão de riscos existentes na controvérsia envolvendo o contrato de concessão da Eco101. Assim, desenvolveu-se ferramentas e abordagens para endereçar e mitigar, na medida do possível, os riscos identificados.*

379. *O risco mais relevante abordado foi o risco moral que pode se estender e tornar-se um risco sistêmico. Para endereçar esses riscos há vários mitigadores possíveis.*

380. *Entende-se que um remédio efetivo seja o caráter excepcionalíssimo da solução aqui proposta. Está claro que a Portaria MT 848/2023 cria um espaço temporal para admissão de pedidos de otimizações contratuais, que se findou em 31/12/2023, sendo um crivo para impedir novos pedidos, o que mitiga esse risco. Dessa forma, parte-se do princípio de que essa janela aberta pelo poder concedente para a repactuação, tendo em vista os altos riscos que carrega, é excepcionalíssima, se não única. A renegociação só é passível de ser realizada, portanto, devido a uma conjuntura muito particular e prevista em política pública.*

381. *Ademais, a solução aqui proposta deixa claro em suas premissas e ao longo de toda fundamentação que de forma alguma se pretende estabelecer regras a serem adotadas para o caso geral de contratos em relicitação. Pelo contrário, o fato de se fazer necessária solução consensual para contratos sob a égide do instituto, lança luzes sobre a necessidade de aprimoramento do instituto de relicitação.*

382. *Nesse sentido, é ainda relevante dizer que essa solução não deve ser replicada em outros casos automaticamente, podendo sim servir de insumo para o aprimoramento normativo e regulatório. Por ser experimental, não é extensível a outros ativos em situação de inviabilidade financeira.*

383. *O próprio ambiente consensual também é mitigador de riscos: do risco moral, da legalidade e da análise de informações econômico-financeiras e regulatórias. Entendemos que as normas de análise de solução consensual, a discussão com a participação multilateral: do MT, do TCU, da ANTT e em alguns momentos da própria concessionária dão robustez às propostas, minimizam a assimetria de informações e assim contribuem para mitigar o risco moral. Os métodos alternativos de resolução de conflitos permitem uma maior celeridade na troca de informações e nas análises, tanto individuais como em grupo. Essa interação mais fluída, célere e num ambiente de confiança, possibilita o compartilhamento instantâneo de análises e dados, entre todos os atores e governança decisória e minimiza a assimetria de informações.*

384. *Nesse sistema consensual de solução de conflitos, os técnicos e membros da Comissão estão imbuídos de uma missão em comum: buscar uma solução seja totalmente modelada para endereçar as controvérsias do caso concreto, o que auxilia na construção de soluções viáveis para resolver um conjunto de problemas específicos.*

385. *Ademais, o ambiente de consensualismo tem como uma de suas vantagens a segurança jurídica, pois como é um processo voluntário e resolução é construída pelos próprios envolvidos há uma tendência à redução de questionamentos e judicializações posteriores.*

386. *Ainda, como mecanismos de mitigação de riscos, esta CSC definiu a imposição de um período de transição, com acompanhamento rígido da execução contratual, combinado com a penalidade de saída automática da concessionária em renegociação, em caso de descumprimento é também mitigador relevante de incentivo reverso.*

387. *Como principal mitigador será levar o contrato renegociado à apreciação e competição do mercado, em processo competitivo, análogo a um leilão completa os instrumentos que essa CSC desenvolveu para endereçar os principais riscos vislumbrados pela comissão.*

388. *Uma possível consequência da repactuação está numa eventual falha na avaliação dos termos e valores envolvidos. Assim, a avaliação pelo mercado tende a reduzir o risco de os valores e termos terem sido estabelecidos incorretamente pelas partes.*

389. *Ao se considerar que a proposta de modelo econômico-financeiro foi construída pela Eco101 em linha com uma expectativa de permanência na operação do ativo, mesmo com a análise promovida pelo ente regulador, não se pode rejeitar a possibilidade de que a referida proposição possa estar gerando algum excedente de valor ao ativo. Se houver um excedente de valor gerado pela condição acordada, o mercado terá condições e interesse de adquirir esse ativo nestas novas condições, e, portanto, esse excedente de valor poderá ser revertido em descontos tarifários em favor dos usuários da rodovia, além do pagamento de compensação devida ao operador anterior, que sairá do ativo sem auferir vantagem alguma.*

390. *Ainda, considerando-se o montante de alterações a serem feitas, afasta-se o risco de criação dos novos ditames contratuais, com alterações dessas cláusulas, puramente por negociação diretamente com a concessionária, mas sim oportunizando-se ao mercado a análise de interesse em um novo contrato, baseado em um estudo de projeto diferente daquele inicialmente licitado.*

391. *E, no caso, o grande diferencial é o contrato de concessão vigente, que já não possui valor nas condições em que se encontra, conforme já apontado pelas tentativas de relicitação, pré-caducidade e revisão quinquenal, será modernizado e levado a procedimento competitivo para troca do controle societário supervisionada pela ANTT. Isso mitigaria riscos de privilégio à atual concessionária, bem como evitaria que ela deixasse de arcar com suas ineficiências e valores oferecidos no leilão, pois ela seria obrigada a levar o ativo a mercado, podendo perder sua titularidade.*

392. *Além disso, a proposta poderia garantir isonomia entre o poder público e o mercado, bem como abriria caminho à escolha de proposta mais vantajosa para administração, com a correção de eventuais distorções da proposta inicial da ECO101.*

393. *Sobre o processo competitivo, o que se propõe aqui é muito similar aos leilões já previstos em lei e realizados pelas agências reguladoras. Ademais, este será implementado em sede de Sandbox, para o qual também já existe normatização vigente.*

394. *Portanto, a proposta de procedimento competitivo delineada acima poderia não só mitigar riscos, mas também trazer mais eficiência ao atendimento do interesse público, conforme ditame constitucional.*

395. *Em uma situação como essa, é essencial avaliar cuidadosamente as circunstâncias, considerar as alternativas disponíveis e buscar um equilíbrio entre o interesse público, a proteção dos usuários da rodovia e a manutenção da integridade do processo de concessão. Ao se combinar a excepcionalidade da renegociação dos termos contratuais, com a discussão em âmbito consensual multilateral, com a imposição de penalidades e abertura para o mercado, entende-se que os benefícios da continuidade de prestação de serviço adequado sejam maiores que o risco moral residual.*

Atendimento ao Acórdão 1.593/2023: Consulta

396. *Em agosto de 2023, pouco antes da instauração da presente comissão de solução consensual em novembro de 2023, o Plenário respondeu à consulta do Ministério do Transporte e do Ministério de Portos e Aeroportos acerca da possibilidade de a União aceitar que uma concessionária desista da relicitação e quais critérios deveriam balizar o processo de renegociação do contrato.*

397. *Assim, faz-se aqui uma análise dos critérios e balizas definidos no Acórdão 1.593/2023 – TCU – Plenário, de 2 de agosto de 2023 em relação à solução aqui proposta.*

398. *Na verificação da aplicação do acordo ao caso concreto, cabe lembrar que a Eco101 solicitou a relicitação, mas que o aditivo ainda não foi assinado e está suspenso devido à instauração desta CSC. O acordo trata de desistência da relicitação, mas como há solicitação da Eco101 e aceite pelo poder público (como detalhado na seção 2.1), há aplicabilidade do acordo.*

399. *O Acórdão em seu item 9.2.4. 1 define os requisitos que o contratado (concessionário) deve preencher para a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes e definiu parâmetros para a aferição da juridicidade das repactuações:*

i) Demonstração do interesse público e da aderência ao princípio da legalidade, destacando-se, em especial, os objetivos e os princípios que regem o Programa de Parcerias de Investimentos e o princípio da continuidade da prestação do serviço público (item 9.2.4.2 do Acórdão), bem como a manutenção dos objetivos da concessão original e do escopo da política pública formulada para o setor pelo Ministério competente (item 9.2.4.8 do Acórdão).

i) Retomada, em prazo razoável, de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração (item 9.2.4.4 do Acórdão);

ii) Manutenção, em relação ao contrato em vigor, da natureza do objeto contratual, do equilíbrio econômico-financeiro e dos princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos (item 9.2.4.4 do Acórdão);

iii) Realização de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da LINDB, o qual deverá ser encaminhado ao TCU, na forma dos arts. 8º e 17 da Lei de Relicitação (itens 9.2.4.6 e 9.2.4.13 do Acórdão);

iv) Garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, caput, e § 1º, incisos I a VI, da Lei nº 13.448/2017 (item 9.2.4.7 do Acórdão);

v) Inclusão de cláusulas atinentes à (a) renúncia do concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação; e ao (b) impedimento de requerimento de novo processo de relicitação.

400. *O subitem 9.2.4.1.1, requer que não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente. Não há TAC descumprido na concessão da Eco101.*

401. *O subitem 9.2.4.1.2 do Acórdão impõe que a concessionária manifeste formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto da vigente concessão. A Eco101 manifestou interesse na Proposta – Eco101 DS 1547-23 (SEI 18769433 peça 9).*

402. *O subitem 9.2.4.2 do Acórdão informa a necessidade de demonstração do interesse público e da aderência ao princípio da legalidade. O item 9.2.4.6. requer a realização de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do*

contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lindb). A aderência ao princípio da legalidade foi feita no item 2.4 quando se discutiu os normativos que balizaram a solução aqui proposta, decisões e jurisprudências em casos similares, inclusive decisões do STF e o limite da mutabilidade dos contratos complexos.

403. *A solicitação de repactuação do Contrato de Concessão foi precedida de análises técnicas e estudos que estabeleceram parâmetros de interesse público a serem observados, bem como analisaram a vantajosidade da proposta em comparação com o prosseguimento da relicitação. O Relatório GT ECO101 (peça 3) fez uma análise preliminar quanto ao atendimento do interesse público, e a próxima seção aborda o atendimento do interesse público, notadamente quanto à vantajosidade da solução e ainda do atendimento da política pública em vigor.*

404. *O subitem 9.2.4.4 do Acórdão estabelece como medida para o encerramento do processo de relicitação a formalização de um novo termo aditivo, apresentando algumas balizas que devem conformar o seu conteúdo.*

405. *A primeira limitação ao conteúdo do novo termo aditivo é a manutenção da "natureza do objeto contratual". A respeito, da fundamentação do Acórdão (vide §§ 46 a 57 do Voto Complementar do Ministro Relator), observa-se o entendimento do Plenário de que a imutabilidade do objeto contratual deve ser cotejada com as premissas que sustentam o critério de julgamento da licitação realizada, no caso concreto, o menor valor da tarifa, de modo a salvaguardar o princípio da concorrência (ou da licitação).*

406. *Deste modo, e já avançando para a segunda limitação ao conteúdo do novo termo aditivo, restou consignada a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em aderência ao critério de julgamento da licitação.*

407. *Sobre estas duas limitações, algumas ponderações fazem-se necessárias. A primeira é que a alteração de investimentos previstos no contrato original, seja por meio da supressão de algumas obras, seja por meio da inclusão de outras obras, não desnaturam a natureza do objeto contratual, se, ao final, os investimentos tiverem por escopo explorar a infraestrutura e a prestar serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade da rodovia do trecho em questão.*

408. *Entende-se que a alteração dos investimentos estaria dentro do que o Tribunal, no subitem 9.2.4.4, entendeu por "sob novo perfil ou configuração". E, a respeito das alterações dos investimentos, trata-se de mecanismo de gestão contratual amplamente utilizado nos contratos de concessão administrados pela ANTT, por meio de consolidado sistema normativo regulatório. Ademais, há o instituto da revisão quinquenal, para a inclusão, substituição e exclusão de investimentos, o que também está sendo promovido no âmbito desta solução.*

409. *A segunda ponderação diz respeito ao valor da tarifa básica de pedágio no novo termo aditivo. No caso dos ativos em relicitação, a tarifa calculada pode ser inclusive superior à anterior ao processo, para que a concessionária consiga manter os parâmetros mínimos do Termo de Aditivo de Relicitação, conforme o art., 7º, da Resolução ANTT 5.926/2021:*

Art. 7º Na relicitação, a tarifa de pedágio a ser praticada será a tarifa vigente ou, excepcionalmente, demonstrada a insuficiência desta para conclusão do processo de relicitação, poderá ser fixada por negociação entre as partes.

410. *Assim, a diretriz de modicidade tarifária incutida na solução guarda consonância com a leitura do Acórdão, ocorre que, diferentemente do explicitado na decisão, há a formação de um novo equilíbrio econômico-financeiro para o projeto, quando da atualização dos investimentos obrigatórios, a utilização de percentual de crescimento de tráfego atualizado e da nova matriz de riscos. Na visão trazida e aquiescida do Ministério e da ANTT, uma leitura excessivamente*

restritiva da exigência de manutenção, em relação ao contrato em vigor, do equilíbrio econômico-financeiro inviabilizaria as repactuações e iria de encontro às premissas traçadas pelo próprio TCU.

411. *Perante a aceitabilidade da ANTT em dar início ao processo de relicitação, houve reconhecimento que a configuração original de alguns contratos se tornou inviável e admite a repactuação como alternativa para a continuidade da concessão. Durante os trabalhos da comissão, foram realizadas diversas tentativas de modelagem partindo do equilíbrio econômico-financeiro original, que geraram VPLs negativos. De modo que no estágio deficitário em que se encontrava a concessão, ao manter o equilíbrio original, não foi possível garantir a viabilidade econômica do ativo.*

412. *Assim, no caso em tela, a continuidade da prestação do serviço e a garantia de viabilidade financeira passa pela celebração de um ajuste pautado em um novo equilíbrio, aparentemente indo em direção contrária ao disciplinado pelo Acórdão. Acontece que o Ministério e a ANTT defendem que não faria sentido ler a exigência de preservação do equilíbrio econômico-financeiro como um dever de repetição daquilo que constava do contrato original.*

413. *Até porque, tratando-se de uma concessão em processo de relicitação, a certeza que se tem é que o contrato original fracassou e perdeu a capacidade de realizar os objetivos públicos. Por isso, na visão do poder concedente, seu objeto deve ser preservado, mas suas condições precisam ser repactuadas.*

414. *O remédio para a formação desse novo equilíbrio também passa pelo mecanismo competitivo que o projeto será submetido, tendo em vista que será oportunizado ao mercado dar lances pelo ativo, em direção da busca de se colher a proposta mais vantajosa, situação esta que traz um novo elemento à conjuntura pensada no momento da elaboração do Acórdão e de suas balizas.*

415. *Outra limitação à alteração do contrato de concessão pelo novo termo aditivo diz respeito à necessidade de manutenção dos "princípios norteadores que fundamentaram a matriz de risco". Destaca-se, de logo, que o entendimento do TCU não é pela manutenção da atual matriz de risco, mas, sim, de seus princípios norteadores, o que infere – logicamente – a possibilidade de atualização da matriz de risco.*

416. *O princípio basilar que norteia a definição a respeito da responsabilidade pelos riscos contratuais é atribuí-la ao parceiro que tem melhores condições de gerenciar e contingenciar estes riscos, de modo a minorar, para ambas as partes, as consequências indesejáveis de eventos futuros e incertos.*

417. *Neste ponto, destaca-se que a regulação da ANTT, ao longo das etapas que compõem o programa de concessões, tem evoluído para incluir em seus contratos cláusulas que definam, de forma mais precisa, a matriz de risco contratual. A definição precisa dos eventos e da atribuição de responsabilidade, decerto, é medida regulatória que atende ao interesse público, já que minoraria eventual desgaste ao longo da execução contratual que possa ensejar litígios administrativos, judiciais e/ou arbitrais.*

418. *Assim, entende-se pela possibilidade de a proposta de solução em formação trazer uma nova matriz de riscos, desde que venha detalhar a matriz de risco original, inclusive no que respeita à atribuição de responsabilidade na hipótese de eventos imprevisíveis extraordinários, e, excepcionalmente, adaptá-la ao princípio basilar acima indicado.*

419. *Outra limitação à alteração do contrato de concessão pelo novo termo aditivo diz respeito ao aspecto temporal. O item 9.2.4.4 do Acórdão informa que o equacionamento da retomada dos investimentos dar-se-ia "durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor". A respeito, há de se perquirir o alcance da expressão de modo a concluir, ou não, pela possibilidade de extensão do prazo contratual originalmente pactuado.*

420. *Importa destacar que o contrato de concessão original prevê expressamente a possibilidade de prorrogação do prazo da concessão, por até 25 anos, nas seguintes hipóteses: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.*

421. *O prazo original da concessão foi alterado, com vistas a efetivar a modicidade tarifária e a garantir a financiabilidade do projeto, por ter concedido um novo equilíbrio econômico-financeiro, considerando que houve uma remodelação profunda do contrato original, levado a mercado.*

422. *A medida prevista no item 9.2.4.6 do Acórdão consiste na realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação (peça 55, parecer Una Partners). Isso será abordado no item 6.3.*

423. *Já o item 9.2.4.7 do Acórdão apresenta medida complementar à prevista no item anterior. Entendeu o TCU que é necessário que a administração conclua pela viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo. Esta conclusão deve decorrer da demonstração da capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações que serão previstas. E esta demonstração deve ser resultar dos estudos de vantajosidade, que conterà, pelo menos, os elementos previstos no art. 17, caput, e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017.*

424. *À luz do entendimento firmado pelo TCU, então, há de ser elaborado, necessariamente, um estudo técnico, claro, preciso e suficiente a demonstrar a viabilidade econômico-financeira e operacional do novo termo aditivo. O estudo realizado no caso em tela versa sobre: (i) o cronograma de investimentos previstos; (ii) as estimativas dos custos e das despesas operacionais; (iii) as estimativas de demanda; (iv) a modelagem econômico-financeira; (v) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; e (vi) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes.*

425. *A respeito, entende-se que, apesar de conterem alguns dos elementos que constam dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVETEA), que subsidiam as novas contratações de concessões, os estudos indicados pelo TCU no Acórdão 1593/2023 podem resultar de uma metodologia mais simplificada, considerando que se está diante da repactuação de um contrato de concessão já existente, em que são sabidos, ou, ao menos, mais previsíveis, diversos fatores que serão levados em conta à tomada de decisão.*

426. *Diferente da situação da estruturação de novos projetos, o caso em tela se refere a remodelação de um ativo já criado e um contrato em execução. De certo a concessão encontra-se sob nova configuração e modernizada, então as análises tecidas para a definição da solução foram baseadas em informações reais da concessão, tais projetos funcionais, projetos executivos, composições de custos, dados internos produzidos pela concessionária e verificados pela ANTT e Infra S.A., licenças ambientais, histórico de desapropriação, processos administrativos e judiciais, diferente de um novo ativo, que parte do zero de alguns das informações acima citadas. Esse fato permitiu ao poder concedente checagens e verificações mais direcionadas e céleres acerca dos estudos feitos*

427. *Com efeito, pensar o contrário, no sentido de que se faz necessário um estudo tão robusto quanto o EVTEA, que é justamente um dos gargalos da relicitação, iria não só de encontro à própria natureza do seu objeto, que apresenta contornos mais factíveis – já que se está*

repactuando um contrato já vigente –, como também contraria a própria inteligência de que todo o processo de solução consensual deva ser realizado de modo mais célere.

428. *O próprio item 9.2.4.4 do Acórdão vaticina que a retomada dos investimentos se dê em "prazo razoável", de modo que tal condição temporal não se mostra possível, caso se entendesse pela necessidade de elaboração de EVTEA nos mesmos moldes praticados para a realização dos leilões de concessões.*

429. *O item 9.2.4.8 do Acórdão traz como medida necessária à celebração de novo termo aditivo em substituição ao termo aditivo de relicitação que ele seja aderente "à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor".*

430. *No que tange a isonomia, buscou-se alcançá-la por meio da troca de controle leiloada, oportunizando ao mercado a possibilidade de dar lances para o ativo.*

431. *Sobre esta medida, entende-se que os parâmetros de análise devem repousar nas orientações trazidas pelo Ministério dos Transportes, seja a que se encontra no Relatório GT ECO101 (SEI 18572670), seja a veiculada na Portaria 848/2023.*

432. *O item 9.2.4.9.1 do Acórdão indica que o novo termo aditivo deve conter cláusula de "renúncia aplicada ao concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso desta ser desfeita, a exemplo de demandas judiciais e arbitrais, sem afastar a possibilidade de que tais demandas sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário".*

433. *Cuida-se de medida perfeitamente adequada ao ambiente negocial que precede a elaboração da proposta de solução e tem por finalidade extinguir as questões do contrato que estão sob litígio entre as partes, de modo a conferir maior segurança jurídica e maior eficiência na execução contratual, o que, ao cabo, são elementos que vão ao encontro do atendimento do interesse público.*

434. *No item 9.2.4.9.2 do Acórdão discorre-se que o novo termo aditivo deve conter cláusula "de impedimento aplicada ao concessionário ao requerimento de novo processo de relicitação". Trata-se de medida que visa induzir o comportamento da concessionária a imbuir-se de todos os esforços ao adimplemento das obrigações contratuais repactuadas, já que as inexecuções que porventura venham ocorrer de forma sistematizada darão ensejo à instauração de processo de extinção antecipada consensual (descrita no item 5.3), sem que haja outra opção regulatória menos gravosa à concessionária.*

435. *As medidas indicadas no item 9.2.4.10 e 9.2.4.11 consistem na avaliação "acerca de incorporação de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias" e "e de utilização da metodologia de fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade para fins de garantia de equilíbrio econômico-financeiro". Cuida-se que essas análises foram realizadas pela área técnica da agência, quando da construção da proposta de solução.*

436. *O derradeiro item 9.2.4.13 indica que "os estudos de vantajosidade e o novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017". Entende-se que a busca pela solução consensual por meio da Secex Consenso, cujo procedimento tem por finalidade a submissão da proposta de solução consensual ao Plenário do TCU, já pode ser o veículo por meio do qual os estudos e o novo termo aditivo são submetidos à apreciação da Corte de Contas.*

Vantajosidade da Repactuação em relação ao prosseguimento da Relicitação

437. *A opção pela continuidade do Contrato de Concessão e sua modernização foi fundamentada por ser mais vantajosa do que a manutenção do status quo, qual seja o prosseguimento do processo de relicitação, seguido da saída da Eco101 e entrada de nova concessionária. A análise da vantajosidade, como atendimento ao interesse público, preconizada nas Portarias MT n° 848/23 e 372/23 e pelo Acórdão 1.593/2023 – TCU-Plenário foi feita sob as perspectivas técnica, econômico-financeira e jurídica/regulatória.*

Vantajosidade quanto à perspectiva técnica

438. *Uma vantajosidade relevante da repactuação do contrato em relação à relicitação diz respeito à antecipação de investimentos. A modernização do contrato aqui proposta define a realização imediata de obras, com a previsão de 84,4 km de duplicações nos primeiros 3 anos, com início imediato das obras (PER, Anexo 2 do Termo de Autocomposição). Esta antecipação representa investimentos de aproximadamente R\$ 1,176 bilhão, nos 3 primeiros anos da modernização do contrato.*

439. *Em contraposição, o prosseguimento da relicitação implicaria aproximadamente 5 anos sem novos investimentos na rodovia (seção 2.2). No caso da Eco101, a Infra S.A está em fase de elaboração dos estudos para o leilão e se estima que o EVTEA seja entregue ao Ministério no último trimestre do ano de 2024. Mesmo considerando um cenário extremamente otimista sobre o andamento do processo dos estudos e procedimento licitatório, a assinatura de novo contrato de concessão não ocorreria antes do segundo trimestre do ano de 2026.*

440. *Considerando a concretização do cenário apresentado acima, a tendência é que os grandes investimentos de ampliação de capacidade e melhorias na rodovia sejam entregues aos usuários entre o 3° e 8° ano concessão, ou seja, entre os anos de 2029 e 2034, visto que tem sido esse o período de execução dos investimentos de ampliação de capacidade e melhorias previstos nos atuais estudos em desenvolvimento pela União.*

441. *Já no cenário da proposta de readaptação e otimização do contrato de concessão, é proposto o início de obras imediato e a continuidade da execução das obras em andamento pela concessionária no trecho. Detalhes do adiantamento das obras estão detalhadas no PER (Anexo 2 ao Termo de Autocomposição).*

442. *Espera-se ainda, a antecipação na redução de acidentes, com a duplicação imediata de trechos e com a manutenção do pavimento, além da antecipação na melhoria da fluidez da rodovia advinda das duplicações que trarão aumento de capacidade.*

443. *Vislumbra-se ainda uma redução de riscos na execução dos investimentos, pois a atual concessionária já conhece bem o trecho. Adicionalmente, não haverá necessidade de mobilização de nova concessionária e não há risco de novo leilão vazio, em caso de relicitação.*

444. *Além disso, as referidas obras de infraestrutura têm o potencial de gerar empregos diretos, indiretos e via efeito renda (que decorre de maior procura por produtos e serviços na sociedade em razão do aumento da renda dos beneficiários dos empregos diretos e indiretos). Espera-se a geração de 102.464 empregos, sendo 34.026 empregos diretos, 16.046 empregos indiretos e 52.392 empregos via efeito renda (calculadora de Empregos do Observatório Nacional de Transporte e Logística – ONTL).*

445. *Por fim, em estudo elaborado pela Una Partners e apresentado pela concessionária (peça 55), a consultoria UNA destacou: (i) a importância dos investimentos em infraestrutura para os processos de crescimento e desenvolvimento econômico, sobretudo em períodos de recuperação econômica, como é caso da economia brasileira; (ii) a contribuição direta dos investimentos previstos para a recuperação da economia, aumento da taxa de investimento e elevação*

do patamar das inversões em infraestrutura; (iii) externalidades positivas associadas à execução do Programa de Investimentos, com destaque para impactos no aumento de produção regional, crescimento na arrecadação de tributos e geração de empregos diretos e indiretos e ganhos de eficiência logística e (iv) a vantajosidade direta e indireta da repactuação contratual em comparação à relicitação, demonstrando-se a significância da vantagem monetária (VPL) decorrente da antecipação das externalidades positivas advindas da execução imediata dos investimentos, com maior concentração nos primeiros anos.

Vantajosidade quanto à perspectiva econômico-financeira

446. *Do ponto de vista financeiro, a principal vantagem de se remodelar o atual contrato é que ele oferece tarifas de pedágio menores que as dos leilões recentes e as previstas nos estudos em andamento, conforme requisito da política pública (Portaria MT n° 848/23, art. 3º, VII e VIII e Portaria MT n° 327/23 art. 2º, IV).*

447. *As tarifas propostas na solução aqui desenvolvidas se iniciam em R\$ 7,10 para cada 100km de rodovia, e atingem, nos anos finais do contrato R\$ 16,55/100km (TKM para pista dupla).*

448. *Para se comparar com novos estudos, foi considerada a tarifa homogênea para Eco de R\$ 15,51/100 km (tarifa quilométrica média sem reclassificações tarifárias, mantendo o degrau tarifário inicial, à data base de jan/23). Os estudos da Infra S/A tem uma tarifa de R\$ 17,55/100 km, data base out/23. Trazendo as tarifas citadas à mesma data base (out/23), temos uma tarifa simulada de R\$ 16,06/100 km, 8,5% abaixo da média tarifária apresentada pela INFRA S/A (Anexo 7 ao termo de autocomposição).*

449. *Adicionalmente, verifica-se vantagem em relação à tarifa, quando em cenário de relicitação, por se tratar de um encerramento antecipado de um contrato de concessão, a concessionária faz jus a uma indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados, com impacto em aumento de tarifa em um novo leilão.*

450. *É importante salientar que a referida indenização será paga pelo projeto vencedor do novo certame, o novo EVTEA. Assim, a consideração da indenização no primeiro ano do novo EVTEA impacta diretamente no valor da nova tarifa, aumentando o valor de pedágio pago pelo usuário, representando uma desvantagem em relação a escolha da otimização contratual, já que neste último caso, como a concessão não seria extinta antecipadamente, não há de se falar na consideração no novo EVTEA de indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados.*

451. *Em termos de vantajosidade de tarifa, ainda há a questão do excedente tarifário. Durante o período de relicitação, a lei permite que a concessionária reduza investimentos. Há um ajuste da tarifa, mas ainda assim, existe um excedente tarifário. Esse possível excedente tarifário que seria cobrado pela concessionária também seria descontado da indenização, sendo em realidade pago pelo usuário por meio de tarifa. Ou seja, com o prosseguimento da relicitação, o usuário pagaria por meio de tarifa em dois momentos. Antecipadamente, quando do acúmulo do excedente tarifário, que ao fim abateria da indenização que a concessionária teria a receber, e quando da indenização a ser paga à concessionária no caso de novo leilão, cujo valor de indenização estaria embutido no modelo econômico-financeiro, incidindo mais uma vez em aumento de tarifa de pedágio a ser paga.*

Vantajosidade quanto à perspectiva jurídica e regulatória

452. *Como preconizado na política pública, a celebração do Termo Aditivo implicará na eliminação de situação contenciosa e na renúncia, pela Eco101, de sua pretensão em todos os processos administrativos e judiciais por ela ajuizados em relação às partes, inclusive nos casos em*

que já há decisão favorável à Concessionária sem trânsito em julgado. O termo de autocomposição e seus anexos listam todos os processos sendo renunciados pela Eco101.

453. As renúncias vêm acompanhadas de compromisso de pagamento de R\$ 49,45 milhões em multas (da Infinita Highway R\$ 23,45 milhões e Acordão 1477/2018 desconto de reequilíbrio concentrado no valor de R\$ 26 milhões) nos dois primeiros anos, em 3 parcelas (na assinatura do Termo de Autocomposição, 12 e 24 meses, após a assinatura do Termo Aditivo, em conta vinculada da concessão). Tais valores e processos renunciados, que constam detalhados e listados no capítulo Haveres e Deveres e no Termo de Autocomposição e anexos, representam vantagem, vez que a efetividade na cobrança de multas tem sido baixa.

454. As renúncias e compromisso da Eco101 de pagamento e de abdicar dos processos administrativos e judiciais²⁰ representam não só ganhos financeiros, mas também redução de custos regulatórios, de incerteza jurídica e eliminação de situação contenciosa. A proposta permite a redução dos custos jurídicos da ANTT e também do risco de judicialização futura decorrente de discordância nas análises dos processos administrativos.

455. A resolução destas questões representa vantagem em relação à relicitação, onde não há encerramento de contenciosos, podendo-se manter questões controvertidas em discussão via arbitragem, por muitos anos.

456. Destaca-se que nos casos de relicitação e saída de uma concessionária para entrada de outra, o cálculo e avaliação dos valores dos bens não amortizados também carrega uma série de complexidades: são trabalhosos, demorados e frequentemente judicializados. Evitar tais procedimentos representa ganhos para o poder público. A solução também oferece maior segurança jurídica em relação a estimativa de haveres e deveres, evitando potenciais litígios administrativos ou judiciais.

457. No cenário apresentado, a proposta de otimização propõe uma série de ferramentas que permite tratar o passivo regulatório em cada contrato de concessão conforme detalhado no item dos Haveres e Deveres, bem como ressarcir a União pelos gastos incorridos decorrentes do processo de relicitação, além de ter como consequência a possibilidade de que o usuário não pague, via tarifa, pela indenização devida a União.

458. Em caso de descumprimento do presente termo, haverá uma saída expedita da atual concessionária e não há prejuízo na realização de novo leilão, pois os estudos para a contratação de um novo concessionário, já em execução pela Infra S.A não serão interrompidos. Assim, neste aspecto, não há desvantagem na repactuação do contrato;

459. Além da comparação com a relicitação, a modernização do contrato foi comparada com outras opções identificadas pela comissão, entre elas uma revisão quinquenal ampliada, renovação antecipada, entre outras (descritas na seção 4.2 deste relatório). Estas ideias se revelaram inviáveis ou menos vantajosas para o interesse público do que a modernização contratual aqui desenvolvida.

POSIÇÕES DIVERGENTES DOS MEMBROS DA COMISSÃO e MANIFESTAÇÃO DAS GOVERNANÇAS

460. A IN TCU 91/2022 prevê que a solução consensual elaborada deverá ser consensuada por todos os integrantes da comissão. O Acordão 506/2024 – Plenário atualizou o normativo, considerando que o Plenário é a instância máxima de deliberação do TCU, cabendo a ele dirimir divergências técnicas entre as unidades de auditoria do Tribunal ou entre estas e o Ministério

²⁰ No presente momento há processo de arbitragem em andamento entre a ANTT e Eco101.

Público; e IN 97/2024 prevê que o art. 8º da Instrução Normativa-TCU nº 91, de 2022, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º Havendo concordância de todos os membros da CSC externos ao TCU e de ao menos uma das unidades representantes do TCU na CSC com a proposta de solução apresentada, o respectivo processo será encaminhado ao Ministério Público junto ao TCU para que, no prazo de até quinze dias, se manifeste sobre a referida proposta.

461. Desta forma, cabe relatar que a solução aqui a ser apresentada, a modernização do atual contrato de concessão da Eco101, precedida de procedimento competitivo, não conta com a concordância da Auditoria Especializada – AudRodovias, membro ativo da comissão.

462. Destaca-se também, que apesar da discordância, transparente e fundamentada durante todo o decorrer dos trabalhos, os auditores contribuíram de sobremaneira com a comissão, sempre apontando riscos relevantes e fazendo verificação de informações, planilhas, modelo econômico, entre outros.

463. Neste caso de modernização do contrato da Eco101, a decisão diz respeito à avaliação do equilíbrio entre risco e benefício. Sobre os benefícios, houve concordância de todos sobre as vantagens de se adiantar investimentos e à necessidade de equacionar situações contenciosas. Também houve convergência quanto à existência de riscos. O ponto discrepante foi sobre a forma de viabilizar investimentos nesta rodovia. A AudRodovias entende que os riscos e deficiências apontadas, especialmente considerando a amplitude das mudanças, se sobreporiam às vantagens potenciais, tendo sido apresentadas críticas aos fundamentos jurídicos e técnicos da proposta. Os outros membros da comissão acreditam que os benefícios e mitigadores de risco viabilizam a modernização como concebida.

464. Findo os trabalhos da Comissão, foi produzida a Minuta de Termo de Autocomposição, o presente relatório e seus anexos. Assim, esta documentação foi encaminhada aos membros da CSC: ANTT, Ministério dos Transportes e Concessionária Eco101. O material também foi encaminhado a Auditoria Especializada no TCU, AudRodoviaAviação, solicitando manifestação do órgão de governança competente acerca do relatório final. A análise e manifestação das governanças internas de cada participante, com concordâncias ou discordâncias será anexada ao processo.

PROCESSOS CORRELACIONADOS NO TCU

465. Observando o disposto no art. 3º, IV da IN TCU nº 91/2022, a ANTT indicou e comentou (peça 8) os processos com temas correlatos neste Tribunal de Contas da União, que se encontram abertos ou encerrados. Neste sentido, houve a ratificação da admissão da presente solicitação, pelos Ministros Augusto Nardes e Jhonatan de Jesus, como prevê o art. 6º, § 1º, da IN-TCU 91/2022.

466. Registra-se ainda que no âmbito da presente solução consensual, somente foram tratadas questões específicas do contrato para as quais não haja decisão de mérito no TCU, conforme definido na IN 91/2022 e que não há proposta de solução consensual que contrarie jurisprudência ou decisão deste Tribunal.

467. Para estes processos de controle externo em tramitação no TCU, cujo objeto em apuração tenha sido tratado neste TERMO e objetivamente consensuado entre as Partes, propõe-se aos relatores a suspensão durante a execução do presente TERMO e, após o seu integral cumprimento, será proposto arquivamento ao relator, por perda de objeto, nos termos do art. 168, III, do Regimento Interno do TCU, salvo em casos de fraude ou dolo.

CONCLUSÕES

468. A questão central que se apresentou à presente comissão é a de uma rodovia – BR101, no estado do Espírito Santo, que ficará sem investimentos e com manutenção reduzida, com a

entrada da concessionária Eco101 em relicitação. A situação gera perdas para todos: para a população, especialmente para os usuários da rodovia, para o governo federal, para agência reguladora e para concessionária.

469. *Assim, hoje a situação posta é que nos 10 anos da execução contratual a rodovia não recebeu os investimentos necessários e há pedido de devolução do trecho pela concessionária, tendo em vista a insustentabilidade financeira da operação.*

470. *Devido à crise econômica, as variáveis da matriz do contrato foram afetadas: as taxas de juros oferecidas pelo BNDES subiram, a demanda não se concretizou (ficou em torno de 22% abaixo da projetada) e o preço do principal insumo das rodovias, o asfalto, derivado do petróleo, subiu muito mais do que o IPCA (índice de correção das tarifas). Houve desafios com as licenças ambientais que não foram liberadas ou sofreram atrasos, com destaque para um trecho da rodovia dentro da reserva de Sooretama, onde a duplicação prevista não é autorizada pelo IBAMA. Somado a esses fatores, esses riscos eram integralmente alocados à concessionária, o que agravou a situação.*

471. *Este cenário levou o contrato à inviabilidade financeira, a redução do ritmo de obras e prejuízos recorrentes à concessionária Eco101. Assim, em 2023, houve a solicitação de relicitação por parte da companhia, ou seja, da devolução do trecho ao poder público para realização de novo leilão de concessão.*

472. *No atual processo do instituto da relicitação, estima-se que um novo leilão levaria, na melhor hipótese, 2 anos para ser concluído e mais 3 anos se passariam até o início da obrigação contratual de execução de obras, em caso de entrada de nova concessionária. Outra via de saída da Eco101 seria a caducidade, caminho que tem se mostrado sem viabilidade fática, cujos efeitos podem ser ainda mais negativos.*

473. *Nesse contexto específico, concluiu-se pela solução de renegociar e redesenhar o contrato, em caráter excepcional, para que a concessão passe a ser viável e sustentável financeiramente, novos investimentos sejam feitos na rodovia e sejam incorporadas as melhores práticas regulatórias.*

474. *Assim, a solução desenvolvida por esta comissão de Solução Consensual, a ser submetida ao crivo do MPTCU e do Plenário desta Corte de contas é a reformulação do contrato original, com a reprogramação de investimentos (obras de duplicação, contornos urbanos, terceiras faixas, entre outras), concentrando investimentos exequíveis nos próximos 3 anos. Os valores das obras foram atualizados para refletir o aumento do valor de insumos e corresponder aos valores de mercado. A repactuação atinge também atualizações nas cláusulas de gestão do contrato com padronização aos moldes regulatórios atuais da ANTT, que incluem descontos para usuários frequentes, isenção para motos, adequação de nível de serviço e atendimento a padrões de ESG.*

475. *Assim, a equação econômico-financeiro foi reequilibrada e adotada nova TIR de 9,21%, utilizando-se metodologia vigente na ANTT. Haverá revisão da tarifa, e para adequação da modicidade tarifária haverá patamares tarifários e extensão do prazo do contrato por 10 anos, sem direito à prorrogação.*

476. *Para garantir a execução dos investimentos, haverá um período de transição de 3 anos, com fiscalização trimestral e previsão de Extinção Antecipada Consensual do contrato, no prazo máximo de 120 dias, em caso de descumprimento.*

477. *Por fim, em busca da isonomia, do dever de licitar em sentido amplo, da seleção de proposta mais vantajosa e da calibração desse novo desenho contratual, será promovida a possibilidade de uma troca de controle acionário em formato de leilão, i.e., o ativo remodelado será levado ao mercado concorrencial. Este processo competitivo será implementado em forma de sandbox*

regulatório e visa mitigar o risco de legalidade, risco moral e risco sistêmico identificados pela comissão.

478. Foi feita uma avaliação de haveres e deveres, equacionando um gargalo comum em trocas de concessionárias nas relicitações e mitigando os riscos regulatórios. Esse levantamento levou a um valor de saída da atual controladora de R\$ 320 milhões.

479. É importante ressaltar que a solução desenhada foi escolhida em meio à diversas tentativas de se remodelar o contrato de forma mais branda e guardando a maior conexão possível com contrato original, entretanto, nenhuma dessas tentativas foi frutífera para alcançar a viabilidade financeira do ativo. A opção de modernização contratual foi escolhida por ser a que traz mais valor à sociedade, à luz da política pública, se comparada a outras soluções disponíveis, incluindo a manutenção do procedimento de relicitação.

480. Dessa forma, importante destacar que a solução desenhada está longe de ser a ideal, visto que carrega riscos elevados, ocorre que quando feita uma comparação com outras alternativas estudadas é a situação que traz mais vantagens ao interesse público e a população.

481. Dentre os ganhos mais relevantes estão o adiantamento de obras em aproximadamente 5 anos, representando R\$ 1,78 bilhão de investimentos antecipados e aproximadamente R\$ 7,07 bilhões de investimentos em Capex, R\$ 3 bilhões em Opex ao longo do contrato.

482. Ainda como vantagem para o poder público, haverá o pagamento de R\$ 23,4 milhões em multas oriundas da Operação Infinita Highway e R\$ 26 milhões relativos ao valor decorrente de determinação contida no Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário referente a desconto concentrado do Fator D. O pagamento será feito em uma conta vinculada, para uso na rodovia, em 3 parcelas, tendo a primeira parcela vencimento na data de assinatura do termo aditivo, e as demais em 12 e 24 meses subsequentes. Há ainda a renúncia da concessionária a todos os litígios pré-existentes com pleitos da ordem de R\$ 280 milhões.

483. É possível afirmar que essa renegociação só é passível de ser realizada diante de uma conjuntura específica e excepcional de Política Pública, histórica, econômica e de regulação, não podendo de forma alguma se ter a pretensão de que se torne uma prática, o que poderia acarretar efeitos negativos no cumprimento dos contratos de concessão e entregas à sociedade.

484. Nesse sentido, é ainda relevante dizer que essa solução não deve ser replicada em outros casos automaticamente, podendo sim servir de insumo para o aprimoramento normativo e regulatório. Assim, de forma alguma o que se pretende com este trabalho realizado é estabelecer regras a serem seguidas para contratos em relicitação, pelo contrário, o fato de se precisar de solução consensual para contratos sob a égide do instituto, lança luzes sobre a necessidade de uma atuação proativa para resolução dos gargalos anteriormente debatidos e relacionados à morosidade na finalização do procedimento, para que ele seja passível de cumprimento dentro dos prazos legais pelos atores responsáveis por cada etapa, a fim de ser alcançado seu objetivo precípuo insculpido na lei, de continuidade na prestação do serviço público adequado.

485. Ademais, os métodos alternativos de resolução de conflitos permitem uma maior celeridade na troca de informações e nas análises, tanto individuais como em grupo. Essa interação mais fluida e célere, possibilita que sejam alcançados resultados diferentes dos métodos tradicionais, que, em geral, tem ritos mais rígidos, demorados e grau de flexibilidade decisório menor do que os amparados no art. 26 da Lindb.

486. No âmbito da comissão de Solução Consensual foi discutida uma controvérsia que se estendia por um longo período, a baixa performance do contrato da Eco101, e que tiveram tentativas sem êxito de meios regulatórios tradicionais para tentar resolvê-la. Nesse sistema

consensual de solução de conflitos, os técnicos e membros da Comissão estão imbuídos de uma missão em comum, buscar uma solução que seja totalmente modelada para endereçar as controvérsias do caso concreto, o que auxilia na construção de soluções viáveis para resolver um conjunto de problemas específicos.

487. *Há uma percepção do grupo de que a situação posta acerca deste contrato de concessão se deve muito à curva de aprendizado do poder público brasileiro nas concessões de rodovias, de modo que mudanças robustas ocorreram na elaboração dos contratos ao longo dos anos, como as travas para os altos deságios nos leilões, criação de contas vinculadas, compartilhamento de riscos mais equânimes e proporcionais, introdução de Fluxo de Caixa Marginal e fatores, frutos de erros e acertos do Estado Brasileiro enquanto regulador de serviços públicos concedidos.*

488. *Espera-se, portanto, que com o constante aprimoramento das normas e procedimentos regulatórios, bem como com a instituição de mecanismos regulatórios para ajustes continuados, os contratos não precisem passar por alto grau de mutabilidade para permanecerem viáveis economicamente e performem, como ocorreu no caso objeto de estudo.*

489. *Cabe relatar que a solução aqui a ser apresentada, uma modernização do atual contrato de concessão da Eco101 combinada com procedimento competitivo, não conta com a concordância da Auditoria Especializada – AudRodovias, membro ativo da comissão. A Auditoria Especializada manifestou sua preocupação com os riscos gerados pela amplitude das mudanças no contrato e sustenta sua posição em instrução neste processo.*

490. *Como discutido neste relatório, os riscos são inerentes às decisões. Neste caso de modernização do contrato da Eco101, a decisão diz respeito à avaliação do equilíbrio entre risco e benefício. Sobre os benefícios, houve concordância de todos sobre as vantagens de se adiantar investimentos e à necessidade de equacionar situações contenciosas. Também houve convergência quanto à existência de riscos. O ponto discrepante foi sobre a forma de viabilizar investimentos nesta rodovia. A Auditoria entende que os riscos e a amplitude de mudanças são muito grandes. Os outros membros da comissão acreditam que os benefícios e mitigadores de risco viabilizam a modernização da forma como foi proposta.*

491. *Ante todo o exposto, obtidas as aprovações necessárias no âmbito das estruturas de decisão das entidades representadas nesta Comissão, entende-se pela submissão do presente relatório, acompanhado de seus Anexos, e das manifestações dos membros da comissão à manifestação do **Ministério Público junto ao TCU**, nos termos do art. 8º da IN 91/2022, e ao Plenário desta corte de contas com proposta de que homologue a presente proposta de solução consensual para modernização do Contrato de Concessão da Eco101.*

5. O MPTCU se manifestou nos seguintes termos:

Tem-se à frente Solicitação de Solução Consensual (SSC) formulada pela Agência Nacional de Transportes (ANTT) como “proposta de repactuação e reestruturação” (peça 1, p. 1) do contrato de concessão celebrado em 17/4/2013 com a Sociedade de Propósito Específico (SPE) ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. para exploração de trecho da rodovia BR-101/ES/BA, desde a divisa entre o Rio de Janeiro e o Espírito Santo até o entroncamento com a rodovia BA-698 (peça 53), perpassando 26 municípios e estendendo-se por cerca de 475,9 km (peça 56, p. 12).

2. *Compulsando os autos, conclui-se não haver uma controvérsia única a ser solucionada, e sim um feixe de impasses decorrentes do reiterado inadimplemento contratual por parte da concessionária. Nesse sentido, o relatório de solução consensual produzido pela comissão designada para esse fim (peça 104) assenta-se sobre quatro pilares:*

a) *extensão do prazo contratual, alteração no cronograma das obras, aumento da taxa*

interna de retorno (TIR), redução e substituição dos investimentos previstos e aumento dos custos a eles associados, resultando em tarifa de pedágio equivalente a 2,8 vezes o valor atual;

b) atualização dos mecanismos regulatórios do contrato, a fim de espelharem os da 5ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe);

c) oferta de ações da SPE, aberta ao público e com preço fixo, para eventual transferência de seu controle societário, como forma de submeter o novo contrato a processo competitivo, sendo o critério para escolha do comprador a maior contraoferta em termos de redução na tarifa de pedágio; e

d) assunção e pagamento, pela SPE, de valores apurados em processos contenciosos administrativos e judiciais.

3. Definidos em processo negocial, infere-se que os vetores acima se revelam interdependentes, funcionando uns como contrapartidas dos demais. Mais especificamente, interessa ao Poder Concedente a realização dos investimentos e o pagamento das multas e demais valores devidos pela concessionária, e a esta, o aumento tarifário e a extensão do prazo da concessão. A eventual venda do controle acionário da ECO101 surge como forma de, simultaneamente, (i) evitar a apropriação, pelos atuais controladores da concessionária, sem competição, das vantagens do novo ajuste; (ii) aumentar a expectativa de que haja a devida execução contratual; (iii) possibilitar a obtenção de propostas mais vantajosas em termos de modicidade tarifária; e (iv) angariar recursos para a indenização de bens reversíveis supostamente não amortizados, para o caso de saída antecipada do atual concessionário.

4. Este pronunciamento enquadra-se no art. 8º, caput, da IN TCU 91/2022, com redação conferida pela IN TCU 97/2024, estruturando-se na forma adiante:

I – Natureza jurídica e efeitos da SSC

5. A natureza jurídica da decisão do TCU no âmbito de processos do tipo Solicitação de Solução Consensual é magistralmente descrita pelo Exmº Ministro Relator Benjamin Zymler no Voto condutor do Acórdão 1.797/2023-Plenário:

106. Avalio que a participação desta Corte no acordo, subscrevendo o “Termo de Autocomposição”, é, na realidade, um ato homologatório. Levado o negócio jurídico ao exame da Corte de Contas - subscrito por jurisdicionados que têm sobre si o dever de prestar contas, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal -, delibera-se em um juízo de juridicidade amplo. Tanto se ratifica a legalidade do objeto da negociação, quanto da sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, direcionada ao atendimento do interesse público primário.

107. Trata-se, em verdade, de um controle concomitante excepcionalíssimo, pari passu, com o ato controlado, necessário para conferir a estabilidade da emanção de vontades, em direito material. A participação do TCU nesses atos, assim, seria uma posição de “interveniente anuente”, porque não participa propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente da participação do Tribunal. Existe, porém, um interesse direto da Corte como controladora e, apesar de não participar da formação de vontades propriamente dita, delibera amplificando exponencialmente a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre as partes.

6. A segurança jurídica associada à anuência do TCU opera sobre os riscos identificados pela Procuradoria Federal atuante junto à ANTT:

*(...) **risco de responsabilização de gestores** em razão de atos praticados no exercício de suas atribuições funcionais, instaurados no âmbito do TCU em decorrência de decisões tomadas no campo da gestão contratual, o que termina por gerar insegurança jurídica e dificuldades na construção de consensos internos.*

21. A remodelação contratual pretendida implica também **riscos específicos** decorrentes da alteração das obrigações estipuladas inicialmente, na ocasião da celebração do contrato de concessão, importa em alteração do equilíbrio econômico-financeiro e da matriz de risco inicialmente prevista na medida em que envolve, dentre outras alterações, a revisão dos custos associados aos serviços contratados e da taxa de retorno do projeto, mudanças na alocação do risco de demanda de tráfego - anteriormente de responsabilidade exclusiva da concessionária-, além da adoção de uma minuta contratual aderente ao modelo da 5ª Etapa de concessões, que prevê a adoção de um mecanismo de contas vinculadas, de um novo clausulado para a matriz de riscos, e de novas métricas para as penalidades aplicáveis por descumprimentos contratuais.

22. A remodelação contratual pretendida implica também **risco moral (moral hazard)** em relação às demais concessionárias (oportunismo pós contratual [sic]) diante da possibilidade de firmar acordos superiores com o Poder Público em relação aos atuais contratos de concessão.

(peça 4, p. 7 - negrito e itálico no original, sublinhado acrescido)

7. Repare-se que, apesar da alcunha, o chamado risco moral é um risco econômico calcado na estrutura de incentivos apresentada em relações do tipo agente-principal.

8. Volvendo ao cerne da análise, exsurge que os efeitos jurídicos da SSC se circunscrevem à esfera controladora da função administrativa, embora a decisão do TCU logicamente possa impactar outros aspectos da política pública (credibilidade da política de concessões etc.).

9. O apontamento é relevante, considerando-se que sobre o contrato em epígrafe tramita, como recorda a própria concessionária, ação civil pública movida pelo MPF (processo 5016859-74.2022.4.02.5001), no qual aquele Parquet “requer o ressarcimento integral da vantagem financeira auferida com reversão do valor para a tarifa do pedágio, a aplicação das sanções previstas no art. 19 da LAC de maneira proporcional e na extensão dos danos e o pagamento de danos morais coletivos” (peça 13, p. 1).

10. Os autos trazem notícia, ainda, de outros quatro processos judiciais movidos contra a incumbente (peça 6, pp. 9-10), entre ações populares e ações civis públicas. Com efeito, mesmo certos procedimentos classificáveis como pertencentes à seara administrativa, tais como investigações criminais, tampouco restariam prejudicados em vista do presente processo, considerando a natureza jurídica e o alcance dos efeitos da SSC:

2.2. Em 1/11/2017, o Ministério Público Federal interpôs representação, relatando os fatos apurados no Inquérito Civil Público nº 1.17.000.000575/2016-45, relacionados ao descumprimento de indicadores de qualidade da BR-101/ES/BA.

2.3. Em 11/4/2019, a Polícia Federal deflagrou a operação “Infinita Highway”, a qual teve como objeto supostos crimes relacionados à cobrança indevida de tarifas de pedágio, a partir da elaboração de laudos adulterados sobre a qualidade das rodovias.

(...)

2.7. Segundo os relatos dos acordos de não persecução penal firmados com o MPF, 7 (sete) funcionários da Eco101 admitiram a ocorrência de adulteração nos resultados dos levantamentos de campo, adulterações estas que possibilitaram a autorização da cobrança de pedágio pela ANTT, mesmo sem o atendimento dos parâmetros de desempenho exigidos.

2.10. Apesar do amplo e contínuo descumprimento contratual, a ECO101 passou praticamente ileso a penalidades ou descontos tarifários, uma vez que, caso houvesse algum descumprimento, a Eco101 estaria sujeita a descontos tarifários a cada ano de apuração, porém os percentuais de desconto apurados pela ANTT se deram a partir de bases adulteradas e não condizentes com a realidade da rodovia.

(peça 5, pp. 1-2)

11. Este Ministério Público destaca que a minuta do Termo de Autocomposição estipula que a concessionária renuncia a “**todos** os processos administrativos e judiciais existentes, **em especial** os **listados** no Anexo 5” (peça 73, p. 19 - grifamos), o qual se intitularia “Relação de processos judiciais e administrativos que serão encerrados” (peça 73, p. 20). Todavia, o sobredito Anexo 5, espreado às peças 65, 67, 68 e 69 dos autos, não traz o rol de processos administrativos e judiciais, mas somente tabela com quantidade de processos e valores a eles associados.

12. Ainda que a renúncia seja ampla, e que o rol do Anexo 5 do Termo de Autocomposição seja, em princípio, meramente exemplificativo, o esforço de identificar tais processos atrai maior segurança jurídica para o ajuste, prevenindo, desse modo, controvérsias futuras.

13. O ajuste envolve, ainda, anular Processos Administrativos Sancionadores (PAS) no valor de R\$ 147,5 milhões; e, sobre os PAS restantes, “aplicar um desconto de 40%”, em aplicação analógica da Resolução ANTT 5.823/2018 (peça 73, p. 12).

14. Adverte-se a esse respeito, tal como consabido, que a anulação é ato administrativo vinculado, dependente da demonstração de irregularidade no objeto da anulação; demonstração essa faltante nos autos. Sabe-se, igualmente, que a aplicação analógica cinge-se de requisitos (lacuna, semelhança essencial, mesma razão jurídica), cuja observância torna-se ainda mais relevante quando sua efetivação tender em desfavor do erário.

15. Repare-se, igualmente, o fato de que as multas e demais penalidades a serem pagas pela concessionária reverterão a “uma conta vinculada, para uso na rodovia, em 3 parcelas” (peça 104, p. 5) - ou seja, os valores serão empregados pela própria concessionária no objeto da concessão. Novamente, ponderamos que a juridicidade dessa solução é, no mínimo, contestável, já que esvazia o caráter punitivo das multas aplicadas, revertendo-as em capital posto à disposição do empreendimento, favorecendo a concessionária por seu próprio inadimplemento inicial. Opinamos, pois, ser necessário assegurar que o recolhimento das multas não beneficie a própria concessionária faltosa.

16. Por fim, impõe-se reiterar o entendimento expresso por representante da Consultoria Jurídica da União, mediante o Despacho 346/2023 (peça 37), no sentido de que: “todo e qualquer acordo que envolva a União no âmbito da referida câmara de solução consensual do TCU deve necessariamente contar com a autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Pasta correspondente, a teor do art. 1º e dos parágrafos da Lei nº 9.469, de 1997”, aspecto reforçado pelo recente Decreto 12.091/2024.

II - Arcabouço normativo aplicável à SSC

17. Espelhando uma mudança de paradigma doutrinário no âmbito do direito administrativo, caracterizada pelo rechaço de compreensões apriorísticas do interesse público e pelo reconhecimento da utilidade de uma postura dialógica, e não imperial, da administração pública em suas relações com agentes privados, em prol de soluções factíveis e mais eficientes, o legislador vem admitindo – particularmente por meio de alterações legislativas promovidas nos últimos dez anos – a autocomposição para a solução de controvérsias administrativas, vide os arts. 32 e ss. da Lei 13.140/2015; o art. 174 do Código de Processo Civil; o art. 26 da LINDB, introduzido em 2018; e, finalmente, os arts. 138, inciso II, e 151 a 154, todos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021).

18. Alinhando-se aos permissivos legais em apreço, o TCU editou a Instrução Normativa 91/2022, a qual institui “procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal”. Tão logo vigente, o ato normativo foi pontualmente atualizado pela IN TCU 92/2023.

19. *Esse o quadro normativo vigente quando da autuação desta SSC em 18/9/2023.*
20. *Sobreveio-lhe, entretanto, inovação normativa consistente na Questão de Ordem 1/2024, resultante na IN 97/2024.*
21. *A aplicação dessa norma posterior é crucial ao caso em descortino: se repara, de plano, que a solicitação não subsistiria conforme a redação original do art. 8º da IN, faltando ao relatório de peça 74 (repetido à peça 104) a concordância então exigida não só das partes negociantes, mas de todos os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC) com a proposta de solução apresentada, inclusive dos auditores federais de controle externo que a compõem.*
22. *Observe-se que a referida regra destoava do processo decisório ordinário do TCU, onde as opiniões dos auditores, apesar de constituírem importante e indispensável elemento de informação e convencimento, não se revestem de conteúdo decisório, mesmo que sob a forma de espécie de poder de veto.*
23. *Nada obstante, entendemos que as alterações promovidas pela IN TCU 97/2024 cuidam de regras precipuamente ocupadas com a ordenação da atividade estatal de tutela, ainda que homologatória. Em outros termos, a nosso sentir a IN TCU 97/2024 conta com aplicação imediata, nos termos do art. 14 do CPC, por tratar-se de norma **processual**, consoante definição de Marcos Bernardes de Mello (Teoria do fato jurídico: Plano da Eficácia. São Paulo: 2007, p. 32.):*
- De direito formal, ao contrário, são as normas que regulam a forma dos atos jurídicos ou o modo de exercício dos direitos, que prescrevem, exclusivamente, ritos, prazos, competências e formas processuais. Estas não atribuem direitos passíveis de subjetivação, nem mesmo direitos transindividuais, apenas instituem instrumentos destinados à plena veridicidade do direito material.*
24. *Concluímos, assim, que à SSC em exame aplica-se a IN TCU 91/2022 em sua forma mais atual, isto é, com todas suas atualizações processuais.*
25. *Por tratar-se de serviço público provido mediante concessão administrativa, aplicam-se igualmente as Leis 8.987/1995 e 13.448/2017 (diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria), além do regramento infralegal relativo à matéria.*

III – Histórico fático-processual

26. *Em 17/4/2013, a Sociedade de Propósito Específico (SPE) Eco101, constituída pelo consórcio de empresas vencedor do certame licitatório, firmou com a União, por intermédio da ANTT, contrato de concessão para explorar o trecho rodoviário em apreço, comprometendo-se à execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação, ampliação e melhorias do trecho concedido, conforme Programa de Exploração da Rodovia (PER), pelo prazo de 25 anos (peça 53). A cobrança de pedágio iniciou-se em 18/5/2014 (peça 10, p. 1).*
27. *Sobre as “notórias dificuldades enfrentadas pela referida concessão” (peça 1), a ANTT esclarece traduzirem-se em 265 infrações acumuladas até 2020 (7º ano da concessão), ponderando adicionalmente “que a aplicação de penalidades desde o início do contrato não se refletiu na melhoria dos serviços prestados pela Concessionária” (peça 54, p. 3).*
28. *Com efeito, em relatório de 2020, a Agência nos reporta que a **inexecução** das obras obrigatórias nos quarto, quinto e sexto anos da concessão foram de 91,85%, 94,28% e 89,64%, respectivamente (peça 54, p. 3), acrescentando:*

*Ainda, no Parecer nº 338/2019/GEFIR/SUINF/DIR, a GEFIR ressalta que apesar de não ter havido uma paralisação dos serviços, do 4º ao 6º ano de concessão a Concessionária ECO101 apresentou uma **execução média de somente 10% dos investimentos previstos, o que não demonstra o esforço ou intenção de cumprimento do contrato.***

Informa ainda que é justificativa recorrente da Concessionária, com relação a inexecução

das obras de duplicação, o atraso na emissão da licença ambiental, todavia, após avaliações, a Concessionária ECO101 foi considerada como responsável pela demora na obtenção da licença ambiental dos trechos Norte e Sul.

Outrossim, destaca que a Concessionária atua de forma protelatória para postergar a execução das obras, onde cita como exemplo, a implantação das obras de vias laterais, sendo que, até a presente data, não apresentou os projetos executivos.

(...)

A GEFIR menciona que o Desconto de Reequilíbrio apresentado na tabela acima reflete que a Concessionária não tem executado os serviços de recuperação da rodovia de modo satisfatório, bem como não executou obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego, operando em nível de serviço acima do estabelecido no PER.

Por derradeiro, a GEFIR conclui em seu Parecer nº 338/2019/GEFIR/SUINF/DIR que o desempenho da Concessionária ECO101 encontra-se inadequado em relação às suas obrigações contratuais conforme os padrões exigidos pelo contrato e PER, devido ao elevado número de penalidades, que representa o descumprimento de cláusulas contratuais, bem como da inexpressiva execução das obrigações de investimento e do não atendimento aos parâmetros de desempenho mínimos dos elementos da rodovia, que comprometem o serviço prestado ao usuário, tendo-se, portanto, fatos indicativos para a abertura do processo de caducidade.

(peça 54, pp. 3-4)

29. *Sobre tema primordial à segurança e conforto dos usuários, a concessionária revela que, dos 446,8 km que deveria ter duplicado (peça 56, p. 12) até o décimo ano da concessão (2023), duplicou meros 2,5 quilômetros “em Anchieta (...), Ibiraçu (4,5 quilômetros), João Neiva (2,7 quilômetros), Contorno de Iconha (7,8 quilômetros) e 30 quilômetros entre os municípios de Viana, Vila Velha e Guarapari” (peça 55, p. 32).*

30. *Ao pífio desempenho da incumbente quanto à execução contratual, em 15/7/2022 seguiu-se pedido da concessionária para relicitação do contrato em tela (peça 3, p. 1), escudado no art. 13 e seguintes da Lei 13.448/2017.*

31. *Naquele primeiro momento, anotou-se que a ECO101 “opta por manter os processos judiciais e arbitrais em curso, requerendo alegados e diversos reequilíbrios, não reconhecidos pelo poder público” (peça 3, p. 2). Em momento mais recente (peça 13), a SPE se comprometeu ao pagamento de “multas pela prática da infração administrativa de ‘prestação de informações inverídicas’ (peça 13, p. 4) e a indenizar o dano por si causado à União – neste último caso, desde que a quantia seja revertida integralmente em investimentos incorporados à concessão” (peça 13, p. 12).*

32. *O requerimento tendente à relicitação obteve impulso favorável mediante Portaria MT 1.649/2022 (cf. peça 4, p. 4), tendo sido qualificada por meio do Decreto 11.539/2023 (peça 3, p. 1).*

33. *Por força do art. 15, inciso II, da Lei 13.448/2017, a relicitação acolhida teria por efeito a “suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo” dela advindo. Com efeito, conforme documentos providos pela SecexConsenso, trata-se do terceiro termo aditivo ao contrato de concessão, firmado em 29/8/2023 e que entraria em vigor após 180 dias “da publicação de seu extrato no Diário Oficial da União” (cláusula 13.1), ocorrida em 31/8/2023 (Edição 167 do DOU, de 31/08/2023, Sessão 3, p. 174). O termo a quo da vigência, portanto, recairia em 27/2/2024.*

34. *Sem embargos, em 26/2/2024, celebrou-se quarto termo aditivo ao contrato, com vigência imediata e postergando por outros 120 dias (cláusula 1.1) a vigência do aditivo que*

instituiu a relicitação. Assim, deduz-se que a vigência do termo de relicitação foi adiado para 26/6/2024.

35. Por último, quinto termo aditivo, firmado em 24/6/2024 e com vigência a partir da “data da divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)” (cláusula 2.1) estendeu por adicionais sessenta dias a vigência original da relicitação. Nesse passo, tendo a aludida divulgação sido substituída por publicação no DOU de 26/06/2024 (edição 121, Seção 3, p. 136), infere-se que a vigência do termo que estipula a relicitação foi dilatada até 24/8/2024.

36. Não obstante o decreto presidencial de 31/5/2023 ter qualificado a concessão em tela para relicitação, a agência reguladora ingressou com a presente SSC em 18/9/2023, postulando a homologação da “proposta de repactuação e reestruturação do contrato” ora em análise.

37. O expediente que encaminha a solicitação esclarece ter sido constituído grupo de trabalho no âmbito do MT para “estudar a viabilidade de acordo consensual [sic]” (peça 1, p. 1) relativamente à concessão. Aduz que a concessionária ECO101 apresentou “proposta de repactuação do contrato”, a qual teria sido objeto de estudos pela ANTT (peça 1, p. 1).

38. Nesse ínterim, o corpo técnico do Tribunal realizou auditoria na concessão em referência (TC 024.813/2017-6), contando o processo com instrução de mérito e pronunciamento da Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU (30/1/2023) propugnando que:

14.1. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, c/c arts. 4º, inciso I, e 7º, § 3º, incisos II e III, da Resolução-TCU 315/2020, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que, no prazo de 60 dias:

14.1.1. mediante revisão extraordinária dos contratos de concessão das rodovias BR116/324/BA (a cargo da ViaBahia) e BR-101/ES/BA (Eco101), adote, de forma concentrada, pelo período de um ano, as providências necessárias à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da obrigação de ajuste tarifário relacionado às diferenças de receita auferidas em razão da defasagem na aplicação dos descontos de reequilíbrios, em observância ao art. 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995;

14.1.2. mediante revisão extraordinária dos contratos de concessão da 3ª etapa do Procofe (Concebra, CRO, Eco101, MGO, MSVia, Via040 e ViaBahia), adote as providências necessárias à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da obrigação de ajuste tarifário relacionado à redução dos encargos das concessionárias para os serviços da frente de recuperação e manutenção de novas pistas cujas entregas das obras foram atrasadas em relação ao cronograma que orientou a formulação das propostas, em observância ao art. 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995;

(TC 024.813/2017-6, peça 302., p. 34-35)

39. A petição inaugural da presente SSC consiste, em verdade, na peça 4 destes autos, em que a entidade legitimada expõe, com propriedade, o preenchimento dos requisitos formais da IN TCU 91/2022. Destacamos trecho em que a agência reguladora evidencia o interesse processual exigido pelo art. 3º, inciso II, in fine, da IN TCU 91/2022 (“especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução”):

2.9. Entretanto, diversos parâmetros de desempenho não foram atingidos pela ECO101. Todavia, os relatórios encaminhados à ANTT não retratavam essa realidade. Tais fatos ocorreram nos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018.

2.10. Apesar do amplo e contínuo descumprimento contratual, a ECO101 passou praticamente ilesa a penalidades ou descontos tarifários, uma vez que, caso houvesse algum descumprimento, a Eco101 estaria sujeita a descontos tarifários a cada ano de apuração, porém os

percentuais de desconto apurados pela ANTT se deram a partir de bases adulteradas e não condizentes com a realidade da rodovia.

2.11. Em 11/05/2023, ocorreu uma reunião entre ANTT e ECO101 que teve como pauta a possibilidade de celebração de compromisso administrativo, instrumento previsto na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), com o intuito de pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, conforme previsto no art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (SEI 17105865).

(...)

2.12. Em levantamento preliminar, foi identificado que o fato discutido teria repercussão relacionada à emissão de 35 (trinta e cinco) autos de infração, com base no art. 6º, inciso XXIV, da Resolução ANTT nº 4.071/2013, decorrente de 35 (trinta e cinco) relatórios de monitoração entregues à ANTT no período de 2014 a 2018, com possível adulteração, acrescido de desconto tarifário atinente à aplicação do Fator D e a implicação sobre os trabalhos iniciais.

2.13. Posteriormente foi proposto pela Concessionária, para não haver margem de questionamentos, que fossem listados 46 (quarenta e seis) relatórios de monitoração, tendo em vista que não se tem clareza no alcance das alterações praticadas.

2.14. Com base na LINDB, e tendo em vista o exposto acima, a possível celebração do Compromisso Administrativo teria por objetivo o saneamento dos indícios de irregularidades concernente a inclusão de informações incorretas nos relatórios de monitoração apresentados à ANTT no período de 2014 a 2018.

(...)

2.16. No entanto, mesmo após inúmeras tratativas e de uma busca ao resultado prático mais efetivo, o caso permanece em aberto, carecendo de uma solução que seja benéfica para a União, ANTT, Concessionária e Usuários.

(peça 5, pp. 2-3)

40. Nessa seara, opinamos por que a entabulação de acordo prévio (termo aditivo de relicitação), pendente de entrada em vigor, **não** deve ser considerada impeditiva do interesse de agir da ANTT nesta SSC. É consabido que, em procedimentos de jurisdição voluntária, não há preempção da faculdade de os administrados pleitearem a homologação da autocomposição de seus interesses disponíveis.

41. Em instrução inicial, a SecexConsenso propôs a admissibilidade prévia da solicitação, nos termos do art. 4º da IN 91/2024 (peças 14-15). O Ministro Presidente, em seguida, acompanhou o entendimento da unidade (peça 16), com fundamento no art. 5º da mesma instrução normativa.

42. Ademais, determinou o encaminhamento do feito aos Exm^{os}. Mins. Augusto Nardes e Jhonatan de Jesus, que ratificaram o juízo de admissibilidade mediante os despachos de peças 17 e 18, nos termos do art. 6º, § 1º, da IN 91/2024.

43. Os membros da CSC de que trata o art. 7º da citada IN foram designados pela Portaria 37/2023 (peça 52). Além da ANTT, do Ministério dos Transporte e da concessionária (art. 7º, § 1º, inciso III, da referida IN), a comissão foi composta por representante da SecexConsenso (art. 7º, § 1º, inciso I) e da SecexInfra.

44. O prazo para elaboração de eventual proposta de solução, regulamentado pelo art. 7º, § 4º, da IN TCU 91/2024, foi objeto de pedido dilatório pela SecexConsenso (peça 49), acolhido pelo Ministro Presidente à peça 51.

45. *A aludida proposta de solução consensual veio na forma de relatório de solicitação de solução consensual (peça 74, reproduzido à peça 104), não tendo sido subscrita pelo representante da SecexInfra.*

46. *Nos termos do novel § 6º do art. 7º da IN 91/2024, a divergência da Seinfra em relação à proposta de solução consensual veio fundamentada em unânimes manifestações do auditor (peça 92), diretor (peça 93) e titular da AudRodovias (peça 94).*

47. *O posicionamento da SecexConsenso, a seu turno, encontra-se às peças 105-107. O mérito de cada manifestação será examinado adiante neste parecer.*

48. *Invertendo-se as disposições do art. 9º da multicitada IN por sugestão da SecexConsenso, o sorteio de Ministro Relator para este feito (peça 109) precedeu o envio dos autos ao Parquet (peça 111).*

IV – Entendimento das unidades técnicas e do Parquet

49. *Este segmento do parecer busca apresentar a síntese do relatório da CSC (peças 74 e 104) e da minuta do Termo de Autocomposição (peça 73), sucedendo-se as análises da AudRodovias e da SecexConsenso, intercaladas com as considerações deste Parquet.*

50. *Em linhas gerais, o resultado das negociações havidas no âmbito da CSC, é apresentado na introdução do relatório que o consolida (peça 104):*

17. *O novo desenho contratual propõe a reprogramação de investimentos, com 180 km de obras de duplicação, execução de 2 contornos urbanos, terceiras faixas, entre outras, concentrando investimentos exequíveis nos próximos 3 anos. Os valores dos investimentos foram atualizados para refletir o aumento do valor de insumos e corresponder aos valores de mercado. Assim, a equação econômico-financeiro foi reequilibrada e adotada nova TIR de 9,21%, utilizando-se metodologia vigente na ANTT. Haverá revisão da tarifa, e para adequação da modicidade tarifária, haverá patamares tarifários. A tarifa final e média estão abaixo do estimado para um novo leilão. Por fim, para que a tarifa comporte todos os investimentos, o prazo será de 24 anos, sem direito à prorrogação.*

18. *A atualização nas cláusulas de gestão do contrato com padronização aos moldes regulatórios atuais da ANTT, que incluem descontos para usuários frequentes, isenção para motos, adequação do nível de serviço e o atendimento a padrões de ESG. (...)*

19. *Para garantir a execução dos investimentos propostos, haverá um período de transição de 3 anos, quando a fiscalização será trimestral. No caso de descumprimentos há previsão de Extinção Antecipada Consensual, no prazo máximo de 120 dias. Esta cláusula de extinção é importante porque o peso pelo descumprimento das cláusulas aqui propostas recai tão-somente para a concessionária. Ou seja, está sendo dada uma oportunidade para redesenhar o contrato, sob a condição estrita da concessionária cumprir com o cronograma de investimentos em um prazo de 3 anos. As obras deverão ter, portanto, o seu início de forma imediata, não havendo solução de descontinuidade na prestação dos serviços e execução de obras.*

20. *Por fim, em busca da isonomia, do dever de licitar em sentido amplo, da seleção de proposta mais vantajosa e da calibração desse novo desenho, será promovida a possibilidade de uma troca de controle acionário em formato de leilão (levando a mercado concorrencial o ativo remodelado), implementado em forma de sandbox regulatório. O mecanismo competitivo visa mitigar os riscos de legalidade, risco moral e risco sistêmico identificados pela comissão.*

(...)

22. *Ainda como vantagem para o poder público, haverá o pagamento de R\$ 23,4 milhões em multas oriundas da Operação Infinita Highway e R\$ 26 milhões relativos ao valor decorrente de*

determinação contida no Acórdão 1.447/2018 – TCU-Plenário referente a desconto concentrado do Fator D. O pagamento será feito em uma conta vinculada, para uso na rodovia, em 3 parcelas, tendo a primeira parcela vencimento na data de assinatura do termo aditivo, e as demais em 12 e 24 meses subsequentes. Há ainda a renúncia da concessionária a todos os litígios pré-existentes com pleitos da ordem de R\$ 280 milhões.

(peça 104, p. 4-5)

51. Embora informativo, o resumo acima, bem assim o relatório de peças 74 e 104, mostram-se fundamentalmente incompletos, não contemplando a necessária comparação com o contrato vigente, sem o que não se identificam os investimentos desprogramados, a magnitude do aumento da taxa de retorno etc. Esse esforço comparativo é empreendido adiante, ao longo deste parecer.

52. A equipe da AudRodoviaAviação opõe-se à proposta consensuada, registrando seus argumentos à peça 92. O Diretor da AudRodoviaAviação encampa a conclusão da equipe, dedicando-se a “reforçar a ausência de suporte legal para a proposta do acordo” (peça 93, p. 1), máxime quanto à motivação evocada pela ANTT para sua celebração. A Auditora-Chefe titular da unidade, em despacho de peça 94, acompanha a proposta de rejeição do termo de conciliação de peça 74.

53. A SecexConsenso, a seu turno, reitera sua proposta de acolhimento do relatório de solução consensual (peça 104) por meio das manifestações de peças 105-107.

54. Para fins deste parecer, agrupamos as preocupações da unidade especializada em seis tópicos: a) limites da mutabilidade contratual e parâmetros do Acórdão 1.593/2023-Plenário; b) sinalagma do contrato; c) cronograma e composição dos investimentos; d) riscos à competitividade na transferência do controle acionário da concessionária; e) riscos sistêmicos (risco moral e seleção adversa); e f) necessidade de realização de consulta pública.

Limites da mutabilidade contratual e parâmetros do Acórdão 1.593/2023-Plenário

55. Em síntese, a AudRodoviaAviação pondera que “As alterações pretendidas encontram-se muito além dos limites de mutabilidade dos contratos de concessão” (peça 92, p. 6). A SecexConsenso enfrenta a questão, concluindo ter balizado o limite da mutabilidade pelas peculiaridades do caso concreto (peça 105, p. 4).

56. Contribuindo com a discussão jurídica, este Ministério Público passa a examinar se a proposta em tela enseja alterações nos elementos do contrato, capazes de descaracterizá-lo.

57. De plano, observamos que permanecerão formalmente inalteradas as partes do contrato – a União como contratante e a ECO101 como contratada, apesar da possibilidade vir a ter seu controle acionário alienado.

58. Verifica-se, quanto ao seu objeto, ora a supressão de investimentos, ora a substituição de obras viárias (duplicações de via) por outras obras viárias (implantação de terceira faixa, acesso a municípios). Assim, diversamente dos casos em que investimentos alheios ao objeto do contrato são acrescidos, ou em que outros trechos ou atividades são atribuídos à incumbente, o objeto contratual em tela permanece essencialmente o mesmo, qual seja: “exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do Sistema Rodoviário” concedido (peça 53, p. 9).

59. Mais controversa, porém, é a questão levantada pela AudRodoviaAviação

quanto ao terceiro elemento do contrato (a sua cláusula econômica), de que a tarifa a ser praticada, associada à dilação do prazo contratual, no caso de adoção da solução consensual proposta, seria divorciada da equação econômico-financeira inerente à proposta da licitante vencedora.

60. Nesse ponto, a CSC, no seu relatório (peça 104), admite que a proposta traz “a formação de um novo equilíbrio econômico-financeiro para o projeto, quando da atualização dos investimentos obrigatórios, a utilização de percentual de crescimento de tráfego atualizado e da nova matriz de riscos” (p. 61), em contradição, a princípio, com parâmetros definidos no Acórdão 1.593/2023-Plenário, que estabelecem, entre outras coisas, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e “dos princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos” (item 9.2.4.4 do Acórdão) como requisitos para o encerramento de processo de relicitação e repactuação da concessão original.

61. A CSC pondera, porém, que:

410. (...) Na visão trazida e aquiescida do Ministério e da ANTT, uma leitura excessivamente restritiva da exigência de manutenção, em relação ao contrato em vigor, do equilíbrio econômico-financeiro inviabilizaria as repactuações e iria de encontro às premissas traçadas pelo próprio TCU.

411. Perante a aceitabilidade da ANTT em dar início ao processo de relicitação, houve reconhecimento que a configuração original de alguns contratos se tornou inviável e admite a repactuação como alternativa para a continuidade da concessão. Durante os trabalhos da comissão, foram realizadas diversas tentativas de modelagem partindo do equilíbrio econômico-financeiro original, que geraram VPLs negativos. De modo que no estágio deficitário em que se encontrava a concessão, ao manter o equilíbrio original, não foi possível garantir a viabilidade econômica do ativo.

412. Assim, no caso em tela, a continuidade da prestação do serviço e a garantia de viabilidade financeira passa pela celebração de um ajuste pautado em um novo equilíbrio, aparentemente indo em direção contrária ao disciplinado pelo Acórdão. Acontece que o Ministério e a ANTT defendem que não faria sentido ler a exigência de preservação do equilíbrio econômico-financeiro como um dever de repetição daquilo que constava do contrato original.

413. Até porque, tratando-se de uma concessão em processo de relicitação, a certeza que se tem é que o contrato original fracassou e perdeu a capacidade de realizar os objetivos públicos. Por isso, na visão do poder concedente, seu objeto deve ser preservado, mas suas condições precisam ser repactuadas. (peça 104, p. 61)

62. Outro obstáculo relevante que a proposta encontra no Acórdão 1.593/2023-Plenário se dá quanto à extensão do prazo contratual pretendida (também com implicações sobre a equação econômico-financeira), já que a referida decisão restringe “o equacionamento da retomada”, ou a repactuação da concessão original, ao prazo remanescente do contrato de concessão em vigor.

63. A esse respeito, assim argumentou a CSC:

420. Importa destacar que o contrato de concessão original prevê expressamente a possibilidade de prorrogação do prazo da concessão, por até 25 anos, nas seguintes hipóteses: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.

421. O prazo original da concessão foi alterado, com vistas a efetivar a modicidade tarifária e a garantir a financiabilidade do projeto, por ter concedido um novo equilíbrio econômico-financeiro, considerando que houve uma remodelação profunda do contrato original, levado a

mercado.

(peça 104, p. 62)

64. Ainda a respeito da equação econômico-financeira, a SecexConsenso informa que a “*exequibilidade dos investimentos propostos*” demandou a atualização da TIR do projeto para 9,21% (peça 105, p. 2).

65. Foi-nos necessário aceder ao TC 003.499/2011-1 (peça 21, p. 67) para averiguar que a taxa originalmente aplicada ao fluxo de caixa que balizou o leilão da concessão foi de 8%. Pretende-se, portanto, incrementar em 15,13% a TIR do projeto, em comparação com a das planilhas que balizaram a licitação vencida pela ECO101.

66. A SecexConsenso pondera que as alterações contratuais propostas seriam justificáveis porquanto o contrato fora celebrado em “*conjuntura econômico [sic] financeira (...) extremamente otimista*” e porque “*a empresa sofreu sim os impactos de seu lance no leilão e das mudanças na realidade do país*” (ambas citações à peça 105, p. 4-5).

67. Imperioso recordar que a possibilidade de alteração da TIR em contratos de concessões rodoviárias foi objeto de ampla discussão no âmbito do TC 026.335/2007-4, ainda que em contexto distinto: trava-se da possibilidade alteração unilateral e em detrimento do parceiro privado. O processo em questão consistia em representação na qual a unidade técnica então propugnava ao Colegiado que se determinasse a revisão da TIR dos contratos da primeira rodada, firmados na segunda metade da década de 1990, e que contavam, segundo o novo contexto, com taxas aberrantes:

b.1) realize no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra, Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão equilíbrio econômico-financeiro **em face da rentabilidade contratual — taxa interna de retorno do investimento (TIR)**;

b.2) caso se verifique o desequilíbrio nos mencionados contratos, adote as providências necessárias a fim de **reequilibrar os contratos de concessão, fixando nova rentabilidade**;

(TC 026.335/2007-4, peça 1, p. 4 - grifamos)

68. Resumindo o evolver daquela discussão, o Plenário do TCU resolveu, de forma unânime (Acórdão 2.927/2011, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), rechaçar a possibilidade de modificação da TIR, destacando-se o posicionamento de Voto do Ministro Raimundo Carreiro:

O custo de oportunidade do negócio, geralmente calculado pela metodologia do custo médio ponderado de capital, representa o sacrifício da empresa vencedora do certame para empreender a concessão, ela desistiu de aplicar os seus recursos financeiros e operacionais em outros investimentos, dedicando-os a prestação do serviço público contratado. Não se pode esquecer que um empreendedor, ao aplicar os seus recursos em uma dada alternativa, deixa de aplicá-los em outra. Não é razoável, pois, uma proposta de alteração baseada em mudanças futuras da economia, que refletiram no custo de oportunidade do negócio, apurado no início da contratação. Tal significaria uma abrupta intromissão no fluxo de caixa da empresa, não prevista e não esperada por ela, capaz de gerar uma instabilidade grave à sua regular gestão.

69. Vale rememorar que o entendimento acima reverberou amplamente na imprensa na época (e.g. www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/355421/noticia.htm?sequence=1&isAllo wed=y <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/355421/noticia.htm?sequence=21>, ilustrativamente:

²¹ Acessado em 8/7/2024.

Título: O TCU quer rever o passado?

Autor:

Fonte: O Estado de São Paulo, 08/05/2011, Notas e informações, p. A3

O Tribunal de Contas da União (TCU) enveredaria por um terreno muito perigoso, se prevalecesse a proposta encampada pelo ministro Walton Alencar Rodrigues de rever os primeiros contratos de concessão de rodovias, firmados na década de 1990. A questão remonta a 2007, quando técnicos do TCU questionaram o fato de as concessionárias operarem com uma rentabilidade anual de 17% a 24% acima da inflação. Como o Estado noticiou (4/5), a proposta, que estava em pauta naquela Corte, não prosperou, graças ao alerta do ministro Raimundo Carreiro de que ela representava uma quebra unilateral de contratos, e teria consequências judiciais. Mais: a revisão de contratos, quando não há irregularidades, é incompatível com o Estado de Direito. Se acatada pelo plenário do TCU, repercutiria negativamente sobre a imagem do Brasil, além de causar grandes prejuízos à sociedade, em uma fase em que o País precisa de parcerias com o setor privado para levar a cabo as grandes obras de infraestrutura de que carece.

70. *A ratio decidendi do precedente qualificado acima considera, pois, que empresas que investem na economia brasileira em momentos de crise são beneficiadas, nos tempos seguintes, com sobrelucros merecidos. Já aqueles que investem em momentos de otimismo naturalmente arriscam-se a oscilações nas expectativas e aos cíclicos percalços do mercado. Assim se conceitua a locução “por sua conta e risco”, encontrável na definição estampada no art. 2º, inciso III, da Lei 8.987/1995:*

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

71. *Em essência, a preocupação com a equação econômico-financeira original, busca preservar a vantajosidade de um contrato tal como avençado, tanto para o Poder Público, como para o particular contratante, mas também, em casos como o presente, o próprio critério de julgamento da licitação realizada, com base no qual o arrematante se diferenciou dos demais contendores. Trata-se, portanto, de medida de preservação do princípio isonômico inerente ao processo licitatório.*

72. *O princípio da vantajosidade, per si, não parece obstar de modo absoluto a construção de soluções consensuais saneadoras de contrato de concessão que se tornara economicamente inviável, ainda que pela pactuação de um novo equilíbrio econômico-financeiro, particularmente como forma de possibilitar a implementação mais imediata de investimentos no objeto da concessão.*

73. *Isso não afasta, contudo, a necessidade de se bem ponderar os riscos envolvidos, em especial o risco moral desse tipo de iniciativa, do qual trataremos mais adiante.*

74. *Por outro lado, a pactuação de um novo equilíbrio econômico-financeiro que permita ao parceiro privado um retorno econômico superior àquele associado a sua proposta, por se tratar de condição não franqueada a outros particulares potencialmente interessados e, portanto, inequívoco tratamento favorecido, parece esbarrar no componente isonômico do dever constitucional de licitar e do próprio princípio da impessoalidade.*

75. *É justamente esse problema que o mecanismo competitivo idealizado na CSC se propõe a superar, conforme consignado no relatório à peça 104:*

414. *O remédio para a formação desse novo equilíbrio também passa pelo mecanismo competitivo que o projeto será submetido, tendo em vista que será oportunizado ao mercado dar lances pelo ativo, em direção da busca de se colher a proposta mais vantajosa, situação esta que traz um novo elemento à conjuntura pensada no momento da elaboração do Acórdão e de suas balizas. (peça 104, p. 61)*

76. *Pode se concluir, portanto, que a CSC invoca “o mecanismo competitivo” a que a nova pactuação seria submetida como possível fator de distinguishing, a justificar a relativização de disposições do Acórdão 1.593/2023-Plenário no caso concreto.*

77. *O MPTCU observa que a controvérsia merece detida atenção por seu grau de ineditismo.*

78. *O mecanismo competitivo e sua vantagem em face de uma nova licitação (por meio do procedimento de relicitação) é assim descrito pela CSC:*

246. *Foi pactuado que será realizado processo competitivo para seleção de proponente interessada em assumir o controle da concessão, com oferta da Transferência Definitiva de Controle da SPE da Concessão da Eco101 ao mercado.*

247. *Entende-se que o processo de adequação contratual para troca total ou parcial de acionistas ou até da concessão em si, supervisionada pela ANTT, constitui-se como alternativa eficaz e legal ao processo de repactuação em curso, para fins de mitigação de riscos morais, sistêmicos e assimetrias de informações. Este foi definido como um instrumento de validação das condições acordadas, especialmente após as profundas atualizações na modelagem econômico-financeira desenvolvidas pela solução consensual.*

248. *O procedimento competitivo como aqui proposto será útil à sociedade e atende o interesse público, pois será um processo célere, realizado em menos de 6 meses, ao passo que o atual procedimento de relicitação tem sido moroso, levando em torno de 5 anos. Ademais, seriam reduzidas as externalidades negativas decorrentes de uma mudança de concessionária pois haverá continuidade na prestação do serviço público e a manutenção dos empregos hoje existentes.*

(...)

271. *A relicitação fala de um processo de rescisão e saída amigável, então resta claro que se o processo desenha a saída da atual concessionária, não faz sentido que ela participe do novo certame. Já a repactuação aqui proposta parte de um ponto totalmente diverso: parte da premissa que é vantajoso para o poder público continuar com a mesma concessionária, para possibilitar execução de obras imediata. O processo competitivo aqui proposto não tem a função de necessariamente selecionar nova concessionária, mas abrir a possibilidade. O objetivo aqui é validar o contrato modernizado, trazer isonomia ao processo e mitigar riscos moral e sistêmico.*

272. *Primeiro, importa destacar que o objetivo exposto na lei [Lei 13.448/2017, que disciplina a relicitação] é de possibilitar novos e imediatos investimentos no setor de infraestrutura de transportes, bem como sanear contratos vigentes cuja continuidade da execução se tornou inviável. Nesse sentido, durante os trabalhos da comissão, percebeu-se que um dos maiores desafios para o alcance desse objetivo estaria justamente na troca de concessão, que envolve a elaboração de um novo projeto e o cálculo de indenização.*

273. *Assim, em busca de construir um modelo que resolvesse esse imbróglio, não guardaria sentido lógico a solução proposta ir na mesma toada do dispositivo legal, visto que, na realidade, a possibilidade de participação da empresa no certame e manutenção da SPE é justamente um ponto que traz vantajosidade para a proposta de solução, garantindo a antecipação e execução de investimentos.*

274. Ademais, o Ministério pontuou que um dos riscos relevantes que o processo de relicitação carrega é a possibilidade de leilão deserto. Na relicitação, havendo a ausência de interessados, há a abertura automática do processo de caducidade (art. 20), o que gera impactos negativos também, e um afastamento ainda maior da consecução do interesse público e do objetivo da lei.

275. Abrir a possibilidade de participação da Eco101 no certame visa também mitigar o risco de leilão vazio atrelado à abertura de caducidade, tendo em vista que se, no procedimento competitivo ora em discussão não acudirem interessados, a concessionária fica obrigada a permanecer no contrato, dando início imediato às obras.

(peça 104, p. 41 e 44)

79. O procedimento competitivo proposto pretende, assim, oferecer ao mercado a nova equação econômico-financeira pactuada com a atual concessionária, buscando preservar o indispensável componente isonômico das contratações públicas, sem formalmente alterar a titularidade da concessão, hoje atribuída à SPE constituída com o estrito fim de execução do objeto da concessão. Para isso, sua participação societária pode vir a ser adquirida, total ou parcialmente, por agente privado que, preenchendo os pertinentes requisitos de habilitação, ofereça a melhor proposta em termos de menor tarifa, com base em percentual de deságio sobre a nova tarifa pactuada (peça 104, p. 43).

80. O intuito é permitir a retomada imediata dos investimentos, em ritmo condizente com os objetivos traçados pelo Poder Concedente, além de prevenir qualquer solução de continuidade na execução contratual e eventuais burocracias associadas à efetiva troca de titularidade do projeto, como, por exemplo, a obtenção de novas licenças ambientais e de novos financiamentos.

81. Observe-se que o ordenamento jurídico tem dado mais relevância a preocupações pertinentes a soluções de continuidade no âmbito de contratos administrativos, a ponto de a nova Lei de Licitações - a Lei 14.133/2021 -, condicionar, em seu art. 147, a suspensão ou encerramento da execução **mesmo de contratos eivados de irregularidade insanável** a um significativo rol de considerações de interesse público, quanto aos “impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato”, “riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato”, “custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas”, “despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados”, “despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades”, “custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato”, entre outras.

82. O processo competitivo em causa se pretende, ainda, um mecanismo de validação da vantajosidade do ajuste repactuado e de potencial obtenção de condições mais vantajosas, já que a competição entre potenciais interessados dar-se-ia em torno da menor tarifa.

83. Pondera-se, em acréscimo, que a cláusula 23 do contrato de concessão vigente (peça 53, pp. 37-38), com esteio no art. 27 da Lei 8.987/1995, autoriza a venda da “titularidade do controle societário da Concessionária, condicionada à prévia autorização da ANTT”, sem que isso implique alteração na prestadora do serviço, permanecendo a mesma concessionária, embora sob outro comando. A composição societária da SPE, aliás, já é cambiante, porquanto “deverá registrar-se como companhia de capital aberto junto à CVM” (cláusula 23.3, peça 53, p. 38).

84. Não se ignora, por outro lado, a objeção da AudRodoviaAviação à compreensão de “que o processo [de transferência de controle] delineado na proposta de solução contratual pudesse suprir a exigência de realização de licitação” (peça 92, p. 33).

85. *No entanto, com a devida vênia àquela unidade especializada, este representante do MPTCU não enxerga inequívoca obrigatoriedade de nova licitação no caso concreto, na medida em que não há propriamente um novo objeto a ser licitado, em vista da considerável aderência do objeto da concessão repactuada à essência do objeto original, já explicitada aqui.*

86. *Conforme bem consignado pelo STF na recém-julgada ADI 4.655:*

A intervenção judicial nas escolhas dos demais Poderes demanda, para sua plena justificação, mais do que meras imputações retóricas e fundamentos vagos, sob pena de o Poder Judiciário, a pretexto de tutelar a ordem constitucional, reduzir excessivamente os espaços de discricionariedade, inovação e experimentalismo próprios do legislador e administrador.

(STF. ADI 4.566, rel. Min. Luiz Fux, julgada em 12.09.2023).

87. *O mesmo é válido para a intervenção do controle externo, inclusive a que é feita nesta espécie processual, em sede de juízo homologatório de soluções consensuais gestadas no âmbito da administração pública.*

88. *Desse modo, dada a plausibilidade da solução idealizada pela CSC, no que tange a seu potencial para superar a quebra de isonomia e a propiciar a busca de condição mais vantajosa para o interesse público em termos de modicidade tarifária, entendemos que não deve o controle externo se opor ao caminho discricionária e consensualmente construído. Isso passa, inclusive, por admitir relevar as legítimas preocupações de favorecimento indevido que bem justificaram os parâmetros do Acórdão 1.593/2023 aqui enfrentados, a fim de lhes excepcionar em face da asseguaração da submissão dos novos termos contratuais a processo competitivo idealmente impessoal e isonômico.*

89. *Não se dispensa, obviamente, a devida atenção a potenciais riscos à ampla competitividade e à isonomia de tal procedimento, os quais deverão receber máxima atenção da agência reguladora e desse órgão de controle externo no delineamento do pretendido leilão. Alguns riscos já antevistos serão abordados mais adiante neste parecer.*

90. *A conclusão contida neste tópico, frise-se, é independente do apontamento seguinte, no sentido de não estar devidamente demonstrado o suposto novel patamar de equilíbrio entre as novas obrigações da concessionária e os investimentos que dela se espera e a tarifa definida, diante, especialmente, de significativo sobrepreço aferido ictu oculi pela AudRodoviaAviação quanto aos dados autodeclarados pela ECO101.*

Sinalagma do contrato

91. *Quanto à revisão dos custos dos investimentos, a AudRodoviaAviação ressalta que a proposta da CSC os pretende inflar em R\$ 960 milhões em comparação com o plano de negócios que integra o contrato vigente (peça 92, p. 17). Nessa mesma linha, aponta que a repactuação tenciona substituir a obrigação de duplicar 41 quilômetros do trecho concedido pela implantação de faixa adicional, estimando o custo desta (R\$ 3,6 milhões/km) em patamar superior àquela (R\$ 2,1 milhões/km), decisão flagrantemente incongruente.*

92. *Contribui para tanto o fato de que foi a própria ECO101 quem apresentou o modelo econômico-financeiro definidor dos custos dos investimentos (CAPEX), valores dos serviços (OPEX), a curva de tráfego etc., sem os “procedimentos de conferência e verificação usualmente realizados na preparação para realização de uma licitação de concessão” (peça 92, p. 22) e sem memória de cálculo dos valores envolvidos (peça 92, p. 23).*

93. *Recorda a AudRodoviaAviação que, nas concorrências que antecedem concessões, tais estudos passam por escrutínio público e são realizados por estruturadora (o BNDES ou a Infra S.A.) “independente e imparcial e não incorre em conflito de interesse em relação ao resultado da licitação” (peça 92, p. 23). E pontua que a prestação de informações inverídicas por concessionárias para deturpação de atos preparatórios a concessões tem ensejado investigações criminais, tais como a Operação Cancela Livre, fato que levou à descontinuidade no uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (peça 92, p. 24). No âmbito da Operação Infinita Highway, a própria ECO101 admitiu ter fornecido relatórios com informações inverídicas à ANTT (peça 92, p. 26).*

94. *Acrescenta (peça 92, p. 27) que a metodologia usada pela ECO101 para estimar os valores – a saber, “custos gerenciais paramétricos” - fora expressamente proscrita pelo Acórdão 290/2018-Plenário (Rel. Min. Augusto Nardes).*

95. *Nessa mesma linha, indica a AudRodoviaAviação (peça 92, p 28-29) que a Infra S.A., em cotejo superficial envolvendo custos paramétricos, encontrou robusto indício de sobrepreço nos dados apresentados pela ECO101 nesta SSC: “as duplicações custariam R\$ 6,2 milhões por quilômetro, em contraste com R\$ 8,8 milhões, em média, na proposta de repactuação, 42% a mais (Anexo 7 da minuta do termo de compromisso, peça 70, p. 12).”.*

96. *A ANTT, sobre o tema, informou que “não possuiria tempo hábil no prazo de funcionamento da comissão para certificar os mencionados valores trazidos pela concessionária” (peça 92, p. 29).*

97. *Outro grave indício de incorreção de dados providos pela ECO101 para formação da proposta de solução consensual, no sentir da AudRodoviaAviação, correspondeu às “receitas das motocicletas [isentas, e portanto ensejadoras de compensação tarifária], que equivaleriam a percentual entre 4,5% e 8,0% da receita total, dependendo da praça, quando no histórico da concessão esse valor não chegava a 1,0%”. Essa irregularidade nos dados de entrada, percebida a tempo pela unidade especializada, tem o condão de render à ECO101 receitas indevidas superiores a R\$ 1 bilhão (peça 92, p. 30).*

98. *O Parquet comunga das preocupações da AudRodoviaAviação no atinente aos indícios de sobrepreço de pelo menos R\$ 1,5 bilhão (peça 92, p. 45) nos valores empregados para o cálculo da pretensa tarifa de pedágio (R\$ 0,156/km). A origem desse sobrepreço repousa sobretudo no fato de que a “reprecificação do valor dos investimentos que se pretende conceder é muito superior àquela que poderia ser justificada com base no incremento real dos custos dos insumos” (peça 92, p. 44).*

99. *A natureza autodeclaratória dos subsídios que basearam a solução consensual é agravada considerando-se que “a incompletude e a ausência de rastreabilidade dos valores envolvidos na modelagem inviabilizaram a realização das conferências” daqueles valores (peça 92, p. 45).*

100. *Ressaltamos a importância dos apontamentos feitos na presente seção do parecer, pelo risco de sobrevaloração da tarifa a ser praticada, especialmente porque tanto a teoria quanto a prática em matéria de concessões não permitem crer que a submissão do contrato repactuado a processo competitivo, baseado no maior desconto de tarifa, seja suficiente a corrigir eventuais sobrepreços decorrentes de falhas de projeto. Ao contrário, o que se verifica é que o lance inicial tem influência no resultado (sinalizam a assimetria de informações do “vendedor”), então as necessárias cautelas a uma precificação correta não podem ser aqui menosprezadas.*

Cronograma e composição dos investimentos

101. Na sequência, a SecexConsenso afirma não ter “dúvidas que existem inúmeras vantagens na solução” proposta (peça 105, p. 2), entre elas elencando o adiantamento de obras, a redução de acidentes, a geração de empregos e a “vantajosidade da tarifa em relação ao contrafactual da relicitação”, sendo esses “ganhos reais e relevantes” (peça 105, p. 3).

102. Sobre o assunto, a equipe da SecexConsenso menciona que “As principais adaptações no contrato se referem à realização de novos investimentos no valor de R\$ 7,07 bilhões, sendo R\$ 1,17 bilhão investidos nos três primeiros anos” (peça 105, p. 1).

103. Com as vênias de estilo, este MPTCU pondera que os “**investimentos novos**” vêm para substituir investimentos atuais (máxime a duplicação de trechos) em extensão significativamente inferior à do contrato original, como se observa da tabela a seguir, e com custos associados muito superiores a eles.

Tabela 1 - Impacto da solução consensual proposta sobre os investimentos na BR-101/ES/BA

<i>Intervenção</i>	<i>PER vigente (peça 56)</i>	<i>PER proposto (peça 102)</i>	<i>Diferença</i>
<i>Duplicação</i>	<i>446,8 km¹</i>	<i>179,11 km²</i>	<i>- 267,69 km</i>
<i>Contornos urbanos</i>	<i>Iconha³ e Mestre Álvaro⁴</i>	<i>Outros 15,6 km⁵</i>	<i>+ 15,6 km</i>
<i>Vias marginais</i>	<i>As existentes</i>	<i>35 km</i>	<i>+ 35 km</i>
<i>Ciclovias</i>	<i>As existentes</i>	<i>6 km</i>	<i>+ 6 km</i>
<i>Passarelas</i>	<i>19 passarelas⁶</i>	<i>+ 40 passarelas⁷</i>	<i>+ 40 passarelas</i>

1 - Entre os 457,9km totais concedidos, 33,1 km já eram de pista dupla no início do contrato (peça 56, p. 12).

2 - Somatório dos valores à peça 102, p. 12.

3 - peça 56, p. 155.

4 - peça 56, p. 28.

5 - peça 102, p. 12.

6 - peça 56, p. 154

7 - peça 102, pp. 18-19

Fonte: elaboração própria a partir do PER vigente (peça 56) e do PER proposto (peça 102)

104. Vê-se, da tabela acima, que a renegociação do contrato passa a prever meritórias intervenções, tais como ciclovias e passarelas – ao suprimir, contudo, a duplicação de 267,69 quilômetros da rodovia, medida que proporcionaria maior conforto e, especialmente, segurança aos usuários. Trata-se de simplificação contratual, motivada por projeções de volume de tráfego inferiores àquelas que informaram os termos originais do contrato, bem como voltada à obtenção de tarifa menos onerosa, em face das premissas adotadas na repactuação.

105. Por outro lado, há que se admitir que, dado o contexto de inadimplência contumaz da concessionária e a perspectiva de abertura de procedimento de relicitação, a repactuação ora proposta não deixa de gerar expectativa de maiores investimentos no curto prazo (próximos três anos).

Riscos à competitividade na transferência do controle acionário da concessionária

106. Nesse mesmo campo, a AudRodoviaAviação revela preocupação com a competitividade do leilão em torno controle societário da ECO101, mormente com a complexidade da operação de Merger & Acquisition que ele envolve; o prazo para due diligence; e o preço fixado pelo controle societário (R\$ 320 milhões), o qual: 1) deverá ser desembolsado à vista; e 2) em última análise, “não possui uma memória de cálculo ou um racional explícito”, contrariando o Acórdão 752/2023-Plenário (Rel. Min. Jorge Oliveira) e os normativos internos à ANTT (peça 92, pp. 35-36).

107. Quanto ao valor da indenização devida à ECO101 – a ser adimplida pelo Poder Público, caso prevaleça a relicitação qualificada pelo Decreto 11.539/2023 –, a AudRodoviaAviação volta a chamar atenção para o TC 008.508/2020-8, solucionado pelo Acórdão 752/2023-Plenário (Rel. Min. Jorge Oliveira): naquele feito, as análises realizadas por Verificador Independente (ausente nesta SSC) recomputaram e “reduziram aproximadamente pela metade o valor calculado para os bens indenizáveis” (peça 92, p. 36).

108. Em suma, conclui que “não existem elementos que permitam validar o valor consensualizado para a venda da concessionária” (peça 92, p. 37).

109. Considerando a função precípua da “venda assistida” – qual seja, possibilitar a competição entre agentes privados e a redução tarifária, compartilhamos das preocupações da AudRodoviaAviação no tocante à exiguidade do prazo para que potenciais interessados possam participar de forma efetiva do sobredito leilão holandês.

110. Em outros termos, para que haja real possibilidade de redução tarifária, é imprescindível que se faculte tempo hábil para que potenciais competidores se organizem e precifiquem seus lances, sendo implausível que o prazo de setenta dias (peça 104, p. 45) seja suficiente para tanto.

111. Ademais, o valor da suposta indenização devida à ECO101 merece redobrada atenção, conforme bem aponta a AudRodoviaAviação, pois fora calculado tendo por base valores autodeclarados, em processo aproximativo que de fato não conta com respaldo normativo.

112. Outra potencial causa de favorecimento indevido aos atuais controladores da concessionária consiste na possibilidade de arrematarem o leilão pelo valor do lance inicial, sem desconto sobre o valor da tarifa de pedágio reajustada em 2,8 vezes comparativamente à atual, na ausência de outras ofertas. Aos demais interessados seria necessário oferecer proposta mais vantajosa.

113. Assim, a fim de evitar qualquer tratamento favorecido injustificado aos atuais controladores da concessionária, consideramos mais adequado que o arremate do leilão, pelos atuais controladores da concessionária, assim como por quaisquer outros, condicione-se à oferta de proposta mais vantajosa que o lance inicial.

114. Sintetizando o posicionamento deste Parquet sobre o “processo competitivo de venda assistida” de controle acionário da concessionária, em tese: a) envolve risco de favorecimento aos atuais controladores da incumbente, na hipótese de arremate do leilão pelo lance inicial; b) necessita de divulgação com antecedência suficiente para que haja a mais ampla competitividade, a favorecer a obtenção da “melhor oferta” e o conseqüente decréscimo tarifário; e c) representa potencial boa prática a ser cogitada para implementação futura, similar à do mercado secundário de concessões, apta a potencializar a eficiência e modicidade tarifária na prestação do serviço, além de mitigar o risco de tratamento privilegiado ao parceiro privado em decorrência de modificações contratuais demasiadamente amplas, ao submeter o contrato repactuado a processo competitivo.

115. Neste caso concreto, contudo, ressalvamos os indícios de superestimativa que pairam sobre o valor supostamente devido à atual incumbente (R\$ 320 milhões), pelas razões

esposadas pela AudRodoviaAviação.

Riscos sistêmicos (risco moral e seleção adversa)

116. *Em seguida, a AudRodoviaAviação externa preocupação com os indesejáveis incentivos que a homologação de tal acordo poderia trazer às concessionárias adimplentes com suas obrigações contratuais, desenvolvendo exemplo concreto em relação ao trecho atribuído à Eco050:*

211. *Ademais, a tarifa da Eco101 superaria significativamente aquela praticada pela Eco050, beneficiando-se sobremaneira a concessionária inadimplente em comparação com a situação daquela que cumpriu suas obrigações contratuais. Originalmente, a tarifa pactuada pela Eco101 era cerca 10% menor que a da Eco050. Após anos de inexecução contratual, a repactuação proporcionaria a Eco101 um pedágio equivalente a cerca de o dobro da Eco050.*

212. *Importante atentar para as distorções que isso causa nos incentivos desejáveis em um sistema de concessões que busca a eficiência. Ainda que isso não seja a intenção da reformulação contratual pleiteada, há que se considerar que benefícios tão substanciais dados a uma empresa inadimplente tenderão a estimular o comportamento oportunista de outros atores no futuro, uma vez que se passará ao mercado e a sociedade a mensagem de que maximização da lucratividade encontra-se dissociada do cumprimento das obrigações contratuais.*

213. *Desse modo, o comportamento racional das demais concessionárias seria o de realizar o mínimo possível de investimentos, pois isso lhes daria dois efeitos positivos: a redução de seus dispêndios; e o aumento da urgência para execução dos referidos investimentos, que ao início da concessão já eram reputados como necessários, ampliando as possibilidades de renegociações futuras. Assim, considerando-se a pouca propensão que o Poder Concedente tem demonstrado, ao longo dos anos, para a adoção de medidas gravosas, como a caducidade – e, agora, a relicitação – restaria ao concessionário aguardar uma oportunidade de repactuação contratual, na qual pudesse obter novas condições mais favoráveis para a execução das mesmas obrigações originalmente pactuadas, a exemplo do pleiteado pela Eco101.*

(peça 92, p. 38)

117. *A CSC reconhece expressamente os problemas acima, classificando-os em pós-contratuais (risco moral) e pré-contratuais (seleção adversa):*

353. *A proposta de otimização deste contrato pode abrir a possibilidade de um oportunismo pós contratual em relação às demais concessionárias, já que perceberão a possibilidade de firmar acordos posteriores com o poder público a fim de remodelar contratos, gerando um risco moral sistêmico.*

354. *Também, existe a possibilidade de sinalização de incentivos inadequados a todo setor de concessões rodoviárias ao gerar uma seleção adversa nos futuros leilões de concessão de rodovias (pré-contratual, portanto,). Os investidores que mais estariam propensos a participar do certame seriam aqueles que mais enxergam a possibilidade de renegociação ex post em função de mudanças nas condições econômicas ou de desempenho da concessão. Ademais, os maiores lances tenderiam a ser dos investidores que mais acreditam na geração de valor em função dessas repactuações, o que poderia comprometer a alocação eficiente da operação das infraestruturas aos investidores mais aptos.*

355. *A materialização desse risco levaria, ainda, à potencial violação à isonomia, pois, em vez de o poder público realizar uma nova licitação, novas obras seriam incluídas no contrato sem que*

terceiros pudessem ter a oportunidade de concorrer para executá-las.

(peça 104, pp. 54-55)

118. *Sabe-se que, para que o mecanismo de incentivos do contrato seja minimamente eficiente, é imprescindível que seu desenho torne o custo de inadimplemento superior ao custo de execução do objeto. Sempre que os resultados da inércia compensarem os do esforço, a concessionária por ela optará, deixando de realizar os investimentos previstos, auferindo receitas sem incrementar a segurança e o conforto dos usuários da rodovia.*

119. *Nesse sentido, a SecexConsenso elenca o estabelecimento de período inicial de “transição”, “quando a fiscalização será trimestral”, e a introdução de mecanismo de “extinção antecipada consensual” (peça 104, p. 5).*

120. *Quanto à fiscalização trimestral, ponderamos que o contrato atualmente vigente já prevê a entrega trimestral de documentos (cláusula 12.1.4) e a divulgação mensal de estatísticas (cláusula 12.1.7) - e, de modo mais relevante, a possibilidade de a ANTT acessar, em tempo real, banco de dados a reunir todas as informações sobre o trecho concedido (cláusula 12.3.1), conforme instrumento à peça 53 (pp. 18-19). Assim, o Ministério Público entende não ter havido qualquer óbice contratual à fiscalização por parte da ANTT, que se estaria corrigindo com a repactuação.*

121. *Por outro lado, o novo ajuste traz parâmetros bastante objetivos para a instauração de procedimento de extinção antecipada da concessão (descumprimento superior a 20% das metas estabelecidas por dois trimestres seguidos) (peça 104, p. 39), além de expressa renúncia das partes a discutir em juízo ou arbitragem o mérito da extinção antecipada consensual (ressalvadas questões patrimoniais) (peça 104, p. 40). Além disso, o Poder Concedente se compromete a não interromper os estudos já contratados para viabilizar um eventual novo leilão (peça 104, p. 38), o que permitiria uma mais rápida substituição da concessionária, elevando a credibilidade da extinção antecipada da concessão como desfecho possível, consoante as seguintes passagens do relatório da CSC:*

233. *Importa destacar que uma das maiores dificuldades do poder concedente é ter uma porta de saída efetiva para uma empresa parceira que opera serviços públicos e está em contínuo descumprimento contratual. Por uma série de motivos, que não caberiam ser descritos detalhadamente no bojo deste relatório, a caducidade se tornou um instituto custoso e de rara aplicabilidade no setor rodoviário. 234. Diante disso e considerando que a solução deve enfrentar o histórico de inexecuções contratuais por parte da concessionária, bem como mitigar o risco de mais uma vez não ser possível de ter uma saída efetiva da concessionária em caso de não cumprir a solução, foi pensada a extinção consensual antecipada para a solução ora discutida.*

(...)

237. *Dessa forma, ao longo do período de transição, a concessionária deverá cumprir no mínimo 80% (oitenta por cento) de execução acumulada dos investimentos previstos no PER para não ensejar a extinção antecipada do Contrato, assim como deverá manter um mínimo de 90% (noventa por cento) das metas previstas para que faça jus à aplicação dos Degraus Tarifários.*

238. *Caso haja o inadimplemento acima de 20% (vinte por cento) das metas acumuladas, e persistindo essa situação por dois trimestres, será instaurado processo de extinção antecipada consensual da concessão, com a imediata comunicação ao Ministério dos Transportes, com o objetivo de apurar o descumprimento das metas pactuadas, em rito sumário, com prazo máximo de 120 dias, a ser definido no termo aditivo de modernização.*

(...)

240. *As partes renunciarão ainda à discussão judicial ou arbitral sobre o mérito da extinção antecipada consensual, limitando eventuais controvérsias aos aspectos patrimoniais, após a extinção do contrato.*

241. *Uma vez instaurado o processo de extinção antecipada, haverá a perda dos efeitos tarifários do acordo, retornando a tarifa calculada ao patamar anterior à incidência dos degraus tarifários. Ou seja, na prática, não há a aplicação de Fator D, pois ele não será verificado no período de transição, o mecanismo utilizado serão os degraus tarifários durante o período. Contudo, ao perder o efeito dos degraus retorna-se ao patamar tarifário pré-acordo, embutindo os descontos que vigoravam até a solução consensual ocorrer.*

242. *Em caso de decretação da extinção antecipada consensual, deverá ser deduzida da eventual indenização a ser calculada o montante de R\$ 200.000.000 (duzentos milhões de reais), a título de indenização ao Poder Concedente, devendo eventuais controvérsias relacionadas à apuração dos valores de haveres e deveres serem submetidas à arbitragem posteriormente ao encerramento contratual, sendo vedada a discussão do mérito da extinção do contrato.*

(peça 104, p. 39-40)

122. *O meritório esforço de mitigação de riscos, contudo, não dispensa o acompanhamento dessa Corte de Contas, como forma de garantir que a anterior leniência com a recalcitrante inadimplência da concessionária não volte a ocorrer, colocando em descrédito o trabalho de construção da solução consensual em causa e a própria política pública de concessões rodoviárias.*

Necessidade de realização de consulta públicas

123. *A AudRodoviaAviação sublinha a obrigatoriedade da “participação popular na gestão e controle da Administração, por meio de Consulta Pública (...) no caso de se pretender realizar a prorrogação de contratos de concessões rodoviários, como disposto na Lei 13.448/2017”, em seu art. 10 (“As prorrogações de que trata o art. 5º desta Lei deverão ser submetidas previamente a consulta pública pelo órgão ou pela entidade competente...”).*

124. *O Parquet acrescenta que não somente a dilação na vigência da concessão, como todas as “iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para **resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte** serão precedidas de audiência pública”, conforme expressa dicção do art. 68 da Lei 10.233/2001 (grifamos).*

125. *Esse dispositivo legal foi originalmente regulamentado pela Resolução ANTT 151/2003, sucessivamente aperfeiçoada até a atual Resolução 6.020/2023, a tratar dos “meios do Processo de Participação e Controle Social no âmbito da ANTT”, e cujo art. 14, caput, reproduz o art. 68 da Lei 13.448/2017 (“quando as matérias afetarem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transportes”).*

126. *A jurisprudência do TCU é assente quanto à inarredabilidade da ampla colheita de subsídios junto ao público anteriormente à tomada de decisões que versem sobre concessões de serviços públicos, conforme anota o Voto condutor do Acórdão 925/2016-Plenário (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues):*

Na verdade, a discussão em audiência pública destina-se à toda sociedade, não apenas ao mercado e a possíveis interessados no certame. Pelas próprias razões neles apresentadas, os estudos embasam as regras do edital, as obrigações contratuais e, sobretudo, amparam o Programa de Exploração Aeroportuária.

Entende-se, como razão de ser das audiências públicas, que a sociedade tem o direito de conhecer e discutir a respeito do mérito das escolhas apresentadas pelos órgãos reguladores, sendo essa a essência das consultas e audiências públicas, o aperfeiçoamento, segundo os órgãos competentes, das soluções apresentadas. Não se trata de meros requisitos formais a serem cumpridos, mas do pleno exercício da participação democrática da sociedade, nas deliberações das agências, como forma de assegurar aos órgãos um mínimo de debate e legitimidade de suas escolhas. Disso decorre a relevância da participação popular em matérias de evidente interesse público.

127. *Diante do comando legal do art. 68 da Lei 10.233/2001 e do art. 10 da Lei 13.448/2017, e para que a solução consensual não se configure contra legem, o Ministério Público opina pela indispensabilidade da colheita de subsídios junto aos usuários do serviço público concedido e demais potenciais interessados antes da celebração do acordo.*

128. *Considerando que a consulta e/ou audiência pública é requisito frequentemente encontrado na legislação pertinente a vários setores de infraestrutura (e.g. art. 27 da Lei 11.182/2005; art. 195 da Lei 9.472/1997), somos de parecer que a IN TCU 91/2022 se beneficiaria caso previsse expressamente a observância de tal exigência legal por parte dos solicitantes.*

129. *O Ministério Público ainda destaca dois tópicos que não mereceram atenção específica nas manifestações apartadas das unidades técnicas:*

130. *a) a análise de capacidade econômico-financeira da ECO101, sugestiva de impossibilidade de atender aos termos pactuados; e*

131. *b) a pré-definição, no Termo de Autocomposição (peça 73, pp. 5 e 8), de que a realização do Contorno de Linhares, ainda sem desenho de traçado e sem custos definidos, será incorporado posteriormente ao contrato.*

132. *Relativamente ao primeiro tópico, lê-se à peça 11 (p. 5) que:*

4.2. Os números apontam que a ECO101 mantém, desde o início da concessão no ano de 2014, capital de giro negativo e insatisfatórias condições de liquidez. Os Resultados financeiros desfavoráveis do último triênio (experimentou prejuízos financeiros entre 2019 a 2021) comprometeram a capacidade de pagamento dos juros das obrigações financeiras contraídas e elevaram o risco financeiro do empreendimento ao patamar de avançado, o que, por certo, indicariam incertezas em relação à capacidade da Concessionária de liquidar os compromissos financeiros assumidos.

4.3. Não obstante, em que pese o quadro altamente comprometedor da continuidade das operações apontado pelos indicadores de liquidez, os recorrentes aportes anuais de capital dos acionistas resultaram em um índice de endividamento da ECO101 administrável a médio e longo prazos, conferindo algum conforto à análise de solvência financeira da concessão, conforme pode ser constatado por meio do Gráfico 7 acima, que mostra a redução do Grau de Endividamento Líquido a partir do ano de 2016.

5.2.3.3. Importante registrar que a referida análise citada acima foi realizada para o objetivo específico e exclusivo quanto ao cabimento da qualificação da concessão ECO101 para fins de relicitação, em atendimento às diretrizes e premissas que tratam deste instituto.

133. *Apesar do alerta presente no último parágrafo transcrito, este *custus iuris* ressalta que o excerto acima é indiciário de baixa capacidade para honrar “novos investimentos”, decorrentes de solução consensual ou não, circunstância a merecer averiguação detida.*

134. *Ademais, é cediço o dever da concessionária em preencher os requisitos de habilitação técnica e econômico-financeira durante toda a duração do contrato, e não apenas no*

momento de sua celebração. Embora a IN TCU 91/2022 não imponha expressamente tal dever como condição para celebração de acordo, entendemos prudente que o Tribunal se cerque de cautelas antes de validar acordo com sociedade combalida.

135. *Sobre o tópico ‘b’ (Contorno de Linhares), a situação nos rememora o processo de duplicação da Nova Subida da Serra no bojo da concessão de trecho da BR-040 (TC 014.689/2014-6, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), cujo contrato se limitava a adiantar os contornos da intervenção viária, e que demandou tantas injunções do Tribunal (e.g. TCs 021.526/2017-6 e 023.204/2015-0, ambos Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues). Naqueles autos, várias impropriedades advieram da inclusão prematura do investimento, sem que houvesse a estimativa de custo e outros parâmetros necessários para sua adequada configuração.*

136. *Sobejamente patenteados os riscos de se adiantar, em processos de concessão rodoviária, a inclusão de intervenções futuras sem projetos definidos, o Parquet consigna sua preocupação com essa opção negocial, opinando desde já por sua exclusão.*

V – Considerações finais e proposta do Ministério Público de Contas

137. *Sendo este o primeiro processo do tipo ‘Solicitação de Solução Consensual’ no qual me manifesto, este representante do Ministério Público de Contas não poderia se furtar a enaltecer a iniciativa do Tribunal de Contas da União, na pessoa de seu atual Presidente, em inaugurar tão benfazejo e necessário mecanismo de prevenção e equacionamento de controvérsias, consubstanciada na IN TCU 91/2022.*

138. *Aproveito o ensejo para, da mesma forma, registrar encômios às unidades técnicas integrantes da Comissão de Solução Consensual atuante neste feito: a SecexConsenso e a Seinfra, esta última representada pela AudRodovias. O ingente trabalho desenvolvido por ambas proporcionou acurada visão sobre a multiplicidade de impasses que afligem o trecho rodoviário no Estado do Espírito Santo, permitindo antever a significativa dificuldade em equacioná-los.*

139. *O relatório da comissão traz anotações sobre as causas do insucesso da concessão em tela, é dizer, da inexecução das obras contratadas, relacionando-as aos motivos para a relicitação e posterior busca de solução consensual. Complementando os fatores ali listados (vicissitudes de mercado etc.), entendemos necessário registrar as considerações seguintes.*

140. *Contextualizando a situação a que nos deparamos, o Parquet manifesta sua ressalva ao discurso de que a incumbente teria oferecido deságio expressivo unicamente “alimentada pelo otimismo econômico” (peça 104, p. 3) de então. No caso concreto em foco, há fortes indícios de que o consórcio que constituiu a SPE ECO101 adotou a chamada “low-ball bidding strategy”, associada a realização de lances agressivos, ainda que potencialmente inexequíveis, com fins à arrematação do contrato, levando em consideração a baixa capacidade de enforcement dos agentes reguladores e seu próprio “anticipated high bargaining power after entering the industry” (elevado poder de barganha, uma vez assumida a concessão) (GUASCH et al.: 2004, p. 75):*

[The analysis show that] a winning bidder’s anticipated high bargaining power after entering an industry may lead to strategic underbidding at the auction stage. (...) This result helps explain why many concessions in Latin America have been renegotiated just after the concession award.

(idem, ibidem)

141. *Outro fato incontestado é que a concessionária aguardou as vésperas do décimo ano da concessão, momento em que expira o prazo para duplicação integral do trecho concedido independentemente do acionamento do gatilho de tráfego, para, nesse momento, buscar eximir-se da obrigação contraída - seja via relicitação, seja mediante SSC. Em termos simples, auferiu a receita de*

pedágios durante os dez primeiros anos e, agora que inevitáveis os investimentos de vulto (ampliação do trecho rodoviário), procura furtar-se ao cumprimento do contrato, ora propondo substituí-los por contornos, passarelas e ciclovias.

142. *Assim, não nos parece inteiramente correta ou muito menos demonstrada a assertiva de que “as circunstâncias que levaram à inviabilidade do atual contrato são conjunturais e exógenas, e factualmente teriam se abatido sobre qualquer empresa que assumisse a concessão” (peça 105, p. 5). Ao revés, em 2020 a própria ANTT assim discorre sobre o desempenho pregresso da concessionária:*

*(...) apesar de não ter havido uma paralisação dos serviços, do 4º ao 6º ano de concessão a Concessionária ECO101 apresentou uma execução média de somente 10% dos investimentos previstos, o que **não demonstra o esforço ou intenção de cumprimento do Contrato.***

*Informa ainda que é justificativa recorrente da Concessionária, com relação a inexecução das obras de duplicação, o atraso na emissão da licença ambiental, todavia, após avaliações, **a Concessionária ECO101 foi considerada como responsável pela demora na obtenção da licença ambiental dos trechos Norte e Sul.***

*Outrossim, destaca que **a Concessionária atua de forma protelatória** para postergar a execução das obras, onde cita como exemplo a implantação das obras de vias laterais, sendo que, até a presente data, não apresentou os projetos executivos.*

(peça 54, pp. 3-4)

143. *Sem os ajustes apontados neste pronunciamento, não nos resta claro se a nova configuração do contrato foi adequadamente orçada.*

144. *Diante do exposto, o Ministério Público de Contas propõe:*

I. nos termos do art. 11 da IN TCU, condicionar a homologação de solução consensual à prévia retificação descrita nos pontos a seguir:

a) discriminar, no Anexo 5 do Termo de Autocomposição ou equivalente, cada um dos processos administrativos e judiciais em que a concessionária se compromete a renunciar suas pretensões, identificando-os pelo respectivo código, objeto da controvérsia e valor;

b) abster-se de anular processos administrativos sancionadores (PAS) fora das estritas hipóteses legais de vício insanável, indicando pormenorizadamente, em anexo ao Termo de Autocomposição, a motivação para cada PAS que se pretenda anular;

c) justificar a aplicação da Resolução ANTT 5.823/2018 por analogia (desconto nas multas existentes) demonstrando seus requisitos para cada um dos casos concretos, considerando suas particularidades;

d) reconsiderar a vinculação do montante das penalidades pagas pela concessionária à conta atrelada à concessão - e, de todo modo, abster-se de convolar as multas em capital posto à disposição do empreendimento, beneficiando a concessionária por seu próprio inadimplemento inicial;

e) submeter planilha com estimativa do volume de tráfego discriminado por tipo de veículo, bem assim dos custos unitários associados às intervenções (Capex) e serviços (Opex) que se pretende crescer em lugar das obrigações do contrato vigente, possibilitando à ANTT e à CSC averiguar os indícios de sobrepreço encontrados (peça 92, pp. 28-29);

f) estipular que o arremate do leilão, pelos atuais controladores da concessionária, condiciona-se à oferta de proposta mais vantajosa que o lance inicial, de modo a não incidir em favorecimento injustificado;

g) reformular a antecedência mínima associada ao processo competitivo para possível transferência do controle acionário da concessionária, apresentando memória de cálculo com estimativa de prazo para cada macroprocesso envolvido no procedimento (due diligence, precificação etc.);

h) demonstrar a prévia realização da consulta pública exigida pelos art. 68 da Lei 10.233/2001 e art. 10 da Lei 13.448/2017;

i) apresentar inventário detalhado dos bens reversíveis, com laudo de avaliação, a fim de justificar o valor da indenização devida à concessionária pelos bens reversíveis no âmbito do procedimento competitivo para possível transferência de controle acionário da SPE;

j) elaborar análise da capacidade técnica e econômico-financeira da concessionária, em vista do noticiado à peça 11 dos autos; e

k) suprimir referência à futura inclusão do Contorno de Linhares no Termo de Autocomposição, tendo em vista os expressivos riscos ilustrados em iniciativas semelhantes (TC TC 014.689/2014-6, “Nova Subida da Serra”).

II – nos termos do art. 73 e seguintes do Regimento Interno do TCU, seja atualizado o texto da IN TCU 91/2022 para que preveja expressamente a observância a eventuais exigências legais de consulta ou audiência pública por parte dos solicitantes;

III – a juntada da deliberação proferida nestes autos, a fim de sobrestar os processos 002.438/2023-2, 006.228/2023-2, 024.813/2017-6 e 030.292/2017-4 nos termos do art. 6º, § 1º, da IN TCU 91/2022, deixando claro os efeitos da admissibilidade desta SSC para fins prescricionais naqueles outros processos (art. 7º, inciso II, da Resolução TCU 344/2022 e art. 6º, § 2º, da IN TCU 91/2022).

6. Proferi o seguinte despacho (peça 116):

Tratam os autos de solicitação de solução consensual formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com vistas à repactuação do contrato de concessão da ECO101 Concessionária de Rodovias S.A., relativa à exploração da rodovia BR-101/ES/BA.

Para tanto, foi instituída a Comissão de Solução Consensual, formada pelo Ministério dos Transportes, Agência Nacional de Transportes Terrestres, concessionária e auditores deste Tribunal, cujo relatório foi objeto de divergência entre as mais diferentes instâncias que se manifestaram no processo.

Os auditores que integram a AudRodoviaAviação opinaram pela rejeição do acordo; os da SecexConsenso pela aprovação; e o membro do Ministério Público junto ao TCU por condicionar a homologação ao cumprimento de determinados requisitos.

Se não bastasse essas divergências, após a manifestação das unidades técnicas sobreveio a condenação da ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. na Ação Civil Pública 5016859-74.2022.4.02.5001/ES ajuizada pelo Ministério Público Federal.

A referida empresa foi proibida de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de cinco anos, em razão da apresentação de informações inverídicas à ANTT, apuradas no curso da operação policial Infinita Highway.

Nesse sentido, a E. Juíza Maria Cláudia de Garcia Paula Allemand, da 5ª Vara Cível de Vitória/ES, assim concluiu:

Mostram-se evidentes as ilegalidades perpetradas pela ECO 101 ao fraudar a execução do

contrato de concessão firmado com a UNIÃO e o seu equilíbrio econômico-financeiro (art. 5º IV, “d” e “g” da Lei nº 12.846/2013), bem como dificultar a fiscalização pela ANTT (art. 5º, V, da Lei nº 12.846/2013), a fim de obter vantagem indevida com a cobrança antecipada do pedágio e impedir a redução tarifária.

Diante disso, julgo necessário que os autos retornem à SecexConsenso para que se manifeste sobre os impactos da referida ação judicial no acordo proposto em sede de solução consensual, considerando, especialmente, o fato de o Ministério Público Federal não ter participado das negociações no âmbito deste Tribunal, os possíveis entraves à execução do termo aditivo proposto e impactos na capacidade técnica e financeira da Sociedade de Propósito Específico.

Devem, ainda, ser informadas outras ações movidas pelo Ministério Público Federal ou por outros entes e entidades públicas contra a concessionária, acompanhadas das avaliações descritas no parágrafo anterior.

Considerando, ainda, a possibilidade de não acudirem interessados no processo competitivo proposto, de ocorrerem fatos que impactem a plena concorrência no certame e a pequena chance de as propostas serem capazes de mitigar falhas nos estudos e dados fundamentadores dos valores de partida, solicito que a SecexConsenso se manifeste sobre a possibilidade de sanar os pontos constantes do relatório da AudRodoviaAviação e do Ministério Público junto ao TCU, apresentando justificativas para o não acolhimento das correções propostas, se for o caso, principalmente em relação:

a) ausência, no termo a ser celebrado, da relação de processos administrativos e judiciais em que a concessionária se compromete a renunciar suas pretensões, identificando-os pelo respectivo código, objeto da controvérsia e valor;

b) previsão de anular processos administrativos sancionadores (PAS) fora das estritas hipóteses legais de vício insanável e sem indicar, de forma pormenorizada, a motivação para cada PAS que se pretenda anular;

c) não apresentação de justificativas para aplicação da Resolução ANTT 5.823/2018 por analogia (desconto nas multas existentes), demonstrando os requisitos para cada um dos casos concretos, considerando suas particularidades;

d) vinculação do montante das penalidades pagas pela concessionária à conta atrelada à concessão, beneficiando a concessionária por seu próprio inadimplemento inicial;

e) não apresentação de planilha com estimativa do volume de tráfego discriminado por tipo de veículo, bem assim dos custos unitários associados às intervenções (Capex) e serviços (Opex) que se pretende acrescer em lugar das obrigações do contrato vigente, inviabilizando que a ANTT e a CSC averiguem os indícios de sobrepreço encontrados pela AudRodoviaAviação;

f) possibilidade de estipular que o arremate do leilão, pelos atuais controladores da concessionária, condiciona-se à oferta de proposta mais vantajosa que o lance inicial, de modo a não incidir em favorecimento injustificado;

g) alternativas para aumentar a competitividade do certame, tendo em vista que o pagamento de R\$ 320 milhões por bens reversíveis não amortizados por outros interessados pode constituir vantagem à atual controladora;

h) possibilidade de aumentar a antecedência mínima associada ao processo competitivo para possível transferência do controle acionário da concessionária, apresentando memória de cálculo com estimativa de prazo para cada macroprocesso envolvido no procedimento (due diligence, precificação etc.);

i) realização da consulta pública exigida pelos artigos 68 da Lei 10.233/2001 e 10 da Lei 13.448/2017;

j) não apresentação de inventário detalhado dos bens reversíveis, com laudo de avaliação, a fim de justificar o valor da indenização devida à concessionária pelos bens reversíveis no âmbito do procedimento competitivo para possível transferência de controle acionário da SPE;

k) não realização de análise da capacidade técnica e econômico-financeira da concessionária, em vista do noticiado à peça 11 dos autos; e

l) possibilidade de suprimir referência à futura inclusão do Contorno de Linhares no Termo de Autocomposição.

7. Em resposta, a SecexConsenso emitiu o seguinte parecer:

I. INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de Solicitação de Solução Consensual - SSC formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (peças 1-13), nos termos da IN- TCU 91/2022. A solicitação busca solução para controvérsia envolvendo o contrato de concessão da rodovia Eco101, assinado em 2013, para exploração de 478,7 km da Rodovia BR 101 no estado do Espírito Santo.

2. A solicitação foi admitida pelo TCU (peças 16-18) e assim foi instituída a Comissão de Solução Consensual - CSS (peça 52), formada pelo Ministério dos Transportes, acompanhado de sua consultoria jurídica, Agência Nacional de Transportes Terrestres e sua procuradoria, a concessionária Eco101 e auditores deste Tribunal. A comissão chegou a uma proposta de solução consensual (relatório à peça 104 e minuta de termo de autocomposição à peça 73) que traz proposta de repactuação do contrato, renúncia da Eco 101 a litígios existentes, e realização de procedimento competitivo, com possibilidade de troca de controle acionário da concessionária. A solução não foi endossada pela Auditoria Especializada (manifestações às peças 92 e 93).

3. A proposta de termo de autocomposição foi enviada ao Ministério Público junto ao TCU que condicionou sua homologação ao cumprimento de determinados requisitos (peça 113).

4. Neste interim, foi proferida sentença na Ação Civil Pública - ACP (5016859-74.2022.4.02.5001/ES, peça 135) proposta pelo Ministério Público Federal - MPF, que está em prazo para apresentação de recurso de apelação. A referida sentença proibiu a Concessionária ECO 101 “de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público”, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

5. Assim, o Ministro Relator da presente solicitação de solução consensual, Ministro Walton Alencar, solicitou manifestação da SecexConsenso (peça 116) sobre os impactos da referida ação judicial na solução proposta, bem como acerca dos pontos constantes do relatório da AudRodoviaAviação e, também, da manifestação do Ministério Público junto ao TCU.

6. Neste contexto, a Concessionária Eco 101 apresentou Memorando (peça 117, de 7 de agosto) com avaliação da repercussão da sentença judicial em Ação Civil Pública sobre a solução consensual. A ANTT enviou Nota Técnica com esclarecimentos sobre o parecer do MPTCU, acompanhado de Parecer e Despacho de sua procuradoria fazendo considerações sobre o acordo de forma geral, sobre a sentença da ACP e sobre as colocações do MPTCU (peças 120-132). Neste momento, o Ministério dos Transportes não trouxe manifestação documental aos autos.

7. Destaca-se, como elemento adicional, que a PF-ANTT/PGF/AGU reconhece a viabilidade jurídica da celebração do acordo com a Concessionária Eco 01 e autoriza a formalização do acordo pela ANTT, nos termos da Portaria PGF nº 58, de 2024 (Despacho 11822/2024 PF-ANTT/PGF/AGU, peça 123).

8. A minuta de termo de autocomposição foi elaborada por toda a comissão, com isonomia entre os atores. Assim, a presente instrução consolida as informações trazidas aos autos pelos participantes da comissão (peça 117, 120-123). A análise técnica aqui feita está organizada em 4 seções que tratam dos impactos da Ação Civil Pública do MPF, do saneamento dos pontos trazidos pelo MPTCU, da manifestação da Auditoria Especializada e, por fim, do Parecer da Procuradoria da ANTT.

II. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MPF E A SOLUÇÃO CONSENSUAL PROPOSTA

9. Há duas ações civis públicas propostas pelo MPF que envolvem a Concessionária Eco101. A ACP 5016859-74.2022.4.02.5001/ES (em trâmite na 5ª Vara Federal Cível de Vitória – TRF 2) e a ACP 0022716- 65.2017.4.02.5001 (4ª Vara Federal Cível, da mesma seção judiciária). Ambas estão relacionadas à Operação da Polícia Federal denominada Infinita Highway, que, dentre outros aspectos, apurou supostos crimes relacionados à elaboração de laudos adulterados sobre indicadores de qualidade das rodovias o que levou à cobrança indevida de tarifas de pedágio. Tais ações eram de conhecimento dos membros da comissão de solução consensual e foram levadas em consideração na elaboração da solução. Na solicitação feita pela ANTT, estão relacionadas as duas ACPs (peça 7, p.2).

10. Durante os trabalhos da comissão, foi realizado, junto às áreas técnicas da ANTT e junto à própria concessionária, o levantamento dos passivos da ECO101. Entre os passivos, foram identificados débitos oriundos da Operação Infinita Highway (peça 74, parágrafos 302, 312-319). Estes débitos foram listados como passivos do atual contrato de concessão (Anexo 5 – Passivos, peça 65 – há planilha em Excel anexada à peça com relação detalhada de passivos). O tema foi amplamente debatido e a solução contempla a penalização da concessionária e reparação integral de suposta vantagem obtida. A cláusula 4.55 da minuta do termo de autocomposição (peça 73) relaciona os débitos e prevê sua quitação:

4.55. As Partes acordaram que o valor devido pela concessionária, referente a débitos oriundos da Operação Infinita Highway, calculados pela ANTT, é de **R\$ 183.497.631,05** (estimado para agosto de 2024), oriundo de:

a) multas aplicadas pela prestação de informações inverídicas em relatórios de monitoração, nos termos do art. 6º, XXIV, da Resolução ANTT nº 4.071/13, resultando em penalidade no valor de R\$ 23.452.070,67 (agosto/2024), com desconto de 40%, nos termos previstos no TAC-multas. (a) o pagamento de multa de R\$ 23.452.070,37 (agosto/2024), com desconto de 40% nos termos previstos no TAC-Multas;

11. Cabe relatar ainda que em 20 de maio de 2024 integrantes da Secex Consenso se reuniram com o Procurador da República André Pimentel Filho e sua equipe quando se discutiu a proposta de solução para Eco 101. Na ocasião, não se identificaram pontos de atenção ou eventuais interferências entre a solução proposta e as ações em trâmite no MPF.

12. Conforme solicitado pelo Ministro Relator (peça 116), informa-se que até o momento não há conhecimento de outras ações do Ministério Público ou outros entes, além das listadas na solicitação inicial e Anexo 5 (peças 6 e 7, e peças 65-69 e as listagem incluídas nestas peças como itens não digitalizáveis).

13. Em 11 de julho de 2024, foi proferida sentença na ACP 5016859-74.2022.4.02.5001/ES (peça 135) que com base no art. 19, IV, da Lei 12.846/2013, a Lei Anticorrupção, proíbe a Concessionária ECO101 “de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público”, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

14. *A Concessionaria trouxe aos autos um memorando assinado por seus advogados (peça 117) que avalia “se tal Sentença interfere na proposta de solução consensual–contida na minuta de Termo de Autocomposição (“Termo”) – atualmente em curso no Tribunal de Contas da União (“TCU”).” A Eco101 argumenta que “a Sentença em nada interfere no Termo”. Entende que ainda que caso a condenação venha a ser mantida, o que não parece ser o melhor prognóstico, a assinatura do Termo pelas Partes poderia conviver com a Sentença, sem qualquer problema.*

15. *Em resumo, o memorando (peça 117) esclarece que a sentença não afeta o acordo proposto e explica que não há contradição entre a sentença e o acordo, pois a restrição imposta pela sentença à ECO 101 é específica e não contradiz o conteúdo do acordo. Mesmo que a condenação seja mantida, o acordo poderia ser implementado sem problemas, pois é mais abrangente e visa resolver todas as pendências da concessionária, incluindo a questão tratada pela Operação Infinita Highway mediante pagamento pela concessionária da penalização e reparação de eventual vantagem indevida. A Eco 101 expõe ainda que a celebração do acordo poderia ter um efeito positivo na Ação Civil Pública (ACP), demonstrando que as preocupações que motivaram a ACP foram adequadamente endereçadas no acordo.*

16. *A Procuradoria da ANTT (peça 122, item 2.19, parágrafo 136, p.32) corrobora o entendimento e relata que “ao que parece, a sentença ainda não transitou em julgado e, portanto, não produz efeitos. Sendo bastante provável que a concessionária interponha recurso de apelação em face da condenação, entende-se que, enquanto pendente de julgamento de recurso com efeito suspensivo, o dispositivo constante da sentença não impacta na solução consensual apresentada.”*

17. *Ao se avaliar possíveis “impactos na capacidade técnica e financeira da SPE”, conforme solicitado no despacho do Ministro Walton Alencar (peça 116), entende-se que, de fato, a ação está em curso e em fase de recurso. Como no momento não existe condenação transitada em julgado, não há que se falar em efeitos da ação na proposta de acordo aqui discutida.*

18. *Ao se aprofundar e avaliar o risco de uma eventual condenação futura, vale considerar que como grande parte dos investimentos no contrato repactuado estão previstos para o início do contrato e os financiamentos mais relevantes devem ser contratados num futuro próximo, a possibilidade de interferência de uma eventual condenação na sustentabilidade financeira e cumprimento das obrigações fica mitigada.*

III. MANIFESTAÇÃO DO MPTCU

19. *Após a conclusão dos trabalhos da comissão a proposta de solução foi encaminhada ao MPTCU, conforme preconiza a IN TCU 91/22. O Procurador Rodrigo Medeiros de Lima faz análise do relatório e termo de autocomposição e propõe condicionar a homologação de solução consensual à prévia retificação dos pontos abaixo reproduzidos (peça 113):*

144. Diante do exposto, o Ministério Público de Contas propõe:

I. nos termos do art. 11 da IN TCU, condicionar a homologação de solução consensual à prévia retificação descrita nos pontos a seguir:

a) discriminar, no Anexo 5 do Termo de Autocomposição ou equivalente, cada um dos processos administrativos e judiciais em que a concessionária se compromete a renunciar suas pretensões, identificando-os pelo respectivo código, objeto da controvérsia e valor;

b) abster-se de anular processos administrativos sancionadores (PAS) fora das estritas hipóteses legais de vício insanável, indicando pormenorizadamente, em anexo ao Termo de Autocomposição, a motivação para cada PAS que se pretenda anular;

c) justificar a aplicação da Resolução ANTT 5.823/2018 por analogia (desconto nas multas existentes) demonstrando seus requisitos para cada um dos casos concretos, considerando suas particularidades;

d) reconsiderar a vinculação do montante das penalidades pagas pela concessionária à conta atrelada à concessão - e, de todo modo, abster-se de convolar as multas em capital posto à disposição do empreendimento, beneficiando a concessionária por seu próprio inadimplemento inicial;

e) submeter planilha com estimativa do volume de tráfego discriminado por tipo de veículo, bem assim dos custos unitários associados às intervenções (Capex) e serviços (Opex) que se pretende acrescer em lugar das obrigações do contrato vigente, possibilitando à ANTT e à CSC averiguar os indícios de sobrepreço encontrados (peça 92, pp. 28-29);

f) estipular que o arremate do leilão, pelos atuais controladores da concessionária, condiciona-se à oferta de proposta mais vantajosa que o lance inicial, de modo a não incidir em favorecimento injustificado;

g) reformular a antecedência mínima associada ao processo competitivo para possível transferência do controle acionário da concessionária, apresentando memória de cálculo com estimativa de prazo para cada macroprocesso envolvido no procedimento (due diligence, precificação etc.);

h) demonstrar a prévia realização da consulta pública exigida pelos art. 68 da Lei 10.233/2001 e art. 10 da Lei 13.448/2017;

i) apresentar inventário detalhado dos bens reversíveis, com laudo de avaliação, a fim de justificar o valor da indenização devida à concessionária pelos bens reversíveis no âmbito do procedimento competitivo para possível transferência de controle acionário da SPE;

j) elaborar análise da capacidade técnica e econômico-financeira da concessionária, em vista do noticiado à peça 11 dos autos; e

k) suprimir referência à futura inclusão do Contorno de Linhares no Termo de Autocomposição, tendo em vista os expressivos riscos ilustrados em iniciativas semelhantes (TC 014.689/2014-6, “Nova Subida da Serra”).

20. Desta forma, o Ministro Relator Walton Alencar solicitou à Secex Consenso manifestação sobre a possibilidade de sanar os pontos constantes do relatório do “Ministério Público junto ao TCU, apresentando justificativas para o não acolhimento das correções propostas, se for o caso” (Despacho, peça 116).

21. Entendemos que algumas das colocações se referem a incompletude de informações no relatório que por vezes levaram a lacunas de entendimento. A solução do contrato da ECO 101 foi o primeiro caso de relicitação com Solicitação de Solução Consensual, é uma situação complexa e as discussões da comissão envolveram uma grande quantidade de elementos. Ao mesmo tempo, a IN TCU 91/22 preconiza prazos rigorosos para a CSC, em busca de celeridade. Assim, tais lacunas podem de fato estar presentes e buscamos aqui esclarecer.

22. Outras ponderações trazidas pelo Ministério Público junto ao TCU se referem ao desenho da solução em si. Buscamos aqui trazer luz sobre as premissas que nortearam as discussões e fundamentaram as escolhas da comissão sobre tais temas.

23. Nesta seção trazemos colocações sobre cada um dos pontos trazidos pelo MPTCU, reproduzindo e completando análise que a ANTT, por meio da Sucon - Superintendência de concessão da Infraestrutura e sua Procuradoria (peça 121) e de sua Procuradoria (peça 122) trouxe aos autos.

Discriminação de processos administrativos e judiciais a serem renunciados pela concessionária

24. Os processos administrativos e ações judiciais existentes foram trazidos aos autos na solicitação inicial (peças 6 e 7) e foram detalhados e ampliados durante o andamento da comissão de solução consensual. A listagem completa se encontra no Anexo 5 (peças 65-69) que conta com planilhas completas incluídas nestas peças como itens não digitalizáveis.

25. A ANTT informa (peça 121, p.1 e peça 122, p.18, item 2.7) que, oportunamente, após a sugestão do MPTCU, apresentou nova planilha dos processos administrativos sancionadores com os respectivos números SEI, número do auto de infração, status processual, objeto e valor da penalidade (SEI 25227918, peças 133).

26. Destaca-se que não há TAC descumprido na concessão da Eco101 (§ 400, peça 104). Tampouco há arbitragem em andamento.

27. A agência complementa que “no que se refere aos processos administrativos de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, não foram necessárias alterações para atender à recomendação do MPTCU, pois a planilha do Anexo 5 (SEI 23738833 – inserido como item não digitalizável na peça 67-69) já possui os dados com os números de processo SEI, descrição do assunto, status processual e valores.” “E que quanto aos processos judiciais, oportunamente, apresenta-se a planilha em anexo (SEI 25227918, peça 133) na qual consta a relação dos processos judiciais que foi apresentada no requerimento de abertura de solução consensual de controvérsias (SEI 19021719, peças 6 e 7), protocolado pela ANTT, além de outras ações judiciais propostas pela Concessionária Eco101 em face da ANTT das quais tem-se conhecimento até o momento. O arquivo em anexo indica o número da ação judicial, os Autores, Réu, objeto do litígio, se há cautelares, o status processual e o processo SEI de acompanhamento” (peça 121, p.1).

28. Não obstante a relação ora apresentada, convém destacar que se trata de rol não exaustivo e que a cláusula sexta do acordo proposto, citada abaixo, deixa claro que a Concessionária renuncia a todos os processos administrativos e judiciais existentes. Assim, ainda que algum processo não venha a constar da lista final do termo de autocomposição, este é renunciado pela Concessionária.

6. DA RENÚNCIA A PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS

6.1. A Eco101 renuncia expressamente, de forma integral, definitiva e irretratável, a quaisquer demandas administrativas ou jurisdicionais, solicitações, litígios, arbitragem ou ações judiciais referentes ao período anterior ou ao objeto do presente TERMO, bem como a todos os processos administrativos e judiciais existentes, em especial os listado no Anexo 5.

Anulação de Processos Administrativos Sancionadores – PAS

29. Em seu parecer, o Ministério Público de Contas propõe “b) abster-se de anular processos administrativos sancionadores (PAS) fora das estritas hipóteses legais de vício insanável, indicando pormenorizadamente, em anexo ao Termo de Autocomposição, a motivação para cada PAS que se pretenda anular” (peça 113, p.27).

30. A comissão de solução consensual fez um levantamento dos Processos Administrativos Sancionadores – PAS ativos em trâmite na ANTT. Neste sentido identificou-se processos passíveis de anulação e também de desconto, como descrito no relatório (peça 104, a partir do parágrafo 304).

31. Em nota técnica (peça 212, p.1) a ANTT avulta que “a condução dos processos administrativos de penalidades é uma prerrogativa da ANTT conforme previsão contida no art. 78-A da Lei nº 10.233/2001”:

Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização

sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

32. *A procuradoria da ANTT destaca que há base legal para a anulação de tais processos administrativos (peça 122, parágrafo 99). O racional para tal decisão foi detalhado pela agência reguladora (peça 121, p. 1) que explica que “as hipóteses que foram apresentadas para anulação de autos de infração lavrados por fatos supostamente passíveis de punição têm como fundamento pareceres jurídicos emitidos pela Procuradoria Federal junto à ANTT e em súmulas da Agência. Nesta linha, a proposta apresentada no sentido da anulação de autos de infração” tem como embasamento as teses, que aqui resumimos, de (peça 121):*

1- Continuidade delitiva: *necessidade de apuração conjunta das inexecuções financeiras verificadas em igual ano de concessão, pela hipótese de que inexecuções das obras referentes a um item deveriam ser objeto de um único processo administrativo (Parecer/ANTT/PRG/AMJ/Nº 0174-3.5.1/2004 e do Parecer nº 248/2022/PF-ANTT/PGF/AGU.*

2 - Vício de forma, princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade: *considera-se que alguns processos administrativos contêm vício de forma, tendo em vista que a análise/verificação dos parâmetros de desempenho não foi feita pela periodicidade mensal, conforme mencionado no Manual de Fiscalização de Rodovias Federais Concedidas de 2016. Além disso, temos que alguns dos processos se enquadrariam nas Súmulas ANTT 13 e 14 que, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considera cumprido o parâmetro de desempenho operacional se o atendimento ao tempo máximo se der em, pelo menos, 90% do total de atendimentos no mês de referência.*

3 - Eficácia/eficiência da fiscalização, princípio da proporcionalidade, da eficiência e da finalidade: *hipótese a ser aplicada em processos onde a concessionária tenha sanado/corrigido a inconformidade não sendo razoável a imposição de penalidade.*

33. *A ANTT apresenta arquivo anexo a Nota Técnica (SEI 25227918, peça 133), na planilha que trata dos PAS todos os processos que foram anulados e as respectivas motivações individualizadas.*

Aplicação de desconto em multas de PAS por analogia à Resolução ANTT 5,8223/2018

34. *Sobre este ponto, a Nota Técnica 6559/2024/SUCON/DIR/ANTT (peça 121) traz argumentação no sentido dos ganhos de resolução de conflitos entre o poder concedente e os entes regulados por meio de autocomposição. Pondera que “que há economia de recursos públicos, menor tempo dispendido com processos administrativos e judiciais e a efetiva solução da controvérsia resultando no oferecimento de melhores serviços públicos a todos usuários, atendendo ao princípio da eficiência, contido no art. 37 da Constituição Federal.” Cita ainda outros “diplomas jurídicos e dispositivos que permitem e regulam a solução consensual de controvérsias na seara pública:”*

A começar pela LINDB, Decreto-Lei nº 4.657/1942, que prevê, em seu artigo 26, que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive com a criação de mecanismos de consulta e a celebração de compromissos que visem à conformidade regulatória.

Além disso, tanto o Código Civil, como o Código Tributário Nacional preveem o mecanismo da transação, como forma de dirimir conflitos.

Código Civil

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

CTN

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Aprofundando nesse tema, a Lei nº 13.140/2015, dispõe:

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: (...)

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

35. Assim, fala da RESOLUÇÃO ANTT Nº 5.823/2018, que estabeleceu os requisitos e condições da transação, inclusive o patamar mínimo do valor de referência do ajuste a ser celebrado:

Art. 12. O valor de referência do TAC corresponderá ao valor total das obrigações descumpridas referidas no art. 11, inciso II, devidamente corrigidas da data do inadimplemento até a data de assinatura do termo.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 1º, §3º, o valor de referência corresponderá a no mínimo 60% (sessenta por cento) dos valores estimados para penalidades no âmbito dos processos administrativos abrangidos pelo termo, e será fixado proporcionalmente às fases em que se encontrarem os processos na data da decisão da Diretoria Colegiada que aprovar a celebração do TAC.

A regulamentação da RESOLUÇÃO Nº 5.823/2018 e por conseguinte, a especificação do modo de aplicação dos descontos sobre as penalidades foi realizada por meio da edição da PORTARIA Nº 24/2021.

Art. 13. No TAC Multas, será proposto desconto de:

I - 30% (trinta por cento) para as penalidades nos processos em tramitação ainda desprovidas de decisão em primeira instância;

II - 15% (quinze por cento) para as penalidades nos processos em tramitação com recurso para segunda instância;

III - 5% (cinco por cento) para as penalidades nos processos em tramitação com recurso para Diretoria Colegiada, quando couber.

§ 1º Alternativamente aos descontos previstos no caput, será proposto desconto global de 40% (quarenta por cento) caso o termo de ajustamento de conduta abranja a totalidade de processos administrativos sancionadores não transitados em julgado na esfera administrativa em face da

concessionária, sem que esta pretenda discutir o cabimento ou a procedência de qualquer penalidade aplicada.

§ 2º Os descontos de que trata este artigo não poderão ser cumulados com qualquer outro desconto previsto no contrato de concessão ou na regulamentação da ANTT.

36. A ANTT e a comissão entendem que “essas disposições fornecem a base para a celebração de acordos e a concessão de descontos em multas administrativas. Logo, parece justa a aplicação, por analogia à Resolução ANTT 5.823/2018, do desconto global de 40% sobre o valor total dos processos administrativos sancionadores ativos no âmbito desta solução consensual de controvérsias regulada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA - TCU Nº 91/ 2022, já que a finalidade regulatória das multas é incentivar ou inibir condutas, de modo que a arrecadação é mera decorrência do processo sancionador e, embora deva ser avaliado com o devido cuidado, não deve ser um fator determinante na celebração do presente ajuste.”

37. A agência conclui que “não parece razoável supor que uma solução consensual que esteja sendo construída fora dos muros da ANTT não possa fazer uso de ferramentas e dispositivos contidos em seus regramentos.”

38. A PF-ANTT ainda destaca que (peça 122, p.21) “Com efeito, a aplicação analógica da Resolução nº 5.823/2018, além de ser um parâmetro razoável, indica que a busca da solução consensual se utilizou, quando possível, de ferramentas regulatórias já consagradas no setor.”

Vinculação do montante das penalidades pagas pela concessionária à conta atrelada à concessão

39. Em seu parecer, o Ministério Público de Contas propõe reconsiderar a vinculação do montante das penalidades pagas pela concessionária à conta atrelada à concessão e, de todo modo, abster-se de convolar as multas em capital posto à disposição do empreendimento, beneficiando a concessionária por seu próprio inadimplemento inicial (peça 113).

40. Nesta recomendação o Procurador faz referência à previsão do Termo de Autocomposição (Cláusula 4.57) em que os valores devidos pela ECO101 em decorrência da Operação Infinita Highway, no valor de R\$ 23.452.070,67, devem ser pagos em três parcelas, sendo a primeira parcela no ato de assinatura do termo aditivo, e as demais em 12 e 24 meses. O termo prevê ainda que em caso de permanência do atual grupo controlador Ecorodovias, a Eco101 deverá depositar os valores das multas na conta vinculada da concessão (peça 73).

41. Sobre este ponto, a Superintendência de Concessões da ANTT – Sucon (Nota Técnica SEI nº 6559/2024/SUCON/DIR/ANTT, peça 121) esclarece que “as contas vinculadas da concessão são aquelas que possuem recursos vinculados, que são constituídos por transferências da conta centralizadora e da conta de aporte”.

42. Cabe ainda elucidar que a conta vinculada é gerenciada pela agência reguladora e a destinação dos recursos é definida pela ANTT e não pela concessionária. A PF/ANTT (peça 122) completa: “são recursos que estão à disposição da concessão, para utilização quando ocorram eventos atrelados a riscos de responsabilidade do Poder Concedente que impactem na equilíbrio econômico-financeiro. Não estão, portanto, à disposição da concessionária.”

43. A ANTT traz a especificação da destinação de tais recursos (peça 121, p.3):

Nos termos da Cláusula 12 do Termo Aditivo, tais recursos têm destinação exclusiva para as seguintes finalidades:

12.1.1 compensações decorrentes da adesão pela Concessionária ao Mecanismo de Proteção Cambial ou ao Mecanismo de Compartilhamento de Risco de Preço de Insumo;

12.1.2 compensações decorrentes do acionamento do Mecanismo de Compartilhamento do Risco de Demanda;

12.1.3 compensações decorrentes do Desconto de Usuário Freqüente;

12.1.4 recomposições do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão;

12.1.5 atenuação dos impactos de Reclassificação Tarifária, em caso de saldo relevante de Recursos Vinculados;

12.1.5 pagamento de indenizações em função da extinção da Concessão; e

12.1.6 realização de ações voltadas ao desenvolvimento de infraestrutura resiliente, à redução das emissões de gases de efeito estufa, ao meio ambiente e à responsabilidade social, além daquelas estabelecidas explicitamente neste Contrato, e em conformidade com a regulamentação da ANTT.

44. *A agência completa que (peça 121, p.3- grifo nosso):*

[...] o montante a ser convertido em recursos vinculados não deveria ser entendido como benefício à concessionária, pelo contrário, o mecanismo de recursos vinculados é uma reserva de contingência para que o Poder Concedente possa arcar com suas obrigações decorrentes da matriz de risco contratual, em especial, quando há compartilhamento de risco cambial, de custo de insumos e de demanda. Além de poder diminuir o valor da indenização a ser paga pelo Poder Concedente pelos bem reversíveis não amortizados ao fim da Concessão.

Ademais, os recursos vinculados também contribuem para a modicidade tarifária pois compensa os custos do Desconto de Usuário Freqüente e demais reequilíbrios econômico-financeiros que possam onerar a tarifa, como a reclassificação tarifária.

Não obstante, tais recursos das contas vinculadas poderão ainda ser usados para investimentos e ações de desenvolvimento da infraestrutura resiliente, à redução das emissões de gases de efeito estufa, ao meio ambiente e à responsabilidade social, conforme as melhores práticas de ESG.

Por fim, é importante esclarecer que o mecanismo de contas tem como finalidade garantir a sustentabilidade econômico-financeira da Concessão, para mantê-la com recursos financeiros oriundos da própria Concessão.

Neste quadro, não se vislumbra como a convolação das multas da Operação Infinita Highway em aporte para recursos vinculados possa beneficiar a concessionária e não o interesse público.

45. *Assim, entende-se esclarecido tal ponto.*

Submeter planilha com estimativa do volume de tráfego discriminado e custos unitários associados às intervenções

46. *Sobre o volume de tráfego, a Nota Técnica ANTT nº 6559/2024 reitera as informações da Nota Técnica ANTT 3672/2024 (peça 71, itens 3.9 a 3.21) que compara os dados de tráfego apresentados pela concessionária com o tráfego real de 2023 (Base de Dados Abertos da ANTT). “De acordo com a Base de Dados Abertos, para o ano de 2023, o volume equivalente de veículos de passeio na Praça P1 (Pedro Canário) atingiu 1,125 milhões eixos eq./ano e 4,645 milhões de eixos eq./ano na praça P4 (Serra). Em relação ao volume equivalente de veículos comerciais nas mesmas praças e mesmo ano, a P1 registrou 3,080 milhões de eixos eq./ano e a P5 (Guarapari), o volume passante atingiu 7,514 milhões de eixos equivalentes/ano” (peça 121, p.22). O texto segue esclarecendo e ilustra na figura que:*

Se considerado o total de eixos equivalentes, os volumes pedagiadas em 2023 na Eco101 variaram entre 4,204 milhões de eixos equivalentes/ano na praça P1 e 11,419 milhões de eixos equivalentes na praça P4 (Guarapari). Se considerada a soma dos volumes das 7 praças, observa-se que o volume pedagiado na concessão Eco101 em 2023 foi igual a 18,6 milhões de eixos equivalentes/ano, no caso de veículos de passeio, 40,5 milhões de eixos equivalentes/ano, no caso de veículos comerciais, e 59,1 milhões de eixos equivalentes/ano, no caso de todos os veículos (ou seja, de passeio e comerciais).

47. *Ainda citando a Nota Técnica ANTT 3672/2024 (peça 71):*

3.20. As próximas figuras apresentam a projeção do número de eixos equivalentes para toda a Concessão no período entre 2025 e 2048, sendo taxa média de crescimento igual a 1,90% a.a. para veículos de passeio, 2,07% a.a. para veículos comerciais e 2,02% a.a. para a soma dos veículos e um CAGR de 1,89%.

48. *Assim, a agência conclui que:*

A análise de conformidade referente à proposta de atualização contratual da concessão Eco101 foi realizada de forma a comparar as projeções de tráfego apresentadas pela Concessionária com respectivos volumes realizados nas praças, segundo informações oficiais da própria ANTT.

Dado que a última versão das projeções de tráfego para as praças da Eco101 foi disponibilizada a partir de 2025, foi necessário projetar, internamente, o tráfego realizado de 2023 para o ano de 2025, considerando a expectativa de crescimento do tráfego em função do cenário econômico futuro e do histórico passado da Concessão.

As figuras apresentadas na Nota Técnica 3672 (peça 71) “indicam que há conformidade no tráfego projetado pela ECO 101, para o ano de 2025, em relação aos respectivos valores projetados internamente para cada praça de pedágio e categoria veicular (veículos de passeio, veículos comerciais e total de veículos).

Se considerado o volume equivalente total da concessão, os valores projetados da Eco101 são apenas -1,2% menores que os projetados internamente, no caso de veículos de passeio, e 2,0% maiores, no caso de veículos comerciais. Se considerado o total de todos os veículos, a diferença entre a projeção da ECO 101 e a projeção interna é de somente 1,0%. Portanto, a projeção está bastante aderente as estimativas realizadas com os dados abertos da ANTT.

49. *Sobre a solicitação para submeter os “custos unitários associados às intervenções (Capex) e serviços (Opex) que se pretende acrescer em lugar das obrigações do contrato vigente, possibilitando à ANTT e à CSC averiguar os indícios de sobrepreço apontados pela AudPortoRodovias (peça 92, pp. 28-29) o Parecer da Procuradoria da ANTT explica (peça 122):*

105. A respeito, a utilização de metodologia paramétrica, ao invés de por custos unitários, para análise dos valores associados aos investimentos, justifica-se pois é esse o mecanismo que mais se assemelha à forma de cálculo utilizada para aferição desses valores quando da elaboração do EVTEA de novos projetos de concessão.

106. Ainda que o objeto contratual permaneça o mesmo, é fato que a solução consensual importa em uma reprogramação de investimentos, o que vai além da mera inclusão ou exclusão de investimentos previstos anteriormente no contrato original, de modo que não se mostra aplicável, no caso concreto, a utilização da metodologia de FCM, que demanda uma apuração unitária dos custos associados.

107. Ademais, a aferição por custos unitários pressupõe um processo mais demorado, incompatível com a sistemática do processo de solução consensual e com o mérito da própria política pública ministerial, que demandou uma celeridade no início da execução dos investimentos, para benefício do usuário e em prol do interesse público.

108. Por fim, vale mencionar que o processo competitivo é uma medida que contingência o risco de assimetria de informações, atuando como complemento importante para validar os valores, à semelhança do leilão em face dos valores constantes do EVTEA de um projeto novo de concessão.

50. A Nota Técnica 6559/Sucon ANTT remete ainda a Nota Técnica 3672 que comenta os valores de Capex e Opex (peça 121, p.5 e peça 71, itens 3.22 a 3.43). Relata ainda que foi feita análise pela Infra (peça 70) e assim justifica algumas diferenças de custo encontradas:

· *Duplicação (item 3.36 da Nota Técnica): aproximadamente 12% acima do valor médio da Rota do Zebu e BR-381, com custo médio de R\$ 6.285.175,44 e R\$ 9.616.087,91, respectivamente, sendo a média de R\$ 7.950.631,67 por quilômetro de duplicação. A concessionária justifica a diferença do seu custo – R\$ 8.938.658,32 – devido à presença de solo mole.*

· *Contornos (item 3.38 da Nota Técnica): a concessionária apresentou a memória de cálculo dos contornos, base SICRO janeiro 2023, onde foi possível isolar o custo das pistas no contorno, para que assim fosse possível o comparativo paramétrico. Deste modo, o custo por quilometro para os contornos é de R\$ 11.691.628,84. Para o comparativo paramétrico, considerou-se o contorno dos estudos dos Lotes 3 e 6 do Paraná, cujo custo por quilômetro é de R\$ 13.207.399,11 e R\$ 9.417.392,85, respectivamente, sendo a média ponderada de R\$ 10.049.060,56.*

· *Faixas adicionais: o custo médio considerado pela concessionária ECO 101 é de R\$ 3.618.989,00/km, valor adotado com base no Relatório de Análise Preliminar de Admissibilidade da INFRA S.A.*

51. Como apontado pelo MPTCU, a Auditoria Especializada se manifesta sobre os custos e tais diferenças, mas como discutido no Relatório (peça 104) e repetido no parecer da PF/ANTT:

109. Assim, encontra-se justificada a impossibilidade de apresentação dos custos unitários de OPEX e CAPEX, ressaltando-se que a não utilização desta metodologia não invalida a solução consensual negociada entre as partes.

Estipular que o arremate do leilão, pelos atuais controladores da concessionária, condiciona-se à oferta de proposta mais vantajosa que o lance inicial

52. Sobre este tema o MPTCU discute no corpo de seu parecer (peça 113):

112. Outra potencial causa de favorecimento indevido aos atuais controladores da concessionária consiste na possibilidade de arrematarem o leilão pelo valor do lance inicial, sem desconto sobre o valor da tarifa de pedágio reajustada em 2,8 vezes comparativamente à atual, na ausência de outras ofertas. Aos demais interessados seria necessário oferecer proposta mais vantajosa.

113. Assim, a fim de evitar qualquer tratamento favorecido injustificado aos atuais controladores da concessionária, consideramos mais adequado que o arremate do leilão, pelos atuais controladores da concessionária, assim como por quaisquer outros, condicione-se à oferta de proposta mais vantajosa que o lance inicial.

53. Sobre este ponto, a Nota Técnica 6559/2024/SUCON/ANTT (peça 121, p.24) assim explicou:

Os leilões são por definição uma arena de mediação das assimetrias de informação que existem num mercado. Em um leilão público, instrumento comum nos processos de outorgas, busca-se reduzir a natural assimetria de informação que existe entre o setor público e o setor privado. Neste caso, o desconto oferecido pelo proponente sobre o preço inicial (definido pelo ente público) representa a respectiva assimetria de informação na formação daquele preço.

Por seu turno, aqui estamos tratando de um procedimento competitivo privado, em que o preço inicial é definido por um ente privado, que ofertará ao mercado seus direitos subjacentes ao contrato de concessão por um preço por ele definido (ao ter aceitado celebrar acordo com o Poder Público consensualmente). Nesta hipótese, a assimetria de informação ocorre entre concorrentes privados, não em face do poder público.

No processo competitivo privado o desconto sobre o preço inicial (estabelecido pelo ofertante privado) representa a assimetria de informação entre o vendedor privado e o comprador privado sobre aquela formação de preço, sendo o poder público mero terceiro interessado na transação privada.

Deste modo, no procedimento competitivo, o vendedor não é o Poder Concedente, mas a Concessionária, que está ofertando ao mercado seus direitos de exploração da infraestrutura rodoviária, que lhe foram outorgados pelo Poder Público.

Sendo assim, como em qualquer transação de compra e venda, o vendedor estabelece o preço inicial e os potenciais compradores oferecem suas respectivas ofertas. Não faria sentido que o vendedor oferecesse uma oferta ao preço inicial se não houver um concorrente, já que foi ele que definiu o preço inicial. [...]

Obrigar os atuais controladores da concessionária a apresentarem proposta poderia ser inócuo, caso não haja mais concorrentes, pois o percentual de desconto seria o mínimo possível para se evitar a perda de receita. [...]

Eventuais assimetrias de informação do acordo celebrado pelo Poder Público e o privado serão mitigadas pelo procedimento competitivo, já que os descontos a serem ofertados pelos concorrentes equilibrará a formação dos preços, conforme o mercado.”

54. *A instrução da Secex Consenso confirma o entendimento da comissão, acima explicado pela ANTT, de como o processo competitivo, mesmo que vazio, valida os valores propostos: “o processo competitivo desenvolvido não garante, mas busca escolher a oferta mais vantajosa. Se não houver concorrentes, há uma indicação de que a tarifa e as condições estão calibradas com os valores de mercado, e até abaixo, pois não houve interessados. Se as condições estiverem privilegiando a concessionário, se houve oportunismo por parte da atual concessionária nas informações trazidas, haverá interessados no ativo e este mudará de controlador” (peça 105, parágrafo 45).*

55. *O parecer da Procuradoria da ANTT (peça 122) entende que “a área técnica apresentou justificativas satisfatórias que fundamentam a impossibilidade do quanto sugerido pelo MPTCU.”*

Reformular a antecedência mínima associada ao processo competitivo apresentando memória de cálculo com estimativa de prazos

56. *Sobre a questão dos prazos associados ao processo competitivo, o Procurador Rodrigo Medeiros discute que (peça 113):*

109. *Considerando a função precípua da “venda assistida” – qual seja, possibilitar a competição entre agentes privados e a redução tarifária, compartilhamos das preocupações da AudRodoviaAviação no tocante à exiguidade do prazo para que potenciais interessados possam participar de forma efetiva do sobredito leilão holandês.*

110. *Em outros termos, para que haja real possibilidade de redução tarifária, é imprescindível que se faculte tempo hábil para que potenciais competidores se organizem e precifiquem seus lances, sendo implausível que o prazo de setenta dias (peça 104, p. 45) seja suficiente para tanto.*

57. *O Parquet entende que há necessidade “b) de divulgação com antecedência suficiente para que haja a mais ampla competitividade, a favorecer a obtenção da “melhor oferta” e o conseqüente decréscimo tarifário (peça 113, parágrafo 114) e assim propõe “g) reformular a antecedência mínima associada ao processo competitivo para possível transferência do controle acionário da concessionária, apresentando memória de cálculo com estimativa de prazo para cada macroprocesso envolvido no procedimento (due diligence, precificação etc.).*

58. *Os prazos associados ao processo, em especial ao processo competitivo e de relicitação, foram alvo de intensa discussão na comissão devido à sua relevância e representatividade dentro da vantajosidade da solução proposta (Relatório, peça 104, figura 2: Etapas de Estruturação de um novo projeto de Concessão). A controvérsia tratada nesse caso diz respeito justamente à importância da celeridade da execução de investimentos na rodovia.*

59. *A agência reguladora, em sua Nota Técnica ANTT 6559/2024 (peça 121), complementa esse esclarecimento explicando que os “prazos dependem dos macroprocessos dos potenciais licitantes e não são parte de definição do regulador, portanto, a eficiência na contratação pode se alterar a depender do próprio entrante. A estipulação de um cronograma para processo competitivo decorre da relevância da variável tempo na discussão de um modelo de consensualismo, em que o intuito é trazer entregas de investimentos à sociedade com a maior brevidade possível” (peça 121, p.5).*

60. *Assim, foi definido o prazo mínimo de 70 dias entre a disponibilização do edital de processo competitivo e a realização do leilão. Como requerido, a agência reguladora apresenta um detalhamento do cronograma deste prazo:*

61. *Como relatado, tal prazo foi alvo de intensa discussão na comissão de solução consensual, tendo havido inclusive consultas informais a bancos e ao BNDES sobre tal cronograma. Tal prazo é de fato enxuto, mas a comissão entende que a janela temporal real e disponível para que potenciais competidores se organizem e precifiquem em seus lances é mais longa. Quando se definiu o prazo mínimo de 70 dias entre a disponibilização da documentação e publicação de edital do procedimento competitivo e a realização da sessão pública de leilão já se considerou que em caso de aprovação da solução pelo Plenário, há a publicação e publicização do acórdão e termos da solução. Desta forma, as informações iniciais estariam logo disponíveis a possíveis interessados em entrar no processo competitivo.*

364. *Ademais, assim que a solução for homologada, o máximo de informações sobre o novo contrato e o processo competitivo serão imediatamente divulgados pela ANTT e pela Concessionária. Ainda, informações para o due diligence da SPE serão disponibilizadas aos interessados, como previsto no Termo de Autocomposição e detalhado na seção sobre o processo competitivo.*

62. *Em despacho, o Secretário da Secex Consenso completa (peça 107):*

33. *O prazo de setenta dias para o procedimento competitivo, menor que o prazo de cem dias comumente ofertado pela Secretária Especial do Programa de Parceria de Investimentos da Casa Civil em leilões da espécie, pode ser justificado diante dos levantamentos já feitos, como haveres e deveres, mas também pelo menor risco presente no contrato reestruturado e modernizado, com ao menos um player manifestamente interessado, quando comparado a assunção de contratos em seu estado original, em que as discussões sobre atualizações regulatórias e macroeconômicas ainda não foram enfrentadas.*

63. *Ademais, a informação de que é possível que exista um leilão para as rodovias em relicitação e renegociação na Secex Consenso já é de conhecimento público. Tal possibilidade foi divulgada pelo Ministério dos Transportes e pela própria presidência do TCU. Assim, naturalmente, o*

mercado já está se antecipando em avaliações de interesse de participação nestes possíveis e eventuais processos competitivos.

64. *Existe também a percepção dos membros da comissão de que o mercado é ágil e se adapta a prazos mais curtos para realização de estudos, due diligence, etc. Assim, entende que tal prazo, não é o ideal, mas é viável para permitir a competição e entregar um processo célere.*

65. *Aqui também vale a pena trazer algumas atualizações e evoluções que vem ocorrendo recentemente no processo de solução consensual do TCU. Está planejado um Painel para discussão com o mercado do processo competitivo. Vale destacar que a solução já previa uma consulta ao mercado sobre o processo competitivo, como parte dos processos de Sandbox regulatório, conforme explicado no relatório (peça 104):*

367. *Por fim, como o procedimento competitivo será desenvolvido em sede de sandbox regulatório, as definições especificamente acerca dos trâmites do procedimento competitivo receberão contribuições e podem vir a ser alteradas pelos subsídios recebidos*

Demonstrar a prévia realização da consulta pública

66. *O MPTCU pede que se demonstre a prévia realização da consulta pública exigida pelos art. 68 da Lei 10.233/2001 e art. 10 da Lei 13.448/2017.*

67. *Sobre o aspecto de consultas públicas vale dizer que um dos importantes objetivos deste instrumento é dar transparência ao processo e permitir contribuições e melhorias ao processo.*

68. *Como já discutido o processo consensual exige presteza, e a vantajosidade da solução proposta se baseia fundamentalmente em celeridade na execução das obras e antecipação do cronograma investimentos em comparação à alternativa existente.*

69. *Assim, buscando atender tanto ao princípio da transparência quanto da celeridade, bem como eficiência e entrega de valor público é que esta comissão desenhou o processo competitivo. É verdade que a solução proposta não traz instrumentos idênticos aos preconizados nas citadas leis, mas desenho, a ser regulamentado pela ANTT tem como foco o objetivo da lei e traz vários instrumentos que entregam transparência e participação popular, promovendo a abertura de informações e possibilidade de melhoria do processo.*

70. *Sobre essa questão transcreve-se a colocação da ANTT (peça 121, p.6 item h):*

Não foi realizada consulta pública prévia conforme essas legislações devido ao rito e caráter sigiloso decorrente da solução consensual. Após o alcance da solução consensual, a ANTT lançará sandbox regulatório, previsto na Resolução 5.999 /2022, em que o edital de processo competitivo será divulgado à sociedade, com prazos e definições do que se espera desse processo, com o devido recebimento de contribuições da sociedade por meio de consulta pública. Além disso, no âmbito do edital, qualquer interessada poderá demandar esclarecimentos sobre a iniciativa.

71. *Ainda sobre o Sandbox, O Termo prevê:*

4.84. [...] *Assim, as definições especificamente acerca dos trâmites do procedimento competitivo podem vir a ser alteradas pelos subsídios recebidos no sandbox, e podem ser ajustados antes da publicação do edital.*

72. *Além do sandbox regulatório e publicação do edital para o leilão da SPE, o acordo prevê ainda outros instrumentos de transparência:*

5.4. *Durante o período de transição, a Eco101 deverá conferir publicidade ao acordo e disponibilizar em sítio eletrônico específico informações sobre a execução contratual em linguagem simples e acessível ao usuário.*

5.5. A ANTT deverá disponibilizar em sua página eletrônica os relatórios trimestrais de acompanhamento e os relatórios semestrais de apuração de adimplemento do período de transição, elaborados pela agência e pelo organismo de inspeção acreditada – OIA ou Verificador.

5.6. A Concessionária se compromete a apresentar, para conhecimento, a proposta para a comissão tripartite, regulamentada pela Resolução nº 5.938, de 04 de maio de 2021, composta por representantes da ANTT, dos usuários e da empresa delegatária, com a participação da sociedade civil, após aprovação do Plenário.

73. Por fim, destaca-se que as cláusulas do Termo (peça 73) são abundantes em prever mecanismos de transparência e abertura para controle social.

4.76. A concessionária se compromete a disponibilizar todas as informações necessárias ao mercado acerca da SPE, seguindo as regras típicas de um processo de M&A (Merges and Acquisitions ou Fusões e Aquisições), informações sobre a saúde econômico-financeira do ativo, compromissos assumidos e credores existentes, além de permitir a realização de due diligence pelos interessados.

4.77. A Eco101 se compromete ainda com a disponibilização de licenças ambientais, projetos funcionais e executivos, relatórios de monitoração existentes, composições de custos entre outros, produzidos durante a égide do contrato original, relicitação e dos trabalhos de Comissão de Solução Consensual, que serão detalhados no Edital de Processo Competitivo.

4.78. A ANTT é a responsável por disponibilizar, garantir e supervisionar a provisão de informações.

4.79. Após homologação do Plenário do TCU da solução, a ANTT irá conferir transparência e disponibilizará à sociedade os dados gerais do projeto, de modo a permitir eventuais contribuições da sociedade organizada antes da publicação do edital. Para tanto, os dados gerais do projeto (projetos, MEFs, Edital, Termo Aditivo e anexos, projetos, licenças, dentre outros) ficarão à disposição do mercado em sítio eletrônico específico da ANTT. Apontamentos da UT

4.80. O edital e TA poderão sofrer ajustes baseados e fundamentados nas contribuições recebidas, desde que não contraponham as condições estabelecidas neste termo. A ANTT definirá prazo e processo de oitiva da sociedade.

74. A procuradoria da ANTT reforça as questões de transparência (peça 122, p.25):

115. O incentivo à participação dos cidadãos nas decisões administrativas que afetem interesses públicos apresenta-se como importante mecanismo de reforço da legitimidade democrática, notadamente quando da elaboração de medidas regulatórias por agências estatais. Por esta razão, o artigo 68 da Lei 10.233/2001 dispõe que:

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

116. No caso concreto, todavia, a norma que exige a participação social nas decisões administrativas deve ser interpretada sistematicamente com a norma que garante a confidencialidade das informações relativas ao procedimento de mediação, prevista na Lei nº 13.140/2015.

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

A garantia de confidencialidade serve à própria eficiência das negociações, já que elas pressupõem que as partes, em especial, o parceiro privado apresente informações sobre sua gestão empresarial cuja divulgação aos concorrentes comprometeria a sua atividade empresarial.

118. Por tal razão, justifica-se que o controle social da solução consensual seja realizado após a sua celebração, mas antes de operado totalmente seus efeitos, no âmbito do processo do processo competitivo que ofertar ao mercado a possibilidade de aderir ao que foi negociado.

119. Com efeito, conforme relatado pela área técnica, o edital de processo competitivo ser divulgado à sociedade, com prazos e definições do que se espera desse processo, com o devido recebimento de contribuições da sociedade por meio de consulta pública”. Concilia-se, aqui, dois princípios aparentemente conflitantes, mas preserva-se o núcleo essencial de cada um, postergando, para um momento posterior, o processo de participação e controle social.

75. Desta forma, a comissão buscou incorporar à solução instrumentos de transparência sem comprometer a celeridade do processo, com destaque para o Sandbox Regulatório que contará com consulta sobre o modelo do processo competitivo, a disponibilização de informações no site da ANTT, proposta para comissão tripartite, entre outros.

Apresentar inventário detalhado dos bens reversíveis, com laudo de avaliação,

76. A respeito do inventário de bens reversíveis e eventual indenização que é paga a concessionária seja em caso de saída por relicitação, por caducidade ou por outro modo, reproduz-se aqui alguns dos assuntos discutidos ao longo dos trabalhos. O Relatório da Comissão (peça 104) explica:

293. O levantamento e acerto de haveres e deveres de uma concessão é habitualmente feito com a extinção antecipada do contrato de concessão para o pagamento de indenização pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Como aqui nesta solução consensual há a possibilidade de troca acionária, como previsto e descrito na seção sobre processo competitivo, existiu a necessidade de se estimar o saldo de haveres e deveres. Adicionalmente, aqui

existe também o compromisso de renúncia a litígios, incluindo processos administrativos e judiciais - assim, foi feito o levantamento da existência e valores de processos, como parte do detalhamento de passivos da Eco101.

333. De acordo com o art. 17, §1º, VII, da Lei nº 13.448/2017, nos processos de relicitação, a ANTT deve realizar o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados. O Decreto nº 9.957/2019, que regulamenta a Lei nº 13.448/2017, prevê que o cálculo seja certificado por empresa de auditoria independente: Por fim, a indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados consiste em apenas um dos itens da apuração de haveres e deveres e a Resolução ANTT nº 5.926/2021 estabelece outros itens incluindo saldo de multas e outros danos.

77. O relatório destaca ainda os desafios de ser realizar tal levantamento (trecho reproduzido no parecer do MPTCU, peça 113, p16), que é exemplificado pela ANTT (peça 121), e reforçado pela sua procuradoria (peça 122):

272. Primeiro, importa destacar que o objetivo exposto na lei é de possibilitar novos e imediatos investimentos no setor de infraestrutura de transportes, bem como sanear contratos vigentes cuja continuidade da execução se tornou inviável. Nesse sentido, durante os trabalhos da comissão, percebeu-se que um dos maiores desafios para o alcance desse objetivo estaria justamente na troca de concessão, que envolve a elaboração de um novo projeto e o cálculo de indenização.

O tratamento pormenorizado do valor de indenização só seria possível após o início dos trabalhos de um verificador independente, nos termos e formas previstos pela Resolução ANTT nº 5.860/2019, o que seria inviável para o caso em análise ao se considerar o prazo exíguo previsto na IN TCU nº 91/2022 [...].

Apenas a título de exemplo, no caso das concessões em processo de relicitação nos quais há contratação de verificador independente para o cálculo de indenização pelos bens reversíveis indenizáveis, o período compreendido entre a contratação da empresa e entrega do último produto costuma ser maior do que 1 ano, veja:

i) contrato do verificador da CONCEBRA (peça 130, SEI nº 13857666) com previsão contratual de duração de 2 anos e 9 meses;

ii) contrato do verificador da MS VIA (peça 131, SEI nº 8073497) com previsão contratual de duração de 1 ano e 8 meses; e

iii) contrato do verificador da VIA 040 (peça 132, SEI nº 5012477) com previsão contratual de 1 ano e 1 mês.

Como sabido, “não há um verificador independente contratado para a apuração de eventuais valores de indenização devidos ao controlador da Concessionária ECO-101, sendo os valores já apresentados ao TCU uma referência para a estimativa deste valor” (peça 121).

78. A ANTT complementa informando que tendo em vista a inexistência de um verificador independente, resta impossibilitada por parte da ANTT apresentar o inventário detalhado dos bens reversíveis e com os respectivos laudos de avaliação.

79. A ANTT na peça 122 ainda reforça:

122. Mais que isso, a contratação, no presente momento processual, de uma verificadora independente e a realização de todas as etapas que compõe a metodologia de cálculo trariam justamente importante malefício ao interesse público, consistente no retardo do início da execução dos investimentos, dado que foi justificado pela CSC para a desconsideração da alternativa da relicitação como melhor opção regulatória. (...)

125. Por fim, entende-se que o pagamento de R\$ 320 milhões por bens reversíveis não amortizados por outros interessados não constitui vantagem à atual controladora, mas decorre do próprio negócio jurídico a ser eventualmente celebrado, de que faz parte a transferência do ativo da SPE, além dos direitos de exploração da infraestrutura rodoviária previstos no contrato de Concessão.

80. Dessa forma, foram feitas estimativas dos valores de haveres e deveres (detalhadas na documentação da comissão) e foi feita estimativa “negocial do valor da venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE” (peça 104, item 5.5.3). As estimativas iniciais tiveram um valor superior aos R\$ 320 milhões. E justamente em função das imprecisões da estimativa, o valor inicial foi reduzido alcançando os R\$ 320 milhões. O parágrafo 335 do relatório (peça 104) cita que o valor negociado “representa um desconto aproximado de 29,31% sobre o ativo imobilizado e intangível estimado para agosto de 2024”.

Análise da capacidade técnica e econômico-financeira da concessionária

81. Sobre a capacidade da concessionária, a ANTT em sua nota técnica (peça 122) relembra que na oportunidade da solicitação de solução consensual (peça 11, Nota Técnica SEI nº 6823/2022/GEGEF/SUOD/DIR, SEI nº 13933361):

[...] a GEGEF apresentou subsídios à tomada de decisão para a relicitação do contrato, o que efetivamente ocorreu com o Decreto nº 11.539, de 31/05/2023, publicado no Diário Oficial da União em 01/06/2023. Posteriormente, foi celebrado, entre a ANTT e a Concessionária, o 3º Termo Aditivo ao Contrato em 30/08/2023.

Assim, reafirma-se que a análise de capacidade econômico-financeira, exarada na citada Nota Técnica SEI nº 6823/2022/GEGEF/SUOD/DIR, considerou dados conhecidos, constantes nos balancetes financeiros e nas demonstrações financeiras e contábeis auditadas e nos balancetes financeiros da concessionária.

Em prosseguimento, a ANTT elaborou o Relatório Consolidado de Fiscalização 2023 (peça 126, SEI nº 18289344) referente às documentações encaminhadas ao longo de 2022, e que resultou no Atestado de Regularidade (peça 127, SEI nº 20077714).

Já em relação às documentações encaminhadas ao longo de 2023, a ANTT elaborou, em julho de 2024, o Relatório Consolidado de Fiscalização 2024 (peça 125, SEI nº 23854117), que resultou no Atestado de Regularidade (peça 129, SEI nº 24466722), com vigência até a data de 05/08/2025.

Cabe salientar, contudo, que tais Relatórios Consolidados de Fiscalização se atêm aos itens de verificação de regularidade contratual, indicados nos itens integrantes do Anexo – A do "Manual de Fiscalização Financeira", aprovado pela Deliberação nº 341/2009, de 9/12/2009 e atualizado pela Deliberação nº 246/2022, de 19/08/2022.

Cumprir destacar que uma análise/avaliação das condições financeiras da SPE pode ser um dos produtos elaborados pelo verificador independente no advento da relicitação que contempla um relatório técnico a partir de um Modelo Econômico-Financeiro que possibilita a avaliação de: i) liquidez; ii) solvência; e iii) geração de fluxo de caixa.

82. Nesse sentido, a ANTT (peça 122) apresenta trecho retirado do produto 1 (SEI nº 5013864) da relicitação da Via-040, que elaborou de forma pormenorizada as atividades contempladas para execução do Produto 8 (Avaliação das Condições Financeiras).

83. A agência reguladora em sua nota conclui (peça 121, p. 8 e peça 122, p.30):

Desta forma, apesar de compreender a preocupação levantada pelo i. MPTCU, não seria possível, no momento, uma nova análise para se apurar uma capacidade técnica econômico-

financeira da Concessionária para honrar “novos investimentos”, visto a incerteza na celebração da solução consensual em curso, da eventual nova controladora e arranjos societários possíveis, novos aportes financeiros, pagamentos de dívidas existentes, novas obrigações (CAPEX e OPEX), dentre outras circunstâncias indispensáveis para tal análise.

Ou seja, com o êxito da referida solução consensual – SSC, podem ocorrer novos aportes, seja por meio do grupo controlador, em caso de permanência na concessão, seja por meio de um novo grupo ou “entrante”, que pode fazer um aporte para quitação ou diminuição da dívida ou ainda pagar um prêmio para o atual grupo controlador, o qual, por sua vez, também poderá fazer o mesmo quanto às dívidas.

Nesse sentido, com a melhora no perfil da dívida ou ainda com a sua quitação, a concessão apresentaria bons indicadores, com boa capacidade para quitação das dívidas no curto prazo, o que, por sua vez, dão causa a resultados melhores e, por consequência, a lucros recorrentes.

Por fim, os benefícios para o Poder Concedente e usuários de uma possível repactuação do contrato se refletiriam em uma concessão com capacidade de efetuar os investimentos previstos, o que melhoraria, naturalmente, os indicadores de liquidez, endividamento, resultado e risco financeiro, dentre outros.

84. *A Procuradoria complementa (peça 122, 127-129):*

127. Sobre este ponto, a área técnica informa a impossibilidade de realização de estudos aprofundados para aferição da capacidade técnica e econômico-financeira da concessionária honrar os novos investimentos, em virtude da ausência de dados certos sobre o êxito da solução consensual. A apresentação de um exemplo de um estudo deste jaez também parece apontar para um processo mais demorado, o que não se mostra factível no caso concreto, pelas razões já consignadas neste parecer.

128. Não obstante, a área técnica aponta um cenário otimista na hipótese de êxito na solução consensual, que pode fazer um aporte para quitação ou diminuição da dívida, de modo que a concessão apresentaria bons indicadores.

129. Por outro lado, a participação ativa da concessionária na busca de uma solução satisfatória para todas as partes obviamente indica que a modernização contratual também é vantajosa para o parceiro privado, o que pode levar à presunção de que detém capacidade técnica e econômico-financeira para honrar o que foi negociado e aceito por ela.

130. *Ademais, resta consignado no item 37 do Relatório da CSC que:*

A Ecol01 é uma concessionária pertencente ao grupo Ecorodovias, subsidiária do Grupo ASTM, sendo a segunda ‘maior operadora de concessões rodoviárias do mundo e a maior do Brasil em extensão. Atualmente o grupo Ecorodovias opera com 11 concessões em 8 estados brasileiros mais de 4.700 km de rodovias em seu portfólio.

131 Ao que parece, foram esses dados indiciários que permitiram a CSC concluir pela existência de viabilidade econômica, financeira e operacional do novo termo aditivo. Consoante consta do Relatório (item 425), os estudos que chegaram a tal entendimento puderam resultar de “uma metodologia mais simplificada, considerando que se está diante da repactuação de um contrato de concessão já existente, em que são sabidos, ou, ao menos, mais previsíveis, diversos fatores que serão levados em conta a tomada de decisão”.

426. Diferente da situação da estruturação de novos projetos, o caso em tela se refere a remodelação de um ativo já criado e um contrato em execução. De certo a concessão encontra-se sob nova configuração e modernizada, então as análises tecidas para a definição da solução foram baseadas em informações reais da concessão, tais projetos funcionais, projetos executivos, composições de custos, dados internos produzidos pela concessionária e verificados pela ANTT e Infra S.A., licenças ambientais, histórico de desapropriação, processos administrativos e judiciais,

diferente de um novo ativo, que parte do zero de alguns das informações acima citadas. Esse fato permitiu ao poder concedente checagens e verificações mais direcionadas e céleres acerca dos estudos feitos.

132. Do exposto, conclui-se que ausência de um estudo aprofundado a respeito da capacidade técnica e econômico-financeira da concessionária não pode ser considerado um empecilho absoluto à solução consensual almejada.

85. Por fim, estão anexos relatórios e atestados de regularidade econômico-financeira nas peças 125-128.

Suprimir futura inclusão do Contorno de Linhares

86. A obra do Contorno de Linhares é um projeto importante que também foi tem de ampla análise pelos componentes da Comissão.

87. O MPTCU discute (peça 113):

135. Sobre o tópico 'b' (Contorno de Linhares), a situação nos rememora o processo de duplicação da Nova Subida da Serra no bojo da concessão de trecho da BR-040 (TC 014.689/2014- 6, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), cujo contrato se limitava a adiantar os contornos da intervenção viária, e que demandou tantas injunções do Tribunal (e.g. TCs 021.526/2017-6 e 023.204/2015-0, ambos Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues). Naqueles autos, várias impropriedades advieram da inclusão prematura do investimento, sem que houvesse a estimativa de custo e outros parâmetros necessários para sua adequada configuração.

136. Sobejamente patenteados os riscos de se adiantar, em processos de concessão rodoviária, a inclusão de intervenções futuras sem projetos definidos, o Parquet consigna sua preocupação com essa opção negocial, opinando desde já por sua exclusão.

88. E propõe (peça 113):

k) suprimir referência à futura inclusão do Contorno de Linhares no Termo de Autocomposição, tendo em vista os expressivos riscos ilustrados em iniciativas semelhantes (TC 014.689/2014-6, "Nova Subida da Serra").

89. Sobre este ponto, a Nota Técnica ANTT 6559/2024/SUCON (peça 121) destaca as previsões do Contorno de Linhares nos documentos do processo de autocomposição aqui em análise e rememora trecho da Minuta de Termo de Autocomposição que trata do assunto:

3.3 O Prazo da Concessão **poderá** ser alterado para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, prioritariamente para a inclusão dos investimentos referentes às obras do **Contorno de Linhares**.

90. Por sua vez, a Minuta de Termo Aditivo prevê que:

4.6. Foi reconhecido o interesse público na realização do **Contorno de Linhares**. Considerando a necessidade de conclusão prévia de licenciamento ambiental com definição de traçado e aprovação de projeto executivo, ficou definido que tais investimentos serão incorporados ao contrato em momento posterior, utilizando-se a metodologia de Fluxo de Caixa Marginal – FCM, conforme normatização vigente da ANTT. (...)

4.24. A inclusão de investimentos relativos ao **contorno de Linhares poderá** ser feita via alteração de prazo, observado o limite máximo de 5 anos.

4.25. Observado o prazo para inclusão dos investimentos **Linhares**, no que tange a inclusão de outros investimentos via alteração de prazo, deverá ser observado o saldo de prazo remanescente, dentro de limite de 15 anos estabelecidos na política pública, para o caso concreto da Eco101.

91. *Adicionalmente, a minuta do Programa de Exploração Rodoviária (Volume II) estabelece em seu Apêndice G (peça 102):*

*Está sendo prevista a implantação do **Contorno de Linhares**, cuja principal função é atender o tráfego de longa distância, eliminando o tráfego de passagem do interior de Linhares. Após a conclusão das obras, a Concessionária se tornará responsável pelo Contorno de Linhares, sendo o trecho urbano contornado transferido ao Poder Concedente e a sua extensão descontada da Concessão. Ressalta-se que, até a transferência, permanece a concessionária responsável por manter o trecho nas mesmas condições do restante da concessão, observando os parâmetros definidos no PER. **Caso a concessionária seja instada a executar o referido Contorno**, deverá implantá-lo de acordo com as premissas e prazos dispostos a seguir:*

*No EVTEA a ser desenvolvido pela Concessionária, deverão ser considerados os respectivos custos de manutenção, conservação, operação, monitoração, remoção de interferências, desapropriação, licenciamento ambiental e seguro de obra, entre outras obrigações indiretas. A inclusão do Contorno de Linhares no contrato de concessão **poderá** ser promovida mediante deliberação da Diretoria em termo aditivo contratual, cujos efeitos tarifários serão incorporados por meio da revisão extraordinária ou quinquenal, nos termos da legislação e normativos vigentes, com base no projeto executivo aceito.*

92. *Assim, a ANTT analisa (peça 121):*

Observa-se, portanto, de todos os trechos colacionados, que não há qualquer inclusão prematura de investimento no termo aditivo, sem estimativa de custo e traçado, como faz supor o Parquet.

*O que se propõe no acordo consensuado é que a Concessionária deverá apresentar o EVTEA e o Projeto Executivo, nos 4º e 5º anos-concessão, respectivamente. A partir de tais estudos, o Poder Concedente, **poderá** promover a inclusão do investimento por meio de Termo Aditivo contratual, com base no projeto executivo aceito, e conforme a conveniência e oportunidade a ser definida pela política pública no momento futuro.*

Entende-se que incluir os estudos e projetos executivos na modelagem econômica original da concessão evita futuras discussões sobre a remuneração de tais projetos por meio de aditivos contratuais.

Sabe-se que existe grande litigância regulatória quanto à forma de remuneração de tais estudos e projetos executivos quando solicitados pela ANTT em momento posterior à celebração do Contrato.

Cita-se como exemplo o Procedimento Arbitral nº ICC 23932/GSS/PFF, entre a ANTT e a Concessionária BR-040 S.A. (Via 040). Ali se discute o requerimento da ANTT para realização de estudos e projetos executivos para melhoria da fluidez no trecho compreendido entre Brasília/DF e Luziânia/GO. A Concessionária questiona a forma de remuneração pelas inúmeras requisições de projetos e orçamentos após a celebração do contrato.

Do mesmo modo, no Procedimento Arbitral nº ICC 24595/PFF, entre a ANTT e a Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. (CONCEBRA), se discute a remuneração pela elaboração de estudos e projetos qualitativos e quantitativos referentes ao trecho do contorno urbano de Goiânia, incluído posteriormente no Contrato de Concessão.

Diante de tais litígios, fica evidente que há maior segurança jurídica na opção regulatória, aqui questionada, de incluir previamente a elaboração de estudos e projetos na modelagem, para posterior deliberação sobre a conveniência de execução do investimento, que dependerá dos custos, da modicidade tarifária, do nível de serviço do trecho rodoviário, entre outros inputs que servirão de elementos para a tomada de decisão a posteriori.

Ademais, os estudos e projetos a serem elaborados pela ECO-101 poderão ser submetidos ao controle prévio do Tribunal de Contas da União antes da decisão de incluir o investimento no contrato, tal como ocorreu no termo aditivo que inseriu os investimentos do Contorno de Florianópolis no Contrato de Concessão com a Autopista Litoral Sul. Maior obra rodoviária da América Latina, entregue recentemente ao usuário da rodovia.

Salvo melhor juízo, entendemos que não há nenhuma similitude fática entre o caso aqui em análise e o case da Nova Subida da Serra. Naquele caso, houve celebração de termo aditivo com inclusão de obra de grande vulto, sem que o orçamento tenha sofrido controle prévio do TCU. O controle posterior identificou irregularidades que levaram à paralisação das obras e a necessidade da realização de novos estudos e projetos.

Por tudo isto, conclui-se que a inclusão prévia dos estudos e projetos do Contorno de Linhares garante maior segurança jurídica, para que se decida somente no futuro pela realização da obra, ao tempo que não obriga previamente o Poder Concedente a realizá-la.

93. *Assim, resta claro para os membros da comissão que a inclusão do Contorno de Linhares, conforme a proposta apresentada, tem justamente o objetivo mitigar e dirimir os riscos apontados pela manifestação do Parquet de Contas.*

94. *A minuta do Termo estabelece apenas um compromisso de que tal obra será incluída, considerando que ela é fundamental para o interesse público. O Contorno já constava na primeira licitação, e ainda não foi executado devido à falta de definição dos projetos, traçado e outros fatores. Diante disso, o Ministério dos Transportes, como responsável pela direção da política pública, considerou essencial manter a intenção de execução dessa obra, sem onerar, entretanto, o usuário com aumento de tarifa, em razão de os valores estimados para a execução não estarem lançados no modelo econômico-financeiro.*

95. *A Comissão buscou mitigar os riscos associados à inserção da obra no MEF, e consequente cobrança de tarifa, sem que houvesse informações suficientes de projetos e orçamentos adequados.*

96. *Registra-se, portanto, o compromisso de execução da obra, estabelecendo-se um prazo para a elaboração dos projetos. Assim que houver dados mais robustos e menos referenciais, a obra será incorporada ao contrato, em conformidade com a regulamentação vigente da ANTT, de forma semelhante à inclusão de inúmeros investimentos ao longo de um contrato de longa duração.*

97. *Conclui-se, portanto, que os riscos apontados pelo MPTCU foram, de fato, identificados por esta comissão, e, justamente por isso, a proposta foi elaborada com tal, sem que o Contorno impactasse em tarifa, porém constando a necessidade de sua inclusão após serem vencidas as etapas para sua inclusão com segurança de sua precificação.”*

IV. MANIFESTAÇÃO DA AUDITORIA ESPECIALIZADA

98. *O despacho do Ministro Relator Walton Alencar solicitou ainda (peça 116) manifestação “sobre a possibilidade de sanar os pontos constantes do relatório da unidade de Auditoria Especializada que foi representada na CSC pela AudRodoviaAviação, apresentando justificativas para o não acolhimento das correções propostas, se for o caso”. Estas manifestações da Auditoria Especializada estão nas peças 92 e 93.*

99. *Como descrito no relatório (peça 104, seção 7, p.67) a modernização do atual contrato de concessão da Eco101, precedida de procedimento competitivo, não contou com a concordância da Auditoria Especializada.*

100. *O relatório destacou ainda que os auditores contribuíram de sobremaneira com a comissão, sempre apontando riscos relevantes e fazendo verificação de informações (peça 104, relatório, parágrafo 463). Os apontamentos feitos pela Auditoria Especializada foram objeto de amplo*

e construtivo debate nas reuniões da comissão e em reuniões bilaterais. Os pontos levantados estão endereçados no relatório, na instrução da SecexConsenso (peça 105), que comentou os principais apontamentos da Auditoria Especializada (peça 105, parágrafos 22-52).

101. Assim, aqui reproduz-se alguns dos pontos discutidos no relatório da Comissão (peça 104) e nas instruções da Secex Consenso (peças 105, 106 e 107) que abordam os apontamentos da AudRodoviaAviação.

102. Alguns dos pontos abordados pelo auditor foram também discutidos pelo MPTCU e esclarecidos, na medida em que foram endereçados na comissão, na seção anterior da presente instrução.

103. Em linhas gerais, a Auditoria Especializada discorre: a) aspectos legais e materialidade da reformulação proposta ao contrato, incluindo a vinculação ao instrumento convocatório e dever de licitar, b) conexão entre a solução e as causas da inviabilidade contratual, c) vantajosidade, d) incertezas nos valores adotados, e) processo competitivo, f) risco moral e sistêmico e g) jurisprudência do Tribunal.

104. Vale iniciar a discussão com a ponderação de “que para casos com esta complexidade, que tratam de contrato de longa duração, durante um período com grandes mudanças macroeconômicas (incluindo a crise econômica de 2014/2016 e a pandemia de Covid-19) não há uma solução ideal ou perfeita, existe, sim, a solução possível (peça 105, parágrafo 13).

105. A instrução da Secex Consenso ainda adicionou que “nesta situação específica observou-se um equilíbrio delicado entre riscos e benefícios. No fechamento do acordo, os membros da comissão, excetuando-se a Auditoria Especializada, estavam convencidos que os benefícios alcançados com a repactuação superam os riscos residuais identificados. Assim, a respeito deste tênue balanço entre custo/ benefício e das divergências neste caso da Eco101, há necessidade importante de análise e manifestação do Plenário deste TCU” (peça 105, parágrafos 21 e 23).

106. A respeito da legalidade, o relatório da comissão traz uma extensa discussão em seu item 2.3. Legalidade e o Consensualismo e a Mutabilidade Contratual (peça 104, p.16). O Secretário da Secex Consenso complementa a discussão e aborda o paradigma entre Eficiência com a Legalidade (peça 107):

Desse modo, retomando a discussão sobre conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência, por vezes esse aparente conflito reside numa interpretação mais restritiva dos dispositivos legais, que engessam a administração pública em tomar uma decisão mais eficiente e que traga retorno mais rápido para o cidadão, conforme expresso na exposição de motivos da Emenda Constitucional 19/1998.

Logo, essa interpretação mais restritiva quando comparada com a adoção de uma solução mais elástica, estaria advogando contra o interesse público, na medida que privaria o cidadão do usufruto de um serviço prestado com uma qualidade melhor.

107. E na instrução do Diretor (peça 106, página 4) discute:

Outro ponto de risco apontado pela unidade de Auditoria Especializada é se que se “criou materialmente um novo contrato, sem a execução de um procedimento licitatório, sem a realização de audiência pública e com base em soluções e valores integralmente produzidas pela concessionária”.

A crítica que a mutação contratual proposta deveria obedecer ao contrato original, não se pode contrapor que a única opção real, a relicitação, e não a um ajuste ao contrato já fracassado.

O arcabouço jurídico para mutações contratuais é robusto, especialmente quando decorrem de soluções consensuais que buscam a eficiência na alocação dos recursos já escassos.

Diante da urgência em suprir o déficit em infraestrutura, é pertinente questionar: será prudente postergar por mais alguns anos os investimentos essenciais? A necessidade de uma resposta ágil e adaptativa a mudanças macroeconômicas e setoriais sugere que a melhor estratégia é agir prontamente para fomentar o desenvolvimento sustentável e a competitividade econômica.

108. *Ainda sobre a legalidade vale reproduzir aqui discussão da Secex Consenso trazida no TC 033.777/2023-3, peça 104:*

13. *Importante ressaltar que, em nenhum momento, a comissão fechou os olhos ao princípio constitucional da legalidade, previsto na Carta Magna de 1988, que determina que a administração pública só possa agir como expressamente autorizado em lei, objetivando garantir segurança jurídica, previsibilidade das ações do Estado e proteção dos direitos dos cidadãos contra atuação arbitrária dos detentores do poder estatal.*

14. *Por outro lado, por uma questão de ponderação dos princípios constitucionais por parte dos gestores públicos que estiveram na mesa, aplicadores do direito no caso concreto, entendeu-se que se tratava de um caso limítrofe que demanda uma atuação eficaz para garantir a preservação de princípios aplicáveis ao tipo do contrato (de concessão) em questão, como o da continuidade do serviço público, do atendimento ao usuário da rodovia e ainda da modicidade tarifária.*

15. *Importa destacar que não se está a tratar de um mero caso de baixa performance contratual, mas de um caso de ruptura total do contrato e a completa insustentabilidade financeira do mesmo, a ponto de a empresa ter pedido relicitação.*

16. *Também se deve ressaltar que a decisão tomada pela comissão teve como premissa o reconhecimento de que é o usuário aquele que será mais impactado pela falta de investimentos por muitos anos caso se opte por aguardar o fim da relicitação e uma futura realização de novo leilão.*

17. *Com vistas a corrigir tais discrepâncias, a legislação aplicada às concessões, Lei 8.987/1995, previu mecanismos mitigadores de ineficiência, a exemplo do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 9º, §2º) e a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, desde que com prévia anuência do Poder Concedente (art. 27).*

18. *Desse modo, quando postos na balança um conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência, o caminho tradicional e conservadoramente adotado caminha para uma interpretação mais restritiva dos dispositivos legais, que engessam a administração pública em tomar uma decisão mais eficiente e que traga retorno mais rápido para o cidadão. Isso não quer dizer, todavia, que a interpretação mais restritiva quando comparada com a adoção de uma solução mais elástica configura qualquer ilegalidade. Pelo contrário, entendeu-se que mesmo uma solução de uma repactuação mais elástica atende o interesse público, na medida que garante ao cidadão a prestação de um serviço público com uma qualidade melhor.*

109. *Os apontamentos da Auditoria Especializada sobre a conexão entre causas da inviabilidade e a solução desenvolvida se contrapõe aos itens 4.1. e 4.2 do relatório. Sobre esta questão que se combina com a análise de vantajosidade é importante repetir que a solução avaliada sob a perspectiva das alternativas disponíveis e viáveis (peça 105):*

40. *Comparar a solução proposta com uma realidade almejada, ideal – que não foi e não será alcançada – é um exercício hipotético e que não apoia o gestor em suas decisões em seu dever de fazer. O estudo de alternativas e a comparação de vantajosidade com o contrafactual (inclusive indo além do que prevê a legislação) foi feita de forma robusta pela comissão e discutida extensivamente no relatório (peça 74, 4.2 Opções e soluções exploradas e 6.3 Vantajosidade da repactuação em relação ao prosseguimento da relicitação).*

110. *Os valores adotados foram apresentados no relatório item 5.1 Modelo Econômico-Financeiro que relata que as discussões foram fundamentadas em diversas Notas Técnicas*

da ANTT (peça 11, peça 71, entre outras), análise feita pela Infra S.A (peça 70). A justificativa para o uso de valores paramétricos foi discutida de forma adicional no item e) da presente instrução.

111. Neste contexto, vale trazer o conceito de *Value for Money*, diretriz do governo britânico para políticas públicas em geral e muito aplicável em concessões. O conceito refere-se à obtenção do máximo benefício possível a partir dos recursos públicos gastos. Em outras palavras, o objetivo é garantir que os investimentos feitos pelo governo proporcionem a melhor relação custo-benefício possível, entregando serviços e infraestrutura de alta qualidade de maneira eficiente e econômica.

112. Sobre o processo competitivo e sobre a conexão com o Acórdão 1593/2023, destaca-se o *distinguishment* proposto pelo MPTCU (peça 113):

76. Pode se concluir, portanto, que a CSC invoca “o mecanismo competitivo” a que a nova pactuação seria submetida como possível fator de *distinguishing*, a justificar a relativização de disposições do Acórdão 1.593/2023-Plenário no caso concreto.

113. A Auditoria Especializada argumenta que (peça 92, parágrafo 175) as “modalidades de licitação encontram-se taxativamente definidas na Lei 14.133/2021, não se cabendo compreender que o processo delineado na proposta de solução contratual pudesse suprir a exigência de realização de licitação.”

114. O despacho da Secex Consenso completa (peça 107):

31. Sobre a legalidade do processo competitivo, ressalto que a troca de controle societário ou troca do concessionário, institutos presentes na Lei de Concessão, tem características de negócio jurídico privado, uma vez que o concessionário busca no mercado, com prévia autorização do regulador, um outro particular interessado em assumir o contrato.

115. E o próprio MPTCU (peça 113) entende que:

88. Desse modo, dada a plausibilidade da solução idealizada pela CSC, no que tange a seu potencial para superar a quebra de isonomia e a propiciar a busca de condição mais vantajosa para o interesse público em termos de modicidade tarifária, entendemos que não deve o controle externo se opor ao caminho discricionária e consensualmente construído. Isso passa, inclusive, por admitir relevar as legítimas preocupações de favorecimento indevido que bem justificaram os parâmetros do Acórdão 1.593/2023 aqui enfrentados, a fim de lhes excepcionar em face da assecuração da submissão dos novos termos contratuais a processo competitivo idealmente impessoal e isonômico.

89. Não se dispensa, obviamente, a devida atenção a potenciais riscos à ampla competitividade e à isonomia de tal procedimento, os quais deverão receber máxima atenção da agência reguladora e desse órgão de controle externo no delineamento do pretendido leilão.

116. Destacamos trecho de guia do Banco mundial:²²

Embora algumas jurisdições simplesmente desencorajem projetos iniciados de forma privada, muitas desenvolveram mecanismos para aproveitar as iniciativas vindas do mercado, ao mesmo tempo que introduzem tensões competitivas. Não há consenso internacional sobre a melhor forma de submeter propostas não solicitadas a processo licitatório, mas as seguintes abordagens podem ser aplicadas:

²² ADB, EBRD, IDB, IsDB e WBG. 2016. Guia de certificação em Parcerias Público-Privadas (PPP) da APMG – Capítulo 1. Washington, DC: Grupo do Banco Mundial. Licença: Creative Commons Atribuição CC BY 3.0 IGO. P. 134. Disponível em: <https://ppp-certification.com/sites/www.ppp-certification.com/files/documents/Capi%CC%81tulo%205%20-%20Estruturac%CC%A7a%CC%83o%20e%20Redac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Minutas.pdf>.

Desafio suíço - após uma abordagem não solicitada, um processo de licitação aberta é conduzido. Se o proponente não vencer, tem a opção de igualar a proposta vencedora e ganhar o contrato. Essa abordagem é usada nas Filipinas e em vários estados da Índia

Inclusão na rodada de apresentação de melhor proposta final - um processo de licitação em duas etapas em que os licitantes com melhor classificação da primeira fase (como uma etapa manifestação de interesse) são convidados a apresentar propostas finais em uma segunda fase. O proponente da proposta não solicitada é automaticamente incluído na segunda fase. Esta abordagem (bem como a abordagem da remuneração do desenvolvedor, abaixo) é usada no setor de estradas da África do Sul.

117. *Por fim, os riscos e sua mitigação com os mecanismos de processo competitivo são parte da divergência entre a Secex Rodovia Aviação e permeia toda documentação aqui apresentada.*

V. PARECER DA PROCURADORIA FEDERAL DA ANTT E RECONHECIMENTO DA VIABILIDADE JURÍDICA DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO

118. *A Procuradoria Federal da ANTT traz aos autos o Parecer 00154/2024-PF-ANTT/PGF/AGU (peça 122). Esse parecer registra que sua análise se deu em regime de urgência e tomou por base os elementos constantes dos autos do processo. Vale citar que representantes da procuradoria da ANTT foram convidados e participaram integral e ativamente das reuniões e discussões da Comissão. O parecer esclarece o papel da Procuradoria-Geral Federal como o de “prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico. Por conseguinte, não lhe compete adentrar à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da gestão administrativa, tampouco analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, financeira, contábil e/ou orçamentária.” (parágrafo 7, peça 122).*

119. *O texto faz considerações sobre a possibilidade de solução consensual de controvérsias que envolvam o Estado (item 2.3, peça 122) e apresenta fundamentos jurídicos da mutabilidade dos contratos de concessão (item 2.4, peça 122). Estas informações seguem a mesma linha e complementam as apresentadas na solicitação inicial e no relatório da comissão.*

120. *O item 2.6 (peça 122) faz uma análise pormenorizada do atendimento da proposta de solução consensual às diretrizes constantes do Acórdão 1593/2023. A seção se refere à Nota Jurídica nº 00030/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (peça 134).*

121. *Em seguida a Procuradoria faz considerações sobre o parecer do MPTCU (peça 113) complementa as informações trazidas pela Sucon (peça 121) em sua Nota Técnica. Tais adições estão discutidas na seção III da presente instrução.*

122. *O parecer conclui (item 2.20, p;32, peça 122) trazendo atualizações importantes sobre o papel da AGU nas comissões de soluções consensuais e reconhecimento da viabilidade jurídica da celebração do acordo e esclarece-se que foi recentemente editada a Portaria Normativa PGF/AGU Nº 58, de 24 de junho de 2024, cuja entrada em vigor se deu em 1º de agosto de 2024, que dispôs sobre a atuação da Procuradoria-Geral Federal perante o Tribunal de Contas da União nos procedimentos voltados para a solução consensual de controvérsias. A peça traz um resumo da disciplina da Portaria:*

- o imprescindibilidade de elaboração de parecer prévio, pela PF/ANTT, quanto à admissibilidade/possibilidade jurídica de se resolver a controvérsia por meio de solução consensual;*
- o subdelegação ao Procurador-Geral da Agência para autorizar a celebração do termo que formaliza a solução consensual;*
- o autorização do Procurador-Geral pressupõe parecer da PF/ANTT que enfrente:*

- a vantajosidade da solução consensual para a autarquia ou fundação pública federal;
- a conformidade jurídica das cláusulas do termo a ser celebrado.

o autorização do Procurador-Geral depende de análise conclusiva da entidade pública sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas.

123. Assim, a PF/ANTT entende que neste momento, já recai sobre o Procurador-Geral da ANTT a competência para autorizar a celebração do acordo que formaliza a solução consensual. Transcreve-se abaixo o teor do parecer:

“ 144. Por fim, é preciso reconhecer que a análise de vantajosidade está suficientemente demonstrada no Relatório da Comissão de Solução Consensual, cujos argumentos não nos cabe por em xeque e em relação aos quais não há, de igual forma, razão alguma para duvidar. Sua análise se deu de forma criteriosa, e sob diferentes perspectivas.

145. O Relatório da CSC, ao longo de suas 88 páginas, reporta todo o caminhar e evolução das discussões, e demonstra o comparativo entre os vários cenários cogitados. Ao tempo em que enfatiza a importância de se ter um contrato viável, desenhado com as melhores práticas e mecanismos de enforcement em sua gestão, parte da constatação de que a antecipação de obras na rodovia é crucial para a população. A manutenção da relação contratual com a atual SPE, ainda que ela venha a ter seu controle acionário alterado, é a alternativa que permitirá a retomada dos investimentos com muito mais agilidade, comparativamente a uma nova licitação.

146. E o que nos parece mais relevante, em todo esse contexto, é a constatação de que a resolução amigável de disputas incentiva e atrai, de fato, uma maior colaboração entre as partes. A relação de confiança estabelecida nesse espaço, por certo, é benéfico para a execução futura do contrato. As decisões e caminhos construídos em ambiente negocial e de maneira colaborativa, & sabido, fazem com que as partes se comportem de forma mais propensas a manter uma relação positiva e cooperativa, em proveito, decerto, da prestação do serviço público delegado.

147. Prova disso é saber que, enquanto Administração Pública e concessionária se debatiam, no judiciário e em discussões no âmbito administrativo e em sede de órgãos de controle, os usuários vinham sofrendo com a má prestação dos serviços.

148. Ater-se aos exatos termos do que foi originalmente pactuado representa, nesse caso, concluir pela necessidade de morte desse mesmo contrato. Seria um contrassenso: privilegiar o contrato da forma como inicialmente estruturado (acovardando-se em renegociá-lo de forma suficientemente ampla para alcançar o resultado almejado) pressuporia reconhecer que ele não merece sobreviver, pela sua evidente inviabilidade, escancarada nos anos de vigência contratual. A saída negocial caminha em sentido contrário na medida em que confere a importância devida à retomada imediata dos investimentos, escorada em um contrato mais moderno e com obrigações e tarifas mais adequadas.

149. Com isso, parece-nos possível concluir que, tal como demonstrado, a alternativa mais vantajosa, a essa altura e dadas as circunstâncias fáticas, reais, é de fato a repactuação do contrato nos termos propostos.

150. É também o que já parece ter sido ponderado pela Diretoria Colegiada da Agência que, nos termos da ATA DA 92ª REUNIAO DE DIRETORIA ADMINISTRATIVA (SEI 23635430). a0 aprovar o relatório final, o termo de autocomposição e anexos, produzidos pela comissão de solução consensual - CSC, tem essa solução como a opção mais vantajosa ao interesse público.

124. Tal processo descrito no parecer (peça 122, item 2.20) está formalizado no Despacho 11822/2024 PF-ANTT/PGF/AGU, peça 123.

VI. CONCLUSÃO

125. *Trata-se de proposta de solução consensual sobre o contrato de concessão da rodovia Eco101, de 2013, para exploração da Rodovia BR 101 no estado do Espírito Santo.*

126. *A presente instrução, atende a despacho do Ministro Relator Walton Alencar (peça 116) e faz análise dos impactos de sentença proferida em Ação Civil Pública do MPF sobre o tema, sobre a manifestação do Ministério Público junto ao TCU (peça 113) a respeito da solução proposta e de alguns pontos constantes da instrução da AudRodoviaAviação (peças 92 e 93). Por fim, destaca a inclusão nos autos de despacho da Procuradoria Federal da ANTT com o reconhecimento da viabilidade jurídica da celebração do acordo (peça 123). As considerações trazidas são baseadas em memorando apresentado pela Concessionária Eco101 (peça 117) e Notas Técnicas da ANTT e sua Procuradoria (peças 120-132).*

127. *Há duas ações civis públicas propostas pelo MPF que envolvem a Concessionária Eco101, relacionadas à Operação da Polícia Federal denominada Infinita Highway. A comissão de solução consensual, ciente dessas ações, considerou-as ao elaborar uma proposta de solução que prevê a penalização da concessionária e a reparação integral dos supostos benefícios indevidos obtidos. Foi proferida sentença em uma das ACPs, que impõe restrições à Eco101. A concessionária avalia que a sentença não interfere no acordo proposto, argumentando que o termo de autocomposição abrange questões mais amplas do que as tratadas na sentença. Esse entendimento é corroborado pela Procuradoria da ANTT, que também destaca a ausência de efeito imediato da sentença devido à expectativa de recurso com efeito suspensivo e de que não há condenação transitada em julgado*

128. *Após a conclusão dos trabalhos da comissão a proposta de solução foi encaminhada ao MPTCU, conforme preconiza a IN TCU 91/22, que propõe condicionar a homologação de solução consensual à prévia retificação de alguns pontos que a instrução discute.*

129. *Sobre o item a) processos administrativos e judiciais se esclarece que tais processos já estavam relacionados nos autos (peças 6,7 e 65-69, em forma de itens não digitalizáveis), que foram complementadas pela Agência Reguladora nas peças 125-128, também com as planilhas completas em Excel, em forma de itens não digitalizáveis. Não obstante a relação apresentada, convém destacar que se trata de rol não exaustivo e que a cláusula sexta do acordo proposto deixa claro que a Concessionária renuncia a todos os processos administrativos e judiciais existentes.*

130. *A respeito da anulação de Processos Administrativos Sancionadores – PAS (item b), a agência reguladora argumenta que a condução dos processos administrativos de penalidades é uma prerrogativa da ANTT (conforme previsão do art. 78-A da Lei nº 10.233/2001. Demonstra que há base legal para a anulação de tais processos administrativos e fundamento em pareceres jurídicos emitidos pela Procuradoria Federal junto à ANTT e em súmulas da Agência. A ANTT apresenta arquivo anexo onde lista todos os processos que foram anulados e as respectivas motivações individualizadas.*

131. *Sobre aplicação de desconto em multas de PAS por analogia à Resolução da ANTT (item c) a agência e a comissão entendem que este é um parâmetro razoável e indica que a busca da solução consensual se utilizou, quando possível, de ferramentas regulatórias já consagradas no setor. Há diplomas jurídicos e dispositivos que fornecem a base para a celebração de acordos e a concessão de descontos em multas administrativas. Logo, parece justa a aplicação, por analogia à Resolução ANTT 5.823/2018, do desconto global de 40% sobre o valor total dos processos administrativos sancionadores ativos no âmbito desta solução consensual.*

132. *Sobre a proposta do Ministério Público de Contas de reconsiderar a vinculação do montante das penalidades pagas pela concessionária à conta atrelada à concessão (item d), elucida-se que a conta vinculada é gerenciada pela agência reguladora e a destinação dos recursos é*

definida pela ANTT e não pela concessionária. Assim o montante a ser convertido em recursos vinculados não deve ser entendido como benefício à concessionária, pelo contrário, o mecanismo de recursos vinculados é uma reserva de contingência para que o Poder Concedente.

133. A respeito dos volumes de tráfego adotados, é importante reiterar que essas informações foram baseadas nos dados contidos nas peças 71 complementadas na peça 121. No apontamento do item “e” feito pelo MPTCU surge a discussão sobre a apresentação de custos unitários para investimento. Nesse sentido, a escolha pela utilização de uma metodologia paramétrica, em detrimento dos custos unitários, para a análise dos valores associados aos investimentos, se justifica por ser este o método que mais se aproxima da forma de cálculo empregada na aferição desses valores durante a elaboração do Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) de novos projetos de concessão. Além disso, a determinação dos custos unitários pressupõe um processo mais demorado, o que se mostra incompatível com a dinâmica do processo de solução consensual e com a urgência imposta pela própria política pública ministerial. É válido mencionar que o processo competitivo atua como uma medida de contingência contra o risco de assimetria de informações, servindo como um importante complemento para validar os valores.

134. Sobre a preocupação com um possível favorecimento indevido aos atuais controladores da concessionária no processo de leilão, especialmente na possibilidade de arrematação pelo valor do lance inicial sem desconto significativo (item f), esta é mitigada pela natureza competitiva do leilão. Os leilões servem como mecanismos para mediar as assimetrias de informação, tanto em contextos públicos quanto privados. No caso do procedimento competitivo privado, como o descrito, o desconto sobre o preço inicial reflete a assimetria de informação entre os participantes privados, com o poder público atuando como um terceiro interessado. Obrigar os atuais controladores da concessionária a apresentarem proposta poderia ser inócuo, caso não haja mais concorrentes, pois o percentual de desconto seria o mínimo possível para se evitar a perda de receita. Assim, entende-se que o procedimento proposto contribui para a mitigação de eventuais assimetrias de informação e garante a integridade do processo competitivo.

135. A proposta de reformular a antecedência mínima para o processo competitivo é destacada pela importância de garantir tempo suficiente para que potenciais competidores se preparem adequadamente, visando uma competição efetiva (item g). A comissão entende que o prazo proposto reflete a relevância da variável tempo na discussão de um modelo de repactuação que visa acelerar a execução de investimentos e entregar benefícios à sociedade com a maior brevidade possível. A agência reguladora, ao definir o prazo mínimo de 70 dias, considerou a realidade do mercado e a capacidade de adaptação dos potenciais competidores a prazos mais curtos, além de prever a divulgação imediata de informações relevantes assim que a solução for homologada, para facilitar a participação efetiva no processo competitivo.

136. A questão da consulta pública (item h) foi abordada pela comissão sob a perspectiva de sua importância para a transparência do processo e a possibilidade de contribuições que possam aprimorá-lo. Embora a realização prévia de uma consulta pública conforme determinado pelas legislações pertinentes não tenha sido possível, está prevista a realização de um sandbox regulatório após a celebração da solução que permitirá o recebimento de contribuições ao modelo. Além disso, o acordo prevê diversos mecanismos de transparência e participação popular, promovendo a abertura de informações e a possibilidade de melhoria do processo, o que demonstra um compromisso com a transparência e a eficiência, mesmo diante das limitações impostas pelo contexto.

137. A elaboração de um inventário detalhado dos bens reversíveis e a avaliação de eventuais indenizações (item i) são desafiadoras devido à complexidade e ao tempo necessário para a realização de tais levantamentos. A solução consensual proposta envolve a estimativa de haveres e deveres, incluindo a renúncia a litígios e o levantamento de processos existentes. A inexistência de um

verificador independente contratado especificamente para a apuração de valores de indenização devidos pela concessionária ECO-101 inviabiliza a apresentação de um inventário detalhado com laudos de avaliação. No entanto, foram realizadas estimativas negociais do valor da venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE.

138. *A capacidade técnica e econômico-financeira da concessionária é comprovada por meio de relatórios consolidados de fiscalização e atestados de regularidade (peças 125-129). A análise considera dados financeiros conhecidos e documentações auditadas, refletindo a regularidade contratual da concessionária.*

139. *A inclusão do Contorno de Linhares no processo de autocomposição é discutida com o objetivo de mitigar riscos associados à inclusão prematura de investimentos sem projetos definidos. A proposta não inclui o investimento no cálculo da tarifa e prevê a apresentação do EVTEA e do Projeto Executivo pela concessionária, permitindo ao Poder Concedente promover a inclusão do investimento por meio de Termo Aditivo contratual com base no projeto executivo aceito. A minuta do Termo estabelece apenas um compromisso de que tal obra será incluída, considerando que ela é fundamental para o interesse público.*

140. *A seção IV desta instrução traz breves destaques de questões já discutidas sobre os apontamentos feitos pela Auditoria Especializada. Os apontamentos da auditoria foram objeto de debates construtivos, tanto nas reuniões da comissão quanto em encontros bilaterais, e já foram endereçados no relatório final e nas instruções da Secex Consenso (peças 105-107). O caso em questão é complexo e diante de um cenário de grandes mudanças macroeconômicas, a solução alcançada, embora não ideal, representa um equilíbrio delicado entre riscos e benefícios, com os benefícios da repactuação superando os riscos residuais. Abordou-se o conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência, ponderando que a urgência em suprir o déficit em infraestrutura e a necessidade de uma resposta ágil às mudanças não deve se impor. A ponderação dos princípios constitucionais levou à conclusão de que a repactuação atende ao interesse público, garantindo a prestação de um serviço de melhor qualidade ao cidadão.*

141. *Por fim, discute-se o parecer da Procuradoria Federal da AGU na ANTT que traz atualizações sobre o papel da AGU nas comissões de soluções consensuais e reconhece a viabilidade jurídica da celebração do acordo.*

VII. ENCAMINHAMENTO

142. *Ante todo o exposto, encaminho à consideração superior, propondo restituir os autos ao Ministro Relator, mantendo-se as propostas de a instrução anterior.*

VOTO

Trata-se de solicitação de solução consensual (SSC) formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), relativa ao contrato de concessão da Eco101, celebrado em 17/4/2013, no âmbito da 3ª Etapa do Programa Federal de Concessões Rodoviárias (Procrofe), para exploração de 478,7 km da Rodovia BR 101, no Estado do Espírito Santo, pelo prazo de 25 anos.

Em consonância com a solicitação formulada pela ANTT, a solução consensual tem como objetivo dirimir as seguintes questões: i) inviabilidade econômico-financeira do projeto licitado, ante a incapacidade de a Eco101 adimplir as obrigações contratuais e financeiras originalmente assumidas; ii) morosidade e obstáculos enfrentados para a relicitação do trecho, os quais impedem a realização de investimentos essenciais para a adequada prestação do serviço público; e iii) insatisfação dos usuários, devido à ausência de obras e ao valor da tarifa cobrada.

Em retrospectiva, desde 2016, a concessionária Eco101 deixou de cumprir suas obrigações contratuais pactuadas. No que tange à duplicação da rodovia, apenas 62 quilômetros foram concluídos, ao invés dos 447 quilômetros contratados, previstos para os primeiros dez anos de avença. A concessionária desculpa-se a dizer que tal fato decorre das dificuldades em obter o licenciamento ambiental, dos atrasos nas desapropriações, do agravamento do cenário econômico e da falta de cobrança de pedágio na BR-116.

A ANTT e o Ministério dos Transportes, por sua vez, também apontaram como causas da inviabilidade da avença o otimismo excessivo na proposta então apresentada pela Eco101, que previu o volume de tráfego 22,5% maior que o existente, o aumento dos preços dos materiais betuminosos de 354% em relação à proposta original e a frustração em relação às taxas de financiamento esperadas.

Em 18/2/2020, a ANTT arquivou o processo de pré-caducidade, por considerar que a Eco101 não foi a única responsável pelos atrasos e descumprimentos verificados, bem como pelo fato de a concessionária estar envidando esforços para retomar as obras de melhorias e ampliação da capacidade da rodovia.

Alegando dificuldades em dar cumprimento à avença, em 15/7/2022, data próxima ao décimo ano da concessão e ao vencimento do prazo para duplicação integral do trecho concedido, a concessionária apresentou pedido de relicitação, aprovado pelo 3º Termo Aditivo ao contrato, celebrado em 30/8/2023.

No curso dos procedimentos para celebração do aditivo de relicitação, o Ministério dos Transportes instaurou grupo de trabalho destinado a propor solução consensual para o contrato de concessão, oportunidade em que formulou ao TCU consulta acerca da possibilidade de “desistência do pedido de relicitação”.

Após o julgamento da consulta, admitindo a desistência da relicitação, com a observância de diversos requisitos (Acórdão 1.593/2023-Plenário, relator E. Ministro Vital do Rego), o Ministério dos Transportes editou a Portaria 848/2023, de 25/8/2023, com regras para readaptação e otimização de contratos de concessão de rodovias federais.

Na sequência, foram assinados os 4º e 5º termos aditivos ao contrato de concessão da Eco 101 (em 26/2/2024 e 24/6/2024, respectivamente), suspendendo a eficácia do aditivo que estabeleceu a relicitação, já que se pretendia adotar a solução consensual. Assim, segue em execução o contrato da Eco101, sem aplicação do excedente tarifário, típico das relicações.

No Tribunal, os E. Ministros Augusto Nardes e Jhonatan de Jesus, relatores de processos atinentes à Eco101 em andamento, ratificaram o juízo de admissibilidade da solução (peças 17-18).

Caso aprovada a proposta de acordo, deve ser avaliada a proposta de arquivamento de tais processos, por perda de objeto, tendo em vista a possibilidade de a solução equacionar os objetos em discussão.

A presente Comissão de Solução Consensual foi composta por integrantes do Ministério dos Transportes, da ANTT, da Concessionária Eco101, da auditoria especializada em rodovias do TCU (AudRodoviaAviação) e da SecexConsenso. Ainda ocorreram reuniões com o BNDES, que avaliou se o projeto é passível de financiamento, e com a Infra S.A. (vinculada ao Ministério dos Transportes), que auxiliou a comissão com análise paramétrica de alguns dos valores discutidos e propostos.

O objetivo foi desenvolver solução com vista à retomada da capacidade econômico-financeira da concessão e à realização dos investimentos necessários no trecho concedido, por meio de otimização do contrato, à luz da política pública definida pelo Ministério dos Transportes.

Para a Comissão, a otimização do contrato foi considerada a opção mais vantajosa para o interesse público, quando comparada às possibilidades de relicitação, renovação antecipada e revisão contratual (parágrafos 137 a 148 e anexo D do Relatório da CSC).

Assim, as partes acordaram pela modernização do contrato de concessão da Eco101, considerando os seguintes elementos: i) novo modelo econômico-financeiro (MEF); ii) modernizações regulatórias nos moldes dos contratos de 5ª etapa de concessão da ANTT (Procofe); iii) fixação de período de transição para garantia de execução dos investimentos com procedimento de extinção antecipada consensual em caso de descumprimento pela concessionária; iv) avaliação de haveres e deveres; e v) realização de processo competitivo para oferta das ações pertencentes ao atual grupo controlador da Sociedade de Propósito Específico (SPE) ao mercado, para validação de valores e mitigação de riscos.

Antes de iniciar a análise dos detalhes da proposta a ser avaliada pelo Plenário, registro que a AudRodoviaAviação se manifestou **contra** à celebração do acordo, por considerar que as alterações pretendidas ultrapassam os limites legais para a mutabilidade dos contratos de concessão, não preservam o equilíbrio econômico-financeiro original, nem obedecem o prazo contratual (peças 92-94).

O Ministério Público junto ao TCU, por sua vez, concluiu pela possibilidade da solução consensual, sugerindo a adoção, pelo Tribunal, de diversos condicionantes (peça 113).

Feito esse resumo, passo a tratar dos diversos aspectos negociados para elaboração da proposta de solução consensual.

Modelo econômico-financeiro:

O modelo econômico-financeiro (MEF) adotado na proposta é o de fatores paramétricos, no qual há parâmetros de desempenho, um Programa de Execução Rodoviária (PER) e compensações financeiras que ajustam a tarifa calculada ao longo do contrato (Fatores A, D, E e C), permitindo a introdução ou retirada de investimentos, entre outros ajustes.

Na proposta de acordo, os **investimentos** a serem realizados pela concessionária perfazem o montante de R\$ 7,07 bilhões que, nos primeiros anos, será utilizado para manter o nível de serviço da rodovia e em projetos com licenciamentos ambientais aprovados ou em estágio avançado de análise.

Estão previstos 221,41 km de duplicações, sendo 96 km nos três primeiros anos. Em relação ao contrato original, foram suprimidos 155 km de duplicações relativos aos subtrechos A e H, mas inseridos 41,10 km de faixas adicionais.

O Contorno de Linhares foi retirado do PER, tendo em vista não contar com projetos ou licenciamentos. No entanto, há interesse público em sua realização e a minuta de aditivo prevê a possibilidade de incorporação ao contrato em momento posterior.

Observa-se que os investimentos previstos têm extensão significativamente inferior à do contrato original, conforme tabela elaborada pelo MPTCU.

Tabela 1 - Impacto da solução consensual proposta sobre os investimentos na BR-101/ES/BA

Intervenção	PER vigente (peça 56)	PER proposto (peça 102)	Diferença
Duplicação	446,8 km ¹	179,11 km ²	- 267,69 km
Contornos urbanos	Iconha e Mestre Álvaro ⁴	Outros 15,6 km ⁵	+ 15,6 km
Vias marginais	As existentes	35 km	+ 35 km
Ciclovias	As existentes	6 km	+ 6 km
Passarelas	19 passarelas ⁶	+ 40 passarelas ⁷	+ 40 passarelas

Quanto aos custos, os valores dos investimentos do contrato original foram inteiramente desconsiderados. Para obter os R\$ 7,07 bilhões de investimentos acima mencionados, foram simplesmente adotados os valores de custos, declarados pela empresa, como incorridos pela Eco 101, nesta concessão, ou em outras obras similares, realizadas pelo mesmo grupo econômico. A justificativa para tal procedimento foi o aumento extraordinário dos preços de alguns insumos nos últimos anos, em especial o cimento asfáltico de petróleo (CAP).

A fim de validar os orçamentos apresentados pela Eco 101, a Infra S/A e a ANTT realizaram análise paramétrica, comparando-os com os valores médios de outros projetos de concessão rodoviária.

A AudRodoviaAviação e o MPTCU criticaram os orçamentos apresentados, tendo em vista a impossibilidade de rastrear as **memórias de cálculo da Eco101**, bem como pelo fato de terem sido revisados em percentuais superiores aos dos índices de aumento dos insumos alegados, como fatores de desequilíbrio e de inviabilidade do contrato original. Esse aspecto será tratado com maiores detalhes a seguir.

A **estimativa de demanda** foi reformulada e passou a considerar, como tráfego inicial, o volume atual, com projeção de crescimento de 2,02% por ano, em média, com base nas projeções de crescimento do PIB, elaboradas pela FOCUS/BACEN até 2026 e pela OCDE para o longo prazo.

As partes acordaram em adotar **taxa interna de retorno (TIR)** de 9,21% a.a., em termos reais (referência agosto/2023), calculada de acordo com a Resolução ANTT 6.002/2022, em vez dos 8% pactuados originalmente.

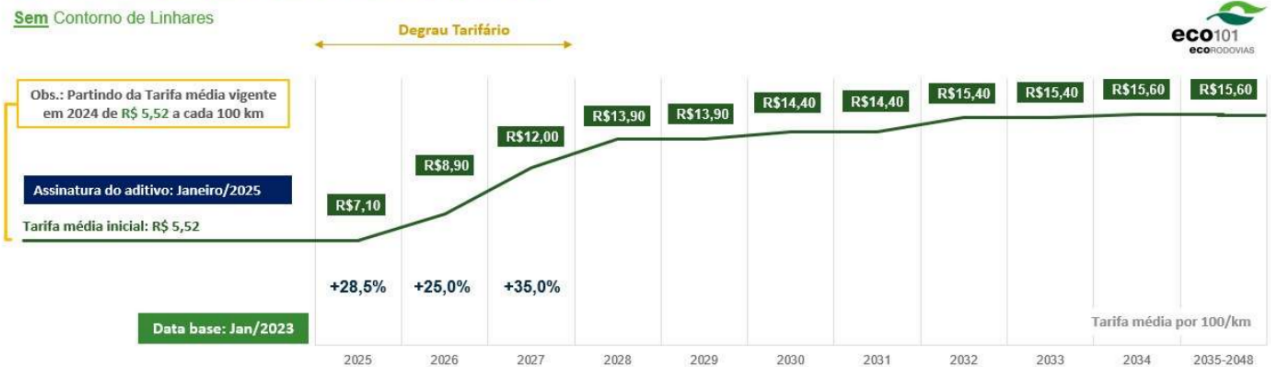
O **prazo** original do contrato foi aumentado em 10 anos, passando de 25 para 35 anos de vigência. No caso de inclusão de investimentos relativos ao Contorno de Linhares, poderão ser adicionados outros cinco anos, atingindo prazo total de 40 anos.

O MEF estimou a tarifa básica de pedágio para trechos de pista simples, expressa como tarifa quilométrica (valor fixo por quilômetro), que sofrerá incremento em razão da reclassificação para pista dupla em razão do avanço das obras (Portaria MT 995/23).

Como resultado do MEF, a **tarifa** objeto de consenso foi de R\$ 0,071/km (referência jan./2023) a partir do 6º mês, sendo que o valor atual é de R\$ 0,05525/km. Com aplicação dos degraus tarifários e da reclassificação prevista, conforme explicado a seguir, a tarifa prevista a partir de 2034 é de R\$ 0,1560/km (jan/2023).

Variação da tarifa por 100 km na proposta de repactuação

ESTRUTURA TARIFÁRIA DA PROPOSTA



Fonte: Relatório da Comissão de Solução Consensual, peça 74, p. 32.

A Comissão previu três degraus tarifários, de 28,53%, 25% e 35%, resultando em tarifas de R\$ 0,089/km no 18º mês, R\$ 0,12/km no 30º mês e R\$ 0,139 a partir do 4º ano. No período restante da concessão, a tarifa sofrerá o mecanismo de reclassificação, nos percentuais de 30%, para pista dupla, e 5%, para execução de faixa adicional, chegando a R\$ 0,156/km nos anos finais (valores jan./2023).

Os degraus serão implementados **caso a concessionária demonstre o cumprimento mínimo de 90% da meta** de execução de obras e serviços prevista no PER.

A Infra/SA, a fim de comparar a tarifa proposta na solução com a da média dos estudos em andamento já levados à audiência pública, como prevê a Portaria MT 848/2023, atualizou os valores do MEF da Eco101 para outubro/2023. Como resultado, **as tarifas da solução ficaram abaixo da média dos estudos já realizados**: R\$ 0,0654 contra R\$ 0,1493 para o ano 1 e R\$ 0,1601 contra R\$ 0,1755 para a tkm homogênea.

Ao comparar a tarifa proposta na solução com a dos estudos de pré-viabilidade da relicitação da Eco101, a Infra S/A concluiu que **a tarifa da solução é mais cara do que a dos estudos de pré-viabilidade** (R\$ 0,1644 contra R\$ 0,1537/km) (peça 70, p. 11).

Já a Comissão, para simular a tarifa resultante de relicitação, incluiu no MEF da proposta de acordo o Contorno de Linhares e prazo de uma nova concessão, chegando à conclusão de que a tarifa homogênea resultante é inferior à média dos estudos da Infra/S/A (parágrafo 206 da Relatório da CSC).

Modernizações regulatórias:

A solução consensual pressupõe a adoção do modelo regulatório da 5ª Etapa do Procofe, cujas características são as seguintes: **nova distribuição de riscos entre o poder concedente e concessionária**, regulação por fatores paramétricos de reequilíbrio (e não mais fluxo de caixa), utilização de **contas vinculadas** para a constituição de reserva de contingência, isenção de cobrança de pedágio para motos, atuação de verificador independente para projetos, regulação por incentivos por meio de degraus e reclassificações tarifárias, regimentos específicos para cada hipótese de extinção e

detalhamento da metodologia para cálculo de indenização, racionalização e objetividade dos parâmetros de desempenho exigidos.

Período de Transição e Processo de Extinção Antecipada Consensual

A fim de incentivar a execução das obrigações objeto da solução consensual, estabeleceu-se, em atenção à Portaria 848/2023, do Ministério dos Transportes, as seguintes condições: período de transição de três anos, garantias financeiras, vedação à saída do grupo controlador da SPE, regras objetivas em caso de descumprimento e procedimentos para extinção antecipada consensual.

Os investimentos a serem executados durante esse prazo serão em projetos aprovados na ANTT e com as devidas licenças ambientais, afastando alegações acerca de barreiras à realização ou de fatos ensejadores de atrasos.

Durante esse período, serão sobrestados os Processos Administrativos Simplificados (PAS) em andamento na ANTT, no valor de R\$ 200 milhões (agosto de 2024), e a concessionária não poderá distribuir dividendos. Eventual solicitação de transferência da concessão ou do controle societário somente será admitida desde que cumpridas mais de 80% das metas estabelecidas.

Além da fiscalização definida pela ANTT, está previsto que durante o período de transição será realizado acompanhamento trimestral, por organismo de inspeção acreditada (OIA ou Verificador), a ser contratado pela Infra S/A e ressarcido pela Eco101.

Caso haja inadimplemento que persista acima de 20% por dois trimestres, será instaurado, pela ANTT, processo de extinção antecipada consensual da concessão. As partes renunciarão à discussão judicial ou arbitral sobre o mérito da extinção, limitando eventuais controvérsias aos aspectos patrimoniais, após a extinção do contrato, sendo que, da eventual indenização à concessionária, deverá ser deduzido o montante de R\$ 200 milhões relativos aos PAS.

Por fim, na hipótese de extinção antecipada consensual, o poder concedente deve dar continuidade aos estudos já contratados para viabilizar novo leilão, cujos valores deverão ser ressarcidos pela concessionária na data de assinatura do termo aditivo.

Processo Competitivo

O diferencial nesta proposta de solução consensual é a realização de processo competitivo privado, na própria B3, nos moldes de um leilão público, com o objetivo de oferecer ao mercado a possibilidade de arrematar o contrato remodelado com a Eco101, objeto desta solução consensual, e, com isso, assumir o controle da SPE.

A Comissão entende o procedimento como alternativa eficaz para mitigação de riscos morais, sistêmicos e assimetrias de informações, bem como para a validação das condições acordadas, tendo em vista as profundas atualizações na modelagem econômico-financeira.

Defende, ainda, que a modernização do contrato, com a realização de processo competitivo privado, é mais conservadora e restritiva do que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2.946/2022, que rejeitou arguição de inconstitucionalidade na Lei 8.987/1995, que permite a transferência de controle acionário de concessões, desde que haja anuência da ANTT. Na ADI se discutiu a necessidade de licitação para tal procedimento e o STF rejeitou a tese, confirmando a constitucionalidade da Lei.

Ao citar as disposições do Decreto 8.428/2015, relativo ao Procedimento de Manifestação de Interesse, a Comissão afasta a suposta irregularidade na apresentação de estudos e participação no certame da atual controladora, argumentando que **a repactuação do contrato parte da premissa de que é vantajoso para o poder público continuar com a mesma concessionária**, para possibilitar a execução imediata de obras.

O certame proposto não visaria assim, necessariamente, a selecionar novos acionistas, mas, de acordo com a Comissão, **validar o contrato modernizado, trazer isonomia ao processo e mitigar riscos moral e sistêmico.**

O processo competitivo terá como critério o menor valor de tarifa de pedágio e os lances dos interessados deverão considerar, obrigatoriamente, o pagamento pela venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, no valor de R\$ 320 milhões (agosto/2024), acrescido dos bens reversíveis não depreciados ou amortizados após agosto de 2024.

Para o procedimento competitivo, a concessionária se compromete a disponibilizar todas as informações necessárias ao mercado acerca da SPE, não obstante a possibilidade de os eventuais interessados também poderem realizar *due dilligence*.

A ANTT será responsável por disponibilizar, garantir e supervisionar o fornecimento de informações. Após homologação da solução pelo TCU, a Agência disponibilizará à sociedade os dados gerais do projeto, permitindo eventuais contribuições, antes da publicação do edital do procedimento competitivo, que poderá sofrer ajustes, desde que não contraponham as condições definidas no acordo.

O prazo entre a publicação de edital do procedimento competitivo e a realização da sessão pública de leilão é de, no mínimo, 70 (setenta) dias.

Haveres e Deveres da Eco101

Considerando que o termo aditivo de relicitação da Eco101 não entrou em vigor, não há processo de levantamento dos valores de indenização dos bens reversíveis não amortizados, como também não foi contratado verificador independente para apurar tais valores.

Em vista da falta de tempo hábil para a verificação completa, a estimativa de haveres se baseou na aplicação de desconto paramétrico de 29,6% sobre o ativo intangível e imobilizado, estimado em R\$ 1,73 bilhão, obtido a partir das demonstrações contábeis da concessionária. O percentual de 29,6% foi definido com base nos descontos aplicados pelos verificadores independentes nos contratos de concessão que estão em processo de relicitação (Via-040, Concebra e MS Via).

Do R\$ 1,28 bilhão que a Eco101 tem direito a receber, são deduzidos os seguintes valores referentes ao seu passivo: a) PAS ativos na ANTT de R\$ 334,6 milhões, aos quais foi aplicado 40% desconto; b) multas inscritas em Dívida Ativa da União e transitadas em julgado administrativamente no valor de R\$ 277,9 milhões; c) dívida oriunda da Operação Infinita Highway de R\$ 183,5 milhões; d) dívida apurada pelo Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, referente a desconto de reequilíbrio concentrado para investimentos previstos e não executados, de R\$ 26 milhões; e) dívida junto ao BNDES de R\$ 294,85 milhões; f) processos trabalhistas de R\$ 17,9 milhões e infrações ambientais no valor de R\$ 70,5 mil.

Ficou acordado que os PAS serão suspensos no período de transição e no caso de cumprimento das metas, serão definitivamente extintos. Já no caso de descumprimento das obrigações assumidas no período de transição, o valor atualizado das sanções será deduzido do ativo objeto de apuração de haveres e deveres decorrentes da extinção contratual.

Os valores das multas aplicadas pela ANTT em razão da Operação Infinita Highway também sofrerão desconto de 40% e o montante a ser pago é de R\$ 23,45 milhões. No caso de permanência do grupo controlador, os valores serão depositados na conta vinculada da concessão e caso outro interessado assumira a SPE, o montante foi deduzido do valor de venda da integralidade das ações pertencentes ao atual grupo controlador e será considerado quitado.

Já a dívida calculada em razão da Operação Infinita Highway decorre de vantagem indevida obtida pela não aplicação de descontos tarifários (Fator D), no valor de R\$ 135,6 milhões, e

dos impactos da cobrança relativa à conclusão de trabalhos iniciais (R\$ 24,47 milhões), totalizando R\$ 160,05 milhões.

Esse valor será abatido da tarifa de pedágio do novo contrato a partir do 4º ano da concessão, caso o atual controlador permaneça. Se ocorrer extinção antecipada consensual, o referido valor será considerado em sede de haveres e deveres para cálculo da indenização por bens reversíveis não amortizados. Para a hipótese de um terceiro vencer o processo competitivo, o montante foi deduzido do valor de venda da integralidade das ações e será considerado quitado.

O valor decorrente do Acórdão 1.447/2018 - TCU-Plenário deve ser pago em 3 parcelas, mediante depósitos na conta vinculada da concessão, caso permaneça o controlador, e o montante foi considerado no cálculo do pagamento pelas ações, caso outro interessado vença o certame.

Os deveres junto ao BNDES continuarão a cargo da SPE, sendo que, na hipótese de outro controlador, foi deduzido do preço a ser pago pelas ações.

Assim, o valor da venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, a ser pago por eventual vencedor do processo competitivo, será de R\$ 320 milhões (data base agosto/24), conforme tabela a seguir: de 2024).

	CENÁRIO
	29,26% desconto ativo
	Data-base: ago/24
Valor estimado de saída (haveres e deveres)	320.000.000,00
Valor estimado de bens reversíveis não amortizados e não depreciados	1.284.059.116,82
Infinita Highway	- 183.497.631,05
Acórdão 1.447	- 26.035.210,97
PAS ativos - TAC multas (-40%)	- 200.773.216,23
Dívida financeira	- 275.860.408,00
Multas inscritas em dívida ativa	- 97.843.349,87
Multas transitadas em julgado	- 180.049.300,70
Valor de saída a ser recebido pela ECO101, em caso de troca de controle	320.000.000,00

Conforme já mencionado, a partir de agosto de 2024, este valor será acrescido para refletir as adições ao ativo intangível e imobilizado decorrentes de investimentos em bens reversíveis não depreciados após a referida data.

Análise de riscos

A Comissão identificou e endereçou os riscos relativos à modernização do contrato da Eco101, classificando-os da seguinte forma:

- Risco moral ou *moral hazard*, que se relaciona ao sistema de incentivos, ao risco de gerar incentivos reversos, e no caso concreto, ao risco de incentivo ao descumprimento contratual;
- Risco sistêmico, vez que o risco moral pode impactar próximos leilões e dar uma sinalização de incentivos inadequados a todo setor;
- Risco social, que é o risco de não fazer, de se gerar uma percepção negativa da população quanto ao sistema de concessões, da cobrança de pedágios em rodovias com baixa qualidade,
- Riscos de legalidade e discussões do limite da mutabilidade dos contratos complexos e ainda das diretrizes do Acórdão 1.593/2023-Plenário;
- Riscos de judicialização e litigância, ou de estar criando situações que aumentem esses riscos que são inerentes ao Estado de Direito;

- f) Riscos econômicos e financeiros a respeito da manutenção do equilíbrio do contrato, da sua sustentabilidade e avaliação da financiabilidade da concessão;
- g) Transparência e publicidade de todo o processo;
- h) Riscos inerentes ao processo de concessão: assimetria de informações, riscos de leilões vazios, dificuldades na aplicação de alternativas como caducidade e relicitação, dificuldades com licenciamento;

Dentre os referidos riscos, considerou o moral como o mais relevante e alertou para o fato de estender-se durante toda a concessão e poder tornar-se risco sistêmico.

Como fatores mitigadores dos riscos, arguiu que a readaptação e otimização de contratos tem caráter excepcionalíssimo, o que constitui remédio eficiente para esses riscos, uma vez que a Portaria MT 848/2023 restringiu a possibilidade aos pleitos apresentados até 31/12/2023. Assim, já não há possibilidade de concessionárias entrarem com pedidos de mesma natureza.

Defendeu que a negociação em sede de solução consensual tende a mitigar a assimetria de informação e a conferir maior segurança jurídica, reduzindo possibilidades de judicialização e questionamentos posteriores. A imposição de um período de transição, com acompanhamento rígido da execução contratual, combinado com a penalidade de saída automática da concessionária em renegociação, em caso de descumprimento, é também mitigador relevante de incentivo reverso.

No presente caso, julgou como **principal instrumento mitigador do risco moral o processo competitivo**, pois a possibilidade de que novos interessados participem reduz o risco de os termos da avença terem sido estabelecidos de forma incorreta, eliminando eventuais suspeitas de privilégio à concessionária e garantido que ela preveja uma forma de atuação eficiente, já que pode perder a titularidade do ativo.

Ademais, o certame visa à escolha de proposta mais vantajosa para administração.

Atendimento do Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário

Em relação às disposições do referido julgado, que admitiu a possibilidade de desistência da relicitação e estabeleceu condições para a repactuação dos contratos, a Comissão além de demonstrar o atendimento de todos os requisitos deu especial atenção à possíveis questionamentos sobre o subitem 9.2.2.4.:

9.2.4.4. a formalização de novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a tarifa básica de pedágio oferecida e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, mantendo-se, em relação ao contrato em vigor, a natureza do objeto contratual, o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos, durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;

Esclarece que a "natureza do objeto contratual" está mantida na proposta de solução, uma vez que o Tribunal (§§ 46 a 57 do Voto Complementar do Ministro Relator) estabeleceu que a imutabilidade do objeto deve ser cotejada com as premissas que sustentam o critério de julgamento da licitação realizada, no caso concreto, o menor valor da tarifa.

Admite que a solução proposta, a fim de buscar a diretriz de modicidade tarifária, contém a formação de novo equilíbrio econômico-financeiro para o projeto, com atualização dos custos dos investimentos obrigatórios, nova curva de tráfego e nova matriz de riscos.

Defende, no entanto, que uma leitura excessivamente restritiva da exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inviabilizaria as repactuações, pois ao dar início ao processo de relicitação, o Poder Concedente reconheceu que a configuração original do contrato se tornou inviável.

Informa que durante os trabalhos da comissão, foram realizadas diversas tentativas de modelagem partindo do equilíbrio econômico-financeiro original, que geraram VPLs negativos, tendo em vista o estágio deficitário em que se encontrava a concessão.

Apresenta como remédio para a formação do novo equilíbrio o mecanismo competitivo, que mitigará os efeitos das alterações promovidas sobre a isonomia da licitação original.

Quanto à proposta de acordo estar promovendo a dilação do prazo do contrato original, argumenta que a expressão “durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor” alcança a possibilidade de extensão do prazo contratual prevista no ajuste original.

Informa que o contrato da Eco 101 prevê expressamente a possibilidade de prorrogação do prazo da concessão, por até 25 anos, por imposição do interesse público, devidamente justificado; em decorrência de força maior, devidamente comprovada; e para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.

Assegura que o prazo original da concessão foi alterado com vistas a efetivar a modicidade tarifária e a garantir a “financiabilidade” do projeto.

Sobre as alterações da matriz de risco, afirma que estão mantidos os “princípios norteadores” que a fundamentaram, relativos à atribuição dos riscos ao parceiro que tem melhores condições de gerenciá-los.

Nesse sentido, defende que a regulação da ANTT tem evoluído para incluir em seus contratos cláusulas que definam, de forma precisa, a matriz de risco contratual, com medidas regulatórias que se têm mostrado aderentes ao interesse público, minorando eventuais litígios administrativos, judiciais e/ou arbitrais a respeito da responsabilidade pelos eventos ocorridos durante a execução contratual.

Ao final dos trabalhos, a Comissão concluiu que a repactuação é vantajosa em relação ao prosseguimento da relicitação, por antecipar investimentos de aproximadamente R\$ 1,176 bilhão, nos 3 primeiros anos da modernização do contrato (2025-2027), tendo em vista que a relicitação implicaria investimentos de ampliação de capacidade e melhorias na rodovia entregues aos usuários apenas entre os anos de 2029 e 2034.

Adicionalmente aponta que a negociação reduz riscos na execução dos investimentos e afasta o risco decorrente de um leilão vazio, em caso de relicitação. Do ponto de vista financeiro, argui menores tarifas de pedágio e ausência de excedente tarifário característico do período de relicitação, além do fato de a Eco 101 renunciar de sua pretensão em todos os processos administrativos e judiciais por ela ajuizados em relação às partes, inclusive nos casos em que já há decisão favorável à Concessionária sem trânsito em julgado.

Feito esse breve relatório, **passo a decidir.**

II

Trago à análise desta Casa a primeira proposta de solução consensual que tem por objetivo a repactuação e otimização de contrato de concessão de rodovia, após a desistência de processo de relicitação, cuja possibilidade foi decidida pelo Tribunal no Acórdão 1.593/2023-Plenário, da lavra do E. Ministro Vital do Rêgo, prolatado em resposta à consulta do Ministério dos Transportes.

Nos processos de solicitação de solução consensual, incumbe ao Tribunal de Contas da União ratificar a legalidade do objeto da negociação, a sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, sempre direcionada ao atendimento do interesse público. O Tribunal delibera com o objetivo de ampliar a segurança jurídica do negócio, advinda da conciliação de interesses, após ampla discussão das divergências existentes.

A solução consensual ora submetida à análise do Tribunal, como reconhecido por todas as partes negociantes, envolve profundas alterações no vigente contrato de concessão, com alteração de parâmetros críticos, como equilíbrio econômico-financeiro, matriz de risco, taxa interna de retorno e custos dos investimentos, além de atualizar o modelo regulatório, a ponto de ter surgido posição divergente dentro da própria unidade técnica especializada desta Casa e questionamentos por parte do MPTCU.

Não fosse o bastante, após as instruções das unidades técnicas e o parecer do *Parquet*, sobreveio decisão judicial contrária à Eco101, prolatada em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal, que não é parte das negociações nesta Corte. Diante disso, por prudência, determinei a realização de nova análise da solução pela Comissão, a fim de trazer ao Plenário conclusões mais fundamentadas sobre a proposta ora em julgamento (peça 116).

Relativamente aos limites da **mutabilidade contratual**, com vênias à unidade especializada, alinho-me aos entendimentos da Comissão e do *Parquet*. Embora diversas e profundas as alterações no contrato de concessão, o objeto pactuado permanece o mesmo, ou seja, a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade da rodovia concedida, com a menor tarifa de pedágio ofertada.

Foi, de fato, estabelecido novo **equilíbrio contratual** a ser firmado, com relevantes alterações na taxa interna de retorno, nas estimativas de demanda, redução significativa de investimentos acompanhada de elevação dos custos acima dos índices de preços, dilação de prazo e aumento da tarifa de pedágio, o que, na visão da AudRodoviaAviação é contrário à jurisprudência desta Casa, principalmente ao item 9.2.4.4. do Acórdão 1.593/2023-Plenário.

Ocorre que **não há viabilidade na manutenção do contrato com as condições originais**, o que está evidenciado nas plúrimas sanções aplicadas à concessionária, nas discussões administrativas e judiciais sobre o equilíbrio contratual, no arquivamento do processo de caducidade e, finalmente, na aceitação do pedido de relicitação.

Os maiores prejudicados pelas discussões que se arrastam há anos são os usuários da rodovia, pois permanecem pagando tarifas caras, sem os serviços e as melhorias alardeados e pactuados à época da concessão em contrapartida, sendo que a tarifa levou em conta esses serviços.

Há, nos autos, evidências de que a Comissão formulou alternativas mais conservadoras, com a manutenção das variáveis caracterizadoras do equilíbrio original, mas resultaram em projetos inviáveis de serem executados (parágrafos 137 a 148 e anexo D do Relatório da CSC).

Ao comparar a solução ora proposta com a relicitação, concluiu-se que o acordo é a opção mais vantajosa para o interesse público, por permitir a realização de investimentos com

antecedência de cerca de cinco anos e com tarifa de pedágio inferior à média dos estudos de outros projetos de concessão submetidos à audiência pública pela Infra S/A.

Ponto relevante ao optar pela relicitação seria o plausível descumprimento do prazo estabelecido para a nova contratação, fazendo com que os investimentos não sejam realizados e o excedente tarifário aplicado em desfavor dos usuários. Cito, por exemplo, o caso da Via-40, cujo pedido foi aprovado por decreto em fevereiro de 2020 e até o momento não foi concluído.

Especificamente sobre a tarifa, o artigo 3º, inciso VII, da Portaria 848/2023, do Ministério dos Transportes, estabelece que os estudos para a repactuação devem apresentar tarifa de pedágio menor que as previstas nos estudos em andamento ou da média dos estudos em andamento já levados à audiência pública.

Tendo em vista que os citados “estudos em andamento” são os relativos à relicitação, a Infra/SA, para o presente caso, comparou a proposta de solução consensual com os estudos de pré-viabilidade da relicitação, e concluiu que o acordo resultará em tarifas maiores.

Por sua vez, a Comissão fez simulações acerca da relicitação, supondo a adoção do MEF proposto no acordo, com prazo de 25 anos e inclusão das obras do Contorno de Linhares nos investimentos e obteve tarifa mais vantajosa para o acordo (parágrafo 206 do Relatório da Comissão - peça 104).

Entendo que não há nos autos efetiva demonstração de que o acordo é mais vantajoso do que a relicitação em relação às tarifas, tanto pelo estágio embrionário dos estudos da segunda, quanto pelas dúvidas acerca da validade das simulações realizadas pela Comissão.

Todavia, como a Portaria 848/2023 possibilita que a tarifa seja menor que a média dos estudos em andamento já levados à audiência pública, este requisito restou atendido a partir da comparação paramétrica realizada pela Infra/SA (peça 70).

Além disso, considero que a solução proposta é mais vantajosa em relação ao prazo de disponibilização de investimentos e encerramento de discussões administrativas e judiciais. Daí a incerteza, quanto à relação tarifa acordo/tarifa relicitação, não obsta a conclusão sobre a vantagem do consenso.

Ainda assim, reconheço que ainda podem restar dúvidas de meus pares e da sociedade em geral sobre o pleno atendimento do Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário, em razão do descolamento das condições a serem pactuadas em relação às fixadas na proposta que embasou o contrato original, em especial no que se refere ao aumento da TIR.

Entendo, contudo, que o processo competitivo, para transferência do controle acionário da SPE, proposto pela Comissão, se bem conduzido, surge como instrumento inovador que tem a possibilidade de equacionar importantes dúvidas quanto ao atendimento do princípio da isonomia, pois oferecerá ao mercado a possibilidade de aquisição da SPE, com as mesmas condições negociadas com a Eco101.

Há, todavia, argumentos contrários ao processo competitivo, especificamente quanto à participação da Ecorodovias na disputa, diante de seu histórico de descumprimentos contratuais e de sua posição como formuladora dos estudos a serem ofertados ao mercado. Tais argumentos são válidos, mas não são capazes de afetar a conclusão de que é uma iniciativa válida.

Caso contrário, a opção seria a relicitação, cuja viabilidade já restou afastada, justamente por exigir a criação de novo CNPJ, a elaboração de aprovação de novos projetos, a expedição de novas licenças ambientais e a alteração dos financiamentos vigentes. Assim, admitida a vantagem da continuidade com a atual concessionária, é razoável que com ela se negociem as condições.

Com a solução proposta resta mitigado, também, o risco de um leilão vazio, em caso de relicitação, o que ensejaria a imediata abertura de processo de caducidade, sabidamente demorado e conturbado, gerando impactos negativos na consecução do interesse público.

Não se dispensa, obviamente, a devida atenção à consistência dos valores das principais variáveis do MEF e aos potenciais riscos à modicidade das tarifas, à ampla competitividade e à isonomia. Passo, portanto, às análises dos aspectos mais críticos.

Estimativas de Custos

A AudRodoviaAviação argumenta que as alterações contratuais definidas no âmbito da solução consensual não têm relação com as causas arguidas para o fracasso da concessão, qual seja, a inviabilidade econômico-financeira do projeto licitado, pois os valores apresentados à Comissão são superiores aos do contrato atual ajustados pelos índices de aumento dos preços dos insumos.

Considero relevante o alerta da unidade especializada e do MPTCU a propósito da existência de **sobrepço de 42% no valor das duplicações**, que é um dos custos mais significativos do projeto (20,52% do CAPEX). A própria Infra S/A destacou, corretamente, a má qualidade dos orçamentos que foram apresentados pela Eco101, por impossibilitarem o rastreamento das memórias de cálculo dos custos (peça 70), o que é imprescindível para a correta aferição dos dados examinados.

Ao fazer análise dos custos, em comparação com os custos paramétricos de outros projetos, por solicitação do Ministério dos Transportes, **a Infra S/A apontou que os preços das duplicações indicados pela Eco101 são 42% maiores do que o valor médio do item de outros projetos** (R\$8,8 milhões por quilômetro x R\$ 6,2 milhões por quilômetro) e **os custos para implantação de contornos (9,96% do CAPEX) estão 175% acima dos valores médios de projetos analisados** (R\$ 15,12 milhões x R\$ 5,5 milhões).

Chamo a atenção para **os valores de conservação pavimento/manutenção, que compõe 34,54% do Capex e estão 9,9% acima dos custos médios da Infra S/A.**

A ANTT, por seu turno, comparou o custo de duplicação da Eco101 com apenas dois projetos, o da Rota do Zebu e o da BR-381 que, segundo ela, teriam composições semelhantes. A conclusão foi de que os valores da Eco101 são 12% maiores do que a média dessa amostra restrita. Ainda com essa série de resultados, as projeções da Eco 101 prevaleceram.

Para os contornos, a Agência informou que a concessionária apresentou memória de cálculo base SICRO janeiro 2023 e foi possível isolar o custo das pistas, para que assim fosse possível o comparativo paramétrico.

O custo obtido foi de R\$ 11.691.628,84, mais do que o dobro do valor médio apontado pela Infra S/A e, ainda assim, não foram questionados pela Comissão, pois seria apenas R\$ 1 milhão a mais que a média dos custos de apenas dois lotes de rodovias do Estado do Paraná.

Estranhamente, a ANTT ainda informou que a Eco101 decidiu adotar o custo médio da Infra S/A para faixas adicionais, de R\$ 3,62 milhões por quilômetro, após ter apresentado à Comissão e à estruturadora o valor de R\$ 1,74 milhões. Ao que parece, o custo inicialmente proposto foi aumentado apenas pelo fato de a empresa pública ter obtido média superior, sem nenhuma justificativa relacionada aos custos conhecidos e propostos pela própria concessionária.

De todo o exposto, revela-se a absoluta **precariedade das memórias de cálculo das estimativas de custos apresentadas e aceitas pela Comissão**. E, muito pior, a **impossibilidade absoluta de verificar-lhes a exatidão**.

Ao manifestar-se sobre os pareceres do MPTCU e da AudRodoviaAviação, que apontam tais inconsistências, a Comissão manteve o seu entendimento, no sentido de que os custos superestimados se devem à existência de solo mole, à ausência de tempo hábil para maiores verificações e à capacidade de o processo competitivo sanar inconsistências.

Em relação aos argumentos sobre solo mole, não há nos autos nenhum documento que comprove tais condições, bem como seus impactos nos custos das obras.

Dada a relevância dos custos no modelo econômico-financeiro, é possível afirmar que a tarifa está superestimada, resultante do acordo de solução consensual, favorecendo a concessionária em detrimento dos usuários.

Não há plena garantia de que o processo competitivo seja capaz de sanar tal falha. Se não ocorrerem interessados na disputa, o contrato será assinado com as tarifas calculadas. E mesmo que surjam participantes no certame, não é possível assegurar que os lances ofertados sanem falha estrutural de tal magnitude, pois as ofertas tendem a maximizar os ganhos dos participantes, se limitando a serem suficientes para o arremate do negócio.

Não é demais registrar que o **Tribunal**, em todos os projetos de novas concessões e de relicitação, em que ocorrem audiências públicas, **sempre condicionou a publicação dos editais à apresentação de justificativas e de memórias de cálculo**, bem como à correção de valores estimados de forma equivocada ou não aderentes às melhores práticas, principalmente quando suas magnitudes tendem a afetar os valores das tarifas de referência que vão a leilão.

No caso concreto de processo competitivo privado, com participação da detentora da SPE e concededora dos custos reais e das condições da rodovia, é ainda mais importante a atuação desta Corte para mitigar a assimetria de informação, sempre existente, e evitar a assinatura de termo aditivo com tarifas de pedágio que podem estar favorecendo indevidamente a concessionária em detrimento do usuário.

Ressalto que, embora a tarifa estimada seja inferior à média de outros projetos avaliados pela Infra S/A, os usuários terão aumento da tarifa atualmente praticada a partir do 6º mês do aditivo e ela chegará a custar praticamente **o triplo do preço pago atualmente (R\$ 0,0552/km atuais contra R\$ 0,1560/km a partir de 2033 – referenciados em janeiro/2023)**. Na falta de comprovação dos custos que fundamentam tais valores, fica em risco a seriedade e, mesmo, a credibilidade das negociações diante da sociedade.

Os argumentos da Comissão sobre não haver tempo para aprofundamento das checagens, sob pena de atrasar a entrega de investimentos à sociedade, não pode ser aceito, uma vez que o termo aditivo, depois de assinado, vigera por 24 anos, com tarifa indevida, gerando prejuízos muito maiores do que os advindos de maior prazo para análise de custos, em benefício da concessionária e em detrimento dos usuários.

Ademais, não foram apresentadas estimativas do necessário para a correta estimativa dos custos. Importante registrar que a própria Comissão informa a existência de projetos das obras prioritizadas e a exclusão de investimentos sem licenças e projetos. É certo, também, que há referenciais de preços disponíveis para a maioria dos serviços, o que leva a concluir sobre a possibilidade de demonstração, justificação e correção de valores em prazo razoável.

Assim, **manifesto-me para que o Tribunal condicione a celebração do termo de autocomposição à reanálise, comprovação e correções necessárias nos custos estimados do projeto, com fundamento no artigo 11 da IN-TCU 91/2022.**

Esclareço que essa sistemática de fixação de condicionantes para a aprovação da solução consensual já foi anteriormente adotada, por este Tribunal, no âmbito do TC 000.855/2023-5, relatado

pelo E. Ministro Jorge Oliveira, tendo, posteriormente, sido objeto de questão de ordem, formulada pelo E. Ministro Vital do Rêgo, em 13/9/2023.

Prazo contratual

Sobre o prazo contratual a ser estabelecido em aditivo adicionar mais 10 anos ao prazo de vigência original da avença (25 anos) e por isso contrariar o Acórdão 1.593/2023-Plenário, alinhando-me ao posicionamento da Comissão.

O item 9.2.4.4. do Acórdão dispõe que o encerramento do processo de relicitação e pactuação de acordo deve observar a formalização de novo termo aditivo para equacionamento da retomada, mantendo-se, em relação ao contrato em vigor, a natureza do objeto contratual, o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos, **durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor.**

Interpretação restritiva desse comando levaria à conclusão de que o termo aditivo de acordo poderia vigor por mais 14 anos, ou seja o prazo restante do contrato em vigor, que foi celebrado em 2013, com vigência de 25 anos.

Considerando que o contrato em vigor prevê a possibilidade de prorrogação por igual período (25 anos), se demonstrado o interesse público, e a restrição ao prazo remanescente original resultará ou na inviabilidade da solução consensual ou no estabelecimento de tarifas extremamente elevadas, julgo razoável interpretar a disposição do Acórdão 1.593/2023-Plenário incluindo a possibilidade de aditamento prevista no ajuste original.

Ressalto que a solução proposta veda prorrogações adicionais e novo pedido de relicitação, o que mitiga tentativas de permanência da concessionária por meio de recorrentes negociações para atrasos e mudanças no plano de investimento.

Estimativa de demanda

No que se refere à estimativa de demanda, de fato, os valores constantes do contrato original foram totalmente desconsiderados e foi construída nova curva de tráfego a partir dos dados reais observados em 2023. Ademais, foi também alterada a matriz de risco, que alocava o risco de tráfego integralmente à concessionária e passou a prever o compartilhamento de risco constante dos contratos da 5ª etapa do Procofe.

Trata-se de alteração profunda nas regras originais, capaz de suscitar arguições de ilegalidade da solução ora tratada. A AudRodoviaAviação considera que a proposta de repactuação isenta inteiramente a empresa das consequências negativas do lance otimista apresentado no certame.

Não ignoro o contexto em que celebrados os contratos da 3ª Etapa do Procofe, em que empresas se aproveitaram do frágil ambiente regulatório para apresentar lances de tarifas muito abaixo das referenciais e, em seguida, incorrerem em elevados descumprimentos de obrigações e tabularem negociações com a ANTT, para reequilíbrios, muitas vezes concedidos de forma questionável e indevida.

Ocorre que o contrato em discussão e matriz de risco vigente foram considerados inviáveis, principalmente em decorrência da frustração de tráfego de 22,5%. **As possibilidades que se colocam para o Poder Concedente são a relicitação ou o acordo em análise.**

A própria unidade especializada informa que realizou tentativas de desenhar nova configuração para distribuição de riscos, mitigando-os de forma similar aos contratos modernos, mas não foi possível encontrar solução consensual nesse sentido.

Além de a nova matriz de riscos seguir as diretrizes para a 5ª etapa do Procofe, as mesmas a serem observadas em caso de relicitação, que foi considerada menos vantajosa, não faria sentido, no curso das negociações, manter variável crítica (tráfego) em patamares sabidamente irreais.

Considerando, por fim, que a AudRodoviaAviação e o MPTCU não apontaram falhas nos procedimentos, índices e critérios para da projeção, julgo aceitáveis a nova matriz de risco e a estimativa de demanda.

Valor a ser pago pela transferência de controle

Variável importantíssima para a credibilidade do MEF é o valor a ser pago à Ecorodovias pela transferência das ações da SPE, caso outra interessada vença o processo competitivo.

Esse preço foi obtido a partir do confronto entre haveres e deveres da concessão, sendo que os primeiros tiveram como base os valores dos ativos imobilizado e intangível estimado para agosto de 2024 (bens reversíveis não amortizados ou depreciados).

A questão consiste no fato de que não foi contratado verificador independente para fazer a avaliação, pois o processo de relicitação está suspenso e, caso o acordo seja firmado, não haverá falar em indenização pelos bens reversíveis não amortizados.

Assim, optou-se pela mera aplicação de desconto paramétrico de 29,6% sobre o ativo intangível e imobilizado, calculado de acordo com percentuais de descontos obtidos pelos verificadores independentes em outros contratos em processo de relicitação (Via 040, Concebra e MS Via).

No caso concreto, deduzindo os passivos relacionados neste voto, obteve-se o valor de R\$ 320 milhões a ser pago por eventual vencedor do processo competitivo. A AuRodoviaAviação e o MPTCU consideram que a obrigação de pagamento consiste em vantagem expressiva em favor da Eco101, no processo competitivo, e por isso expressam preocupação quanto à exatidão dos valores dos bens reversíveis não amortizados.

O *Parquet* sugere a aprovação da solução consensual condicionada à realização de inventário detalhado dos bens reversíveis, com laudo de avaliação. A ANTT arguiu que o tratamento demandado pelo MPTCU só seria possível com os trabalhos de um verificador independente, o que foi inviável para o caso ora tratado, em razão do prazo exíguo previsto na IN-TCU 91/2022.

Demonstra que o período compreendido entre a contratação do verificador independente e a entrega do último produto costuma ser maior do que um ano, sendo que os contratos de tal trabalho, firmados para a Concebra e a MS Via, tiveram prazos de 2 anos e 9 meses e 1 ano e 8 meses, respectivamente.

A Comissão defende que o pagamento de R\$ 320 milhões por outros interessados não constitui vantagem à atual controladora, mas decorre do próprio negócio jurídico eventualmente celebrado, de que faz parte a transferência do ativo da SPE, além dos direitos de exploração da infraestrutura rodoviária previstos no contrato de Concessão.

Na verdade, são coisas de todo diversas o valor a ser pago ao eventual vencedor do processo competitivo e a indenização paga pela União quando a concessão é encerrada, restando bens reversíveis não amortizados, deduzidos de deveres da concessionária junto ao Poder Público.

A Eco101, como detentora da SPE, tem direito a receber um preço pela transferência do controle acionário da empresa. Esse direito não representa, a meu ver, vantagem indevida à Eco 101, no processo competitivo, mas decorre da natureza do negócio a ser firmado. Se a transferência de controle ocorresse fora da presente solução consensual e sem a realização de processo competitivo,

conforme permite a Lei 8.987/1995, haveria o pagamento pelas ações da SPE, sem vinculação necessária aos valores dos bens reversíveis. O preço seria livremente negociado entre os agentes privados.

O preço a ser pago pelas ações depende de diversos fatores, como o valor da empresa no mercado, as perspectivas da economia e outros que podem não ter relação com os valores de seus ativos ou de seus haveres e deveres. Depende, principalmente, das negociações entre vendedor e comprador, dos valores que estão dispostos a receber/pagar pela empresa.

A ANTT, nos processos de anuência para as transferências de controle acionário, não trata dos preços negociados entre os particulares, mas analisa a capacidade técnica, operacional e financeira do adquirente, como prevê a Resolução ANTT 5.927/2021.

No caso concreto, o valor foi negociado no âmbito da Comissão e já expressa o montante final pelo qual a EcoRodovias aceita transferir a propriedade da SPE Eco101. Nas negociações, houve a opção de aferir o preço a partir dos valores de haveres e deveres, considerando o valor dos primeiros como o dos bens reversíveis não amortizados. No entanto, qualquer outro critério de negociação e de definição do preço poderia ter sido escolhido e o Tribunal não estaria, necessariamente, discutindo a suficiente apuração dos valores dos bens reversíveis.

Assim, a partir do fato de a avaliação mais detalhada - semelhante à empreendida para cálculo das indenizações a serem pagas pela União - demandar prazo significativo, colocando em risco o objetivo de disponibilizar os investimentos à sociedade de forma célere, bem como o fato de ter sido aplicado desconto paramétrico sobre o valor dos ativos, pode ser superada a questão do valor de venda das ações negociado.

Essa conclusão não afasta a necessidade de o processo competitivo a ser realizado atrair o maior número de participantes possível e ser conduzido de forma transparente, fundamentada e com prazos razoáveis, para que os interessados, sabendo da obrigação de pagar R\$320 milhões pelo negócio, como custo adicional em relação à Ecorodovias, tenham possibilidade de efetivamente disputar a compra, mediante a oferta de menores tarifas de pedágio.

Prazo de disponibilização das informações sobre o processo competitivo

Conforme mencionado alhures, os prazos para realização do processo competitivo e efetiva disponibilização dos documentos à sociedade são críticos para efetividade do certame e eficiência da contratação.

A Comissão, após ser chamada a se manifestar sobre os pronunciamentos do *Parquet* e da AudRodoviaAviação sobre a exiguidade do prazo de 70 dias entre a publicação do edital do processo competitivo e a realização do leilão, manifestou-se pela sua suficiência e necessidade de disponibilizar os investimentos à sociedade de forma célere.

Informou, ainda, que a ANTT se compromete a divulgar toda a documentação à sociedade quinze dias antes da publicação do edital, assim que for prolatada a decisão do TCU.

Considerou que o prazo se justifica pelos levantamentos já realizados e pela presença de menor risco decorrente de haver ao menos um *player* manifestamente interessado no projeto. Defendeu, ainda, que o mercado é ágil e se adapta a prazos mais curtos para realização de estudos e *due diligences*.

Dirirjo totalmente de tal entendimento. No presente caso, temos projeto cujos estudos foram elaborados pela própria Eco101, detentora da SPE, e profunda conhecedora das condições da rodovia e da empresa a ser vendida. Tal fato cria um desnível absoluto entre a Eco101 e as interessadas eventuais. Para poderem efetivamente participar da disputa, os interessados no processo competitivo

terão que conhecer os dados do modelo econômico-financeiro, as condições da rodovia, os detalhes dos investimentos a serem realizados, as condições da SPE e outros aspectos que não existem em um projeto de nova concessão, promovida mediante leilão público, que passa por prazos maiores para discussão pela sociedade e análise de documentos pelos interessados.

Ao contrário do que argumenta a Comissão, trata-se, a meu ver, de análise mais complexa do que a realizada em uma concessão e deve ser disponibilizado prazo compatível com tal empreitada.

Além de o período de 70 dias entre publicação do edital e realização do leilão ser inferior aos 100 dias previstos para um leilão público, novas concessões ou relances têm os documentos efetivamente disponibilizados à sociedade durante as audiências públicas (cerca de 45 dias) e enquanto os documentos estão sob análise do TCU, que exige 90 dias de antecedência à publicação do edital.

Considero que os prejuízos decorrentes de um processo competitivo conduzido de forma açodada, em que os interessados não têm condições de concorrer efetivamente, são muito maiores do que os eventualmente advindos da postergação, por alguns meses, na realização de obras e serviços, pois corre-se o risco de as tarifas a que os usuários serão submetidos por 24 anos restarem indevidamente majoradas.

Permitir a realização do procedimento em setenta dias significa incorrer em grande risco de que o processo competitivo seja ineficaz e represente apenas dispêndio de energia e recursos sem o alcance do benefício esperado.

Vejo com ressalvas o entendimento externado pela Comissão de que o objetivo do processo competitivo não é escolher novo *player*, mas apenas validar as condições do MEF. O interesse público é obter a proposta mais vantajosa para prestação de serviço público, pelo qual os usuários pagarão por muitos anos.

Por tais razões, diante do lamentável histórico de atuação da concessionária Eco101 e das profundas alterações a serem promovidas no contrato original, a realização da disputa, em prazo razoável, é indispensável, sob pena de afronta ao princípio da isonomia e da concretização dos riscos morais e sistêmicos identificados nos autos.

Assim, a solução consensual deve ser condicionada reformulação do prazo de disponibilização de informações e de documentos, com o objetivo de garantir atendimento ao princípio da isonomia.

Consulta Pública

A Comissão informa que não foi realizada consulta pública para o presente caso em razão da necessidade de sigilo sobre as negociações e não há previsão para sua realização. Apenas os procedimentos acerca do processo competitivo poderão receber sugestões da sociedade no prazo entre a publicação do edital e a data do certame, em sede de *Sandbox*.

A justificativa para tal é a necessidade de celeridade na celebração do acordo. Adicionalmente, informa ações de transparência que serão adotadas durante o acompanhamento e fiscalização da execução do termo aditivo.

A AudRodoviaAviação e o MPTCU se posicionaram pela necessidade de consulta pública, nos termos das Leis 10.233/2001 e 13.448/2017.

De acordo com o artigo 68 da Lei 10.233/2001, a resolução de pendências que afetem os **direitos de agentes econômicos ou de usuários** de serviços de transporte serão precedidas de

audiência pública e, na hipótese de validação de atos e contratos, será previamente garantida a manifestação dos interessados.

Por sua vez, o artigo 10 da Lei 13.448/2017 estabelece que as **prorrogações** de contratos de concessão deverão ser submetidas **previamente à consulta pública**, em conjunto com os estudos de viabilidade, a motivação para a prorrogação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, fixando-se o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de sugestões.

Pelas disposições legais, **não há amparo para que as condições pactuadas no termo aditivo não sejam discutidas pela sociedade.**

É legítimo que a sociedade se manifeste sobre a pertinência e interesse nas alterações promovidas, como a exclusão de obras e serviços, os custos envolvidos e as tarifas decorrentes, pois são os usuários que, desde 2013, suportam os efeitos da concessão conduzida pela Eco101, com diversos descumprimentos contratuais.

Vejo com ressalvas o argumento sobre a preservação do sigilo absoluto sobre o processo de solução consensual. Por óbvio, a participação ativa dos usuários nas negociações, no âmbito da Comissão, pode colocar em risco informações sigilosas, uma vez que são discutidos aspectos de gestão empresarial.

Julgo, no entanto, que esse fato não impede a discussão com a sociedade do tema e decisão governamental que afeta diretamente a vida cotidiana dos usuários. Forçoso registrar que, por trás de toda a teoria de concessão e de regulação de serviços públicos, está o objetivo de harmonizar e equilibrar interesses de usuário, iniciativa privada e Administração Pública.

Admitir total reformulação de um contrato de concessão, sem ouvir um dos integrantes desse tripé, vai de encontro com toda a teoria, doutrina e jurisprudência sobre a matéria e enfraquece o próprio instrumento de negociação, para o qual se busca estabilidade e confiança.

Note que o termo aditivo de relicitação e os que a suspenderam em razão de negociação de solução consensual são públicos. A sociedade, portanto, tem ciência de que o contrato de concessão está sendo negociado.

É possível que a Administração adote procedimento de escuta, sem comprometer informações sigilosas, colocando informações possíveis à sociedade e, principalmente, ouvindo suas sugestões e reclamações.

Idealmente, a consulta pública deveria ter sido realizada bem antes de as negociações no âmbito da CSC se iniciarem, para que as sugestões, os principais problemas e os anseios da sociedade sejam levados em consideração durante as discussões.

No presente caso, entendo que a ANTT pode instaurar a audiência pública concomitantemente à realização das demais alterações indicadas neste voto, como condicionantes à autorização pelo TCU, para formalização do acordo. Assim, a Comissão, com base nas sugestões recebidas, poder realizar ou não alterações pertinentes, de forma justificada.

Como já mencionado anteriormente neste voto, em razão dos prejuízos que um contrato de 24 anos pode causar, caso firmado com fundamentos equivocados, refuto o argumento sobre necessária celeridade, para afastar a ocorrência de tão importante procedimento de discussão em concessões rodoviárias, que tem prazo mínimo previsto de apenas 45 dias.

Por fim, sobre o tema, ressalto que a transparência a ser promovida pela ANTT e demais agentes após a assinatura do aditivo e durante a execução contratual não se confunde com a ausência

de consulta pública, não a suprindo, pois apenas neste procedimento a sociedade tem a oportunidade de manifestar-se sobre o que será pactuado.

Assim, **alinho-me ao posicionamento do *Parquet* de condicionar a assinatura do termo de automposição à realização de consulta pública** sobre os parâmetros e disposições do termo aditivo a ser celebrado.

Análise de capacidade técnica e financeira

O MPTCU alertou, também, para a ausência de questionamentos, por parte da Comissão, acerca da capacidade econômico-financeira da Eco101, para permanecer na concessão, considerando que a ANTT, ao analisar o pedido de relicitação, apontou as seguintes impropriedades na Nota Técnica 6823/2022/GECEF/SUOD/DIR, de 11/11/2022:

4.2. Os números apontam que a ECO101 mantém, desde o início da concessão no ano de 2014, capital de giro negativo e insatisfatórias condições de liquidez. Os Resultados financeiros desfavoráveis do último triênio (experimentou prejuízos financeiros entre 2019 a 2021) comprometeram a capacidade de pagamento dos juros das obrigações financeiras contraídas e elevaram o risco financeiro do empreendimento ao patamar de alavancado, o que, por certo, indicariam incertezas em relação à capacidade da Concessionária de liquidar os compromissos financeiros assumidos.

4.3. Não obstante, em que pese o quadro **altamente comprometedor da continuidade das operações apontado pelos indicadores de liquidez**, os recorrentes aportes anuais de capital dos acionistas resultaram em um índice de endividamento da ECO101 administrável a médio e longo prazos, conferindo algum conforto à análise de solvência financeira da concessão, conforme pode ser constatado por meio do Gráfico 7 acima, que mostra a redução do Grau de Endividamento Líquido a partir do ano de 2016.

Em resposta às ponderações do *Parquet*, a ANTT informou que os acompanhamentos que realizou para os exercícios de 2022 e 2023 resultaram em atestados de regularidade econômico-financeira da concessionária. No entanto, alertou que os parâmetros observados nessas fiscalizações regulares são diferentes dos utilizados daqueles considerados na citada nota técnica acerca da relicitação.

Argumentou que avaliar as capacidade técnica e econômico-financeira da SPE antes do estabelecimento de acordo neste momento não vale a pena, tendo em vista a possibilidade de ocorrerem aportes na concessão pela atual controladora, caso se mantenha no negócio, ou por eventual vencedora do processo competitivo, impactando de forma positiva o perfil de endividamento da concessão.

A Procuradoria da Agência, por sua vez, apontou a exiguidade do prazo como entrave para a avaliação da capacidade técnica e econômico-financeira antes da celebração do aditivo, contrário ao interesse público na celeridade de assinatura do acordo.

Apresentou, ainda, conjecturas relativas à boa saúde financeira da SPE em razão de estar negociando a repactuação da avença e pelo fato de a Ecorodovias fazer parte de grupo que constitui a segunda maior operadora de concessões rodoviárias no mundo e a que detém maior extensão de rodovias no Brasil.

A Comissão defende, por fim, que a ausência de estudo aprofundado sobre o tema não pode ser considerado empecilho absoluto à solução almejada.

A celebração de ajuste com empresa sem condições de suportar os encargos previstos no contrato de concessão é temerária. Tanto é que a decisão pela relicitação da Eco 101 e a proposta de solução consensual ora em análise reconheceram a inviabilidade do contrato **diante da incapacidade**

de a Eco101 adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente, apesar de os relatórios de fiscalização, desde 2014, atestarem a regularidade dos aspectos econômico-financeiros da concessão.

Isso ocorreu em razão de as fiscalizações de rotina da Agência não analisarem os balanços e demonstrativos contábeis apresentados, mas apenas tratarem da regular entrega da documentação, dos montantes de capital social, do patrimônio líquido e das garantias existentes frente aos valores exigidos no contrato de concessão (peças 126-128).

Por sua vez, a Nota Técnica 6823/2022/GEGEF/SUROD/DIR, de 11/11/2022, acerca da relicitação, a partir dos dados anuais do Balanço Patrimonial, da Demonstração de Resultado do Exercício e das Notas Explicativas das Demonstrações Contábeis, avaliou índices (ou indicadores) contábeis e financeiros, Índice de Liquidez Corrente, Índice de Liquidez Geral, Evolução da Dívida Líquida, Índice de Cobertura do Serviço da Dívida, Endividamento Líquido, Composição do Capital, Evolução do EBITDA e Dívida Líquida/EBITDA.

Em síntese, quanto ao índice de liquidez corrente, a Concessionária não atingiu um único resultado acima de 1 (um) desde o início da concessão em 2014, demonstrando uma incapacidade recorrente em saldar os passivos de curto prazo. A liquidez geral, que mensura a capacidade de honrar compromissos de médio e longo prazos, foi muito distante da ideal (acima de 1) desde 2014, com patamar próximo a zero em 2020.

O endividamento líquido cresceu 117% entre 2014 e 2021 e o índice de cobertura do serviço da dívida aponta que desde 2019 a concessionária não vem obtendo recursos financeiros anuais suficientes para cobrir as despesas financeiras assumidas.

O grau de endividamento melhorou substancialmente desde 2016 em razão de aportes recorrentes da controladora e, como resultado, a Eco101, a partir de 2019, passou a apresentar relação maior do que 1 para a composição do capital (capital próprio/capital de terceiros).

Em que pese esse indicador, a ECO101 passou a amargar prejuízos financeiros crescentes a partir de 2019 (-R\$ 5.511 milhões (2019), -R\$ 55.138 milhões (2020) e -R\$ 54.482 milhões (2021), o que fez a ANTT concluir pela ausência de perspectiva de melhora na situação financeira após 2021, apesar da confortável situação patrimonial.

Importante registrar que o indicador Dívida Líquida/EBITDA, um dos principais índices de risco financeiro previstos na Resolução ANTT 5.859/2019, que entre outros aspectos, trata do cálculo do perfil de risco financeiro para fins de aferimento da capacidade de assunção de novos investimentos no âmbito das revisões quinquenais, sofreu aumento médio anual de 103% entre 2019 e 2021 e foi de 26,51 em 2020, considerado altamente alavancado e demonstrando piora acentuada do perfil de risco financeiro da Eco 101.

Além desses dados preocupantes, registro que a Portaria 848/2023 estabelece que como garantia da execução das obras, deve ser comprovada a existência de financiamento e/ou aportes prévios dos acionistas e esse tema, simplesmente, não foi tratado pela Comissão.

Diante do exposto, considerando que a proposta foi formulada, a princípio, para manutenção dos controladores da Eco101, pois haverá troca apenas no caso de êxito do processo competitivo, é necessário demonstrar se os indicadores atuais da Eco 101 e o novo arranjo de obrigações permitem concluir pela sustentabilidade financeira da concessão, ou se serão necessárias providências pelo controlador, para garantir a execução do contrato, **antes da celebração do aditivo**.

Essa análise é importante, também, para a devida transparência do processo competitivo a ser implementado, permitindo que interessados tenham conhecimento da real situação da SPE que está sendo vendida.

Ainda quanto às condições econômico-financeiras do controlador, é sabido que os editais de licitação de concessões rodoviárias preveem o cumprimento de diversos requisitos técnicos e econômico-financeiros dos interessados, como dispõe a Lei 10.233/2001, *in verbis*:

Art. 34-A. As concessões e as suas prorrogações, a serem outorgadas pela ANTT e pela Antaq para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, poderão ter caráter de exclusividade quanto a seu objeto, nos termos do edital e do contrato, devendo as novas concessões serem precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência.

§ 2º O edital de licitação indicará obrigatoriamente, ressalvado o disposto em legislação específica:

II - os requisitos exigidos dos concorrentes, nos termos do art. 29, e os critérios de pré-qualificação, quando este procedimento for adotado;

III - a relação dos documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica dos interessados, bem como para a análise técnica e econômico-financeira da proposta;

A ANTT, ao avaliar solicitações de transferência de controle acionário das concessões tem por objetivo, nos termos da Resolução 5.927/2021, assegurar que o novo grupo controlador tenha condições técnicas e econômico-financeiras de assumir a concessão:

Art. 15. Na hipótese de transferência da concessão, a pretensa concessionária deverá:

I - atender às exigências de qualificação técnica e de regularidade fiscal previstas no edital do procedimento licitatório respectivo; e

II - atender aos requisitos de idoneidade financeira previstos no edital do procedimento licitatório respectivo ou, a critério da ANTT, apresentar relatório demonstrando capacidade econômica e financeira para assumir a concessão, contendo indicadores de liquidez, operacionais, financeiros, de custo de capital, de valorização da empresa e de valor econômico agregado.

Art. 16 Nas hipóteses de transferência de controle societário, o novo controlador deverá:

I - atender aos requisitos de regularidade fiscal previstos no edital do procedimento licitatório respectivo; e

II - apresentar relatório demonstrando capacidade econômica e financeira, contendo indicadores de liquidez, operacionais, financeiros, de custo de capital, de valorização da empresa e de valor econômico agregado, como forma de aferir sua idoneidade financeira.

Assim, não só os interessados no processo competitivo devem cumprir tais disposições, mas, também, o atual controlador, a fim de assegurar o atendimento do princípio da isonomia no procedimento competitivo.

Como já mencionado, as alterações no contrato da Eco101 com a solução consensual serão profundas, caracterizando, praticamente, novo negócio, desconectado da maior parte dos critérios constantes do contrato original.

Assim, julgo pertinente condicionar a autorização para formalização do acordo à comprovação da capacidade técnica e econômico-financeira da atual controladora e da SPE.

Demais sugestões do MPTCU:

Após os esclarecimentos adicionais prestados pela Comissão, julgo que os demais pontos de atenção indicados pelo MPTCU restaram sanados.

Foram incluídos no processo e na minuta de termo aditivo a relação de processos administrativos e judiciais a serem renunciados. Ademais, o item 6 do termo aditivo deixa expresso que o rol constante do instrumento não é taxativo, pois a renúncia se refere a todos os processos existentes.

Sobre a anulação de processos administrativos sancionadores, no valor de R\$ 147,5 milhões, a Procuradoria da ANTT apresentou documento em que discrimina a base legal para cada um dos processos (peça 133).

Em síntese, são pareceres da Procuradoria e súmulas da Agência baseadas nas teses de continuidade delitiva, eficácia/eficiência da fiscalização, vício de forma, princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e finalidade, além.

Alinho-me à posição da Comissão de que é válido o desconto de 40% sobre as multas e sobre os valores dos PAS, utilizando como referência a Resolução 5.823/2018, que trata dos descontos a serem concedidos em Termos de Ajustamento de Conduta da ANTT.

Estes autos tratam de negociação de solução para repactuação de contrato e o estabelecimento de descontos sobre sanções são típicos de processos dessa natureza, em razão dos benefícios que podem ser alcançados pelo acordo. A utilização de norma existente como referencial pode ser considerada salutar.

Sobre o depósito do montante relativo às penalidades na conta vinculada da concessão, com as vênias ao *Parquet*, alinho-me ao entendimento de que a vinculação de tais recursos à concessão não tem o condão de beneficiar a concessionária, e sim o Poder Concedente, pois a conta é gerenciada pela ANTT e os recursos são destinados, em especial, à cobertura de riscos de responsabilidade do Poder Concedente que impactam no equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Finalmente, não vejo óbices quanto ao termo aditivo prever a futura inclusão do Contorno de Linhares no PER.

Convém registrar que o presente caso não guarda semelhança com as obras da Nova Subida da Serra. No caso da concessão carioca, os custos das obras estavam previstos no contrato de concessão original e, mediante aditivo, não fiscalizado previamente pelo TCU, o orçamento para tal investimento foi mais do que triplicado, com a previsão de aportes da União, pontuado por diversas falhas de fundamentação e de projeto, que redundaram, após fiscalizações desta Corte, na paralisação dos serviços e enormes prejuízos aos usuários.

No presente caso, não há, no MEF, recursos destinados à execução do Contorno de Linhares impactando a tarifa, justamente pela materialidade e relevância da obra e por não existirem projetos e orçamentos prontos.

O Ministério dos Transportes optou por reconhecer o interesse público na realização do Contorno de Linhares, estabelecendo em aditivo apenas a possibilidade de extensão do prazo do ajuste em, no máximo, cinco anos para inclusão de tal investimento, e obrigação da concessionária de elaborar os estudos e projetos pertinentes nos 4º e 5º anos de vigência do aditivo.

Essa decisão, de fato, pode evitar futuras discussões sobre a remuneração de tais projetos por meio de aditivos contratuais, como as recentemente ocorridas nas concessões da Concebra e da BR-040 S.A (Via 40).

Quanto ao tema, julgo suficiente, como proposto pela própria Comissão, dar ciência à ANTT de que os estudos relativos à inclusão do Contorno de Linhares via aditivo de prorrogação de prazo devem ser submetidos à análise prévia desta Corte, nos termos da IN TCU 81/2018.

Ação civil pública

Mediante o despacho de peça 116, solicitei à SecexConsenso que se manifestasse sobre os impactos da sentença proferida na Ação Civil Pública 5016859-74.2022.4.02.5001/ES, proposta pelo Ministério Público Federal, acerca do contrato de concessão ora em julgamento.

A referida sentença proibiu a Concessionária Eco101 “de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público”, pelo prazo de 5 (cinco) anos, com fundamento na Lei Anticorrupção.

A condenação ocorreu em razão da entrega de relatórios com dados forjados sobre desempenho à ANTT, entre 2015 e 2018, com o objetivo de auferir vantagem indevida, consistente na não aplicação de descontos nas tarifas de pedágio praticadas. As irregularidades foram verificadas no âmbito da Operação Infinita Highway.

Em resposta, a SecexConsenso informou haver duas ações civis públicas propostas pelo MPF que envolvem a Concessionária Eco101 e são relacionadas à Operação Infinita Highway. Além daquela a que me referi em despacho, existe a ACP 0022716- 65.2017.4.02.5001, em curso na 4ª Vara Federal Cível, do TRF da 2ª Região.

Nessa ação, o MPF requereu que a Eco indenizasse os usuários em valor compatível com as irregularidades cometidas, via desconto tarifário. Foi prolatada sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para que o preço do pedágio corresponda à evolução das obras realizadas e condenou a ECO 101 ao pagamento de R\$ 2 milhões título de dano moral coletivo.

Até a apresentação deste voto não havia sido julgada a apelação .

Quanto à condenação da Eco 101 na ACP 5016859-74.2022.4.02.5001/ES, a concessionária e a Procuradoria da ANTT avaliaram que a decisão não gera nenhum impacto na solução ora negociada, ainda que persista após a apresentação de recursos. Entendem que a celebração do acordo pode ter um efeito positivo na ACP, demonstrando que as preocupações que a motivaram foram adequadamente endereçadas no acordo.

Adicionalmente, a SecexConsenso informou que, em 20/5/2024, se reuniu com o Procurador da República André Pimentel Filho e não foram identificados pontos de atenção ou eventuais interferências entre a solução ora tratada e as ações em trâmite no MPF.

Ao avaliar **possíveis impactos na capacidade técnica e financeira da SPE**, a Comissão entendeu que não há falar em efeitos da ação na proposta de acordo, tendo em vista que está em fase de recurso, sem condenação transitada em julgado. Ela se limitou a prever que a possibilidade de interferência de eventual condenação futura na sustentabilidade financeira e cumprimento das obrigações fica mitigada, em razão de grande parte dos investimentos estarem previstos para o início do contrato e os financiamentos mais relevantes serem contratados em futuro próximo.

Creio que o despacho, quanto ao impacto da sentença na capacidade econômico-financeira da Eco101, não foi adequadamente atendido. Por óbvio, a decisão não produzirá efeitos enquanto manejados os recursos previstos. O fato é que já existe uma condenação e a análise requerida se referia à sua vigência, ainda que em momento futuro. Nesse sentido, a linha de argumentação com mera especulação sobre o momento de produção de efeitos da decisão e de contratação de financiamentos é

insuficiente e pode ser considerada imprudente, porque não foi demonstrado que bancos públicos que somente agem com amparo em normas, adotem a prática de conceder empréstimos a empresas com sentenças condenatórias que os proíbem de fazê-lo, ainda que não ainda não tenham transitado em julgado. E o contrato com a Eco 101 já contou com significativos financiamentos do BNDES, conforme passivos considerados nesta proposta de solução.

Conforme seção anterior deste voto, há indícios de que a empresa apresenta situação econômica frágil, incapaz de honrar os compromissos vigentes. É muito provável que tenha de recorrer à obtenção de novos financiamentos para cumprimento dos novos encargos. No próprio Relatório de Solução Consensual, a Comissão informa que existiram reuniões com o BNDES para tratar da “financiabilidade” do projeto.

Embora seja possível que a solução em discussão reverta a condenação em juízo, não há garantias nesse sentido. As questões que se colocam, portanto, são relativas à existência de outras fontes de financiamento, além das vetadas pela decisão judicial, e à capacidade de arcar com as obrigações pactuadas, sem a obtenção de empréstimos em instituições públicas.

Considerando que já me pronunciei sobre a necessária análise de capacidade econômico-financeira como condicionante à celebração do acordo, os aspectos relacionados à decisão adotada na sentença ACP 5016859-74.2022.4.02.5001/ES devem ser incluídos em tal avaliação.

Quanto à condenação relativa à indenização dos usuários via tarifa de pedágio, é exatamente nesse sentido que vai a proposta de acordo, com a inclusão dos valores de dívida apurados e considerados no MEF.

Ademais, serve como atenuante de possíveis entraves jurídicos e institucionais a informação de que a SecexConsenso tratou com o MPF das ações por ele impetradas e da solução consensual em análise, muito embora minha assessoria não tenha localizado os documentos atinentes à tal reunião no processo e no Relatório da Comissão.

III

Concluo assim, a análise desta complexa e inovadora proposta de solução consensual, reforçando a atuação do TCU alinhada às melhores práticas, nacionais e internacionais, para redução da litigiosidade na Administração Pública e para que a solução dos conflitos seja mais efetiva.

A vantagem do acordo em relação à relicitação restou demonstrada pela antecipação de investimentos à sociedade, pela renúncia a discussões administrativas e jurídicas existentes e pela mitigação de risco de leilão vazio em caso de relicitação.

Ao buscar consensos em matérias de sua competência, no entanto, este Tribunal não pode se afastar da observância da legislação e normas aplicáveis à matéria, embora possa proceder a interpretações menos restritivas, para permitir a obtenção dos resultados benéficos da negociação.

Nesse sentido, julgo que a correção das falhas apontadas ao longo deste voto devem ser condicionantes à aprovação da solução consensual.

Seguir com o procedimento sem tais providências, diante de todos os fatos ocorridos na concessão e dos prejuízos decorrentes aos usuários, importa na assunção de risco não justificada de novamente impactar, de forma negativa, a credibilidade e confiança dos cidadãos nas instituições públicas. Essa direção também seria contrária ao interesse público, por permitir a celebração de ajuste em que não foram adotadas as medidas necessárias para a busca da proposta mais vantajosa.

Uma vez realizadas as necessárias complementações e correções tratadas neste voto, não observo entraves técnicos e legais à celebração do termo aditivo de repactuação.

Adicionalmente, ressalto que o novo ajuste traz parâmetros bastante objetivos para a instauração de procedimento de extinção antecipada da concessão (descumprimento superior a 20% das metas estabelecidas por dois trimestres seguidos), além de expressa renúncia das partes a discutir em juízo ou arbitragem o mérito da extinção antecipada consensual (ressalvadas questões patrimoniais).

Além disso, o Poder Concedente se compromete a não interromper os estudos já contratados, para viabilizar eventual novo leilão, o que permitiria a mais rápida substituição da concessionária, elevando a credibilidade da extinção antecipada da concessão como desfecho possível.

Por fim, foi possível observar que, para a maioria das lacunas na proposta, foi indicada como justificativa a necessária celeridade das obras, como se fosse possível relevar falhas que podem impor aos usuários grandes prejuízos, em termos de tarifas de pedágio, sob o pretexto de evitar atrasos de poucos meses em investimentos e serviços que há muito deveriam estar concluídos.

Nesse sentido, considero que a defesa de soluções consensuais não deve ser fundamentada somente em argumentos de tal natureza, sem que haja demonstração objetiva dos alegados prejuízos, sob pena de enfraquecer novel instrumento para saneamento de controvérsias na Administração Pública.

Por todo o exposto, manifesto-me no sentido de que o Plenário condicione a autorização, para celebração do termo de autocomposição, à implementação das medidas tratadas neste voto.

Feitas essas considerações, Voto para que o Tribunal adote a minuta de acórdão que submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 25 de setembro de 2024.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

ACÓRDÃO Nº 1996/2024 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.444/2023-4.
- 1.1. Apenso: 017.658/2024-1
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Solicitação de Solução Consensual
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Identidade preservada (art. 55, **caput**, da Lei n. 8.443/1992).
 - 3.2. Responsável: Identidade preservada (art. 55, **caput**, da Lei n. 8.443/1992).
4. Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso).
8. Representação legal: Rodrigo Jose de Pontes Seabra Monteiro Salles (163334/OAB-SP), Giovanna Modolin Jarne (307290/OAB-SP) e outros, representando Eco101 Concessionaria de Rodovias S/A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de solicitação de solução consensual, formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, para a resolução das controvérsias relativas à readaptação e otimização do Contrato de Concessão Eco 101, celebrado em 17/4/2013, para exploração de 478,7 km da Rodovia BR 101, no Estado do Espírito Santo, pelo prazo de 25 anos;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. aprovar a proposta de solução consensual em exame com as seguintes condicionantes:
 - 9.1.1. ajuste, pela ANTT, dos custos associados às intervenções (Capex) e aos serviços (Opex) constantes do modelo econômico-financeiro, antes da publicação do edital, e eventuais correções julgadas necessárias, de acordo com a avaliação paramétrica realizada pela Infra/SA, permitindo identificar os referenciais adotados e sua razoabilidade em relação aos valores atualmente praticados pelo mercado ou apresentação de justificativas para particularidades do projeto;
 - 9.1.2. reformular a antecedência mínima associada ao processo competitivo para possível transferência do controle acionário da concessionária, desde que atenda à política pública associada, considerando que os interessados no certame devem avaliar mais parâmetros do que os envolvidos em licitação de nova concessão, entre eles características da SPE a ser adquirida, sobre as quais o atual controlador e competidor no certame tem profundo conhecimento, e apresentando estimativa de prazo para cada macroprocesso envolvido no procedimento (due diligence, precificação etc.), a fim de garantir isonomia e competitividade no certame;
 - 9.1.3. adoção de providências para realização de consulta pública, nos termos do art. 68 da Lei 10.233/2001 e art. 10 da Lei 13.448/2017, que trate dos parâmetros e disposições do termo aditivo a ser celebrado e dos procedimentos a serem adotados no processo competitivo;
 - 9.1.4. análise e comprovação, pela ANTT, da capacidade técnica e econômico-financeira da atual controladora e da SPE para assumir as obrigações decorrentes do acordo, incluindo avaliação sobre os impactos de condenação definitiva na ACP 5016859-74.2022.4.02.5001/ES;
- 9.2. dar ciência à ANTT de que os estudos relativos à inclusão do Contorno de Linhares via aditivo de prorrogação de prazo devem ser submetidos à análise prévia desta Corte, nos termos da IN TCU 81/2018;
- 9.3. incluir na redação do termo de auto composição as condicionantes dos itens 9.1 e 9.2;
- 9.4. determinar à Segecex o monitoramento do processo;
- 9.5. dar ciência desta deliberação à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), ao Ministério dos Transportes (MT), e ao representante legal nestes autos da Eco 101.

10. Ata nº 39/2024 – Plenário.
11. Data da Sessão: 25/9/2024 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1996-39/24-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.
 - 13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

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