



AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL
Av. Borges de Medeiros, 659 - 14º andar - Bairro Centro - CEP 90020-023 - Porto Alegre - RS - www.agergs.rs.gov.br
CNPJ 01.962.045/0001-00

PROCURADORIA SETORIAL

INFORMAÇÃO CONJUNTA PSE/DRE N.º 1/2025

Processo: 001158-3900/23-8

Objeto: Análise das contribuições oriundas de consulta e audiência pública

RODOVIAS. RSC-287. REVISÃO TARIFÁRIA. Metodologia para a elaboração da revisão tarifária anual do Contrato de Concessão nº 20/2021. Acatamento de parte das sugestões contidas no documento SEI nº 0444068. Consolidação das alterações nas minutas de Resolução e Nota Técnica.

À Diretoria-Geral,
Senhor Diretor,

I - CONTEXTO E ANÁLISE COMPLEMENTAR

Por força do Encaminhamento nº 1.320-DG, o Expediente foi direcionado às Diretorias de Tarifas (atual DRE), de Qualidade dos Serviços (atual DTM) e Jurídica (atual PSE), fins de manifestação sobre as contribuições oriundas de Consulta e Audiência Pública realizada em 08/07/2024, cujo objeto era a análise da Minuta de Resolução e de Nota Técnica constante do documento SEI-AGERGS nº 0488809.

As contribuições recebidas constam dos documentos SEI nº 0444067 e 0444068, ambas da lavra da concessionária Rota de Santa Maria, sobre as quais a presente Informação Conjunta agora se debruça.

A condução do estudo foi confiada aos mesmos servidores que integraram o Grupo de Trabalho responsável pela metodologia de revisão tarifária da RSM, os quais já haviam procedido à avaliação minuciosa das contribuições da concessionária.

Como resultado, deliberou-se pelo acolhimento parcial das proposições, priorizando aquelas que, sem afrontar a coerência metodológica consolidada, conferem maior clareza à redação, detalham conceitos técnicos e fortalecem a previsibilidade dos procedimentos de cálculo tarifário aplicáveis.

Entre as alterações acolhidas, destacam-se ajustes a referências eventualmente equivocadas, melhorias de redação em cláusulas da Nota Técnica e inserções de definições essenciais, tais como o Desconto de Reequilíbrio, o Acréscimo de Reequilíbrio e o Fator D, instrumentos indispensáveis à adequada modulação da Tarifa Básica de Pedágio, garantindo maior transparência e segurança jurídica aos usuários e ao Poder Concedente.

Evoluímos, inclusive, no entendimento de que a aplicação do **Fator C** na metodologia de revisão tarifária das concessões rodoviárias justifica-se, técnica e juridicamente, como instrumento de modernização regulatória, de eficiência gerencial e de reforço à modicidade tarifária. Trata-se de mecanismo destinado a capturar variações supervenientes na receita efetiva da concessionária, bem como a promover a correta apuração da reversão de saldos não utilizados de rubricas específicas à tarifa de pedágio, corrigindo distorções que, de outra forma, poderiam desequilibrar a equação econômico-financeira do contrato em prejuízo do interesse público.

Sob o prisma técnico, a utilização do Fator C representa importante avanço na governança tarifária, na medida em que confere maior destaque ao impacto financeiro proveniente de diversos eventos subjacentes à operação e manutenção de rodovias concedidas. Ademais, trata-se de solução de notória eficácia já consagrada em experiências regulatórias nacionais, a exemplo do disposto no art. 107 da Resolução ANTT nº 6.032/2023, que disciplina revisões ordinárias em concessões federais de infraestrutura rodoviária.

Na perspectiva da eficiência regulatória, o Fator C inibe a ociosidade no uso de recursos, incentivando a concessionária a adotar práticas gerenciais mais rigorosas, pois eventuais sobras não empregadas na finalidade a que se destinam são revertidas em favor do usuário, refletindo diretamente na modulação da Tarifa Básica de Pedágio. Essa prática reforça o princípio da modicidade tarifária, promove a previsibilidade dos fluxos financeiros e reduz o risco de variações tarifárias abruptas, além de mitigar discussões judiciais sobre recomposições pontuais de receita.

Do ponto de vista jurídico, ainda que o contrato de concessão não contenha previsão expressa acerca do Fator C, a sua adoção encontra respaldo na competência normativa da AGERGS - nos termos dos artigos 174 e 175 da Constituição Federal, do art. 29 da Lei nº 8.987/95 e, em especial, na Lei 16.266/2024, que atribui à Agência a regulação dos serviços públicos delegados de titularidade do Estado, com a prerrogativa de normatizar, regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos concedidos, inclusive para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Nesses termos, a adoção do Fator C não implica inovação contratual em seu sentido estrito, uma vez que não amplia ou restringe obrigações essenciais assumidas pelas partes, mas apenas operacionaliza, de forma transparente, o equilíbrio da equação econômico-financeira, por meio de uma ferramenta de cálculo adicional. Trata-se de exercício legítimo do **princípio da reserva de regulamentação**, segundo o qual, na lacuna contratual, cabe à Administração Pública suprir a disciplina técnica necessária à fiel execução do contrato, respeitados os limites do edital e da proposta vencedora.

Ademais, a aplicação do Fator C harmoniza-se com os princípios da **boa-fé objetiva** e da **função social do contrato**, assegurando que ganhos premeditados ou perdas imprevisíveis possam ser devidamente corrigidos, em sintonia com a diretriz constitucional de prestação eficiente e contínua dos serviços públicos delegados.

Em síntese, evoluímos no sentido de que a utilização do Fator C na metodologia de revisão tarifária consagra uma regulação mais responsiva, transparente e compatível com o interesse público, preservando a essência do contrato e viabilizando ajustes dinâmicos sempre que sobrevierem alterações na realidade operacional, sem que isso configure qualquer alteração de objeto ou inovação contratual. Assim, a sua inclusão na Resolução é medida legítima, juridicamente sustentável e tecnicamente recomendável para assegurar o cumprimento dos princípios da modicidade, da eficiência e da segurança jurídica no âmbito das concessões rodoviárias sob regulação da Agência.

Em relação às contribuições que receberam nossa rejeição, julgamos que - conquanto pertinentes em tese - extrapolam o escopo metodológico delimitado pela Resolução, demandando alteração de dispositivos contratuais (a exemplo do IQD) ou abordam temas que já encontram tratamento satisfatório nos instrumentos vigentes.

Para fins de transparência, registro e controle, consolidou-se em documento *excel* (anexo) as sugestões acolhidas e as não acolhidas pelo Grupo de Trabalho.

Em tempo, Importa registrar que além da análise propriamente dita das contribuições apresentadas pela Rota de Santa Maria, o GT preocupou-se em examinar o Ofício RSM nº 184/2024-PC-ADM (doc. SEI nº 0444067) cujas posições de cada área técnica seguem abaixo, formatadas em separado.

Por derradeiro, registre-se que a despeito de o aludido Ofício ser forte em críticas ao trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho, as sugestões de alteração apresentadas pela RSM resumiram-se às constantes do documento SEI 0444068 analisadas, uma a uma, na planilha anexa a esta Informação técnica.

II - DOS ESCLARECIMENTOS TÉCNICOS

II.1 Esclarecimentos da Procuradoria Setorial - PSE

A Rota de Santa Maria afirma que a "Nota Técnica inova em conceitos e conclusões". Que apesar da "louvável iniciativa de construir uma normativa" não foram poucos "os casos em que agentes da própria AGERGS desrespeitaram dispositivos claros das Resoluções da Agência, com respaldo do Conselho Superior".

Que "houve falta de transparência no processo regulatório e administrativo de criação da Resolução"; que "somente as atas dos encontros do Grupo de Trabalho foram anexadas ao Expediente" e "não as versões anteriores da NT. Somente a versão definitiva".

Que por tal razão houve "inobservância à publicidade constitucionalmente assegurada", apesar de não se tratar de assunto que requeira sigilo. Que, em última análise, "não há cultura de respeito e boas práticas" na AGERGS.

Que não houve "Análise de Impacto Regulatório". Que o "exercício da função regulatória pressupõe a observância ao devido processo administrativo" e que "não se oportunizou manifestação qualificada aos agentes do setor (usuários e concessionária)". Que faltou "motivação" no que pertine "à análise e sopesamento dos interesses almejados com a alteração de metodologia, a identificação das razões que motivaram a sua construção, além do mapeamento dos impactos e consequências concretas sobre os diferentes agentes afetados pela medida".

Que o "não atendimento a tais critérios é causa de nulidade absoluta", o que parece ser "o destino da Minuta de Resolução proposta pela AGERGS", uma vez que ao "não estimar as consequências concretas da edição da normativa" a Agência "conduz processo de alteração normativa absolutamente viciado".

Que a "norma produz impactos sobre a esfera jurídica da concessionária" já que "inova em obrigações e cria desequilíbrio econômico-financeiro ao alterar conceitos relevantes de avaliação do IQD".

Que "ao criar uma Resolução que inova em relação ao contrato" a AGERGS "desrespeitou os Princípios do Devido Processo Legal, da Segurança Jurídica, da Confiança Legítima e da Boa-Fé" além de "procedimentos previstos no contrato de concessão e seus anexos, dos quais jamais poderia se descurar".

Vejamos.

A manifestação desta Setorial cingir-se-á às alegações de cunho essencialmente jurídico, além do aspecto procedimental (em cuja redação a antiga DJ esteve diretamente envolvida).

II.1.1 Sobre a alegação de inovação em conceitos e estipulações contratuais:

A Nota Técnica não inovou em conceitos ou conclusões. Seu objetivo foi esclarecer e padronizar os procedimentos de revisão tarifária ordinária, em consonância com os parâmetros já previstos no contrato de concessão e nas diretrizes ditas pelo Conselho Superior da AGERGS.

A uniformização do procedimento visa a transparência e consistência nas análises, buscando aprimoramento do fluxo e a eficiência dos processos tarifários, sem gerar discussões e questionamentos a cada ano. Muitos dos fluxos estabelecidos e das ressalvas quanto à necessidade de aditivo ao Contrato de Concessão vão ao encontro das aspirações da própria concessionária, conforme facilmente se extrai do estudo dos Expedientes Administrativos dos três primeiros anos da concessão.

II.1.2 Sobre a suposta falta de transparência e de anexação de versões anteriores à minuta final:

Todas as etapas de formulação da Resolução e Nota Técnica foram conduzidas em total respeito aos princípios de transparência e publicidade, com as atas das reuniões técnicas disponibilizadas no processo.

A ausência de eventuais versões anteriores da Nota Técnica não teria o condão de comprometer o processo, visto que a versão final e consolidada contém todos os elementos essenciais. Não houve a omissão de documentos-chave, tampouco a alteração de versões originárias. A construção da normativa redundou em um único documento, trazido à consulta e audiência públicas, o que reforça a abertura ao debate durante o processo normativo. A redação do texto foi o último passo, antecedido das discussões e questionamentos registrados nas atas.

II.1.3 Sobre a alegação de desrespeito aos princípios administrativos:

As críticas levantadas sobre falta de publicidade, objetividade, segurança jurídica, confiança jurídica, boa-fé e desrespeito ao devido processo legal não encontram suporte no processo. A Nota Técnica foi concebida dentro dos marcos da legalidade e das disposições contratuais, com rigor técnico atrelado à *expertise* de cada área.

Tanto a composição do GT quanto a metodologia de trabalho adotada tencionaram integrar as visões das três Diretorias envolvidas, em consonância com os parâmetros regulatórios vigentes. Além disso, buscou-se incorporar no procedimento revisional as aspirações da própria RSM, como a utilização do Fator C.

Quanto à ausência de objetividade, tem-se que o intuito da normativa foi justamente o de trazer clareza e transparência ao processo revisional, proporcionando previsibilidade às partes interessadas. Houve a adoção de critérios mensuráveis e compreensíveis.

Nessa esteira, o GT buscou garantir segurança jurídica ao desenvolver uma metodologia específica para as revisões tarifárias anuais da RSM, levando em conta tanto o estatuído no Contrato de Concessão, incluindo PER, quanto os critérios adotados nas revisões anteriores.

Relativamente à boa-fé, tem-se por observada na transparência das discussões realizadas e formalizadas no Expediente, bem como na abertura para a manifestação via consulta e audiência públicas. No tocante à alegação de falta de segurança e confiança jurídicas, não enxergamos a Nota Técnica como vaga ou incapaz de gerar previsibilidade suficiente para a concessionária.

II.1.4 Sobre a ausência de Análise de Impacto Regulatório (AIR):

A Análise de Impacto Regulatório é, de fato, processo obrigatório para a criação e/ou alteração de normas regulatórias, auxiliando na avaliação de possíveis efeitos e custo-benefício das regulamentações a serem editadas.

No entanto, o AIR pode ser dispensado em situações específicas.

A Lei Federal nº 13.848/2019 e o Decreto nº 10.411/2020 (que regulamentam o AIR) estabelecem critérios para a dispensa dessa análise, como no caso de normatizações de baixo impacto, como as de natureza administrativa ou procedimental, hipótese em apreço, cuja construção foi determinada por decisão superior (RED 701/2023).

De igual forma, o AIR é dispensável quando há urgência na regulamentação, *in casu* originariamente prevista para ser aplicada já na revisão do ano em curso.

Desse modo, não há que se falar em desrespeito à Lei nº 13.848/19, ademais quando há a possibilidade de ARR. Os atos normativos ou a alteração de atos normativos dispensados de AIR em virtude de urgência deliberada pelo Colegiado da Agência Reguladora poderão ser objeto de Avaliação de Resultado Regulatório – ARR, a depender da verificação dos efeitos observados em relação aos efeitos esperados.

II.1.5 Sobre a solicitação de alteração no procedimento estabelecido na Nota Técnica:

A concessionária reclama aumento dos prazos de manifestação previstos no tópico “Procedimentos” da NT. Sugere sejam alterados de 5 para 10 dias.

Muito embora a PSE não tenha motivos para se opor a tal pretensão, tanto a Diretoria de Regulação Econômica quanto a Diretoria de Transportes e Mobilidade enxergam dificuldade em dilatar tais prazos em razão do tempo para o recebimento dos dados (data da entrega dos RETOFFs) sem os quais o trabalho tanto da DTM quanto da DRE não poderá ser desenvolvido.

Relativamente à inserção de comandos de intimação em momentos relevantes do processo de revisão, somos totalmente favoráveis, apesar de já estar prevista na NT a comunicação à concessionária de todos os passos e andamentos do procedimento revisional, com previsão de prazos para manifestação.

O *nomen iuris* adotado, seja comunicação, direito de vista, notificação ou intimação não interfere na intenção de fundo, que era justamente o acompanhamento do processo de revisão pela concessionária, bem como a oportunidade de questionamentos e manifestações.

II.2 Esclarecimentos da Diretoria de Regulação Econômica – DRE

A Concessionária diz que “... não basta contar com uma norma que contenha comandos claros. É preciso, sobretudo, que os agentes e os operadores respeitem essa norma e que, em caso de desvios, que o Conselho “haja” (sic) para impor a sua observância. Lamentavelmente, não foram poucos os casos em que agentes da própria AGERGS desrespeitaram dispositivos claros das resoluções da própria agência reguladora e, de forma ainda mais surpreendente, na maior parte desses desvios, o Conselho emitiu decisões que chancelou tais condutas, em lugar de reprimi-las e sanar as nulidades delas decorrentes.”

Contudo, sustentamos que a Concessionária exhibe uma crítica genérica, sem apontar qualquer caso concreto. Desconhecemos a ocorrência de qualquer “desvio” ao cumprimento de regras pela área técnica e pelo Conselho Superior da AGERGS. O fato que realmente muitas vezes viemos assistindo é a divergência de interpretação entre a AGERGS e a Concessionária quanto ao funcionamento da regra; e quando há ausência desta, buscamos trazer nossa opinião para o conhecimento e a avaliação da Concessionária, como é o caso presente, mediante o encaminhamento da proposição em momento prévio à sua divulgação pública. Por fim, o Conselho Superior tem acompanhado a quase totalidade dos entendimentos emitidos pela área técnica e esta, por sua vez, jamais buscou descumprir, rever ou condicionar a aplicação das determinações oriundas de deliberações da sua instância superior.

A Concessionária argumenta que “... uma minuta de norma passou a ser criada e discutida pelos membros do grupo de trabalho, mas somente as atas de seus encontros foi inserida no processo SEI. Nunca o texto inicial ou revisões da minuta, nem seu conteúdo. (...) Desta forma, não se compreendem os motivos pelos quais essas minutas, sobre as quais se debruçaram os integrantes do grupo de trabalho durante os últimos 5 (cinco) meses, não serem demonstradas para a sociedade. Se não havia nessas minutas, nada que justificasse o sigilo, os arquivos deveriam constar no corpo do processo SEI e estarem disponíveis para consulta e acompanhamento do avanço das ações do grupo de trabalho.”

Entretanto, o Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria nº 18/2024, foi composto exclusivamente por três servidores efetivos da Agência, integrantes de diferentes Unidades Administrativas, por escolha da Diretoria-Geral. Seu objetivo era aprimorar a metodologia de cálculo voltada para a definição de premissas da revisão tarifária ordinária de 2024. As atas de reunião encontradas no expediente demonstram que não existia sequer um esboço de proposição minimamente estruturado. A elaboração da minuta de Resolução Decisória foi sendo elaborada gradativamente em linha com a evolução das ideias em debate no GT. Logo, as atas de reunião disponíveis no expediente administrativo refletem justamente o ritmo de construção deste processo, cujo resultado atravessou momentos de asserções, recuos e dúvidas.

Logo, pensamos que a publicação de anotações incompletas sobre o tema não propicia benefício qualquer ao público externo. Pelo contrário, esta sistemática promoveria instabilidade ao processo de trabalho criado, cujo espaço do contraditório seria largamente ocupado por questionamentos precipitados sobre uma proposta em construção e ainda carente de convicções plenamente sólidas. Assim, a conclusão da tarefa enfrentaria maiores dificuldades em termos de tempestividade, pois boa parte do seu tempo estaria dedicado a responder suposições sobre quesitos ausentes, embrionários e até inconsistentes. Fazendo uso de uma alegoria, não há como agradar o convidado, enquanto o jantar não estiver pronto.

Volta a Concessionária a alegar que “Em momento algum, ao que se extrai- a menos que haja mais algum documento mantido intencionalmente fora do Processo SEI- seus integrantes se dedicaram a realizar uma análise de impacto regulatório quanto aos impactos da referida norma. (...) O descumprimento destes deveres não é de pouca valia, fala-se aqui de pressupostos de validade de qualquer ato de regulação que provoque algum tipo de impacto relevante sobre a esfera jurídica dos agentes regulados. Não os atender é causa de nulidade absoluta do ato emanado pelo órgão regulador recalcitrante. (...) A norma, conforme se demonstrará em itens mais à frente, produz impactos sobre a esfera jurídica da Concessionária e, caso não revisada para sanar os apontamentos aqui formulados, inovará em obrigações e criará desequilíbrio econômico-financeiro ao alterar conceitos relevantes de avaliação do IQD, de avaliação e atendimento dos parâmetros e de aplicação dos fatores A, D e E. Trata-se do típico ato de regulação que deveria ser antecedido de estudos e análises de impacto regulatório, com a estimativa das consequências concretas de sua edição. E uma vez que não o feito no momento próprio, deve a nulidade ser sanada antes de retomada a marcha. (...) A AGERGS não apresentou as alternativas avaliadas e tampouco apresentou considerações sobre os impactos que a presente minuta enseja para o setor. (...) Assim, parece-nos de rigor recomendar que, após o recebimento das contribuições nessa consulta pública, a Agência dedique o tempo necessário para realizar uma análise de impacto regulatório da norma que pretende editar e sopesar seus efeitos no Contrato de Concessão”.

Porém, por meio da Resolução Decisória nº 701/2023, o Conselho Superior da AGERGS determinou a elaboração de proposta de metodologia que discipline o processo revisional ordinário do Contrato SELT nº 20/2021 à área técnica competente. A elaboração de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) acarretaria, ao menos, dois desdobramentos possíveis: em caso da aprovação da sua validade, a conclusão da tarefa designada sofreria um adiamento em relação ao prazo inicialmente previsto pelo Conselho Superior; e, em caso da AIR indicar a rejeição da instituição desta nova norma, a área técnica apelaria pelo descumprimento de um ato regulatório previamente emitido. Ora, se a elaboração de uma AIR fosse entendida como obrigatória, a respectiva Resolução teria aberto a possibilidade da dúvida quanto à necessidade da tarefa, mediante a previsão expressa de tal instituto, fato que não ocorreu. Pelo contrário, a instância deliberativa da Agência considerou ser conveniente a aprovação de tal norma,

dadas as reiteradas e exaustivas manifestações de insatisfação da Concessionária quanto aos critérios de cálculo sustentados pela Agência durante os dois primeiros anos de Concessão. Por sua vez, convém esclarecer que a proposição do GT veio a acolher reivindicação da Concessionária quanto à inclusão do Fator C no Contrato e jamais buscou lhe impor novas obrigações, exceto àquelas associadas com o estabelecimento de rotinas de validação dos valores do IQD e dos Fatores A, D e E. Logo, resulta estranho imaginar que a transparência proposta nos procedimentos de cálculo possa ocasionar uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro alegado pela Concessionária.

Por fim, segundo a Concessionária, "A resolução, já em seus objetivos iniciais, limita-se aos fluxos de revisão ordinária. Isso deixa outros três tipos de revisão, também sob os cuidados da AGERGS, sem qualquer regramento. (...) A contribuição é que não esperemos ter percalços nas demais revisões para também pretender regulamentá-las, aproveitando já a oportunidade e disciplinando também as demais revisões existentes no Contrato 20/2021, que são (i) a revisão extraordinária da cláusula 8.1.5, (ii) a revisão extraordinária da cláusula 16.6 e (iii) revisão quinquenal da cláusula 16.5. (...) Sugeriu-se também a fixação de um prazo prescricional para a revisão de atos. O item 4.2.2 da nota técnica indicava que poderia ser objeto de revisão do Fator C "Quaisquer um dos eventos acima listados ocorridos em anos anteriores, cujo impacto não tenha sido revertido para a Tarifa de Pedágio". (...) Com isso, sugerimos a fixação de um prazo prescricional de 5 (cinco) anos, em linha com o prazo prescricional estabelecido no Acórdão nº 971/2023...."

Ora, a Concessionária não teria observado o fato de que a motivação desta Resolução Normativa tem origem no art. 3º da Resolução Decisória nº 701/2023, o qual determina metodologia dirigida especificamente à revisão tarifária anual? Quanto às demais espécies de revisão tarifária previstas no Contrato, é correto afirmar que não há nada estabelecido quanto à quinquenal. Porém, não é razoável considerar que a mesma situação se aplica às revisões extraordinárias: o próprio Contrato de Concessão reserva a cláusula 20.2 para estabelecer vários procedimentos processuais referentes ao pleito de recomposição do equilíbrio da Concessionária. Isso não significa que não se possa avançar na fixação de regras adicionais, mas está longe de perceber o caso das revisões extraordinárias como equiparado às revisões tarifárias quinquenal e ordinária.

Por sua vez, consideramos louvável a sua sugestão de fixar um prazo prescricional para a revisão do cálculo pretérito do Fator C, de maneira a se evitar incertezas e instabilidades quanto aos valores definidos para a tarifa de pedágio ao longo do tempo."

II.3 Considerações da Diretoria de Transporte e Mobilidade

II.3.1 Argumento da Concessionária:

"6. A Resolução ultrapassa os limites de mera regulamentação ou disciplina e pretende inovar em relação ao Contrato de Concessão:

1. Um nítido exemplo foi a tentativa de introduzir um artigo que determina o desconto no IQD ainda que o apontamento do termo de notificação tenha sido sanado dentro do prazo contratual."

A necessidade de regulamentar a atividade não pode servir de oportunidade para inovar em relação ao previsto no Contrato. Desta forma, as tentativas de firmar o equivocado conceito de penalização (ou desconto, chame-se como quiser) quando sanado um ID dentro do prazo contratual não pode ter espaço nesse procedimento. Também pretendeu cancelar a fiscalização indireta. Não é algo que se faça por meio de resolução, já que introduz novas obrigações e consequências ao contrato.

A despeito disso, a Minuta de Resolução ora apresentada desconsidera em alguns pontos o escopo de atuação desta Agência. Conforme se depreende de suas disposições, a Resolução avança sobre a fiscalização e avaliação de temas afeitos (i) ao desconto e penalização no IQD prevendo além do que o que já constava no Contrato;...

Considerações da DTM

Este tema tem sido debatido em todos os reajustes tarifários da RSM e em todos eles, prevaleceu a tese defendida pela área técnica. Preliminarmente, o IQD não se enquadra na categoria de uma penalidade como mostrado a seguir

No Estudo de Viabilidade Técnica Econômico-Financeira e Ambiental (EVTEA), o IQD e o Fator D são tratados como um ressarcimento ao usuário pela prestação deficiente do serviço e não caracteriza penalidade aplicada à concessionária. Não sendo uma penalidade, basta a constatação do descumprimento da meta do indicador pela fiscalização via relatórios encaminhados ou Termo de Notificação para que fique caracterizado o descumprimento. O atendimento das não conformidades verificadas pela fiscalização dentro dos prazos estipulados no PER após notificação da Concessionária, apenas exime a concessionária de receber as sanções previstas em contrato.

Essa linha de raciocínio tem por base o art. 25 da Lei Federal nº 8987/1995 em que está expresso que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade."

Por não se tratar de penalidade e sim ressarcimento ao usuário, a obrigação da concessionária é permanentemente manter a qualidade da prestação do serviço nos padrões e prazos definidos no PER, a fim de evitar de que o usuário sofra um prejuízo. Vincular a atribuição de nota 0 em um indicador de desempenho, somente se não forem sanadas as não conformidades dentro do prazo de 24 h ou 72 h da notificação pela fiscalização é uma forma de atenuar a responsabilidade da concessionária, o que é vedado pela lei, conforme demonstrado acima.

O Voto do cons. Alexandre Porse (0444085) no Pedido de Reconsideração da concessionária RSM S.A. no SEI n.º 000397-39.00/23-7 esclarece a questão em termos da economia da regulação.

"Não obstante, convém acrescentar que o entendimento exposto pela Diretoria Jurídica não deve prosperar ao considerarmos o papel do IQD no Contrato de Concessão sob a ótica do funcionamento de mecanismos de incentivos associados à teoria econômica dos contratos, notadamente no contexto de problemas de risco moral que envolvem a relação entre agente (Concessionária) e principal (Poder Concedente). A finalidade do IQD é induzir a eficiência da prestação de serviços pela Concessionária por meio de um conjunto de indicadores sistematicamente monitorado, aferido e incorporado na estrutura tarifária. Por sua vez, o risco moral está relacionado à assimetria de informação entre as partes, posto que a Concessionária detém informação mais completa do que o Poder Concedente quanto a qualidade dos serviços prestados, como também quanto o seu esforço (a priori não observável pelo principal) empreendido para alcançar este fim.

A hipótese de conferir Nota 1 para o caso de correção de inconformidades verificadas quanto ao atendimento dos indicadores de desempenho, quando tais correções são efetuadas pela Concessionária dentro dos prazos previstos em Termos de Notificação, vai de encontro ao princípio de indução à eficiência inerente ao IQD. Isso porque se estaria removendo o incentivo para que a Concessionária atue de forma sistemática e preventiva de modo a garantir a plena qualidade da prestação dos serviços, dado que esta poderia apenas atuar de forma reativa somente quando notificada sobre eventual inconformidade. Em outras palavras, se estaria subvertendo a lógica do incentivo à eficiência subjacente ao IQD e, no limite, possibilitando a inaplicabilidade no componente 0,1 IQDt que consta da estrutura tarifária de pedágio. Essa eventual subversão torna-se ainda temerária ao considerarmos que os indicadores de segurança compõem parcela majoritária do IQD, ou seja, 49%.

Nesse sentido, corroboro a manifestação exarada pela Diretoria de Qualidade, particularmente na Informação Nº 278/2023-DQ, à qual me reporto e acolho. Frise-se que tal acolhimento incorpora o entendimento de que as notas atribuídas aos indicadores que compõem o IQD são de natureza binária (notas 1 ou 0), compreensão compartilhada pelas Diretorias de Qualidade e Jurídica, não havendo previsibilidade contratual para estabelecer gradação na sua aferição".

A tese e a decisão do CS são reforçadas pela obrigação da concessionária de manter veículos de inspeção de tráfego cuja escala deverá ser definida para que todos os pontos da Rodovia sejam visitados com regularidade pelas equipes de inspeção, com tempo máximo de percurso de 240 minutos (**4 horas**) para passar no mesmo ponto da Rodovia, se pista simples, e no mesmo ponto e sentido, se pista dupla, em condições normais de operação. Na BSO provisória: tempo máximo de percurso de 90 minutos para passar no mesmo ponto da Rodovia, conforme item 3.4.5. Sistema de Inspeção de Tráfego do PER. Este sistema deve ter equipe e uma frota de veículos de

inspeção de tráfego, tipo utilitário, para percorrer diuturnamente toda a extensão da Rodovia, **com o objetivo de detectar quaisquer tipos de ocorrências, tanto na pista quanto na faixa de domínio, efetuando o registro** de problemas e o **eventual acionamento de recursos adicionais de apoio** e de sinalização em situações de emergência, para a orientação do tráfego.

A alternativa ao método proposto é manter uma equipe da agência permanente nos trechos concedidos, a fim de percorrer diariamente a rodovia para verificar se as obrigações estão sendo cumpridas. No mínimo, uma equipe para fiscalizar a operação dos veículos de inspeção de tráfego e os registros realizados e as providências adotadas. Isso contraria a lei de criação da AGERGS que afirma que a fiscalização deve ser amostral.

Art. 4º - Compete ainda à AGERGS:

... XI - fiscalizar a qualidade dos serviços, por meio de indicadores e procedimentos amostrais;

Nos casos fortuitos e de força maior, tal qual o incidente com a placa de sinalização utilizado com exemplo pela RSM, a concessionária tem que apresentar justificativa (tipo registro da equipe de inspeção de tráfego ou imagens captadas pela câmera) em manifestação ao RF e aos TNs encaminhados pela fiscalização.

II.3.2 Argumento da Concessionária:

"2. Existem na norma proposta incongruências materiais com o Contrato de Concessão e seus anexos, seja inovando em previsões não ali existentes, seja criando obrigações. São exemplos: a NBR 9.452:2019, citada no item 2.3 da Nota Técnica, assim como os itens 4.1., 4.1.1.2., 4.1.2.1., 4.1.4. e 4.2.2.6."

Considerações da DTM

A alegação de que existem na norma inovações em previsões e criação de obrigações não se sustenta como demonstrado na sequência.

13.3. A fiscalização dos níveis de serviço, dos PARÂMETROS DE DESEMPENHO e do cumprimento das obrigações regulatórias do CONTRATO será feita pela AGERGS, que poderá contratar serviços de apoio à fiscalização e à gestão do CONTRATO, bem como firmar convênios e termos de cooperação técnica com esta finalidade.

Estabelece o PER no item 3.1.3. Obras-de-arte Especiais:

Escopo dos Trabalhos Iniciais

Serviços referentes às obras-de-arte especiais, envolvendo todas as pontes, viadutos, passagens inferiores e superiores, além das passarelas de pedestres integrantes da Rodovia.

...

12. Execução de obras e serviços de acordo com a boa técnica e obedecer às normas vigentes e aos manuais do DAER e da ABNT.

Também consta no item 4.2 Relatórios de Monitoração do PER, a obrigação da concessionária encaminhar à AGERGS e Poder Concedente anualmente, dentre outros, os 4.2.3. Relatórios de Monitoração de Obras-de-Arte Especiais cujos procedimentos de inspeção e intervenção deverão respeitar as Normas do DNIT 010/2004 PRO e as normas, parâmetros e manuais do DAER.

No Ofício RSM nº 342/2023-PC. ENG. (0408645), a concessionária Rota de Santa Maria S.A. encaminha o referido relatório no anexo (040646) – SEI 000257-39.00/22-8 no qual são citados como normas de referência:

		Código: OBRAS-DE-ARTE ESPECIAIS	Revisão: 03
		Emissão: 11/10/2023	Folha: 2/284
Contrato: Nº 020/2021	Rodovia: RSC-287	Responsável Técnico, CREA e Firma Projetista: Douglas F. de Lemos, 103.171, Finger&Sommer	
Trecho: Entr. BR5-386(B) (Tabaí) – Entr. ER5-509 (Camobi)		Concessionária: Rota de Santa Maria	
Objeto: Relatório de Monitoração – Obras-de-arte Especiais km 28+030 ao km 232+340			
Documentos de referência Projetos originais existentes, disponibilizados pelo DAER/RS; Norma DNIT-010/2004-PRO – Inspeção em pontes e viadutos de concreto armado e protendido – Procedimento; Norma ABNT NBR 9452:2019 - Inspeção de pontes, viadutos e passarelas de concreto – Procedimento;			
Documentos resultantes			
Observação:			
3	11/10/2023	Finger & Sommer	Rota de Santa Maria
2	03/10/2023	Finger & Sommer	Rota de Santa Maria
1	23/09/2023	Finger & Sommer	Rota de Santa Maria
0	12/09/2023	Finger & Sommer	Rota de Santa Maria
Revisão	Data	Firma Projetista	Concessionária

Na página 7 do referido relatório está expressamente escrito: "Esta vistoria foi realizada à luz da norma DNIT-010/2004-PRO, de 20/01/2004 – Inspeção em Pontes e Viadutos de Concreto Armado e Protendido –

Procedimento, a Norma NBR-9452 - Inspeções de Pontes e Viadutos de Concreto e abrangeu exames visuais de todas as Obras de Arte Especiais do referido trecho".

Ressalte-se que a norma NBR/ABNT – 9452, está também explicitamente citada no corpo da norma DNIT 010/2004 – PRO.

"2 Referências normativas e bibliográficas

Os documentos relacionados neste item serviram de subsídios à elaboração desta Norma e contém disposições que, ao serem citados no texto, se tornam parte integrante desta Norma. As edições apresentadas são as que estavam em vigor na data desta publicação, recomendando-se que sempre sejam consideradas as edições mais recentes, se houver.

2.1 Referências normativas

...

i) _____. NBR 9452: vistorias de pontes e viadutos de concreto: procedimento. Rio de Janeiro, 1986".

Efetivamente a norma atualmente em vigor é a NBR/ABNT 9.452:2023 e a referência será corrigida no texto da Nota Técnica.

II.3.3 Argumento da Concessionária:

"3. A Minuta de Resolução incorreu em graves irregularidades também por desconsiderar o arranjo de competências instituído pela Lei Estadual nº 14.875/2016 e pelo Decreto n.º 53.490/2017 para a fiscalização das concessões rodoviárias estaduais."

Viola ainda as competências trazidas pelo próprio Contrato de Concessão, ao que citamos a Cláusula 19.3.15., que estabelece que apenas o Poder Concedente poderá alterar unilateralmente o PER e/ou o Contrato de Concessão para incluir e modificar obras e serviços, sendo que para estes casos a Concessionária terá direito ao respectivo reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos da já mencionada Cláusula 20.1.1.1.

A despeito disso, a Minuta de Resolução ora apresentada desconsidera em alguns pontos o escopo de atuação desta Agência. Conforme se depreende de suas disposições, a Resolução avança sobre a fiscalização e avaliação de temas afeitos (i) ao desconto e penalização no IQD prevendo além do que o que já constava no Contrato; (ii) à aplicação dos Fatores A, D e E, prevendo também aqui além do que o que já constava no Contrato; (iii) às regras aplicáveis aos serviços e parâmetros – todos estes, temas de competência reservada pela legislação ao Poder Concedente.

Considerações da DTM

Está absolutamente equivocada a manifestação da concessionária. Primeiro por considerar o IQD uma penalidade, segundo por desconsiderar o inciso X da art. 75 do Decreto n.º 53.490/2017 sobre as competências da AGERGS.

Art. 75. A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS exercerá a regulação das concessões de que trata este Decreto, competindo-lhe, observada a competência do Poder Concedente:

X - apurar e aplicar eventuais descontos ou acréscimos de reequilíbrio nas revisões periódicas e extraordinárias;

II.3.4 Argumento da Concessionária

"4. 07. Da Disciplina Contratual para a Aplicação dos Fatores A, D e E":

De início, denota-se que a resolução pretende disciplinar a aplicação dos fatores A, D e E, e como acima destacado no item 6, trata-se de invasão de competência do Poder Concedente.

Pelo exposto, resta evidenciado que a minuta pretende regram matéria de competência do Poder Concedente, bem como incorreu em confusão quanto aos ritos e fluxos, devendo os artigos que tratam sobre os fatores serem revistos e adequados em linha ao acima exposto.

Existem na norma proposta incongruências materiais com o Contrato de Concessão e seus anexos, seja inovando em previsões não ali existentes, seja criando obrigações. São exemplos: a NBR 9.452:2019, citada no item 2.3 da Nota Técnica, assim como os itens 4.1., 4.1.1.2., 4.1.2.1., 4.1.4. e 4.2.2.6

Considerações da DTM

Também desprovida de qualquer razão a manifestação da RSM S.A., pois choca-se frontalmente e em alta velocidade com o disposto no Anexo 5 do Contrato nº 20/2021 – SELT.

2.3 A avaliação de desempenho prevista neste ANEXO é a verificação objetiva, promovida pela AGERGS, para medir o desempenho da CONCESSÃO com base nos indicadores estabelecidos nas TABELAS I, II e III a seguir, com vistas à manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados pela CONCESSIONÁRIA e a sua remuneração, em função da execução das obras e serviços definidos nas Obrigações de Recuperação e Manutenção, nas Obrigações de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço e Obrigações de Serviços Operacionais de acordo com os Escopos, Parâmetros Técnicos e Parâmetros de Desempenho, tal como previstos no PER.

2.4 A avaliação de desempenho será realizada em periodicidade anual e terá por objetivo identificar a inexecução das obras e serviços definidos nas Obrigações de Recuperação e Manutenção, nas Obrigações de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço e Obrigações de Serviços Operacionais, de acordo com os Parâmetros Técnicos e os Parâmetros de Desempenho. Essa identificação será feita por meio da constatação do não cumprimento de cada uma das referidas atividades no SISTEMA RODOVIÁRIO e para cada ano do prazo da CONCESSÃO, observando-se que:

2.4.1 as obras e serviços definidas nas Obrigações de Recuperação e Manutenção, nas Obrigações de Ampliação de Capacidade e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço e Obrigações de Serviços Operacionais deverão ser realizadas de acordo com os Parâmetros Técnicos e os prazos estabelecidos no PER;

2.4.2 caso se verifique o não atendimento parcial dos Escopos, Parâmetros de Desempenho ou Parâmetros Técnicos, ou seu atendimento em desconformidade com as especificações estabelecidas no CONTRATO e no PER, a respectiva atividade será considerada não cumprida;

2.4.3 não cumprimento de cada atividade será atestado e documentado pela AGERGS.

II.3.5 Argumento da Concessionária:

"08. Necessidade de Adequações e Revisões para Respeito ao Princípio da Proporcionalidade:"

A norma proposta por esta r. Agência não atendeu a um pressuposto normativo fundamental: o dever de proporcionalidade.

... é o momento ideal de incorporar a necessária proporcionalidade e razoabilidade ao processo de avaliação do IQD, como tem-se bradado ao longo dos últimos três anos. Não pode ser considerado desatendido um parâmetro por um item pontual estar fora enquanto centenas ou milhares de outros estejam atendendo. Seria um desincentivo ao atendimento. Seria o mesmo que dizer que na hipótese de qualquer ocorrência – por exemplo, no caso de uma batida de um veículo em 1 (uma) única placa – a Concessionária já terá descumprido o Indicador de Desempenho previsto no Anexo 7 para aquele mês, o que simplesmente não corresponde às disposições do Contrato, do seu Anexo 7 e do PER, como visto acima. Neste exemplo, o fato de uma placa ter sido danificada por um ato terceiro (a colisão de um veículo) não deve servir de gatilho para penalizar a Concessionária com desconto no IQD, mas sim, deve ser avaliado o prazo de resposta da Concessionária a este evento terceiro, que por sua vez tem previsão contratual, no caso, 72 horas para a adequada reposição - isso sim e responsabilidade da Concessionária, e por este parâmetro deve ter seu IQD avaliado. E fere a desproporcionalidade: 1 placa danificada penaliza o índice no mês tal qual se todas as mais de 4000 (quatro mil) placas do sistema rodoviário estivessem igualmente danificadas. As notas devem ir de 0,0 até 1,0, e a avaliação deve traduzir proporcionalidade e coerência com o total de elementos e a atuação feita no período, não impondo a

penalização máximo em casos de constatação de um item que seja mínimo, comparado com o sistema rodoviário, diferentemente do que ocorre atualmente, onde a AGERGS, ao avaliar o IQD, atribui nota 0 ou 1. Nada além disso. E isso fere a razoabilidade e proporcionalidade.

A Minuta de Resolução da AGERGS perde uma relevante oportunidade ao não introduzir a proporcionalidade nessa avaliação, algo que confiamos precisa urgentemente ser revisto.

Desta forma, em linha ao acima exposto, reforçamos a necessidade e a oportunidade de que a proporcionalidade e a razoabilidade sem prestigiadas e incorporadas tanto na resolução quanto no processo de avaliação do IQD pela AGERGS.

Considerações da DTM

Refutamos veementemente todas essas alegações, conforme temos demonstrado no presente texto.

Novamente destaca-se a visão incoerente e equivocada da concessionária. Incoerente, pois em praticamente todas as 28 páginas de sua manifestação há menção que a minuta de Resolução contém descumprimentos a dispositivos legais, regulamentares e contratuais, propõe inovações não contidas no contrato e avanços em áreas cuja competência é do Poder Concedente. Mas o que faz a concessionária? Na página 21, propõe uma ilegalidade ao querer introduzir um dispositivo inexistente no contrato que é a graduação entre a nota 0 e a nota 1.

E equivocada, pois por definição expressa contida no Anexo 7, as notas 0 e 1 exaurem todas as possibilidades de avaliação do Indicador, não restando qualquer margem para uma graduação intermediária entre 0 e 1:

Os indicadores serão classificados conforme detalhado nas notas a seguir:

■ Nota 1: Somente será atribuída para refletir o integral cumprimento, pela Concessionária, de determinado INDICADOR DE DESEMPENHO. Será também atribuída a Nota 1 aos indicadores cujo prazo de atendimento no PER ainda não tenha sido atingido.

■ Nota 0: Será atribuída no caso de descumprimento, cumprimento parcial ou inconformidades no cumprimento do INDICADOR DE DESEMPENHO, que tenham sido verificadas no âmbito das atividades fiscalizadoras relacionadas ao período considerado.

A via legal para a inovação pretendida pela concessionária é por Termo Aditivo ao Contrato de Concessão. Esta equipe não é contrária em rever esse dispositivo e aprimorar a forma de avaliação do IQD desde que seja tratado em comum acordo entre Poder Concedente, Concessionária e AGERGS e devidamente firmado entre as partes.

III - DA CONCLUSÃO

Diante do analisado, sugerimos que o processo seja reencaminhado ao Conselho Superior, aos cuidados do Conselheiro Relator.

É a informação.



Documento assinado eletronicamente por **Lisiane Dworzecki Soares, Coordenadora da Assessoria da Procuradoria Setorial - OAB/RS 35.638**, em 04/07/2025, às 15:44, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



Documento assinado eletronicamente por **Sérgio Alexandre Ramos González, Especialista em Regulação**, em 04/07/2025, às 16:26, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Pereira da Silva, Diretor de Saneamento e Irrigação**, em 04/07/2025, às 16:26, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.agergs.rs.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **0507527** e o código CRC **11698448**.