

## VOTO

Examino os embargos de declaração opostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres ao Acórdão 1.461/2018-TCU-Plenário, por meio do qual esta Corte atendeu integralmente Solicitação do Congresso Nacional em que o Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, coordenador de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, solicitou a realização de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para examinar a conformidade do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, a cargo da Concessionária ECO101, especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos.

2. Por intermédio do acórdão ora recorrido, este Tribunal encaminhou ao Congresso Nacional as falhas e irregularidades identificadas no âmbito da fiscalização realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação (SeinfraRodovias), bem como encaminhou determinações à ANTT expressas no relatório que antecede este voto.

3. Preliminarmente, esclareço que os presentes embargos devem ser conhecidos, visto estarem presentes os requisitos para sua admissibilidade, em conformidade com os arts. 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443/1992.

4. No mérito, os embargos não devem ser acolhidos, visto que os argumentos trazidos pela recorrente não confirmam o suposto erro material nem as supostas contradições e obscuridades na deliberação anterior. Visam, em verdade, à rediscussão de mérito nos termos que explicito a seguir.

5. Não merecem prosperar as alegações de erro material em razão de o Tribunal ter determinado nos subitens 9.3.8 e 9.3.11 que a ANTT promovesse o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em revisão extraordinária, uma vez que, segundo aquela agência reguladora, o TCU somente tem adotado correções em revisões extraordinárias nos casos excepcionalmente previstos na Resolução ANTT 675/2004.

6. Essa afirmação da ANTT não é correta. Pelo contrário. No âmbito da auditoria que avaliou a atuação daquela agência reguladora no contrato de concessão para exploração das Rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR, no trecho entre Florianópolis e Curitiba (TC-005.534/2011-9), esta Corte, por intermédio do Acórdão 3.346/2012-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, emitiu determinação expressa para que fosse realizada nova revisão extraordinária naquele contrato, **in verbis**:

(...)

9.1.6. providencie nova revisão extraordinária para alteração da tarifa básica de pedágio, com vistas a:

9.1.6.1. expurgar o acréscimo indevido decorrente da aprovação da 1ª Revisão Extraordinária, ressarcindo a concessionária pela perda de arrecadação apenas no período entre 08/02/2009 e 08/06/2009, idêntico para todas as praças de pedágio (Item 9.1.2.1 da oitava);

9.1.6.2. corrigir o cômputo, em duplicidade, dos custos referentes aos serviços executados nas vias marginais, ocorrido quando da realização da 2ª Revisão Extraordinária (Item 9.1.2.2 da oitava);

(...) (Grifo nosso)

7. Transcrevo também trecho do voto condutor do Acórdão 2.927/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues a respeito do tema:

Toda a vasta documentação e argumentos juntados pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias tampouco logram infirmar as razões sustentadas pela Sefid. São absolutamente improcedentes as afirmações de inexistência de previsão legal ou de quebra de contrato, uma vez que a revisão extraordinária dos contratos, para assegurar-lhes o reequilíbrio econômico-financeiro, guarda amparo tanto na legislação, como nos princípios de direito administrativo. (Grifo nosso)

8. Além disso, neste caso concreto, pode-se considerar como “ocorrência superveniente que resulte, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária” a identificação pelo TCU de

irregularidades no contrato de concessão sob análise. Dessa forma, a determinação desta Corte para promover o reequilíbrio econômico-financeiro mediante revisão extraordinária está de acordo com o art. 2º-A da Resolução ANTT 675/2004.

9. Destaco também o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público na determinação ora contestada pela ANTT. Afinal, quanto mais tempo aquela agência reguladora demorar em reajustar a tarifa de pedágio, com a espera da próxima revisão ordinária, maior o período em que os usuários da rodovia estarão pagando tarifas de pedágio acima das que realmente deveriam pagar, ou seja, sem os descontos referentes às inexecuções contratuais da concessionária.

10. Da mesma forma, improcedente a arguição de contradição entre a determinação constante do subitem 9.3.8, de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mantendo-se a Taxa Interna de Retorno (TIR) pactuada, e a fundamentação no voto em não substituir a TIR não alavancada pela TIR alavancada.

11. A Taxa Interna de Retorno pactuada é aquela assumida pela concessionária no leilão e especificada segundo as condições do edital de licitação, e é calculada de acordo com as receitas e despesas previstas ao longo do contrato de concessão. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que deve ser mantido ao longo de sua vigência, deve ser considerado nos processos de revisão tarifária de modo a assegurar à concessionária a Taxa Interna de Retorno pactuada quando da assinatura do ajuste. Por esse motivo, esta Corte emanou a determinação no sentido de que seja mantida a TIR pactuada, ora contestada pela ANTT.

12. Essa Taxa Interna de Retorno pactuada, que deve ser mantida ao longo de toda a execução contratual e deve ser considerada para as revisões tarifárias, pode ser calculada de maneira que leve em consideração os financiamentos obtidos pela concessionária (TIR alavancada) ou somente o fluxo de caixa operacional – receitas e despesas da concessão (TIR não alavancada).

13. A unidade técnica levantou o questionamento de que deveria ser utilizada a TIR alavancada para as revisões tarifárias e que a utilização da TIR não alavancada poderia ser uma das causas de inexecução contratual. Contudo, o Min. Walton Alencar, em seu voto revisor, além de ter detalhado a diferença entre essas duas possíveis formas de cálculo, concluiu que deve ser utilizada a TIR não alavancada nas revisões tarifárias, conforme trechos abaixo transcritos, com os quais o pleno deste Tribunal concordou integralmente.

Via de regra, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária é estabelecido a partir da taxa interna de retorno (TIR) aplicada à despesas e receitas previstas no fluxo de caixa operacional, também conhecida como TIR não-alavancada, a qual não abrange os financiamentos, amortizações e juros. Esse parâmetro também foi adotado para o reequilíbrio do contrato de concessão da BR 101/BA/ES, na exata dicção do item 20.4.2, alínea “iii”, do instrumento de ajuste. A TIR não-alavancada exprime o retorno do empreendimento e as condições de autofinanciamento dos encargos, tendo por base o resultado do fluxo de caixa da concessionária em razão da exploração da rodovia.

De forma sucinta e simples, o fluxo de caixa operacional corresponde a uma planilha em que são indicados os investimentos e custos da concessionária, de acordo com o seu plano de negócios. Nesse fluxo de caixa, também estão contempladas as receitas da concessão capazes de remunerar os encargos assumidos pela concessionária para exploração da rodovia, as quais são calculadas a partir de tarifa básica de pedágio (TBP) para um tráfego projetado durante todo o período de vigência do contrato. Essa remuneração é calculada com base em taxa interna de retorno não-alavancada ou operacional, pois não alberga, em sua equação, financiamentos de terceiros. As saídas e entradas de caixa são oriundas exclusivamente da exploração do empreendimento, o que inclui as receitas alternativas. No caso da rodovia BR-101/BA/ES, a TIR não-alavancada é de 10,47% ao ano.

Já o modelo que leva em conta os efeitos do financiamento é denominado fluxo de caixa de financiamento. As entradas de recursos são obtidas através de operações de crédito - empréstimos junto a instituições financeiras ou emissão de debêntures - e as saídas referem-se ao pagamento do principal e dos serviços da dívida. Combinado o fluxo de caixa operacional com o fluxo de caixa de financiamento, resulta o fluxo de caixa do acionista ou fluxo de caixa alavancado. A taxa que

igual a as entradas e saídas desse fluxo de caixa é a TIR alavancada ou TIR do acionista. Normalmente, a TIR alavancada é consideravelmente superior à TIR não-alavancada devido aos próprios efeitos da alavancagem financeira – aumento dos lucros devido à contratação de operações de crédito.

(...)

Apesar de reconhecer esses efeitos, ao contrário do que sustenta a Unidade Técnica, entendo que a utilização da TIR não-alavancada nas revisões tarifárias não é causa de atraso ou de inexecução de investimentos previstos no plano de negócio anexo ao contrato de concessão. Também não compartilho da posição do nobre Relator de que a adoção da taxa interna de retorno não-alavancada, a despeito expressamente estar prevista no contrato, seja capaz de promover o desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

A possibilidade de utilização da taxa interna de retorno alavancada nas revisões tarifárias das concessões rodoviárias já foi objeto de análise deste Tribunal quando da prolação do Acórdão 988/2004-TCU-Plenário. Conquanto o colegiado não tenha propriamente firmado entendimento sobre o tema, foram ponderados alguns riscos e contingências que poderiam advir da adoção da TIR alavancada.

(...)

Portanto, a elevação dos ganhos da empresa concessionária à custa de postergação de obrigações contratuais não deriva da não-utilização da TIR alavancada nas revisões tarifárias. O desbalanceamento entre encargos e remuneração da contratada deriva, isto sim, de postura leniente da agência reguladora em não promover firme e eficiente regulação dos serviços delegados (...) (Grifos nossos)

14. Ante as razões expostas, não deve prosperar a alegação da ANTT de contradição entre a determinação constante do subitem 9.3.8, de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mantendo-se a Taxa Interna de Retorno (TIR) pactuada, e a fundamentação no voto em não substituir a TIR não alavancada pela TIR alavancada.

15. Infundada também a alegada contradição na determinação constante do subitem 9.3.9 em estabelecer que os descontos relativos a atrasos e inexecuções sejam aplicados de forma concentrada, pelo período de 1 ano, uma vez que, segundo a ANTT, tal determinação violaria o mecanismo de fluxo de caixa.

16. Além de querer rediscutir o mérito desta SCN, o que não é cabível em sede de embargos de declaração, esse mesmo questionamento foi trazido, tanto pela concessionária quanto pela ANTT, e devidamente tratado no voto revisor do Min. Walton Alencar Rodrigues (peça 140), **in verbis**:

Outro fator que tem contribuído para o desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de concessão em desfavor dos usuários reside na forma pela qual a ANTT realiza os descontos tarifários para compensar os atrasos e as inexecuções de investimentos previstos no plano de negócios anexo ao ajuste.

Consoante apurado pela Unidade Técnica, ao promover o adiamento de obras e serviços não-realizados, a ANTT desloca os investimentos no fluxo de caixa da concessão e promove descontos tarifários compensatórios, cujos efeitos são diluídos pelo restante do prazo de vigência do contrato de concessão. Na prática, a demora e a inexecução de investimentos em desacordo com os termos estabelecidos no cronograma de investimentos anexo à avença têm pouca ou irrelevante repercussão nas reduções tarifárias oriundas das revisões contratuais. As receitas da concessionária pouco modificam, mantendo-se praticamente inalteradas.

Tais reduções píffias da tarifa básica de pedágio constituem, em realidade, prêmio ou estímulo para que a concessionária continue a não adimplir as obrigações estabelecidas no PER e no cronograma de investimentos. No limite, a protelação dessas obrigações pode dar ensejo ao nefasto mecanismo do “jogo de planilha” em que a contratada, após auferir ganhos robustos oriundos de cobrança de tarifas oneradas por investimentos não-realizados, relega as intervenções mais onerosas a segundo plano, a ponto de torná-las inexequíveis em razão do exíguo prazo residual da concessão.

Dessa forma, vultuosos investimentos são diferidos por anos sem reflexos significativos na receita da concessionária. Em outras palavras, investimentos que deveriam ser bancados majoritariamente pelo ingresso de recursos de agentes financiadores ou parceiros privados são, na verdade, custeados

por tarifas pagas pelos usuários, sem qualquer contrapartida na qualidade dos serviços públicos delegados.

Ainda mais grave é o fato de que, ao perquirir o fundamento jurídico utilizado pela ANTT para diluir os efeitos da redução tarifária decorrente de atraso e inexecução investimentos pelo restante do período de vigência da concessão, a Unidade Técnica verificou que não existe qualquer respaldo no contrato, em norma legal ou em ato normativo da agência reguladora.

Trata-se, simplesmente, de praxe adotada pela autarquia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, utilizada não somente nas revisões tarifárias da concessão da BR 101/ES/BA, mas também em revisões de todas as concessões rodoviárias federais vigentes, o que tem contribuído para o comportamento indesejável das concessionárias em atrasar ou não realizar os investimentos previstos no plano de negócios e no plano de exploração da rodovia. Não é à toa que as concessões rodoviárias da 1ª e 2ª etapas apresentaram elevados índices de inexecução de obras e serviços durante o período de 2009 a 2015, conforme quadro comparativo trazido à lume pela Unidade Técnica e reproduzido pelo Relator.

Outro efeito deletério destacado pela Unidade Técnica, também resultante da sistemática adotada pela agência reguladora de diluir, pelo período de vigência restante da concessão, o impacto das reduções tarifárias oriundas de atrasos ou inexecuções de investimentos, é a majoração de ganhos indevidos por parte da concessionária que dificilmente seriam auferidos se a contratada adimplisse suas obrigações em tempo e modo estabelecidos na avença. Esse reflexo é traduzido pelo aumento da taxa interna de retorno alavancada da concessão, aquela taxa que incorpora os financiamentos por ventura contratados pela concessionária.

No entender da unidade instrutiva, o aumento desproporcional do retorno da concessionária em razão da forma pela qual a ANTT realiza as recomposições tarifárias por atraso ou inexecução de investimentos acaba por desvirtuar ou tornar inócua a própria taxa interna de retorno não-alavancada (a que não considera os financiamentos obtidos), a qual é utilizada pelo instrumento contratual justamente para restabelecer o balanço entre os encargos e remuneração oriundos dos serviços delegados. (Grifos no original)

17. Também visa rediscutir o mérito da decisão embargada o questionamento da ANTT de que houve obscuridade na determinação constante do subitem 9.3.9, visto que, segundo aquela agência reguladora, a jurisprudência desta Corte seria no sentido de que o *“TCU não poderia determinar o conteúdo de normas regulatórias abstratas, sem com isso violar a competência exclusiva das Agências reguladoras”*.

18. Destaco que a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de: Os embargos de declaração não se constituem em figura recursal adequada à rediscussão do mérito de questões anteriormente examinadas, devendo o responsável inconformado valer-se do recurso adequado para provocar a reapreciação da matéria. (v.g. Acórdãos 2.249/2017-1ª Câmara e 2.818/2015-2ª Câmara)

A apreciação de embargos declaratórios no TCU observa os seguintes critérios: i) não se prestam para rediscussão do mérito nem para reavaliação dos fundamentos que conduziram à prolação do acórdão recorrido; ii) a contradição deve estar contida dentro dos termos do inteiro teor da deliberação atacada; iii) não há omissão quando a matéria é analisada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e integra as razões de decidir da deliberação; iv) o julgador não está obrigado a apreciar todos e cada um dos argumentos desfiados pela parte, sendo suficiente que se atenha àqueles bastantes à formação de sua convicção acerca da matéria; v) eventual erro de julgamento deve ser corrigido por outra via recursal própria. (v.g. Acórdãos 117/2018-2ª Câmara, 10.919/2016-2ª Câmara e 294/2016-Plenário)

19. Além disso, neste caso concreto, o TCU não está adentrando a competência exclusiva da ANTT. Afinal, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que:

É possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência, uma vez que é dever do Tribunal verificar se as agências estão a cumprir adequadamente

seus objetivos institucionais, entre os quais o de fiscalizar e regular as atividades sob sua esfera de competência (Acórdão 1.704/2018-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, constante da “Jurisprudência Seleccionada”).

20. Não deve prosperar também a alegação de obscuridade na determinação constante do subitem 9.3.11, visto que, segundo a ANTT, esta Corte não esclareceu quais seriam os elementos que indicariam a não execução de uma obra no prazo previsto.

21. Apesar desse questionamento parecer meramente protelatório, tratarei brevemente do assunto.

22. A própria agência reguladora deve ter preparo técnico e conhecimento dos detalhes da execução contratual para identificar quais são os “*elementos que indicariam a não execução de uma obra no prazo previsto*”. Não compete ao TCU indicar quais seriam tais elementos.

23. A título de exemplo, na hipótese de constar do Plano de Negócios da concessão uma obra que, normalmente, leva 2 anos para ser concluída. Se faltarem 6 meses para o término do prazo previsto no Plano de Negócios para a conclusão dessa obra e ela não tiver sequer sido iniciada, entendo que há “*elementos suficientes*” para indicar que essa obra não será concluída no prazo previsto.

24. No que se refere ao pedido da ANTT de que seja atribuído efeito suspensivo a estes declaratórios, informo que não seria necessária tal solicitação, uma vez que, no âmbito do TCU, os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição dos demais recursos, por expressa determinação do art. 34, § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287, § 3º, do Regimento Interno do TCU.

25. Por fim, cabe destacar que consta dos autos pedido de reexame da ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. (peça 157) em face do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, de maneira que após o julgamento destes embargos e dos devidos trâmites processuais, deve ser realizado sorteio de novo relator para a análise da referida peça recursal.

Ante as razões expostas, VOTO no sentido de que o Tribunal conheça dos presentes declaratórios para, no mérito, rejeitá-los, na linha do acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de setembro de 2018.

Minsitro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Relator