



RBGP
Revista Brasileira de Gestão Pública
V. 3, n. 2, 2024

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rbgp>

ISSN 2965-5706



DOS INCENTIVOS OU DESINCENTIVOS DO CONTROLE EXTERNO DESEMPENHADO PELO TCU NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA – ESTUDO DE CASOS

Izabella Mattar Moraes^{a,b,1}

^a Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP),

^b Câmara dos Deputados.

INFORMAÇÕES

Palavras-chave:
setor rodoviário;
incentivo
econômico;
controle externo.

Keywords:
road sector;
economic
incentive; external
control.

RESUMO

O presente estudo objetiva avaliar os incentivos ou desincentivos, sob o ponto de vista econômico, da atuação do Tribunal de Contas da União (TCU), ao setor de infraestrutura rodoviária. Para tanto, parte de referencial teórico acerca das características dos contratos de concessão rodoviária, das atribuições do TCU, do papel das instituições e da segurança jurídica e do que pode ser entendido como incentivo ou desincentivo ao setor rodoviário. Partindo-se dessas considerações e utilizando do método de estudo de casos, o presente estudo seleciona acórdãos do TCU para avaliar se houve coincidência ou não, das determinações adotadas, à relação contratual pré-existente entre Poder Concedente e Concessionária. A análise dos casos estudados permite a conclusão de que a atuação do TCU tem importado em ônus econômico, sob o ponto de vista das instituições, aos agentes privados e em desincentivos ao setor rodoviário nacional.

ABSTRACT

The present study aims to evaluate the incentives or disincentives, from an economic point of view, of the Federal Court of Auditors' actions in the road infrastructure sector. To this end, it starts from a theoretical framework regarding the characteristics of road concession contracts, the TCU's responsibilities, the role of institutions and legal security and what can be understood as an incentive or disincentive to the road sector. Based on these considerations and using the case study method, this study selects TCU rulings to assess whether or not there was a coincidence of the adopted determinations with the pre-existing contractual relationship between the Granting Authority and the Concessionaire. The analysis of the cases studied allows the conclusion that the TCU's actions have resulted in an economic burden, from the point of view of the institutions, on private agents and in disincentives for the national road sector.

1. Introdução

O presente estudo tem como objetivo central identificar se há, na atuação do TCU, incentivos ou desincentivos ao setor de infraestrutura rodoviária. A análise recaiu sobre o setor rodoviário diante da relevância deste modal para a

¹ izabellam.moraes@gmail.com

economia brasileira, uma vez que movimentada 65% (sessenta e cinco por cento) de toda a carga do país² e, ainda, em decorrência das graves crises que esse setor vem enfrentando, com diversos contratos de concessão não sucedidos e com leilões que apresentam poucos ou nenhum proponente (BNDES, 2020).

Trata-se de um setor impactado pela atuação de diversos órgãos e entidades do Poder Público, no entanto, a análise se restringiu à atuação do TCU em razão de uma premissa inicial não comprovada de que a Corte de Contas tem influenciado e até mesmo pautado a atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que é responsável pela delegação e regulação dos contratos envolvendo as rodovias federais.

Diante desta premissa inicial, buscou-se demonstrar que além dos fatores econômicos exógenos, que se referem a mudanças cambiais, riscos de demanda e de suprimento, dentre outros, que podem impactar negativamente a vantagem econômica de se proceder e de se manter uma concessão, há, também, fatores endógenos, ligados à atuação do próprio Estado, na condição de ente regulador, que devem ser considerados, sendo o principal deles o alinhamento entre as instituições e a busca pela segurança jurídica, visando a obtenção de investimentos por meio de capital privado (Raud-Mattedi, 2005).

A partir dessa análise e objetivando descrever o que pode ser entendido como incentivo ou desincentivo ao setor rodoviário nacional, foi realizada revisão bibliográfica acerca dos objetivos das empresas privadas, sendo determinante a obtenção de lucros no desempenho de suas atividades.

Diante dessas constatações e mediante a adoção de método qualitativo de estudos de casos, foram selecionados 6 (seis) acordos do TCU para avaliação comparativa com o(s) contrato(s) de concessão rodoviária diretamente impactado(s) e foi realizada análise, com base nos casos estudados, se houve ou não quebra da segurança jurídica na relação pré-estabelecida entre Poder Concedente e Concessionária, o que possibilitou a identificação, ainda que limitada aos casos estudados, quanto aos incentivos ou desincentivos da atuação do TCU para os contratos de concessão rodoviária.

A conclusão obtida por meio dos casos estudados foi de que houve quebra da segurança jurídica em relação ao contrato celebrado entre Poder Concedente e Concessionária, para ao menos uma das determinações constante de cada acordo analisado e, portanto, que essa insegurança na atuação das múltiplas instituições envolvidas gera desincentivos ao setor rodoviário nacional.

2. Referencial teórico

2.1 Do regime adotado para os contratos de concessão rodoviária e das competências do TCU no exercício do controle externo.

A Lei nº 8.987/95 definiu o regime de concessão para exploração de serviços públicos, que tem por característica a delegação de um serviço público para um agente privado, por meio de um processo licitatório na modalidade concorrência. A relação entre as partes é regida por meio de contrato, tendo prazo pré-determinado para sua duração e a remuneração se dá por meio da cobrança de tarifa (ANTT, 2023).

Em meio a criação da Lei nº 8.987/95, foi realizado o primeiro lote de concessões rodoviárias pelo Poder Público, com leilões que ocorreram entre os anos de 1994 e 1998. Em seguida, no ano de 2001, foi editada a Lei nº 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

A atuação da ANTT envolve a regulamentação das atividades relacionadas à exploração de infraestrutura rodoviária e ferroviária, bem como de atividades relacionadas à movimentação interestadual de pessoas e bens (transporte de passageiros ou de cargas) (Dias et al., 2017).

É papel da Agência estabilizar os interesses entre os usuários dos serviços e as empresas prestadoras dos serviços, sempre em atendimento ao interesse público, competindo, ainda, a realização de atividades com o objetivo de arbitrar conflitos e impedir situações que ofendam a ordem econômica ou a livre concorrência (ibidem).

Para o setor rodoviário, adotou-se o modelo de regulação por contratos, que contrapõe o modelo de regulação discricionária³ e tem por objetivo definir previamente as regras que serão aplicáveis durante todo o período de relação

² Segundo dados da CNT (2023) "O transporte rodoviário, responsável pelo deslocamento de 65% das cargas e de 95% dos passageiros no país, se movimenta sobre rodovias cuja qualidade do Estado Geral, quanto à conservação, está com 67,5% da sua extensão classificada como Regular, Ruim ou Péssimo e 32,5% classificada como Ótimo ou Bom. Os percentuais demonstram uma relativa estabilidade no Estado Geral da malha rodoviária brasileira, em comparação com os resultados do ano passado, que apresentavam, respectivamente, 66,0% e 34,0% para os mesmos níveis de classificação."

³ Os modelos de regulação são subdivididos em regulação discricionária e regulação por contratos. A regulação discricionária pressupõe que ao longo dos anos de execução contratual haverá necessariamente mudanças no equilíbrio econômico-financeiro (EEF) do contrato e, em face da constante mutabilidade do cenário econômico, prevê um contrato simplificado, contendo apenas as

contratual entre as partes (Camacho & Rodrigues, 2014). Neste modelo, é de extrema relevância que seja mantida a relação contratual pactuada entre as partes ao longo dos anos de execução do contrato, pois é justamente a existência de regras prévias que permitirá ao agente privado identificar e precificar o seu serviço.

O Programa de Concessões Rodoviárias Federais, conhecido pela sigla Procrofe, foi criado no ano de 1993 e tinha como fundamento aplicar os objetivos do Plano Nacional de Desestatização (PND) ao setor rodoviário nacional, diante da constatação do Estado brasileiro, quanto à necessidade de captar recursos privados para manutenção e ampliação da malha rodoviária nacional.

O referido programa foi dividido em etapas. A primeira etapa de concessões rodoviárias ocorreu em um momento em que o Brasil estava iniciando a sua experiência com a delegação de serviços públicos para agentes privados.

São características dos contratos da primeira etapa as obrigações de manutenção e operação da rodovia, os reajustes, de incidência anual e a previsão de revisão contratual para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (EEF) (Campos Neto et al., 2018).

A segunda etapa foi dividida em duas fases. Com relação à primeira fase, tem-se a previsão quanto à ampliação da capacidade, com a novidade de que a ANTT pode alterar eventuais investimentos em decorrência da evolução do tráfego. O reequilíbrio econômico-financeiro (REF) passou a ser considerado nas revisões tarifárias, de modo a assegurar a Taxa Interna de Retorno (TIR) não alavancada, conforme assumido pela concessionária, na fase do leilão (ibidem).

A segunda fase passou a contar com o mecanismo dos ‘gatilhos de investimento’, em que os investimentos ficam condicionados ao atingimento de determinados parâmetros desejáveis, como é o caso do aumento do fluxo da rodovia, e com o desconto de reequilíbrio para casos de atraso ou inexecução contratual (Camacho & Rodrigues, 2014).

A terceira etapa de concessões contou com três fases e as características dos contratos de concessão dessa etapa são: a previsão de utilização de recursos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), a introdução do Fator X, que possibilita o compartilhamento de ganhos de produtividade, do Fator D⁴ e Fator Q⁵ (ANTT, 2023).

Destaca-se, ainda, que a ANTT tem assumido papel fundamental não apenas na regulação dos contratos para exploração de infraestrutura rodoviária, mas na própria elaboração de certames licitatórios para realização de novos leilões de trechos rodoviários, atuando de forma ativa na execução das políticas públicas voltadas à manutenção e ampliação da malha rodoviária nacional.

Feita essa introdução acerca da regulação desempenhada pela ANTT e das características gerais dos contratos de concessão da primeira, segunda e terceira etapa do Procrofe, necessário que sejam tecidos comentários acerca das atribuições do Tribunal de Contas da União (TCU) no desempenho do controle externo.

Compete ao TCU, em uma análise global de suas competências, fiscalizar a correta aplicação dos recursos públicos, julgando as contas de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como a correta aplicação dos repasses da União aos Estados e Municípios (BRASIL, 1988).

Da simples leitura das competências atribuídas ao TCU pela Constituição Federal de 1988, em que consta a competência para apreciar e julgar contas do Presidente da República e dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, apreciar atos de admissão de pessoal, realizar inspeções e auditorias de contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, fiscalizar contas e a aplicação de recursos, aplicar sanções em caso de irregularidades, dentre outras⁶, não se extrai, ao menos de forma expressa, que a Corte de Contas deva exercer fiscalização direta das atividades regulatórias desempenhadas pelas Agências Reguladoras. Essa permissão deriva, no entanto, da possibilidade de realização de auditorias de natureza operacional, constante do IV, do art. 71, da CF/88 (BRASIL 1988).

regras e parâmetros necessários para estipular a relação jurídica entre as partes. Desse modo, na regulação discricionária, os parâmetros para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não são estipulados por meio do próprio contrato celebrado entre as partes, mas constam de normas e resoluções que podem ser alteradas pelo Agente Regulador ao longo do prazo previsto para execução contratual. As partes assumem, portanto, o risco de mutabilidade constante do cenário inicialmente avençado (Camacho e Rodrigues, 2014).

⁴ Fator D: “é um redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio utilizado como mecanismo de aplicação do desconto de reequilíbrio relativo ao não atendimento aos parâmetros de desempenho, às obras de ampliação de capacidade e de manutenção do nível de serviço ou como acréscimo de reequilíbrio, no caso de antecipação na entrega de obras, com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração (Campos Neto, Moreira e Motta, 2018, p. 28).

⁵ Fator Q: “redutor ou incrementador da tarifa básica de pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação de desconto por não atendimento aos indicadores de qualidade determinados no contrato de concessão” (Campos Neto, Moreira e Motta, 2018, p. 28).

⁶ Vide artigo 71, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Segundo Marques Neto e Palma (2020) é justamente a auditoria de natureza operacional que valida o controle do TCU a casos que não envolvam diretamente a apreciação quanto a boa aplicação do orçamento público federal.

Por essa razão, é possível considerar que as empresas privadas, delegatárias de serviços públicos, independente do regime (concessão, permissão ou autorização) estão sujeitas a um “duplo grau de regulação”, uma vez que os atos e contratos de seu interesse, além de serem objeto da regulação desempenhada pelas Agências Reguladoras passam pelo crivo do TCU, por meio do controle externo, que pode ter características próprias de regulação.

O tema é tratado pelo próprio TCU, em artigos acadêmicos, em manifestações das Unidades Técnicas ou em acórdãos proferidos pelo colegiado, como “controle de segunda ordem”, conforme explicitado por Oliveira e Lima (2023, p. 2):

O aprimoramento e o fortalecimento da regulação no Brasil incluem o controle da legalidade dos atos fiscalizatórios e regulatórios exercidos por essas instituições. Nesse sentido, o TCU tem o poder-dever de realizar o denominado controle de segunda ordem, a fim de demandar a adoção de providências quando detectadas irregularidades em curso. Não obstante, é necessário que esse controle não venha diminuir ou usurpar as competências das agências reguladoras. Pelo contrário, a atuação da instituição superior de controle brasileira deve fortalecer a missão dos reguladores federais.

Desse modo, o TCU, no desempenho do controle externo, pode proceder com determinações e/ou recomendações que podem alcançar todos os atos e normas (infralegais) editados pelas Agências Reguladoras, incluindo-se a ANTT.

Cabral et al. (2021), identificam, no entanto, que o TCU chega, até mesmo, a substituir a atuação finalística desempenhada pela ANTT⁷, uma vez que não se limita a fiscalizar as atividades finalísticas da Agência, assumindo papel de substituto das decisões adotadas no âmbito administrativo regulatório, pelas decisões adotadas no âmbito controlador.

O presente texto, fundado nesta crítica, pretende, portanto, avaliar se há, de fato, a extrapolação de relações jurídicas pré-convencionadas, entre Poder Concedente e Concessionária de serviços rodoviários, em casos concretos que passaram pela apreciação do TCU.

2.2 *Do papel das instituições e dos objetivos das empresas privadas no desempenho de atividades econômicas.*

O conceito do termo “instituições” é muito explorado no campo da economia e tem como referência não apenas o Estado e as entidades que o representam, que detêm poder político e decisório, mas também as próprias regras estabelecidas por essas entidades, regras essas que regem a sociedade e influenciam na própria economia (Cavalcante, 2014).

As instituições têm relevante papel no desenvolvimento econômico de determinado país, pois podem contribuir para um cenário de maior estabilidade, garantindo maior segurança e atraindo, portanto, investimentos e tecnologia. O tema é tratado, por alguns autores, como “economia institucional”, conforme mencionado por Otávio Trindade (2007, p. 29), em estudo acerca do Mercosul: “segundo a chamada “economia institucional”, (...) as instituições estão entre os principais determinantes do crescimento econômico”.

Há ainda, ampla consideração, seja do ponto de vista estatístico, seja do ponto de vista social, a respeito da dificuldade, para o mercado econômico, de aplicação de investimentos em um país que demonstra cenários de instabilidade política e jurídica. Sobre o tema Pessali e Dalto (2010, p. 31) chegam a mencionar o seguinte: “assim como a natureza abomina o vácuo, o sistema econômico abomina a incerteza”.

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) (2018) definiu o tema segurança jurídica como um dos prioritários para a agenda da indústria de 2018 a 2022, traçando interessante cenário de competitividade, que parte de uma base fundada em eficiência, governança e desburocratização do Estado, ambiente macroeconômico e segurança jurídica, essa base, segundo análise de fonte própria da CNI, é alicerce para infraestrutura, sendo a infraestrutura alicerce para produtividade e inovação.

É possível extrair um vínculo entre a atuação das instituições e a segurança jurídica de determinado Estado, uma vez que instituições sérias, que se preocupam em estipular regras claras e perenes, contribuem para um cenário de maior estabilidade.

A referida estabilidade tende a contribuir para tomada de decisões por parte de agentes econômicos, pois ainda que a economia esteja envolta por diversos eventos, que podem contribuir negativamente ou positivamente para o

⁷ Além de haver fiscalização do TCU com relação à atividade finalística das Agências Reguladoras, há, ainda, substituição das decisões adotadas no âmbito administrativo, pelas decisões adotadas no âmbito controlador, adentrando o TCU no próprio mérito da atividade reguladora desempenhada pelo Estado através das referidas entidades especiais criadas por lei (Cabral et al., 2021).

melhor aproveitamento de recursos, mantidas as regras do jogo, há diminuição dos riscos e, portanto, incentivos aos investimentos.

Destaca-se que a Agência Nacional de Transportes Terrestres, na condição de Agência Reguladora do setor de infraestrutura terrestre e o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão controlador no âmbito federal, são instituições do Estado Brasileiro. Do mesmo modo, as decisões proferidas pela ANTT e pelo TCU, respeitadas as suas devidas competências, têm o condão de criar ou modificar regras, o que também torna cada um desses atos decisórios integrantes do conceito econômico de instituições.

Feita a análise acerca do papel das instituições e da importância de se manter um cenário de estabilidade e segurança jurídica, deve-se mencionar que existem teorias desenvolvidas empiricamente para tratar a respeito do objetivo das empresas privadas no desempenho de suas atividades, estando, dentre elas, a teoria da firma e a teoria dos stakeholders (Boaventura, 2009).

A teoria da firma estabelece que o principal objetivo das empresas é a busca pela obtenção de lucros, ou seja, o enriquecimento de seus acionistas, enquanto a teoria dos stakeholders considera não apenas os fatores econômicos, mas também os sociais, se preocupando com o bem-estar de seus funcionários, clientes e fornecedores. (Boaventura, 2009).

No entanto, mesmo diante da consideração dos fatores sociais na teoria dos stakeholders, não há uma exclusão do interesse econômico, ou seja, em ambas as teorias, o interesse econômico está presente, em maior ou menor medida.

Ademais, a teoria da firma pode ser observada em casos concretos, inclusive no âmbito do setor de infraestrutura nacional, uma vez que diversas decisões tomadas por empresas privadas têm como objetivo primário o maior desempenho econômico. Nesse sentido, tem-se exemplo do que ocorre com o setor de transporte aéreo, conforme narrado por Salgado e Motta (2008, p. 22):

Segundo os autores, a combinação entre livre mercado, na operação do transporte aéreo, e controle rígido das infraestruturas relacionadas passou a responder por importantes perdas de bem-estar: as companhias aéreas passaram a alocar número maior de voos em mercados em que detêm maior capacidade de precificação, considerando ainda a invariabilidade de tarifas aeroportuárias, o que tem levado à geração de gargalos.

Por essa razão, parte-se da premissa de que em maior ou menor medida, há incentivo às empresas privadas quando a atividade tende a gerar retorno financeiro que garanta sustentabilidade econômica do negócio e lucro.

Deste modo, o mínimo que deve ser garantido por países que visam a captação de investimentos privados em ativos de infraestrutura, por meio de regime de delegação, é que os riscos não sejam agravados ou intensificados pelo fator insegurança jurídica.

3. Metodologia

A presente pesquisa classifica-se como qualitativa, utilizando-se de abordagem exploratória e comparativa e, ainda, do método bibliográfico e de estudo de casos⁸, na tentativa de identificar se a atuação do TCU gera incentivos ou desincentivos ao setor rodoviário nacional, sob o ponto de vista da segurança e da estabilidade das instituições (Raupp & Beuren, 2006).

A análise será feita por meio da coleta de dados no sistema ‘pesquisa integrada’ do sítio do TCU. A coleta terá como base acórdãos de julgamentos, restringindo-se ao período de 2018 até 2023⁹.

A definição do período se deu diante de uma percepção de que a substituição das atividades finalísticas das Agências Reguladoras, pelo TCU, veio aumentando ao longo dos anos, conforme reconhecido por Cabral et al. (2021), motivo pelo qual se tornou relevante a busca de acórdãos mais recentes, restringindo-se a um período em que fosse possível a apuração de todos os acórdãos proferidos e a seleção daqueles em que constam determinações que atingem diretamente as concessionárias prestadoras do serviço de infraestrutura rodoviária.

Será utilizado como critério de busca para seleção dos acórdãos o termo: “concessão da BR” juntamente com o termo “Agência Nacional de Transportes Terrestres”, pois são necessários e suficientes para que sejam localizados e filtrados todos os acórdãos do Plenário do TCU que envolvam determinações direcionadas à ANTT e que influenciem diretamente as concessionárias do serviço de infraestrutura rodoviária.

⁸ Orlikowski e Baroudi (1991) lembram que o método do estudo de caso é um dos mecanismos qualitativos comumente utilizados na busca de informações sobre determinado fenômeno (Toledo & Shiaishi, 2009).

⁹ Há uma percepção de que a substituição das atividades finalísticas das Agências Reguladoras, pelo TCU, veio aumentando ao longo dos anos (Cabral et al., 2021), motivo pelo qual pareceu relevante a busca de acórdãos mais recentes, restringindo-se a um período em que fosse possível a apuração de todos os acórdãos proferidos e a seleção daqueles em que constam determinações que atingem diretamente as concessionárias prestadoras do serviço de infraestrutura rodoviária.

Do resultado da busca será aplicado o seguinte filtro de seleção: acórdãos que contenham necessariamente determinações e, ainda, que se refiram aos contratos de concessão rodoviária da 1ª, 2ª ou 3ª etapa do Procofe.

Serão selecionados os casos em que haja determinações que ultrapassem a esfera de atuação interna da Agência, ou seja, que alcancem diretamente a concessionária prestadora do serviço, na condição de empresa privada.

A seleção se restringirá, ainda, a um caso por ano, com o objetivo de viabilizar uma análise mais aprofundada do acórdão selecionado e observar os seus desdobramentos. Para tanto, haverá análise de todos os acórdãos localizados pelo sistema de 'pesquisa integrada' do TCU e quando localizado o primeiro acórdão que contenha determinação que atinja diretamente a concessionária prestadora do serviço, será finalizada a busca para aquele ano, independentemente de haver outros acórdãos que também se enquadrem no filtro supracitado, passando-se à análise dos acórdãos do ano seguinte.

Também comporá a base de dados da presente pesquisa, o próprio contrato de concessão firmado entre a União, por intermédio da ANTT, e a Concessionária diretamente atingida pelas determinações constantes do acórdão.

A análise dos casos selecionados envolverá a aplicação de método comparativo, para que seja possível identificar se o TCU respeitou ou não o modelo regulatório previsto no contrato de concessão celebrado entre Poder Concedente e Concessionária.

A partir dessa comparação será realizada análise acerca dos incentivos ou desincentivos da atuação do TCU sob o ponto de vista econômico, sendo o principal parâmetro para identificar se há incentivos ou desincentivos, o da segurança jurídica e da estabilidade institucional.

4. Resultados obtidos

- **Caso 1 – ano de 2018:**

Para o ano de 2018 foi selecionado o Acórdão nº 1.447/2018 – Plenário/TCU (BRASIL, 2018), que envolve o contrato de Concessão da BR 101 ES/BA (ANTT, 2013), concedido à ECO101.

O referido caso trata a respeito de solicitação do Congresso Nacional para exame quanto às inexecuções contratuais da BR 101/ES/BA, diante de atrasos em investimentos que deveriam ser realizados até o terceiro ano de concessão e de uma possível desatualização do cronograma de investimentos e desvirtuamento da TIR para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Tabela 1 – Análise comparativa entre o Acórdão nº 1.447/2018 e Contrato de Concessão da BR 101/ES/BA:

<u>Item do acórdão do TCU:</u>	<u>Previsão contratual:</u>	<u>Comparação entre a determinação do TCU e o contrato:</u>
9.3.1. no prazo de 60 dias, <u>promova a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos equivocadamente incluídos sem possuírem projetos executivos</u> e orçamentos analíticos - relativos às obras de retificação de traçado inseridos na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária (...).	6.2. A concessionária deverá submeter os projetos para aceitação pela ANTT antes da data do início da execução das obras e investimentos em questão, de acordo com a regulamentação vigente, de forma a assegurar o cumprimento do PER, devidamente acompanhados, quando for o caso, de estudos e pareceres de consultores independentes e das aprovações das demais autoridades competentes.	A determinação coincide com a previsão contratual, que exige a submissão prévia de projetos e a sua aprovação pela ANTT
9.3.2. em conjunto com a ECO101 Concessionária de Rodovias S.A., no prazo de 60 dias, defina a localização de todos os radares fixos a serem instalados na BR-101-ES/BA, <u>efetivando suas instalações no prazo máximo de 90 dias</u> (...).	PER - 4.8.5.4 Cronograma de execução. Os serviços relativos à implantação e à instalação completa dos sistemas de painéis de mensagens variáveis móveis e de inspeção de tráfego, deverão se dar até o final do sexto mês	A princípio a determinação não coincide com a previsão contratual, pois não há justificativa para que as instalações sejam realizadas no prazo máximo de 90 dias, havendo mecanismos próprios da ANTT para fiscalizar e sancionar a Concessionária

	dos TRABALHOS INICIAIS, observando todas as regras e exceções previstas no item 3.1.1.	diante do atraso na execução dos prazos previstos no contrato.
9.3.3. no prazo de 60 dias, ajuste o cronograma de investimentos de modo a não permitir a existência de prazos posteriores aos constantes do PER, particularmente no caso da implantação de passarelas e da construção de vias locais (...).	Não possui uma única correlação no PER já que os prazos para execução são distintos.	A determinação é inovadora em relação às previsões contratuais, determinando o reajuste de cronograma em detrimento dos mecanismos de controle previstos no contrato (revisão tarifária e aplicação de sanção pelo atraso na execução do investimento).
9.3.8. no prazo de 90 dias, promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR - 101/ES/BA, a fim de contemplar, mediante <u>revisão extraordinária, a redução da tarifa de pedágio, de forma concentrada e pelo período de um ano</u> , em decorrência de investimentos não-executados até o 5º ano de concessão, inclusive de forma parcial, com vistas a manter a TIR pactuada, passando a adotar essa sistemática nas próximas revisões tarifárias. (...)	20.4.2. A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio. (iii) em quaisquer hipóteses, que não as previstas nos itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.	A determinação é inovadora em relação às previsões contratuais, pois não há definição prévia, no contrato, de que as inexecuções deveriam ser objeto de desconto de reequilíbrio de forma concentrada e pelo período de um ano.
9.3.9 ¹⁰ . no prazo de 180 dias, <u>estabeleça, em seus normativos relativos à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do fluxo de caixa não-alavancado dos contratos de concessão que possuam plano de negócios, a necessidade de que os descontos na tarifa de pedágio</u>	Trata-se de determinação que não alcança apenas o contrato de concessão da Eco101, <u>mas todas as concessões que contam com Plano de Negócios</u> . Exemplo: Contrato de Concessão da BR 101-RJ: 6.1 O equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão é definido pelo fluxo	A determinação é inovadora em relação às previsões contratuais, pois não há definição prévia, nos contratos impactados, de que as inexecuções deveriam ser objeto de desconto de reequilíbrio de forma concentrada e pelo período de um ano.

¹⁰ Corroborando com as conclusões obtidas no presente quadro, em especial com relação ao item 9.3.9, o fato de que a ANTT, para cumprir com o referido acórdão, teve que oficializar todas as concessionárias da 2ª etapa do Procofe, para celebração de termo aditivo, para que passasse a constar do contrato de concessão a nova forma de reequilíbrio econômico-financeiro, por meio do desconto de reequilíbrio e, ainda, de forma concentrada, pelo período de um ano, conforme se depreende de voto aprovado pela Diretoria da ANTT, envolvendo a Concessionária Autopista Régis Bitencourt S/A (ANTT, 2023): “Em atendimento ao item 9.3.9 do referido Acórdão, a Diretoria Colegiada da ANTT apresentou à Corte de Contas, por intermédio do Ofício nº 17849/2022/DG/DIR-ANTT (SEI nº 12688217), de 27 de junho de 2022, proposta de Plano de Ação com o intuito de atender a esta e outras determinações proferidas no Acórdão, sendo que essa proposta compreende reprogramações dos investimentos em atraso, de modo a garantir sua exequibilidade, além de definir descontos de reequilíbrio (fator D) para cada um desses investimentos, os quais deverão ser formalizados por intermédio de Termo Aditivo (TA) contratual, bem como presciência de renúncia a prazos para correção de falhas e transgressões quando verificadas (...).”

relativos a atrasos e inexecuções de investimentos sejam aplicados de forma concentrada, pelo período de um ano, imediatamente após a identificação dessas inadimplências pela ANTT, ao invés de diluir o impacto da redução da tarifa ao longo de todos os anos restantes do contrato (...).

de caixa descontado considerado que assegure a Concessionária a Taxa Interna de Retorno não alavancada pactuada quando da assinatura deste Contrato de Concessão.

Fonte: tabela elaborada pela autora

Observa-se do quadro acima que há *i*) determinações que coincidem com o contrato de concessão, *ii*) determinações que parecem não coincidir com o contrato de concessão, e *iii*) determinações inovadoras com relação às previsões constantes do contrato.

O principal desdobramento do referido caso decorre da imposição, por parte do TCU, para que a ANTT proceda com imediata revisão extraordinária para redução da tarifa de pedágio em decorrência das inexecuções, de forma concentrada, pelo período de um ano, impondo-se, portanto, a aplicação indistinta do desconto de reequilíbrio, mesmo o contrato sendo claro em dispor que a forma de recomposição dependerá do evento ensejador do desequilíbrio, com a possibilidade de aplicação, para determinados casos, do fluxo de caixa descontado.

Destaca-se que no referido acórdão os desdobramentos não alcançaram apenas a Concessionária ECO 101, reconhecida como parte no processo, mas também as demais concessionárias que possuíam plano de negócios em seus contratos de concessão, sendo, o plano de negócios, uma característica própria dos contratos da segunda etapa do Procrofe.

Portanto, para as concessionárias que possuíam plano de negócio em seus contratos, o desdobramento foi inovador em relação à previsão contratual pré-existente entre Poder Concedente e Concessionária, impondo a aplicação do desconto de reequilíbrio, mesmo essa sendo uma regra que só passou a constar dos contratos de concessão rodoviária a partir da segunda fase da segunda etapa do programa de concessões rodoviárias federais.

A existência de determinações que não coincidem, integralmente ou parcialmente, com as regras pré-existentes indica que há, para o referido caso, quebra da segurança jurídica (ANTT, 2023).

- **Caso 2 – ano de 2019:**

Para o ano de 2019 foi selecionado o Acórdão nº 2.934/2019 – Plenário/TCU (BRASIL, 2019) que envolve o contrato de concessão da BR 060/153/262/DF/GO/MG, concedido à Concebra (ANTT, 2014).

Este caso trata a respeito de representação da Unidade Técnica do TCU, com o objetivo de apurar irregularidades nos atos da ANTT, que possibilitaram a inclusão de novas obras no contrato de concessão da BR 060/153/262/DF/GO/MG, com consequente aumento da tarifa básica de pedágio, mesmo diante de um suposto cenário de desempenho contratual inadequado.

Tabela 2 – Análise comparativa entre o Acórdão nº 2.934/2019 e o Contrato de Concessão da BR 060/153/262/DF/GO/MG:

<u>Item do acórdão do TCU:</u>	<u>revisão contratual:</u>	<u>Comparação entre a determinação do TCU e o contrato:</u>
<u>9.3.3. condicione a inclusão de novas obras no contrato de concessão da BR-060/153/262 DF/GO/MG à promoção do adequado reequilíbrio econômico-financeiro da avença</u> , observando a	21.2.13 alteração unilateral no PER e no Contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por inclusão e modificação de obras e serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro;	A determinação coincide com a previsão contratual, porém parece ter o potencial de engessar a negociação entre a ANTT e a Concessionária quanto à possibilidade de inclusão ou exclusão de obras e investimentos.

manutenção das condições efetivas da proposta (...).	22.7.1 Na hipótese de novos investimentos ou serviços solicitados pela ANTT e não previstos no Contrato, a ANTT poderá requerer à Concessionária	
	previamente ao processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a elaboração de projeto das obras e serviços nos termos de regulamentação específica.	
<u>9.3.4. abstenha-se de utilizar o fator "D", corrigido por coeficiente de ajuste temporal, para a exclusão de obras obrigatórias nos contratos de concessão da terceira etapa (...).</u>	Há previsão contratual para aplicação do Fator D para as inexecuções, sendo o contrato omissivo com relação à exclusão de obras.	Não aplicável (trata-se de questão interpretativa)
<u>9.3.5. abstenha-se de aprovar a inclusão de novos investimentos, de forma condicionada, nos contratos de concessão de rodovias federais,</u> promovendo a inclusão, tão-somente depois que todas as etapas necessárias para a tomada de decisão tenham sido cumpridas e todos os impactos financeiros tenham sido completamente valorados e negociados (...).	10.4.1. (...) (i) As obras condicionadas de cada um dos subtrechos do Sistema Rodoviário descritos no PER deverão estar concluídas até 12 (doze) meses contados da data em que for verificado que o VDMA - Equivalente móvel do respectivo subtrecho atingiu o volume de veículos indicado na tabela constante do PER.	A determinação extrapola a previsão contratual, pois o contrato contém a figura dos gatilhos de investimento como forma de incentivo ao melhor desempenho do contrato.
<u>9.3.6. abstenha-se de incluir novas "obras alternativas em trechos urbanos"</u> nos contratos de concessão da terceira etapa em que não se verifique, cumulativamente, os seguintes requisitos: motivação suficiente para a alteração contratual (...); a manutenção das condições efetivas da proposta na negociação (...); a capacidade da empresa de desempenho do serviço concedido e de assegurar a prestação de serviço adequado (...); e a	9.1.2. (iii) A Concessionária poderá optar pela realização das Obras Alternativas em Trechos Urbanos, nos termos do PER, hipótese em que a verba de desapropriação prevista para o respectivo trecho urbano ficará integralmente alocada à Concessionária, seja ela utilizada ou não.	A determinação extrapola a previsão contratual, além de ter o potencial de engessar a negociação entre a ANTT e a Concessionária quanto à realização obras alternativas em trechos urbanos.

compatibilidade da alteração com o procedimento licitatório inicial (...).

9.3.7. privilegie a contratação de seus próprios estudos de viabilidade quando necessite definir os investimentos que melhor atendem o interesse público em um contrato de concessão (...) diversamente do que preconiza a Portaria SUINF 256/2016;

6.10. A Concessionária deverá submeter no prazo de 4 (quatro) meses contados da data de assinatura do Contrato o projeto de todos os trechos da rodovia que serão objeto das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias, devendo conter, obrigatoriamente, os trechos que atendam as metas definidas no item 3.2.1 PER e os elementos previstos na cláusula 6.9, acima.

A determinação extrapola previsões do contrato, que possibilita a apresentação de projetos pela própria Concessionária, sendo contrária, ainda, à regulamentação desempenhada pela ANTT por meio da Portaria SUINF 256/2016

9.3.8.4. caso a concessionária, no prazo concedido em conformidade com o item b.9.3 acima, não corrija eventuais falhas e transgressões relativas à prestação dos serviços identificadas pela ANTT ou caso configurada a hipótese prevista no art. 38, § 1º, IV, da Lei 8.987/1995, instaure, de imediato, o processo administrativo previsto no art. 38, § 2º, assegurando o prévio contraditório e a ampla defesa da concessionária, para a eventual declaração de caducidade da concessão;

32.4 Não será instaurado processo administrativo de caducidade sem prévia notificação à Concessionária, sendo-lhe dado, em cada caso, prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento nos termos contratuais.

A determinação coincide com o contrato de concessão, funcionando como *enforcement* para a devida execução contratual.

Fonte: tabela elaborada pela autora

Observa-se que há i) determinações que coincidem com a previsão contratual, ii) determinação que não pôde ser avaliada, pelo fato de se tratar de questão interpretativa e iii) determinações que extrapolam previsões do contrato.

Os desdobramentos do referido caso indicam que o TCU acaba por engessar a atuação da ANTT, tornando basicamente inviável a negociação entre as partes, com base nas próprias cláusulas contratuais, para que haja melhoramento da rodovia diante da inclusão de novas obras alternativas em trechos urbanos, ou inclusão de novos investimentos de forma condicionada.

Os investimentos de forma condicionada ao fluxo da rodovia decorreram de um avanço regulatório, que se refere aos gatilhos de investimento, que visam justamente adequar a execução do contrato de infraestrutura rodoviária à realidade econômica de determinada região do país, por onde passa a rodovia a ser explorada. Entende-se, portanto, que houve quebra da segurança jurídica na relação contratual entre Poder Concedente e Concessionária.

Caso 3 – ano de 2020:

Para o ano de 2020 foi selecionado o Acórdão nº 2.605/2020 – Plenário/TCU (BRASIL, 2020), que envolve, nos itens em que constam as determinações, os contratos de concessão da BR 101/RJ (ANTT, 2008); BR 116/PR/SC (ANTT,

2008); BR 116/SP/PR (ANTT, 2008); BR 393/RJ (ANTT, 2008); BR 153/SP (ANTT, 2008); BR 116/324/BA (ANTT, 2009); BR 101/ES/BA (ANTT, 2013).

O processo em referência decorre de representação do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) em face da constatação de vícios nas concessões rodoviárias do Procofe, em especial pela observância de inexecuções contratuais e descumprimento do cronograma previsto no PER.

Em comparação entre as determinações do TCU e as previsões contratuais, observa-se que as exigências do TCU estão, inicialmente, de acordo com as previsões contratuais (razão pela qual não foi realizada tabela comparativa).

As determinações constantes do referido acórdão de fato consideram os prazos inicialmente previstos nos contratos de concessão para a execução das respectivas obras, porém deixam de considerar eventuais excludentes de responsabilidade para cada uma das concessionárias envolvidas.

Houve, portanto, uma generalização de tratamento para contratos que poderiam contar com desdobramentos distintos no âmbito regulatório, em especial por cada um deles possuir matriz de risco própria.

Ao tratar todos os casos como iguais, a determinação tem o potencial de gerar desdobramentos que extrapolam ou contrariam a relação contratual pré-estabelecida entre Poder Concedente e Concessionária, podendo, ainda, engessar a atuação da ANTT, na adoção de medidas não imediatas que garantam maior eficiência na retomada de investimentos.

Este caso evidencia que há, de fato, a substituição da atuação finalística da ANTT pelo TCU, que impõe determinações com efeitos concretos, desconsiderando que a Agência possui poderes e competências próprias para proceder com o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos mencionados.

Caso 4 - ano de 2021:

Para o ano de 2021 foi selecionado o Acórdão nº 2.685/2021, – Plenário/TCU (BRASIL, 2021), que envolve o contrato de Concessão da BR 116 SP/PR (ANTT, 2008), concedido à Autopista Regis Bittencourt.

Este caso trata de processo de auditoria que teve como escopo avaliar a atuação da ANTT e identificou como possivelmente irregular o ato de inclusão e exclusão de obras no âmbito do contrato de concessão da BR 116 SP/PR e, ainda, a compensação indevida de receitas diante de atraso nas obrigações imputáveis à concessionária, que deveriam ser cumpridas anteriormente à cobrança de pedágio.

Tabela 3 – Análise comparativa entre o Acórdão nº 2.685/2021 e o contrato de Concessão da BR 116 SP/PR:

<u>Item do acórdão do TCU</u>	<u>Previsão contratual</u>	<u>Comparação entre a determinação do TCU e o contrato</u>
9.1.1. no prazo de 180 dias, refaça os cálculos relativos ao ressarcimento à concessionária de receitas não auferidas em razão de atrasos no início da cobrança de pedágio ocasionados pela Administração, considerando apenas o prazo de 85 dias, bem como, na próxima revisão tarifária, expurgue o ressarcimento indevido decorrente da 1ª Revisão Extraordinária;	6.11.5 Na ocorrência de atraso de responsabilidade da Concessionária na conclusão ou execução dos encargos estabelecidos para os "Trabalhos Iniciais" ou na implantação de todas as Praças de Pedágio não caberá reequilíbrio econômico das perdas relativas à data prevista no cronograma do Contrato de Concessão e a data real de início de cobrança de Pedágio.	Não aplicável (trata-se de questão interpretativa)

Fonte: tabela elaborada pela autora

Neste caso não foi possível, apenas com base no acórdão proferido pelo TCU, chegar a uma conclusão se a determinação coincide ou não com os termos do contrato, porém, debruçando-se no que consta no voto do Ministro Relator, é possível identificar com mais precisão, os motivos pelos quais o TCU determinou a limitação do reequilíbrio ao prazo de apenas 85 (oitenta e cinco) dias.

Apesar da correta consideração de diversos pontos constantes na matriz de risco do contrato, o TCU não considerou o prazo que a Administração Pública utilizou para emissão da Declaração de Utilidade Pública (DUP), conforme se observa de trecho (TCU, 2021):

(...) Ademais, o prazo de 89 dias transcorrido após a entrega do levantamento até a publicação do documento, não foi desarrazoado ou fora do que se esperava para a concretização de um ato complexo.

As conclusões do TCU partem de uma interpretação distinta daquela conferida pela ANTT para fins de alocação dos riscos do contrato. O TCU considerou que mesmo diante da prática de todos os atos pela Concessionária para a emissão da Declaração de Utilidade Pública (DUP), o atraso não poderia ser imputado à Administração Pública, diante da interpretação de que a expedição do referido documento se deu em prazo razoável.

Contrapondo essa interpretação, é possível chegar à conclusão de que a determinação não coincide com o contrato, contrariando a relação jurídica pré-existente entre Poder Concedente e Concessionária, pois ainda que a DUP tenha sido expedida em prazo razoável, houve atraso imputável especificamente à Administração Pública, que poderia, com base no contrato, ser considerado em número de dias.

- **Caso 5 – ano de 2022:**

Para o ano de 2022 foi selecionado o Acórdão nº 457/2022, – Plenário/TCU (BRASIL, 2022) que envolve o contrato de Concessão da BR 163/MT (ANTT, 2014), concedido à Rota do Oeste.

O caso em questão decorre de representação de equipe de fiscalização do TCU, em face de possíveis irregularidades no início da cobrança de pedágio pela Concessionária da BR 163/MT anteriormente ao cumprimento de obrigações contratuais imputáveis à concessionária.

Tabela 4 – Análise comparativa entre o Acórdão nº 457/2022 e o contrato de Concessão da BR 163/MT:

<u>Item do acórdão do TCU</u>	<u>Previsão contratual</u>	<u>Comparação entre a determinação do TCU e o contrato</u>
9.5.1. promova, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta deliberação, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da BR-163/MT em razão da existência, previamente à assunção da BR-163/MT, de trecho com múltiplas faixas entre o km 94,9 e o km 96,7, configuração que foi aproveitada pela concessionária e que resultou na redução de seus encargos com a duplicação da referida rodovia;	22.1.1 Sempre que atendidas as condições do Contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.	A determinação extrapola a previsão contratual a respeito do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Fonte: tabela elaborada pela autora

Conforme interpretado pelo TCU, a existência de múltiplas faixas entre o km 94,9 e o km 96,7 é fato anterior à assunção da rodovia pela concessionária, sendo uma condição pré-existente, que parece se enquadrar na cláusula 22.1.1 do contrato de Concessão, havendo indicativo, portanto, de que a determinação do TCU extrapola a relação jurídica entre Poder Concedente e Concessionária e que houve quebra da segurança jurídica.

- **Caso 6 – ano de 2023:**

Para o ano de 2023 foi selecionado o Acórdão nº 752/2023, – Plenário/TCU (BRASIL, 2023) que envolve o contrato de Concessão da BR 040/DF/GO/MG (ANTT, 2014), concedido à VIA040.

Este caso trata a respeito de processo de acompanhamento, instaurado por iniciativa do próprio TCU, com o objetivo de avaliar a relicitação da BR040. No referido acórdão foi procedida avaliação quanto às condições para encerramento do contrato de concessão com a concessionária que administra a rodovia e, ainda, as condições para

realização de novo leilão para concessão do trecho rodoviário, sendo que a presente análise se restringirá aos temas que se relacionam ao contrato de concessão já existente.

Tabela 5 – Análise comparativa entre o Acórdão nº 752/2023 e o contrato de Concessão da BR 040/DF/GO/MG:

<u>Item do acórdão do TCU</u>	<u>Previsão contratual</u>	<u>Comparação entre a determinação do TCU e o contrato</u>
9.2.1. em relação às fases de Trabalhos Iniciais e de Recuperação previstas nos contratos, restrinja os montantes indenizáveis àqueles que comprovadamente tenham sido executados até o marco contratual correspondente e estejam aderentes às condições equitativas de mercado, particularmente em relação aos dispêndios associados à fase de "Recuperação" no item "Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança" que, até o momento (Produto 2C do Verificador Independente), estão sendo validados como indenizáveis sem que sejam observados os normativos vigentes (...);	32.7 Indenização. 32.7.1 A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados.	A determinação não coincide com o contrato de concessão, que prevê indenização mesmo para o caso de encerramento por meio da caducidade.

Fonte: tabela elaborada pela autora.

Observa-se que a determinação não coincide com o contrato de concessão, uma vez que o TCU limitou a indenização devida à concessionária aos investimentos que tenham sido executados até o marco contratual correspondente, sem que haja essa limitação no contrato de concessão, que prevê indenização mesmo para o caso de encerramento do contrato por meio da caducidade, sendo o critério para aferição da indenização a existência de investimentos não amortizados, independentemente do atraso, em especial pelo fato deste atraso, via de regra, já ter sido objeto de punição por meio da atuação fiscalizatória da ANTT e do REF do contrato realizados ao longo dos anos de execução. Este caso evidencia, portanto, um impacto econômico direto, que ultrapassa os efeitos negativos da insegurança jurídica, aumentando, por meio de atuação endógena do Estado, o risco do capital.

5. Discussões

A conclusão que se pode chegar, ao menos para os casos estudados, é de que o TCU pauta a sua atuação, constantemente, em métodos mais rigorosos aos adotados pela ANTT, priorizando um controle externo formal em detrimento de um controle externo material, que considere, efetivamente, os desdobramentos econômicos que determinada decisão pode impor a agentes privados que atuam como delegatários de serviços públicos.

Percebe-se, com exceção do caso 3, que o TCU adota ao menos uma determinação, para cada acórdão analisado, que não coincide ou extrapola as regras contratuais previamente estipuladas entre Poder Concedente e Concessionária, havendo, portanto, quebra da segurança jurídica e desalinhamento entre a atuação das múltiplas instituições envolvidas, com impactos que são certamente negativos ao desenvolvimento nacional.

Os riscos poderiam ser mitigados, caso fosse adotado um regime de estabilidade institucional, que se preocupasse, ao menos, em não impor efeitos retroativos a novas interpretações, pois esses efeitos acabam por impactar, de forma desproporcional, agentes que já possuem uma relação pré-estabelecida com o Poder Público.

Ainda que alguns dos casos estudados não tenham desdobramentos que ultrapassem, em um primeiro momento, a esfera de atuação da concessionária integrante do processo, o fato de haver a adoção constante (ao menos um caso por ano), pelo TCU, de decisões que quebram a segurança jurídica na relação contratual entre agentes privados e Poder Público também acarreta um efeito negativo, em termos de quebra da estabilidade institucional.

Apesar do amplo debate institucional e acadêmico acerca da importância da segurança jurídica para fins de desenvolvimento econômico, o Brasil continua em uma posição muito aquém da desejada, estando, como identificado pela CNI (2018) em última posição (14º lugar) do ranking dos países avaliados sob o ponto de vista da segurança jurídica.

Como bem pontuado no presente texto, os agentes privados, independentemente de se filiarem à teoria da firma ou à teoria dos stakeholders, tem como principal objetivo a obtenção de lucro no desempenho de suas atividades.

Desse modo, ainda que não restem dúvidas quanto ao risco econômico de se investir em um contrato de concessão de infraestrutura rodoviária, que possui período de duração de até 35 (trinta e cinco) anos e pode ser impactado por diversos fatores econômicos exógenos, entende-se que esses riscos não deveriam ser intensificados por uma atuação do próprio Estado.

Destaca-se que o modelo regulatório adotado nos contratos de concessão rodoviária, que é o da regulação por contratos, deveria importar, justamente, em um maior respeito às regras contratuais pré-estabelecidas entre Poder Concedente e Concessionária, já que nesse modelo de regulação a valoração dos benefícios e riscos do investimento se dá quando da realização de leilão e são essas as regras que devem balizar toda a relação contratual.

Faz-se necessária a reflexão se, de fato, a busca constante por punição do agente privado, mesmo diante de casos de atrasos nos investimentos ou inexecução contratual, está garantindo ou não eficiência econômica e ganho de bem-estar social.

Merece ser citado, a título de exemplo, a dificuldade que o Poder Público vem enfrentando na realização de novos leilões de trechos rodoviários. Como exemplo disso, tem-se a ocorrência de duas tentativas desertas de concessão da BR-381/MG. O tema foi abordado por Amora (2023), que identificou que a atuação do TCU, nas exigências para desestatização da BR 381, importou em aumento do risco para investidores privados, pois não admitiu o compartilhamento de riscos geológicos entre Poder Concedente e Concessionária, tornando pouco atrativa a aplicação de recursos, por agentes privados, no referido trecho rodoviário.

Desse modo, a existência de múltiplas instituições, que atuam de forma não coordenada, parece impactar não apenas a empresa privada que atua no setor, mas o próprio usuário do serviço público.

6. Conclusão

O presente estudo objetivou, por meio de revisão bibliográfica e da adoção do método qualitativo de estudos de casos avaliar se a atuação do TCU, ao impor determinações que impactam diretamente os contratos de concessão rodoviária, tende a gerar, do ponto de vista econômico das instituições e da segurança jurídica, incentivos ou desincentivos ao setor rodoviário nacional.

Para que fosse possível chegar a uma conclusão, o presente estudo partiu de referencial teórico acerca das características dos contratos de concessão rodoviária, das atribuições do Tribunal de Contas da União, da importância de se preservar um cenário de segurança jurídica para fins de desenvolvimento econômico e de análise acerca dos objetivos das empresas privadas, identificando-se que, independentemente da existência de múltiplos objetivos, a principal forma de atendê-los se dá por meio da obtenção de lucro.

Os fatores econômicos foram divididos em exógenos e endógenos, sendo feita a consideração de que o risco econômico por fatores endógenos é mitigado quando são respeitadas regras contratuais já estipuladas entre as partes, em especial para os contratos de concessão rodoviária, que derivam de um modelo de regulação por contratos.

Avaliou-se, então, acórdãos do TCU, constatando que houve, em ao menos uma das determinações (ou em seus desdobramentos) contrariedade à previsão do contrato previamente celebrado entre Poder Concedente e Concessionária.

A análise comparativa entre os acórdãos selecionados e os contratos de concessão rodoviária existentes e, ainda, a análise quanto aos desdobramentos destes casos, indicam que houve uma possível quebra da relação contratual e, portanto, o desatendimento à desejada estabilidade institucional e à segurança jurídica, o que possibilitou a conclusão, ainda que limitada aos casos estudados, de que a atuação do TCU tende a gerar, sob o ponto de vista econômico, desincentivos ao setor rodoviário nacional.

Referências

Amora, D. (2023, 24 de novembro). Com mudança no mercado e sem mitigar riscos, BR-381/MG tem nova tentativa de leilão deserta. Agência Infra. <https://www.agenciainfra.com/blog/com-mudanca-no-mercado-e-sem-mitigar-riscos-br-381-mg-tem-nova-tentativa-de-leilao-deserta/>

ANTT. (2023). Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/informacoes-gerais>

ANTT. (2023). Conheça as etapas de concessões rodoviárias. Disponível em http://anuario.antt.gov.br/index.php/content/view/4980/1__Etapa_de_Concessoes.html

ANTT. (2023). Relatório Anual Circunstanciado de Atividades 2022. Brasília. Fonte: <https://www.gov.br/antt/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/prestacao-de-contas-anuais/2022>

ANTT. (2008, 14 de fevereiro). Contrato de Concessão, Concessão da Exploração da Rodovia: BR-101/RJ Trecho Div. RJ/ES/Ponte Pte. Pres. Costa e Silva.

ANTT. (2008, 14 de fevereiro). Contrato de Concessão, Concessão da Exploração da Rodovia BR-116/PR/SC Trecho Curitiba - Divisa SC/RS.

ANTT. (2008, 14 de fevereiro). Contrato de Concessão, Concessão da Exploração da Rodovia: BR-116/SP/PR Trecho São Paulo - Curitiba.

ANTT. (2008, 26 de março). Contrato de Concessão, Concessão da Exploração da Rodovia: BR-393/RJ Trecho Div. MG/RJ - Entr. BR 116 (Dutra).

ANTT. (2008, 14 de fevereiro). Contrato de Concessão, Concessão da Exploração da Rodovia: BR-153/SP Trecho Div. MG/SP - Divisa SP/PR.

ANTT. (2013, 17 de abril). Contrato de Concessão, Rodovia Federal: BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 (acesso a Mucuri) - Divisa ES/RJ.

ANTT. (2014, 14 de março). Contrato de Concessão, Rodovia Federal: BR-163/MT: trecho de 850,9 km, sendo 822,8 km na BR-163/MT e 28,1 km na MT-407.

ANTT. (2014, 12 de março). Contrato de Concessão, Rodovia Federal: BR-040: trecho Brasília - DF - Juiz de Fora - MG.

ANTT. (2009, 9 de setembro). Contrato de Concessão, Rodovias Federais: BR 116/BA: trecho Feira de Santana Div. BA/MG; BR 324/BA: trecho Salvador - Feira de Santana; Rodovias Estaduais delegadas ao Governo Federal: BA 526: trecho Entr. BR 324 - Entr. BA 528; BA 528: trecho Entr. BA 526 - Acesso à B. N. de A.

ANTT. (2014, 31 de janeiro). Contrato de Concessão, Rodovia Federal: BR-060, BR-153 e BR-262-DF/GO/MG: trecho de 1.176,50 km das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262.

Boaventura, J. M. (2009). Teoria dos stakeholders e teoria da firma: um estudo sobre a hierarquização das funções-objetivo em empresas brasileiras. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios-RBGN*, 11(32), 289-307.

Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Brasil, TCU. (2018). Acórdão nº 1.447/2018. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 26/06/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1.447%20252F2018/%202520/DTRELEVANCIA%2020desc%252C%2520NUMACORDAOINT%202520desc/o>. Acesso em: 2023.

Brasil, TCU. (2019). Acórdão 2.934/2019. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 04/12/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2349195/NUMACORDAOINT%20asc/o. Acesso em: 2023.

Brasil, TCU. (2020). Acórdão nº 2.605/2020. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 30/09/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/2.605%202020/NUMACORDAOINT%20asc/o>

completo/2.605%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/o. Acesso em: 2023.

Brasil, TCU. (2021). Acórdão 2.685/2021. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 17/11/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/2.685%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/o>. Acesso em: 2023.

Brasil, TCU. (2022). Acórdão 457/2022. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 09/03/2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2414356/NUMACORDAOINT%20asc/o. Acesso em: 2023.

Brasil, TCU. (2023). Acórdão 752/2023. Plenário. Relator: Ministro Jorge Oliveira. Sessão de 19/04/2023. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2578119/NUMACORDAOINT%20asc/o. Acesso em: 2023.

BNDES. (2020). Perfis Setoriais Rodovias. BNDES Hubs Setoriais. Disponível em: <https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/setores/Rodovias>. Acesso em: 2024.

CNT. (2023, 29 de novembro). Pesquisa CNT de Rodovias 2023 reforça a importância de maior investimento na malha rodoviária. Confederação Nacional dos Transportes. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/pesquisa-cnt-de-rodovias-2023-refora-a-importancia-de-maior-investimento-na-malha-rodoviria>. Acesso em: 2024.

Cabral, F., Sarai, L., & Iwakura, C. (2021, 16 de dezembro). Tribunal de Contas da União e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal. Revista da CGU. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/450. Acesso em: 25 de setembro de 2022.

Camacho, F., & Rodrigues, B. (2014, junho). Regulação econômica de infraestrutura: como escolher o modelo mais adequado? Revista do BNDES, (41).

Campos Neto, C., Moreira, S., & Motta, L. (2018). Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: Evolução histórica e avanços regulatórios. Texto para Discussão No. 2378. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília.

Cavalcante, C. (2014). A economia institucional e as três dimensões das instituições. Revista de Economia Contemporânea, 18(3), 373-392.

CNI. (2018, março). Mapa Estratégico da Indústria 2018-2022. Portal da Indústria. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2018/3/mapa-estrategico-da-industria-2018-2022/>

Dias, M. T., Carmo, F., & Simões, F. (2017). O poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional. Meritum, 12(2), 212-233.

Marques Neto, F., & Palma, J. (2020). Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 120, 203-236.

Oliveira, I., & Lima, B. (2023). Agências reguladoras federais sob o controle de segunda ordem - Evolução da qualidade das deliberações do TCU nos setores de transportes aquaviário e terrestre. Revista do TCU, 1(150). Publicado em abril de 2023. Acesso em: 2023.

Pessali, H., & Dalto, F. (2010). A mesoeconomia do desenvolvimento econômico: o papel das instituições. Nova Economia, 20(1), 11-37.

Quintella, M., & Sucena, M. (2021). Controvérsias e utilização equivocada da Taxa Interna de Retorno (TIR) nas concessões e PPPs.

- Raud-Mattedi, C. (2005). A construção social do mercado em Durkheim e Weber: análise do papel das instituições na sociologia econômica clássica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 20(57), 127-142.
- Raupp, F., & Beuren, I. (2006). Metodologia da pesquisa aplicável às ciências. Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática. São Paulo: Atlas.
- Salgado, H., & Motta, R. (2008). Marcos regulatórios no Brasil: incentivos ao investimento e governança regulatória.
- Toledo, L., & Shiaishi, G. (2009). Estudo de caso em pesquisas exploratórias qualitativas: um ensaio para a proposta de protocolo do estudo de caso. *Revista da FAE*, 12(1).
- Trindade, O. (2007). O Mercosul no Direito Brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica. Editora del Rey.
- Vasconcelos, A., & Vasconcelos, R. (2023, 16 de novembro). Custo de Oportunidade, WACC, TIR, CAPM. O que são e para que servem? Agência Infra - Transportes.