

VOTO

Inicialmente, registro que atuo nos presentes autos por força do previsto no art. 152 do Regimento Interno do TCU.

2. Tratam os autos, originalmente, de Solicitação do Congresso Nacional, encaminhada a esta Casa pela Comissão Externa da Câmara dos Deputados, decorrente de pedido de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para examinar a conformidade do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, celebrado com a Concessionária ECO101, especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos.

3. O processo foi apreciado por meio do Acórdão 1.447/2018-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes (Data da Sessão: 26/6/2018 – Extraordinária – Ata nº 24/2018 – Plenário), a seguir transcrito, *verbis*:

“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.

4. Contra o Acórdão 1.447/2018-Plenário foram interpostos Pedidos de Reexame 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).

5. Por meio do Despacho à peça 178, de 20/11/2018, o então Relator do processo, Ministro José Múcio Monteiro, admitiu os recursos e encaminhou os autos à Serur para instrução de mérito.

6. Já sob a minha relatoria, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), requereu ingresso no presente processo como interessado ou, subsidiariamente, na condição de *amicus curiae* (peça 182). Por meio de Despacho inserido à peça 185, autorizei a participação da associação como “amigo da Corte”, nos termos do art. 138 da Lei 13.105/2018 c/c o art. 298 do Regimento Interno do TCU.

7. A Serur analisou o mérito dos recursos conforme a instrução à peça 204, e apresentou a seguinte proposta de encaminhamento, *verbis*:

“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”

8. Estando os autos em meu Gabinete, a ANTT juntou aos autos, em 19/9/2019, novos elementos sobre o assunto (peça 209). Por meio de Despacho inserido à peça 210, determinei que a Secretaria de Recursos reavaliasse a proposta de encaminhamento à luz dos mencionados novos elementos e oportunistei ao Ministério Público junto ao TCU que se manifestasse nos autos.

9. A unidade técnica pronunciou-se, de maneira uniforme, às peças 215 e 216, ratificando a proposta anterior estampada na peça 204.

10. Já o *Parquet* de Contas, em parecer de lavra da eminente Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, dissentiu parcialmente da análise da Serur, por entender que o Tribunal teria ultrapassado os contornos do controle de segunda ordem que exerce sobre a Agência Reguladora, no presente caso. Em sua manifestação, o MPTCU também considerou os memoriais juntados pela ANTT à peça 219, que noticiam a publicação da Resolução-ANTT 5.850/2019, em 16/7/2019, acerca dos procedimentos para reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias.

11. O Ministério Público pugna para que o Tribunal dê nova redação aos itens 9.3.8, 9.3.9 e 9.3.11 do Acórdão recorrido (peça 224, p. 8):

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.

12. Feita a breve introdução, passo a deliberar.

13. Quanto à admissibilidade, manifesto-me no sentido de conhecer dos recursos, porquanto cumpridos os requisitos legais.

14. No mérito, desde já, alinho-me com a essência da análise realizada pelo Ministério Público junto ao Tribunal, que adiciono aos fundamentos que passo a apresentar.

15. A firme jurisprudência do TCU é no sentido de que o controle exercido sobre as atividades finalísticas das Agências Reguladoras é de segunda ordem, cujos limites se estabelecem na esfera de discricionariedade do gestor. No entanto, isso não impede que o Tribunal venha a determinar a adoção de medidas corretivas para atos praticados com violação ao ordenamento jurídico, conforme previsão do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal. Nessa linha são os Acórdãos do Plenário 620/2008, relator Ministro Benjamin Zymler; 2.071/2015, relator Ministro Vital do Rêgo; e 1.166/2019, relator Ministro Augusto Nardes.

16. Entendo que, no presente caso, em função da lacuna normativa anteriormente existente a respeito dos procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão em caso de inadimplemento e atraso na execução de obras por parte da concessionária, o Tribunal avançou sobre alguns pontos específicos que competem, precipuamente, à ANTT definir.

17. Refiro-me ao momento mais adequado para se proceder à avaliação de conformidade dos investimentos realizados em face do inicialmente planejado (se na revisão ordinária, extraordinária ou quinquenal do contrato de concessão). Além disso, a decisão vergastada adentrou na forma e no tempo de aplicação do eventual desconto na tarifa, a ser apurado pela Agência. Os trechos do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário destacados a seguir ilustram esses pontos:

*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;*

(...)

*9.3.11. 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;*

18. Considero que, ao adentrar na esfera de discricionariedade do regulador, houve excessos pontuais no Acórdão recorrido, o que enseja a reparação pelo Colegiado no presente julgamento. Ressalto, mais uma vez, que a falta, à época, de uma norma balizadora de reequilíbrios contratuais, para casos como o verificado nos autos, propiciou que o Tribunal emanasse o *decisum* com contornos mais estritos para a ANTT.

19. Verifico ainda que o item 9.3.9 do Acórdão, que **determina o estabelecimento de descontos tarifários quando houver inexecução ou atraso de investimentos previstos em concessões que dispõem de plano de negócio**, foi tratado na Resolução-ANTT 5.850/2019, em 16/7/2019.

20. Destaco que esse foi o ponto sobre o qual se insurgiu a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias em suas manifestações encaminhadas ao TCU na condição de *amicus curiae* (peças 182 e 220). Segundo a ABCR, a alteração da metodologia que rege o cálculo do desconto tarifário, ainda que só alcançasse concessões nas quais se verificasse inexecuções e atrasos nas obras inicialmente previstas, representaria grave violação à segurança jurídica, à boa-fé objetiva e à confiança legítima das concessionárias.

21. Sobre o assunto, a norma regulamentadora da ANTT assim passou a dispor (peça 221, p. 2-3):

Art. 4º O Desconto ou Acréscimo de reequilíbrio, quando previsto contratualmente, terá incidência exclusiva sobre a TBP vencedora do leilão revisada, não incidindo sobre a tarifa do FCM.

§ 1º Para os contratos em que não houve exigência no certame da entrega do FCO, referente ao plano de negócios vencedor do leilão, a exclusão de obrigações contratuais previstas no PER será realizada com aplicação do Fator D contínuo, da seguinte forma:

I – Haverá previsão de incidência do Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT), conforme Anexo II, com objetivo de adequar o equilíbrio entre as receitas e despesas no tempo;

II – Em caso de ausência de Fator D parametrizado para obrigações previstas no contrato original, poderão ser estabelecidos novos descontos adotando como referência os mesmos valores levados a leilão de forma a preservar as condições originais do certame.

22. Constatado, portanto, que a normatização da Agência previu procedimentos para aplicação de desconto de reequilíbrio na tarifa, mesmo para os casos em que não houve definição prévia do Fluxo de Caixa Ordinário – FCO, ou seja, casos em que os investimentos foram estabelecidos em Plano de Negócios (art. 4º, § 1º da Resolução-ANTT 5.850/2019). Em decorrência, entendo que **o item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário deve ser considerado insubsistente.**

23. Quanto aos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão, **entendo necessário promover ajustes em suas redações**, de maneira a deixar margem de discricionariedade para a ANTT cumprir as determinações do Tribunal. No seguinte sentido:

Redação original	Nova redação
<p>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;</p>	<p>9.3.8. no prazo de 90 dias, comprove ao Tribunal o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR – 101/ES/BA, 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, 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 e, no caso do contrato não se encontrar reequilibrado, informe as medidas ainda necessárias e a previsão de data para atingimento do reequilíbrio econômico-financeiro da concessão;</p>

Redação original	Nova redação
<i>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;</i>	<i>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, e informe ao Tribunal acerca das medidas adotadas para ajuste do cronograma financeiro da concessão junto à concessionária, em observância ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;</i>

24. Quanto aos demais pontos arguidos nos recursos de reexame apresentados, manifesto minha anuência aos pareceres da Serur e do MPTCU, no sentido de que não verifico usurpação da competência fiscalizatória da ANTT pelo Tribunal ou qualquer violação ao devido processo administrativo. A partir do momento em que restam configurados o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de inadimplemento do contrato de concessão e a inércia da Agência reguladora, há legitimidade para a atuação da Corte de Contas, com supedâneo no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, art. 35, inciso IV, da Lei 10.233 e na Cláusula 8.3.2 do Contrato de Concessão (peça 8, p. 14):

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).

25. Nesse sentido, não identifico outros pontos do Acórdão recorrido a merecerem reparo, pois não trouxeram inovações para relação contratual. Entendo que os demais itens apenas estabeleceram marcos monitoráveis no processo de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão – mandatório por imposição legal e contratual –, a serem observados pela Agência e informados ao TCU.

Ante o exposto, voto para que o Tribunal acolha o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 4 de agosto de 2021.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator