

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC-010.482/2016-4

Aposos: TC-016.541/2016-2 e TC-028.436/2017-2

Natureza: Pedido de Reexame (Solicitação do Congresso Nacional)

Unidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)

Recorrentes: ANTT e ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A.

SUMÁRIO: PEDIDOS DE REEXAME EM SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO DA BR-101/ES/BA. PLÚRIMAS IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE EXECUÇÃO DE OBRAS DE CARÁTER OBRIGATÓRIO POR CONCESSIONÁRIAS, SOB O ARGUMENTO DE NÃO OBTENÇÃO DE LICENÇAS, O QUE LHEZ AMPLIA O LUCRO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. NÃO REALIZAÇÃO DAS OBRAS CONTRATUALMENTE PREVISTAS PELAS CONCESSIONÁRIAS, MAS COM PLENA CONTINUIDADE DA ARRECADAÇÃO DAS TARIFAS DOS USUÁRIOS DA RODOVIA, QUE AS CUSTEIAM E PAGAM POR SERVIÇOS NÃO EXECUTADOS. QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. DETERMINAÇÕES À ANTT. CONHECIMENTO DOS RECURSOS. NÃO-PROVIMENTO. DETERMINAÇÃO À UNIDADE TÉCNICA DO TCU QUE AUTUE PROCESSO ESPECÍFICO PARA AVALIAR A REGULAMENTAÇÃO, PROMOVIDA POR MEIO DA RESOLUÇÃO-ANTT 5.850/2019.

## RELATÓRIO

Examinam-se, neste processo de Solicitação do Congresso Nacional, pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. contra o Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes, por meio do qual este Tribunal expediu determinações à ANTT, em razão de falhas verificadas nas revisões tarifárias realizadas na concessão da BR-101/BA/ES.

2. Transcrevo, a seguir, a instrução inicial da Serur (peça 204), ratificada pelos dirigentes da unidade (peças 205 e 206), que apresenta proposta de conhecer e dar provimento parcial ao recurso para alterar a redação de um dos comandos do acórdão questionado:

### **“INTRODUÇÃO**

*1. Trata-se de pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (peças 168 a 170, 177 e 179) e pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. (peças 157 e 180) contra o Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário (peça 139), transcrito abaixo:*

*‘ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:*

9.1. com fundamento nos arts. 71, inciso IV, da Constituição Federal, 38, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, e 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente solicitação;

9.2. informar ao Exmo. Sr. Deputado Federal Marcus Vicente, Coordenador da Comissão Externa da Câmara dos Deputados destinada a acompanhar e fiscalizar a concessão da BR-101/BA/ES, que:

9.2.1. foram detectadas as seguintes falhas e irregularidades na atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT no que concerne a revisões tarifárias realizadas na concessão:

9.2.1.1. não-promoção do devido reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR 101/BA/ES em razão de atrasos e inexecuções de investimentos por parte da concessionária, especificamente ao permitir a diluição, ao longo de todos os anos restantes da avença, do impacto do desconto da tarifa de pedágio, o qual não se traduz em redução tarifária significativa, o que estimula a contumácia da contratada em não realizar obras e serviços previstos no plano de negócios anexo à avença, contraria os princípios da eficiência da Administração Pública e da manutenção das condições efetivas da proposta da licitação, estampadas no art. 37, **caput**, e inciso XXI da Constituição Federal, viola a preservação do interesse público e a vinculação da concessão ao cronograma físico-financeiro, conforme art. 23 da Lei 8.987/1995, arts. 20, inciso II, 'b', e 35, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e art. 2º da Lei 9.784/1999;

9.2.1.2. não-incorporação dos efeitos das inexecuções dos investimentos na revisão tarifária imediatamente subsequente, o que tem ocasionado interstício de mais de um ano entre o prazo para a realização de determinado investimento e o impacto tarifário de sua inexecução, em contrariedade ao princípio da modicidade tarifária, estabelecido no §1º do art. 6º da Lei 8.987/1995 e ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro, previsto §2º, art. 9º, Lei 8.987/1995;

9.2.1.3. utilização de cronograma de investimentos com prazos de execução inverossímeis, em afronta ao inciso I do parágrafo único do art. 23 da Lei 8.987/1995 e ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001, uma vez que a exigência legal acerca da existência de um cronograma de investimentos não pode ser considerada atendida por documento que contenha prazos claramente não-realistas de execução das obras;

9.2.1.4. inserção de obras de retificação de traçado sem a elaboração de projeto executivo, em contrariedade às Resoluções da ANTT 1.187/2005 e 3.651/2011;

9.2.1.5. cálculo da 4ª Revisão Ordinária sem considerar os efeitos referentes às inexecuções e atrasos das edificações dos postos de fiscalização da ANTT e do sistema de **call boxes**;

9.2.1.6. falta de sincronia entre os valores apropriados no cronograma de investimentos e as metas estabelecidas no anexo C do PER para a construção de passarelas e vias locais;

9.2.2. o valor total identificado de investimentos previstos para 3º ano de concessão e não realizados pela concessionária, incluindo obras e serviços de caráter obrigatório e sistemas de operação, é de R\$ 56.142.259,46 (a valores iniciais – Jan/2009), conforme detalhado na Tabela 1 da instrução da unidade técnica à peça 127;

9.2.3. os aspectos não abordados nestes autos relativos ao aumento tarifário resultante da 4ª Revisão Ordinária e da 3ª Revisão Extraordinária, materializado pela Resolução-ANTT 5.339, de 10/5/2017, a exemplo do efeito da Lei dos Caminhoneiros, foram objeto de análise no TC 012.831/2017-4, o qual foi julgado

*por intermédio do Acórdão 290/2018-TCU-Plenário, mantendo a suspensão do aumento referente à parcela questionada naqueles autos;*

*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;*

*9.3.2. em conjunto com a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., no prazo de 60 dias, defina a localização de todos os radares fixos a serem instalados na BR-101-ES/BA, efetivando suas instalações no prazo máximo de 90 dias, com a posterior comunicação a este Tribunal das ações efetivadas pelas duas entidades (ANTT e concessionária), em conformidade com o princípio do interesse público (art. 20, inciso II, 'b', da Lei 10.233/01 e art. 2º da Lei 9.784/99) e com o 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;*

*9.3.4. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal de Contas da União os documentos que comprovem que foram tomadas todas as providências cabíveis com vistas a evitar as inexecuções contratuais apontadas pela SeinfraRodovias no âmbito deste processo, em conformidade com os subitens 8.2, 8.3, 10.5, 10.6 e 18 do Contrato de Concessão da BR – 101/ES/BA;*

*9.3.5. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal documentos que demonstrem que todas as obrigações contratuais previstas até o quinto ano da concessão da BR – 101/ES/BA (18/maio/2018) tenham sido cumpridas e que, caso não tenham sido cumprida alguma obrigação contratual, que a ANTT encaminhe a este Tribunal documentos que comprovem que foram tomadas todas as providências cabíveis com vistas a evitar essas inexecuções contratuais e apurar os responsáveis por tais inexecuções, em conformidade com os princípios do interesse público, da modicidade tarifária e da vinculação aos termos contratuais;*

*9.3.6. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal de Contas da União, por meio eletrônico, a fórmula de cálculo detalhada utilizada em todos os reajustes ordinários e extraordinários das tarifas de pedágios da concessão da BR – 101/ES/BA, inclusive, o da 5ª Revisão Extraordinária, aprovado pela Resolução nº 5.638, de 10 de janeiro de 2018, com efeitos financeiros a partir da data da próxima revisão ordinária (18/maio/2018);*

*9.3.7. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal de Contas da União, por meio eletrônico, a fórmula de cálculo detalhada do Desconto de Reequilíbrio utilizada neste contrato de concessão da BR – 101/ES/BA, bem como dos demais contratos das concessões da terceira etapa do Programa de Concessões, identificando todas as variáveis da fórmula e seus respectivos valores;*

*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;*

*9.4. caso seja identificado que a ANTT não tomou todas as providências possíveis com vistas a evitar inexecuções contratuais no âmbito do contrato de concessão da BR – 101/ES/BA, determinar à SeinfraRodovias que realize audiências dos responsáveis daquela agência reguladora que deveriam ter atuado para que o contrato fosse fielmente executado pela concessionária até o quinto ano da concessão, em conformidade com os princípios do interesse público, da modicidade tarifária e da vinculação ao instrumento contratual;*

*9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); à Presidência da Comissão Externa da Câmara dos Deputados e à concessionária ECO 101;*

*9.6. considerar a solicitação integralmente atendida e arquivar o presente processo, nos termos dos arts. 169, inciso II, do Regimento Interno do TCU e 17, inciso II, da Resolução-TCU 215/2008.'*

## **HISTÓRICO**

2. Os autos cuidam originalmente de Solicitação do Congresso Nacional, a partir de requerimento formulado pelo então Presidente de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, cujo objeto consiste na fiscalização da atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a fim de examinar a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos praticados pela autarquia na regulação do contrato de concessão da Rodovia Federal BR-101/ES/BA, no trecho entre o entroncamento com a Rodovia Estadual BA-698 (acesso a Mucuri/BA) e a divisa entre os estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro.

3. Paralelamente ao requerimento da fiscalização, solicitou-se a concessão de medida cautelar para a suspensão do reajuste da tarifa de pedágio (peça 6), pedido indeferido pelo Relator a quo Min. Relator Augusto Nardes, em virtude da ausência do requisito *fumus boni iuris* (peça 50).

4. A demanda parlamentar se originou de reclamações de usuários da rodovia em função de atrasos e inexecuções, por parte da concessionária, de investimentos em obras e serviços previstos no contrato de concessão, os quais não teriam sido compensados por reduções nas revisões tarifárias e nem dirimidos pela agência reguladora.

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).

6. A rodovia passa por 25 municípios, desde o trevo de acesso ao município de Mucuri/BA, no Sul da Bahia, até a divisa entre os estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro. O modal terrestre interliga cinco importantes portos: o de Ilhéus, na Bahia; o de Barra do Riacho, o de Tubarão e o de Vitória, no Espírito Santo; o de Açú (ainda em construção), no Rio de Janeiro. Além disso, a BR-101/ES/BA dá acesso às principais praias capixabas, como as Guarapari e Vila Velha (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).

10. A fim de instruir a Solicitação do Congresso Nacional, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e Aeroportuária - SeinfraRodovias, procedeu à inspeção in loco junto à ANTT e avaliou amostra significativa de obras e serviços de caráter obrigatório, relativos ao período de 10/5/2013 a 10/3/2016, previstos no Apêndice C do PER (peça 9. p. 153-158), confrontando-os com o respectivo cronograma físico-financeiro anexo ao contrato de concessão. Esses investimentos obrigatórios totalizam R\$ 837,4 milhões (ref. jan/2009), dos quais R\$ 571,1 milhões foram alocados para as seguintes obras e serviços distribuídos ao longo dos seis primeiros anos de concessão (peça 140, pp 2-3):

- Duplicações de 177,8 km de trechos rodoviários durante os seis primeiros anos, ao custo estimado de R\$ 364,7 milhões (ref. jan/2009);
- Melhorias em trechos urbanos, referentes à construção de dezesseis passarelas de pedestres nos primeiros cinco anos de concessão, ao custo total de R\$ 11 milhões (ref. Jan/2009), das quais doze passarelas deveriam ter sido concluídas até o final do 3º ano. Também foi prevista a construção de 18,9 km de vias laterais até o 3º ano e 21,6 km até o 5º ano de concessão (peça 9. p. 155);
- Melhorias físicas e operacionais, orçadas em R\$ 336 milhões (ref. jan/2009), que contemplam a execução dos seguintes serviços até o final do 5º ano da concessão: construção de contorno viário do município de Iconha/EE até o final do 4º ano de concessão; retificação de 28,2 km de traçados; construção de 24 acessos, 21 rotatórias em nível, dezesseis interconexões diamante, quatorze interconexões trombeta e entroncamento.

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;

12. A equipe de inspeção constatou que obras e serviços obrigatórios não foram conclusos até o terceiro ano de vigência do contrato de concessão, apesar de o plano de negócios anexo ao ajuste haver previsto a realização desses investimentos no referido período (peça 140, p 3), quais sejam:

- edificação de 8 passarelas;
- construção de 4,5 km de vias locais;
- execução de posto de pesagem de Viana/ES;
- construção de postos de fiscalização da ANTT, bem como a instalação de equipamentos e sistemas;
- implantação de sistemas de controle de velocidade;
- instalação de sistema de telefonia de emergência – call boxes.

13. Além da inexecução das benfeitorias mencionadas, foram também identificados atrasos no início da realização de outros investimentos obrigatórios por parte da concessionária, que também deveriam ter começado nos primeiros anos da concessão, conforme plano de negócios. Tais atrasos derivam da ausência do licenciamento ambiental das obras e serviços junto aos órgãos competentes, bem como do retardo na desapropriação e da desocupação de faixas de domínio. As obras e os serviços que se encontram nessas situações totalizaram R\$ 43,34 milhões em atraso (peça 140, pp 3-4), e se constituem da (s):

- duplicação dos subtrechos rodoviários D e, cujo prazo para conclusão era o quarto ano da concessão, com desembolsos previstos de R\$ 22,84 milhões (ref. Jan/2009) no terceiro ano;
- execução de contorno viário no município de Iconha/ES, para o qual foram previstos investimentos de R\$ 18 milhões (ref. Jan/2009) no terceiro ano e término das obras no 4º ano da concessão;
- retificações de traçados, inclusos na 2ª Revisão Extraordinária, com desembolsos de R\$ 2,5 milhões (ref. Jan/2009) no terceiro ano da concessão.

14. Os atrasos e as inexecuções de obras e serviços obrigatórios previstos para os primeiros anos da concessão conduziram a agência reguladora a postergar o cumprimento das obrigações da concessionária mediante reprogramações contínuas do cronograma físico-financeiro de investimentos. Algumas dessas intervenções, por ausência de adequado planejamento, ostentam prazos inverossímeis em face da imprevisibilidade da solução das pendências mencionadas (peça 140, p 4).

*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.*

15. *Por consequência dos atrasos nos investimentos, identificou-se o desequilíbrio econômico-financeiro da avença em desfavor dos usuários dos serviços públicos delegados para os primeiros anos da concessão, eis que não devidamente compensados por mecanismos regulatórios – descontos tarifários - aptos a recompor o balanço em vista da diminuição de encargos da contratada sem a correspondente redução da Tarifa Básica de Pedágio – TBP (peça 140, p 4).*

16. *Verificou-se, ainda, outros fatores que militam contra a regularidade dos serviços públicos delegados, a exemplo do (a) (peça 140, p 4):*

- *atraso da ANTT em apurar os investimentos não-executados pela concessionária e em não realizar o correspondente desconto tarifário na data base contratual imediatamente seguinte à identificação daquelas pendências;*
- *desatualização do cronograma de investimentos; e*
- *desvirtuamento da taxa interna de retorno do fluxo de caixa da concessão em razão da maneira pela qual são realizados os descontos de reequilíbrios por atraso e inexecução de investimentos.*

17. *Após o exame dos elementos de defesa apresentados nas oitivas da ANTT e da Concessionária ECO 101, o Rel. Min. Augusto Nardes acompanhou as conclusões e as determinações propostas pela SeinfraRodovias (peça 142).*

18. *Em voto revisor, o Min. Walton Alencar Rodrigues divergiu parcialmente quanto à aplicação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária 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 (peça 140, p. 7).*

19. *O Revisor explica que 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 (peça 140, p. 7).*

20. *Esclarece que 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 iguala 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 (peça 140, p. 7).*

21. *Aduz que as 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. Contudo, ao contrário do que sustenta a Unidade Técnica, o Revisor posicionou-se no sentido de 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 compartilhou da posição 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.*

*22. Reviça que a possibilidade de utilização da TIR alavancada nas revisões tarifárias das concessões rodoviárias havia sido 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 desta Taxa.*

*23. Conclui que 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. Aponta que desbalanceamento entre encargos e remuneração da contratada deriva 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.*

*24. Alinhados ao entendimento do Ministro Revisor, esta Casa prolatou o acórdão nos termos transcritos alhures.*

*25. Não resignada, a ANTT opôs embargos de declaração (peça 155), conhecidos e rejeitados, conforme as disposições do Acórdão 2192/2018 – TCU – Plenário (peça 158), posteriormente retificado/apostilado pelo Acórdão 2386/2018 – TCU – Plenário (peça 164).*

*26. Adicionalmente, apresenta elementos adicionais de defesa às peças 177 e 179.*

*27. Em seguida à interposição do recurso, a ECO 101 também anexa aos autos a peça 180, em que informa a juntada dos documentos a fim de demonstrar o cumprimento das determinações do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário.*

*28. Ainda, a empresa apresenta requisição para que a matéria tratada nesta fase recursal não seja submetida à SeinfraRodovias, e, caso seja considerada oportuna a oitiva daquela secretaria especializada, nos termos do Acórdão 488/2015 – TCU – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, que a matéria seja examinada por auditores que não tenham contribuído para instrução do processo (peça 181).*

*29. A solicitação vai ao encontro de orientação expedida pela Secretaria-Geral de Controle Externo (Memorando 43/2015 - Segecex/TCU, de 28/4/2015), para a abstenção da participação na fase recursal dos auditores, diretores e secretários que atuaram na fase de instrução originária.*

*30. Ainda, foram juntadas as peças 182 e 183, que veiculam pedido formulado pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) para que seja admitida nos autos como interessada, ou como amicus curiae, além de requerimentos quanto ao mérito do item 9.3.9 do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário (peça 184, p. 2).*

*31. A ABCR não demonstra violação fática concreta à situação jurídica de suas associadas, ou seja, sucumbência em razão da deliberação de mérito, e, portanto, não se reconheceu razão legítima para intervir no processo (peça 184, pp. 2-3 e peça 185, pp. 2-4). Assim, por intermédio de despacho, o Rel. Min. Raimundo Carreiro à peça 185, não admitiu o ingresso da petionante como parte interessada nos autos (art. 146 c/c art. 282 do Regimento Interno/TCU), mas tão somente como amicus curiae (peça 185, p. 4). Assim, as informações*

*prestadas pela ABCR constam do tópico relativo às informações adicionais, e serão examinadas para efeito complementar, em auxílio à elucidação da matéria.*

*32. Vale por fim registrar que tramita nesta Casa o TC 012.831/2017-4, que trata de representação, com pedido de medida cautelar, sem oitiva prévia das partes, para suprimir parcialmente o reajuste da tarifa básica de pedágio (TBP) do contrato de concessão da rodovia em comento, administrada pela ECO 101 Concessionária de Rodovia S.A. O processo, julgado por intermédio do Acórdão 290/2018 – TCU – Plenário, encontra-se em fase de recurso, com a proposta desta Secretaria de Recursos pela negativa de provimento.*

### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

*33. O exame preliminar concluiu pela admissibilidade recursal dos pedidos de reexame interpostos pela ANTT e pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., com a incidência do efeito suspensivo sobre os itens 9.3, 9.3.1, 9.3.3, 9.3.8, 9.3.9, 9.3.10 e 9.3.11, conforme instruções localizadas às peças 173 a 175, e despacho do então Rel. Min. José Múcio Monteiro à peça 178.*

### **EXAME TÉCNICO**

*34. As questões centrais tratadas nos recursos referem-se à: i) competência do TCU para tratar da matéria relativa a contratos de concessão, se a atuação do controle externo não usurpava a competência da ANTT; ii) o descumprimento contratual como situação que enseja medidas corretivas, e o impacto sobre a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito; e iii) as determinações expedidas como instrumentos para o cumprimento obrigacional, e se constituem em nova interpretação jurídica do contrato firmado entre a ANTT e a ECO 101.*

*35. A ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A sustenta sua defesa na tese de que o exame proferido pelo Tribunal teria lançado uma nova interpretação ao contrato e pugna pela estrita vinculação da execução contratual ao instrumento/regras entabuladas/ajustadas em comum acordo, eis que haveria alteração do regime jurídico do contrato de concessão em razão das determinações proferidas pelo TCU nos itens 9.3.9 e 9.3.10 do acórdão.*

*36. A ANTT também sustenta que o TCU teria conferido nova interpretação ao contrato e pugna pela execução contratual adstrita aos termos contratuais formalizados.*

*37. A seguir, resumem-se os argumentos da ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A (peça 157), acompanhada da análise correspondente, e, em seguida, apresentam-se as razões recursais da ANTT.*

#### **Razões recursais da ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A (peça 157)**

*38. A recorrente insurge-se contra as determinações do aresto recorrido, sobretudo quanto aos subitens 9.3.1, 9.3.3, 9.3.8, 9.3.9, 9.3.10 e 9.3.11 (peça 157, pp. 9-10).*

*39. No intuito de afastá-las, tece considerações concernentes ao contexto jurídico que fundamenta as concessões e menciona o inciso XXI do art. 37 da CF, dispositivo constitucional que exige igualdade de condições entre os interessados e vincula a todos as regras impostas pelos editais das licitações (peça 157, p. 4).*

*40. Em seguida, cita os artigos 14, 18 e 23 da Lei 8.987/1995, norma que regulamenta as concessões, e enumera as cláusulas essenciais que integram um contrato de concessão, a exemplo do objeto, condições de prestação de serviços, parâmetros de aferição de qualidade, preço do serviço, penalidades, bens reversíveis, cronogramas físico-financeiros etc. (peça 157, pp. 4-6).*

*41. Obtempera que a Constituição Federal e a Lei 8.987/1995 vinculam a Administração e os licitantes, parametrizam a isonomia, sustentam a segurança jurídica e social, e limitam a atuação do Poder Concedente. Nesse sentido, reproduz excertos de precedentes do TCU (Acórdão 1982/2011 – TCU – Plenário, Rel. Valmir Campelo) e do Superior Tribunal de Justiça (MS 13.005/DF, Rel. Min. Denise Arruda - peça 157, pp 6-8).*

*42. Ainda nessa linha, transcreve o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, norma que prevê as atribuições da ANTT, como dispositivo que delinea os limites objetivos da atuação da*

autarquia, pois os atos de revisar e reajustar as tarifas dos serviços prestados estariam adstritos aos termos pactuados no contrato de concessão (peça 157, p. 8).

43. Acrescenta que os balizamentos normativos das concessões rodoviárias federais se encontram consubstanciadas em firmes Resoluções da competência exclusiva e originária da ANTT, bem como nas normas constitucionais, infra e nos princípios que regem à atividade estatal (peça 157, p. 9).

44. Reputa que o cumprimento dos itens 9.3.9 e 9.3.10 do acórdão recorrido implicaria na alteração do regime jurídico das concessões, e configuraria usurpação de competência da ANTT e afronta à segurança jurídica (peça 157, pp. 9-11).

45. Contrapõe que, muito embora o acórdão recorrido tenha questionado atrasos e descompassos na execução do cronograma das obras compreendidas no objeto da concessão, o fundamento foi utilizado para a desqualificação das normas regulamentares e das cláusulas contratuais que disciplinaram a relação obrigacional, o que afronta a segurança jurídica, gera instabilidade a longo prazo, afugenta investidores e encarece a prestação dos serviços diante de maiores riscos (peça 157, pp. 11-12).

46. Para corroborar seu raciocínio, cita trecho de precedente do STJ e doutrina de Marçal Justen Filho que apontam a necessidade de que o Poder Público observe as regras entabuladas em comum acordo com o particular (peça 157, pp. 11-12).

47. Em seguida, considera que o acórdão teria sido arbitrário, agido com abuso de poder, ao intentar modificar as regras das concessões criadas pela ANTT, e com afronta ao art. 175 da CF que atribuiu ao legislador a regulamentação da concessão por meio de lei. Em seguida, revê os arts. 24 e 26 da Lei 10.233/2001 que atribui à ANTT a competência para editar normas e regulamentos para a exploração de vias e fiscalizar o cumprimento de disposições contratuais (peça 157, pp. 12-13).

48. Por conclusão do raciocínio, considera que o acórdão condenatório invadiu a competência da agência reguladora e ameaça o ato jurídico perfeito ao impor regras não imaginadas quando da licitação e da assinatura dos contratos. Ato contínuo, aponta que a Constituição prevê que nem mesmo a lei pode alterar situações consolidadas e cita precedentes do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do excerto transcrito abaixo (peça 157, p. 13):

*‘AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8.030/1990. RETROATIVIDADE MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE. É firme, no Supremo Tribunal Federal, a orientação de que não cabe a aplicação da Lei 8.030/1990 a contrato já existente, ainda que para atingir efeitos futuros, pois redundaria em ofensa ao ato jurídico perfeito. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (STF-2ª T. AgRg no RE 38.607-0/BA. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. em 21/03/06)*

49. Ainda, argui a necessária ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica, pois o contrato de concessão se trata de uma situação juridicamente consolidada (peça 157, pp. 13-14).

50. Passa a tratar dos itens 9.3.1, 9.3.3, 9.3.8 e 9.3.11, do acórdão recorrido, e transcreve excerto do voto condutor do Acórdão 1982/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, em que se destaca a necessidade da segurança jurídica, estabilidade das relações pactuadas, previsibilidade dos riscos do negócio, objetividade nos comandos contratuais nos objetos de contratos de concessão (peça 157, p. 16).

51. Repisa que o TCU, sob o pretexto de fiscalizar o contrato, ultrapassou a competência da ANTT e impôs novas regras à avença, a exemplo das determinações para a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos; ajustar o cronograma de investimentos para não permitir prazos posteriores aos constantes do Programa de Exploração Rodoviária – PER; a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mediante revisão extraordinária,

para a redução da tarifa de pedágio; e a apuração dos investimentos não executados nos prazos previstos (peça 157, pp. 16-17).

52. Alega a impossibilidade de se subverter o regime jurídico vigente e a desconsideração das bases legais e contratuais que vinculam e regem a relação entre o Poder Concedente, Agência Reguladora e a Concessionária (peça 157, p. 17).

53. A seu ver, não se pode afastar as cláusulas contratuais ante a constatação da execução a destempo das obras, em desacordo com o cronograma de investimentos, ou em virtude dos prazos infactíveis previstos no PER da BR 101 ES/BA, ou em razão de fatos alheios à vontade da concessionária (burocracias administrativas para a obtenção de licenças ambientais, desapropriações, decisões judiciais). Demais disso, o reflexo destas situações na Tarifa Básica do Pedágio não é uma questão simples e o seu equacionamento dependeria dos parâmetros e mecanismos dispostos no contrato de concessão e do edital da licitação realizada (peça 157, p. 17).

54. Sobre a questão da revisão tarifária, revêça que a Resolução 675/2004 da ANTT regulamenta a matéria, e os itens 9.3.8 e 9.3.11 ameaçariam o contrato da concessão ao desconsiderar a cláusula 20.2 do contrato, que reza sobre o procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro conforme a Resolução 675/2004 da ANTT (peça 157, p. 18).

55. Assim, o aresto do TCU desnaturaria e confundiria a natureza e as finalidades das penalidades contratuais e do reequilíbrio econômico-financeiro como mecanismos de combate aos atrasos no cronograma de execução das obras, e produz efeitos colaterais como a perda das condições da proposta e desestímulo à conclusão das obras (peça 157, p. 18).

56. Outrossim, a decisão nos moldes determinados não apenas comprometeria o alicerce do modelo jurídico das concessões como obrigaria a revisão extraordinária desamparada de hipótese normativa, que prevê a revisão quinquenal; bem como que a ANTT execute atividades que são típicas da revisão quinquenal (art. 2º-B da Resolução 675/2004 da ANTT) (peça 157, p. 19).

57. Acresce que se o impacto tarifário se concentrasse no período imediatamente subsequente ao de sua realização, haveria picos indesejáveis no valor da tarifa, e se mostraria difícil de administrar, perversa e de complicada assimilação por parte dos usuários (peça 157, p. 19).

58. Continua, e transcreve os arts. 4º, 9º, 10 e 23 da Lei 8.987/1995, os quais dispõe que a concessão deverá observar os termos da lei e do edital da licitação; que a tarifa do serviço será preservada pelas regras de revisão previstas na lei, no edital e no contrato pactuado; que se observará o reequilíbrio econômico-financeiro e as cláusulas essenciais aos instrumentos contratuais. Ao final do raciocínio, repisa a tese de que o legislador atribuiu às partes a incumbência de estipularem, na minuta contratual, o regramento da concessão, que não devem ser alteradas unilateralmente, sem negociação ou planejamento, pois toda a previsibilidade e segurança jurídica acabam por descartadas (peça 157, pp. 19-22).

59. Passa a apresentar argumentos esparsos, e pugna pela intangibilidade dos contratos administrativos e cita doutrina de Amauri Feres Saad, no sentido de que a extensão do ato de controle não pode ser igual ao do ato controlado, pois a competência dos tribunais de contas não será idêntica ao do administrador público. Assim, o controle não pode substituir o gestor ou atuar como juiz de contratos munidos de poderes e faculdades que nem mesmo a Administração contratante possui (peça 157, pp. 22-23).

60. Ainda quanto ao exame desta Corte a respeito da Concessão da BR 101 ES/BA, consigna que o TCU já havia se pronunciado a respeito das fases do procedimento legal da contratação pública, conforme Acórdão 1656/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. José Múcio. Assim, a exigência de que se aplique novas interpretações a um contrato de 2013 configuraria violação ao art. 2º, § único, inciso XIII, da Lei de Processo Administrativo, e ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (peça 157, pp. 23-24).

61. Passa a discorrer sobre a competência do TCU para análise de atos e contratos administrativos, no que destaca o inciso V do art. 49 da CF, na linha de que a competência exclusiva para sustar atos normativos do poder executivo é do Congresso Nacional. Nessa linha, tal atribuição não se confundiria com aquelas previstas para o TCU no art. 71, incisos IX e X da CF, eis que não lhe fora concedida função legisladora ou judicante. Aduz que não cabe ao TCU declarar ilegalidade de ato normativo federal, como no caso da Resolução da ANTT (peça 157, pp. 24-25).

62. Nesse diapasão, destaca que o art. 250 do RI/TCU dispõe que o TCU, nos casos de fiscalização de atos e contratos, determinará providências corretivas ou recomendará a adoção de medidas de melhorias de eficiência, de desempenho, medidas que não amparam o aresto no caso concreto. Isso porque as razões de decidir ali expressas fundamentariam apenas a expedição de recomendações e não de determinações (peça 157, pp. 25-26).

63. Segue na linha de tecer limites à atuação dos Tribunais de Contas, reproduz trecho de doutrina e menciona a judicialização, por parte da Agência Nacional de Aviação Civil, do Acórdão 785/2015 – TCU – Plenário, em que o TCU teria desbordado de suas atribuições, extrapolando os baldrames de sua atuação, como no presente caso (peça 157, pp. 26-27).

64. Acresce a impossibilidade jurídica de substituição das cláusulas contratuais na forma do acórdão recorrido, repisa que o instrumento contratual se constitui ato jurídico perfeito, protegido pelo inciso XXXVI do art. 5º da CF. Pondera que a Lei 8.666/1993 e a Lei 8.987/1995 dispõe que o contrato rege as situações sob seu manto e que suas cláusulas apresentam as soluções para todos os tipos de demanda. Eventuais problemas e incorreções devem ser tratadas por meio de disposições claras e objetivas, em atenção aos princípios e às normas que regem a atividade administrativa (peça 157, pp. 27-28).

65. Alega que, de forma disfarçada, o acórdão recorrido intenta aplicar um modelo de concessão criado a partir de 2017/2018 a um contrato de 2013, sujeitando-o a regras divorciadas da licitação e do contrato firmado, subvertendo o modelo de concessões e violando o ato jurídico perfeito (peça 157, pp. 29-30).

66. Por fim, anexa aos autos a peça 180, em que informa a juntada dos documentos abaixo a fim de demonstrar o cumprimento das determinações do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário:

- ✓ Doc. 01: NT 265-2017-GEROR-SUINF;
- ✓ Doc. 02: Resolução 5.638 10.01.2018;
- ✓ Doc. 03: Nota Técnica 093-2018-GEROR-SUINF
- ✓ Doc. 04: Nota Técnica 094-2018-GEROR-SUINF
- ✓ Doc. 05: Deliberação 342\_2018
- ✓ Doc. 06: Retificação da Deliberação 342\_2018

#### Análise

67. Das razões recursais extraem-se duas teses gerais de defesa centradas nas determinações insculpidas nos itens 9.3.1, 9.3.3, 9.3.8, 9.3.9, 9.3.10 e 9.3.11 do aresto recorrido, quais sejam: (i) invasão de competência da ANTT por parte do acórdão proferido; e (ii) nova interpretação jurídica do contrato pelo TCU com ofensa à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito. Ainda, apresenta argumentos esparsos.

68. Não se identifica a (i) suposta invasão de competência da ANTT por parte do acórdão vergastado. A respeito da atuação do Tribunal na fiscalização de agências reguladoras, vale trazer à lume alguns precedentes do TCU cujos entendimentos elucidam a matéria.

69. Em primeiro, verifica-se que não compete ao TCU executar o controle de primeira ordem/fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas examinar se o poder concedente fiscaliza de forma adequada a execução de contratos celebrados. Ao fiscalizar a atividade-fim dessas autarquias especiais, não deve o Tribunal substituir a entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da agência, determinando-lhe a adoção

de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes (Acórdão 210/2013 – TCU – Plenário, Rel. Min. José Jorge; Acórdão 2302/2012 – TCU – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro).

70. Ainda, o TCU possui competência para fiscalizar de forma complementar as atividades finalísticas das agências reguladoras, com vistas 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 Tribunal, que pode fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados (Acórdão 1756/2004 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler).

71. Outrossim, detectada a prática de atos irregulares vinculados, ou seja, quando entidades reguladoras violarem expressa disposição legal, o TCU pode determinar a adoção das providências necessárias à sua correção (Acórdão 1703/2004 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler; Acórdão 1201/2009 – TCU – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz).

72. Conclui-se, portanto, que o Tribunal deve fiscalizar a atividade finalística de agências reguladoras, de forma complementar e subsidiária, em caso de atos irregulares/ilegais praticados de sorte a adequá-los à conformidade legal, financeira, operacional etc.

73. No presente caso, a fiscalização procedida pela Secretaria Especializada constatou duas irregularidades centrais. A primeira consiste na inexecução de obras de caráter obrigatório, o que contraria a Cláusula 8.3.1 do Contrato 1/2011, bem como o art. 31 da Lei 8.987/1995 (peça 96, pp. 39-41); e a segunda refere-se ao desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das revisões tarifárias afronta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, bem como a Cláusula 8.2.1 do Contrato 1/2011. Ainda, o desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor dos usuários infringe as seguintes normas: art. 6º, § 1º; art. 9º, § 2º; art. 9º, § 4º; art. 10; art. 23, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8987/1995; art. 2º da Lei 9.784/1999; art. 20, inciso II, alínea b, da Lei 10233/2001; art. 9º da Portaria ANTT 34/2015; e art. 3º da Resolução ANTT 3651/2011 (peça 96, pp. 41-42).

74. O inadimplemento obrigacional sob o ponto de vista das disposições contratuais, encontra-se configurado em razão das disposições que integram a Cláusula 8 do Contrato 1/2011, que cuida das obras e serviços a serem prestados em função do ajuste, e impõe como obrigação da Concessionária cumprir com o objeto do Contrato, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho e demais exigências estabelecidas no Programa de Exploração Rodoviária – PER (peça 8, p. 12).

75. Segundo o instrumento de ajuste, a contratada deve executar: (i) as obrigações de investimento constantes do Capítulo 3 do PER, que incluem obras e serviços de caráter obrigatório, obras e serviços de caráter não obrigatório, e obras condicionadas ao volume de tráfego; e (ii) todas as demais obras e intervenções necessárias ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho e demais especificações técnicas mínimas estabelecidas no Contrato e no PER (peça 8, p. 13).

76. Some-se que, de acordo com a Cláusula 19, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados ao contrato, inclusive no atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no PER ou de outros prazos estabelecidos entre as partes (cronogramas de investimentos apresentados pela empresa na proposta comercial ofertada em licitação, localizados à peça 22) (peça 8, pp. 30-31).

77. Segundo dispõe o item 20.1.1 do Contrato 1/2011, sempre que atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, restaria mantido o equilíbrio econômico financeiro (peça 8, p. 32). Por outro lado, constatada a inexecução de obras obrigatórias, o Contrato 1/2011 dispõe ainda que a ANTT poderá efetuar a recomposição o equilíbrio contratual, nas hipóteses das subcláusulas 8.3.2, 16.1.8 e 34.12.1, abaixo parcialmente, com grifos acrescidos (peça 8, p. 14, 22, 33, 45):

**8.3.2 Na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii);**

20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:

(i) na hipótese de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 20.5;

(ii) na hipótese de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessárias a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da subcláusula 20.6;

**(iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas nos itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.**

78. Constatada a violação às normas que regulamentam a matéria e às regras contratuais no tocante ao inadimplemento obrigacional e ao desequilíbrio econômico e financeiro do contrato, evidencia-se inafastável a competência fiscalizadora do TCU para determinar medidas saneadoras com vistas à correção dos atos inquinados com o fim de atendimento ao interesse público/Administração/Usuários.

79. Isto posto, o descumprimento contratual e a conduta omissiva da agência regulamentadora em penalizar a empresa e/ou proceder ao reequilíbrio financeiro do contrato por meio de revisões tarifárias adequadas à realidade legitimam a atuação do controle externo. Logo, não há que se aventar usurpação de competência em razão da fiscalização procedida.

80. Também não há como acatar a tese de (ii) ofensa à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito em vista de uma nova interpretação conferida pelo Tribunal ao contrato de concessão, haja vista que esta ilação não corresponde à situação fática tratada nos autos.

81. No que concerne à segurança jurídica, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual, também não desobedeceu às regras entabuladas entre as partes, mas constatou o inadimplemento obrigacional configurado pela inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária – não edificação de obras obrigatórias; e a conduta omissiva da ANTT frente aos reajustes das tarifas dos pedágios sem a contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no planejamento – PER.

82. Ainda quanto à segurança jurídica, no que concerne ao inadimplemento obrigacional, a fiscalização procedida pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária constatou a inexecução de obras de caráter obrigatório previstas no cronograma de obras contratado com a empresa. Portanto, se é para se concluir pela quebra do contrato, forçosamente é necessário reconhecer que esta conduta se originou por parte da própria ECO 101, e não do TCU.

83. Sobre o assunto, a Subcláusula 8.3.2 do Contrato 1/2011 preconiza que, na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii). Tal dispositivo reza que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado

apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta (peça 8, pp. 27-33).

84. Portanto, a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro é procedimento que decorre de previsão constante do próprio instrumento contratual, por consequência da inexecução dos investimentos (itens 20.1.3 e 20.4.2 do Contrato 1/2011, peça 8, pp. 32 e 33), além de prever a aplicação de penalidades (itens 18.1 e 18.2 do Contrato 1/2011 – peça 8, pp. 27-28).

85. Por sua vez, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro busca a justa equivalência entre encargos e benefícios, entre contratantes e contratados, vale para ambas as partes de um contrato, e é matéria que encontra amparo na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), na Lei 8.666/1993 (arts. 58 e 65), na Lei 8.987/1995 (art. 9º, §§ 2º e 4º, e art. 10º). Assim, assumidos encargos pelo contratado, há uma retribuição justa estabelecida inicialmente, conforme pactuado no instrumento contratual formalizado, que deve ser perquirida ao longo do período de vigência do ajuste, por meio do pagamento das tarifas de pedágio.

86. Logo, diferentemente do que sugere a ECO 101, ajustes na tarifa em função do descumprimento dos prazos do cronograma de investimentos e do PER não são uma penalidade à Concessionária, mas apenas um mecanismo para ajuste do reequilíbrio econômico-financeiro, ante o descumprimento de obrigações contratadas, de atrasos sistemáticos e da inobservância ao Plano de Negócios.

87. Outrossim, não há qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, haja vista que as revisões propostas pela unidade técnica se encontram previstas no contrato e buscam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, atualmente em desfavor dos usuários, o que não constitui ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e encontra vasto amparo na doutrina, bem como no ordenamento jurídico pátrio (Acórdão 606/2008 – TCU – 2ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler).

88. Para o Supremo Tribunal Federal – STF, o contrato de concessão, modalidade de contrato administrativo, é flexível, estando sujeito a alterações segundo as exigências do serviço público. Trata-se de contrato de adesão, ao qual são inerentes as chamadas cláusulas exorbitantes, decorrentes da supremacia do interesse público. O Poder Público pode a qualquer tempo impor essas alterações sempre que for conveniente à prestação do serviço concedido. Não há ato jurídico perfeito (no sentido de que sua execução possa ser exigida judicialmente) quando se trata de concessão de serviço público, restando ao concessionário que se julga prejudicado cobrar do poder concedente eventual reparação econômica dos prejuízos e, quem sabe, de eventuais lucros cessantes (MS 34.203/DF; 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, sessão ordinária de 21/11/2017).

89. A Suprema Corte reconheceu a possibilidade de alteração unilateral do contrato de concessão pela Administração, desde que, caso atingido o núcleo da avença - vantagens asseguradas a cada parte -, seja observada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (ADI 1746/SP; Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, sessão ordinária de 18/9/2014).

90. Inclusive, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência autorizam a adoção de medidas em relação aos contratos administrativos com vistas à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro.

91. Nesta linha, convém revistar que o §1º do art. 57 da Lei 8.666/1993 prevê hipóteses de ajustes para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, o que, por óbvio, não afeta a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito. Por conseguinte, não há que se falar em situação jurídica consolidada.

92. Na mesma toada, o art. 7º da Lei 8.987/1995 atribui como um direito de o usuário receber o serviço de forma adequada e o art. 29 da lei preconiza como incumbência ao poder concedente a fiscalização da prestação dos serviços e o zelo pela qualidade, bem como a aplicação de penalidades regulamentares e contratuais, e a revisão das tarifas.

93. A Resolução ANTT 675/2004 também estabelece, em linhas gerais, procedimentos para recompor a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da contratada e a retribuição de obras e serviços aos usuários da rodovia, nos âmbitos das concessões rodoviárias federais.

94. Do ponto de vista do instrumento da formalização da relação entabulada entre as partes, o contrato se evidencia equilibrado e as condições efetivas da proposta mantidas, se estiver sendo cumprida a totalidade de seus deveres e direitos, inclusive o cronograma financeiro, consoante disposto na cláusula 20.4.2 do Contrato 1/2011.

95. A equipe constatou a inobservância ao cronograma de investimentos, ou seja, ao plano de negócios, que constitui a proposta apresentada pela contratada por ocasião do certame. Quando da licitação, a Administração determina os investimentos a serem executados e o prazo máximo para conclusão, bem como fixa a TIR da avença.

96. No que tange aos dispêndios, a contratante se obriga a investir, dentro dos prazos do PER, os montantes anuais com cada item discriminado no Programa. Com base nesses desembolsos e nas receitas correspondentes, obtém-se o equilíbrio do fluxo de caixa – Valor Presente Líquido (VPL) do saldo do fluxo de caixa nulo – e a consequente Tarifa Básica de Pedágio. Uma posterior alteração no cronograma, como o adiamento do início da execução de uma obra, resulta em um VPL não nulo, portanto a avença passa a estar desequilibrada e gera ganhos indevidos da Concessionária e prejuízos aos usuários.

97. Nessa linha, as determinações expedidas pelo Tribunal não buscam afetar o equilíbrio financeiro do contrato ou alterar a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato. As medidas visam ao contrário, o efetivo cumprimento/realização dos investimentos por parte da Concessionária e do contrato, por intermédio da aplicação das sanções/penalidades e do reequilíbrio econômico-financeiro, de forma tempestiva, caso verificada a reincidência e a contumácia no inadimplemento obrigacional.

98. Para ilustrar, a seguir, reproduzem-se as determinações à ANTT constantes dos itens 9.3.1, 9.3.3, 9.3.8, 9.3.9, 9.3.10 e 9.3.11, com grifos acrescidos, acompanhados dos fundamentos técnicos que fundamentaram a prolação das medidas:

Determinações Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário	Exame
9.3.1. no prazo de 60 dias, <b><u>promova a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos equivocadamente incluídos sem possuírem projetos executivos e orçamentos analíticos</u></b> – 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; (...)	- inclusão, pela ANTT, de obras de retificação de traçado sem que houvessem sido elaborados os projetos executivos e os orçamentos analíticos, o que contraria o disposto no art. 3º da Resolução-ANTT 3.651/2011; - o projeto e o orçamento para os novos investimentos não trata de mera formalidade, uma vez que a definição do valor da tarifa está diretamente relacionada ao montante a ser investido, de modo que a utilização de valores imprecisos pode comprometer a modicidade tarifária (Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º) e representar afronta à necessidade legal de se definir os montantes de recursos associados aos investimentos a serem realizados na concessão (Lei 10.233/2001, art. 35, inciso IV). (peça 127, pp. 16-17)
9.3.3. no prazo de 60 dias, <b><u>ajuste o cronograma de investimentos de modo a não permitir a existência de prazos posteriores aos constantes do PER</u></b> , 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; (...)	- a falta de sincronia entre os valores apropriados no cronograma de investimentos e as metas estabelecidas no anexo C do PER para a construção de passarelas e vias locais, cujo efeito é a não realização de desconto da TBP se observada inexecução, em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995;
9.3.8. no prazo de 90 dias, <b><u>promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da</u></b>	- inexecução de obras obrigatórias previstas no PER, em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 23, parágrafo único,

<p><b><u>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,</u></b> 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;</p>	<p>inc. I e II da Lei 8.987/1995; - desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da concessionária.</p>
<p>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, <b><u>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,</u></b> 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;</p>	<p>- inexecução de obras obrigatórias previstas no PER, em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995; - desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor dos usuários (aumento da receita por meio da Tarifa Básica de Pedágio, sem o correspondente aumento da despesa, dada a inexecução dos investimentos obrigatórios previstos no cronograma de obras contratado).</p>
<p>9.3.10. no prazo de 90 dias, <b><u>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,</u></b> 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;</p>	<p>- inexecução de obras obrigatórias previstas no PER, em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995; - desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor dos usuários.</p>
<p>9.3.11. no prazo de 60 dias, no âmbito do contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA, <b><u>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,</u></b> e levando a termo na revisão extraordinária mencionada no item anterior, em observância ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;</p>	<p>- No que tange à execução das obras de duplicação dos subtrechos C e D (item 9.5.3); - não plausibilidade da conclusão dos investimentos no prazo previsto, uma vez que ainda careciam de licença prévia (lembrando que após a obtenção da licença prévia, é necessário conseguir a licença de instalação para posteriormente começar as obras); -a Autarquia e ECO 101 reconhecem a não conclusão das obras no prazo previsto, assim como pontuado pela equipe de fiscalização do TCU; - a agência deve fazer uso dos dados de campo pertinentes,</p>

*bem como das informações técnicas disponíveis, para que o cronograma financeiro – parâmetro para a determinação da tarifa a ser cobrada – tenda a refletir a real expectativa de realização de investimentos, pois não é aceitável que o pedágio pago pelos usuários se baseie em premissas inverossímeis (peça 127, pp. 15-16)*

99. *Repise-se que as determinações decorrem da atuação deficiente da ANTT na fiscalização da execução contratual por parte da concessionária, e, conforme mencionado, as medidas buscam apenas conferir o efetivo cumprimento do contrato por parte da Concessionária, em atenção ao equilíbrio das receitas e despesas, e em defesa dos direitos dos usuários.*

100. *Veja-se que o exame técnico procedido no caso se debruçou sobre inexecuções sistemáticas dos contratos de concessões de rodovias; aumento artificial da rentabilidade dos projetos e incentivos para comportamentos oportunistas dos concessionários – o descumprimento no cronograma de investimentos mostrou-se economicamente mais vantajoso.*

101. *Por consequência, diferentemente do alegado pela recorrente, não se verifica no exame procedido nos autos a inobservância aos arts. 4º, 9º, 10 e 23 da Lei 8.987/1995, dispositivos que guardam a vinculação da execução contratual aos termos pactuados, eis que as determinações proferidas encontram amparo nos termos da lei e do edital da licitação; e a revisão da tarifa do serviço encontra-se amparada na lei, no edital e no contrato formalizado.*

102. *No que concerne aos (iii) argumentos esparsos, convém ressaltar que o pronunciamento do TCU a respeito das fases do procedimento legal da contratação pública (Acórdão 1656/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. José Múcio) não reveste de legalidade os atos praticados para fins de execução do objeto pactuado, como não obsta atuações fiscalizadoras nesta seara. Trata-se de etapas distintas – planejamento e contratação, e execução dos serviços.*

103. *Também não socorre à recorrente a letra do inciso V do art. 49 da CF, pois trata da competência exclusiva do Congresso Nacional para sustar atos normativos do poder executivo que exorbitem do poder regulamentar, e o caso em comento não versa sobre esta matéria.*

104. *Contrariamente ao asseverado nas razões do recurso, o inciso II do art. 250 do RI/TCU dispõe que o TCU, nos casos de fiscalização de atos e contratos, determinará a adoção de providências corretivas, quando não for o caso de aplicação de multa, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das medidas exaradas por parte do auditado, situação que se amolda ao caso sob exame.*

105. *Sobre a questão da revisão tarifária, sobretudo quanto à irrisignação da recorrente em razão das medidas proferidas nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário, cabe examinar o arcabouço normativo que regulamenta o assunto, em especial o disposto na Resolução ANTT 675/2004 e no Contrato 1/2011.*

106. *Em princípio, na revisão ordinária da tarifa do pedágio, o poder concedente reavalia os encargos em confronto com o retorno financeiro, nos termos acordados, a fim de corrigir desequilíbrios e ajustando-se o valor da tarifa da prestação do serviço público. Já a revisão extraordinária, ocorre sempre que um evento imprevisível, de consequências incalculáveis, desequilibre econômica ou financeiramente o contrato de concessão (VASCONCELOS, Adalberto Santos. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS NO BRASIL – Brasília, 2004.).*

107. *Sob o manto normativo, a Resolução ANTT 675/2004, em sua redação antiga, previa que seriam tratadas nas revisões ordinárias as repercussões no cronograma financeiro decorrentes de antecipações e postergações autorizadas ou inexecuções de obras e serviços previstas nos cronogramas anuais do Programa de Exploração ([http://appweb2.antt.gov.br/acpublicas/apublica2004-14/APublica2004-14\\_Resolucao.pdf](http://appweb2.antt.gov.br/acpublicas/apublica2004-14/APublica2004-14_Resolucao.pdf)).*

108. *Mesmo com a alteração da norma pela Resolução ANTT 5.172/2016, o inciso III do art. 2º da Resolução 675/2004 da ANTT continua a prever como objeto as revisões ordinárias as*

*repercussões decorrentes de inexecuções, antecipações e postergações de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração da Rodovia – PER.*

*109. Relativamente às revisões extraordinárias, com a nova redação conferida pela Resolução ANTT 5.172/2016, o art. 2º-A da Resolução 675/2004 da ANTT passou a disciplinar que nestes casos serão consideradas as repercussões decorrentes, única e exclusivamente, em razão de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito, fato da Administração, alteração unilateral do contrato, ou fato de príncipe que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária.*

*110. Em outras palavras, a revisão extraordinária abarca as hipóteses de álea extraordinária, em que a Concessionária não der causa ao fato ensejador do ajuste, eis que, a partir de uma interpretação teleológica da redação da norma, intenciona-se proteger o contrato de prejuízos ocasionados por fatos imprevisíveis, alheios à sua vontade ([http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/1675/Resolucao\\_n\\_675.html](http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/1675/Resolucao_n_675.html)).*

*111. De toda forma, no presente caso, as obras de caráter obrigatório ainda não executadas por parte da Concessionária foram postergadas em comum acordo com a ANTT, o que resulta na necessidade de ajustes no cronograma financeiro e na readequação do Programa de Exploração Rodoviária – PER, conjuntamente com as necessidades dos usuários, da Administração Pública e da Concessionária. A situação se amolda ao inciso III do art. 2º da Resolução ANTT 675/2004, devendo ser objeto das revisões ordinárias, realizadas com frequência anual, por ocasião dos reajustes tarifários.*

*112. Sob o manto das disposições contratuais, abaixo transcrevem-se os itens 8.3.2, 16.4.1, 16.5.1, 20.1.3, 20.4.2, que cuidam da matéria (peça 8, pp. 14, 26, 27, 32):*

***‘8.3 Obras e serviços de caráter obrigatório***

***8.3.1 As obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER como obras de caráter obrigatório deverão estar concluídas no prazo e condições estabelecidas.***

***8.3.2 Na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii). (...)***

***16.4 Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio***

***16.4.1 É a revisão anual da Tarifa Básica de Pedágio, realizada pela ANTT previamente ao reajuste, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos neste Contrato, conforme disposto na regulamentação da ANTT.***

***16.5 Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio***

***16.5.1 É a revisão da Tarifa Básica de Pedágio, decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão em razão das hipóteses estabelecidas na subcláusula 20.1, quando cabíveis. (...)***

***20 Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro***

***20.1 Cabimento da Recomposição***

***20.1.1 Sempre que atendidas as condições do Contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.***

***20.1.2 A Concessionária somente poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses previstas na subcláusula 19.2 acima.***

***20.1.3 A ANTT poderá efetuar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando cabível nos termos da lei e nas hipóteses previstas neste Contrato, em especial, as subcláusulas 8.1.6, 8.3.2, 16.1.8 e 34.12.1. (...)***

***20.4 Critérios e Princípios para a Recomposição (...)***

20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio: (...)

(iii) **a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta (grifos acrescentados).**'

113. Da leitura ao instrumento contratual, tem-se que na hipótese de inexecução das obras obrigatórias, a Concessionária estará sujeita às penalidades contratuais, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Contudo, diversamente do previsto na Resolução ANTT 675/2004, o contrato direciona a matéria a ser tratada por meio de revisões extraordinárias, que aliada à atuação intempestiva da ANTT na correção das distorções (inexecuções de obras/ausências de desembolsos por parte da concessionária) na tarifa do pedágio, o que justifica o posicionamento técnico adotado na fase de instrução originária neste sentido.

114. Destarte, embora a determinação no sentido de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da Rodovia BR 101/ES/BA, por intermédio da redução da tarifa, seja justa e necessária, e em conformidade com a previsão contratual, em virtude de previsão específica da matéria em regulamentação própria (Resolução ANTT 675/2004), entende-se que tais revisões não devam ser tratadas por meio de revisão extraordinária (item 9.3.8 do acórdão recorrido). Portanto, o recurso deve ser provido quanto a este ponto para que a determinação seja alterada, passando a constar que o reequilíbrio deva ocorrer na próxima revisão ordinária.

115. Sob o ponto de vista econômico, poder-se-ia alegar que opção da unidade técnica se baseia no fato de a revisão extraordinária ser consentânea e tempestiva, já que, em tese, poderia ocorrer a qualquer momento. Contudo, bem é de se ver que a revisão ordinária abarca os efeitos financeiros da inexecução das obras obrigatórias/investimentos de forma retroativa, ou seja, considera desde o momento inicial do descumprimento obrigacional.

116. No que se refere ao questionamento da Recorrente quanto à determinação para o levantamento dos investimentos não realizados para o ajuste no cronograma financeiro e o consequente impacto no valor da tarifa, a medida também atende ao disposto na Lei 10.233/2001 e no Contrato 1/2011 (item 9.3.11 do acórdão recorrido).

117. Ora, ao manter a tarifa de pedágio sem descontos, a despeito da inobservância à execução das obras e serviços de caráter obrigatório, tem-se ganhos indevidos por parte da Concessionária, que não realizou todos os desembolsos/despesas previstos, e os usuários pagam por obras/serviços indisponíveis, o que revela o desequilíbrio econômico-financeiro em favor da contratada.

118. Também não procede o argumento relativo ao impacto da revisão tarifária e os picos indesejáveis no valor da tarifa, uma vez que, para o consumidor, se lhe é mais benéfica a oscilação em razão da minoração dos valores relativos aos preços dos serviços de forma a torná-los condizentes com os serviços que lhe são disponibilizados/prestados diuturnamente no usufruto da rodovia.

119. Ante o presente exame, vê-se que a Recorrente não apresenta elementos capazes de afastar as irregularidades que fundamentaram as determinações expedidas - inexecução parcial do contrato em virtude da não edificação de obras de caráter obrigatório, e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor do consumidor.

120. De toda forma, o recurso deve ser parcialmente provido para que a determinação constante do item 9.3.8 do acórdão recorrido seja modificada e as alterações decorrentes da inexecução de investimentos em obras obrigatórias sejam tratadas por revisões ordinárias, contendo, retroativamente, o impacto desde o prazo inicial do descumprimento.

121. No que concerne à peça 180, posteriormente apresentada, a recorrente anexou documentos comprobatórios de suposto cumprimento ao acórdão recorrido. O monitoramento do

*cumprimento das deliberações proferidas por esta Casa é matéria de competência da unidade técnica de origem, motivo pelo qual propõe-se o encaminhamento dos autos, após o julgamento do recurso, ao escrutínio da SeinfraRodovias.*

**Razões recursais da ANTT** (peça 168)

*122.A ANTT interpôs pedido de reexame apenas em razão dos itens 9.3.8 e 9.3.9 do acórdão recorrido. Quanto às demais matérias abordadas na peça recursal, referem-se a informações/dados/elementos quanto ao cumprimento das determinações do TCU, motivo pelo qual, ao fim do julgamento dos recursos, os autos devem ser remetidos à unidade técnica responsável pela instrução originária para o monitoramento do presente feito.*

*123.Para facilitar a leitura, as determinações objeto do recurso encontram-se abaixo transcritas:*

*‘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;’*

*124.No âmbito formal, a autarquia busca demonstrar que: i) a aplicação imediata e unilateral do acórdão gerará insegurança e riscos jurídicos; ii) a forma de cálculo do reequilíbrio não é apenas uma praxe administrativa que pode ser alterada ao arbítrio do Poder Concedente e há previsão editalícia para tal (peça 168, p. 12).*

*125.Aduz que as determinações violam a própria jurisprudência do TCU no conceito de controle de segunda ordem; e que a revisão extraordinária não seria o instrumento adequado para a aplicação da medida, sendo cabível, com base na Resolução ANTT 675/2004, sua discussão no âmbito da revisão quinquenal (peça 168, p. 12).*

*126.Sob o aspecto material, a ANTT entende que as determinações são inaplicáveis, porquanto: o reequilíbrio da forma determinada nos item 9.3.8 e 9.3.9 contraria as premissas de um Fluxo de Caixa; e não é possível, operacionalmente, separar um Plano de Negócios em duas partes, de forma que o reequilíbrio em razão das inexecuções seja feito nos moldes propostos pelo TCU e o reequilíbrio de todos os demais itens do Plano de Negócios seja feito mantendo constante a Tarifa Básica do Pedágio – TBP do ano subsequente até o final do contrato de concessão, o que faria com que sofresse aumentos ou reduções de forma abrupta (efeito ‘sanfona’) (peça 168, p. 12).*

127. De início, alega que a alteração unilateral do reequilíbrio dos contratos afeta diretamente a expectativa dos agentes envolvidos, com riscos para contratos presentes e futuros. Acresce que os agentes se adaptam e definem o risco de seus investimentos com base nas ações rotineiras e em interpretações contratuais reiteradas, e que o princípio de reequilíbrio no Fluxo de Caixa, considerando a alteração da TBP da data da revisão até o final do prazo remanescente da concessão já vem sendo aplicado desde os contratos da primeira etapa de concessão, firmados na década de 1990, bem como foram aplicados na 2ª e 3ª etapas (peça 168, p. 12).

128. Aduz que o TCU acompanhou o edital, a minuta do contrato, ambos aprovados pelo Acórdão 1651/2011 – TCU – Plenário, e em acolhimento à IN TCU 46/2004, após cada revisão tarifária, encaminham-se ao Tribunal todas as planilhas com a memória de cálculo das revisões e dos reajustes, demonstrando que o reequilíbrio econômico financeiro dos contratos é alcançado quando o valor presente líquido do fluxo de caixa é zerado, mantendo a TBP constante da data de revisão tarifária até o prazo remanescente do contrato. O procedimento denota que esta Casa detinha amplo conhecimento da forma do cálculo (peça 168, pp. 12-13).

129. Aponta que a nova interpretação contratual concedida pelo TCU não é a mais aderente aos termos pactuados, tanto que o Ministro Revisor Walton Alencar teria reconhecido a evolução do entendimento no Contrato da Rodovia de Integração do Sul. Paralelamente, pondera que o próprio TCU reconhece a impossibilidade de se abusar da interpretação de cláusulas contratuais em favor da Administração, conferindo aditivos de obrigações implícitas e desconsiderando as demais cláusulas que levam a conclusões diametralmente opostas (peça 168, pp. 13-16).

130. No que toca à forma de cálculo constante do Anexo 16 do Edital de Concessão 1/2011, assevera que há previsão da manutenção das premissas do plano de negócio no cômputo considerado. Assim, além da manutenção da Taxa Interna de Retorno – TIR, de forma que seja nulo o Valor Presente Líquido do Fluxo de Caixa (FCO), também devem ser mantidas a projeção de tráfego, as alíquotas e base do cálculo do Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre Lucro Líquido, receitas financeiras sobre a remuneração do pedágio, e a vinculação da tarifa que equilibra o FCO com o período remanescente da concessão (peça 168, p. 16).

131. Transcreve a definição de Plano de Negócios - PN, aponta que o item 9.1.2 do edital previa que a proposta econômica escrita deveria refletir a tarifa básica do pedágio constante do PN. Acresce que em resposta a esclarecimentos do edital, resta consignado que o Fluxo de Caixa apresentado pela proponente vencedora seria utilizado para o posterior reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ao longo do prazo da concessão, sendo utilizada a TIR conforme estipulado pela Cláusula 20.4 da minuta do contrato (peça 168, pp. 16-17).

132. Destaca que na planilha apresentada pela proposta vencedora, consta o Fluxo de Caixa que ampara o plano de negócios ofertado, com base na expectativa de que o equilíbrio econômico financeiro do contrato se dá por meio de alterações na TBP no momento da revisão, e que a TBP do ano subsequente se encontra vinculada à TBP do exercício anterior, até o final do prazo da concessão. Conclui o raciocínio no sentido de que as relações pactuadas no contrato entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários somente podem ser aferidas e preservadas adequadamente mantendo-se o equilíbrio inicial do contrato (peça 168, p. 17).

133. Pondera que a planilha do edital serviu de base para a proposta comercial – Fluxo de Caixa não alavancado (Plano de Negócios) e cita o inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001, que prevê o instrumento contratual como reflexo fiel das condições do edital e da proposta vencedora e apresentará os deveres relativos à exploração da infraestrutura e prestação dos serviços, incluindo os programas de trabalho, o volume de investimentos e os cronogramas de execução. Aponta que o dispositivo legal teria sido afrontado pelo acórdão e revêcia que fórmulas matemáticas e de cálculo são partes integrantes da relação de concessão contratada pela Administração (peça 168, p. 17-18).

134. Em seguida, defende que as determinações proferidas nos itens 9.3.8 e 9.3.9 do acórdão violam a própria jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 1703/2004, 1926/2004, 2022/2004, 2067/2004, 556/2005 e 649/2005, em que restou estabelecido que o TCU não pode substituir os órgãos que controla, nem estabelecer o conteúdo de ato de competência do órgão regulador, salvo quando verificar ilegalidade ou omissão no cumprimento das normas jurídicas pertinentes. Assim, caberia a esta Corte apenas o controle de segunda ordem, ou seja, de forma complementar à fiscalização das atividades finalísticas das agências reguladoras e cita precedentes do Tribunal neste sentido (peça 168, pp. 19-24).

135. Passa a discorrer sobre a inadequação da revisão extraordinária como instrumento para se proceder aos ajustes determinados pelo TCU, pois afronta a Resolução ANTT 675/2004, que disciplina as hipóteses de revisão ordinária, extraordinária e quinquenal e preconiza, em seu art. 2º B, parágrafo único, que as questões relacionadas ao reequilíbrio econômico-financeiro podem ser discutidas no âmbito da revisão quinquenal, desde que submetidas a processo de participação e controle social (peça 168, pp. 24-25).

136. Adiciona ainda que o reequilíbrio contratual na forma determinada pelos itens 9.3.8 e 9.3.9 contraria as premissas de um Fluxo de Caixa, pois afronta o equilíbrio entre as entradas e as saídas, mecanismo a ser remunerado por meio de uma Taxa Interna de Retorno – TIR que deve ser mantida por uma Tarifa Básica de Pedágio – TBP, que reequilibra o fluxo desde a revisão até o final do prazo da concessão (peça 168, p. 26).

137. Explica que a Taxa Interna de Retorno - TIR (não alavancada) é o parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro utilizado nos contratos de concessões rodoviárias regulados pela ANTT tanto para o Fluxo de Caixa Original (FCO - plano de negócios vencedor do leilão), quanto para o Fluxo de Caixa Marginal (FCM). Assim, a TIR representa a rentabilidade média anual de um projeto, e, matematicamente, se revela como a taxa de desconto que anula o Valor Presente Líquido (VPL) do Fluxo de Caixa do projeto, ou seja, ela é a taxa de juros que iguala as entradas e saídas do Fluxo de Caixa, em um dado instante, usualmente o instante zero (peça 168, p. 26).

138. No que tange ao Fluxo de Caixa Original, explica como uma planilha disponibilizada no edital, para a formulação das propostas comerciais e apresentação do seu Fluxo de Caixa não alavancado (ECO - Plano de Negócios). Ao passo que o Fluxo de Caixa Marginal, no momento da inclusão de obras ou serviços, não previstos no Programa de Exploração da Rodovia (PER), geraria um fluxo de caixa com as premissas constantes da Resolução ANTT 3.651/2011 e da Resolução ANTT 4.075/2013 (peça 168, p. 27).

139. Acresce que premissa de reequilíbrio econômico-financeiro em um Fluxo de Caixa é aplicada para qualquer evento de desequilíbrio (inexecução, exclusão, inclusão de investimentos, e demais itens previstos na matriz de risco do contrato), não podendo o impacto ocorrer em um ano para inexecução e ao longo do contrato para uma exclusão ou inclusão de obras, por exemplo (peça 168, p. 27).

140. Ainda, obtempera a impossibilidade de se separar, operacionalmente, um plano de negócios em dois, de forma que o reequilíbrio das inexecuções seja feito nos moldes propostos pelo TCU (considerando o reequilíbrio na TBP no ano subsequente) e o reequilíbrio de todos os demais itens do Plano de Negócios seja feito mantendo constante a TBP do ano subsequente até o final do contrato de concessão. Caso se modificasse o Fluxo de Caixa para que seu reequilíbrio se desse sempre no ano subsequente, seria necessário perquirir todos os itens de desequilíbrio, conforme matriz de risco contratual. Esta prática faria com que, anualmente, a TBP aumentasse ou diminuísse de forma abrupta (efeito 'sanfona'), em contradição ao princípio da modicidade tarifária (peça 168, p. 27).

141. A título de exemplo, a simulação da exclusão dos valores atualmente alocados no 5º ano de concessão da EC0101 relativos ao Contorno de Iconha (R\$ 34.674.006,97 a preços iniciais de janeiro de 2009), daria um impacto na TBP de -3,0%, reduzindo a tarifa desde a data

da revisão tarifária até o fim do contrato de concessão. Se adotada a mesma exclusão, na forma determinada pelo TCU, com impacto concentrado em um ano, o impacto na TBP do próximo ano concessão seria uma redução de -37,80% e no ano seguinte voltaria à TBP anterior (aumento de 37,80%). Se, porventura a obra fosse realizada e fosse reincluída no ano seguinte, surgiria novamente um aumento da TBP de +39,0% (peça 168, pp. 27-28).

142. Em outras palavras, o exemplo acima demonstraria o efeito sanfona na TBP, em caso de aplicação dos impactos tarifários concentrados em um ano. Neste exemplo, havia a tarifa vigente de R\$ 3,80 na P1 da EC0101. Com a exclusão do contorno de Iconha a tarifa seria reduzida para R\$ 2,40 e no ano seguinte voltaria para R\$ 3,80, se a obra fosse realizada no ano seguinte, a tarifa aumentaria para R\$ 5,30 (peça 168, p. 28).

143. Assevera que o efeito sanfona é nefasto para a previsibilidade tarifária, sendo capaz de causar impactos em diversas áreas, em particular para a logística do País, tendo em vista que a imprevisibilidade tarifária atingiria os transportadores de cargas, realizadas em sua grande maioria pelo modal rodoviário, com riscos semelhantes equivalente à 'greve dos caminhoneiros' realizada em meados de 2018 (peça 168, p. 28).

144. Apresenta elementos adicionais de defesa às peças 177 e 179.

145. Relativamente à peça 177, trata-se de cópia do anexo I de minuta de portaria que define os procedimentos relativos ao acompanhamento dos contratos de concessão. A minuta apresenta prazos estimados a serem observados na hipótese de postergação de investimentos, com referência aos procedimentos prévios de licenciamento ambiental, projetos e desapropriação.

146. No que toca à peça 179, a ANTT apresenta informações complementares ao recurso concernentes à metodologia para se efetuar reequilíbrio econômico financeiro em virtude da inclusão de obras no contrato de concessão da Rodovia BR 101 ES/BA.

147. Trata-se da Retificação de Traçado de 23 trechos, incluída na 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio, com base nos valores apresentados na proposta comercial da concessionária. Segundo a ANTT, esses valores foram excluídos em virtude do item 9.3.1 do acórdão recorrido que determinou a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos sem projetos executivos e orçamentos analíticos, relativos às obras de retificação da 2ª Revisão extraordinária e da 3ª Revisão Ordinária (peça 179, p. 1).

148. A ANTT informa que para efetuar o devido reequilíbrio econômico-financeiro destas obras foi solicitado à Concessionária o atendimento à Resolução ANTT 3.651/2011, com a definição do valor com base na composição dos custos do SICRO/DNIT, por meio da análise dos projetos executivos e orçamentos.

149. Entretanto, devido às dificuldades para elaboração de orçamento dessas obras em separado do projeto de duplicação, a Concessionária ECO 101 propôs considerar o projeto executivo referente à duplicação da rodovia e seu respectivo orçamento, acrescido do percentual de 54,02%, determinado a partir da diferença entre os custos de duplicação e de retificação de traçado por quilômetro, previstos nos estudos do EVTEA.

150. A Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias (GEENG) analisou a proposta da Concessionária e, por meio do Memorando 254/2018/GEENG/SUINF, de 28.08.2018, entendeu que a metodologia de custos apresentada para as obras de retificações de traçado não se mostrava tecnicamente adequada e favorável à Administração. A GEENG também observou que aferir os custos de retificação de traçado, em cada trecho de correção do traçado da pista existente, em separado dos demais custos da duplicação, se torna tecnicamente complexa e subjetiva quando se orça as obras de retificação de traçado a partir do respectivo projeto executivo, haja vista a concomitância com obras de duplicação e a interdependência dos serviços da nova pista e na pista existente.

151. Então, a GEENG recomendou, para fins de reequilíbrio econômico financeiro, que se proceda com base no valor médio por km previstos no PER, de acordo com o plano de negócios

da concessionária e em atenção ao princípio da economicidade, sendo a apresentação e aceitação do projeto executivo obrigatória, respectivamente para fins de avaliação dos aspectos técnicos e execução da obra. Ressalvou que este entendimento está em consonância com recente manifestação do TCU, Acórdão 1473/2017 — Plenário: ‘A chancela dada pelo TCU à resolução 3.651/2011 teve como foco central a inadequação de critérios econômicos utilizados pela ANTT quando da inserção de novos investimentos nas concessões da 1ª Etapa’ (peça 179, p. 2).

152.A ANTT considera que, muito embora seu posicionamento conflita com a Resolução 3.651/2011, a solução atenderia ao princípio da economicidade e vai ao encontro de recente entendimento do TCU sobre o assunto (peça 179, p. 2).

153.Diante do exposto, solicita que o entendimento dado pelo Acórdão 1447/2018 –TCU – Plenário seja revisto, de modo a permitir a utilização de valores constantes do plano de negócios das concessionárias de rodovias para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão na inclusão de obras ao contrato, quando estes atenderem o princípio da economicidade e do interesse público (peça 179, p. 2).

#### Análise

154.No tocante aos aspectos formais suscitados pela recorrente, contrariamente ao asseverado pela ANTT, as determinações constantes dos itens 9.3.8 e 9.3.9 do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário não geram insegurança e riscos jurídicos, tampouco alteram o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

155.Conforme visto no exame das razões recursais da ECO 101, quanto à atuação do Tribunal na fiscalização de agências regulamentadoras, não compete ao TCU executar o controle de primeira ordem/fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas examinar se o poder concedente fiscaliza de forma adequada a execução de contratos celebrados.

156.Assim, o TCU possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras, de forma complementar, no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Isso porque o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do Tribunal, que pode fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados.

157.No caso de atos irregulares vinculados, ou seja, quando entidades reguladoras violem expressa disposição legal, o TCU pode determinar a adoção das providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Logo, o Tribunal deve fiscalizar a atividade finalística de agências reguladoras, de forma complementar e subsidiária, em caso de atos irregulares/ilegais praticados.

158.No presente caso, a fiscalização procedida pela Secretaria Especializada destacou duas irregularidades graves: i) inexecução de obras de caráter obrigatório, e ii) desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do inadimplemento obrigacional.

159.Violadas as disposições legais e contratuais caracterizadas pela inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária e em vista da atuação ineficiente da ANTT, evidencia-se inafastável a competência fiscalizadora do TCU para determinar medidas saneadoras com vistas à correção dos atos inquinados com vistas ao atendimento do interesse público. O descumprimento contratual legitima a atuação do controle externo, e não há que se aventar usurpação de competência em razão da fiscalização procedida.

160.Também não há como acatar a tese de ofensa à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito em vista de uma nova interpretação conferida pelo Tribunal ao contrato de concessão, haja vista que esta ilação não corresponde à realidade dos fatos.

161.No que concerne à segurança jurídica, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual. Igualmente, não desobedeceu às regras entabuladas entre as partes, apenas constatou o inadimplemento obrigacional e a inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária – inexecução de obras obrigatórias, e a conduta omissiva da ANTT frente aos

*reajustes das tarifas dos pedágios sem considerar a ausência da contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no planejamento – PER.*

*162. Também não há qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, haja vista que revisões contratuais com a finalidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença não constitui ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e encontra vasto amparo na doutrina, bem como no ordenamento jurídico pátrio e no próprio contrato firmado.*

*163. Vale frisar que se houve quebra contratual, a conduta se origina do descumprimento obrigacional por parte da ECO 101. Nessa linha, segundo dispõe o item 8.3.2 do Contrato 1/2011, na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii). Tal dispositivo reza que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta (peça 8, pp. 27-33).*

*164. Portanto, ainda que se questione o impacto da medida corretiva determinada pelo TCU na remuneração imediata da contratada, por meio de eventuais descontos concentrados na tarifa de pedágio, convém revistar que a recomposição do equilíbrio se encontra previsto no próprio instrumento contratual (itens 20.1.3 e 20.4.2 do Contrato 1/2011, peça 8, pp. 32 e 33) e a aplicação de penalidades (itens 18.1 e 18.2 do Contrato 1/2011 – peça 8, pp. 27-28).*

*165. Demais disso, a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro encontra-se prevista no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo da previsão expressa na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e na Lei de Licitações e Contratos (art. 57, §1º), bem como na doutrina e na jurisprudência.*

*166. Nos termos do art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2011, cabe à ANTT proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, obedecendo-se as regras legais, editais e contratuais, (art. 9º, caput, da Lei 8.987/1995).*

*167. A Lei 8.987/1995 (art. 9º, §1º e art. 10) estabelece que: ‘os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro’, e ‘sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro’.*

*168. Na mesma toada, o art. 7º da Lei 8.987/1995 atribui como um direito de o usuário receber o serviço de forma adequada e o art. 29 da lei preconiza como incumbência ao poder concedente a fiscalização da prestação dos serviços e o zelo pela qualidade, bem como a aplicação de penalidades regulamentares e contratuais, e a revisão das tarifas.*

*169. Por conclusão, o contrato se evidencia equilibrado e as condições efetivas da proposta mantidas, se estiver sendo integralmente cumprido, o que inclui a estrita observância ao cronograma financeiro e às previsões constantes do PER, consoante disposto na cláusula 20.4.2 do Contrato 1/2011.*

*170. Assim, as determinações direcionadas à ANTT buscam conferir o efetivo cumprimento do contrato por parte da Concessionária.*

*171. No que se refere ao instrumento para a recomposição do equilíbrio, objeto da determinação do subitem 9.3.9, é de se notar que muito embora a recomposição do equilíbrio contratual seja matéria amparada pelo arcabouço normativo e pelo contrato, no instrumento firmado com a concessionária não há previsão de que forma se dará o desconto – concentrado ou diluído – de sorte a se manter as condições inicialmente pactuadas. Neste ponto, faz-se necessária breve elucidação.*

*172. Nos contratos de concessão, encontram-se três fluxos de caixas: operacional, investimento e de financiamento. Consoante explanado pelo Relator a quo no voto condutor do acórdão recorrido, o fluxo de caixa do projeto, sinônimo de fluxo de caixa original e fluxo de caixa não alavancado, corresponde à soma dos fluxos operacional e de investimento. Este fluxo*

*encontra-se previsto no contrato no item 'iii' da cláusula 20.4.2 para os casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos casos de inexecução das obras obrigatórias.*

*173. Todavia não se verifica no contrato a forma do desconto – diluído ou concentrado –, nem a periodicidade da medida, a ser procedido na Tarifa Básica do Pedágio, em função do desequilíbrio decorrente do inadimplemento das obras obrigatórias, de sorte a permanecer inalterada a Taxa Interna de Retorno – TIR do projeto.*

*174. A forma adotada desse desconto – diluído ou concentrado – também não se encontrava prevista nas normas vigentes à época, pois decorre de opção regulatória da ANTT, e, inclusive, a forma concentrada já se encontra prevista nos contratos atuais celebrados pela autarquia.*

*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.*

*176. Portanto, a determinação constante do subitem 9.3.9 não afronta a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito, bem como não altera o fluxo de caixa (operacional e de investimento) ajustado ou a TIR não alavancada contratada.*

*177. No que se refere ao instrumento a ser utilizado para a revisão tarifária, de fato, segundo a norma que disciplina a matéria, aquele que se adequa é a Revisão Ordinária, prevista na Resolução ANTT 675/2004, consoante exame procedido para as razões recursais apresentadas pela Concessionária ECO 101.*

*178. De qualquer modo, registra-se que o pronunciamento do TCU a respeito das fases do procedimento legal da contratação pública (Acórdão 1656/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. José Múcio) não reveste de legalidade os atos praticados para fins de execução do objeto pactuado, como não obsta atuações fiscalizadoras nesta seara. Trata-se de etapas distintas – planejamento e contratação, e execução dos serviços.*

*179. Sob o aspecto material, discorda-se de que o reequilíbrio proposto pelo Tribunal contrarie as premissas de um Fluxo de Caixa – equilíbrio entre entradas e saídas. Ao contrário do alegado, justamente em função do desrespeito ao conceito de Fluxo de Caixa é que se deve reduzir o valor da tarifa aos usuários que pagam por serviços/uso de edificações e obras que não lhe foram disponibilizados, dado que a ECO 101 procedeu a desembolsos/investimentos menores do que aqueles previstos nos primeiros anos do contrato em função das inexecuções das obras.*

*180. Veja-se que no edital da licitação, a Administração determina os investimentos (obrigatórios, não obrigatórios e condicionados ao volume de tráfego) e o prazo para sua execução, bem como fixa a TIR da avença em função da taxa de pedágio que será cobrada dos usuários.*

*181. A empresa elaborou, com base nos prazos do Programa de Exploração Rodoviária – PER, o seu plano de negócios/proposta apresentada por ocasião do certame, e estimou gastos com os investimentos determinados pela Administração – cronograma de investimentos (peça 22).*

*182. Em função da execução desses investimentos e das receitas necessárias a lhes fazer frente, tem-se o equilíbrio do fluxo de caixa – Valor Presente Líquido (VPL) do saldo do fluxo de caixa nulo – e designa-se a correspondente tarifa básica de pedágio.*

*183. Destarte, alterações no cronograma de investimentos, a exemplo das postergações de execuções de obras, resulta em um VPL não nulo e no desequilíbrio do fluxo despesas/receitas em virtude de saídas menores que entradas. Uma vez reduzidos os investimentos/despesas necessita-se da redução da tarifa do pedágio para reequilibrar as receitas na mesma proporção e se manter*

o saldo do Fluxo de Caixa (VPL) nulo, evitando-se ganhos indevidos à Concessionária e prejuízos aos usuários.

184. Também não se pode alegar variações na Tarifa Básica de Pedágio em decorrência de antecipação nos investimentos, haja vista o cronograma de obras e serviços firmado no contrato. Eventuais antecipações resultam da precificação de riscos e de otimização na aplicação do capital por parte da concessionária, portanto, correm à sua conta e risco, e não deverão impactar a TBP, até porque a ANTT dispõe de mecanismos regulatórios para controlar a situação.

185. Nesse sentido, as determinações expedidas pelo Tribunal não buscam afetar o equilíbrio financeiro do contrato ou alterar a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato. As medidas apenas intentam assegurar a execução do ajuste, ou seja, o cumprimento/realização dos investimentos por parte da Concessionária e a aplicação das penalidades e do reequilíbrio econômico-financeiro previstos no contrato, de forma tempestiva, caso verificado o inadimplemento obrigacional.

186. A ANTT argumenta que as reduções das tarifas, anualmente, para fazer face aos atrasos nas obras, bem como seu aumento em função da execução regular dos serviços, nos exercícios subsequentes, gerariam um efeito sanfona/impactos abruptos nos valores pagos pelos usuários. A metodologia contida no Acórdão recorrido ampara-se no próprio Contrato de Concessão. As situações de inadimplência encontradas na fiscalização estão previstas como obras de caráter obrigatório, definidas no PER, Item 3.2 e Apêndice C. Nessa condição, não se amoldam ao disposto na Cláusula 20.4.2, item 'i', do Contrato (inclusão/inexecução de novos investimentos não previstos no PER) nem na Cláusula 20.4.2.ii (inexecução/atraso de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras de caráter não obrigatório). Às obras de caráter obrigatório se aplica, por exclusão, a Cláusula 20.4.2.iii. Portanto, a argumentação perde força na medida em que foi a própria ANTT quem formulou tais metodologias de reequilíbrio conforme a hipótese de inadimplência, as quais foram acatadas pelos licitantes.

187. Demais disso, o argumento esbarra no direito subjetivo do usuário que deve pagar preços acessíveis e suficientes a remunerar com justiça o prestador de serviços, bem como fere o princípio da modicidade tarifária ao impor ao usuário o pagamento por serviços/obras inexectadas, ou seja, concede à Concessionária ECO 101 receitas a que não faz jus.

188. Para os usuários, oscilações para reduzir a tarifa se mostram benéficas em razão do menor custo para a utilização dos serviços e em função da justa remuneração da obra e serviço efetivamente disponibilizados. Ademais, o aumento posterior da tarifa deve se equivaler à TBP aplicada anteriormente.

189. No mais, observa-se que as razões recursais apresentadas pela Concessionária ECO 101 e pela ANTT, não contém o condão de elidir as irregularidades apuradas pelo exame originário – inexecuções de obras obrigatórias e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas cingem-se a discutir potenciais efeitos das medidas corretivas determinadas pelo Tribunal.

190. Por fim, informa-se assistir razão à ANTT quanto à inadequação da utilização da revisão extraordinária para fins de se adequar a Tarifa Básica de Pedágio – TBP a eventual descumprimento contratual. Conforme visto ao longo do exame, a revisão ordinária é o instrumento previsto na norma e que se ajusta a este fim.

191. Quanto às peças apresentadas em momento posterior à interposição do recurso, a peça 177 trata de cópia do anexo I de minuta de portaria elaborada pela ANTT que define os procedimentos relativos ao acompanhamento dos contratos de concessão. A minuta apresenta prazos estimados a serem observados na hipótese de postergação de investimentos, com referência aos procedimentos prévios de licenciamento ambiental, projetos e desapropriação. O conteúdo do documento não contribui para o deslinde da impugnação recursal em análise.

192. Entende-se que a análise da minuta para implementação de regras que serão estipuladas aos procedimentos para acompanhamento dos contratos de concessão é matéria afeta à competência fiscalizadora da SeinfraRodovias, para avaliação dos impactos/benefícios futuros advindos da medida.

193. No que concerne à peça 179, os elementos adicionais de defesa narram as dificuldades enfrentadas pela ANTT para o cumprimento da determinação constante do item 9.3.1, e ao final, solicita que a medida seja reformada.

194. Trata-se de proposta de metodologia para se restabelecer o reequilíbrio econômico do contrato em razão das obras relativas à retificação de traçado de 23 trechos foram incluídas por intermédio da 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio.

195. Para a Concessionária ECO 101, devido às dificuldades para elaboração de orçamento dessas obras em separado do projeto de duplicação, para a valorização desse tipo de obra, deve-se considerar o projeto executivo referente à duplicação da rodovia e seu respectivo orçamento, acrescido o percentual de 54,02%, determinado a partir da diferença entre os custos de duplicação e de retificação de traçado por quilômetro, previstos nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental – EVTEA (peça 179, p. 2).

196. A ANTT propõe que se restabeleça o reequilíbrio econômico com base no valor médio por km previstos no PER, de acordo com o plano de negócios da concessionária, sendo a apresentação do projeto executivo obrigatória para fins de avaliação técnica e execução da obra (peça 179, p. 2).

197. A determinação constante do item 9.3.1 refere-se à vedação de inclusão de obras sem projeto executivo, irregularidade inicialmente abordada no item 9.5.6 do Acórdão 297/2017 – TCU – Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes.

198. Naquela oportunidade, em inspeção realizada pela SeinfraRodovias, constatou-se a inclusão, pela ANTT, de obras de retificação de traçado sem que houvessem sido elaborados os projetos executivos e os orçamentos analíticos, o que contraria o disposto no art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011. A ANTT se comprometeu a adotar medidas para que a impropriedade não se repetisse, e a manter os valores preliminares acordados no contrato até a aprovação dos projetos executivos e respectivos orçamentos.

199. Sobre o ponto, o exame procedido pela SeinfraRodovias, na peça 127, pp. 16-17, destaca a ausência de previsão normativa a amparar a posição da ANTT, no sentido de se manter os valores preliminares para os investimentos de retificação de traçado. Desta forma, propôs-se a exclusão do cronograma de investimentos das obras em questão até as aprovações dos projetos executivos e orçamentos correspondentes, consoante disposto na Resolução ANTT 3.651/2011.

200. A SeinfraRodovias alertou que a medida não retardaria a finalização das obras, pois não poderiam ser iniciadas sem o projeto executivo aprovado. Acresceu que a existência de projeto e orçamento para os novos investimentos não se trata de mera formalidade, uma vez que a definição do valor da tarifa encontra-se diretamente relacionada ao montante a ser investido, de modo que a utilização de valores imprecisos pode comprometer a modicidade tarifária (Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º) e representar afronta à necessidade legal de se definir os montantes de recursos associados aos investimentos a serem realizados na concessão (Lei 10.233/2001, art. 35, inciso IV).

201. Portanto, a determinação insculpida no item 9.3.1 impõe o cumprimento das disposições da Resolução ANTT 3.651/2011, norma elaborada pela própria autarquia, além de obediência à Lei 8.987/1995 e à Lei 10.233/2001.

202. Demais disso, para se concluir sobre a necessidade de se afastar a determinação, é preciso que o exame recursal se adentre quanto à metodologia para se reestabelecer o reequilíbrio econômico do contrato. Todavia, a matéria não foi objeto de exame nos presentes autos, e descabe a esta Serur se pronunciar quanto a esse mérito – solução da questão imposta, eis que se refere a ato de exercício de competência da ANTT. A matéria examinada ora em apreço

*circunscreve-se exclusivamente à decisão impugnada, em atenção ao efeito devolutivo do recurso. Eventual pronunciamento da Serur sobre questão de mérito ainda não debatida nos autos implicaria em indevida supressão de instâncias.*

*203. Relativamente a obstáculos e dificuldades para se elaborar os projetos executivos de trechos da rodovia para a correção de traçados; a necessidade de novas metodologias para a definição dos custos/reequilíbrio econômico do contrato; a economicidade advinda da aplicação do orçamento proposto pela contratada, ou se os custos devem pautar-se nos dados do Sicro ou decorrentes dos EVTEA; uma vez que não houve pronunciamento do TCU, a matéria deverá ser encaminhada e apreciada oportunamente pela SeinfraRodovias para o monitoramento do cumprimento das determinações prolatadas pelo acórdão recorrido, ou em processo de fiscalização direcionado para este fim.*

*204. Vale por fim noticiar a edição da Lei 13.848/2019, de 25/6/2019, posterior, portanto, à prolação do acórdão recorrido, em que se dispõe sobre a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e alterou-se a Lei 10.233/2001, Lei que instituiu a ANTT.*

*205. Segundo os arts. 6º, §§ 3º, 4º e 5º, e 43 do novel diploma, a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. O AIR será submetido à realização de consulta ou audiência pública. Caso não seja realizada a Análise de Impacto Regulatório, deverá ser disponibilizado ao público alvo, no mínimo, nota técnica ou o documento que tenha fundamentado a proposta de decisão.*

*206. Demais disso, segundo o art. 43 da Lei 13.848/2019, o art. 68 da Lei 10.233/2001 passou a vigorar com a redação no sentido de que: ‘As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidos de audiência pública.’*

*207. Uma vez que a Lei 13.848/2019 regulamenta os atos praticados de ofício, por iniciativa da própria ANTT, entende-se que a norma não alcança as determinações proferidas pelo TCU, motivo pelo qual o presente exame não se estende sobre a matéria.*

*208. Ao final, o recurso deve ser provido parcialmente para que seja corrigida a redação do subitem 9.3.8 do acórdão.*

### **INFORMAÇÕES ADICIONAIS**

*209. As peças 182 e 183 veiculam requisições formuladas pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR quanto ao mérito do item 9.3.9 do Acórdão 1447/2018-TCU-Plenário (peça 184, p. 2).*

*210. Muito embora a ABCR não demonstrasse violação fática concreta à situação jurídica de suas associadas, ou seja, sucumbência em razão da deliberação de mérito, por intermédio de despacho, o Rel. Min. Raimundo Carreiro à peça 185 admitiu o ingresso da petionante como amicus curiae (peça 185, p. 4).*

*211. Ultrapassada a preliminar quanto à legitimidade para a intervenção no processo, examinam-se os argumentos trazidos à baila a título de contribuição para a elucidação dos fundamentos que amparam o subitem 9.3.9 do acórdão guerreado.*

#### **Informações prestadas pela ABCR** (peças 182 e 183)

*212. Alega preliminarmente (a) violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, eis que o subitem 9.3.9 do acórdão recorrido alteraria de forma superveniente e unilateral a metodologia de recomposição do equilíbrio contratual, no caso de inexecuções e atrasos de investimentos por parte das concessionárias. Assim, uma vez que as empresas não*

foram instadas a se pronunciar sobre os fatos que lhe acarretam prejuízos, a situação violaria os corolários do devido processo legal e reveste o acórdão de nulidade absoluta (peça 182, pp. 1-9).

213. Transcreve o inciso LV do art. 5º da CF e o art. 3º, incisos II e III, da Lei 9.784/1999, além de doutrina e precedentes do STF e do TCU, no sentido de que ao interessado, mesmo em processos de índole administrativa, independente de previsão normativa, mas como direta emanção da garantia constitucional do devido processo legal, tem a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude da defesa (peça 182, pp. 10-11).

214. Conclui que no presente caso, a não observância ao preceito constitucional deu azo a uma decisão que influencia e afeta diretamente a relação econômico-financeira dos contratos de concessão que possuem planos de negócios, sem a manifestação prévia das concessionárias alcançadas, o que gera a nulidade absoluta do item 9.3.9 do acórdão recorrido (peça 182, p. 13).

215. No que tange ao mérito processual, passou a tratar dos (b) supostos equívocos e consequências da determinação do TCU, dividindo a matéria nos seguintes tópicos: b.1) devolução de receitas não auferidas pelas concessionárias em relação ao investimento inadimplido – impactos no equilíbrio contratual; b.2) desvirtuamento da prática regulatória firmada há mais de duas décadas; b.3) volatilidade nas tarifas de pedágio – incertezas e impactos na cadeia produtiva nacional.

216. No que concerne ao tópico (b.1) devolução de receitas não auferidas pelas concessionárias em relação ao investimento inadimplido, informa que a tarifa básica de pedágio é composta por diversas parcelas relativas a todos os investimentos e serviços que serão prestados durante o prazo contratual, de forma que suas obrigações são remuneradas gradualmente ao longo de toda a concessão, e não de uma só vez durante determinado ano em relação aos investimentos e serviços prestados neste mesmo ano (peça 182, p. 13).

217. Explica que mesmo no caso da concentração de investimentos em determinados períodos da concessão, em regra em seu início, as respectivas remunerações são diluídas por toda a concessão, permitindo que as tarifas pagas remunerem gradualmente não só os investimentos, mas todos os serviços prestados ao longo do prazo contratual (peça 182, p. 14).

218. Dessa forma, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão deveria considerar todo o período de vigência do contrato, pois a concessionária somente seria integralmente remunerada pelas obras e serviços prestados quando do advento do termo contratual (peça 182, p. 15).

219. Com base nessas premissas, considera que a determinação atacada impõe às concessionárias a devolução de valores ainda não recebidos, prejudicando a própria remuneração dos serviços prestados e dos investimentos já realizados. Reforça que a tarifa básica de pedágio remunera diversas obrigações da concessionária ao longo do prazo contratual, e não uma obra/investimento específico; e pondera que a situação priva as concessionárias de remunerações de serviços e investimentos adimplidos, executados (peça 182, pp. 15-16).

220. Acresce que a determinação do TCU impactaria o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, que é representada no fluxo de caixa operacional - equilíbrio entre as entradas (receitas) e saídas (investimentos, custos operacionais, tributos), remunerados por uma taxa interna de retorno, que deve ser mantida por meio de uma tarifa básica de pedágio, durante todo o prazo da concessão (peça 182, p. 17).

221. Informa que os planos de negócios contratados pelo Poder Concedente nas concessões de rodovias federais consideraram que o reequilíbrio de qualquer inexecução ou atraso de investimentos seriam feitos por meio do próprio fluxo de caixa contratado, no curso do prazo contratual. Dessa forma, um desconto concentrado e único na tarifa básica de pedágio no caso de inexecuções e atrasos de investimentos contraria as disposições dos planos de negócios contratados, o que impactará as receitas das concessionárias e, conseqüentemente, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em prejuízo às concessionárias (peça 182, p. 17).

222. Alega que o desconto concentrado se configuraria uma punição às concessionárias, a despeito de não ser prevista em lei ou nos contratos e pugna para que o desconto tarifário seja aplicado apenas para recompor o equilíbrio contratual (peça 182, p. 18).

223. Obtempera que os contratos de concessão já possuem mecanismos previamente estabelecidos para desestimular e punir eventuais inadimplementos contratuais, como as multas moratórias por atrasos e inexecuções de investimentos, as quais, contudo, não tem relação alguma com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Ao final, lança que do ponto de vista econômico também não haveria fundamento para se aplicar descontos concentrados e únicos na tarifa básica de pedágio como mecanismo para inibir a inadimplência contratual (peça 182, pp. 18-19).

224. No que se refere ao tópico (b.2) desvirtuamento da prática regulatória firmada há mais de duas décadas, ressalta que desde a realização das primeiras licitações para concessão das rodovias federais da 1ª Etapa do PROCOFE, em meados da década de 90, estabeleceu-se o mecanismo de recomposição contratual pelo fluxo de caixa operacional, de forma a diluir o impacto da redução da tarifa básica de pedágio ao longo dos anos restantes da concessão no caso de inexecuções e atrasos de investimentos (desconto projetado), assim como a inclusão de novos investimentos. Tal mecanismo também teria sido utilizado nos contratos de concessão que compõem a 2ª Etapa do PROCOFE, cujos estudos de viabilidade foram analisados e aprovados por essa Corte de Contas (peça 182, p. 19).

225. Pondera que as concessionárias elaboraram propostas comerciais tendo por base o fluxo de caixa estabelecido no plano de negócios, prática estabelecida pela ANTT no setor, o que influenciou na precificação e deságios oferecidos nas licitações. Assim, caso à época da licitação fosse imposto às licitantes a necessidade de considerarem a possibilidade de aplicação da metodologia do desconto concentrado para fins de recomposição do equilíbrio contratual no caso de inexecução e atraso de investimentos, a precificação e deságios oferecidos seriam diferentes, especialmente se consideradas as severas restrições de caixa que esse mecanismo ocasiona (peça 182, p. 19).

226. Aponta que o art. 4º da Resolução ANTT 3.651/2011 determina a recomposição do equilíbrio contratual na hipótese de inclusão de novos investimentos mediante a adoção de um fluxo de caixa marginal constituído por um fluxo de dispêndios marginais, decorrentes do evento que originou a recomposição, e por um fluxo de receitas marginais resultantes da recomposição contratual (peça 182, p. 19).

227. Ressalta que a resolução estabelece o fluxo de receitas marginais a partir do tráfego real verificado nos anos anteriores e sua projeção até o final da concessão, a qual será revisada anualmente quando da revisão tarifária ordinária com vista a substituir o tráfego projetado pelo volume real verificado. Logo, o fluxo de receitas marginais considera todo o período da concessão e é expresso em uma tarifa básica de pedágio, que será estabelecida até o termo final da concessão. O fluxo de caixa marginal dilui os valores de reequilíbrio ao longo do prazo contratual, não sendo aplicados na tarifa de forma concentrada, no ano subsequente à execução do novo investimento. Tal metodologia foi avaliada e acatada pelo TCU para investimentos novos, não previstos originalmente nos contratos (peça 182, p. 20).

228. Conclui que o reequilíbrio contratual sob a metodologia do desconto/acréscimo tarifário diluído ao longo da concessão é a prática tecnicamente correta e não beneficia a nenhuma das partes (peça 182, pp. 20-21).

229. No que se refere ao tópico (b.3), pugna que a metodologia do desconto concentrado determinada pelo TCU pode criar uma grande volatilidade nas tarifas de pedágio, gerando incertezas aos agentes econômicos (peça 182, p. 21).

230. Aponta que no caso de um inadimplemento em que seja aplicado o desconto concentrado, no exercício subsequente, seria necessário o retorno imediato dessa tarifa para a execução desse mesmo investimento (peça 182, p. 21).

231. Apresenta gráfico comparativo entre o desconto diluído e o desconto concentrado e considera que a aplicação integral e concentrada do desconto tarifário por uma eventual inexecução de investimento, em uma concessão com prazo de 10 anos, pode gerar uma expressiva redução de cerca de 10% na tarifa básica de pedágio, seguida por uma forte elevação da tarifa logo após a execução do investimento. Aponta ser diferente no caso da diluição do desconto tarifário dessa mesma redução, que gera uma redução menor, de cerca de 2%, constante ao longo do prazo da concessão, reduzindo expressivamente a volatilidade da tarifa que decorre da aplicação do desconto concentrado (peça 182, p. 22).

232. Em seguida, pondera a situação em sentido contrário, no caso da antecipação de investimentos, em que a utilização da metodologia do TCU resultaria em expressivos aumentos tarifários no ano seguinte à antecipação. Tece gráfico comparativo da metodologia do TCU aplicada ao caso da antecipação de investimentos (peça 182, pp. 22-23).

233. Ao final, observa que as alterações anuais impactariam a capacidade de planejamento dos agentes econômicos e usuários da rodovia, prejudicando a precificação de diversos bens e serviços, que dependem direta ou indiretamente do modal rodoviário, o que reforçaria a inadequação da metodologia de reequilíbrio contratual determinada (peça 182, p. 23).

234. Passa a tratar da (c) inconstitucionalidade e ilegalidade da alteração unilateral do equilíbrio econômico financeiro – violação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança legítima (peça 182, p. 23).

235. Salienta que, embora o exame técnico tenha alertado para a inexistência de previsões contratuais e editais sobre os mecanismos de diluição do impacto da redução da tarifa por inexecução e atrasos de investimentos, nos certames da 1ª e 2ª Etapas do PROCOFE os editais disponibilizados foram apresentados acompanhados de anexos, denominados Planos de Negócios, utilizados como base para apresentação do fluxo de caixa não-alavancado das concessionárias. De acordo com este documento, a tarifa básica de pedágio do ano subsequente encontra-se vinculada à tarifa do ano anterior, e assim por diante até o final do prazo da concessão, o que demonstra que os impactos dos aumentos e reduções das tarifas deveriam ser diluídos ao longo de todos os anos da concessão, e não refletidos de forma direta e integral na revisão tarifária imediatamente seguinte à apuração do descumprimento pela agência.

236. Outrossim, ressalta que após celebradas as contratações, não se poderia alterar a sistemática do equilíbrio econômico-financeiros dos contratos com base em imposição unilateral de uma metodologia nova e diversa, contrariamente à Lei de Licitações e Contratos, à Lei 8.987/1995 e ao inciso XXI do art. 37 da Constituição federal. Considera que as fórmulas matemáticas e planilhas de cálculo da licitação incidem sobre a relação contratual, e a metodologia do desconto projetado constante do Plano de Negócios, aplicada por mais de vinte anos, vincularia as partes quanto à forma de recomposição do equilíbrio econômico contratual no caso de atrasos e inexecuções de investimentos. A inobservância à ordem estabelecida configuraria inobservância aos princípios do equilíbrio econômico do contrato, da vinculação ao instrumento convocatório, da segurança, da boa-fé objetiva e confiança legítima (peça 182, pp. 24-25).

237. Aponta que a ANTT adotou a metodologia de diluição do reequilíbrio por atrasos, inexecuções, exclusões e inclusões de investimentos ao longo do restante do prazo contratual. Esse posicionamento da Administração Pública, reiterado por mais de 20 anos, gerou expectativas legítimas sobre as concessionárias de que os Contratos de Concessão seriam assim executados ao longo de toda a sua vigência (peça 182, p. 26).

238. Ato contínuo, transcreve a letra do art. 24 da LINDB, que preconiza que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as

*orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas (peça 182, p. 27).*

239.Reproduz trecho do Acórdão 174/2019 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler e do Acórdão 1626/2018 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, em que resta consignado que a mudança de interpretação de norma administrativa não deve ser aplicada a situações pretéritas nas quais seja observada a boa-fé, sob pena de violar a segurança jurídica e a confiança (peça 182, pp. 28-29).

240.Por fim, pugna pela (d) competência da ANTT para regulamentar a matéria, não sendo possível que o TCU substitua o órgão, sob pena de inobservâncias dos limites legais e constitucionais (peça 182, pp. 29-30).

241.Reproduz excerto de artigo do Min. Benjamin Zymler em que resta consignado ser o controle de segunda ordem sobre a atividade fiscalizatória das agências reguladoras (peça 182, p. 30).

242.Nesse sentido, colaciona trecho do Acórdão 1756/2004 – TCU – Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira e do Acórdão 2314/2014 – TCU – Plenário, Rel. Min. José Jorge, em que se delimita a atuação complementar do TCU, exercendo controle de segunda ordem em relação às agências reguladoras, preservando suas competências (peça 182, p. 31).

243.Destaca os arts. 11 e 12 da Instrução Normativa n. 27/1998, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, e delimita a competência do TCU à avaliação sobre o correto cumprimento dos contratos de concessão, verificando se a respectiva Agência Reguladora está fiscalizando adequadamente a prestação dos serviços e se as atividades estão se desenvolvendo em consonância com o ordenamento jurídico (peça 182, p. 30).

244.Ainda, informa que no âmbito das concessões rodoviárias federais compete exclusivamente à ANTT a incumbência para proceder à revisão e ao reajuste das tarifas dos serviços prestados, conforme dispõe o inciso VII, do art. 24 da Lei 10.233/2001 (peça 182, p. 32).

245.Assevera competir à ANTT, observado seu dever-poder de ordenar e organizar os setores de sua competência para alcançar a finalidade legal, a avaliação sobre a metodologia e procedimentos que são adequados para a recomposição da relação entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários da rodovia, isto é, dos procedimentos adequados para revisão tarifária e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (peça 182, p. 32).

246.Destacou que o TCU, no Acórdão n. 2.927/2011-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar, decidiu descaber ao TCU impor à Agência Reguladora a adoção de um ou outro método para o reequilíbrio, ou substituir a Agência nas escolhas discricionárias que legalmente lhe impõem (peça 182, p. 33).

#### Análise

247.De início, informa-se que o subitem 9.3.9 do Acórdão recorrido determina à ANTT que 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 (grifos acrescidos).**

248.A decisão repercute sobre as concessões da 1ª e 2ª etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais - PROCROFE e da ECO 101.

249. *Contra a medida dirigida à ANTT, os argumentos aduzidos pela ABCR podem assim ser sistematizados:*

- a) *violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório em vista do não chamamento das concessionárias aos autos;*
- b) *equivocos e consequências da determinação contida no subitem 9.3.9:*
  - b.1) *devolução de receitas não auferidas pelas concessionárias;*
  - b.2) *desvirtuamento da prática regulatória firmada há mais de duas décadas;*
  - b.3) *volatilidade nas tarifas do pedágio;*
- c) *inconstitucionalidade e ilegalidade da alteração unilateral do equilíbrio financeiro, ofensa à segurança jurídica, boa-fé e confiança;*
- d) *matéria de competência da ANTT;*

250. *Conforme visto acima, inicialmente exsurge a suposta (a) violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, dado que as concessionárias não foram chamadas a se manifestar a respeito do teor da determinação constante do subitem 9.3.9 do acórdão guerreado.*

251. *A determinação constante do item 9.3.9 prevê a aplicação do desconto concentrado à Tarifa Básica dos Pedágios nos contratos de concessão celebrados, dado o alto índice de inexecução das obras obrigatórias previstas nos cronogramas contratados. As tabelas a seguir ilustram tal cenário:*

Tabela 1: Índice anual de inexecução dos contratos da 1ª Etapa – 2009 a 2014

Fonte: TC 009.001/2015-8, peça 7, p. 7.

Tabela 2: Índice anual de inexecução nos contratos da 2ª Etapa – 2009 a 2014

Concessão	Extensão (km)	Etapa	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Açãois Concessões Rodovias do Acre - BR-369/09	200,5	2ª	90,18%	99,88%	84,15%	97,05%	0,00%	21,00%
Autopista Fênix Dias - BR-303/09	562,1	2ª	39,35%	83,71%	75,25%	76,51%	63,27%	81,58%
Autopista Fluminense - BR-310/09	320,1	2ª	53,61%	89,43%	74,64%	90,32%	0,00%	91,41%
Autopista Litorânea - BR-310/09	409,9	2ª	12,06%	90,00%	84,80%	91,30%	206,86%	97,89%
Autopista Paulista Sul - BR-316/09	412,7	2ª	0,00%	84,00%	71,80%	64,00%	62,00%	52,00%
Autopista Régie Blancourt - BR-314/09	401,6	2ª	18,27%	87,41%	77,00%	80,43%	76,00%	61,00%
Valéria - BR-324/09 - BR-314/09	652,1	2ª	-	-	100,00%	91,06%	88,90%	100,00%
Transbrasiliana Concessionária de Rodovias - BR-153/09	323,6	2ª	55,13%	89,00%	96,46%	86,64%	0,00%	100,00%

Fonte: TC 009.001/2015-8, peça 7, p. 5.

Tabela 3: Índice anual de inexecução nos contratos da 2ª Etapa, no último ano de apuração (2015/2016)

Rodovia	Ofício	Investimentos não realizados (preços iniciais)	Investimentos não realizados (preços atuais)	Índice de inexecução
BR-381/MG	301/2017 (peça 63)	R\$ 49.203.794,85	R\$ 87.756.936,27	95,56%
BR-101/RJ	302/2017 (peça 68)	R\$ 169.574.349,03	R\$ 304.107.854,58	76,65%
BR-116/RJ	744/2017 (peça 64)	R\$ 11.568.126,24	R\$ 53.088.213,58	100,00%
BR-153/SP	260/2017 (peça 65)	R\$ 12.134.581,33	R\$ 21.642.511,19	100,00%
BR-116/RS BR-392/RS	203/2017 (peça 66)	R\$ 5.591.611,81	R\$ 17.233.683,10	83,38%
BR-116/324/BA	203/2017 (peça 66)	R\$ 70.469.835,66	R\$ 133.307.083,42	78,05%
BR-040/RJ/MG	180/2017 (peça 67)	R\$ 11.097.003,95	R\$ 52.268.664,13	98,53%

**Total R\$ 329.639.302,87 R\$ 669.404.946,27**

Fonte: TC 002.469/2018-9, peça 65, p. 12.

Tabela 4: Índice de inexecução das obras de duplicação da 3ª Etapa

Rodovia / concessionária	Data Limite	Extensão Exigível (km)	Extensão concluída (km)	Percentual inexecução
<b>BR-050/MG - MGO Rodovias</b>	30/06/2018	161,7	121,9	25%
<b>BR-060/153/262-GO/DF/MG - Concebra</b>	28/04/2018	259,1	74,5	71%
<b>BR-163/MT - Concessionária Rota do Oeste S.A</b>	22/03/2018	335,7	117,6	65%
<b>BR-163/MS - Concessionária MS VIA</b>	30/03/2018	322,5	149,6	54%
<b>BR-101/ES/BA - ECO 101</b>	10/05/2018	57,7	0,0	100%
<b>BR-040-GO/DF/MG - VIA 040*</b>	22/04/2014	Relicitação	73,0	Relicitação

Fonte: TC 002.469/2018-9, peça 65, p. 12.

252. Diferentemente do alegado, a determinação não gera prejuízos às concessionárias, visto que não se aplica a situações pretéritas, tendo efeito *ex nunc*, incidindo-se apenas sobre os casos de descumprimento contratual doravante observados. Assim, a determinação não alcança os contratos de concessão indistintamente, mas apenas aqueles em que se constatar a inexecução de investimentos nas obras contratadas, observadas a partir do trânsito em julgado do acórdão.

253. Vale frisar que a determinação não configura quebra contratual, eis que decorre do descumprimento obrigacional por parte das próprias concessionárias. Portanto, ainda que se questione o impacto da medida corretiva determinada pelo TCU na remuneração imediata das contratadas, busca-se alcançar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro previsto no ordenamento normativo e nos instrumentos contratuais. Portanto, não há ofensa à segurança jurídica ou ao ato jurídico perfeito e descabe o chamamento de todas as concessionárias aos autos.

254. Para a ABCR, o subitem 9.3.9 afeta diretamente a relação econômico-financeira dos contratos de concessão, no entanto, a entidade não apresenta a cópia de nenhum contrato de concessão ou plano de negócios diretamente prejudicado pela determinação da aplicação da nova metodologia.

255. Verifica-se o contrário do asseverado, pois ao se compulsar as normas que disciplinam o assunto e os contratos da ECO 101 e aqueles relativos à 1ª e 2ª etapas de concessões de rodovias federais, muito embora haja a previsão de se recompor o equilíbrio econômico da relação entabulada, não se identifica a previsão expressa de mecanismos de ajustes na tarifa para fazer face às inexecuções sistemáticas de investimentos por parte das concessionárias.

256. Assim, embora tenha mencionado prejuízos às concessionárias de forma genérica, sem anexar a cópia de nenhum instrumento contratual que amparasse a sua tese. Anexa-se, nesta fase recursal, como evidência ao presente exame, cópias de onze contratos de concessão de rodovias que demonstram a ausência de previsão expressa de mecanismos – descontos para ajustes na tarifa, de sorte a recompor o equilíbrio econômico dos contratos. Registra-se que se tratam de documentos públicos, de amplo conhecimento das partes (ECO, ANTT, ABCR), acessíveis no site da própria Agência ([http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes\\_Rodoviararias/Index.html](http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviararias/Index.html), acesso em 21/8/2019):

<b>Concessionárias</b>	<b>Objeto</b>	<b>Previsões contratuais – contratos padrão/adesão</b>
Concessionária Rio-Teresópolis – CRT  Concessionária RODOVIA  Concessionária de Rodovias do Sul S.A.  Concessionária da Rodovia Presidente Dutra SA,	Objeto: RODOVIA BR-116/RJ, Trecho Além Paraíba - Teresópolis - Entr. BR040(A) e respectivos acessos.  BR-040/MG/RJ Trecho Juiz de Fora - Petrópolis - Rio de Janeiro (Trevo das Missões) e respectivos acessos.  BR/116, trecho Pelotas – Camaquã.  Trecho rodoviário da BR- 116/RJ/SP, que interliga as cidades de RIO de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP), conhecido como Rodovia Presidente Dutra compreendendo duas pistas.	- nos casos de inexecução parcial ou total dos investimentos obrigatórios, o contrato não prevê mecanismos para o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste (p. 9), mas apenas caducidade, advertência, multa moratória ou rescisão contratual (pp. 27 e 43).
Autopista Fernão Dias S.A.  Autopista Fluminense S.A.  Autopista Litoral Sul S.A.  Autopista Regis Bitencourt S.A.  Rodovia do Aço  Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A.	(BR 381/MG/SP, Trecho Belho-Horizonte-São Paulo)  (BR 101/RJ, trecho Div. RJ/ES/Ponte Presidente Costa e Silva)  (BR 116/376/PR e 101/SC Trecho Curitiba-Florianópolis)  (BR 116/SP/PR Trecho São Paulo – Curitiba)  (BR 393/RJ, Trecho Div. MG/RJ – Dutra);  (BR 153/SP Trecho Div. MG/SP – Divisa SP/PR).	- a legislação aplicável aos contratos considera as resoluções editadas pela ANTT (p. 7), previsão de alteração unilateral para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; -para se manter a TIR contratada/equilíbrio inicial contratado (p. 17), a tarifa básica de pedágio será alterada pelas regras de revisão previstas na legislação, no edital, no contrato e na forma de regulamentação da ANTT (p. 21); - não será objeto de reequilíbrio econômico-financeiro o cronograma de execução de obras e serviços não obrigatórios (p. 21).
Concessionária ViaBahia Concessionária de Rodovias S/A, BR 116/BA	Trecho Feira de Santana – Div. BA/MG; BR 324/BA Trecho Salvador – Feira de Santana; Rodovias Estaduais delegadas ao Governo Federal, BA 526 Trecho Entr. a BR 324 e Entr. BA 528; BA 528 Trecho Entr. BA 526 – Acesso à	- prevê o desconto de reequilíbrio como um percentual que será deduzido da Tarifa Básica de Pedágio com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ou nos casos de atraso ou inexecução de obras e serviços de caráter obrigatório necessários ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho previstos no

	<p><i>Base Naval de Aratu.</i></p>	<p><i>PER, desde já acordado entre as partes na forma da subcláusula 20.8 (p. 6);</i></p> <p><i>-obras e serviços de caráter obrigatório:</i></p> <p><i>9.4.1 As obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER como obras de caráter obrigatório deverão estar concluídas no prazo e condições estabelecidas no Anexo 2.</i></p> <p><i>9.4.2 Na hipótese de a Concessionaria não concluir as obras de caráter obrigatório a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (ii) (p. 15).</i></p> <p><i>20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio: (i) novos investimentos, (ii) atraso ou inexecução de obras de ampliação e de caráter não obrigatório, e (iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas nos itens (i) e (ii), a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.</i></p> <p><i>- a cláusula que trata do desconto de reequilíbrio não prevê redução no valor da Tarifa Básica de Pedágio para a inexecução de obras de caráter obrigatório.</i></p>
--	------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*257. Assim, embora prevista a recomposição do equilíbrio financeiro nos contratos de concessão firmados pela ANTT, não há instrumentos para operacionalizar esta readequação (descontos diluídos ou concentrados). Portanto, a determinação do TCU não ofende a segurança jurídica, e não há quebra da boa-fé objetiva ou de cláusula contratual, porque os contratos não garantem às concessionárias a metodologia defendida pela ABCR – desconto diluído no prazo total da concessão.*

*258. No que se refere aos mecanismos para compensações financeiras por fluxo de caixa, por meio de descontos, não há normas editadas à época das formalizações dos contratos sobre o assunto, portanto, as decisões decorrem de praxis administrativa por parte da ANTT.*

*259. Inclusive, a ANTT, no exercício da disciplina regulatória, elabora normas para regular o mercado, e poderia alterar o tratamento conferido à matéria sem a necessidade de que a matéria fosse determinada pelo TCU. Isso porque, na hipótese de inadimplemento obrigacional por parte das concessionárias, resoluções da ANTT devem disciplinar mecanismos de reequilíbrio para inexecuções contratuais.*

*260. Ademais, nos casos de potenciais jurisdicionados prejudicados em razão da aplicação do mecanismo de compensação financeira na forma de desconto concentrado, a ANTT deverá abrir prazo a conferir o contraditório em processo administrativo instaurado na própria autarquia, o que evita a judicialização e oportuniza a ampla defesa aos supostamente afetados (CF, art. 5º, LIV e LV c/c Lei 8987/1995, ar. 38, §§ 3º e 4º c/c Lei 10.233/2001, art. 68, § 1º c/c).*

*261. Por conseguinte, a determinação constante do subitem 9.3.9 e eventuais alterações procedidas por meio de edições de normas por parte da Autarquia não configuram quebra contratual, ofensa à segurança jurídica ou ao ato jurídico perfeito.*

*262. No que se refere aos (b) equivocos e consequências da determinação contida no subitem 9.3.9, não procede a alegada (b.1) devolução de receitas não auferidas pelas concessionárias.*

*263. A determinação refere-se à compensação financeira apenas do investimento previsto e não realizado no exercício anterior/descumprimento do cronograma de obras contratadas, e não obstaculiza o recebimento de receitas em virtude de obrigações adimplidas. A medida também não impacta a execução de outras obrigações contratuais, que continuam remuneradas pela Tarifa Básica do Pedágio – TBP.*

*264. A própria ABCR reconhece que a TBP remunera diversas obrigações da concessionária ao longo do prazo contratual, e não um investimento específico, logo, o desconto concentrado em razão de determinado inadimplemento nas obras previstas não priva as concessionárias da remuneração de serviços e investimentos devidamente executados, mas apenas das inexecuções contratuais/descumprimento do cronograma contratado.*

*265. Diferentemente do alegado, o que se busca é exatamente manter a Taxa Interna de Retorno - TIR do projeto equilibrada, uma vez que o desconto de investimentos não realizados reduz as receitas*

auferidas no exercício anterior que não se compensaram com a correspondente despesa com os investimentos (não executados). Procedido o desconto, mantendo-se a TIR, não há desequilíbrio econômico-financeiro em virtude do patamar da nova tarifa.

266. A ABCR ainda alega que as concessionárias acordaram planos de negócios com a Administração com base em reequilíbrios decorrentes de inexecuções compensadas no fluxo contratado, no curso do prazo contratual. O argumento não se mostra razoável, eis que contrário ao arcabouço normativo.

267. A equação econômico-financeiro decorre da equivalência entre os encargos impostos pela Administração e a remuneração do particular. Esta relação deve-se manter equilibrada ao longo de toda a execução contratual (art. 37, inciso XXI, CF).

268. De acordo com o art. 124 da Lei 8.666/1993, a norma se aplica às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos, quando seus dispositivos não conflitam com a legislação específica sobre o assunto. Segundo a Lei de Licitações e Contratos, um dos fundamentos que legitimam a revisão dos contratos refere-se à álea econômica, quando a diminuição do custo do encargo torne excessivo o preço do serviço. Esta situação se amolda ao caso em apreço, eis que há desequilíbrio em desfavor dos usuários, o que demanda imediata revisão da tarifa cobrada.

269. De acordo com a Lei 8.666/1993 (arts. 66 e 71), o contrato deve ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas, respondendo cada um pelas consequências da inexecução parcial ou total. O contratado é responsável pelos danos causados à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato. Ainda, o art. 10 da Lei 8.987/1995 considera mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando atendidas as condições do contrato, situação que não se amolda ao caso em apreço.

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.

271. No que toca ao (b.2) desvirtuamento da prática regulatória firmada há mais de duas décadas, não há previsão em nenhum dos contratos firmados no Programa de Concessões de Rodovias federais de mecanismos para a operacionalização do reequilíbrio contratual decorrente do descumprimento do cronograma dos investimentos.

272. Trata-se de critério regulatório definido pela Agência, que poderia de ofício, a qualquer tempo, editar resolução regulamentando o assunto. Trata-se, portanto, de costume, praxis administrativas, que podem ser aperfeiçoadas a qualquer tempo, a bem do interesse público.

273. Ademais, a alteração proposta pela determinação não prejudica as empresas que cumprem o contrato, bem como tem eficácia prospectiva (ex-nunc) e só afeta os ganhos das empresas que pretendem auferir ganhos a partir de descumprimentos sistemáticos das obrigações contratuais.

274. Por fim, o art. 4º da Resolução ANTT 3.651/2011 determina a recomposição do equilíbrio por meio de fluxo marginal na hipótese de inclusão de novos investimentos, e não inexecução de investimentos acordados no cronograma contratado. Conforme repisado ao longo da instrução processual, o desconto diluído dos investimentos não realizados na tarifa é mecanismo perverso que gera receitas não compensadas e incentiva o descumprimento contratual. Não investir se torna mais vantajoso à concessionária, que retém a receita auferida indevidamente, podendo, por exemplo, aplicá-la no mercado financeiro para agregar outros ganhos absolutamente desvinculados da boa execução do contrato.

275. Relativamente à (b.3) volatilidade nas tarifas de pedágio, ao manter a tarifa de pedágio sem descontos, a despeito da inobservância à execução das obras e serviços de caráter obrigatório, tem-se ganhos indevidos por parte da Concessionária, que não realizou todos os desembolsos/despesas previstos, e os usuários pagam por obras/serviços indisponíveis, o que revela o desequilíbrio econômico-financeiro em favor da contratada.

276. Desta forma, não procede o argumento relativo ao impacto da revisão tarifária e a volatilidade na tarifa do pedágio, uma vez que, para os usuários, se lhe é mais benéfica a oscilação em razão da minoração dos valores relativos aos preços dos serviços de forma a torná-los condizentes com os serviços que lhe são disponibilizados/prestados diuturnamente no usufruto da rodovia.

277. Assim, a volatilidade para reduzir a tarifa não gera prejuízos aos consumidores, e decorre do descumprimento contratual. A volatilidade para aumentar a tarifa não é viável do ponto de vista contratual, eis que também não se encontra prevista no cronograma de execução das obras. Assim, eventuais adiantamentos de investimento ocorreriam por conta e risco exclusivos da contratada, que utiliza seu risco e capital, eis que suas atividades se encontram vinculadas ao cronograma contratado.

278. Ademais, a ANTT detém instrumentos contratuais e normativos para impedir jogos de cronograma com vistas a prejudicar a Administração e os usuários, fosse o caso.

279. Outrossim, não há (c) inconstitucionalidade e ilegalidade na alteração unilateral do equilíbrio financeiro, eis que não existe previsão na determinação para a alteração do equilíbrio econômico contratado. Ao revés, o desconto concentrado previsto na determinação constante do subitem 9.3.9 visa apenas compensar as receitas auferidas por meio da tarifa básica do pedágio não investidas no cronograma de obras contratado. Assim, a redução temporária da tarifa por meio do desconto concentrado visa a manter inalterada a TIR (equilíbrio entre receita e despesa).

280. Contrariamente ao asseverado pela ABCR, o desconto concentrado não ofende aos planos de negócios e contratos firmados, dada a ausência de mecanismos compensatórios de investimentos não realizados. Também não há que se falar em expectativa legítima por parte das empresas, pois a diluição dos descontos ao longo do prazo contratual gera um desequilíbrio na TIR a favor das concessionárias e em desfavor dos usuários, a menos que as empresas estejam contando com a remuneração em razão de obrigações não adimplidas/enriquecimento sem causa.

281. A aplicação do desconto não interfere no fluxo de caixa, eis que mantida a vinculação da tarifa básica de pedágio do ano subsequente à do ano anterior, e mantida a TIR, até o final do prazo da concessão, o que demonstra que os impactos dos aumentos e reduções das tarifas devem compensar as receitas auferidas indevidamente na revisão tarifária imediatamente seguinte à apuração do descumprimento contratual pela agência.

282. Não se aplicam ao presente caso os precedentes do Tribunal avocados pela ABCR. No que toca ao Acórdão 174/2019 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, o processo cuida de representação do MP/TCU acerca da cobrança de taxa de adesão e mensalidade pelas concessionárias de rodovias federais para que os usuários efetuassem o pagamento da tarifa de forma automática. Na ocasião, o Tribunal deixou assentado que a mudança de interpretação de norma administrativa não deve ser aplicada a situações pretéritas nas quais seja observada, além do entendimento defensável, a boa-fé do administrado, sob pena de violar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Não é a situação do caso em apreço, uma vez que a determinação constante do subitem 9.3.9 não retroagirá.

283. Ainda, naquela assentada, o Pleno considerou razoável supor que, na fase de elaboração de suas propostas, as concessionárias agiram de boa-fé quando consideraram não serem responsáveis pela gerência do sistema de pagamento automático de pedágio/obrigação não prevista originalmente em contrato. O presente contexto se difere do caso paradigma, eis que na situação em apreço não é razoável supor que exista boa-fé nas condutas das concessionárias que não impugnaram a ausência de previsão expressa nos contratos de concessão, dos mecanismos de compensação financeira nos casos de inadimplemento dos investimentos previstos. Da mesma forma, não se vislumbra boa-fé na tentativa de se manter a obtenção de receitas via pedágios, mesmos nos casos em que não invistam conforme o pactuado contratualmente.

284. Ainda, no caso do acórdão paradigma, o Tribunal considerou possível o desequilíbrio econômico financeiro em virtude do aumento de custos das concessionárias ante a obrigatoriedade de implantação do pedágio eletrônico para uma parcela dos usuários. Isso porque para fazer frente a tais custos, seria aumentada a tarifa de pedágio, cobrada indistintamente de todos os usuários. Esta situação de longe não corresponde aos fatos tratados nos presentes autos. Ao contrário, conforme visto ao longo da instrução processual, a não compensação financeira está gerando desequilíbrios econômicos financeiros em desfavor dos usuários.

285. Relativamente ao Acórdão 1626/2018 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, tratou-se de auditoria nas obras da construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro (BR 493/RJ). Naquela assentada, não se observou mudança de interpretação de norma administrativa, nem aplicações a situações pretéritas.

286. No presente caso, não houve qualquer violação ao art. 24 da LINDB, redação conferida pela Lei 13.655, de 25/4/2018, haja vista que o julgado não repercutiu em desequilíbrio econômico do contrato,

ao contrário, visa a manter a TIR inicialmente contratada. Também não houve nenhuma mudança jurisprudencial sobre o tema em questão.

287. O parágrafo único do artigo 24 define o termo 'orientações gerais' como interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. A aplicação do desconto concentrado na tentativa de se preservar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é prevista em lei e atende ao princípio da modicidade tarifária, consoante dispõe o §1º do art. 6º e o §2º do art. 9º, da Lei 8.987/1995.

288. A aplicação do desconto concentrado deriva-se de descumprimentos contratuais vindouros, e não se refere a situações pretéritas, motivo pelo qual não há que se aventar ilegalidades ou inconstitucionalidades neste procedimento.

289. No tocante ao item (d), não há qualquer controvérsia com relação à competência da ANTT, nos autos. Conforme visto ao longo da instrução processual, não compete ao TCU executar o controle de primeira ordem/fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas examinar se o poder concedente fiscaliza de forma adequada a execução de contratos celebrados. O Tribunal deve fiscalizar a atividade finalística de agências reguladoras, de forma complementar e subsidiária, em caso de atos irregulares/ilegais praticados de sorte a adequá-los à conformidade legal, financeira, operacional etc.

290. No presente caso, a fiscalização procedida pela Secretaria Especializada constatou o descumprimento contratual em razão da inexecução de obras de caráter obrigatório, o que acarretou o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das revisões tarifárias. Constatada a violação às normas que regulamentam a matéria e às regras contratuais no tocante ao inadimplemento obrigacional e ao desequilíbrio econômico e financeiro do contrato, evidencia-se inafastável a competência fiscalizadora do TCU para determinar medidas saneadoras com vistas à correção dos atos inquinados com o fim de atendimento ao interesse público/Administração/Usuários.

291. Isto posto, os descumprimentos contratuais e as condutas omissivas da agência reguladora em penalizar as empresas e/ou proceder aos reequilíbrios econômico-financeiro dos contratos por meio de revisões tarifárias adequadas à realidade, legitimam a atuação do controle externo. Logo, não há que se aventar usurpação de competência em razão da determinação dirigida à ANTT.

292. Na ausência de elementos capazes de modificar ou afastar a determinação constante do subitem 9.3.9 do acórdão combatido, prossegue-se o exame recursal.

## **CONCLUSÃO**

293. Trata-se de pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. contra o Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário.

294. As irregularidades apuradas pela instrução originária referem-se à (o): 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; e 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.

295. A ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A sustenta sua defesa na tese de que o Tribunal teria lançado uma nova interpretação ao contrato e pugna pela: i) a estrita vinculação da execução contratual ao instrumento/regras entabuladas/ajustadas em comum acordo com o particular; ii) alteração do regime jurídico do contrato de concessão em razão das determinações proferidas pelo TCU nos itens 9.3.9 e 9.3.10 do acórdão. A ANTT também sustenta que o TCU teria conferido nova interpretação ao contrato e pugna pela execução contratual adstrita aos termos contratuais, em ofensa à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito.

296. No que concerne à segurança jurídica, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual, também não desobedeceu às regras entabuladas entre as partes, apenas constatou o inadimplemento obrigacional e a inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária – inexecução de obras obrigatórias, e a conduta omissiva da ANTT frente aos reajustes das tarifas dos pedágios sem considerar a ausência da contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no planejamento – PER.

297. Também não há qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, haja vista que revisões contratuais com a finalidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença não constitui ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e encontra vasto amparo na doutrina, bem como no ordenamento jurídico pátrio.

298. As determinações expedidas pelo Tribunal não buscam afetar o equilíbrio financeiro do contrato ou alterar a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato. As medidas apenas asseguram o efetivo cumprimento/realização dos investimentos por parte da Concessionária e a aplicação das penalidades e do reequilíbrio econômico-financeiro previstos no contrato, de forma tempestiva, caso verificada a reincidência e a contumácia no inadimplemento obrigacional.

299. As medidas corretivas decorrem da atuação deficiente da ANTT na fiscalização da execução contratual por parte da concessionária. Outrossim, consistem em medidas para se conferir o efetivo cumprimento do contrato por parte da Concessionária, em atenção ao equilíbrio das receitas e despesas, e aos direitos dos usuários. Ademais, encontram fundamento nos termos da lei e do edital da licitação; e a revisão da tarifa do serviço encontra-se amparada na lei, no edital e no contrato formalizado.

300. A ANTT e a ECO 101 apresentam informações ainda não apreciadas pelo TCU e notícias quanto ao suposto cumprimento das determinações expedidas. Ao fim do julgamento dos pedidos de reexame, os autos devem ser remetidos à unidade técnica responsável pela instrução originária para o monitoramento do presente feito.

301. Por fim, as informações prestadas pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR não se mostraram aptas a modificar/alterar/afastar o comando inserto no subitem 9.3.9 do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

302. Ante o exposto, com supedâneo no art. 48 da Lei 8.443/1992, submete-se a análise dos presentes pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. contra o Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário, com a proposta de:

a) conhecer dos recursos interpostos e conceder provimento parcial para alterar a redação do item 9.3.8, que deve passar a conter a seguinte disposição:

9.3.8. promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR – 101/ES/BA, a fim de contemplar, na próxima revisão ordinária, 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.

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, à ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., à Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias e aos demais interessados;

c) encaminhar os autos à SeinfraRodovias para o monitoramento do cumprimento das determinações expedidas à ANTT.”

3. Estando os autos em meu Gabinete, a ANTT juntou aos autos (peça 208), em 19/9/2019, novos elementos sobre o assunto. Sendo assim, julguei oportuno determinar à Serur que reavaliasse a proposta de encaminhamento à luz dos mencionados novos elementos e que os autos fossem encaminhados posteriormente ao Ministério Público junto ao TCU, para seu pronunciamento. Reproduzo, na sequência, a mais recente instrução da Serur (peça 215), ratificada por seus dirigentes (peça 216 e 217):

#### **“INTRODUÇÃO**

1. Trata-se de instrução complementar à análise dos pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. contra o Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

2. De acordo com as conclusões do exame das razões recursais procedido à peça 204, as irregularidades apuradas pela instrução originária referem-se à (o): 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; e 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.

3. Em sede recursal, a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A sustenta sua defesa na tese de que o Tribunal teria lançado uma nova interpretação ao contrato e pugna pela: i) a estrita vinculação da execução contratual ao instrumento/regras entabuladas/ajustadas em comum acordo com o particular; ii) alteração do regime jurídico do contrato de concessão em razão das determinações proferidas pelo TCU nos itens 9.3.9 e 9.3.10 do acórdão.

4. A ANTT também sustenta que o TCU teria conferido nova interpretação ao contrato e pugna pela execução contratual adstrita aos termos contratuais, em ofensa à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito.

5. No que concerne à segurança jurídica, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual, também não desobedeceu às regras entabuladas entre as partes, apenas constatou o inadimplemento obrigacional e a inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária – inexecução de obras obrigatórias, e a conduta omissiva da ANTT frente aos reajustes das tarifas dos pedágios sem considerar a ausência da contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no planejamento – PER.

6. Também não há qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, haja vista que revisões contratuais com a finalidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença não constitui ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e encontra vasto amparo na doutrina, bem como no ordenamento jurídico pátrio.

7. As determinações expedidas pelo Tribunal não buscam afetar o equilíbrio financeiro do contrato ou alterar a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato. As medidas apenas asseguram o efetivo cumprimento/realização dos investimentos por parte da Concessionária e a aplicação das penalidades e do reequilíbrio econômico-financeiro previstos no contrato, de forma tempestiva, caso verificada a reincidência e a contumácia no inadimplemento obrigacional.

8. As medidas corretivas decorrem da atuação deficiente da ANTT na fiscalização da execução contratual por parte da concessionária. Outrossim, consistem em instrumentos para se conferir o efetivo cumprimento do contrato por parte da Concessionária, em atenção ao equilíbrio das receitas e despesas, e aos direitos dos usuários. Ademais, encontram fundamento nos termos da lei e do edital da licitação; e a revisão da tarifa do serviço encontra-se amparada na lei, no edital e no contrato formalizado.

9. Paralelamente, a ANTT e a ECO 101 apresentaram informações ainda não apreciadas pelo TCU e notícias quanto ao suposto cumprimento das determinações expedidas. Ao fim do julgamento dos pedidos de reexame, os autos devem ser remetidos à unidade técnica responsável pela instrução originária para o monitoramento do presente feito.

10. Nesta fase, apresentaram elementos adicionais de defesa (peças 209 e 213), objeto do presente exame.

#### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

11. Trata-se de elementos adicionais de defesa apresentados pela ANTT e pela ECO 101, após a interposição dos pedidos de reexame, motivo pelo qual operam-se os efeitos da preclusão

consumativa, nos termos do § 3º do art. 278 do RI/TCU e da Portaria TCU 35/2014 transcrita parcialmente a seguir:

*praticado o ato, o recorrente não poderá mais alterá-lo ou complementá-lo. Não há previsão normativa na etapa recursal do TCU para juntada de novos elementos após a interposição do recurso. Essa inviabilidade decorre do princípio da preclusão consumativa (o ato, uma vez praticado, não pode ser repetido ou complementado), justificado, por sua vez, pela necessidade de assegurar-se a razoável duração do processo, cujos atos se encadeiam de modo lógico e progressivo. Ademais, o devido processo legal no TCU impõe a observância dos procedimentos pré-estabelecidos nas normas processuais. O recorrente sabe, quando da interposição do recurso, que não serão criados procedimentos de exceção quando do exame de seu pedido (Portaria TCU 35/2014).*

12. Entretanto, em atenção ao despacho do Min. Relator Raimundo Carreiro à peça 210, examinam-se os novos documentos e eventuais impactos nas conclusões do exame anteriormente procedido à peça 204.

### **EXAME TÉCNICO**

13. De pronto, impende informar que os documentos apresentados pela ANTT e pela ECO 101 reproduzem os argumentos recursais analisados à peça 204, não alteram as conclusões técnicas e demonstram mero inconformismo, conforme se passa a expor.

#### **Manifestação ANTT** (peça 209)

14. No que toca à peça 209, o documento apresenta semelhante teor à peça 179 já examinada quando da apreciação do pedido de reexame (peça 204, pp. 23-29).

15. Às peças 179 e 209, a ANTT apresenta informações complementares ao recurso concernentes à metodologia para se efetuar reequilíbrio econômico financeiro em virtude da inclusão de obras no contrato de concessão da Rodovia BR 101 ES/BA.

16. Trata-se da Retificação de Traçado de 23 trechos, incluída na 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio, com base nos valores apresentados na proposta comercial da concessionária. Segundo a ANTT, esses valores foram excluídos em virtude do item 9.3.1 do acórdão recorrido que determinou a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos sem projetos executivos e orçamentos analíticos, relativos às obras de retificação da 2ª Revisão extraordinária e da 3ª Revisão Ordinária (peça 179, p. 1).

17. A ANTT informa que para efetuar o devido reequilíbrio econômico-financeiro destas obras foi solicitado à Concessionária o atendimento à Resolução ANTT 3.651/2011, com a definição do valor com base na composição dos custos do SICRO/DNIT, por meio da análise dos projetos executivos e orçamentos.

18. Entretanto, devido às dificuldades para elaboração de orçamento dessas obras em separado do projeto de duplicação, a Concessionária ECO 101 propôs considerar o projeto executivo referente à duplicação da rodovia e seu respectivo orçamento, acrescido do percentual de 54,02%, determinado a partir da diferença entre os custos de duplicação e de retificação de traçado por quilômetro, previstos nos estudos do EVTEA.

19. A Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias (GEENG) analisou a proposta da Concessionária e, por meio do Memorando 254/2018/GEENG/SUINF, de 28.08.2018, entendeu que a metodologia de custos apresentada para as obras de retificações de traçado não se mostrava tecnicamente adequada e favorável à Administração. A GEENG também observou que aferir os custos de retificação de traçado, em cada trecho de correção do traçado da pista existente, em separado dos demais custos da duplicação, se torna tecnicamente complexa e subjetiva quando se orça as obras de retificação de traçado a partir do respectivo projeto executivo, haja vista a concomitância com obras de duplicação e a interdependência dos serviços da nova pista e na pista existente.

20. Então, a GEENG recomendou, para fins de reequilíbrio econômico financeiro, que se proceda com base no valor médio por km previstos no PER, de acordo com o plano de negócios da concessionária e em atenção ao princípio da economicidade, sendo a apresentação e

*aceitação do projeto executivo obrigatória, respectivamente para fins de avaliação dos aspectos técnicos e execução da obra. Ressalvou que este entendimento está em consonância com recente manifestação do TCU, Acórdão 1473/2017 — Plenário: ‘A chancela dada pelo TCU à resolução 3.651/2011 teve como foco central a inadequação de critérios econômicos utilizados pela ANTT quando da inserção de novos investimentos nas concessões da 1ª Etapa’ (peça 209, p. 4).*

*21. A ANTT considera que, muito embora seu posicionamento conflita com a Resolução 3.651/2011, a solução atenderia ao princípio da economicidade e vai ao encontro de recente entendimento do TCU sobre o assunto (peça 209, p. 4).*

*22. Diante do exposto, solicita que o entendimento dado pelo Acórdão 1447/2018 –TCU – Plenário seja revisto, de modo a permitir a utilização de valores constantes do plano de negócios das concessionárias de rodovias para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão na inclusão de obras ao contrato, quando estes atenderem o princípio da economicidade e do interesse público (peça 209, p. 4).*

#### Análise

*23. No que concerne às peças 179 e 209, os elementos adicionais de defesa narram as dificuldades enfrentadas pela ANTT para o cumprimento da determinação constante do item 9.3.1, e ao final.*

*24. A seguir, apresenta-se o exame procedido quanto o assunto à peça 204, pp. 23-29.*

*25. Trata-se de proposta de metodologia para se restabelecer o reequilíbrio econômico do contrato em razão das obras relativas à retificação de traçado de 23 trechos foram incluídas por intermédio da 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio.*

*26. Para a Concessionária ECO 101, devido às dificuldades para elaboração de orçamento dessas obras em separado do projeto de duplicação, para a valorização desse tipo de obra, deve-se considerar o projeto executivo referente à duplicação da rodovia e seu respectivo orçamento, acrescido o percentual de 54,02%, determinado a partir da diferença entre os custos de duplicação e de retificação de traçado por quilômetro, previstos nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental – EVTEA (peça 209, pp. 9-14).*

*27. A ANTT propõe que se restabeleça o reequilíbrio econômico com base no valor médio por km previstos no PER, de acordo com o plano de negócios da concessionária, sendo a apresentação do projeto executivo obrigatória para fins de avaliação técnica e execução da obra (peça 209, p. 4).*

*28. A determinação constante do item 9.3.1 refere-se à vedação de inclusão de obras sem projeto executivo, irregularidade inicialmente abordada no item 9.5.6 do Acórdão 297/2017 – TCU – Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes.*

*29. Naquela oportunidade, em inspeção realizada pela SeinfraRodovias, constatou-se a inclusão, pela ANTT, de obras de retificação de traçado sem que houvessem sido elaborados os projetos executivos e os orçamentos analíticos, o que contraria o disposto no art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011. A ANTT se comprometeu a adotar medidas para que a impropriedade não se repetisse, e a manter os valores preliminares acordados no contrato até a aprovação dos projetos executivos e respectivos orçamentos.*

*30. Sobre o ponto, o exame procedido pela SeinfraRodovias, na peça 127, pp. 16-17, destaca a ausência de previsão normativa a amparar a posição da ANTT, no sentido de se manter os valores preliminares para os investimentos de retificação de traçado. Desta forma, propôs-se a exclusão do cronograma de investimentos das obras em questão até as aprovações dos projetos executivos e orçamentos correspondentes, consoante disposto na Resolução ANTT 3.651/2011.*

*31. A SeinfraRodovias alertou que a medida não retardaria a finalização das obras, pois não poderiam ser iniciadas sem o projeto executivo aprovado. Acresceu que a existência de projeto e orçamento para os novos investimentos não se trata de mera formalidade, uma vez que a definição do valor da tarifa encontra-se diretamente relacionada ao montante a ser investido, de*

modo que a utilização de valores imprecisos pode comprometer a modicidade tarifária (Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º) e representar afronta à necessidade legal de se definir os montantes de recursos associados aos investimentos a serem realizados na concessão (Lei 10.233/2001, art. 35, inciso IV).

32. Portanto, a determinação insculpida no item 9.3.1 impõe o cumprimento das disposições da Resolução ANTT 3.651/2011, norma elaborada pela própria autarquia, além de obediência à Lei 8.987/1995 e à Lei 10.233/2001.

33. Demais disso, para se concluir sobre a necessidade de se afastar a determinação, é preciso que o exame recursal se adentre quanto à metodologia para se reestabelecer o reequilíbrio econômico do contrato. Todavia, a matéria ainda não foi objeto de exame nos presentes autos, e descabe a esta Serur se pronunciar quanto ao mérito – solução da questão imposta, eis que se refere a ato de exercício de competência da ANTT. **A matéria examinada ora em apreço circunscreve-se exclusivamente à decisão impugnada, em atenção ao efeito devolutivo do recurso. Eventual pronunciamento da Serur sobre questão de mérito ainda não debatida nos autos implicaria em indevida supressão de instâncias examinadoras.**

34. Novamente, relativamente a obstáculos e dificuldades para se elaborar os projetos executivos de trechos da rodovia para a correção de traçados; a necessidade de novas metodologias para a definição dos custos/reequilíbrio econômico do contrato; a economicidade advinda da aplicação do orçamento proposto pela contratada, ou se os custos devem pautar-se nos dados do Sicro ou decorrentes dos EVTEA; **uma vez que não houve pronunciamento do TCU, a matéria deverá ser encaminhada e apreciada oportunamente pela SeinfraRodovias para o monitoramento do cumprimento das determinações prolatadas pelo acórdão recorrido, ou em processo de fiscalização direcionado para este fim** (peça 204, p. 28). Caso a ANTT sinta-se prejudicada pelo exame procedido, poderá interpor pedido de reexame, que será objeto de análise pela Serur.

35. Portanto, conclui-se que a matéria proposta pela ANTT nas peças 179 e 209 para debate técnico seja remetida à instância de instrução originária para exame, em respeito ao devido processo legal, para que não haja a supressão da instância recursal.

#### **Manifestação da ECO 101**

36. À peça 213, a ECO 101 expressamente contradita as conclusões desta Secretaria de Recursos – Serur (peça 204), hipótese inadequada ao processo de controle externo.

37. A ECO 101 suscita o **princípio da segurança jurídica**, assevera que a apuração de inexecução parcial do objeto da concessão implica em antecipação de análise não prevista no instrumento convocatório e no próprio contrato, contrariando a segurança jurídica e o princípio da boa-fé contratual. Reputa que a situação se afigura equivocada ao se determinar a realização de procedimento de tamanha importância sem a anuência das partes envolvidas e sua necessária formalização, quais sejam, o Poder Concedente-ANTT e esta Concessionária, sob pena de desequilíbrio das obrigações inicialmente pactuadas (peça 213, pp. 1-5).

38. Destaca a falta de previsão expressa no Contrato de Concessão quanto à metodologia de uma eventual apuração parcial e ressalta que as previsões contidas no Edital e no Contrato de Concessão não podem ser suprimidas pelas determinações elaboradas em sede de fiscalização, por se tratar de interpretação a posteriori (peça 213, p. 5).

39. Advoga que tenha havido **ofensa ao ato jurídico perfeito** e salienta a atenção ao **equilíbrio econômico do contrato** (peça 213, pp. 6-7).

40. Pondera que para a promoção do reequilíbrio é importante observar os prazos e procedimentos previstos no ato convocatório (peça 213, p. 8).

41. Aduz que a apuração de atendimento ao cronograma de execução deve ser feita a partir do cronograma físico definido no Programa de Exploração da Rodovia – PER, que determina exclusivamente prazos finais para conclusão das obras ou serviços. Narra que nos termos do Edital 1/2011 e no Contrato de Concessão tem-se apenas o cronograma de obras com

*prazos para entrega, e inexecuções de cronograma e respectivos impactos na tarifa de pedágio só podem ser apurados após o advento do prazo final para a entrega da obra. Salienta que as inexecuções parciais não se encontram previstas no edital e nem no contrato firmado, portanto, não pode ser implementada neste momento sob pena de desrespeito ao contrato (peça 213, p. 8).*

42. *Pugna que o método de reequilíbrio defendido pelo Tribunal desrespeita o processo administrativo e invade a competência da ANTT (peça 213, pp. 8-9).*

43. *Ao final, requer o reconhecimento pelo exame recursal do cumprimento das determinações 9.3.1, 9.3.2 e 9.3.3 do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário (peça 2013, pp. 10-12).*

#### Análise

44. *Uma vez que os argumentos ora aduzidos já foram devidamente analisados pelo exame constante da peça 204, reitera-se o teor da discussão e das conclusões extraídas, e faz-se remissão ao posicionamento técnico ali registrado.*

45. *No que concerne à segurança jurídica, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual, também não desobedeceu às regras entabuladas entre as partes, mas constatou o inadimplemento obrigacional configurado pela inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária – não edificação de obras obrigatórias; e a conduta omissiva da ANTT frente aos reajustes das tarifas dos pedágios sem a contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no planejamento – PER.*

46. *Ainda quanto à segurança jurídica, no que concerne ao inadimplemento obrigacional, a fiscalização procedida pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária constatou a inexecução de obras de caráter obrigatório previstas no cronograma de obras contratado com a empresa. Portanto, se é para se concluir pela quebra do contrato, forçosamente é necessário reconhecer que esta conduta se originou por parte da própria ECO 101, e não do TCU.*

47. *Sobre o assunto, a Subcláusula 8.3.2 do Contrato 1/2011 preconiza que, na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii). Tal dispositivo reza que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta (peça 8, pp. 27-33).*

48. *Portanto, a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro é procedimento que decorre de previsão constante do próprio instrumento contratual, por consequência da inexecução dos investimentos (itens 20.1.3 e 20.4.2 do Contrato 1/2011, peça 8, pp. 32 e 33), além de prever a aplicação de penalidades (itens 18.1 e 18.2 do Contrato 1/2011 – peça 8, pp. 27-28).*

49. *Por sua vez, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro busca a justa equivalência entre encargos e benefícios, entre contratantes e contratados, vale para ambas as partes de um contrato, e é matéria que encontra amparo na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), na Lei 8.666/1993 (arts. 58 e 65), na Lei 8.987/1995 (art. 9º, §§ 2º e 4º, e art. 10º). Assim, assumidos encargos pelo contratado, há uma retribuição justa estabelecida inicialmente, conforme pactuado no instrumento contratual formalizado, que deve ser perquirida ao longo do período de vigência do ajuste, por meio do pagamento das tarifas de pedágio.*

50. *Logo, diferentemente do que sugere a ECO 101, ajustes na tarifa em função do descumprimento dos prazos do cronograma de investimentos se constituem em mecanismo para ajuste do reequilíbrio econômico-financeiro, ante o descumprimento de obrigações contratadas, de atrasos sistemáticos e da inobservância ao Plano de Negócios.*

51. *Outrossim, não há qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, haja vista que as revisões propostas pela unidade técnica se encontram previstas no contrato e buscam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, atualmente em desfavor dos usuários, o que não constitui ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e*

*encontra vasto amparo na doutrina, bem como no ordenamento jurídico pátrio (Acórdão 606/2008 – TCU – 2ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler).*

*52. Para o Supremo Tribunal Federal – STF, o contrato de concessão, modalidade de contrato administrativo, é flexível, estando sujeito a alterações segundo as exigências do serviço público. Trata-se de contrato de adesão, ao qual são inerentes as chamadas cláusulas exorbitantes, decorrentes da supremacia do interesse público. O Poder Público pode a qualquer tempo impor essas alterações sempre que for conveniente à prestação do serviço concedido. Não há ato jurídico perfeito (no sentido de que sua execução possa ser exigida judicialmente) quando se trata de concessão de serviço público, restando ao concessionário que se julga prejudicado cobrar do poder concedente eventual reparação econômica dos prejuízos e, quem sabe, de eventuais lucros cessantes (MS 34.203/DF; 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, sessão ordinária de 21/11/2017).*

*53. A Suprema Corte reconheceu a possibilidade de alteração unilateral do contrato de concessão pela Administração, desde que, caso atingido o núcleo da avença - vantagens asseguradas a cada parte -, seja observada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (ADI 1746/SP; Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, sessão ordinária de 18/9/2014).*

*54. Inclusive, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência autorizam a adoção de medidas em relação aos contratos administrativos com vistas à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro.*

*55. Nesta linha, convém revistar que o §1º do art. 57 da Lei 8.666/1993 prevê hipóteses de ajustes para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, o que, por óbvio, não afeta a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito. Por conseguinte, não há que se falar em situação jurídica consolidada.*

*56. Na mesma toada, o art. 7º da Lei 8.987/1995 atribui como um direito de o usuário receber o serviço de forma adequada e o art. 29 da lei preconiza como incumbência ao poder concedente a fiscalização da prestação dos serviços e o zelo pela qualidade, bem como a aplicação de penalidades regulamentares e contratuais, e a revisão das tarifas.*

*57. A Resolução ANTT 675/2004 também estabelece, em linhas gerais, procedimentos para recompor a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da contratada e a retribuição de obras e serviços aos usuários da rodovia, nos âmbitos das concessões rodoviárias federais.*

*58. Do ponto de vista do instrumento da formalização da relação entabulada entre as partes, o contrato se evidencia equilibrado e as condições efetivas da proposta mantidas, se estiver sendo cumprida a totalidade de seus deveres e direitos, inclusive o cronograma financeiro, consoante disposto na cláusula 20.4.2 do Contrato 1/2011.*

*59. A equipe constatou a inobservância ao cronograma de investimentos, ou seja, ao plano de negócios, que constitui a proposta apresentada pela contratada por ocasião do certame. Quando da licitação, a Administração determina os investimentos a serem executados e o prazo máximo para conclusão, bem como fixa a TIR da avença.*

*60. No que tange aos dispêndios, a contratante se obriga a investir, dentro dos prazos do PER, os montantes anuais com cada item discriminado no Programa. Com base nesses desembolsos e nas receitas correspondentes, obtém-se o equilíbrio do fluxo de caixa – Valor Presente Líquido (VPL) do saldo do fluxo de caixa nulo – e a consequente Tarifa Básica de Pedágio. Uma posterior alteração no cronograma, como o adiamento do início da execução de uma obra, resulta em um VPL não nulo, portanto a avença passa a estar desequilibrada e gera ganhos indevidos da Concessionária e prejuízos aos usuários.*

*61. Nessa linha, as determinações expedidas pelo Tribunal não buscam afetar o equilíbrio financeiro do contrato ou alterar a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato. As medidas visam ao contrário, o efetivo cumprimento/realização dos investimentos por parte da Concessionária e do contrato, por*

*intermédio da aplicação das sanções/penalidades e do reequilíbrio econômico-financeiro, de forma tempestiva, caso verificada a reincidência e a contumácia no inadimplemento obrigacional.*

62. Quanto à metodologia para se reestabelecer o reequilíbrio econômico do contrato, a matéria não foi objeto de exame nos presentes autos, e descabe a esta Serur se pronunciar quanto a esse mérito – solução da questão imposta, eis que se refere a ato de exercício de competência da ANTT. A matéria examinada ora em apreço circunscreve-se exclusivamente à decisão impugnada, em atenção ao efeito devolutivo do recurso.

63. No que se refere ao desrespeito do processo administrativo e à competência da ANTT (peça 204, pp. 12-13), a fiscalização procedida pela Secretaria Especializada constatou duas irregularidades centrais. A primeira consiste na inexecução de obras de caráter obrigatório, o que contraria a Cláusula 8.3.1 do Contrato 1/2011, bem como o art. 31 da Lei 8.987/1995 (peça 96, pp. 39-41); e a segunda refere-se ao desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das revisões tarifárias afronta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, bem como a Cláusula 8.2.1 do Contrato 1/2011. Ainda, o desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor dos usuários infringe as seguintes normas: art. 6º, § 1º; art. 9º, § 2º; art. 9º, § 4º; art. 10; art. 23, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8987/1995; art. 2º da Lei 9.784/1999; art. 20, inciso II, alínea b, da Lei 10233/2001; art. 9º da Portaria ANTT 34/2015; e art. 3º da Resolução ANTT 3651/2011 (peça 96, pp. 41-42).

64. O inadimplemento obrigacional sob o ponto de vista das disposições contratuais, encontra-se configurado em razão das disposições que integram a Cláusula 8 do Contrato 1/2011, que cuida das obras e serviços a serem prestados em função do ajuste, e impõe como obrigação da Concessionária cumprir com o objeto do Contrato, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho e demais exigências estabelecidas no Programa de Exploração Rodoviária – PER (peça 8, p. 12).

65. Segundo o instrumento de ajuste, a contratada deve executar: (i) as obrigações de investimento constantes do Capítulo 3 do PER, que incluem obras e serviços de caráter obrigatório, obras e serviços de caráter não obrigatório, e obras condicionadas ao volume de tráfego; e (ii) todas as demais obras e intervenções necessárias ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho e demais especificações técnicas mínimas estabelecidas no Contrato e no PER (peça 8, p. 13).

66. Some-se que, de acordo com a Cláusula 19, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados ao contrato, inclusive no atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no PER ou de outros prazos estabelecidos entre as partes (cronogramas de investimentos apresentados pela empresa na proposta comercial ofertada em licitação, localizados à peça 22) (peça 8, pp. 30-31).

67. Segundo dispõe o item 20.1.1 do Contrato 1/2011, sempre que atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, restaria mantido o equilíbrio econômico financeiro (peça 8, p. 32). Por outro lado, constatada a inexecução de obras obrigatórias, o Contrato 1/2011 dispõe ainda que a ANTT poderá efetuar a recomposição o equilíbrio contratual, nas hipóteses das subcláusulas 8.3.2, 16.1.8 e 34.12.1, abaixo reproduzidas parcialmente, com grifos acrescidos (peça 8, p. 14, 22, 33, 45):

*‘8.3.2 Na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii);*

*20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:*

*(i) na hipótese de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-*

*financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 20.5;*

*(ii) na hipótese de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessárias a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da subcláusula 20.6;*

*(iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas nos itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.’*

68. *Constatada a violação às normas que regulamentam a matéria e às regras contratuais no tocante ao inadimplemento obrigacional e ao desequilíbrio econômico e financeiro do contrato, evidencia-se inafastável a competência fiscalizadora do TCU para determinar medidas saneadoras com vistas à correção dos atos inquinados com o fim de atendimento ao interesse público/Administração/Usuários.*

69. *Isto posto, o descumprimento contratual e a conduta omissiva da agência regulamentadora em penalizar a empresa e/ou proceder ao reequilíbrio financeiro do contrato por meio de revisões tarifárias adequadas à realidade legitimam a atuação do controle externo. **Logo, não há que se aventar usurpação de competência em razão da fiscalização procedida.***

70. *No que concerne à solicitação de reconhecimento do **cumprimento de determinações**, trata-se de controle corretivo ou preventivo exercido pelo Tribunal e abarca o monitoramento das medidas expedidas aos órgãos jurisdicionados.*

71. *Não é matéria afeta ao exame recursal, eis que de competência da unidade técnica de origem acompanhá-la, e deve ser examinada em processo específico, consoante disposições da Portaria Segecex 13/2011.*

72. *Diversamente do entendimento da ECO 101, caso a Serur examinasse as ações da ANTT e da Concessionária, e concluísse pelo descumprimento das determinações, a Concessionária e a Autarquia restariam impossibilitadas de recorrer, eis que o exame nesta fase suprimiria uma nova interposição de recurso, em atenção ao princípio da singularidade recursal e aos efeitos da preclusão consumativa. Portanto, a matéria deve ser primeiramente submetida ao crivo da instância técnica originária.*

73. *Vê-se ao final, que os documentos apresentados pela ANTT e pela ECO 101 reproduzem os argumentos recursais devidamente analisados à peça 204, e não alteram as conclusões técnicas do exame procedido.*

### **CONCLUSÃO**

74. *Submete-se a instrução complementar à apreciação superior com a proposta de ratificar o exame técnico constante da peça 204; encaminhar os autos para o pronunciamento do MP/TCU, nos termos do despacho do Relator à peça 210; após a deliberação, sejam remetidos os autos à unidade técnica de origem para o exame do cumprimento das determinações e da matéria apresentada pela ANTT às peças 179 e 209.”*

4. O Ministério Público de Contas, em parecer de lavra da douta Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, pronunciou-se em divergência parcial quanto à proposta da Serur, nestes termos (peça 224):

*“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 n° 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 n.º 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. 11-12<sup>1</sup>), 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 2005<sup>2</sup>, 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).

<sup>1</sup> Disponível em [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Guidance\\_on\\_PPP\\_Contractual\\_Provisions\\_EN\\_2019\\_edition.pdf](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).

<sup>2</sup> Disponível em [https://ctr.utexas.edu/wp-content/uploads/pubs/0\\_5020\\_P1.pdf](https://ctr.utexas.edu/wp-content/uploads/pubs/0_5020_P1.pdf) (acessado em 19/2/2020).

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 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. 2º-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 9.3.1, 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 assuma 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 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.”

5. É o Relatório.