

Proc. TC 010.482/2016-4

Solicitação do Congresso Nacional

Pedido de Reexame

Parecer

Trata-se de Pedidos de Reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (peças 168 a 170, 177, 179) e pela empresa ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. (peças 157 e 180) contra o Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário (peça 139).

2. Os recursos foram analisados pela Serur em duas oportunidades (peças 204 e 215). Sua segunda manifestação decorreu de pedido do Ministro Relator Raimundo Carreiro, que em Despacho de 7/11/2019 (peça 210) determinou o reexame dos autos à luz dos novos elementos apresentados pelos recorrentes (peças 209 e 213), com retorno do processo ao seu gabinete via Ministério Público de Contas.

3. O presente parecer visa, portanto, atender ao requerido a este *Parquet* pelo Relator nesta fase recursal.

4. De início, convém lembrar que o processo em tela cuida, originalmente, de Solicitação do Congresso Nacional (SCN), autuado a partir de requerimento formulado pelo então Presidente de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, Exmo. Senhor Deputado Marcus Vicente, com o objetivo de examinar a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos praticados pela ANTT na regulação do contrato de concessão da BR-101/ES/BA.

5. Basicamente, a questão que norteou a solicitação parlamentar foi a ocorrência de atrasos e inexecuções de investimentos ajustados sem a devida compensação pela concessionária mediante redução tarifária, e sem que houvesse a pronta atuação da ANTT para promover o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro contratual.

6. Para melhor contextualização dos autos, reproduzimos parte do histórico descrito pela Serur na primeira instrução elaborada para fins de análise dos pedidos de reexame (peça 204, p. 4-5):

5. A concessão da BR-101/ES/BA integra a fase II da 3ª etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais. A extensão do trecho rodoviário concedido é de 475,9 quilômetros, dos quais 17,5 quilômetros estão localizados no estado da Bahia e 458,4 quilômetros no estado do Espírito Santo (peça 140, p 2).

(...)

7. Após o regular procedimento licitatório, o objeto da concessão foi outorgado à sociedade de propósito específico ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., com a qual a Agência Nacional de Transportes Terrestres celebrou contrato em 10 de maio de 2013, com vigência de 25 anos, prorrogável por igual período (peça 140, p 2).

8. O pedágio começou a ser cobrado dos usuários em 18 de maio de 2014. No dia 18 de maio de 2018, foi realizada a 5ª Revisão Ordinária da tarifa básica de pedágio. Na mesma oportunidade, passou a vigorar o novo valor da tarifa básica de pedágio, a qual foi reduzida de R\$ 0,03831 para R\$ 0,03555, conforme a 5ª Revisão Extraordinária, aprovada pela ANTT por meio da Resolução nº 5.638, de 10 de janeiro de 2018 (peça 140, p 2).

9. Para a exploração dos serviços de infraestrutura da BR 101/ES/BA, foram previstos investimentos da ordem de R\$ 1,4 bilhão, referidos a janeiro de 2009, aplicados ao longo dos 25 anos de vigência do contrato, de acordo com o Programa de Exploração Rodoviária (PER) e o cronograma de investimentos ou plano de negócios anexos ao contrato de concessão. Desse montante, R\$ 866,1 milhões correspondem a ampliações de capacidade da rodovia e R\$ 533,9 milhões, a manutenção, recuperação e implantação de sistemas (peça 140, p 2).

(...)

11. Ao comparar a previsão e a execução das obras, a Unidade Técnica concluiu por duas irregularidades centrais, descritas nos itens “a” e “b”, seguintes (peça 140, p 3):

a) inexecução de obras de caráter obrigatório, em desacordo com o art. 31 da Lei 8.987/1995 e o item 8.3.1 do contrato de concessão;

b) desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em desfavor dos usuários da rodovia, em razão de revisões tarifárias insuficientes para compensar os atrasos e as inexecuções de investimentos por parte da concessionária, em afronta ao disposto no art. 9º, § 4º, 23, parágrafo único da Lei 8.987/1995 e ao item 8.2.1 do ajuste contratual.

7. O TCU deliberou sobre o processo no âmbito do Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário, que adotou entendimento expresso em voto revisor apresentado pelo nobre Ministro Walton Alencar, o qual é objeto dos recursos ora em exame.

8. Admitidos os pedidos de reexame (peça 178), foi dado efeito suspensivo aos itens 9.3, 9.3.1, 9.3.3, 9.3.8, 9.3.9, 9.3.10 e 9.3.11 da decisão recorrida, abaixo transcritos:

9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, que:

9.3.1. no prazo de 60 dias, promova a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos equivocadamente incluídos sem possuírem projetos executivos e orçamentos analíticos – relativos às obras de retificação de traçado inseridos na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, mencionados no item 9.5.6 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – em respeito ao art. 3º da Resolução-ANTT 3.651/2011, ao § 1º do art. 6º da Lei 8.987/1995 e ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

(...)

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, em respeito ao Cláusula 1.2.4 do contrato de concessão e ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

(...)

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 revisão extraordinária, a redução da tarifa de pedágio, de forma concentrada e pelo período de um ano, em decorrência de investimentos não-executados até o 5º ano de concessão, inclusive de forma parcial (entre os quais se encontram obras de duplicação, o contorno de Iconha, obras de retificação de traçado, bem com os investimentos relativos aos Postos de Fiscalização da ANTT e ao sistema de Call Boxes), com vistas a manter a TIR pactuada, passando a adotar essa sistemática nas próximas revisões tarifárias, em respeito à Cláusula 20.4.2.iii do contrato, e em observância ao cronograma físico-financeiro do contrato, atendendo ao disposto no inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

9.3.9. no prazo de 180 dias, 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 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, em respeito ao princípio da eficiência da Administração Pública e à manutenção das condições efetivas da proposta, previstos no art. 37, caput, e inciso XXI da Constituição Federal, e à preservação do interesse público, conforme art. 20, inciso II, “b”, da Lei 10.233/01 e art. 2º da Lei 9.784/1999;

9.3.10. no prazo de 90 dias, institua mecanismo de aferição de atraso e inexecução de investimentos por parte da concessionária a fim de que a inadimplência da contratada seja refletida na revisão tarifária imediatamente seguinte à respectiva identificação, de tal forma que os dados de não-realização de obras e serviços sejam os mais realísticos possíveis, podendo-se, ainda, utilizar dos acompanhamentos periódicos realizados pela agência, e/ou de outros mecanismos que descrevam a real situação da execução dos investimentos, com vistas a evitar o pagamento de tarifas além do efetivamente devido, observado o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, bem como os princípios da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro, estabelecidos nos arts. 6º, §1º, e 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995;

9.3.11. no prazo de 60 dias, no âmbito do contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA, faça o levantamento dos investimentos para os quais haja elementos que indiquem a não-execução no prazo previsto, seja por retardamentos no licenciamento ambiental ou qualquer outra dificuldade técnica, ajustando o cronograma financeiro a partir de previsões factíveis para as datas de realização das obras, e levando a termo na revisão extraordinária mencionada no item anterior, em observância ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

9. As principais questões levantadas em sede recursal contra o Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário podem ser assim resumidas: i) ingerência indevida do Tribunal para tratar matéria de natureza regulatória, com usurpação das competências da ANTT; ii) descumprimento contratual como fato ensejador da aplicação de medidas não previstas contratualmente, com impactos na segurança jurídica e no ato jurídico perfeito; e, iii) determinações expedidas que se constituiriam em indevida interpretação jurídica dos termos ajustados entre a Agência e a ECO 101.

10. Especificamente quanto ao recurso da Agência, que se restringe aos itens 9.3.8 e 9.3.9 da deliberação recorrida, há farta argumentação em desfavor da orientação prevista nesses dispositivos para reequilibrar o contrato de concessão.

11. Em memorial acostado aos autos enquanto o processo encontrava-se em análise por este *Parquet* (peça 219) – documento que, portanto, ficou de fora da análise realizada pela Serur –, a Agência, em nova oportunidade, enfatiza sua linha de defesa nessa direção. Outrossim, chama a atenção para a formulação de dois projetos de portaria, cujas minutas informa ter encaminhado ao Tribunal em 5/11/2018 junto com sua manifestação acostada à peça 172, mas que, segundo alega, uma delas não teria sido incluída no processo à época, por motivos desconhecidos, de modo que a trouxe como anexo na presente ocasião (peça 219).

12. A primeira minuta refere-se à “sistemática para o acompanhamento dos planejamentos anuais das concessões de infraestrutura rodoviária, bem como para apuração das inexecuções de obras e serviços previstos nos contratos de concessão” (peça 177), enquanto a outra trata dos “procedimentos a serem observados pela ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias” (peça 219, p. 9). As considerações da Agência a elas associadas, ainda que estivessem corretamente autuadas no processo, não poderiam ser examinadas pela Serur àquela época. Embora tratem de matéria afeta ao objeto do recurso – há a expressa intenção da autarquia em evidenciar seu esforço para disciplinar os procedimentos questionados neste processo (peça 219, p. 9) –, não havia notícias de que tinham sido, até aquele momento, aprovadas pela Agência. Portanto, não seria cabível seu exame pelo Tribunal, dada a natureza jurídica ainda incerta do conteúdo.

13. O mesmo entendimento não se aplica, nesta oportunidade, à Resolução ANTT 5.850/2019, noticiada pela entidade no referido memorial (peça 219), a qual se encontra publicada (16/7/2019) e, por isso, já produz efeitos de ordem prática em deliberações a respeito da matéria por ela regulada. Logo, as informações referentes a esse normativo serão levadas em conta para a formulação da proposta de encaminhamento que será apresentada no presente parecer.

14. A Unidade Técnica, ao examinar os pedidos de reexame, propõe acatá-los parcialmente, com vistas a modificar os termos do item 9.3.8, por considerar que estabelecer o reequilíbrio por meio de revisão ordinária é medida mais aderente à regulamentação própria da matéria (Resolução ANTT 675/2004) do que via revisão extraordinária, como determinado pelo Tribunal em sua decisão. Em relação às demais alegações, propõe rejeitá-las, mantendo-se os termos da deliberação recorrida.

15. Em que pesem as bem lançadas instruções da Serur sobre os pedidos de reexame (peças 204 e 215), pedimos vênias para discordar parcialmente da análise de mérito proferida, mormente quanto aos limites de atuação do controle externo no presente caso, por entendermos que houve extrapolação da competência do Tribunal ao determinar especificidades na forma de reequilibrar o contrato de concessão da BR-101/ES/BA e, ainda, que tais mudanças no modelo podem não se revelar tecnicamente recomendáveis, em conformidade com as alegações trazidas pela Agência em sua peça recursal. Antes, porém, de expormos nossas razões nesse sentido, temos como oportuno tecer algumas considerações preliminares sobre a fiscalização exercida em ajustes dessa natureza.

16. De início, enfatizamos, na mesma linha pela qual se orienta a Unidade Técnica, que o TCU detém competência para fiscalizar a atividade finalística das agências reguladoras, exercendo o controle de segunda ordem, ou seja, atuando de forma complementar e subsidiária, nos casos em que se verifica a prática de atos ilegais/irregulares em suas atividades finalísticas ou, ainda, quando identificada a omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela. Tal atribuição é inerente à missão do TCU, a quem cabe verificar a aderência das ações desenvolvidas por essas entidades aos objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação. É nesse sentido que dispõem os acórdãos n.ºs 2121/2017, 644/2016, 402/2013, 2302/2012, 1201/2009 e 715/2008, todos do Plenário.

17. Contudo, e tendo em vista a natureza secundária da atuação da Corte de Contas no segmento das atividades regulatórias, existem limites ao tratamento de questões submetidas ao exame do controle externo que versam sobre essa matéria. Tais restrições visam impedir ingerência direta nas competências originárias das agências no âmbito da discricionariedade administrativa, em especial, quando do acompanhamento de outorga ou da execução contratual de serviços concedidos (Acórdão 1756/2004-TCU-Plenário):

O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar 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.

Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado. Ressalto que, em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências. Ocorre que essa fase está se encerrando, pois a maior parte das entidades reguladoras está se estruturando, inclusive no que concerne à formação de seus quadros de pessoal. **Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência discricionária das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da “incerteza jurisdicional”**, que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados, implicando o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais e a conseqüente necessidade de manutenção de elevadas taxas de juros, consoante lembrado pelo ilustre Procurador-Geral. Assim sendo, entendo que, daqui por diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais.

(...)

Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, **quando se tratar de atos discricionários**, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, **esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências** consideradas por ela mais adequadas. **Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo TCU.**

Contudo, **se o ato discricionário sob enfoque contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento**, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise caso a caso para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU. (grifamos)

18. É certo que a autonomia funcional das agências reguladoras não é justificativa para o afastamento jurisdicional do TCU, uma vez que discricionariedade não significa arbitrariedade, estando os atos emanados por essas entidades sujeitos à correção pela via do controle externo, como já ressaltado anteriormente. Porém, é forçoso reconhecer, a opção por determinado modelo regulatório, ou metodologia de cálculo para aplicação aos contratos de concessão, insere-se na esfera do poder de escolha das agências, que podem dispor de diferentes alternativas para exercer suas competências finalísticas, ou mesmo para corrigir desvios identificados no âmbito do controle externo.

19. Assim, não obstante a admissibilidade da fiscalização do Tribunal quanto à persecução dos objetivos legais nas atividades finalísticas das agências, as determinações emanadas pela Corte de Contas sob tal fundamento não devem ultrapassar os limites do controle de segunda ordem ao qual estão circunscritas.

20. Adentrando o caso em tela, o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário, com vistas a corrigir inadimplemento contratual em desfavor dos usuários da rodovia BR-101/ES/BA e uma suposta omissão da agência reguladora em fazer valer os termos ajustados na respectiva concessão, determinou à ANTT o reequilíbrio econômico-financeiro da avença na forma prescrita pela decisão (item 9.3.8), bem como a adoção da metodologia então definida no âmbito da regulamentação da matéria pela Agência (item 9.3.9), e, ainda, a instituição de mecanismo de aferição de atraso e inexecução de investimentos que permita à entidade a implementação desse processo nos moldes definidos pela deliberação (item 9.3.10).

21. Nesse sentido, com o objetivo de garantir o cumprimento das obrigações da concessionária e a manutenção das condições efetivas do plano de negócios adotado diante da inércia da ANTT – finalidades legítimas ao controle de segunda ordem – houve, a nosso ver, a extrapolação dos limites à fiscalização exercida pelo Tribunal, na medida em que a deliberação recorrida determinou a adoção de inovações quanto aos procedimentos exigidos para realizar o reequilíbrio econômico-financeiro – disposições não previstas contratualmente –, obrigou a sua assunção na esfera regulamentar e, além disso, impôs a criação de instrumento de aferição que viabilize a metodologia nele definida.

22. Em defesa desse entendimento, veja-se que, não obstante haver previsão contratual de adoção do “reequilíbrio econômico-financeiro do fluxo de caixa não-alavancado apresentado no Plano de Negócio” (cláusula 20.4.2, peça 8, p. 32) via redução da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) (cláusula 16.5.1, peça 8, p. 26) na hipótese de a concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório (cláusula 8.3.2, peça 8, p. 14), os termos ajustados junto ao particular nada dizem a respeito da aplicação “concentrada e pelo período de um ano” para se proceder ao respectivo reajuste nessas situações.

23. Diferente tratamento contratual é concedido, por sua vez, aos casos específicos em que se verifica “atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório”, cujo Desconto de Reequilíbrio (também chamado “Fator D”), determinado pela avaliação anual de desempenho, será aplicado de forma imediata e automática pela ANTT (cláusulas 8.4.3, 20.4.2 (ii) e 20.6.4 (ii), peça 8, p. 15, 33 e 35).

24. Observa-se, desse modo, que o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário, instituiu, no âmbito da concessão da BR-101/ES/BA, obrigação contratual de reequilíbrio concentrado de alcance generalizado às inexecuções de obras, quando o próprio ajuste excepciona os casos em que esse tipo de regra é aplicável. Em suma, o comando contido no item 9.3.8 da deliberação recorrida objetiva englobar os casos previstos na cláusula 20.4.2 (iii) entre aqueles especificamente definidos na cláusula 20.4.2 (ii) (peça 8, p. 33).

25. Assim, embora as determinações do Tribunal, ao se referirem ao uso do fluxo de caixa não-alavancado apresentado no Plano de Negócio para promover a redução da Tarifa Básica de Pedágio, encontrem-se aderentes às cláusulas do contrato de concessão em tela – estando, desse modo e a nosso ver, respaldadas pelos limites impostos ao controle de segunda ordem –, não se pode concluir o mesmo em relação ao trecho que define a forma e o prazo para a ANTT promover o desconto no valor do tributo pago pelos usuários (“concentrada e pelo período de um ano”) às inexecuções de obras referenciadas na cláusula 20.4.2 (iii). Tampouco esse método poderia ser imposto pela via normativa à Agência (itens 9.3.9 e 9.3.10), pois tal obrigação significa, a nosso ver, interferência indevida na autonomia regulamentar da entidade, que lhe é legalmente garantida.

26. Acrescente-se a essa discussão os empecilhos de natureza técnica para implementar o cálculo preconizado pela deliberação, ressaltados na peça recursal da Agência (peça 168) e reiterados em meio aos argumentos apresentados pela Agência em memorial acostado aos autos quando o processo se encontrava neste gabinete aguardando pronunciamento (peça 219).

27. Ao se estabelecer metodologia em que o desconto na tarifa é dado de forma concentrada e dentro do período de um ano, a consequência natural de tal medida é o efeito “sanfona” informado pela ANTT, com mudanças abruptas na TBP: haverá redução significativa do valor pago pelos usuários inicialmente, porém, com o seu súbito e relevante incremento na revisão tarifária seguinte, de modo a garantir a manutenção da TIR original do projeto (rentabilidade teórica original do empreendimento).

28. Na prática, esse efeito “sanfona” traz desequilíbrios indesejáveis aos usuários, visto que beneficia aqueles que utilizarão a rodovia no período em que a tarifa estiver reduzida, penalizando, por outro lado, os que por ela circularão após a próxima revisão ordinária do seu valor, os quais terão de arcar com considerável incremento, estabelecido em curto espaço de tempo. Possivelmente em razão desse efeito negativo é que o próprio contrato de concessão restringiu a aplicação do reequilíbrio por inexecução de obra de forma concentrada aos casos discriminados na cláusula 20.4.2 (ii).

29. Em iniciativas custeadas segundo o modelo de *project finance* (vide o *Guidance on PPP Contractual Provisions* do Banco Mundial, ed. 2019, p. 11-12¹), como a concessão da BR-101/ES/BA, o impacto diluído do valor da tarifa ao longo dos anos é mais consentâneo, pois o financiamento é feito de forma equânime pelo conjunto de usuários que usufruem do serviço, independentemente do período em que circulam pela rodovia. Já a aplicação da revisão concentrada, adotada de forma restrita no contrato, mas determinado pelo Tribunal para uso de modo generalizado, leva necessariamente ao descompasso abrangente dessa equação, com a quebra injustificável da isonomia.

30. Ademais, oscilações na magnitude tarifária provocam perturbações no ambiente econômico, motivo pelo qual o estudo “*Guidelines for Best Practices in Toll Development Agreements*”, publicado pela Universidade do Texas em 2005², preconiza em sua página 31 que:

[Simultaneamente], as tarifas de pedágio devem ser incrementadas regularmente a fim de acompanhar a inflação, ao invés de experimentar aumentos expressivos em dilatados intervalos de tempo. (...) Analogamente, as rodovias pedagiadas que aumentam suas tarifas em intervalos irregulares são invariavelmente criticadas. (grifamos)

31. Em seu parecer, a Serur desconsidera esse efeito apontado pela ANTT, pois pondera que a TIR não alavancada (rentabilidade teórica do empreendimento, abstraído o financiamento do projeto) se manterá inalterada tanto no modelo de desconto diluído como no concentrado (§§175 e 270, peça 204, p. 26 e 39):

175. Nessa linha, a TIR não alavancada (equilíbrio entre receitas e despesas), prevista no contrato, independentemente da forma de desconto – concentrada ou diluída, será mantida inalterada ao longo do contrato. A diferença é que o desconto concentrado diminui a TIR do acionista/da concessionária de forma imediata e incentiva ao cumprimento do contrato. Inversamente, o desconto diluído incentiva o mecanismo perverso de se gerar distorções em forma de benefícios/receitas às concessionárias contratadas, mesmo sem a contraprestação dos investimentos previstos e não executados. A situação configura enriquecimento sem causa das concessionárias e deve ser corrigida.

(...)

270. Contrariamente ao asseverado pela ABCR, a ausência de previsão de mecanismos para coibir o retardo nos investimentos gera um aumento artificial da TIR em favor das concessionárias, na medida em que auferem receitas sem o correspondente investimento nas obras previstas no cronograma. Por sua vez, a ausência de compensação financeira imediata/desconto concentrado configura incentivo perverso à inexecução dos investimentos, eis que se mostra mais vantajoso financeiramente não cumprir o cronograma ajustado.

32. De fato, em termos econômicos, esse entendimento está correto, já que tanto a aplicação do desconto concentrado como a do desconto diluído resultam, ao final, na manutenção da TIR não-alavancada original. Porém, as consequências práticas são diferentes tanto para os usuários, como para a concessionária, sendo a determinação da metodologia uma opção regulatória de competência privativa da Agência, estabelecida em lei.

33. Inclusive, foi no regular exercício de suas atribuições legais que a ANTT elaborou e aprovou a Resolução 5.850/2019, que regulamenta os procedimentos inerentes ao reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão rodoviária (peça 219, p. 14-21).

34. Pelo normativo, observa-se que a Agência veio confirmar o emprego do fluxo de caixa original não-alavancado como metodologia para reequilibrar o contrato, justamente para que não se venha usar o fluxo de caixa marginal ou algum “Fator D” de forma generalizada, em ajustes que não prevejam isso (art. 2.º, *caput*), ou mesmo fora das hipóteses admitidas (a exemplo do art. 3.º da própria

¹ Disponível em https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance_on_PPP_Contractual_Provisions_EN_2019_edition.pdf (acessado em 18/2/2020).

² Disponível em https://ctr.utexas.edu/wp-content/uploads/pubs/0_5020_P1.pdf (acessado em 19/2/2020).

resolução). E mais: explicitou que a alteração da TBP em razão de eventual reequilíbrio contratual será calculada considerando o período remanescente da concessão, isto é, de forma diluída (art. 2.º, inciso V, art. 3.º, inciso IV e Anexo 1).

35. A Resolução 5.850/2019, entretanto, não dispõe sobre a periodicidade incidente às revisões dessa natureza, que neste processo foi objeto de controvérsias, sendo considerada: i) extraordinária, no âmbito do Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário (item 9.3.8); ii) ordinária, pela proposta da Serur, com fundamento no art. 2.º, III, a, da Resolução ANTT 675/2004; e, iii) quinquenal, pela ANTT e ECO 101 em seus recursos, com base no art. 2.º-B da Resolução ANTT 5.172/2016.

36. Diante da polêmica, manifestamos nossa concordância com a revisão no prazo quinquenal, defendida pela Agência e pela concessionária, consoante disposição contratual insculpida na cláusula 20.2.1 (peça 8, p. 32), combinada ao dispositivo regulamentar atualmente vigente que trata desse aspecto (o art. 2.º-B da Resolução ANTT 5.172/2016, que alterou a Resolução ANTT 675/2004):

Art. 2.º-B - Nas revisões quinquenais serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou **postergação de obras ou serviços, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT**, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário. (grifamos)

37. Em que pese a argumentação da Agência no sentido de que a revisão quinquenal seria a mais indicada em razão de estar submetida ao processo de participação e controle social (art. 2.º-B, parágrafo único) (peça 168, p. 25), entendemos que esse não seria o fator determinante para vincular o reequilíbrio a esse prazo. Isso porque as inexecuções de obras obrigatórias verificadas nestes autos e que são objeto de discussão na atual fase recursal foram, conforme informa a própria Unidade Técnica, “postergadas em comum acordo com a ANTT” (peça 204, p. 18). Significa, assim, que a situação se amolda à descrição em destaque no trecho acima reproduzido da resolução, tendo em vista que o adiamento pactuado entre as partes tem como pressuposto a compatibilização de interesses que foram negociados relativamente a obras contidas no PER (obrigatórias, portanto).

38. No que concerne aos demais dispositivos recorridos do Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário (itens 9.31, 9.3.3 e 9.3.11), os quais dizem respeito a reprogramações no cronograma de investimentos da concessão, a empresa ECO 101 alega que houve, também nesses casos, a imposição de novas regras à avença, com subversão do regime jurídico vigente. Nessa linha, defende que o atraso verificado nas obras não afastaria as cláusulas contratuais e que o equacionamento da questão, de natureza complexa, depende de parâmetros e mecanismos ajustados junto à ANTT e presentes nos termos contidos no respectivo edital de licitação (peça 157, p. 17).

39. Em relação aos referidos itens recorridos, manifestamos nossa anuência aos termos delineados pelo Tribunal, tendo em vista que tratam da imposição de ajustes de natureza estritamente técnica que não desnaturam as obrigações pactuadas entre as partes, mas tão somente visam garantir condições factíveis à necessária revisão do planejamento dos investimentos, desorganizado em razão de inexecuções/postergações de obras obrigatórias, desde o início previstas na concessão. A nosso ver, tais reprogramações, portanto, nada mais são que parte das medidas necessárias ao adequado reequilíbrio do ajuste, inexistindo, no caso de tais comandos, qualquer inovação que possa ser considerada uma afronta à segurança jurídica ou aos termos estabelecidos entre empresa e ANTT.

40. Embora assumo posição divergente quanto ao alcance da competência do Tribunal para expedir as determinações nos termos constantes dos itens 9.3.9 a 9.3.11 do Acórdão n.º 1447/2018-TCU-Plenário, este MPTCU não é insensível aos motivos que levaram à definição desses comandos, didaticamente expressos no Voto Revisor que culminou na prolação daquela deliberação (peça 140, p. 7-9):

No caso vertente, simulações efetuadas pela instrução inicial da Unidade Técnica (peça 96) demonstram que o deslocamento ou o diferimento de desembolsos da concessionária no fluxo de caixa operacional, descontados pela TIR não-alavancada, em razão de atrasos e inexecuções de investimentos, associado à diluição dos descontos tarifários pelo prazo restante da concessão, tem por efeito majorar a taxa interna de retorno alavancada ou TIR do acionista, aquela que interessa à concessionária. Esse impacto é mais contundente quando as inexecuções de investimento ocorrem

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Gabinete da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

no início do contrato de concessão devido ao efeito exponencial do capital no tempo, tal qual verificado na situação em análise.

(...)

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 a fim de que os atrasos e inexecuções de investimentos previstos no plano de negócios sejam devidamente compensados por mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro da avença que, a um só tempo, promova imediato e integral recomposição da tarifa em favor do usuário e iniba a contumácia da concessionária em protelar a realização de obras e benfeitorias necessárias à prestação de serviços públicos adequados.

41. Não obstante, uma vez que as opções consideradas – reequilíbrio mediante desconto “concentrado” ou “difuso” – equivalem-se em termos de TIR não-alavancada, e tendo em vista que tal taxa de rentabilidade constitui o correto parâmetro para aferição do equilíbrio contratual (cf. pp. 8-9 do voto revisor que orientou o acórdão recorrido), concluímos caber à autarquia reguladora a avaliação e a decisão fundamentada acerca da alternativa a ser adotada no presente caso, o que foi feito no âmbito da elaboração e aprovação da norma que trata desse tipo de procedimento de revisão: a Resolução ANTT 5.850/2019. Conforme já destacamos, a opção regulatória foi pelo desconto diluído ao longo do prazo restante da concessão.

42. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público de Contas manifesta-se de forma divergente à proposta aventada pela Unidade Técnica, pugnando por que seja dado provimento parcial aos pedidos de reexame, para que, no mérito, seja substituída a revisão extraordinária prevista nos itens 9.3.8 e 9.3.11 pela quinquenal, bem como seja suprimida a expressão “de forma concentrada e pelo período de um ano” dos itens 9.3.8 e 9.3.9, mantendo-se inalterada a redação dos demais comandos da deliberação vergastada.

Ministério Público de Contas, 6 de abril de 2020.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral