

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 010.482/2016-4 [Aposos: TC 016.541/2016-2, TC 028.436/2017-2]

Natureza(s): Embargos de declaração em pedidos de reexame em Solicitação do Congresso Nacional

Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Interessados: Agência Nacional de Transportes Terrestres (04.898.488/0001-77); Aylton Bonomo Junior (056.982.477-06); Eco101 Concessionária de Rodovias S/A (15.484.093/0001-44).

Representação legal: Andre Luis Macagnan Freire (344.154/OAB-SP), Roberta Negrão Costa Wachholz (22579/OAB-DF), Raquel Bezerra Muniz de Andrade Caldas, Luiz Piauhyllino de Mello Monteiro (1.296-A/OAB-DF), Luiz Piauhyllino de Mello Monteiro (1.296-A/OAB-DF), Luiz Piauhyllino de Mello Monteiro (1.296-A/OAB-DF), Luiz Piauhyllino de Mello Monteiro (1.296-A/OAB-DF), Floriano Dutra Neto (20499/OAB-DF), Márcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo (36434/OAB-SP), Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF), Jefferson Lourenço dos Santos (60.644/OAB-DF), Luiz Piauhyllino de Mello Monteiro (1.296-A/OAB-DF) e outros.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM PEDIDOS DE REEXAME EM SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL QUE ORIGINOU FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO DA BR-101/ES/BA. INDEFERIMENTO DA SOLICITAÇÃO DE INGRESSO AOS AUTOS DE CINCO CONCESSIONÁRIAS E NÃO-CONHECIMENTO DE SEUS EMBARGOS. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS OPOSTOS PELA ECO 101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A, PELA ANTT E PELA ABCR. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de quatro embargos de declaração opostos: i) pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A (peça 259); ii) pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR (peça 260); iii) conjuntamente, pelas concessionárias Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Autopista Litoral Sul S/A e Autopista Planalto Sul S/A (peça 268); e iv) pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (peça 282) contra o Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, da minha relatoria, que julgou pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, de relatoria do E. Ministro Augusto Nardes.

Atuo nestes autos em razão de ter apresentado voto revisor, cuja tese foi vencedora, no julgamento dos pedidos de reexame, de relatoria original do E. Ministro Raimundo Carreiro.

Este processo versa sobre Solicitação do Congresso Nacional, encaminhada pela Comissão Externa da Câmara dos Deputados, requerendo 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.

Por meio do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, ora embargado, este colegiado decidiu:

“9.1. conhecer dos pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo a íntegra da decisão recorrida;

9.2. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil que constitua processo apartado, com tramitação prioritária, para avaliar os seguintes tópicos:

9.2.1. 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, 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, em consonância com as demais observações contidas no voto;

9.2.2. 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;

9.3. 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.”

II

A Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, peça 259, alegou contradição entre os votos do relator originário, E. Ministro Raimundo Carreiro acerca dos pedidos de reexame, que reconheceram ter havido extrapolação da natureza de fiscalização de segunda ordem do TCU, ao considerarem insubsistente o item 9.3.9 e reputarem necessários os ajustes dos itens 9.3.8 e 9.3.11 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, a fim de preservar a margem de discricionariedade técnica da ANTT; e o voto complementar (referindo-se, de fato, ao voto revisor), que ignorou por completo a natureza de segunda ordem da fiscalização do TCU, ao manter os dispositivos do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, reputando a Resolução-ANTT 5.850/2019 como totalmente ineficaz, o que representa interferência direta na atividade regulatória da ANTT.

A Concessionária questionou *“como é possível ao TCU interferir sobre a margem de discricionariedade técnica de agências reguladoras (seja pela determinação de conteúdo específico de normas regulatórias ou por determinações concretas contrárias a práticas consolidadas e normas regulatórias) se a fiscalização da Corte de Contas é de segunda ordem?”*

Propugnou que o Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário incorre em omissão no que tange à avaliação dos editais de licitação da ANTT e dos anexos dos contratos de concessão que possuem planos de negócio, os quais estabelecem a metodologia de reequilíbrio prevista no fluxo de caixa não-alavancado das concessões, com o desconto diluído ao longo da concessão, e, portanto, fundamentam a referida prática, que, por conseguinte, decorre da aplicação dos termos das respectivas avenças.

Aduziu que houve omissão quanto à análise das consequências práticas da manutenção do conteúdo do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, o que ofende o art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB”).

Requeru o conhecimento de seus embargos para que, no mérito, sejam saneados os vícios de contradição e omissão, a fim de afastar as determinações que interferem no exercício da discricionariedade técnica inerente à atividade regulatória da ANTT, constantes dos Itens 9.3.8, 9.3.9 e 9.3.11 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário.

III

A ABCR foi admitida como *amicus curiae* nestes autos, peça 185, e apresentou documentos contendo argumentação contrária especialmente ao item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, que determinou à ANTT que o desconto tarifário relativo a atrasos e inexecuções de investimentos em concessões rodoviárias fosse aplicado de forma concentrada, pelo período de um ano, imediatamente após a identificação da respectiva inexecução/atraso, ao invés de diluir o impacto da redução da tarifa no prazo remanescente do contrato.

Nestes embargos, a ABCR alegou:

“a) omissão quanto à previsão da metodologia do desconto diluído nos contratos, mediante os planos de negócios, que são anexos contratuais e foram apresentados pelas concessionárias seguindo estritamente as determinações da ANTT contidas nos respectivos editais de licitação, que foram previamente analisados e aprovados pelo TCU, sendo uma metodologia aplicada há mais de 20 (vinte) anos pela Agência;

b) omissão quanto à análise dos elementos técnicos apresentados pela ABCR, especialmente em relação à nota técnica emitida pela Tendências Consultoria Integradas, que explicitam os graves e prejudiciais efeitos da metodologia do desconto concentrado para os usuários, interesse público e concessionárias, que, também do ponto de vista prático, não justificam a alteração de uma metodologia de reequilíbrio prevista em contrato e aplicada há tantos anos pela ANTT.”

Requeru a integração do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário a fim de sanar as omissões apontadas e tornar insubsistente o item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, *“a bem do interesse público, usuários e concessionárias, garantindo a necessária segurança jurídica para o setor de concessões de rodovias”*.

Caso indeferidos seus embargos, solicitou, subsidiariamente, que eventual nova orientação decorrente da determinação do item 9.3.9 do Acórdão 1.147/2018-TCU-Plenário seja aplicada e exigida pela ANTT somente em novos contratos de concessão de rodovias federais ou que seja determinado à ANTT o estabelecimento de regime de transição, nos termos do art. 23 da LINDB¹,

¹ “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

mediante prévio procedimento de participação social, a fim de que o regramento contenha critérios claros, coerentes e que considerem a sustentabilidade econômica e financeira dos projetos.

IV

As concessionárias Autopista Fernão Dias S/A, Autopista Régis Bittencourt S/A, Autopista Fluminense S/A, Autopista Litoral Sul S/A e Autopista Planalto Sul S/A não são partes nestes autos.

Preliminarmente, requereram ingresso ao processo, como partes interessadas, alegando, nos termos dos art. 146² e 282³ do RI/TCU, que os efeitos do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário as alcançam, havendo a possibilidade de lesão a direito subjetivo próprio, o que justifica sua atuação neste feito para que possam preservar a situação jurídica já constituída em favor delas.

Isso porque o item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, que foi mantido pelo Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, impõe, de forma geral e abstrata, uma nova forma de reequilíbrio contratual para concessões rodoviárias, aplicável a todas as concessões que contenham planos de negócios, o que abrange todos os contratos da 2ª etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais (Procofe), cujas concessionárias não foram ouvidas e não tiveram oportunidade de se defender ou de expor suas razões.

A natureza normativa da determinação veiculada no Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, inovando a metodologia praticada e regulada pela ANTT que está alinhada aos Editais de Licitação da 2ª Etapa do Procofe e os inquestionáveis e severos impactos negativos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão administrados pelas embargantes, com reflexos na receita, no fluxo de caixa e nos indicadores financeiros das respectivas concessões, justificam sua atuação nos autos como interessadas.

Acrescentaram que foram nominalmente citadas pela ANTT nos memoriais apresentados à peça 237, como exemplo de concessão cuja tarifa de pedágio poderá ser atingida caso prevaleça a determinação pela inovação da metodologia até então adotada.

Alegaram ainda que:

a) as inexecuções em suas avenças representam em média de 5,79% dos contratos vigentes, muito aquém dos limites necessários para fundamentar a adoção de medida drástica, tampouco para justificar uma interferência gravosa por inexecução generalizada;

b) as medidas de *enforcement* determinadas pelo TCU podem, ao contrário de benefícios, trazer severos impactos negativos à continuidade dos contratos, os quais vêm sendo cumpridos, em que pesem pontuais atrasos, cujas justificativas são sempre apresentadas à ANTT;

c) muitas situações que originaram atrasos não devem ser atribuídas exclusivamente às concessionárias, pois advêm de impactos socioambientais, demandas do Poder Concedente ou de perda de funcionalidade;

d) a revisão quinquenal é o principal instrumento de ajuste contratual previsto pelos contratos de concessão, e, até o momento, não foi aplicada, a fim de evitar que ajustes e reconsiderações pudessem afetar o escopo dos contratos mais antigos; ao invés disso, a ANTT vem

² “Art. 146. A habilitação de interessado em processo será efetivada mediante o deferimento, pelo relator, de pedido de ingresso formulado por escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º O interessado deverá demonstrar em seu pedido, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir no processo. (...)

§ 6º Quando o ingresso de interessado ocorrer na fase de recurso, observar-se-á o disposto no art. 282.”

³ “Art. 282. Cabe ao interessado demonstrar, na peça recursal, em preliminar, o seu interesse em intervir no processo, nos termos do § 1º do art. 146, devendo a questão ser avaliada no juízo de admissibilidade.”

debatendo amplamente com o setor para colocar o cronograma de obras em ordem, a fim de permitir seu cumprimento, por meio de ações que encerrem as inexecuções, dentro dos instrumentos regulatórios vigentes, evitando impactos que levem à descontinuidade e à inviabilidade financeira dos atuais planos de negócios das concessionárias, sem esquecer das medidas de *enforcement* defendidas pelo TCU.

Demonstrada sua boa-fé, e considerando que são detentoras de ampla expertise no ramo de infraestrutura rodoviária, requereram subsidiariamente, caso não sejam admitidas como partes interessadas, sejam incluídas nestes autos como *amicus curiae*, aptas a auxiliar na atividade de controle externo, nos termos do art. 138, §1º, do Código de Processo Civil.

No mérito, alegaram que o TCU extrapolou sua competência legal, ao ingressar na regulação do setor de infraestrutura rodoviária, o que já foi abortado pela ANTT, pela ABCR e pelo MP/TCU no âmbito dos pedidos de reexame, tendo o voto revisor, entretanto, adotado premissa equivocada no tocante à matéria e se omitido a respeito das limitações à atividade de controle externo.

Nesse sentido, apresentaram os seguintes argumentos para fundamentar a omissão alegada:

a) consta, na Constituição, que o Tribunal de Contas pode atuar como segunda instância regulatória apta a reavaliar o mérito das decisões tomadas por todas as Agências Reguladoras, em todos os setores regulados;

b) somente a ANTT detém a competência de regulação atinente à metodologia e aos aspectos técnicos do reequilíbrio contratual de concessões rodoviárias, sendo descabida a realização de controle externo para impor modelo regulatório, sob pena de violar a discricionariedade técnica conferida por lei à autarquia especial;

c) não há pressuposto legal ou constitucional que autorize a presente intervenção do TCU, cuja fiscalização sobre a ANTT deve ser de segunda ordem, sem invadir a atividade finalística do órgão regulador direto;

d) não houve desvio de finalidade por parte da ANTT a atrair controle finalístico sobre sua atuação, tampouco há falar em falha regulatória, tendo em vista que a solução adotada pela Agência, além de estar dentro da lei, é a mais adequada, que melhor promove a estabilidade de preços, a previsibilidade de custos e a segurança regulatória, tendo em vista que está devidamente alinhada com as previsões editalícias das concessionárias que têm plano de negócios, bem como mantém a TIR do projeto.

As embargantes acrescentaram que a decisão embargada, caso não seja alterada, irá gerar impactos exponencialmente negativos ao interesse público representado pelos usuários das rodovias, tendo em vista que a determinação do TCU obsta a continuidade da execução de diversos outros contratos de concessão rodoviária, causando, inclusive, perturbações no cenário econômico nacional, na medida em que induz a instabilidade de preços, incertezas regulatórias e arrisca a saúde financeira de uma variedade de concessões rodoviárias.

Informaram que a perda de receita auferida em razão da deliberação do TCU é da ordem de R\$ 164,9 milhões/ano, considerando o conjunto das cinco concessões; valor que as concessionárias embargantes necessitam para destravar, por meio de mecanismos regulatórios já existentes, as inexecuções enfrentadas.

Citaram, como exemplo de obra que será prejudicada pela deliberação, o contorno de Florianópolis, maior obra de infraestrutura rodoviária em execução na atualidade. Nesse caso, houve necessidade de reequilíbrio mediante acréscimo tarifário para viabilizar a alavancagem da Concessionária, para que ela pudesse incluir tais investimentos inicialmente não-previstos. A criação de nova metodologia e o ambiente de volatilidade da tarifa, que está em desacordo com procedimento

até então adotado, pode prejudicar sobremaneira os mecanismos financeiros de alavancagem para execução dessa obra e levar ao vencimento antecipado das dívidas assumidas pela concessionária diante das incertezas.

Propugnaram que o TCU, como regulador de segunda ordem, deveria analisar soluções alternativas menos gravosas àquela que adotou, tais como o Termo de Ajustamento de Conduta, que já vêm sendo utilizado pela ANTT, por meio do qual, é possível estipular mecanismos de reajustamento da tarifa sem trazer riscos sistêmicos, na medida em que levam em conta as especificidades de cada concessão e dos atrasos nela ocorridos.

Alegaram que a decisão do TCU foi omissa ao deixar de considerar soluções menos drásticas e mais adequadas para resolver problemas com a importância do ora tratado.

Por fim, requereram seja:

- a) deferido o ingresso das embargantes como partes interessadas ou, subsidiariamente, admitidas na condição de *amicus curiae*;
- b) conhecido o presente recurso e, no mérito, provido para, sanadas as omissões apontadas, os itens 9.3.9 e 9.3.10 do Acórdão 1447/2018-TCU-Plenário sejam considerados insubsistentes;
- c) oficiada a ANTT a respeito da oposição destes aclaratórios, cientificando-a acerca de seus efeitos suspensivos.

V

A ANTT informou, preliminarmente, que não foi formalmente notificada do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, ora embargado, de modo que a fluência de seu prazo recursal se inicia com a apresentação destes embargos de declaração, revelando-se, por óbvio, a tempestividade da peça.

A Agência alegou erro material no pressuposto fático apresentado de que “a metodologia determinada no Acórdão amparou-se no próprio contrato de concessão”; e omissão atinente à interpretação das cláusulas contratuais e da planilha anexa ao contrato de concessão, no sentido de que o desconto diluído pelos investimentos não-executados tem previsão contratual, o que torna as determinações constantes dos itens 9.3.8 e 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, mantidas pelo Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, incompatíveis com o contrato de concessão avaliado.

Propugnou que os mesmos fundamentos da determinação de constituição de processo específico para apreciação da Resolução ANTT 5.850/2019 (item 9.2 e subitens do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário), no sentido de que a matéria regulamentada é complexa e de que não cabe ao TCU apreciar temática geral e transversal em processo em que se discute um contrato de concessão em concreto, podem ser usados para que seja revogado o item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, que trata de determinação com eficácia *erga omnes* e igualmente transversal, que requer discussão mais abrangente, garantindo o contraditório dos demais atores econômicos impactados.

Apontou omissão na decisão, acerca das questões de ordem pública previstas nos artigos 20, 21 e 23 da Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB)⁴.

⁴ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Pugnou, no caso de mantidas as determinações 9.3.8 e 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, que o Tribunal preveja a operacionalização e a modulação temporal, por meio de um regime de transição, para a implementação delas, a fim de que o interesse público seja salvaguardado, com a continuidade da prestação do serviço de infraestrutura e operação rodoviária.

Sugeriu, nos termos do art. 9º, §2º, da Lei 8.987/1995⁵, que a alteração da metodologia de desconto tarifário seja implementada mediante termo aditivo a ser celebrado entre as partes, contendo plano de trabalho com a definição de cronograma com prazo razoável para que a concessionária corrija as inexecuções, com esteio no art. 38, §3º, da mesma Lei de Concessões⁶.

Por fim, a ANTT requereu que o TCU julgue a procedência de sua pretensão recursal, para que, no mérito, seja sanado o erro material, as omissões e contradições apontadas, e, conferido efeitos infringentes a estes embargos, para revogar o item 9.1 do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, que manteve as determinações constantes dos itens 9.3.8 e 9.3.9 do Acórdão 1447/2018-TCU-Plenário.

Alternativamente, solicitou que o Tribunal julgue procedente sua pretensão recursal, para, no mérito, sanar a omissão acerca das questões de ordem pública atinentes a operacionalização e a modulação temporal das determinações constantes nos itens 9.3.8 e 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

(...)Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”

⁵ “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”

⁶ “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. (...) § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.”