VOTO COMPLEMENTAR

Retornam os autos à pauta do Plenário, após pedido de vista do eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, a quem cumprimento pelas valiosas contribuições trazidas ao debate da matéria.

2. Em seu Voto Revisor, o Ministro decano da Corte expõe, com bastante propriedade, como as "eventuais ou supostas dificuldades" na emissão de licenças, em desocupações e desapropriações, alegadas pelas concessionárias de rodovias, operam a favor delas próprias, postergando a realização de investimentos pactuados e onerando os usuários das estradas pedagiadas. Um dos principais motivos mencionados para que essa situação se tornasse corriqueira nos contratos de concessão seria a falta de ação da Agência Reguladora, no sentido de impor descontos na Tarifa Básica de Pedágio (TBP), como forma de compelir a concessionária a realizar as obras previstas no Plano de Exploração da Rodovia (PER).

3. Registro que compartilho das mesmas preocupações externadas pelo Ministro Walton. Tanto é assim que nos autos do TC 033.531/2019-6, que trata auditoria na gestão de contratos de concessão das rodovias federais pela ANTT, no que tange às alterações de cronograma, análises de projeto e ao acompanhamento do licenciamento ambiental, **determinei a audiência de nove ex-diretores da Agência**, cujas atuações, por ação ou omissão, poderiam estar contribuindo para inexecuções de investimentos previstos na malha rodoviária.

4. Quanto à situação específica da BR-101/ES/BA, concedida à sociedade empresária ECO101, como já expus em meu Voto, não desconheço a gravidade do desequilíbrio da tarifa de pedágio constatado pela área técnica. Ressalto ainda que a concessionária foi alvo de operação da Polícia Federal, no ano de 2019, para investigar a apresentação de laudos de vistoria inidôneos para atestar a qualidade da rodovia (https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/2019/04/11/pf-faz-apreensoes-na-eco-101-no-es-por-pedagio-superfaturado.ghtml).

5. Reforço que meu voto e proposta de acórdão não dão respaldo a essas irregularidades, que estão sendo investigadas inclusive com a colaboração do TCU. Ao mesmo tempo, como detalharei mais adiante, estou propondo acolher as propostas do revisor de avaliar a implantação da Resolução-ANTT 5.850/2019, contemporânea com os fatos investigados, o que poderá revelar possíveis influências entre concessionárias e agentes da Agência Reguladora.

6. Aproveito para rememorar as propostas trazidas tanto pela unidade técnica (Serur) quanto pelo Ministério Público, que se manifestou nos autos após a minha solicitação (despacho de 7/11/2019, peça 210):

7. A Secretaria de Recursos propõe:

> *"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 Acórdão1447/2018 – 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,*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69142261.

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. Em suma, a Serur propõe retirar do item 9.3.8 o prazo de 90 dias para que seja feito o reequilíbrio econômico, que deverá ser feito na próxima revisão ordinária.

9. Por seu turno, o Ministério Público junto ao TCU diverge da proposta da Serur e propõe:

"*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."*

10. Em resumo, o MP/TCU propõe substituir o reequilíbrio econômico do contrato, por meio de redução tarifária, procedida em uma revisão extraordinária, para a revisão quinquenal subsequente.

11. Além disso, propõe que o desconto seja feito de forma diluída durante o prazo de concessão, tanto para o caso concreto quanto para os demais, conforme o item 9.3.1 do acórdão recorrido.

12. Na mesma linha da Secretaria de Recursos do Tribunal e do *Parquet* de Contas, embora com propostas diferentes de nova redação das determinações, considero que os itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão 1.447/2018-Plenário, ora impugnado pela ANTT e pela Concessionária ECO101, adentrou no espaço discricionário reservado ao regulador. Em acréscimo, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), a quem autorizei a participação no processo na condição de *amicus curiae*, também se posicionou no sentido de que as inovações trazidas no *decisum* representariam grave violação à segurança jurídica, à boa-fé objetiva e à confiança legítima das concessionárias.

13. Dessa forma, por entender que a minuta de Acórdão que trago à apreciação observa, em linhas gerais, a finalidade do Acórdão recorrido e preserva, ao mesmo tempo, a autonomia regulatória da ANTT, **mantenho a proposta de dar provimento parcial aos recursos**, com as seguintes alterações nos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão 1.447/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes:

Redação original	Nova redação
*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-*	*9.3.8. no prazo de 90 dias, **sob pena de multa do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992, 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*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69142261.

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;*	*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****;*
Redação original	Nova redação
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;*	*9.3.11. no prazo de 60 dias,* ***sob pena de multa do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992****, 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;*

14. Assim sendo, o Tribunal tem condições de exercer o controle de segunda ordem sobre a ANTT, verificando os resultados obtidos (equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e aferição da tarifa de pedágio), deixando à autarquia que decida pela melhor forma de operacionalizar os procedimentos necessários (revisão ordinária, extraordinária ou quinquenal).

15. Essa é a firme jurisprudência no que se refere à fiscalização do TCU sobre a execução contratual de serviços públicos concedidos, embasada no Acórdão 2.138/2007-Plenário, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler, cujo Voto é paradigmático:

> "86. Venho me pautando neste Plenário no entendimento de que a fiscalização exercida pelo TCU, nas atividades regulatórias, possui caráter de ancilaridade ao Poder Concedente, no que tange ao acompanhamento de outorgas ou execução contratual de serviços públicos concedidos.
>
> 87. Nesta linha, as orientações técnicas emanadas deste Tribunal podem, em muito, contribuir para o agente regulador balizar-se dentro da legalidade e também da eficiência, de sorte a imprimir concretude a estes Princípios Fundamentais da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.
>
> 88. Trata-se, portanto, de um controle de segunda ordem, cujos limites se estabelecem na esfera de discricionariedade conferida ao agente regulador.
>
> [...]
>
> 103. Importante ainda ressaltar que o TCU exerce inquestionável controle sobre as agências reguladoras. Tal controle, todavia, como venho sustentando em minhas manifestações nesta Corte, adstringe-se a limites."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69142261.

16. Nessa linha foram produzidas numerosas decisões por essa Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos do Plenário 1.131/2009, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, 2.071/2015, relator Ministro Vital do Rêgo, 715/2008, relator Ministro Augusto Nardes, e 2.302/2012, de minha relatoria.

17. Em relação à Resolução 5.850/2019, editada pela ANTT em 16/7/2019, justamente para balizar a aplicação de descontos tarifários no caso de inexecuções ou atrasos de investimentos previstos, considero que a publicação do normativo **tornou insubsistente o item 9.3.9 do Acórdão recorrido**.

18. Não obstante, entendo cabível uma análise mais aprofundada do Tribunal sobre o documento e **acolho a proposta do Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues para determinar à SeinfraRodoviaAviação que autue processo com vistas a avaliar a regulamentação promovida pela ANTT por meio da Resolução 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, devendo ser levado em conta as irregularidades apontadas no Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, celebrado com a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A e outras situações em que a Resolução seja aplicada, conforme explicitado no parágrafo 5 desta complementação de voto.

19. Alinho-me também às preocupações externadas pelo Ministro Walton com **a lentidão da Agência Reguladora em reequilibrar o contrato em tela.** Verifico que a BR-101/ES/BA não integrou a relação de rodovias fiscalizadas no TC 033.531/2019-6, processo de minha relatoria em que estão sendo apuradas responsabilidades de gestores da ANTT que permitiram aumentos substanciais de tarifas sem a realização de investimentos pactuados, em contratos da 2ª rodada de concessões rodoviárias.

20. Não obstante, verifico que a ANTT já encaminhou documentação em que busca demonstrar atendimento a diversos itens do Acórdão 1.447/2018-Plenário e que não foram objeto de recurso por parte da agência reguladora. Ao menos em tese, essa documentação pode vir a comprovar as ações adotadas para corrigir a identificada lentidão no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR-101/ES/BA, e que deveria ter ocorrido tempestivamente por ocasião das revisões ordinárias.

21. Assim, com fundamento no artigo 243 do Regimento Interno, a unidade técnica deve avaliar, em sede de monitoramento e em prazo não superior a 60 dias, a documentação apresentada.

22. Lembro, por oportuno, que o item 9.4 do Acórdão 1.447/2018-Plenário ora recorrido, e que não teve seus efeitos suspensos no despacho de admissibilidade, determinou à Seinfra a apuração das responsabilidades caso não se identifique que a ANTT não adotou as devidas providências para sanar as irregularidades apontadas:

> "9.4. caso seja identificado que a ANTT não tomou todas as providência 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;"

23. Portanto, minha proposta de Acórdão, com o acréscimo sugerido pelo Ministro Walton inserto nos itens 9.5, 9.5.1 e 9.5.2, passa a figurar da seguinte forma:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69142261.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e pela Eco101 Concessionaria de Rodovias S/A para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

9.2. tornar insubsistente o subitem 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário;

9.3. dar nova redação aos subitens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, conforme a seguir:

> *9.3.8. no prazo de 90 dias,* ***sob pena de multa do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992, 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****;*
>
> *9.3.11. no prazo de 60 dias,* ***sob pena de multa do art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992,*** *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;*

9.4. manter inalterados os demais subitens do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário;

9.5. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil que constitua processo apartado para avaliar:

9.5.1. a regulamentação promovida pela ANTT por meio da Resolução-ANTT 5.850/2019 e outros instrumentos normativos, verificando especialmente se o cálculo de alterações da tarifa básica de pedágio (TBP), em razão de reequilíbrio contratual, diluindo eventuais descontos no período remanescente da concessão cumpre os arts. 9º, § 4º, e 23, parágrafo único, da Lei 8.987/1995; 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. e outras situações em que a Resolução seja aplicada;

9.5.2. se o processo de elaboração da Resolução-ANTT 5.850/2019 atendeu às exigências legais, seguindo todas as etapas necessárias e, principalmente, se, de fato, o normativo garante a tempestiva preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias e do interesse público, nos termos dos arts. 9º, § 4º, e 23, parágrafo único, da Lei 8.987/1995;

9.6. com fundamento no artigo 243 do Regimento Interno, retornar os autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil para monitoramento, em prazo não superior a 60 dias, da documentação encaminhada pela ANTT às peças 168/170 em atenção aos itens 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4, 9.3.5, 9.3.6, 9.3.7 e 9.3.10 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário;

9.7. dar ciência desta deliberação aos recorrentes, ao Ministério Público Federal, ao Ministério da Infraestrutura, aos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, à Comissão Permanente de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal, à Comissão Permanente de Viação e Transporte da Câmara dos Deputados e aos demais interessados no processo.

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

RAIMUNDO CARREIRO
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 69142261.