

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 028.835/2016-6 [Apenso: TC 029.293/2016-2]

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Responsáveis: Natália Marcassa de Souza (290.513.838-60); Viviane Esse (206.461.918-61); Érico Reis Guzen (819.643.230-53).

Interessado: Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio (00.880.446/0001-58).

Representação legal: Paulo Sergio Bezerra dos Santos; Débora Goelzer Fraga; Guilherme de Araujo Pinho Costa; Fernando Henrique Fontes dos Reis (57.513/OAB-DF).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS. CONCERT. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REALOCAÇÃO DE PRAÇA DE PEDÁGIO COM POSTERIOR REVISÃO TARIFÁRIA. AUDIÊNCIAS. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECOMENDAÇÃO. CIÊNCIA.

## RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução elaborada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação):

### 1. INTRODUÇÃO

*Cuidam os autos de representação do Ministério Público Federal – MPF (peça 1) acerca de supostas irregularidades que teriam ocorrido no âmbito do contrato de concessão celebrado com a Concer (Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio de Janeiro) para gestão da rodovia BR-040/RJ/MG.*

*Esses indícios de irregularidades foram tratados ao longo das duas instruções preliminares deste processo (peças 69 e 117), tendo restado ainda um ponto a ser saneado nestes autos, concernente à realocação de uma das praças de pedágio da concessão. Especificamente, cabe à presente instrução a análise das razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis em sede das audiências realizada em decorrência de condutas supostamente irregulares dos gestores.*

### 2. HISTÓRICO

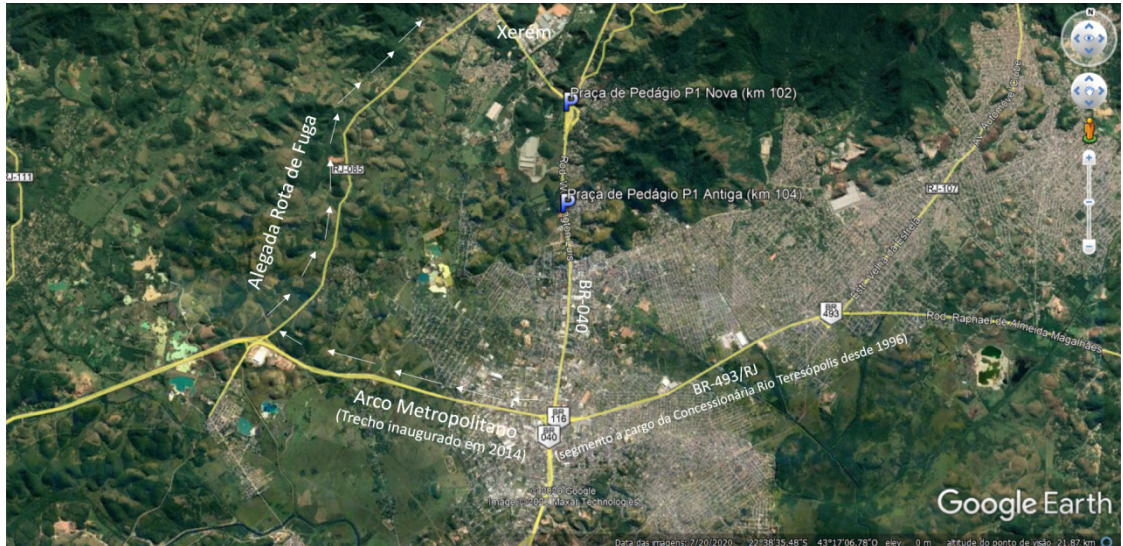
*O contrato de concessão da BR-040/RJ/MG (trecho Juiz de Fora – Rio de Janeiro), decorrente do Edital 294/93-00 (do então DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem), foi assinado na data de 31/10/1995, tendo o início da concessão ocorrido em 1/3/1996 (<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/concer>).*

*Em 30/4/2014, foi firmado entre a ANTT e a CONCERT o 12º termo aditivo ao contrato de concessão (peça 38), que continha indícios de irregularidades que motivaram o MPF a impetrar a presente representação junto ao TCU.*

*Entre as alterações trazidas pelo 12º termo aditivo, destaca-se a realocação da praça de pedágio P1 – Xerém, do km 104 para o km 102 da BR-040/RJ. Essa modificação da localização da praça foi justificada pela construção de trecho do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, que teria*

criado rota alternativa para os usuários da concessão, o que resultaria em uma perda de receita da concessionária. A nova rodovia permitiria aos usuários contornar a praça de pedágio original, transitando por Xerém, pela rodovia RJ-085 e pelo arco metropolitano. A imagem a seguir ilustra a situação:

Figura 1 - Localização das praças de pedágio P1 (nova e antiga)



Fonte: Google Earth (peça 117, p. 3)

Sob a justificativa de amenizar o impacto negativo na arrecadação da concessionária decorrente da implantação da nova via, a agência autorizou a mudança da localização da praça, que foi diretamente custeada com recursos da União, no valor de R\$ 5.895.706,60 (ref. abril de 1995). Essa alteração na localização da praça teria o efeito de minimizar a utilização da alegada “rota de fuga”, entretanto resultaria ainda em uma perda na arrecadação da concessionária (estimada preliminarmente em 15,7%), pois mesmo a nova configuração permitiria que parte dos usuários (particularmente com origem/destino em Xerém) pudessem se deslocar na direção da cidade do Rio de Janeiro pela rota alternativa, sem o pagamento de pedágio.

A instrução precedente destes autos (peça 117) pontuou a existência de indícios de irregularidades nos atos que resultaram na celebração do 12º termo aditivo e na conseqüente mudança da localização da praça de pedágio, notadamente relativos à alegada ausência de fato que justificasse o reequilíbrio econômico-financeiro em favor da CONCOR – uma vez que o risco de tráfego teria sido originalmente atribuído à concessionária – e à supostas fragilidades no estudo de tráfego – apresentados pela concessionária e aceitos pela agência – que resultaram na conclusão acerca da existência de interesse público nas alterações promovidas.

A referida instrução propôs a realização de audiências do Sr. Érico Reis Guzen, então Gerente de Regulação e Outorga da Exploração Rodoviária (GEROR), e da Sra. Viviane Esse, então Superintendente de Exploração de Infraestrutura Rodoviária (SUINF), pela elaboração da Notas Técnicas 71/2014/GEROR/SUINF e 117/2014/GEROR/SUINF, que teriam contribuído de forma decisiva para o resultado supostamente ilícito. Também, foi proposta a audiência da Sra. Natália Marcassa de Souza, então membra da Diretoria Colegiada da ANTT, pela elaboração do Voto 60/2014, que propôs autorizar a formalização do 12º termo aditivo.

Em despacho, o Exmo. Ministro-Relator autorizou a realização das audiências (peça 120, p. 2):

Verificou-se que a realocação da praça P1 decorreu de eventos relacionados à álea ordinária, e não, à alegada álea extraordinária (administrativa ou econômica) causadora do aludido desequilíbrio no

contrato. A queda de tráfego ocorrida na praça P1 não derivou da construção do Arco Metropolitano, mas, sim, da própria mudança da praça. Ademais, não há, nos autos, motivação, finalidade ou benefício de caráter público advindo da mudança de local da praça P1, sendo, portanto, irregular o ato da forma que foi realizado. Entendeu-se que o ato viciado foi praticado com culpa grave (erro grosseiro), razão pela qual, a SeinfraRodoviaAviação propôs ouvir os responsáveis em audiência.

Anuo às análises e ao encaminhamento sugerido pela unidade técnica e autorizo a adoção das medidas consignadas na instrução, peça 117 (...)

Os ofícios constantes das peças 122, 123 e 124 cientificam os responsáveis da realização das audiências para que pudessem “apresentar, por escrito, razões de justificativa quanto às irregularidades mencionadas na documentação anexa, que integra esta comunicação” (peça 122, p. 1; peça 123, p. 2; peça 124, p. 1). Na instrução da Unidade Técnica, é descrita a conduta dos responsáveis nos seguintes termos (peça 117, p. 16):

#### 59.2. Responsáveis:

59.2.1. *Érico Reis Guzen, Gerente de Regulação e Outorga da Exploração de Rodovias, e Viviane Esse, Superintendente de Exploração de Infraestrutura Rodoviária;*

59.2.1.1. *Conduta: elaborar as notas 71 e 117/2014-GEROR/SUINF atestando a confiabilidade de estudo controverso e deficiente que projetou fugas superestimadas apresentado pela Concer e a sua utilização como subsídio à tomada de decisão a respeito da realocação da praça P1, acarretando aporte da União para remanejamento da praça de pedágio (12º termo aditivo) e reajustes tarifários (5ª, 8ª e 9ª RE's) que poderiam ter sido evitados, em afronta ao art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, c/c art. 24, incisos I e II, da Lei 10.233/2001; (...)*

59.2.2. *Natália Marcassa de Souza, Diretora;*

59.2.2.1. *Conduta: elaborar o voto 60/2014 propondo à Diretoria Colegiada da ANTT autorizar a formalização do 12º termo aditivo, nos termos das notas 71 e 117/2014-GEROR/SUINF, deixando de cumprir com seu dever informacional ao não solicitar qualquer tipo de documento, informação ou diligência complementar após a apresentação do estudo pela Concer e antes de proferir seu voto, influenciando a Diretoria Colegiada a aprovar a realocação da praça P1 com base em estudo controverso e deficiente que projetou fugas superestimadas, acarretando aporte da União para remanejamento da praça de pedágio (12º termo aditivo) e reajustes tarifários (5ª, 8ª e 9ª RE's) que poderiam ter sido evitados, em afronta ao art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, c/c art. 24, incisos I e II, da Lei 10.233/2001, c/c art. 18, inciso I, do então vigente Regimento Interno aprovado pela Resolução-ANTT 3.000/2009;*

### 3. EXAME TÉCNICO

#### 3.1 Audiências

As razões de justificativas dos três responsáveis, elaboradas pela Procuradoria Federal junto à ANTT, constam das peças 141 (Sr. *Érico Reis Guzen* e Sra. *Viviane Esse*) e 144 (Sra. *Natália Marcassa de Souza*). Ademais, também foi trazida aos autos, em sede de razões de justificativas, a Nota Informativa SEI N° 219/2021/NAM/DG/DIR (peça 142), produzida no âmbito da ANTT. Os referidos documentos trazem alegações similares, que serão, a seguir, analisadas em conjunto, no que couber. Nesse sentido transcreve-se excerto das razões de justificativas que delinea a argumentação apresentada (peça 141, p. 6; peça 144, p. 5-6):

Por outro lado, do despacho que determinou a audiência dos Representados, observa-se que, em análise preliminar, o insigne Ministro relator adotou como verdadeiras as seguintes premissas:

a) *A realocação da praça P1 decorreu de eventos relacionados à álea ordinária e não à alegada álea extraordinária (administrativa ou econômica) causadora do aludido desequilíbrio do contrato;*

b) *A queda de tráfego ocorrida na praça P1 não derivou da construção do Arco Metropolitano mas, sim da própria mudança da praça;*



c) Não há nos autos motivação, finalidade ou benefício de caráter público advindo da mudança de local da praça P1;

d) O ato viciado foi praticado com culpa grave (erro grosseiro).

Nesta senda, para demonstrar o equívoco das premissas que sustentam a conclusão pela irregularidade dos atos administrativos praticados pelos Representados, a presente peça abordará os seguintes temas, a serem desenvolvidos a seguir:

a) Do Arco Metropolitano enquanto fato do príncipe (fato da administração) e da correta interpretação da Cláusula Vigésima do Contrato PG-138/95-00 (item IV);

b) Da análise técnica da ANTT sobre o estudo de tráfego e da confiabilidade do estudo (item V);

c) Do interesse público como motivação para realocação da praça P1 (item VI);

d) Da ausência de erro grosseiro e dos demais pressupostos para a responsabilidade dos Representados (item VII);

As análises das razões de justificativas realizadas nesta instrução encontram-se estruturada seguindo os temas levantados pelos responsáveis.

**3.1.1 Do enquadramento da implantação do arco metropolitano enquanto evento da álea extraordinária**

Os responsáveis afirmam estar incorreta a interpretação dada pela SeinfraRodoviaAviação no sentido de que (peça 141, p. 10 e p. 144, p. 9):

a construção do Arco Metropolitano é evento caracterizado como álea ordinária e, por tal motivo, seus efeitos frente ao contrato de concessão deveriam ser suportados exclusivamente pela Concessionária. Em suma, aduz que esta obra já se encontrava idealizada antes da celebração do contrato de concessão e que por esta razão foi inserida cláusula de risco de redução de volume de trânsito.

Argui-se que os fundamentos utilizados pela SeinfraRodoviaAviação seriam incompatíveis com a realidade dos fatos (peça 141, p. 11-12; peça 144, p. 10):

De início, revela-se, incorreto considerar que o simples fato de a construção do Arco Metropolitano ter sido idealizado na década de 1970 seria circunstância suficiente para considerar este evento previsível, 20 (vinte) anos depois, quando foi celebrado o Contrato PG138/95-00. Este raciocínio desconsidera que, apesar de idealizado, não existia à época da celebração do contrato de concessão projeto ou mesmo ciência de que o Arco Metropolitano seria ligado ao viário de Duque de Caxias. (...)

Ainda que o Arco Metropolitano do Rio de Janeiro tenha sido idealizado na década de 1970, duas décadas antes da concessão da BR-040, durante todo esse período não havia qualquer iniciativa consistente para a materialização da obra. Apenas no final da década de 2000, houve iniciativa consistente de planejamento governamental para a inclusão do Arco entre as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), com a definição de prazos de início e fim.

Além da grande incerteza inerente à implantação do Arco, não era possível prever no momento da concessão da BR-040 sua efetiva implantação e mais: como se dariam as possíveis ligações dessa infraestrutura (idealizada) com outras vias da área de influência da BR-040.

O Arco idealizado era em via expressa, com alto controle de acessos e, nesse tipo de infraestrutura, espera-se apenas a ligação com vias principais e expressas, como a BR-040, a BR116 e a BR-101, por exemplo. Não seria razoável prever, cerca de 20 anos antes, que o Arco permitiria o acesso com uma via paralela (que ligava apenas bairros do mesmo município) a pouco mais de 6 km da BR-040. Trata-se de um evento que alterou as condições fáticas iniciais do contrato de concessão, sendo uma álea extraordinária.

(destaques contidos no original)

Os responsáveis passam a discorrer acerca da adequada alocação dos riscos contratuais (peça 141, p. 13; peça 144, p. 11):

*Obrigar os licitantes a fazer esse tipo de exercício de imaginação/projeção seria antieconômico e provavelmente levaria a projetos de concessão inviáveis. Nesse sentido, fazer uma alocação de riscos limitados ao Poder Concedente e riscos ilimitados ao privado pode até parecer conveniente ao setor público, mas é, em verdade, contraproducente pois uma alocação eficiente de riscos e a criação de uma adequada estrutura contratual são importantes para a manutenção do contrato de longo prazo e para a otimização dos serviços prestados, atingindo, com isso, ao fim público: a melhora da infraestrutura rodoviária brasileira. (...)*

*O contrato deve ser capaz de antever os riscos que envolvem o projeto e reparti-los com o parceiro privado de forma eficiente. Não apenas a ocorrência do risco deve ser prevista e repartida, mas também seu impacto, devendo ainda o contrato prever as consequências da concretização do risco em cada situação.*

*Apresenta-se, então, o que se entende ser a correta interpretação da Cláusula Vigésima do contrato de concessão em pauta que alocou o risco de tráfego à concessionária (peça 141, p. 13-15; peça 144, p. 11-13):*

*Neste particular, cabe uma reflexão a respeito da adequada interpretação da Cláusula Vigésima do Contrato PG-138/95-00, que disciplina o risco de tráfego a ser suportado pela concessionária, à luz da regra econômica mais difundida de alocação de riscos, segundo a qual **o risco deve ser alocado à parte que pode melhor identificá-lo, compreendê-lo, gerenciá-lo controlar a probabilidade de sua ocorrência e minimizar suas consequências (...)***

*O risco de tráfego assumido pela Concessionária na Cláusula Vigésima do Contrato PG138/95-00 circunscreve-se ao risco ordinário, aquele previsto ou previsível, que o participante da licitação é capaz de razoavelmente antecipar em seus cálculos e projeções. O modelo comportamental do tráfego, os cenários de crescimento socioeconômico e todas as variáveis e parâmetros que auxiliaram nas projeções de crescimento do tráfego ao longo do período da concessão compõe o risco de tráfego da concessão, inteiramente assumido pela concessionária.*

*Embora a Cláusula Vigésima tenha alocado o risco de tráfego integralmente à Concessionária, a cláusula se aplica apenas se mantidas as condições fáticas iniciais do Contrato de Concessão, o que não ocorreu com a implantação do Arco Metropolitano (...)*

*(destaques contidos no original)*

*Nesse sentido, arrematam (peça 141, p. 17; peça 144, p. 14):*

*Ou seja, a redução de tráfego é, em regra, álea ordinária e, portanto, sem direito a reequilíbrio, devendo os efeitos de dedução de demanda ser suportados exclusivamente pela Concessionária. Contudo, como já demonstrado neste tópico, a construção do Arco Metropolitano é evento caracterizado como álea extraordinária, que levaram ao reequilíbrio econômico-financeiro.*

*É ainda afirmado que o fato de já existirem outras vias concorrentes à rodovia concedida “não permite que a construção de uma outra, não prevista, seja considerada um risco a ser suportado pela Concessionária” (peça 141, p. 17; peça 144, p. 14).*

*Por fim, são realizadas considerações acerca de críticas que teriam sido realizadas na instrução precedente em relação ao parecer da PF-ANTT, que foi um dos fundamentos para a aprovação do reequilíbrio contratual. Especificamente, esclarece-se que a PF-ANTT havia trazido decisão prévia do TCU no sentido de demonstrar que esta Corte já havia apresentado o entendimento de que “a cláusula de risco era válida apenas se mantidas as condições iniciais da infraestrutura da área de influência da praça, presentes na assinatura do contrato de concessão, tal qual a SUINF havia interpretado” (peça 141, p. 18; peça 144, p. 15). Ademais, informa que questões relativas à confiabilidade do estudo de tráfego utilizado para a tomada de decisão seriam discutidas mais adiante nas razões de justificativas.*

*Os mesmos argumentos aqui expostos também são trazidos na Nota Informativa SEI N° 219/2021/NAM/DG/DIR (peça 142, p. 11-13), assinada por dois dos representados.*

### 3.1.1.1 Análise

*Observa-se que o cerne das alegações dos responsáveis encontra-se na premissa de que o dispositivo contratual que atribui o risco de tráfego ao concessionário não seria aplicável ao caso concreto, visto que não seria razoável exigir do então licitante que elaborasse sua proposta considerando a possibilidade da implantação do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro.*

*Para exame do tema, primeiramente, cabe transcrever o dispositivo contratual que atribuiu o risco de demanda à concessionária (peça 40, p. 9):*

#### *Subseção II*

##### *Do Risco Geral de Trânsito*

*20. A CONCESSIONÁRIA assume, integralmente, o risco de trânsito inerente a exploração da RODOVIA, neste se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias.*

*A interpretação dada à cláusula supra, por ocasião da Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014, foi no sentido de que “o risco do tráfego, incluindo o risco de redução do volume de tráfego, seria atribuído à Concessionária, apenas se mantidas as condições iniciais, isto é, sem a implantação, posterior a assinatura do contrato, de vias de iniciativa do Poder Público, como é o caso do Arco Metropolitano” (peça 41, p. 3).*

*Não se endente que tal interpretação encontre fundamentação na cláusula vigésima, uma vez que não abarca o fato de o dispositivo contratual explicitamente atribuir à concessionária **integralmente** o risco de tráfego, incluindo o decorrente da **transferência de trânsito para outras rodovias**. A interpretação defendida pelos responsáveis só faria sentido se fosse suposto que o contrato conteria palavras inúteis, contrariando as noções básicas de hermenêutica contratual. O contrato confere, de forma inequívoca, à concessionária eventuais benefícios ou prejuízos decorrentes do deslocamento do volume de veículos para outras rodovias, **independentemente de se tratar ou não de vias existentes**.*

*Caso fosse opção do Poder Concedente celebrar contrato de concessão restringindo o risco de tráfego atribuído a concessionária a determinadas situações, isso estaria explícito no contrato, como foi feito em contratos de concessão rodoviárias posteriores – especificamente, na terceira e na quarta etapa do PROCROFE (Programa de Concessões de Rodovias Federais). Assim, por exemplo, no contrato de concessão da Concebra (BR-060/153/262/DF/GO/MG), celebrado em janeiro de 2014, em relação ao risco do tráfego, existem as seguintes disposições (peça 151, p. 42-44):*

#### *21 Alocação de Riscos*

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

*21.2 A concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...)*

*21.2.6 implantação de novas rotas ou caminhos alternativos rodoviários livres de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de assinatura do contrato, nos instrumentos públicos de planejamento governamental ou outras fontes oficiais públicas.*

*Observa-se, pois, que concessões rodoviárias mais atuais contêm uma matriz de risco diferente daquela constante do contrato sob análise nestes autos, pois enquanto o contrato da CONCEBRA estabelecer ser risco integral da concessionária a queda (ou aumento) da demanda resultante da transferência do tráfego para outras vias (não há exceções), em avenças mais recentes, estabeleceu-se que tal risco seria do Poder Concedente quando resultante da implantação de caminhos alternativos não previstos em fontes oficiais.*

*Nesse sentido, a afirmação realizada na Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 de que o risco de tráfego seria atribuído à Concessionária somente se não houvesse a “implantação, posterior a assinatura do contrato, de vias de iniciativa do poder público” (peça 41, p. 3) não encontra respaldo no estabelecido, por meio das regras contidas nos contratos celebrados, pelo Poder Concedente, seja no contrato da CONKER, seja em concessões contemporâneas à nota técnica impugnada, como a CONCEBRA, cujo contrato iniciou-se em 2014.*

*Não obstante as críticas que podem ser realizadas em relação à divisão de risco da concessão, no sentido de que supostamente o ideal (sob a ótica de quem é mais capacitado a gerenciar o risco) seria não alocar à concessionária um risco de tráfego tão amplo (incluindo novas rodovias não implantadas e que não possuem nem ao menos projetos de engenharia ou EVTEAs), fato é que, no que tange às rodovias federais, desde o início do PROCROFE até recentemente (da década de 1990 ao início da década de 2020), os contratos de concessões federais consistentemente alocaram tais riscos às Concessionárias. Desse modo, não cabe aos responsáveis pela fiscalização e gestão dos contratos decidir de modo diverso, devendo prevalecer as regras contratuais originalmente pactuadas.*

*Do exposto, entende-se restar claro que o contrato de concessão da CONKER atribui integralmente o risco do tráfego à concessionária, sem exceções, de uma forma inclusive mais inflexível do que os contratos mais recentes.*

*Prosseguindo na análise, há que se examinar o possível enquadramento da implantação do arco metropolitano enquanto fato do príncipe, em razão de sua suposta imprevisibilidade, conforme suscitado nas razões de justificativas. Essa tese é defendida nos seguintes termos:*

*a) “De início, revela-se, incorreto considerar que o simples fato de a construção do Arco Metropolitano ter sido idealizado na década de 1970 seria circunstância suficiente para considerar este evento previsível, 20 (vinte) anos depois, quando foi celebrado o Contrato PG138/95-00” (peça 141, p. 11; peça 144, p. 10);*

*b) “apesar de idealizado, não existia à época da celebração do contrato de concessão projeto ou mesmo ciência de que o Arco Metropolitano seria ligado ao viário de Duque de Caxias” (peça 141, p. 11; peça 144, p. 10);*

*c) “foi desconsiderado o contexto em que o contrato de concessão da rodovia Rio - Petrópolis - Juiz de Fora foi assinado, em meados da década de noventa, momento em que o Brasil apenas experimentava os primeiros efeitos da estabilidade econômica, sem, no entanto, qualquer evidência maior de que aquela condição fosse perdurar ou perspectiva de retomada de grandes obras, seja pelo Poder Público ou mesmo pela iniciativa privada, em médio e longo prazo” (peça 141, p. 11-12; peça 144, p. 10);*

*d) “apenas no final da década de 2000, houve iniciativa consistente de planejamento governamental para a inclusão do Arco entre as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), com a definição de prazos de início e fim” (peça 141, p. 12; peça 144, p. 10);*

*e) “não era possível prever no momento da concessão da BR-040 sua efetiva implantação e mais: como se dariam as possíveis ligações dessa infraestrutura (idealizada) com outras vias da área de influência da BR-040” (peça 141, p. 12; peça 144, p. 10);*

*f) “o Arco idealizado era em via expressa, com alto controle de acessos e, nesse tipo de infraestrutura, espera-se apenas a ligação com vias principais e expressas, como a BR-040, a BR-116 e a BR-101, por exemplo. Não seria razoável prever, cerca de 20 anos antes, que o Arco permitiria o acesso com uma via paralela (que ligava apenas bairros do mesmo município) a pouco mais de 6 km da BR-040” (peça 141, p. 12; peça 144, p. 10).*



É importante recapitular o histórico de implantação do arco metropolitano, com base em documentos oficiais, para adequadamente examinar a fidedignidade dos supostos fatos trazidos pelas razões de justificativas.

Nesse sentido, cabe lembrar que a rodovia em questão – Arco Metropolitano do Rio de Janeiro – foi originalmente concebida enquanto rodovia estadual, a RJ-109. Posteriormente, passou a integrar a malha rodoviária federal, sob a denominação de BR-493/RJ (Lei 11.314/2006), o que precedeu a efetiva execução das obras do segmento. No caso concreto, cabe o exame das circunstâncias presentes previamente à celebração do contrato de concessão, quando o eixo viário, então designado RJ-109, ainda não havia sido implantado.

O Decreto Estadual 995, de 16/11/1976 (peça 155), foi responsável pela aprovação do Plano Rodoviário do Rio de Janeiro, trazendo em seu anexo a relação descritiva das rodovias que constituíam o plano. À época já consta a previsão da implantação do arco metropolitano, sob denominação RJ-109, a partir do entroncamento com a BR-040, conforme figura a seguir (peça 155, p. 3):

Figura 2 – Trechos constituintes da RJ-109 (Arco Metropolitano do Rio de Janeiro)

SITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA REDE RODOVIÁRIA ESTADUAL (JANEIRO DE 1976)							
RODOVIA	TRECHOS	EXTENSÃO (KM)					CLASSIF. FUNCIONAL
		TOTAL	PLANJ.	L.NRT.	IMPLAN.	PAVIM.	
RJ-109	ENTR. BR-040 - ENTR. RJ-079	53,8	53,8	-	-	-	
↑	Entr. BR-040 - Entr. RJ-101		4,0	-	-	-	Penetração
	Entr. RJ-101 - Entr. RJ-085 ←		3,5	-	-	-	"
	→ Entr. RJ-085 - Entr. RJ-111		8,5	-	-	-	"
	Entr. RJ-111 - Entr. BR-116		11,5	-	-	-	"
	Entr. BR-116 - Entr. RJ-093		5,5	-	-	-	"
	Entr. RJ-093 - Entr. BR-465		6,8	-	-	-	"
	Entr. BR-465 - Entr. BR-101		13,0	-	-	-	"
	Entr. BR-101 - Entr. RJ-079		1,0	-	-	-	"

Fonte: Decreto estadual do Rio de Janeiro 995/1976 (peça 155, p. 3)

Da versão original do Decreto estadual 995/1976, particularmente da tabela trazida pela Figura 2 acima, pode-se concluir, diferentemente do defendido pelos responsáveis, que o Arco Metropolitano:

- não foi meramente “idealizado na década de 1970”, mas passou a ser uma das rodovias constituintes da Rede Rodoviária Estadual do Rio de Janeiro;
- foi concebido com diversas interseções com rodovias estaduais, e não apenas com as “principais rodovias” (BR-040, BR-101 e BR-116);
- tinha previsão de se conectar com a RJ-085, que foi justamente a rodovia que propiciou a “rota de fuga”, objeto do reequilíbrio promovido pela agência, conforme observa-se da Figura 1.

Ademais, o Decreto estadual 995/1976 estabeleceu também que a RJ-085 iria conectar a RJ-109 (Arco Metropolitano) à RJ-115, conforme figura 3 a seguir. Já a RJ-115, nos termos definidos pela Rede Rodoviária Estadual, conectaria a RJ-085 à BR-040, em Xérem (figura 4).

Figura 3 – Trechos constituintes da RJ-085



RJ-085	ENTR. RJ-083 - ENTR. RJ-115	31,0	28,0	-	-	3,0	
	Entr. RJ-083 - Entr. RJ-081		-	-	-	3,0	Penetração
	Entr. RJ-081 - Entr. BR-116		1,5	-	-	-	"
	Entr. BR-116 - Entr. RJ-103		3,5	-	-	-	"
	Entr. RJ-103 - Entr. RJ-105		3,0	-	-	-	"
	Entr. RJ-105 - Entr. RJ-109		8,0	-	-	-	"
	→ Entr. RJ-109 - Entr. RJ-115 ←		12,0	-	-	-	COLETORA

Fonte: Decreto estadual do Rio de Janeiro 995/1976 (peça 155, p. 2)

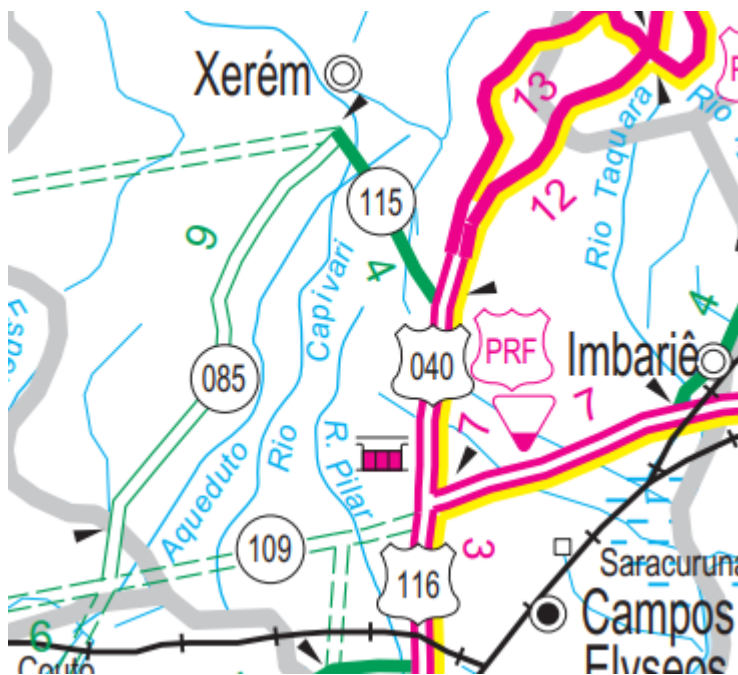
Figura 4 – Trechos constituintes da RJ-115

RJ-115	ENTR. BR-040 (FNM) - ENTR. RJ-145 (TABOAS)	126,9	51,0	67,8	5,1	3,0	
	→ Entr. BR-040 (FNM) - Entr. RJ-085 (Xerém)		-	-	-	3,0	Coletora
	Entr. RJ-085 (Xerém) Entr. RJ-111 (Tinguá)		14,0	-	-	-	"
	Entr. RJ-111 (Tinguá) - Entr. RJ-125 (M.Pereira)		37,0	-	-	-	"
	Entr. RJ-125 (M.Pereira) - Entr. RJ-129 (Ferreiros)		-	16,1	-	-	Penetração
	Entr. RJ-129 (Ferreiros)-Entr. BR-393 (Vassouras)		-	16,0	-	-	"
	Entr. BR-393 (Vassouras)-Entr. RJ-143 (B.Juparanã)		-	3,4	5,1	-	Coletora
	Entr. RJ-143 (B.Juparanã) - Entr. RJ-145 (Taboas)		-	32,3	-	-	"

Fonte: Decreto estadual do Rio de Janeiro 995/1976 (peça 155, p. 3)

Assim, é possível concluir que a configuração prevista para as vias RJ-085, RJ-109 e RJ-115 – nos termos do constante da Rede Rodoviária Estadual, estabelecida em 1976 e em vigência quando da celebração do contrato da CON CER – representaria um caminho concorrente à BR-040. A situação pode ser vista de mapas confeccionados anteriormente ao Arco se tornar uma rodovia federal, restando claro que a eventual implantação da RJ-109 (Arco Metropolitano) traria uma rota alternativa nos moldes daquela que acabou por se materializar:

Figura 5 – Mapa das rodovias RJ-085, RJ-109, RJ-115 e BR-040/RJ



Fonte: Mapa Rodoviário do Rio de Janeiro de 2002 – DNIT (peça 154)

*De fato, desde a concepção da Rede Rodoviária Estadual do Rio de Janeiro, se passaram vários anos até que a obra do Arco Metropolitano fosse executada, mas não há que se arguir que se tratava de um evento imprevisível. Na verdade, entende-se que o cenário mais provável à época da celebração do contrato da concessão da BR-040/RJ/MG era exatamente aquele que acabou por se concretizar: o Poder Público, em atendimento às crescentes demandas da sociedade e em observância ao planejamento então vigente, promoveu, em um período inferior a 25 anos, a implantação do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, importante rodovia que já constava a muito tempo de seus planos oficiais.*

*Ao longo das décadas de vigência de um contrato de concessão rodoviária, é esperado que a economia brasileira venha a oscilar entre momentos de maior e menor estabilidade, bem como que ocorram variações no ritmo de execuções de obras públicas. Assim, entende-se desarrazoada a argumentação no sentido de que como na época da celebração do contrato, em 1995, o Estado estaria realizando poucas obras de grande porte, seria racional deduzir que nos 25 anos subsequentes não seriam executadas obras rodoviária com impacto no sistema concedido.*

*Sem dúvidas, não haveria como ter certeza, no momento da celebração do contrato da CONKER, de que a concessionária viria a perder receitas em decorrência da implantação do Arco – era um acontecimento incerto, como os demais tratados na matriz de risco. Entretanto, não há como argumentar que se constituiria em um evento imprevisível, pois a nova rodovia, com seu traçado, se encontrava prevista na Rede Rodoviária do estado do Rio de Janeiro.*

*Mesmo que os responsáveis tivessem por perspectiva uma interpretação mais flexível da vigésima cláusula do contrato sob análise, no sentido de abrandar o risco de trânsito atribuído à CONKER, não seria razoável aceitar uma distribuição de risco mais favorável à concessionária do que a observada nos contratos que vinham sendo firmados pela ANTT à época da elaboração da Nota Técnica 71/2014-GEROR/SUINF. No caso de contratos mais novos, como o exemplo supracitado do contrato da CONCEBRA (celebrado no mesmo ano da elaboração da referida Nota Técnica), só caberia o reequilíbrio contratual caso a nova rodovia não constasse dos instrumentos oficiais de planejamento na data da celebração do contrato de concessão, o que claramente não é o caso do Arco Metropolitano.*

*Do exposto, não se entende que as razões de justificativas apresentadas quanto a esse ponto possam ser acolhidas, considerando que: i) o risco de tráfego foi integralmente alocado à concessionária, inclusive em relação à transferência de trânsito para outras rodovias; ii) a rota alternativa surgida da implantação do arco metropolitano já era oficialmente prevista na Rede Rodoviária do estado do Rio de Janeiro quando da celebração do contrato de concessão, inclusive com o detalhamento do traçado planejado.*

### *3.1.2 Do estudo de tráfego*

*Quanto ao tema, os responsáveis iniciam suas manifestações nos seguintes termos (peça 141, p. 18; peça 144, p. 15):*

*Um das principais críticas realizada pela SeinfraRodoviaAviação ao estudo recai sobre o volume de tráfego que desviaria da BR-040, por meio do viário interno de Xerém, da rodovia RJ-085 e do Arco, que seria de 30% em veículos e 42% em veículos equivalentes tarifários. A área técnica do TCU parte do princípio que esses motoristas sairiam da via federal antes do pedágio e retornariam após a praça, de fato fugindo da cobrança; hipótese que obrigaria os motoristas a andarem 18 km a mais para evitar o pedágio.*

*São trazidos diversos argumentos em defesa da confiabilidade do estudo de tráfego utilizado, apresentando contrapontos às críticas tecidas na instrução prévia destes autos, de modo a se deduzir que a conclusão dos estudos seria “bastante plausível, uma vez que foi aberta alternativa competitiva e gratuita a essa demanda” (peça 141, p. 18; peça 144, p. 16). Como suporte a alegação, são detalhados, conforme encontrado nos estudos, percentuais de desvios de tráfego*

entre as rodovias envolvidas de acordo com as categorias de veículos e cenários considerados (peça 141, p. 18-20; peça 144, p. 16-17).

É apontado que seria falha a análise realizada pela SeinfraRodoviaAviação em relação a mudança de tráfego no período entre a inauguração do Arco Metropolitano e o reposicionamento da praça de pedágio. Nesse sentido, afirma-se (peça 141, p. 20; peça 144, p. 17):

Outro ponto relevante é que o relatório da SeinfraRodoviaAviação apresenta análise do tráfego pedagiado em período de 18 dias em que a praça original conviveu com a abertura ao Arco Metropolitano, no mês de julho de 2014. A análise visa desqualificar os resultados do estudo de tráfego, mostrando que o tráfego não caiu, como estimado no estudo.

As ponderações feitas pela SeinfraRodoviaAviação, entretanto, não podem ser consideradas, pois o período de dias utilizado na análise, que supostamente demonstraria erro de decisão da ANTT, caracterizado pelo aumento do tráfego pedagiado na localização original da praça em curto período de tempo após a abertura da ligação do Arco Metropolitano com a RJ-085, é considerado tecnicamente período atípico – de férias escolares de inverno, quando, por exemplo, muitos cariocas viajam em família em direção a Serra de Petrópolis e arredores.

Ademais, mudanças nos padrões de viagem dos motoristas frente a mudanças viárias não costumam ocorrer da noite para o dia. Há sempre um período chamado de rump-up, em que a nova infraestrutura apresenta uma curva de crescimento bastante peculiar, causada pela curva de aprendizado dos motoristas. A metodologia utilizada pela ANTT para readequar a matriz de tráfego da praça de pedágio, por exemplo, considera esse efeito quando aplica a redução teórica entre curvas de tendência definidas a partir de técnica de mínimos quadrados, considerando período de vários meses antes e após a mudança.

(destaque contido no original)

São também criticados os posicionamentos previamente expressos pela Unidade Técnica do TCU em relação as entrevistas realizadas junto aos usuários (peça 141, p. 21-23; peça 144, p. 17-19) e as pesquisas relativas às suas percepções (peça 141, p. 23-26; peça 144, p. 19-21).

Prosseguindo, os responsáveis defendem a regularidade do procedimento e metodologia adotada pela ANTT (peça 141, p. 26; peça 144, p. 21-22):

Diferentemente do que leva a entender o relatório da SeinfraRodoviaAviação, a análise da ANTT em relação ao estudo de tráfego apresentado pela concessionária foi feita com cautela exigida dos servidores em geral, assim como, observou o procedimento adequado. (...)

Em sua manifestação, a unidade técnica do TCU desconsidera totalmente o juízo técnico emitido pela ANTT e adentra na escolha regulatória da Agência.

Afirma-se que o servidor responsável da ANTT se deslocou até a localidade para examinar a situação, que foi analisada e debatida em conjunto a fiscalização de campo da agência no Rio de Janeiro. Ademais, a solução técnica adotada não estaria vedada por lei, tampouco contrariaria a jurisprudência do TCU. Salientou-se ainda que a Nota técnica nº 071/GEROR/SUINF/2014 recomendou questionar a Procuradoria Federal junto à ANTT acerca do entendimento acerca da alocação de risco do contrato.

Ademais, os responsáveis visam esclarecer o contexto no qual foram elaborados os atos questionados, ressaltando que a Nota Técnica 71/2014-GEROR/SUINF teria efetivamente realizado a análise de “confiabilidade do estudo de tráfego apresentada pela Concer, ainda que a fundamentação tenha se dado de forma concisa” (peça 141, p. 28; peça 144, p. 21). Nesse sentido, justifica-se (peça 141, p. 28; peça 144, p. 21):

Outrossim, como se passará a demonstrar, tal fundamentação concisa se deveu ao grande volume, diversidade, complexidade e relevância de atribuições a que estava sujeita a SUINF e a própria GEROR à época, para uma quantidade de recursos humanos muito aquém do ideal.

*Detalha-se, pois, as diversas competências afetas à gerência e à superintendência competentes (GEROR e SUINF, respectivamente), bem como o limitado quadro de pessoal. Ainda assim, asseveram que os servidores teriam examinado o tema com a profunda e comprometimento necessários.*

### 3.1.2.1 Análise

*Previamente a se abordar eventuais problemas no estudo de tráfego que embasou a decisão de celebrar o 12º termo aditivo, cabe uma exposição geral sob tema.*

*De acordo com a Nota Técnica 71/2014/GEROR/SUINF (peça 41), de 10/2/2014, o estudo de tráfego em questão foi apresentado pela concessionária em 9/12/2013 (peça 41, p. 4), tendo sido elaborado pela empresa OKAAN engenharia de tráfego e de transporte, com a data de 21/11/2013 (peça 37, p. 1). A aprovação do 12º termo aditivo se deu em 30/4/2014, tendo o início da operação do Arco Metropolitano ocorrido em 1/7/2014. A mudança da localização da praça ocorreu em 18/7/2014.*

*Destaca-se que as obras do Arco Metropolitano tiveram início em 2008 (peça 152, p. 6), tendo havido tempo suficiente para que ANTT procedesse as análises que entendesse pertinentes acerca de possível desequilíbrio contratual, inclusive promovendo a realização de estudo de tráfego, se julgasse necessário. Entretanto, de acordo com os documentos presentes nestes autos, a agência se manteve inerte até ser provocada a se manifestar pela concessionária, em 2013, quando a CONKER apresentou estudo de tráfego acerca das alegadas consequências da implantação do Arco Metropolitano.*

*Entende-se haver graves empecilhos para a aceitação do estudo de tráfego apresentado pela CONKER como fundamentação para a realização do reequilíbrio contratual. Há um manifesto conflito de interesse da concessionária quanto ao tema, que inclusive já havia em outras ocasiões solicitado a alteração da localização da praça de pedágio sob outras justificativas (peça 117, p. 12; peça 110). As decisões adotadas pela agência devem ser baseadas em informações que se apresentam com elevado grau de confiabilidade, obtido da imparcialidade de quem as elabora. Nesse sentido, cabe lembrar ser competência própria da agência a realização de estudos de tráfego, bem como demais estudos que tenham impacto na tarifa de pedágio, conforme previsto na Lei 10.233/2001:*

*Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:*

*I – promover pesquisas e **estudos específicos de tráfego** e de demanda de serviços de transporte;*

*II – promover **estudos aplicados às definições de tarifas**, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;*

*No caso concreto, a situação se revestiu de fragilidade adicional, uma vez que a empresa responsável pelo estudo OKAAN consultoria em engenharia de tráfego e de transportes ltda (CNPJ 18.234.713/0001-85) foi instituída em junho de 2013 (peça 153), tendo logo em seguida produzido o estudo. Observa-se, pois, ainda outra razão para a promoção de eventuais estudos de tráfego pela própria agência, uma vez que além da seleção de empresa que possa realizar seus trabalhos de forma isenta, a contratação pelo Poder Público deve seguir regras que garantam a escolha de entidade com a experiência adequada.*

*Em suma, os estudos de tráfego iniciam-se por levantamentos dos dados de campo (entrevistas e observações diretas), a partir dos quais são registrados os valores das principais variáveis, que são inseridas em um modelo matemático, tendo por resultado a configuração prevista para o tráfego nas vias envolvidas, de acordo com os cenários vislumbrados.*

*Qualquer conclusão a ser obtida de estudos de tráfego decorre fundamentalmente dos dados de entrada, obtidos previamente a apresentação dos trabalhos à ANTT pela empresa contratada*



*pela concessionária. Assim, fica prejudicado o ateste a posteriori, pela agência, da fidedignidade dos estudos, uma vez que é pouco factível a verificação um de seus elementos primordiais: as informações obtidas em campo.*

*Portanto, para além de eventuais aparentes inconsistências previamente apontadas, de modo geral, pode-se afirmar que a ausência de confiabilidade dos estudos decorre da forma como foi elaborado, tendo a ANTT não exercido (diretamente ou por meio de empresa por ela contratada) sua atribuição legal de promover estudos de tráfego (Lei 10.233/2011, art. 24, I), aceitando documento produzido com notório conflito de interesse e cujas premissas dificilmente poderiam ser independentemente verificadas.*

*Foi também argumentado que a unidade técnica do TCU, em sua manifestação, estaria desconsiderando “totalmente o juízo técnico emitido pela ANTT” e “adentrando na escolha regulatória da Agência”.*

*Quanto a esse aspecto, esclarece-se que cabe ao Tribunal respeitar a escolha das estratégias e das metodologias utilizadas pela agência para o alcance dos objetivos delineados. Todavia, isso não impede que o TCU aponte falhas em atos praticados na esfera de discricionariedade, quando houver violação ao ordenamento jurídico.*

*No caso concreto, não se pretende aqui desconsiderar o “juízo técnico” ou adentrar nas “escolhas regulatórias” da agência, mas deve-se pontuar que a escolha de aceitar o estudo fornecido pela concessionária não se baseou em um juízo técnico adequadamente **motivado**. Isso pode ser concluído da transcrição a seguir, que contém a integralidade da seção “6. Confiabilidade do estudo de tráfego” da Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 (peça 41, p. 5):*

*17. A análise do estudo de tráfego apresentado pela CONKER indica que o mesmo foi realizado a partir das melhores práticas, sendo baseado na caracterização do viário objeto dos estudos, em pesquisas de tráfego e em ferramental computacional consagrado. Os resultados também se mostram coerentes e de acordo com os resultados esperados. Dessa forma, entende-se que o estudo de tráfego modela de forma satisfatória a realidade e pode ser utilizado como subsídio à tomada de decisão a respeito da realocação da praça de pedágio P1, localizada em Duque de Caxias.*

*Assim, a forma lacônica como a nota técnica tratou o tema, impossibilita saber quais os aspectos do estudo (e em que profundidade) foram efetivamente analisados e quais medidas (se alguma) foram adotadas para mitigar o risco relacionado ao conflito de interesse na elaboração do documento.*

*Os responsáveis, em suas razões de justificativas reconhecem, em certa medida, que caberia a referida nota técnica ser mais detalhada em sua fundamentação, entretanto, justificam o fato tendo em vista o elevado volume de trabalho (peça 141, p. 30):*

*Assim, a realização de manifestações concisas, a exemplo daquela empreendida na Nota Técnica 71/2014-GEROR/SUINF acerca da confiabilidade do estudo de tráfego apresentada pela Conker, ora em debate, era uma das maneiras encontradas para fazer frente ao excessivo volume de trabalho para o reduzidíssimo quadro de colaboradores disponíveis. Tal imposição da realidade, outrossim, de nenhuma maneira pode se voltar contra estes, que jamais se furtaram de exercer seu múnus com a profundidade e comprometimento exigido pelo interesse público envolto na temática em debate.*

*As alegações acerca da escassez de pessoal não alteram o fato de que não constam do processo administrativo correspondente as análises necessárias relativas à avaliação da confiabilidade do estudo de tráfego apresentado, sendo que a mera declaração dos responsáveis no sentido de que atuaram de forma diligente não pode ser considerada evidência suficiente. Recordase que a Administração não pode deixar de motivar suas decisões (art. 2º e art. 50, I, da Lei 9.784/1999), sob possível pena de anulação do ato.*

*Do exposto, restou constatado, em relação aos estudos de tráfegos que embasaram a celebração do 12º termo aditivo, o aceite pela ANTT de um documento entregue pela concessionária, que possuía claro conflito de interesse no tema, e produzido por empresa com limitada experiência. Isso denota o desalinhamento entre os atos práticos e a competência legal da agência, responsável por promover estudos dessa natureza. Também grave é o fato de que, a despeito dessas significativas fragilidades, não se pôde evidenciar a realização pela agência de um exame minimamente aprofundado da documentação, tendo o estudo sido aceito sem a adequada motivação.*

*Entende-se que, com vistas a aprimorar a atuação da ANTT em circunstâncias análogas no futuro, cabe alertar à agência acerca das falhas constatadas. Assim, propõe-se dar ciência de que, no processo de aprovação do 12º termo aditivo ao contrato de concessão PG-138/95-00, a ANTT deixou de exercer sua atribuição legal de promover a elaboração de estudos de tráfego – Lei 10.233/2001, art, 24, inciso I – acatando um estudo apresentado pela própria concessionária, formulado em circunstâncias de notório conflito de interesse, sem que tenha ficado evidenciado a realização dos exames pertinentes pela agência no sentido de validar a documentação, o que caracteriza falha na motivação do ato praticado, em inobservância ao art. 2º e art. 50, I, da Lei 9.784/1999.*

### *3.1.3 Do interesse público na realocação da praça*

*Após transcrever excertos da Lei 10.233/2001, que dispõem sobre as competências da ANTT no sentido de regular e supervisionar a exploração da infraestrutura de transporte, os responsáveis prosseguem (peça 141, p. 31; peça 144, p. 23):*

*À luz dos objetivos da Agência, após a análise em relação ao estudo de tráfego apresentado pela concessionária, feita com cautela exigida dos servidores em geral e em observância aos regulares procedimentos aplicáveis ao caso, a ANTT optou, entre as alternativas possíveis (piores do que o cenário original, que não mais existiria - P1 original e sem ligação do Arco com o viário interno de Xerém), por aquela que gerava o menor impacto à continuidade do contrato e aos usuários da rodovia: a realocação da praça de pedágio do km 104 para o km 102 e o reequilíbrio do contrato.*

*Defende-se a realocação da praça sob o argumento de que sua manutenção na localidade original iria resultar na maior necessidade de reequilíbrio contratual, isto é, maiores tarifas. Desse modo, a mudança da localização atenderia melhor ao interesse público.*

*Haveria, ainda, uma vantagem adicional no reposicionamento (peça 141, p. 31; peça 144, p. 24):*

*Adicionalmente, a realocação da praça de pedágio P1 atingiu um benefício secundário: retirar a praça de pedágio de localização em trecho urbano e a cobrança de tráfego pendular significativo de usuários que transitavam diariamente entre suas casas e seus locais de trabalho ou estudo na localidade.*

*Em alinhamento com essa motivação, defende-se que as diretrizes regulatórias então vigentes já indicavam a pertinência de se evitar a localização de praças que onerassem o movimento pendular dos usuários, de forma a promover maior equidade na distribuição dos encargos.*

*Conclui (peça 141, p. 33; peça 144, p. 25):*

*Um fato que confirma a decisão acertada da ANTT de realocar a praça de pedágio da CONCOR é que os estudos de viabilidade atualmente em discussão para a nova concessão da BR-040/RJ mantém a praça de pedágio no km 102, por entender que é o melhor lugar.*

#### *3.1.3.1 Análise*

*Primeiramente, é importante esclarecer que a **questão principal** a ser examinada nestes autos diz respeito a pertinência ou não de se promover o reequilíbrio contratual em decorrência da implantação de rota alternativa viabilizada pelo Arco Metropolitano do Rio de Janeiro. Caso se*

venha a entender que a concessionária deva ser compensada pela eventual perda de receita, surge a **questão assessória**, relativa à maneira como essa restituição deve ocorrer. Especificamente, a agência teria vislumbrado duas alternativas para promover o reequilíbrio, quais sejam: i) um significativo aumento tarifário; ii) a realocação da praça, acompanhado de um aumento tarifário de menor monta. A decisão entre esses dois cenários ocorreu com base no estudo de tráfego previamente mencionado.

Nesse sentido, entende-se que a caracterização ou não da existência de interesse público na realocação da praça depende fundamentalmente dos dois tópicos anteriormente abordados nesta instrução, concernentes à alocação de risco de trânsito e à confiabilidade do estudo de tráfego.

Assim, caso, de fato, se conclua que deve ser alocado ao Poder Público o risco pelo surgimento da nova rota e que o estudo de tráfego utilizado seria um instrumento de confiabilidade suficiente para que a agência tomasse suas decisões, não se vê óbice, em tese, para a decisão adotada, de alterar a localização da praça.

Entretanto, como previamente arguido, entende-se que nem sequer caberia compensar a concessionária pela eventual perda de receita decorrente da implantação do Arco Metropolitano, uma vez que se tratava de evento cujo risco foi alocado à empresa, nos termos da matriz de risco contratual. Ademais, o estudo de tráfego, utilizado para a tomada de decisão, não pode ser considerado um instrumento idôneo, dado o notório conflito interesse e inexperiência de quem o produziu.

Conclui-se, pois, que a falta de interesse público na realocação da praça não se constitui em uma irregularidade autônoma, sendo decorrente das demais falhas previamente mencionadas. Assim, não cabe a proposição de encaminhamento específico quanto a esse tópico.

#### 3.1.4 Do erro grosseiro e dos demais pressupostos para a responsabilidade

Quanto a esse assunto, todos os responsáveis iniciam por citar a jurisprudência do TCU quanto ao tema, afirmando que: “a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União – TCU exige a existência de ato ilícito praticado com dolo ou culpa,nexo causal e dano (prejuízo)” (peça 141, p. 33; peça 144, p. 25). Enfatizam os responsáveis que a eventual punição do administrador depende da demonstração de sua responsabilidade subjetiva, de forma que “a mera existência de um fato apontado como irregular não leva necessariamente à punição do gestor” (peça 141, p. 35).

Os gestores da área técnica (Sr. Érico Reis Guzen e Sra. Viviane Esse) afirmam que não teria ocorrido “a prática de ato ilícito por parte dos Representados. Com efeito, os representados praticaram os atos no exercício de sua competência técnica, no bojo de regular procedimento administrativo” (peça 141, p. 36).

A então diretora da agência (Sra. Natália Marcassa de Souza) também defende a ausência de irregularidade no ato praticado, que teria sido “realizado em estrita observância do devido processo legal, considerando, inclusive, a segregação de funções existentes entre o corpo técnico e o corpo diretivo da ANTT” (peça 144, p. 27).

Especificamente em relação à segregação de funções entre a área técnica e a diretoria colegiada, a então diretora apresentada a seguinte explicação (peça 144, p. 28):

(...) no espectro de competências da ANTT, encontravam-se (e ainda se encontram) bem definidas as diversas modalidades de atuação entre os atores envolvidos nos processos de tomada de decisão, restando bem claro que as atividades eminentemente técnicas são desenvolvidas no âmbito das superintendências e as atividades decisórias são desempenhadas pela Diretoria Colegiada.

Dito isto, destaca-se, de início, que o Voto DNM nº 060/2014 - enquanto ato administrativo preparatório que integrou o ato complexo, consubstanciado na Deliberação nº 96, de 30/04/2014 (Doc. 4)-

*revestiu-se de regularidade, já que tomou por base os pronunciamentos técnicos da SUINF, quais sejam, as Notas Técnicas nº 117/GEROR/SUINF/2014, nº 071/GEROR/SUINF/2014, nº 090/SUINF/2014 e nº 096/SUINF/20014 e no Parecer Técnico nº 077/2014/GEINF/SUINF, e também o Parecer nº Parecer 327-3.4.1/2014/PF-ANTT/PGF/AGU (peça 102), encartados nos autos, não havendo, como resta demonstrado na presente defesa, qualquer elemento explícito que denotasse dolo, culpa grave/erro grosseiro ou conluio por parte dos especialistas da ANTT.*

*Concluí, pois, que não teria havido ilícito por parte da gestora, uma vez que, nos termos do §6º do art. 12 do Decreto 9.830/2019 (peça 144, p. 28):*

*A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes*

*Os três responsáveis passam então a arguir que a análise realizada na instrução prévia destes autos teria sido imprecisa (peça 141, p. 36-37; peça 144, p. 28):*

*(...) uma vez que, a despeito de ter apresentado os conceitos teóricos do que seria culpa grave/erro grosseiro, não se aprofundou na análise das circunstâncias vivenciadas à época e da complexidade e ineditismo de reequilíbrio contratual por aporte e tarifa, em razão de alteração de localização de Praça de Pedágio, para bem concluir a respeito da presença ou ausência deste elemento essencial à caracterização da responsabilidade.*

*A conduta dos Representados ao elaborarem as Notas Técnicas nº 71 e 117/2014- GEROR/SUINF, em cumprimento com seus deveres funcionais, nos exatos limites de suas atribuições, baseou-se nas informações prestadas pela concessionária, em visita a campo realizada pela ANTT, na regulamentação e informações disponíveis à época, não havendo fundamento legal para imputar, no momento da elaboração dos referidos documentos, quaisquer incorreções nesses dados.*

*Afirmam-se que não havia restado comprovada a existência de conduta culposa ou dolosa dos representados.*

*São trazidos excertos da jurisprudência, destacando-se a necessidade de se descrever a conduta esperada do responsável, bem como discriminar de forma pormenorizada os fatos sob os quais recai a acusação. Menciona-se, também, o artigo 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e o artigo 12 do Decreto nº 9.830, de 2019, que estabeleceram que os agentes públicos somente responderiam pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (peça 141, p. 39; peça 144, p. 31).*

*Em relação à caracterização acerca do que seria o erro grosseiro, os gestores trazem trechos da jurisprudência do TCU, destacando a definição de “erro grosseiro”, que seria aquele percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, considerando as circunstâncias do caso concreto.*

*Afirma-se também que (peça 141, p. 42; peça 144, p. 33)*

*a Instrução Técnica [do TCU] não comprova que os Representados estariam agindo de má-fé para responsabilizá-los. Não restando evidenciada a má-fé, por certo que sua presunção deve ser pela boa-fé dos agentes públicos. (...)*

*Defendem que não haveria “que se falar em dolo ou culpa, nem tampouco de erro grosseiro” (peça 141, p. 42; peça 144, p. 33): no caso dos membros da área técnica, “seus atos se constituíram em opiniões técnicas fundamentadas, exaradas dentro do âmbito de sua competência, no bojo de um regular processo administrativo” (peça 141, p. 42); no caso da então diretora, “seus atos foram praticados no bojo de suas atribuições e dentro de um regular procedimento administrativo, tendo seu voto sido submetido à deliberação da Diretoria Colegiada” (peça 144, p. 33).*



*Ainda em relação a suas condutas, os agentes trazem considerações adicionais acerca da “Teoria da regra de julgamento (judgment rule)”, que prescreveria o seguinte (peça 141, p. 43; peça 144, p. 34):*

*para responsabilizar o administrador pelos danos decorrentes do exercício de suas competências, deve-se provar ato inadmissível ao homem comum e agindo de boa-fé. Esta é, pois, a origem da doutrina dos atos praticados pelo “homem médio diligente” como parâmetro de boa conduta e impassível de responsabilização, tendo em conta a observância do dever de cuidado.*

*Argumentam que, ao se tentar caracterizar o erro grosseiro, seria necessário averiguar se a conduta do agente aparentaria (peça 141, p. 45; peça 144, p. 35-36):*

*a) boa-fé, assim entendida a conduta em que não ficou comprovada a má-fé;*

*b) se o ato foi praticado acreditando razoavelmente o agente ser no melhor interesse em questão, aqui traduzido como no melhor interesse público;*

*c) o ato foi praticado com base nas informações disponíveis à época e com grau de informação que acreditava estar razoavelmente apropriado para as circunstâncias;*

*d) o ato não foi deliberadamente praticado com base em algum elemento que caracterize falta de imparcialidade ou interesses de terceiros ou de natureza pessoal que influenciaram de forma indevida a conduta.*

*Assim, de acordo com a doutrina do judgment rule, concluem os responsáveis pela ausência de erro grosseiro, considerando-se que atos teriam sido “praticados de boa-fé e com base nas informações técnicas disponíveis à época para a ANTT, acreditando estarem em absoluta conformidade com as regras aplicáveis ao caso concreto” (peça 141, p. 46).*

*Os gestores da área técnica alegam também (peça 141, p. 46):*

*Soma-se a isto o ineditismo das análises realizadas pela Gerência de Regulação e Outorga da Exploração de Rodovias (GEROR/SUINF), bem como, a complexidade da matéria, a idoneidade da empresa que elaborou o estudo e das atribuições exercidas pelos servidores, os quais não foram considerados pelo TCU. Não foi considerada na análise da área técnica do TCU a complexibilidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público trazida no § 4º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019, tendo em vista se tratar do **primeiro caso de reequilíbrio contratual por aporte e tarifa, por alteração de localização de Praça de Pedágio.***

*(destaques encontram-se no original)*

*A então diretora, além dos aspectos supracitados, destaca ainda a “divisão de competências entre a área técnica e instância decisória” (peça 144, p. 36).*

*É, então, reafirmada, por todos os gestores, a inexistência de dano aos cofres públicos ou ao interesse público decorrente dos fatos sob análise (peça 141, p. 47-48; peça 144, p. 37-38):*

*Os cofres públicos não foram impactados porque o reequilíbrio aprovado pela ANTT não envolveu nenhum tipo de aporte por parte do Poder Concedente no que se refere a perda de tráfego e apenas para o que se refere as obras de engenharia para a mudança de localização. (...)*

*Também não houve dano ao interesse público. Como exposto nesta manifestação, com base em diretriz traçada pelo Ministério dos Transportes, a opção técnica sugerida, além de evitar a cobrança de pedágio de usuários pendulares, promoveu maior equidade na distribuição dos encargos entre os usuários, considerando, especialmente, as distâncias percorridas e a condição de usuários frequentes, o que vai ao encontro o interesse público.*

*Concluem: “estando plenamente justificados os atos realizados pelos Representados, espera-se deste Egrégio Tribunal que seja afastada qualquer responsabilidade pelos fatos que lhes foram imputados” (peça 141, p. 48; peça 144, p. 38).*

#### 3.1.4.2. Análise

*Primeiramente, cabe pontuar que, diferentemente do que pode ser depreendido das razões de justificativas apresentadas, a aplicação de sanção pelo TCU não se encontra condicionada à caracterização de danos ao erário. A Lei Orgânica do Tribunal, estabelece-se a possibilidade de aplicação de multa tanto em ocasiões nas quais sejam apurados danos ao Erário (art. 57), quanto em situações nas quais não se observou débitos, mas unicamente ato ilegal ou irregular (art. 58):*

*Lei 8.443/1992*

*Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.*

*Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: (...)*

*II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;*

*De fato, nos ofícios de comunicação das audiências, foi feita menção explícita ao art. 58 da Lei 8.443/1992, não se vislumbrando razões para dúvidas quanto ao tema (peça 129, 1; peça 130, p. 1; peça 131, p. 1):*

*A não apresentação das razões de justificativa ou a eventual rejeição dessas poderá ensejar aplicação de multa, nos termos do art. 58 da Lei 8.443/1992, assim como o julgamento pela irregularidade das contas do responsável, se essa for a natureza do processo.*

*A despeito de não ter sido imputado débito aos responsáveis, há que se pontuar as consequências nocivas dos atos praticados, pois resultaram em dispêndios desnecessários de recursos públicos e incrementos indevidos de tarifas de pedágio, em clara afronta ao interesse público.*

*Em decorrência do reconhecimento da existência de desequilíbrio contratual em desfavor da concessionária, por meio do 12º termo aditivo, a União veio a desembolsar os valores necessários para custear a implantação da nova praça de pedágio (R\$ 5,9 milhões em abril de 1995, mais de R\$ 35 milhões em valores atuais). Ainda que não tenha sido apontado sobrepreço nas obras realizadas, não há dúvidas de que se tratou de um investimento desnecessário, pois se baseou na premissa incorreta da pertinência de se promover alteração na localização da praça com vistas a compensar à concessionária por perdas de receitas. Como resultado, tem-se que a praça originalmente existente tornou-se uma estrutura inútil, caracterizando a antieconomicidade dos atos praticados.*

*Sob o prisma do interesse público, também se entende inquestionáveis os malefícios de a agência conceder um “reequilíbrio” contratual em uma circunstância na qual isso não era devido. Ao se desrespeitar as regras contratuais, imputando aos usuários o ônus de restituir os valores referentes à perda de arrecadação que deveria ter sido arcada pela concessionária, as tarifas de pedágio tiveram um incremento para compensar uma suposta queda de tráfego de 15,7% na praça em questão (peça 4, p. 12).*

*Também, é pertinente esclarecer que, para a aplicação de sanção pelo TCU, não é necessário que fique comprovado o dolo (intenção da prática de ato ilícito), bastando a caracterização da culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Nos termos do voto relator do Acórdão 433/2012-TCU-Plenário (Relator: Ministro André de Carvalho):*

*Acerca dos fatos constantes nos autos, nota-se que, se o responsável não agiu com dolo, agiu, ao menos, com culpa por negligência, e isso basta para que esta Corte de Contas, com base na responsabilidade subjetiva, cujo elemento essencial é a culpa, comine-lhe a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92.*

*Ressalta-se, pois, que a possibilidade de aplicação de sanção pelo TCU não se encontra vinculada a comprovação de má-fé do responsável, uma vez que essa não é pré-requisito para a caracterização da culpa do agente. Assim, mesmo sob a presunção da boa-fé, é possível que o agente tenha agido com negligência, imprudência ou imperícia, havendo-se ainda que se avaliar se seus atos seriam enquadrados enquanto erros grosseiros.*

*Voltando-se ao caso concreto, recorda-se ser indispensável a existência de três elementos para a responsabilização do gestor: i) o ato ilícito praticado; ii) dolo ou culpa (elemento subjetivo); iii) nexó de causalidade entre a ação ou omissão do agente público e o resultado nocivo observado.*

*A regularidade dos atos praticados já foi previamente discutida nestes autos (item 3.1.1), tendo ficado caracterizadas suas ilicitudes, pois a Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 e o Voto DNM 060/2014, posicionaram-se favoravelmente ao pedido da concessionária de reequilíbrio contratual em decorrência de alegada perda de receita resultante da implantação de nova via (Arco Metropolitano do Rio de Janeiro), em afronta às regras contratuais que dispunham ser o risco de tráfego da concessionária. Ademais, o surgimento do referido caminho alternativo não poderia ser enquadrado enquanto fato do príncipe, visto que se tratava de rodovia constante nos instrumentos oficiais de planejamento, inclusive com detalhamento do traçado previsto.*

*O nexó de causalidade entre as condutas dos responsáveis (elaboração da nota técnica e do voto) e o resultado nocivo observado (concessão indevida de reequilíbrio contratual) se encontra manifesta, uma vez que tais documentos foram a fundamentação para a aprovação pela ANTT do 12º aditivo contratual, conforme previamente detalhado nestes autos (peça 117, p. 20-21).*

*Resta, então, que se examine o elemento subjetivo da conduta dos responsáveis. Quanto a esse aspecto, clarifica-se que não se entende haver nos autos informações que demonstrem dolo dos responsáveis, cabendo que se analise a existência ou não de culpa, especificamente, compete verificar se as falhas observadas poderiam ser caracterizadas como erro grosseiro.*

*Quanto a definição de erro grosseiro, transcreve-se a seguir excertos da jurisprudência do TCU.*

*Acórdão 1264/2019-TCU-Plenário (Relator: Ministro Augusto Nardes)*

*Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela **desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa.***

*Acórdão 2860/2018-Plenário (Relator: Ministro Augusto Sherman)*

*O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a **conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio**, avaliada no caso concreto.*

*Acórdão 1628/2018-Plenário (Relator: Ministro Benjamin Zymler):*

*A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do "administrador médio" utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o "erro grosseiro" a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018.*

*Para a avaliação das condutas, deve-se identificar de forma clara qual a falha presentes nos documentos sob análise que deu origem problemática observada. Nesse sentido, as questões relativas à aceitação do estudo de tráfego controverso, bem como o debate sobre a mudança da*

*localização da praça, são consequências da premissa (incorreta) de que a concessionária faria jus à reequilíbrio contratual em decorrência da implantação do Arco Metropolitano.*

*Há, pois, que se distinguir entre a atuação dos membros da área técnica (Sr. Érico Reis Guzen e a Sra. Viviane Esse), responsáveis pela Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014, e da diretoria colegiada (Sra. Natália Marcassa de Souza), responsável pelo Voto DNM 060/2014, no que tange à manifestação pela procedência do reequilíbrio contratual.*

*Na Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014, é argumentado que a despeito de “o risco de tráfego permanecer alocado à concessionária” (peça 41, p. 3), no caso concreto, em razão da imprevisibilidade da implantação do Arco Metropolitano, caberia que a empresa fosse compensada pela perda decorrente de receitas (peça 41, p. 3):*

*Ainda que o Arco Metropolitano tenha sido uma iniciativa idealizada desde a década de 70, não havia definições acerca de seu traçado e de sua ligação com o viário interno de Duque de Caxias à época da licitação da BR-040 – nem poderia, a concessionária, elaborar proposta ao mesmo tempo competitiva e conservadora a ponto de considerar as várias hipóteses de sua implantação. A despeito desse entendimento, recomenda-se submeter à PRG questionamento a respeito.*

*A Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 concluir por recomendar a consulta do órgão jurídico quanto ao tema (peça 41, p. 8):*

*Para a tomada de decisão, entretanto, recomenda-se questionar a PRG sobre:*

*o entendimento apresentado na seção “Alocação de riscos do contrato” acerca da cláusula 20 do contrato de concessão PG-139/95-00*

*Por meio do Parecer 327-3.4.1/2014/DSM/PF-ANTT/PGF/AGU, a Procuradoria Federal junto à ANTT, manifestou favoravelmente a concessão do reequilíbrio, uma vez que se trataria de “evento da álea extraordinária, imprevisível e insuperável” (peça 102, p. 22).*

*Todavia, entende-se que, ao formular sua consulta à Procuradoria, a Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 informou ao órgão jurídico fatos incorretos e omitiu informações relevantes. Dessa forma, a anuência da Procuradoria com o posicionamento da nota técnica não tem o condão de mitigar a responsabilidade dos gestores, pois foi formulada com base em descrição equivocada da situação fática, fornecida pelos próprios gestores.*

*Especificamente, como detalhado no item 3.1.1.1, o Arco Metropolitano do Rio de Janeiro não havia sido meramente “idealizado” na década de 1970, mas passou a ser uma das rodovias constituintes da Rede Rodoviária do Estado do Rio de Janeiro, por força do Decreto estadual 995/1976. Também incorreta é a informação de que “não havia definições acerca de seu traçado e de sua ligação com o viário interno de Duque de Caxias”, uma vez que rede rodoviária estadual detalhou, desde sua origem, o trajeto previsto para a rodovia, que incluía sua ligação com a BR-040 na mesma localidade em que posteriormente foi construída. Dessa forma, a suposta “rota de fuga” na verdade era um trajeto já planejado, em documentos oficiais e publicamente disponíveis, previamente à celebração do contrato de concessão da CON CER.*

*Não se entende razoável que um servidor de diligência mediana, quando da elaboração de sua manifestação técnica acerca da alegada imprevisibilidade dos efeitos da implantação do Arco Metropolitano, não procurasse tomar ciência do traçado previsto para a rodovia nos documentos oficiais ou decidisse registrar tal informação de forma incorreta em seu pronunciamento.*

*Desse modo, a despeito da existência de dados publicamente disponíveis, ao fazerem constar da Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014, informações incorretas acerca do traçado previsto para o Arco Metropolitano, de forma a concluir pela imprevisibilidade dos efeitos de sua implantação e a conseqüente necessidade de reequilíbrio contratual, entende-se que os responsáveis incorreram em erro grosseiro.*



*Situação distinta encontra-se a então membra da diretoria colegiada. Como trazido em suas razões de justificativas, há diferenças relevantes entre as atribuições das esferas técnicas e diretivas. Certamente, é dever dos membros da diretoria colegiada da agência solicitar informações adicionais, bem como atuar no sentido de dirimir dúvidas que possam embaraçar a análise técnica dos temas relevantes. Entretanto, é razoável que os membros da diretoria possam reputar como verdadeira a situação fática relatada pela área técnica, caso não haja motivos para suspeitar de equívocos. A partir dos fatos trazidos pela área técnica, cabe à diretoria deliberar, em observância à legislação e ao interesse público.*

*No caso concreto, entende-se que as informações fornecidas pela Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 – particularmente a omissão do fato de que o Arco Metropolitano, previamente à celebração do contrato de concessão, já se encontrava previsto nos instrumentos oficiais de planejamento, com detalhamento de seu traçado – tiveram o potencial de prejudicar a adequada avaliação pela diretoria acerca do enquadramento da situação enquanto fato do príncipe.*

*Portanto, ainda que se repete falho o posicionamento constante do Voto DNM 060/2014, entende-se que não se deve imputar a autora do documento a prática de erro grosseiro, considerando que as informações que lhe foram fornecidas para a elaboração de sua decisão eram equivocadas e que não havia motivos aparentes para duvidar dos fatos narrados.*

#### **3.1.5. Desfecho das audiências**

*Do exposto, conclui-se que os argumentos trazidos pelos responsáveis não foram capazes de desconstituir a irregularidade objeto das audiências.*

*Nesse sentido, considera-se que o 12º termo aditivo ao contrato de concessão da CONCER adotou, de forma indevida, medidas para compensar a concessionária em decorrência da diminuição de sua arrecadação de pedágio, mesmo tendo a perda de receita decorrido de evento cujo risco foi, nos termos contratuais, alocado à concessionária, não tendo se observado razões para o enquadramento do evento enquanto álea extraordinária.*

*Restou claro que os documentos elaborados pelos responsáveis – Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 e Voto DNM 060/2014 – foram essenciais para a materialização da irregularidade.*

*No exame da conduta dos gestores, entendeu-se que os autores da Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 teriam incorrido em erro grosseiro, razão pela qual se propõe a rejeição de suas razões de justificativas e a aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992. Por outro lado, a despeito da incorreção presente no Voto DNM 060/2014, entendeu-se que sua autora não praticou erro grosseiro, de modo que cabe acatar suas razões de justificativas.*

#### **3.1.6. Prescrição**

*Por se tratar de questão de ordem pública, em cumprimento ao disposto no art. 10 da Resolução-TCU 344/2022, que regulamentou a prescrição para o exercício das pretensões punitivas e de ressarcimento no âmbito do TCU, procede-se de ofício à aferição de sua ocorrência.*

*Conforme consta do art. 2º dessa resolução, para os processos do TCU, as pretensões punitivas e de ressarcimento prescrevem em cinco anos, exceto quando houver recebimento de denúncia na esfera criminal acerca dos mesmos fatos (art. 3º), ou, em três anos (art. 8º), para o caso de prescrição intercorrente, observando-se as circunstâncias de impedimentos e suspensões de prazos previstas na norma.*

*O termo inicial para a contagem do prazo de prescrição é definido no art. 4º da Resolução 344/2022, aplicando-se, nestes autos, seu inciso III, que define como referência a data de recebimento da representação pelo Tribunal.*

*Elaborou-se a tabela constante do Apêndice B (p. 29) na qual são listados eventos relevantes que são causas para o termo inicial, interrupção ou suspensão do prazo prescricional. Registra-se que não se observou a prescrição da pretensão punitiva dos responsáveis, pois não transcorreu mais de cinco anos contados do termo inicial, considerando-se os impedimentos e suspensões, computados na forma dos arts. 5º e 7º da Resolução-TCU 344/2022. Tampouco observa-se a incidência da prescrição intercorrente (art. 8º da Resolução-TCU 344/2022), uma vez que o processo não permaneceu por mais de três anos paralisado.*

*Cabe mencionar que, considerando-se a data da presente instrução em 9/11/2022, pode-se projetar que a prescrição intercorrente ocorreria em 8/11/2025. O prazo para a prescrição regular, conforme detalhado no Apêndice B, reiniciou-se em 13/4/2021, com a ciência dos responsáveis ao ofício de audiência, tendo sido interrompido por 60 dias em decorrência da prorrogação do prazo para a apresentação das razões de justificativas, de modo que seu término estaria previsto para 12/6/2026.*

#### 4. CONCLUSÃO

*Os presentes autos tratam de representação do Ministério Público Federal acerca de atos alegadamente irregulares, praticados no âmbito da ANTT, especificamente no contrato de concessão celebrado pela CONKER para a gestão da rodovia BR-040/RJ/MG.*

*Os fatos que motivaram esta representação são relativos às disposições contidas no 12º termo aditivo do mencionado contrato de concessão. Após os exames procedidos nestes autos, entendeu-se que não restou saneado um dos indícios de irregularidades inicialmente examinado, qual seja, o relativo ao acolhimento pela ANTT de pleito da concessionária de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que resultou no aumento do valor da tarifa de pedágio em conjunto com a mudança de localização da praça de pedágio.*

*O citado reequilíbrio foi concedido sob a fundamentação de que: i) a implantação de uma nova rodovia na região – o Arco Metropolitano do Rio de Janeiro – iria resultar em uma rota alternativa para os usuários da BR-040/RJ, de modo que a concessionária viria a perder receita em decorrência da diminuição do fluxo em uma de suas praças de pedágio; ii) as consequências da queda do tráfego pedagiado não deveriam ser arcadas pela concessionária, cabendo ao Poder Concedente adotar medidas para compensá-la em função da diminuição de sua arrecadação resultante do desvio de tráfego.*

*Identificou-se na instrução precedente destes autos que a aprovação pela agência do reequilíbrio contratual, considerado indevido, teve por fundamentação a Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 e Voto DNM 060/2014, razão pela qual os signatários dos referidos documentos foram ouvidos em audiência pelo Tribunal. A área técnica da ANTT produziu a referida nota técnica e uma integrante da diretoria colegiada da agência elaborou o citado voto.*

*Especificamente, foram trazidos, na instrução precedente, indícios de que a concessão do reequilíbrio econômico-financeiro ocorreu em desrespeito às regras contratuais, que alocariam à concessionária o risco de tráfego. Ademais, pontuou-se alegadas inconsistências no estudo de tráfego que embasou a decisão.*

*Em resposta às audiências os responsáveis negaram a existência de irregularidades, dividindo suas razões de justificativas em quatro tópicos: i) do enquadramento da implantação do arco metropolitano enquanto evento da álea extraordinária; ii) do estudo de tráfego; iii) do interesse público na realocação da praça; iv) do erro grosseiro e dos demais pressupostos para a responsabilidade.*

*Em relação ao item ‘i’, acima, os responsáveis defendem que não obstante o contrato alocar o risco de tráfego à concessionária, no caso concreto, a implantação do Arco Metropolitano*

*deveria ser interpretada enquanto evento da álea extraordinária, em razão de sua imprevisibilidade, implicando, pois, em reequilíbrio em favor da concessionária. Afirmam que, quando da celebração do contrato da CONKER, não havia planos concretos para construção da nova rodovia. Argumentam que, a despeito de ter sido idealizado na década de 1970, o Arco Metropolitano não possuiria traçado definido, não sendo possível saber como se daria sua integração com a infraestrutura existente, assim, não seria razoável prever o aparecimento da rota alternativa que veio a se concretizar.*

*Quanto a isso, coube esclarecer que o Arco Metropolitano, em decorrência do decreto estadual 995/1976, passou a constituir a Rede Rodoviária Estadual do Rio de Janeiro desde 1976, tendo seu traçado, já planejado à época, estipulado diversas interseções com rodovias estaduais e federais. Destaca-se que, desde sua concepção, estava previsto que a conexão do Arco com rodovias locais levaria a criação de um caminho alternativo à BR-040/RJ no segmento no qual a praça de pedágio foi originalmente implantada. Dessa forma, a suposta “rota de fuga” na verdade era um trajeto já planejado, em documentos oficiais e publicamente disponíveis, previamente à celebração do contrato de concessão da CONKER. Portanto, tendo em vista estarem incorretas as bases factuais sob as quais se fundamentou a suposta imprevisibilidade do surgimento da rota alternativa, tornam insustentáveis as alegações relativas ao enquadramento do evento na álea extraordinária. Cabe, pois, propor a rejeição das razões de justificativas quanto a esse item.*

*No que tange ao estudo de tráfego (item ‘ii’, acima), os responsáveis defendem a confiabilidade da documentação apresentada, afirmando que as conclusões do documento, no que tange ao desvio de tráfego em decorrência da criação de rota alternativa, seriam bastante plausíveis. São rebatidas as críticas específicas realizadas na instrução precedente quanto ao estudo. Ademais, os gestores alegam terem exercido de forma correta suas atribuições no que tange à análise da documentação, tendo a forma concisa como expressaram os exames realizados decorrido da escassez de recursos humanos e do alto volume de demandas.*

*Quanto a esse ponto, identificaram-se falhas na forma como foi conduzido pela ANTT o aceite dos referidos estudos de tráfego enquanto fundamentação para a realização do reequilíbrio contratual. Primeiramente, nota-se que a documentação foi apresentada à agência pela própria concessionária, que possuía notório conflito de interesse no resultado das tratativas de reequilíbrio contratual. Ademais, a empresa escolhida e remunerada pela concessionária para produzir os estudos tinha poucos meses de existência quando elaborou a documentação, não tendo ficado evidenciado que teria a experiência necessária. A despeito dessas fragilidades, constatou-se que a análise constante da Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 quanto à confiabilidade do estudo foi de apenas um parágrafo, contendo afirmações genéricas em relação as boas práticas utilizadas na elaboração do documento. Em decorrência disso, é proposto dar ciência à agência dos problemas observados, com vistas a mitigar a possibilidade de ocorrência de situações semelhantes no futuro.*

*No que concerne ao interesse público na realocação da praça de pedágio (item ‘iii’, acima), foi defendido pelos responsáveis que a realocação da praça evitaria um aumento ainda maior do valor da tarifa de pedágio, além de atender interesses secundários, evitando a cobrança do tráfego pendular dos moradores da região.*

*Nesta instrução, não se considerou que a escolha regulatória de alteração da localização da praça de pedágio tenha, por si só, se configurado em uma irregularidade. O problema encontra-se nos pressupostos utilizados para essa decisão, que se baseou nas premissas equivocadas de que caberia compensar a concessionária em razão da alegada queda de receita e que um estudo de tráfego elaborado com manifesto conflito de interesse pudesse ser um instrumento hábil para a promoção do reequilíbrio contratual.*

*No que diz respeito a caracterização do erro grosseiro e dos demais pressupostos para a responsabilização dos gestores (item ‘iv’, acima), estes afirmam não ter sido comprovada conduta*

*dolosa ou culposa, tampouco erro grosseiro ou má-fé, tendo os administradores agido em estrita observância de suas competências. Também, afirmam que os atos praticados não resultaram dano aos cofres públicos. Ademais, a autora do Voto DNM 060/2014, então integrante da diretoria colegiada da ANTT, destaca que não caberia a responsabilização automática do decisor em função de falhas na opinião técnica utilizada como fundamento para decidir, cabendo se verificar se o decisor teria elementos para identificar a existência do dolo ou erro grosseiro na referida opinião técnica.*

*Quanto à questão da responsabilização, coube esclarecer que a possível apenação dos gestores não se encontra vinculada à existência de dolo, danos ao erário ou má-fé, bastando que se caracterize o ato ilícito praticado com erro grosseiro, bem como o nexo de causalidade entre a ação do agente público e o resultado nocivo observado.*

*Nesse sentido, uma vez que se tenha clara a impertinência da concessão de reequilíbrio contratual, as ações que foram tomadas para “compensar” a concessionária de sua queda de arrecadação são ilegítimas. Assinala-se que, apesar de não ter sido imputado débito aos responsáveis, foi claramente identificada a ocorrência de dispêndios desnecessários de recursos públicos – com a construção de nova praça de pedágio – e incrementos indevidos de tarifas de pedágio – em clara afronta ao interesse dos usuários.*

*Quanto à caracterização do erro grosseiro, coube realizar a distinção entre os atos praticados pelos autores da Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 e pela autora do Voto DNM 060/2014.*

*Os responsáveis pela nota técnica posicionaram-se no sentido da imprevisibilidade das consequências da implantação do arco metropolitano, baseando-se na alegada da inexistência de elementos específicos de planejamento da rodovia, afirmado que, anteriormente à celebração do contrato de concessão, não seria possível prever que o traçado da nova rodovia iria levar a criação de rota alternativa à concessão da BR-040. Assim, os referidos gestores produziram uma manifestação técnica contendo informações incorretas, em divergência de documentos oficiais e publicamente disponíveis, uma vez que desde previamente à celebração do contrato com a CONKER já constava dos instrumentos de planejamento oficiais que o traçado planejado para o Arco Metropolitano resultaria na rota alternativa que acabou por se concretizar. Assim, fica caracterizado o erro grosseiro dos autores da Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014, cabendo a proposição de rejeição de suas razões de justificativa e a aplicação de multa.*

*Em situação distinta encontra-se a autora do Voto DNM 060/2014, que exerce sua competência decisória com base em informações trazidas pela área técnica. Não obstante caber aos diretores solicitar informações adicionais, bem como atuar no sentido de dirimir dúvidas que possam embarçar a análise técnica dos temas relevantes, é razoável que os membros da diretoria colegiada da ANTT possam reputar como verdadeira a situação fática relatada pela área técnica, caso não haja motivos para suspeitar de equívocos. Considerando que as incorreções trazidas pela Nota Técnica 71/GEROR/SUINF/2014 potencialmente prejudicaram a avaliação pela diretoria acerca da análise do enquadramento da situação em álea extraordinária, não há que se atribuir à responsável a prática de erro grosseiro, ainda que se considere falho o posicionamento trazido pelo referido voto. Assim, cabe acolher as razões de justificativas da responsável.*

## 5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

*Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, propondo:*

*A. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Érico Reis Guzen e pela Sra. Viviane Esse;*



B. aplicar aos responsáveis, Sr. Érico Reis Guzen e Sra. Viviane Esse, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;

C. fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que os responsáveis comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente, desde a data do acórdão proferido por este Tribunal até a do efetivo recolhimento, se pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

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

F. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão os correspondentes acréscimos legais (multa: atualização monetária), esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

G. acatar as razões de justificativa apresentadas pela Sra. Natália Marcassa de Souza;

H. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres de que, no processo de aprovação do 12º termo aditivo ao contrato de concessão PG-138/95-00, a ANTT deixou de exercer sua atribuição legal de promover a elaboração de estudos de tráfego – Lei 10.233/2001, art. 24, inciso I – acatando um estudo apresentado pela própria concessionária, formulado em circunstâncias de notório conflito de interesse, sem que tenha ficado evidenciado a realização dos exames pertinentes pela agência no sentido de validar a documentação, o que caracteriza falha na motivação do ato praticado, em inobservância ao art. 2º e art. 50, I, da Lei 9.784/1999;

I. comunicar ao representante – Ministério Público Federal, Procuradoria da República do Município de Petrópolis – a decisão que vier a ser adotada nestes autos.

## VOTO

Trata-se de representação do Ministério Público Federal (MPF), por meio da Procuradoria da República no Município de Petrópolis/RJ, sobre possíveis irregularidades nos reajustes e revisões tarifários, ocorridos nos exercícios de 2014 a 2016, no âmbito do contrato de concessão da rodovia BR-040/RJ/MG, celebrado com a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio de Janeiro (Concer), que teriam ocasionado aumento de 57,5% no valor do pedágio, apesar das graves irregularidades e inexecuções contratuais existentes no contrato, já apuradas por este Tribunal e outros órgãos de controle.

O tema é também objeto de Solicitação do Congresso Nacional, na qual a Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados requereu a fiscalização sobre a gestão do contrato de concessão da rodovia BR-040, com o objetivo de verificar o cumprimento das cláusulas do contrato, cronograma de obras e investimentos, reajuste das tarifas e eventuais superfaturamentos por parte da Concer (TC 015.778/2018-5).

Tal solicitação foi apreciada por meio do Acórdão 2.217/2018-Plenário, Relator o E. Ministro Bruno Dantas, que deliberou informar àquela Comissão sobre a existência deste e de outros processos em tramitação, para posterior envio das decisões de mérito, à medida que fossem adotadas pelo TCU. Em seguida, por meio do Acórdão 807/2023-Plenário, Relator o E. Ministro Jhonatan de Jesus, o referido processo foi sobrestado até ulterior decisão de mérito do presente feito.

Registro, preliminarmente, portanto, a possibilidade de, com esta decisão, dar continuidade ao atendimento da Solicitação do Congresso Nacional.

## II

Por oportuno ao deslinde do processo, apresento pequeno histórico da concessão.

O contrato celebrado com a Concer previa prazo de exploração da rodovia de 25 anos, sem possibilidade de prorrogação, a partir de 1º/3/1996, com término previsto em 28/2/2021.

Durante a execução contratual, foram identificados graves problemas de inexecução dos serviços e dos termos contratuais. A Concer, em 2014, era a concessionária de rodovias federais que possuía a **maior tarifa de pedágio por 100 km e a que, de longe, apresentava o maior índice de inexecução de suas obrigações.**

Nesse contexto, foram realizadas algumas modificações contratuais, sendo a mais relevante o 12º Termo Aditivo, que previu aportes de recursos federais de R\$ 217 milhões (abril/1995), para financiar **obras da Nova Subida da Serra (NSS), e a alteração da localização da praça de pedágio P1**, do km 104 para o km 102 da BR-040/RJ.

Esse instrumento também aumentou a tarifa de pedágio de R\$ 8,00 para R\$9,00 e estabeleceu a possibilidade de prorrogação do contrato como meio de reequilíbrio, em caso de não efetivação dos aportes.

Mediante o Acórdão 738/2017-Plenário (TC 014.689/2014-6), mantido após inúmeros recursos, o Tribunal determinou a anulação da cláusula que previa a prorrogação e fez outras determinações à ANTT para sanar descumprimentos contratuais e manter as condições econômicas-financeiras. Essa decisão ainda determinou avaliação acerca da necessidade de declaração de caducidade da concessão.

O Acórdão 18/2017-Plenário, Relator o E. Ministro-Substituto Augusto Sherman, e as deliberações seguintes, adotadas no TC 023.204/2015-0, classificaram como graves as irregularidades verificadas nas obras da NSS, com recomendação de paralisação dos trabalhos.

Registro que, atualmente, a Concer ainda opera a concessão, por força de decisão judicial, adotada em ação na qual discute com a ANTT supostos desequilíbrios financeiros. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) permitiu a prorrogação da avença somente até a conclusão do procedimento licitatório da nova concessão, que ocorre com tardança injustificada.

Paralelamente ao presente processo, o Ministério Público Federal, em 31/10/2023, exarou a Recomendação 03/2023, na qual recomendou ao Diretor-Geral da ANTT e à Secretária Nacional de Transporte Rodoviário do Ministério dos Transportes a ultimação das providências para a efetiva publicação do edital da concessão dos trechos Juiz de Fora - Petrópolis - Rio de Janeiro.

Segundo informações da Agência, fornecidas à unidade técnica desta Casa em 19/2/2023, os estudos do certame devem ser encaminhados ao Tribunal ainda neste mês de março.

Encerrando esta seção, esclareço que o Acórdão 738/2017-Plenário, da minha relatoria, entendeu passível de total anulação o 12º Termo Aditivo ao contrato da Concer e autuou processo apartado para oitiva das partes. Por meio do Acórdão 119/2023-Plenário, de minha relatoria, considerando a judicialização da matéria, concluiu que a anulação do referido aditamento poderia impactar negativamente o deslinde das ações judiciais.

O Tribunal, também na decisão de 2017, decidiu não aplicar sanções aos gestores da ANTT pelas irregularidades, tendo em vista ter identificado ação determinante do Ministério dos Transportes, da Fazenda e do Planejamento para a concretização do aditamento.

### III

Quanto aos indícios de irregularidades apontados pelo MPF no presente processo, a unidade técnica avaliou todas as revisões tarifárias ocorridas no contrato da Concer, apontou quais estavam sendo avaliadas em outros processos do TCU, realizando medidas saneadoras para tratar daquelas ainda não estudadas por esta Casa.

Além dos processos sobre as obras da Nova Subida da Serra, o Tribunal avaliou o efeito tarifário decorrente da Lei dos Caminhoneiros nos Acórdãos 290/2018-Plenário (Relator E. Ministro Augusto Nardes) e 883/2020-Plenário (Relator E. Ministro Antônio Anastasia).

As oitivas e diligências realizadas nestes autos permitiram afastar os indícios de irregularidades sobre: (i) implantação de sistemas de “rodovia inteligente” (*Intelligent Transportation Systems*); (ii) inclusão do sistema *Wi-Fi* na rodovia; (iii) Convênio de Cooperação Técnica 8/2008 celebrado com a Polícia Rodoviária Federal, para que as concessionárias custeassem a impressão e remessa postal de notificações; (iv) adequação geométrica entre a ponte do Rio Meriti e a Avenida Brasil; e (v) atualização e projeção de tráfego realizada em 2015.

Restou, como objeto dos presentes autos, a 5ª Revisão Extraordinária do contrato, decorrente da celebração do 12º Termo Aditivo, **no que concerne à realocação da praça de pedágio P1**, uma vez que as obras da NSS e a possibilidade de prorrogação foram fiscalizadas por esta Corte.

Mediante Carta PRE-CA 215/2013 (peça 111), a Concer requereu à ANTT realocação da Praça de Pedágio de Xerém, do Km 104 para o Km 102 da BR-040, enviando como subsídio estudo que contratara para avaliar a perda de tráfego ocasionada pelo Anel Viário do Arco Metropolitano e formular soluções para o problema.

Atendendo à solicitação da concessionária, a ANTT assumiu que a implantação do Arco constituiu evento da álea extraordinária e inseriu no Plano de Exploração da Rodovia (PER), mediante o 12º Termo Aditivo, o investimento custeado por aportes da União, no valor de R\$ 5.549.422,63 (valores de abril de 1995), para realocação da praça de pedágio P1, bem como aumentou a tarifa básica de pedágio (TBP) de R\$ 8,00 para R\$ 9,00, com o objetivo de compensar a suscitada perda de tráfego.

Essa decisão foi tomada com base no estudo de tráfego contratado pela própria Concer, que identificou a solução adotada como a menos onerosa para os usuários, pois apenas a nova praça de pedágio não seria suficiente para compensar a perda de receita.

Segundo o estudo e a ANTT, o reequilíbrio do contrato, com a manutenção da praça de pedágio na localização original, ocasionaria aumento de tarifa muito maior para os usuários.

Ao instruir o processo, a unidade técnica concluiu no sentido da existência de conflito de interesse na aceitação de estudo contratado pela concessionária, análise insatisfatória do pleito pela ANTT, afronta ao contrato, que atribuiu o risco de tráfego exclusivamente à concessionária, e pela não caracterização de evento imprevisível a suscitar reequilíbrio da avença.

Assim, foram realizadas audiências de Érico Reis Guzen, então Gerente de Regulação e Outorga da Exploração Rodoviária (GEROR) e de Viviane Esse, Superintendente de Exploração de Infraestrutura Rodoviária (SUINF) à época, por terem elaborado as notas técnicas 71 e 117/2014-GEROR/SUINF.

Natália Marcassa de Souza, integrante da Diretoria Colegiada da ANTT, foi ouvida por elaborar o voto 60/2014, no qual propôs à Diretoria Colegiada da ANTT autorizar a formalização do 12º termo aditivo, nos termos das notas 71 e 117/2014-GEROR/SUINF.

Em síntese, os responsáveis reafirmaram que a implantação do Arco Metropolitano foi evento da álea extraordinária, cujo risco não poderia ser atribuído à concessionária. Defenderam, ainda, a consistência dos estudos de tráfego apresentados pela Concer para embasar a solicitação e justificaram as carências de fundamentação e motivação nos documentos produzidos com o volume de trabalho e escassez de servidores à época, contexto no qual a Agência passava por significativo processo de reestruturação.

Em derradeira instrução de mérito, a então SeinfraRodoviaAviação propugnou pela aplicação de multa aos dois primeiros responsáveis e pelo acolhimento de defesa da ex-Diretora, a Sra. Natália Marcassa de Souza.

#### IV

Acolho as conclusões da área técnica do TCU, no sentido da total irregularidade dos procedimentos previstos no 12º Termo Aditivo, relativamente à praça de pedágio P1.

A Cláusula 20 do contrato de concessão atribuiu **integralmente** à concessionária o risco de trânsito, “neste se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, **inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias**” (grifei).

Diante de tais disposições, a interpretação de que uma rota supostamente não planejada (evento da álea extraordinária) poderia ensejar revisão tarifária em favor da concessionária carece de razoabilidade, pois o texto contratual não admitia ressalvas e **tratou expressamente do risco decorrente da transferência de trânsito para outras rodovias**.

Por certo que, ao referir-se a “outras rodovias”, o contrato cuidou de infraestrutura não implantada à época da licitação, uma vez que as rotas de fuga então existentes foram tratadas no PER, com as praças de pedágio previstas.

Não é demais afirmar que a Concer, ao assinar o contrato de concessão, aderiu aos seus exatos termos, incluindo o compartilhamento de riscos nele previsto.

Por isso, não socorre os responsáveis os argumentos sobre a teoria relacionada à atribuição de riscos, segundo a qual a alocação deve ser atribuída à parte que pode melhor identificá-los, gerenciá-los e controlar a probabilidade de sua ocorrência e minimizar suas consequências.



Esses conceitos devem ser verificados durante os estudos para definição do desenho da concessão e do contrato, previamente à licitação e assinatura do ajuste.

A modificação da matriz de risco, após a celebração da avença, decorridos anos de execução, implementada mediante o 12º Termo Aditivo, consiste, no mínimo, em **burla ao processo licitatório**, pois todas as informações e condições contratuais estavam postas para todos os concorrentes, que deveriam ter apresentado propostas viáveis, considerando as disposições e planos oficiais do Poder Público, bem como suas condições empresariais, ora atenuadas.

Ademais, é sabido que as concessões da primeira etapa pactuaram taxas internas de retorno elevadíssimas, muito superiores às contratadas nas concessões posteriores. Admitir que cláusulas de compartilhamento de risco possam ser revistas ao longo da execução contratual seria adotar a lógica segundo a qual a Administração também poderia alterar a taxa de retorno contratada, que remunera o concessionário pelas obrigações e riscos assumidos, o que sempre foi considerado inadmissível apesar das conclusões amplamente divulgadas sobre sua inadequação.

É verdade que os contratos da terceira etapa do Procofe, que estavam sendo formulados à época da revisão do ajuste da Concer, passaram a excluir dos riscos atribuídos às concessionárias os relacionados à implantação de **rotas não planejadas à época da concessão**.

Esse argumento, no entanto, não socorre os responsáveis, pois além da vedação expressa no contrato, a unidade técnica demonstrou que o Arco Metropolitano foi implantado nos mesmos moldes em que fora planejado na década de setenta, afastando o argumento relativo a se tratar de rota não planejada à época da concessão.

Restou demonstrada, portanto, grave irregularidade na alteração da localização da praça de pedágio e revisão tarifária para compensar alegada perda de receita da Concer, pois **o risco de tráfego foi integralmente atribuído à concessionária**, sem ressalvas, restando incluída a possibilidade de fuga para outras rodovias.

À tamanha falha somou-se a forma como se deram os procedimentos de aprovação pela ANTT, atendendo solicitação da Concer, com base em estudo de tráfego contratado pela própria empresa, de consultoria recém instituída.

A sintética Nota Técnica 071/GEROR/SUINF/2014 contém afirmações desacompanhadas de demonstração ou de referência a documentos comprobatórios. Não há elementos, por exemplo, que suportem a afirmação de que, em relação ao Arco Metropolitano, “não havia definições acerca de seu traçado e de sua ligação com o viário interno de Duque de Caxias à época da licitação da BR 040”.

Com simples consulta ao plano rodoviário do Estado do Rio de Janeiro vigente à época, a unidade técnica demonstrou que tal afirmação não procede.

O estudo da Concer foi analisado em oito linhas, com afirmações genéricas acerca das práticas adotadas, sem nem mesmo apontar qual a metodologia utilizada e referenciais adotados.

Nas respostas às audiências, os gestores reconhecem as falhas quanto à insuficiente motivação expressa nos documentos e tentam demonstrar que, apesar de terem sido concisas as fundamentações nas notas técnicas, os estudos ofertados pelo parceiro privado eram confiáveis.

A Controladoria-Geral da União e a unidade técnica do TCU apontaram diversas falhas no estudo de tráfego, entre elas contradições com estudos da Associação Brasileiro da Concessionárias de Rodovias e o próprio estudo de viabilidade original do empreendimento, que não foram descaracterizadas pelas defesas.

Nesse ponto, importante registrar que, mesmo na hipótese de o estudo de tráfego da Concer ser confiável, o que não restou demonstrado, seria irregular sua utilização para fundamentar a alteração da localização da praça de pedágio, com recursos da União, e o aumento das tarifas de pedágio, diante das disposições contratuais e da ausência de fato da álea extraordinária. Então, não há falar em invasão, pelo Tribunal, da área de atuação discricionária da ANTT.

Reconheço a procedência dos argumentos, no que se refere à reestruturação pela qual a ANTT passou, a partir de 2013, na gestão dos responsáveis ouvidos e melhorou seus processos e papéis de trabalho. O próprio Tribunal apontou e reconheceu os avanços em auditoria operacional.

Apesar de tal fato demonstrar a competência dos gestores, não é capaz de totalmente elidir as falhas ocorridas no contrato da Concer.

Por fim, quanto às razões de justificativa, não procedem os argumentos sobre o interesse público existente na alteração da localização da praça de pedágio e aumento da tarifa de pedágio.

Os responsáveis defendem terem adotado a solução menos onerosa para os usuários, tendo em vista que a manutenção da praça na posição original resultaria em maior perda de tráfego e maior valor de tarifa. Apontam a diminuição de cobrança pelo tráfego pendular (deslocamentos de casa para local de trabalho e vice-versa).

O Acórdão 575/2007-TCU-Plenário, Relator o E. Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, consignou que a finalidade da modificação dos contratos em casos excepcionais e não previstos no ajuste original deve alcançar benefícios **exclusivamente públicos** e não deve propiciar vantagens econômicas ao privado, salvo se, no caso concreto, configurarem interesse público, claramente não o caso dos autos.

Nesse sentido, os **resultados devem ser repassados integralmente ao usuário na forma de redução da tarifa de pedágio ou de realização de obras de melhoria** na rodovia e/ou na prestação de serviços de assistência ao usuário. Não foi essa a situação verificada no caso em análise.

A alteração promovida onerou os cofres públicos ao prever aportes de recursos nas obras da praça de pedágio e aumentou o valor da tarifa de pedágio, prejudicando os usuários. Não foram comprovadas melhorias nos serviços prestados. **No caso concreto, a concessionária Concer, empresa que sempre causou aos usuários da rodovia graves problemas, com a inexecução dos serviços contratados, também aí se beneficiou, auferindo receitas não previstas pelo contrato de concessão.**

No que concerne à alegada diminuição da cobrança por tráfego pendular, além de tal aspecto não ter sido tratado e comprovado nos pareceres que fundamentaram o aditamento contratual, o processo informa que a Concer já adotava isenção de cobrança dos moradores de Duque de Caxias (peça 110).

Assim, as mudanças promovidas não se revelaram inteiramente consentâneas com o interesse público e não contavam com amparo na legislação e no contrato e foram de encontro ao interesse público.

As irregularidades verificadas nesta representação reforçam a conclusão obtida pelo Tribunal no TC 014.689/2014-6, de que o 12º Termo Aditivo foi irregular e passível de anulação.

Deixo, todavia, de aplicar sanções aos gestores da ANTT, em razão dos atenuantes identificados no Acórdão 738/2017-Plenário, por mim relatado, que tratou das ilegalidades perpetradas no 12º Termo Aditivo referentes às obras da Nova Subida da Serra, cuja materialidade e impacto na rotina dos usuários da rodovia são significativamente maiores do que os relacionados à alteração da localização da praça de pedágio objeto do mesmo instrumento.

Esse instrumento foi celebrado em razão de **diretriz política expressamente emanada e articulada pelo Ministério dos Transportes**, que, à época, entendeu condizente com o interesse público o aporte de recursos nas obras da Nova Subida da Serra e a retirada da praça de pedágio de trechos urbanos, conforme demonstram o Aviso 47/2013/GM/MT encaminhado ao Ministério da Fazenda, a Nota Informativa 56/2013-DECON/SFA/MT, do Departamento de Concessões da Secretaria de Fomento para as Ações de Transportes do Ministério dos Transportes e o Ofício 1.179/2013/GM/MT, remetido pelo Ministro dos Transportes ao Diretor-Geral da ANTT (peças 170 e 171 do TC 014.689/2014-6):

*4. Em decorrência, solicito que sejam ultimadas as providências necessárias à formalização de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da BR-040 Rio – Juiz de Fora, instrumento que formalizará as condições da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do mesmo.*

Nesse sentido, considerando o lapso temporal superior a dez anos decorrido desde tais atos da pasta ministerial, deixo adotar medidas tendentes a avaliar a responsabilidade de outros agentes nos presentes autos.

A posição adotada ocorre sem prejuízo de determinar seja dada ciência das irregularidades à ANTT e ao Congresso Nacional, bem como exarar recomendação ao Ministério dos Transportes e à Agência Reguladora para que **ultimem, caso ainda não o tenha feito, todas as providências faltantes, para a realização da nova licitação da rodovia**, encerrando de uma vez por todas a deletéria atuação da empresa que, ao longo dos anos, se mostrou totalmente avessa ao interesse público e aos interesses dos usuários da rodovia, provendo serviços de péssima qualidade, com obras paralisadas há mais de uma década.

Por fim, sobre o mesmo contrato, ora mantido apenas por força de decisão judicial e apenas até que a ANTT conclua o processo de licitação da nova concessão, em linha com as decisões anteriores, deixo de exarar medidas para reverter os efeitos das alterações contratuais concernentes à Praça de Pedágio P1.

Feitas essas considerações, voto para que o Tribunal adote a minuta de acórdão que submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de março de 2024.

WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Relator

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Cuidam os presentes autos de representação oferecida pela Procuradoria da República no Município de Petrópolis/RJ acerca do Contrato de Concessão 138/1995, firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio de Janeiro (Concer), referente à exploração de trecho da rodovia BR-040/MG/RJ.

2. Preliminarmente, antecipo que concordo, na íntegra, com a proposta de encaminhamento do Nobre Ministro-Relator, sem prejuízo de registrar que, com as devidas vênias, não vislumbrei nas condutas funcionais examinadas erro grosseiro ou falta grave que ensejasse a penalização dos responsáveis. Ademais, penso que a situação exige encaminhamentos adicionais.

3. Conforme consignou a Unidade de Auditoria especializada em Rodovia e Aviação (AudRodoviaAviação), a “ausência de confiabilidade” dos estudos de demanda que embasaram a mudança da praça de pedágio decorreu de a ANTT ter aceitado estudo apresentado por empresa contratada pela própria Concessionária, em flagrante conflito de interesses (peça 69, p. 13-15):

*“53. Entende-se haver graves empecilhos para a aceitação do estudo de tráfego apresentado pela CON CER como fundamentação para a realização do reequilíbrio contratual. Há um manifesto conflito de interesse da concessionária quanto ao tema, que inclusive já havia em outras ocasiões solicitado a alteração da localização da praça de pedágio sob outras justificativas (peça 117, p. 12; peça 110).*

(...)

*57. Portanto, para além de eventuais aparentes inconsistências previamente apontadas, de modo geral, pode-se afirmar que a ausência de confiabilidade dos estudos decorre da forma como foi elaborado, tendo a ANTT não exercido (diretamente ou por meio de empresa por ela contratada) sua atribuição legal de promover estudos de tráfego (Lei 10.233/2011, art. 24, I), aceitando documento produzido com notório conflito de interesse e cujas premissas dificilmente poderiam ser independentemente verificadas.*

(...)

*64. Do exposto, restou constatado, em relação aos estudos de tráfegos que embasaram a celebração do 12º termo aditivo, o aceite pela ANTT de um documento entregue pela concessionária, que possuía claro conflito de interesse no tema, e produzido por empresa com limitada experiência. Isso denota o desalinhamento entre os atos práticos e a competência legal da agência, responsável por promover estudos dessa natureza. Também grave é o fato de que, a despeito dessas significativas fragilidades, não se pôde evidenciar a realização pela agência de um exame minimamente aprofundado da documentação, tendo o estudo sido aceito sem a adequada motivação”*

[grifei e destaquei]

4. Estou plenamente de acordo com a unidade instrutora quando conclui que uma das causas da baixa qualidade dos estudos de tráfego que ensejaram a mudança da localidade da praça de pedágio está no fato de a ANTT ter baseado a sua decisão regulatória em estudo contratado pela própria Concer, que, já de **antes**, propôs a mudança de localização da praça, se valendo de outros argumentos.

5. Por ocasião em que apreciou auditoria operacional para “avaliar a *performance* das concessões de rodovias federais e o seu real custo para a sociedade”, o Acórdão 2.190/2019-Plenário (Relator: Ministro Bruno Dantas) apontou a fragilidade dos procedimentos de fiscalização dos contratos de concessão de rodovias, ante ao fato de a ANTT aferir o cumprimento dos parâmetros de



desempenho da rodovia previstos nos contratos de concessão com base em informações prestadas, pelas próprias concessionárias, a partir de suas contratações de consultoria e serviços com terceiros.

*“167. Na situação observada no TC Processo 024.813/2017-6, as próprias concessionárias, em face da carência de equipamentos necessários para o cumprimento da missão fiscalizatória da ANTT, promovem os trabalhos de campo (ensaios) e informam à agência a avaliação do cumprimento dos parâmetros de desempenho, por meio de relatórios de informação. Na opinião da SeinfraRodoviaAviação:*

*O fato de a verificação do cumprimento das suas obrigações ser feita pela própria concessionária constitui risco para os usuários e para o Poder Concedente, na medida em que há evidente conflito de interesses por parte das concessionárias quando da elaboração dos relatórios de monitoração” [grifei e destaquei]*

6. Mais recentemente, o Acórdão 1.766/2021-Plenário (Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues) apontou que o conflito de interesses na prestação de informações das concessionárias de rodovias à ANTT resultou em operação da Polícia Federal para apurar fraudes de relatórios e estudos, cujos material coletado foi remetido ao TCU, tendo sido constituído feito para a apuração dos fatos:

*“Mais recentemente, em abril de 2019, foi deflagrada outra operação da PF denominada “Infinita Highway” a qual teve como objetivo desarticular esquema criminoso voltado ao superfaturamento das tarifas de pedágio nas rodovias federais nos estados de Goiás, Bahia e Espírito Santo, com foco na investigação de empresas concessionárias que contratavam a emissão de laudos fraudulentos que atestavam a qualidade das rodovias, evitando assim a aplicação de multas e de outras penalidades pela ANTT (peça 53).*

(...)

*Nota-se que, em algumas situações, mais da metade dos elementos de sinalização apresentavam situação inadequada e, mesmo assim, os relatórios de monitoração encaminhados à ANTT indicavam uma condição de excelência em termos do cumprimento dos parâmetros de desempenho pactuados.” [grifei e destaquei]*

7. Nesse contexto, para contextualizar as críticas que este Tribunal tem registrado, trago as seguintes competências da ANTT, previstas na Lei 10.233/2001:

*“Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:*

*I – promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;*

*II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;*

(...)

*XV – elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.”*

8. Entendo que não existem justificativas razoáveis para, passados mais de 20 anos da criação da ANTT, por ocasião da Lei 10.233/2001, a Agência Reguladora proceder a regulação do setor de rodovias federais concedidas com base em estudos formulados ou contratados pelas próprias concessionárias reguladas. Tal procedimento fragiliza o processo decisório e regulatório da Agência em vista do conflito de interesses, conforme apontou a unidade instrutora nesses autos e em outros.

9. Isso ocorre porque, de um lado, a Agência Reguladora deve nortear a sua regulação para a prestação do serviço adequado, o que, nos termos do §1º do art. 6º da Lei dos Serviços Públicos (8.987/1995), compreende aspectos como “regularidade, continuidade, eficiência, segurança,

atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”; de outro, as concessionárias (reguladas) buscam retorno econômico dos investimentos financeiros realizados. Nesse contexto, é grave o risco de que o estudo contrato por concessionária regulada não goze da imparcialidade exigida para uma análise técnica bem fundamentada da Agência Reguladora.

10. Além disso, a tomada de decisão regulatória, com base em estudos apresentados por empresas reguladas, aumenta a assimetria de informação em desfavor da própria Agência, na medida em que a tomada de decisão ocorre a partir de informação que a regulada tem e a Agência não.

11. Nesse contexto, destaco que a falta de recursos financeiros, em tese, não constitui uma justificativa razoável para a ANTT não contratar diretamente os estudos em que baseará a sua atividade regulatória, uma vez que as Concessionárias desembolsam significativos recursos (percentual da tarifa), em razão da taxa de fiscalização dos contratos, que poderiam ser empregados para tal finalidade. Além disso, tais contratações poderiam ser remuneradas com recursos da própria concessão, acarretando baixíssimo impacto tarifário em vista da reduzida importância dessas contratações em relação à arrecadação e aos dispêndios ordinários de uma concessão de rodovia.

12. Desse modo, não pode a ANTT tomar decisões regulatórias que, por vezes, têm significativo impacto social e econômico, com base em estudos prestados pelas concessionárias de rodovias reguladas, em razão do conflito de interesses, de modo que a Agência deve tomar as medidas necessárias para contratar tais serviços, utilizando-se, se necessário for, dos recursos que arrecada da fiscalização dos contratos, bem como dos recursos da própria concessão objeto do estudo.

13. Diante de todo o exposto, em complementaridade à proposta do Nobre Relator, proponho incluir a seguinte ciência:

*“9.3 dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres que:*

*(...)*

*9.3.2 a autorização para alterar a localização da praça de pedágio, fundada em estudo fornecido por concessionária regulada, além de afrontar o disposto no art. 24, inciso I, da Lei 10.233/2001, enseja risco de desperdício de recursos tarifários, bem como de que a decisão regulatória tomada beneficie interesses privados em detrimento da prestação do serviço adequado, nos termos do art. 6º, caput e §1º, da Lei 8.987/1995;”*

14. Por fim, com o objetivo de evitar irregularidades semelhantes, como as bem apontadas pelo nobre Relator nesses autos, proponho incluir a seguinte recomendação:

*“9.5 recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que adote os procedimentos necessários para realizar ou contratar diretamente os estudos que fundamentaram suas decisões regulatórias, tais como a mudança de localização de praças de pedágio, de modo a afastar o risco de conflito de interesses, bem como de minimizar os efeitos da assimetria de informação, utilizando-se, se necessário for, dos recursos que arrecada da fiscalização dos contratos, bem como dos recursos da própria concessão objeto da demanda;”*

É como voto.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de março de 2024.

JORGE OLIVEIRA  
Ministro

## ACÓRDÃO Nº 426/2024 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 028.835/2016-6.
- 1.1. Apenso: 029.293/2016-2
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis:
  - 3.1. Interessado: Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio (00.880.446/0001-58).
  - 3.2. Responsáveis: Natália Marcassa de Souza (290.513.838-60); Viviane Esse (206.461.918-61); Érico Reis Guzen (819.643.230-53).
4. Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação).
8. Representação legal: Paulo Sergio Bezerra dos Santos, Débora Goelzer Fraga e outros; Guilherme de Araujo Pinho Costa, Fernando Henrique Fontes dos Reis (57.513/OAB-DF) e outros.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo Ministério Público Federal sobre indícios de irregularidades nas revisões tarifárias ocorridas entre os exercícios de 2014 e 2016, no âmbito do contrato celebrado com a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio de Janeiro (Concer), para exploração da rodovia BR – 040;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer da representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
- 9.2. acolher parcialmente as razões de justificativa das Sras. Natália Marcassa de Souza, Viviane Esse e do Sr. Érico Reis Guzen;
- 9.3. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) de que:
  - 9.3.1. a alteração da localização da praça de pedágio P1 da rodovia BR-040/RJ/MG e a revisão tarifária decorrente do 12º Termo Aditivo ao Contrato PG138/95-00 afrontaram a cláusula 20 do referido ajuste, que atribuiu integralmente à concessionária o risco de tráfego, incluindo o decorrente da implantação de novas vias;
  - 9.3.2 a autorização para alterar a localização da praça de pedágio, fundada em estudo fornecido por concessionária regulada, além de afrontar o disposto no art. 24, inciso I, da Lei 10.233/2001, enseja risco de desperdício de recursos tarifários, bem como de que a decisão regulatória tomada beneficie interesses privados em detrimento da prestação do serviço adequado, nos termos do art. 6º, caput e §1º, da Lei 8.987/1995;”
- 9.4. recomendar à ANTT e ao Ministério dos Transportes que, se ainda não o fizeram, ultimem, com celeridade, as providências para realizar licitação da BR-040/RJ/MG, tendo em vista que o contrato com a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio de Janeiro (Concer) expirou em 2021 e a empresa opera a concessão por força judicial, prestando serviços precários aos usuários; e
- 9.5. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que adote os procedimentos necessários para realizar ou contratar diretamente os estudos que fundamentaram suas decisões regulatórias, tais como a mudança de localização de praças de pedágio, de modo a afastar o risco de conflito de interesses, bem como de minimizar os efeitos da assimetria de informação, utilizando-se, se necessário for, dos recursos que arrecada da fiscalização dos contratos, bem como dos recursos da própria concessão objeto da demanda;
- 9.6. dar ciência da deliberação à Procuradoria da República do Município de Petrópolis, ao Ministério Público Federal e à Agência Nacional de Transportes Terrestres.

10. Ata nº 9/2024 – Plenário.

11. Data da Sessão: 13/3/2024 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0426-09/24-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

**BRUNO DANTAS**

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

**WALTON ALENCAR RODRIGUES**

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

**CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA**

Procuradora-Geral