



Gustavo Maia: TCU como regulador de segunda ordem

É tarefa das agências reguladoras dos setores de infraestrutura, além da função normativa, estruturar, implementar e fiscalizar as relações contratuais entre o Estado e a iniciativa privada destinadas a viabilizar empreendimentos públicos. A regulação administrativa, portanto, dá-se tanto através da produção de normas como por meio dos editais de licitação e contratos[1].

O TCU, além de controlar a gestão da infraestrutura quando realizada diretamente, por meio de autarquias comuns e/ou empresas públicas, tem exercido intensa fiscalização também sobre o modelo de intervenção indireta — contratos públicos de parceria regulados por agências.

No Acórdão 1.174/2018, de 23/5/2018, o Plenário do TCU, mediante instrução da SeinfraRodoviaAviação e sob a relatoria do ministro Bruno Dantas, analisou o primeiro estágio do acompanhamento da concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do Sul (RIS)[2], em conformidade com o rito da Instrução Normativa 46/2004.

De acordo com a sistemática prevista nas instruções normativas 27/98 e 46/2004, o primeiro estágio de acompanhamento é centrado na análise da viabilidade do empreendimento, tendo se tornado uma praxe também a análise das minutas de edital e do contrato de concessão.

A análise levada a efeito no caso em referência faz uma espécie de balanço acerca da experiência brasileira em concessões rodoviárias, a partir de um apanhado das recomendações e determinações que o TCU fez nas etapas anteriores e dos impactos que tiveram na evolução do modelo concessório.

Para endereçar os riscos identificados no projeto de concessão da RIS, a SeinfraRodoviaAviação propôs ao Plenário a adoção de 32 determinações e 1 recomendação, bem como que fosse proibida a realização da licitação enquanto a ANTT não implementasse todas as determinações.

Paralelamente, fez uma proposição extremamente radical, no sentido de que o tribunal impedisse a ANTT de celebrar qualquer concessão enquanto não se estruturasse de forma adequada e compatível com a função de fiscalizar os contratos.

Dessa última proposta da unidade técnica depreende-se a visão que o tribunal, ou pelo menos parte dele, tem do alcance das competências e do poder do TCU. A unidade técnica do tribunal encarregada da fiscalização das ações de infraestrutura dos setores rodoviário e aeroportuário entendeu que o órgão de controle externo poderia impedir o Poder Executivo de celebrar qualquer contrato de concessão rodoviária. A proposta, contudo, não foi acolhida pelo Plenário.

Em relação aos riscos apontados, o TCU tem entendido que um dos problemas centrais das concessões rodoviárias diz respeito ao elevado índice de inexecução contratual por parte das concessionárias[3], somado à circunstância de serem frequentemente incluídos novos investimentos nos contratos, que acarretam os reajustes das tarifas de pedágio, a despeito do inadimplemento de obrigações previstas originalmente[4].

Diante da previsão de que a inclusão de novas obras ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro por



meio da aplicação do “fluxo de caixa marginal”[5], os técnicos do TCU deixaram consignado que a metodologia preconizada pela ANTT conduz, invariavelmente, a um notável desequilíbrio da avença em desfavor dos usuários[6].

Interessante perceber, ainda, que a metodologia de fluxo de caixa marginal foi desenvolvida pela ANTT a partir de provocações do próprio TCU, que inclusive avaliou positivamente[7] a Resolução ANTT 3.651/2011, que disciplinou a sistemática. Assim, conforme observação de Maurício Portugal, pode-se dizer que o TCU foi partícipe da decisão que levou à utilização do fluxo de caixa marginal no caso da RIS[8].

A unidade técnica especula, assim, em torno da possibilidade de abrir-se a oportunidade para que obras e serviços, que sabidamente seriam necessários ao longo do contrato, sejam propositalmente omitidos do objeto da licitação e posteriormente incluídos por meio de aditivos. Argumenta que esse risco seria especialmente grave nos procedimentos para manifestação de interesse em que a empresa que elabora os estudos de viabilidade pode participar do certame.

De uma maneira geral, as fragilidades apontadas pela unidade técnica dizem respeito a aspectos relacionados com a flexibilidade contratual da concessão. A fiscalização, assim, é influenciada por uma visão que aproxima os contratos de concessão dos contratos de obras públicas. Além disso, não raras vezes a SeinfraRodovia propõe, com base em princípios jurídicos ou conceitos vagos e indeterminados, que sejam barradas ou alteradas as soluções contratuais construídas pela agência reguladora.

Antes da apreciação pelo Plenário, embora a ANTT tivesse, em um primeiro momento, rebatido os apontamentos feitos pela SeinfraRodovia, a agência passou a aceitar parte das proposições da unidade técnica[9] e apresentou uma série de medidas destinadas a endereçar os riscos apontados, tais como: i) vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos do contrato; ii) inclusão de novos investimentos restrita às revisões quinquenais; iii) instituição de estoque de obras, com vedação à inclusão de obras de melhorias por fluxo de caixa marginal (FCM) antes de seu término; iv) estabelecimento de limitações e condições para prorrogação do prazo contratual; dentre outras.

A agência não concordou, contudo, com a obrigação de estipular no contrato os objetos que não poderiam vir a ser incluídos ou excluídos posteriormente, tendo em vista a impossibilidade de se fazer essa previsão em relação a um contrato de longo prazo, de necessidades dinâmicas e mutáveis. Defendeu, assim, a flexibilidade e mutabilidade dos contratos de concessão, afastando destes o tratamento que se costuma conferir aos contratos administrativos comuns.

O Plenário, seguindo a posição do representante do MP, embora tenha concordado com a necessidade de aprimoramento das regras contratuais, deixou de acolher a proposta de estipulação dos objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos posteriormente, justamente por entender que uma regulamentação demasiadamente exaustiva poderia atribuir rigidez excessiva a um contrato de longo prazo.

O poder de influência do TCU na modelagem dos projetos de infraestrutura fica bastante evidente pela simples constatação de que a ANTT, diante do relatório da SeinfraRodoviaAviação, antes mesmo de qualquer deliberação do Plenário, acolheu 7 das 32 determinações propostas pela unidade técnica e sinalizou que outras 12 poderiam ser atendidas. Apesar da oposição apresentada pela agência e por



integrantes do governo, os órgãos responsáveis pelo projeto acabaram buscando convergir com o TCU em relação a várias questões, para viabilizar e acelerar a realização da concessão, e para evitar sanções pessoais, certamente.

No caso em análise, depois que a agência decidiu se alinhar a várias das posições da unidade técnica, o Plenário acabou manifestando certa deferência ao regulador em relação a alguns dos temas remanescentes, embora ainda tenham sido expedidas 23 determinações e quatro recomendações.

O que parece emergir da análise de casos como este é que o TCU acaba funcionando como uma espécie de revisor geral da administração pública, papel que não lhe foi reservado pelo Direito brasileiro^[10]. Basta ver que o tribunal faz uma análise microscópica de toda a modelagem e estrutura contratual da concessão e decide, ponto a ponto, se “aceita” ou não a opção do regulador. Mesmo quando diz manifestar deferência à posição do regulador, o que está, na prática, é ratificando a opção regulatória, por com ela concordar, ou pelo menos não possuir uma convicção formada em sentido contrário. Em vez de figurar como controlador de segunda ordem¹¹, acaba fazendo as vezes de regulador de segunda ordem.

**Este texto foi produzido no âmbito do Observatório do TCU, projeto de pesquisa do Grupo Público (FGV Direito SP e SBDP)*

[1] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

[2] Composto das rodovias BR-101/RS, BR-290/RS, BR-386/RS e BR-448/RS.

[3] O quadro de inexecuções das obrigações contratuais assumidas pelas concessionárias da 1ª e 2ª etapas de concessões, no tocante às obras de ampliação de capacidade e melhorias, foi apresentado nos votos condutores dos acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário, ambos de relatoria do ministro Augusto Nardes.

[4] Eis o argumento da Seinfra: “além de afrontar o dever de licitar e os princípios a que a Administração está submetida, notadamente a impessoalidade e a eficiência, o mecanismo favorece um comportamento oportunista dos concessionários, que não raro apresentam propostas agressivas nas licitações, deixam de executar as intervenções previstas originalmente no contrato de concessão, e alavancam seus ganhos por meio da inserção de novas obras nos contratos”.

[5] Resolução ANTT 3.651/2011.

[6] A unidade técnica argumenta que o fluxo de caixa marginal era apropriado apenas para a 1ª etapa de concessões, cujos contratos foram celebrados com taxas internas de retorno muito elevadas, de maneira que a modelagem resultava na inclusão de novos investimentos em condições desfavoráveis ao interesse público. Seria, assim, indevida a aplicação da metodologia aos contratos das 2ª e 3ª etapas, assim como à RIS.

[7] Vide Acórdão 2.759/2012 – Plenário, rel. min. José Múcio Monteiro.

[8] <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-unidade-tecnica-do-tcu-pretende-impedir-concessoes-de-rodovias>

[9] Nota Técnica 01/2018/COOUT/SEUINF, da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária/ANTT, exarada em 11/4/2018, no Processo 50500.352371/2017-68.

[10] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de



Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

[11] No voto condutor do Acórdão 1.703/2004, considerado um *leading case* do controle das agências pelo TCU, o ministro Benjamin Zymler demarcou a ideia de controle de segunda ordem, ao dizer que a fiscalização do tribunal deve ser sempre de "segunda ordem", sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, não devendo, assim, incidir sobre o jogo regulatório em si.

Date Created

27/11/2018