

## VOTO REVISOR

Trata-se de pedidos de reexame em Solicitação do Congresso Nacional, encaminhada pela Comissão Externa da Câmara dos Deputados, no sentido de proceder à fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a fim de examinar a conformidade do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, celebrado com a Eco 101 Concessionária de Rodovias S.A., especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos necessários, contratualmente previstos.

Na fiscalização realizada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e Aeroportuária (SeinfraRodovias), foram identificadas falhas e irregularidades, devidamente informadas ao Congresso Nacional, por meio do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, de relatoria do E. Ministro Augusto Nardes, que geraram várias determinações à ANTT.

Irresignadas, tanto a ANTT (peças 168 a 170, 177 e 179), como a Eco 101 Concessionária de Rodovias S.A. (peças 157 e 180), interpuseram os pedidos de reexame, ora em análise, contra o Acórdão 1.447/2018-Plenário, tendo, antes disso, a ANTT já oposto embargos de declaração, conhecidos e rejeitados pelo Acórdão 2.192/2018-TCU-Plenário (peça 158)

Na tramitação do processo, o relator dos recursos, E. Ministro Raimundo Carreiro, admitiu a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) como *amicus curiae*, nos termos do art. 138 da Lei 13.105/2018, c/c o art. 298 do RI/TCU, tendo a entidade apresentado documentos (peças 182 e 183) e petições, em defesa das concessionárias de rodovias, refutando a aplicação concentrada de descontos nas tarifas de pedágio, em razão da ausência de execução dos investimentos contratados, uma vez que preferem as empresas concessionárias, a ela filiadas, manter sob sua gestão e benefício todos os recursos arrecadados dos usuários, mesmo sem a contrapartida da execução das obras devidas, a que estavam contratualmente obrigadas, com a absorção dos juros, em benefício próprio, e com a dispensa de obtenção de empréstimos no mercado.

A Serur analisou o mérito dos recursos, avaliando a totalidade dos argumentos trazidos pelo órgão de defesa das empresas concessionárias, a ABCR, conforme a instrução à peça 204, e propôs conhecer dos recursos interpostos e conceder-lhes provimento parcial, apenas para alterar a redação do item 9.3.8, determinando à ANTT que promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA, na próxima revisão ordinária, ao invés de mediante revisão extraordinária, no prazo de 90 dias, como antes havia sido ordenado.

A ANTT juntou aos autos novos elementos sobre o assunto (peça 208), em 19/9/2019, tendo o E. Relator solicitado à Serur que reavaliasse o caso à luz desses documentos, retornando este processo ao seu gabinete via MP/TCU.

A unidade técnica, por meio da instrução de peça 215, ratificou as análises e o encaminhamento proposto na instrução (peça 204).

O MP/TCU, por sua vez, dissentiu da análise da Serur, por entender que o Tribunal ultrapassou os limites do controle de segunda ordem que exerce sobre a Agência Reguladora. Manifestou-se, levando em conta 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 - que não foi objeto de avaliação da Serur - e sugeriu o provimento parcial dos recursos, para dar nova redação aos itens 9.3.8, 9.3.9 e 9.3.11 do Acórdão recorrido, a fim de substituir a revisão extraordinária, prevista nos itens 9.3.8 e 9.3.11, pela quinquenal, bem como suprimir 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.

A manifestação do MP/TCU implicaria manter, por cinco anos, sob a gestão da concessionária, em seu benefício, até o advento da revisão “quinquenal” a totalidade dos recursos tarifários, recolhidos dos usuários da rodovia, destinados à execução de obras, que não foram realizadas, na forma determinada no contrato de concessão, atribuindo a ela e a seus acionistas vantagens extracontratuais extraordinárias.

O relator dos recursos, E. Ministro Raimundo Carreiro, considerou que, ante a lacuna normativa 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, existente à época do julgamento destes autos, teria o Tribunal avançado sobre as competências da ANTT. Entendeu que os excessos pontuais no Acórdão recorrido ensejariam reparação pelo Colegiado no presente julgamento.

Propôs considerar insubsistente o item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o TCU determinou à ANTT que *“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 Agência, ao invés de diluir o impacto da redução da tarifa ao longo de todos os anos restantes do contrato”*, sob o argumento de que o assunto foi devidamente tratado na Resolução-ANTT 5.850/2019, em 16/7/2019.

Propôs ainda alterações de redação nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão, de maneira a franquear margem de discricionariedade à ANTT, para cumprir as determinações do Tribunal, deixando de exigir que a Agência promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA e o ajuste do respectivo cronograma financeiro, em razão de investimentos não-executados, mediante revisão extraordinária; passando apenas a requerer a comprovação, ao Tribunal, do reequilíbrio econômico-financeiro contratual, devendo a ANTT informar as medidas adotadas para o ajuste do aludido cronograma financeiro e estabelecer prazos.

Em tendo vislumbrado, na questão em análise, intensa iniquidade e gravíssimo desequilíbrio contratual, pedi vista dos autos, na sessão plenária de 4/8/2021, a fim de melhor avaliar os pedidos de reexame.

## II

Aproximadamente três anos após a prolação do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário do Tribunal, que determinou a imediata recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, retornam os autos, via recursos, à apreciação do Plenário.

Quanto à admissibilidade, alinho-me à proposta de conhecer dos recursos, porquanto cumpridos os requisitos legais.

As irregularidades que deram ensejo às determinações, ora contraditadas pelas recorrentes, estão fundamentadas nas seguintes conclusões da então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e Aeroportuária (SeinfraRodovias), com apoio em evidências colhidas de análise documental e de verificação *in loco*, no período de 10/5/2013 a 10/3/2016:

a) inexecução de obras de caráter obrigatório, em desacordo com o art. 31 da Lei 8.987/1995 e com 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, e 23, parágrafo único, da Lei 8.987/1995 e ao item 8.2.1 do ajuste contratual.

Além da inexecução de obras de caráter obrigatório, a unidade técnica identificou atrasos sistemáticos em vários outros investimentos, que deveriam ter sido iniciados pela concessionária nos primeiros anos da concessão, conforme o plano de negócios, e não o foram, devido à ausência de licenciamento ambiental das obras e de serviços junto a órgãos competentes, bem como de desapropriação e desocupação de faixas de domínio.

Neste tópico, já se pode vislumbrar que “eventuais ou supostas dificuldades”, na obtenção de licenciamentos ambientais de obras e serviços, desapropriações e desocupações, favorecem sobremodo as concessionárias das rodovias e passam a operar como força motriz relevante, em favor do expressivo aumento da sua lucratividade, em termos de obtenção de recursos e majoração indevida de lucros, sempre em desfavor do usuário, que custeia as obras, razão por que, nas últimas décadas, as ações de concessionárias sempre estiveram entre as preferidas da Bovespa, por sua altíssima lucratividade.

A necessidade de licenças, desapropriações e desocupações, para a realização das obras rodoviárias, calha à perfeição para as concessionárias, que, na prática, não tem interesse em obtê-las, uma vez que a realização das obras contratadas lhes diminuiria os lucros, pois deixariam de dispor do imenso capital, obtido a custo zero, das tarifas dos usuários das rodovias, que bem lhes servem, rendendo juros e outras vantagens econômicas e evitando que tenham de recorrer a empréstimos e pagar juros, na forma inicialmente prevista na composição do capital.

Os constantes atrasos e inexecuções de obras e serviços obrigatórios, previstos para os primeiros anos da concessão, conduziram a ANTT a postergar o cumprimento das obrigações da concessionária, mediante reprogramações contínuas do cronograma físico-financeiro de vários investimentos.

Algumas dessas intervenções, por falta de adequado planejamento, passaram a ostentar prazos inverossímeis, em face da imprevisibilidade da solução das pendências mencionadas, sem nenhuma atenção para os direitos dos usuários das rodovias que, ao pagar o pedágio, estavam, na verdade, pagando por obras fictícias, jamais realizadas, a permitir a indevida acumulação de capital por parte da concessionária, em detrimento da segurança e do aprimoramento geral das rodovias concedidas, numa situação em que tais obras já estavam pagas pelos usuários, mediante tarifas já recolhidas pelas concessionárias e em benefício delas utilizadas

Consequentemente, verificou-se que o cronograma de investimentos das concessionárias de rodovias estava sempre desatualizado, com objetivos e marcos temporais não-compatíveis com a tramitação dos processos necessários à superação das pendências que obstavam a execução de obras e serviços em trechos rodoviários, com o risco de comprometer os termos finais, estabelecidos pelo Programa de Exploração Rodoviária (PER), para a conclusão dessas benfeitorias.

A propósito, se as delongas operacionais, na obtenção de licenças, contrapunham-se aos interesses dos usuários, elas ocorriam ao mesmo tempo em que a obtenção das receitas seguia na mesma linha de interesse das concessionárias, que se beneficiavam da plena arrecadação de recursos tarifários, sem incorrer nas despesas inerentes à realização das obras, a que se destinava parcela substancial das tarifas. De tal fato decorre ser evidente que as concessionárias jamais tiveram interesse em agilizar, ou, mesmo, obter, em prazo normal, as licenças de obras nas rodovias, o que impôs, em face da tranquila inação da ANTT, prontas providências desta Corte.

Mesmo em face da ampla exposição dos fatos no Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, sendo a situação de inadimplemento de obras obrigatórias de amplo conhecimento da ANTT, a agência recusou-se a adotar procedimentos e mecanismos que permitissem apurar, com a antecedência necessária, os investimentos não-realizados pela concessionária, até a data base da avença (10 de maio), a fim de considerar as inexecuções na revisão tarifária imediatamente subsequente (18 de

maio), salvaguardando, por tal modo, os interesses da concessionária, a partir de efeitos suspensivos de recursos processuais. Não pode, portanto, a agência alegar desconhecimento do fato de que estão as concessionárias a se beneficiar, indevidamente, dos recursos tarifários dos usuários.

Com isso, as revisões contratuais, formalizadas pela Agência, acabavam por onerar apenas o usuário, pois mantinham, por largo período, a obrigação de pagar por tarifas de pedágio, referentes a obras e serviços não-realizados, no período imediatamente antecedente, como se estivessem as obras sendo regularmente executadas.

O reequilíbrio do contrato pelo desconto efetuado na revisão tarifária do período apurativo subsequente, ou seja, um ano depois, estava premiando a concessionária pela própria inadimplência e ineficiência na obtenção das licenças, ao manter sua remuneração íntegra, por mais um exercício financeiro, o que contraria totalmente a lógica da regulação dos serviços públicos delegados. Já conceder a diluição dos recursos arrecadados nos últimos cinco anos, considero ação de profunda iniquidade.

Repito, portanto, que as “dificuldades” na obtenção de licenças eram extremamente favoráveis às concessionárias, uma vez que, indevidamente, lhes majoraram os lucros, sem criar-lhes quaisquer embaraços, contratempos ou obrigações, sempre em detrimento do usuário da rodovia, que pagava pelas obras e, simplesmente, não as recebia, usando a rodovia praticamente nas condições originais e pagando por uma rodovia de primeiro mundo.

Evidente, também, que a prática se tornou generalizada no mercado de concessões, uma vez que os operadores do setor viam exatamente o que lá ocorria. As empresas que, na forma esperada, tomassem recursos emprestados no mercado, para custear as obras contratadas, seriam bem menos rentáveis que as demais, que não realizavam obras, aplicavam os recursos arrecadados dos usuários para as obras no mercado financeiro e beneficiavam seus acionistas com lucros absolutamente superiores, bem fora do padrão esperado, sendo daí aclamadas no Bovespa.

Agiam as concessionárias, secundadas pela ANTT, tal qual espécie de verdadeiras “estelionatárias”, uma vez que cobravam dos usuários das rodovias por obras, que deviam estar a executar, mas que jamais executavam, permanecendo como receptáculo de recursos, a que não faziam jus, mas que, livremente, utilizavam e aplicavam ao seu alvedrio e em seu exclusivo benefício.

Oportuno registrar que o descasamento entre a real situação dos investimentos e as revisões tarifárias a ela referentes ocorreu em todas as concessões rodoviárias, em que há pequeno intervalo entre o aniversário do contrato e a revisão tarifária imediatamente subsequente.

Além disso, ao promover o adiamento de obras e serviços não-realizados, a ANTT acedia plenamente aos interesses das concessionárias, deslocava os investimentos no fluxo de caixa da concessão e promovia descontos tarifários compensatórios, cujos efeitos eram diluídos pelo restante do prazo de vigência do contrato de concessão, o que lhes favorecia sobremaneira.

Portanto, na prática, a demora e a inexecução de investimentos, em desacordo com os termos estabelecidos no cronograma anexo ao contrato, tiveram pouca ou irrelevante repercussão nas reduções tarifárias oriundas das revisões contratuais, de maneira que as receitas das concessionárias pouco variaram.

As diminuições pífias da tarifa básica de pedágio (TBP) constituíram estímulos às concessionárias, para que continuassem a não adimplir as obrigações estabelecidas no PER e no cronograma de investimentos, não realizando as atividades óbvias que lhe competiam, na obtenção das licenças necessárias, relativamente as quais eram totalmente apáticas ou desinteressadas.

No limite, a protelação dessas obrigações podia dar ensejo ao mecanismo denominado “jogo de cronograma”, em que a contratada, após auferir ganhos robustos, oriundos de cobrança de

tarifas, oneradas por investimentos, que não eram nunca realizados, relega as intervenções mais dispendiosas a segundo plano, a ponto de torná-las inexequíveis, em razão do exíguo prazo residual da concessão.

Logo, o desequilíbrio econômico-financeiro verificado no Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, celebrado com a Eco 101, em desfavor dos usuários dos serviços públicos delegados, é consequência da inexecução dos investimentos previstos nos primeiros anos, na medida em que a inadimplência da concessionária não foi devidamente compensada por mecanismos regulatórios tempestivos, aptos a recompor o balanço entre a diminuição de encargos e a redução da remuneração da contratada, via desconto tarifário.

Com isso, os usuários foram duplamente onerados: primeiro, pelo pagamento de tarifas que custeariam obras e serviços obrigatórios, que deveriam ter sido iniciados e entregues e não o foram; segundo, pela privação do usufruto de serviços públicos adequados, mesmo de segurança das pistas, que satisfaziam as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade tarifária, tais quais exigidas pelo art. 6º da Lei 8.987/1995.

Investimentos que deveriam ser bancados majoritariamente pelo ingresso de recursos de agentes financiadores, ou parceiros privados, quando realizados posteriormente, foram e são, na verdade, custeados por tarifas pagas pelos usuários, antecipadamente, sem a tempestiva contrapartida na qualidade dos serviços públicos delegados.

Ao questionar a ANTT, acerca do fundamento jurídico utilizado, para diluir os efeitos da redução tarifária decorrente de atraso e inexecução investimentos, pelo restante do período de vigência da concessão, a unidade técnica verificou, à época, que tal procedimento não detinha respaldo no contrato, tampouco em norma legal, ou em ato normativo da agência reguladora.

Tratava-se de prática consuetudinária, utilizada há mais de duas décadas, desde a realização das primeiras licitações para concessão das rodovias federais da 1ª e 2ª etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procofe), criado na década de 1990, constituindo inequívoca fonte de ganhos indevidos pelas concessionárias, com o aval da ANTT, em detrimento do usuário da rodovia. Privilegiava, portanto, o desequilíbrio do contrato, com benefícios extracontratuais, certos, às empresas.

Além das mencionadas consequências dessa prática deletéria para os usuários, simulações realizadas pela SeinfraRodovias (peça 96) demonstraram que o deslocamento ou o diferimento de desembolsos da concessionária, no fluxo de caixa operacional, descontados pela taxa interna de retorno (TIR) não-alavancada, em razão de atrasos e inexecuções de investimentos, associado à diluição dos descontos tarifários, pelo prazo restante da concessão, têm o efeito de majorar a TIR alavancada ou TIR do acionista, que é a de maior interesse da 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.

No contrato em exame, a majoração da TIR do acionista, pela postergação da execução de investimentos, foi ainda mais potencializada ante a estrutura de capital da Eco 101, composta por 87% de capital de terceiros, conforme balanço patrimonial de 31 de dezembro de 2015 (evidência 21 do relatório de inspeção), e o fato de que o montante de aproximadamente 70% dos investimentos previstos para os seis primeiros anos já possuía contrato de financiamento assinado com o Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES (evidência 24 do relatório de inspeção).

Isso demonstra o extremado benefício para as concessionárias das longas dilatações na obtenção de licenciamentos, na forma corrente, podendo até mesmo determinar certa “inação”, por parte delas, nas providências que poderiam realizar, tendentes à conclusão dos procedimentos, ou, mesmo, por que não dizer, certa “ação”, para evitar a concessão das licenças.

De qualquer modo, os fatos verificados não eximem nem o administrador nem o juiz de decidir, em favor da situação que menos dano cause a todos os participantes da concessão. No caso, todos os benefícios foram usufruídos pelas concessionárias e todos os prejuízos custeados pelos usuários das rodovias concedidas, parte hipossuficiente na relação, o que mostra à exaustão a iniquidade da equação e a inação dos órgãos de defesa dos usuários das rodovias.

O desconto diluído dos investimentos não-realizados na tarifa é mecanismo perverso, que gera receitas não-compensadas e incentiva o inadimplemento contratual, uma vez que não investir torna-se mais vantajoso à concessionária do que investir, pois ela retém a receita auferida indevidamente, podendo, por exemplo, aplicá-la no mercado financeiro, para agregar outros ganhos, absolutamente desvinculados da ética e das obrigações contratuais que deveria efetivamente cumprir. Causa espécie a ausência de objeção ao comportamento nefasto verificado nos autos e em incontáveis outras concessões rodoviárias.

Tendo em vista as irregularidades observadas e a nítida omissão da ANTT, em fazer valer os termos ajustados na concessão, o TCU, mediante o Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, determinou à Agência que promova o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, no prazo de 90 dias, mediante revisão extraordinária, com a redução da tarifa de pedágio, de forma concentrada e pelo período de um ano (item 9.3.8), bem como que adote essa metodologia na regulamentação da matéria (item 9.3.9) e, ainda, que institua mecanismo de aferição de atraso e de inexecução de investimentos, que permita à entidade a implementação desse processo nos moldes definidos pela deliberação (item 9.3.10).

Tal deliberação continua benéfica às concessionárias, pois elas continuam a dispor, pelo dado período, de recursos que não são seus, mas, sim, gravados com a obrigação de execução de obras.

Após a publicação do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, a ANTT editou a Resolução 5.850/2019, regulamentando os procedimentos inerentes ao reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão rodoviária (peça 219, p. 14-21). Reiterou, também, nestes autos, a presença de dois projetos de portaria (peça 219, p. 9), acostados antes da decisão de mérito ora recorrida, tratando dos “*procedimentos a serem observados pela ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*”, e da “*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*”. As duas últimas normas citadas ainda não estavam publicadas à época da prolação do Acórdão 1447/2018-TCU-Plenário, tampouco à época do parecer do MP/TCU (abril de 2020) acerca destes recursos.

### III

Como sói acontecer, tanto a ANTT, como a concessionária e a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), como *amicus curiae*, alegaram, em síntese e em uníssono, nos pedidos de reexame, ingerência indevida do TCU, ao tratar de matéria de natureza regulatória, com usurpação de competências da agência reguladora; descumprimento contratual como fato ensejador da aplicação de medidas não previstas contratualmente, com impactos na segurança jurídica e no ato jurídico perfeito; e determinações expedidas que se constituem em indevida interpretação jurídica dos termos ajustados entre a Agência e a Eco 101.

De fato, quando a agência reguladora cumpre a lei, de maneira isenta, fiscalizando devidamente os procedimentos e a execução da concessão, vigilante tanto da defesa dos direitos dos usuários, como do cumprimento das obrigações contratuais dos concessionários, ela define

autonomamente as regras das concessões; quando viola a lei, para manter situação iníqua, em favor das concessionárias, que materializam o poder econômico do setor e se apropriam, em seu favor, de recursos tarifários e obliteram o direito dos usuários, é dever do TCU intervir, para manter a normalidade do regime jurídico administrativo das concessões e o equilíbrio do contrato, podendo, até mesmo, punir os administradores faltosos.

No que se refere à segurança jurídica, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual, tampouco desobedeceu às regras entabuladas entre as partes. Verificou, sim, conforme os termos contratuais, o inadimplemento parcial da avença por parte da Concessionária, em razão da inexecução de obras obrigatórias, bem como a conduta omissiva da ANTT, ante os reajustes das tarifas dos pedágios, que não consideraram a ausência da contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no PER.

Não houve ofensa ao ato jurídico perfeito, haja vista que revisões contratuais, com a finalidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual, estão previstas no ordenamento jurídico e no termo do contrato.

As determinações expedidas pelo TCU buscaram justamente promover, o tempestivo reequilíbrio financeiro do ajuste, mediante a manutenção da equivalência entre as vantagens e os custos, tal como calculados no momento de sua celebração, com o objetivo de coibir a reincidência e a contumácia no inadimplemento da obrigação pela concessionária.

A metodologia determinada no Acórdão recorrido amparou-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 (peça 8, p. 33), que determina a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, por meio do fluxo de caixa descontado não-alavancado, apresentado no plano negócios, para manter as condições efetivas da proposta.

Quanto ao momento mais oportuno para se proceder à avaliação de conformidade dos investimentos realizados, em face do inicialmente planejado, se em revisão extraordinária, determinada pelo acórdão recorrido; em revisão ordinária, como defende a Serur; ou quinquenal, como arguem a concessionária e a ANTT, em sede destes recursos, o Plenário não poderia ter sido mais assertivo quando publicou o Acórdão 1.447/2018-TCU, ao determinar que, ante a gravidade dos fatos retratados, os ajustes fossem imediatamente realizados.

O termo do contrato não prevê a periodicidade dessas revisões contratuais e a própria falta de consenso sobre o tema demonstra que as normas vigentes não eram claras a respeito do tema. De qualquer modo, se alguém recebe de outrem recursos para efetuar algo e simplesmente os entesoura, ou aplica os valores, em seu exclusivo benefício, no mercado financeiro, sem cumprir suas obrigações contratuais, tal situação é francamente irregular, quebra a comutatividade do contrato e demanda imediata resposta por parte dos órgãos competentes.

No caso concreto, quanto mais tempo a ANTT demorar em reajustar a tarifa de pedágio, com a espera da próxima revisão ordinária, maiores os lucros, indevidamente obtidos pelas concessionárias, mediante o mencionado artifício, e maior o período em que os usuários da rodovia

pagarão tarifas de pedágio acima dos valores de fato devidos, ou seja, sem os descontos referentes às inexecuções contratuais da concessionária.

No caso concreto, a hipótese favorece um inquestionável beneficiário de lucros indevidos, as concessionárias de rodovias, em detrimento de um inquestionável extorquido, o usuário, que paga por serviços não-executados, dos quais não pode usufruir.

Há várias notícias, aliás, no G1, de inquéritos policiais instaurados contra a Concessionária Eco 101, com a realização de buscas e apreensões na sede da empresa, pela suposta utilização de laudos de vistoria falsificados, para atestar a viabilidade da rodovia BR-101, no Espírito Santo. Estes dados são de livre acesso na Internet.

Além disso, ao contrário do asseverado pelas recorrentes, as normas que disciplinavam o assunto à época da publicação da decisão recorrida, os contratos da Eco 101 e aqueles relativos à 1ª e 2ª etapas de concessões de rodovias federais, muito embora previssem a recomposição do equilíbrio econômico da relação entabulada, não estabeleciam expressamente os mecanismos de ajuste da tarifa, para fazer face às inexecuções sistemáticas de investimentos por parte das concessionárias.

Repito que as sistemáticas inexecuções de investimentos, por parte das concessionárias, passam a ser relevante mecanismo de indevida apropriação de recursos dos usuários, sem nenhuma contrapartida, o que explica a imensa valorização, na bolsa de valores, das ações de concessionárias de rodovias. Se a assimetria de situações é assim tão evidente, salta aos olhos a obrigação da ANTT de resolver a situação desfavorável aos usuários e assim tão benéfica às concessionárias. Se tal não o fez é simplesmente porque não o quis, mantendo a patente assimetria entre os interesses dos usuários e os da concessionária.

A Serur, em seu parecer, peça 204, elaborou tabela contendo onze contratos de concessão de rodovias, nos quais, não obstante houvesse a previsão de recomposição do equilíbrio financeiro das avenças, não restou definida a forma de operar este ajuste, se mediante descontos diluídos ou concentrados. Tal fato demonstra à exaustão que o açambarcamento dos recursos das tarifas dos usuários pelas concessionárias é prática geral no setor e não vem sendo combatida, pelo contrário, vem sendo estimulada, a partir da decisão de diluir os recursos arrecadados nos últimos anos do contrato.

Por essa razão, o TCU determinou à ANTT, no item 9.3.9 da deliberação recorrida, que regulamentasse a matéria, para que os descontos na tarifa de pedágio relativos a atrasos e inexecuções de investimentos fossem aplicados de forma concentrada, pelo período de um ano, imediatamente após a identificação dessas inadimplências, ao invés de diluir o impacto da redução da tarifa ao longo de todos os anos restantes do contrato.

A eventual lacuna normativa anteriormente existente a respeito dos procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, quando há inadimplemento e atraso na execução de obras por parte da concessionária, poderia ter sido resolvida por meio de normas básicas e princípios gerais, em prol da sociedade e do interesse público, uma vez que garantiu, até o momento, em detrimento do consumidor do serviço, lucros injustificados para as concessionárias. Todos os princípios gerais de direito, aliás, proveem no sentido de impedir tal assimetria.

Após três anos da expedição das determinações, não obstante os comandos impugnados estivessem sob efeito suspensivo, a ANTT publicou a Resolução-ANTT 5.850/2019 e apresentou documentos em que busca demonstrar seu “esforço” em regulamentar a matéria. Minha apreciação é no sentido da ineficácia total da ação tópica da agência reguladora.

Também em defesa das concessionárias, a ANTT propugnou que a aplicação dos descontos na tarifa de pedágio relativos a atrasos e inexecuções de investimentos, de forma concentrada e pelo período de um ano, imediatamente após a identificação dessas inadimplências, é

prejudicial aos usuários da rodovia, porque faria com que, anualmente, a TBP aumentasse ou diminuísse de forma abrupta, ocasionado um efeito “sanfona”.

Daí, indago: qual seria o problema? Se obras não são executadas, qual a justificativa para o usuário continuar a pagar por elas? E exclusivamente a quem beneficia tal pagamento? É, sim, urgente que os cálculos reflitam os valores devidos, para que o usuário não seja extorquido, com tarifas incondizentes com a realidade da rodovia.

Argumentou, ainda, a ANTT que tal efeito 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 que utilizam, em sua maioria, o modal rodoviário. Defendeu que os ajustes tarifários devem ser feitos mediante revisões quinquenais do contrato.

Com respaldo nesses argumentos, por meio da Resolução-ANTT 5.850/2019, a ANTT consolidou sua prática de calcular alterações da TBP, em razão de eventual reequilíbrio contratual, seja devido a inexecução de investimentos obrigatórios ou a inclusão de obras novas, considerando o período remanescente da concessão, isto é, de forma diluída até o termo do contrato (art. 2º, inciso V; art. 3º, inciso IV; e Anexo 1).

Na verdade, a gênese da ANTT, como agência reguladora, tinha por objetivo que ela ocupasse uma posição neutra nos contratos de concessão, velando pelos direitos dos usuários, salvaguardados na lei, e pelo estrito cumprimento do contrato. Na prática administrativa exposta, a ANTT secunda prática iníqua, que constitui talvez uma das maiores fontes de recursos das concessionárias, geradoras de lucros extraordinários, em detrimento do interesse dos usuários, o que catapulta as empresas concessionárias para figurar no plano das empresas mais geradoras de lucros da Bolsa de Valores.

Como muito bem exposto pela Secretaria de Recursos, as situações de inadimplência, encontradas na fiscalização destes autos, estão previstas como obras de caráter obrigatório, definidas no PER, Item 3.2 e Apêndice C do contrato de concessão.

Não houve a intenção do colegiado, nas determinações atacadas, de estender as variações na TBP para casos de antecipação nos investimentos, como postulou a ANTT, o que provavelmente causaria as maiores oscilações da tarifa, haja vista que eventuais antecipações resultam da precificação de riscos e de otimização na aplicação do capital por parte da concessionária, correndo, portanto, à sua conta e risco, e não devendo assim gerar impacto na TBP.

Embora, aparentemente, a regulamentação promovida pela Agência por meio da Resolução-ANTT 5.850/2019 não atenda às expectativas do TCU, no sentido de preservar o interesse público e de inibir a contumácia no inadimplemento das concessionárias (que deram ensejo à determinação contida no item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário), considero que, pela complexidade do tema, não cabe avaliá-lo apenas em sede de pedidos de reexame. Tampouco cabe apreciá-lo nestes autos de solicitação do Congresso Nacional, que tratam especificamente do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, celebrado com a Eco 101 Concessionária de Rodovias S.A.

Por essa razão, discordo da proposta do E. Ministro Relator destes recursos e considero essencial manter a íntegra do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário.

#### IV

Proponho, em acréscimo, determinar à SeinfraRodoviaAviação que autue novo processo, com tramitação prioritária, com o objetivo de avaliar a regulamentação promovida pela ANTT por meio da Resolução-ANTT 5.850/2019 e outros instrumentos normativos, especialmente em relação ao cálculo de alterações da TBP, em razão de reequilíbrio contratual, diluindo eventual desconto no

período remanescente da concessão; levando em conta as irregularidades apontadas no Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, celebrado com a Eco 101 Concessionária de Rodovias S.A., sobretudo aquela referente às reduções pífias da TBP provocadas pela referida metodologia, que estimularam o inadimplemento, pela concessionária, das obrigações estabelecidas no PER e no cronograma de investimentos.

É necessário, ainda, certificar se, de fato, o processo de elaboração da Resolução-ANTT 5.850/2019 atendeu às exigências legais, seguindo todas as etapas necessárias e garantindo a tempestiva preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias e do interesse público, em atendimento aos arts. 9º, § 4º, e 23, parágrafo único, da Lei 8.987/1995.

Diante da situação posta, há necessidade de uma tomada de posição, por parte do TCU, em favor da recomposição de uma situação de ilegalidade administrativa dos contratos de concessão rodoviária. Reitero que a posição da ANTT deveria ser neutra, nem favorável aos usuários, nem às concessionárias, preocupando-se com o cumprimento da lei e com a plena execução das cláusulas contratuais avençadas, sobretudo no que diz respeito à execução das obras obrigatórias contratadas, o que, como se demonstrou, não está a ocorrer.

Em síntese, haja vista a intensa discrepância na bilateralidade e na comutatividade da relação jurídica contratual, travada a partir dos benefícios hauridos pelas concessionárias, que, mediante artifícios, recebem por obras que não realizaram, e os prejuízos suportados pelos consumidores, que pagam por obras de que não usufruem, bem como a inércia da ANTT em resolver a questão, fato que ostensivamente beneficia as concessionárias, é não apenas necessária, mas imperiosa a atuação do controle externo, em hipótese extrema, para manter o regime de legalidade administrativa, em relação às concessões rodoviárias.

Por fim, de forma estrutural, nos autos que se está a instaurar, é necessário que a Secretaria perquirar a causa para os recorrentes atrasos em investimentos obrigatórios em concessões de rodovias, levando em consideração o fato de que a não-incorporação das questões socioambientais e dos respectivos custos, desde o nascedouro do projeto, com os estudos de pré-viabilidade técnica, econômico-financeira, trazem imprevisibilidade e insegurança jurídica à contratação, sem falar dos prejuízos à segurança dos usuários.

A Lei 8.987/95, no inciso XII do artigo 18, estabelece que o edital de licitação deverá conter a “expressa **indicação do responsável pelo ônus das desapropriações** necessárias à execução do serviço ou da obra, ou para a instituição de servidão administrativa”. Já no inciso VIII do artigo 29, incumbe ao poder concedente “declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, **promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária**, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis” (destaquei).

Nestes termos, a responsabilidade pelas desapropriações poderia ser diretamente atribuída ao poder concedente, com indicação de que o ônus das desapropriações, bem como da **obtenção de licenciamento ambiental** de obras e serviços, seja arcado pela concessionária. A responsabilidade pelas desapropriações é questão de eficiência alocativa de risco.

A concessão de serviços públicos só pode ser bem-sucedida no Brasil se houver a elaboração de consistente matriz de repartição de riscos e sua internalização no contrato, alocando os riscos de forma eficiente, atribuindo às partes do contrato, poder concedente e concessionária, os riscos que cada uma está mais apta a absorver ou administrar, com o menor custo para o processo regulatório. Este também é ponto central da equação econômico-financeira de uma concessão.

A propósito, o inciso VII do artigo 10 da Lei 11.079, de 2004, condiciona a contratação de parceria público-privada à obtenção de “licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o

licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir”.

Assim, no novo processo, com o objetivo de evitar inexecuções ou postergações de obras obrigatórias, previstas no PER, e a consequente minimização das revisões contratuais extraordinárias, em consonância com a eficiente alocação de riscos entre às partes, gostaria que a Secretaria estudasse a possibilidade de determinação à ANTT que, nas próximas licitações de concessões de rodovias federais, atribua o encargo de obtenção do licenciamento ambiental e das desapropriações ao poder concedente, mesmo que com os custos correlatos atribuídos à concessionária.

Dada a importância da questão em debate, bem como em ampliar o conhecimento e divulgação da questão tratada, determino a remessa da deliberação ao Ministério Público Federal e as demais autoridades que menciono no acórdão.

Por fim, registro a observação realizada pelo E. Ministro Bruno Dantas, nesta sessão, de que “a ação de controle a ser realizada apresenta contornos mais amplos que o caso concreto que estamos a analisar, pois tem por objeto um ato normativo que regulamenta, de forma genérica, o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias”.

Por conseguinte, ao processo apartado a ser autuado não se aplica o parágrafo único do art. 24 da Resolução-TCU 175/2005, em razão de não-ocorrência de perfeita relação de conexão ou de continência entre os assuntos ora tratados e aqueles que serão futuramente abordados, sendo mais adequada a distribuição do novo processo ao relator em cuja lista se encontra a unidade jurisdicionada, nos termos do *caput* art. 24 do mesmo normativo.

Feitas essas considerações, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de setembro de 2021.

WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Revisor