

VOTO

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.

Na origem, cuidam os presentes autos de 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, as quais transcrevo a seguir:

“ 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 ECO101 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;”

(...)

Contra tal acórdão, a ANTT opôs embargos de declaração (peça 155), conhecidos e rejeitados por meio do Acórdão 2.192/2018-TCU-Plenário, cujo relator foi o E. Ministro Augusto Nardes (peça 158).

Não satisfeitas, a Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A e a ANTT e interpuseram pedidos de reexame contra o Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário (peças 157, 168 a 170, 172, 177, 179 a 181), inicialmente distribuídos ao E. Ministro José Múcio (peça 176). Coube ao então relator admitir os recursos (peça 178).

Em razão de ter o E. Ministro José Múcio assumido a presidência do Tribunal, o feito foi redistribuído ao E. Ministro Raimundo Carreiro. Pedi vistas dos autos no julgamento dos pedidos de reexame, e a tese que apresentei sagrou-se vencedora, razão pela qual avalio os presentes embargos.

Por meio do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário (peça 248), ora embargado, este colegiado decidiu; i) negar provimento aos pedidos de reexame e manter a íntegra da decisão recorrida (item 9.1); e ii) **determinar** à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil que constitua processo apartado, com tramitação prioritária, para avaliar a regulamentação promovida pela ANTT, por meio da Resolução-ANTT 5.850/2019 e outros instrumentos normativos, à luz dos arts. 9º, § 4º, e 23, parágrafo único, da Lei 8.987/1995, e das irregularidades apontadas no Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, sobretudo aquela referente às reduções pífias da TBP, provocadas pela metodologia de desconto na tarifa básica de pedágio pelos investimentos não-realizados diluídos até o final do contrato, que estimularam o inadimplemento, pela concessionária, das obrigações estabelecidas no PER e no cronograma de investimentos, bem como se o processo de elaboração do normativo atendeu às exigências legais e se, de fato, ele garante a tempestiva preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias e do interesse público (item 9.2).

II

A ABCR foi admitida como *amicus curiae* nestes autos, à época da avaliação dos pedidos de reexame (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.

Nos termos do art. 138, §1º, do Código de Processo Civil (CPC), que é aplicado subsidiariamente aos processos desta Corte de Contas, a intervenção nos autos na condição de *amicus curiae* autoriza a oposição de embargos de declaração.

Tendo em vista que não houve notificação formal da ANTT e da Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A acerca do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, o que compromete o exame de tempestividade dos recursos, conheço dos embargos opostos pela Agência, pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A e pela ABCR, por atenderem aos requisitos de admissibilidade atinentes à espécie.

III

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 requereram ingresso ao

processo como parte interessada, alegando, nos termos dos art. 146¹ e 282² 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 constituída em favor delas.

Isso porque o item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, 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 todos os contratos que contenham planos de negócios, o que abrange a totalidade das avenças 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.

Caso indeferido seu ingresso aos autos como interessadas, solicitaram, subsidiariamente, sejam admitidas como *amicus curiae*, aptas a auxiliar na atividade de controle externo, nos termos do art. 138, §1º, do Código de Processo Civil (CPC), uma vez que resta demonstrada sua boa-fé e que são detentoras de ampla expertise no ramo de infraestrutura rodoviária.

Indefiro o ingresso das concessionárias a este processo, como parte interessada, uma vez que a determinação do 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, mantida pelo acórdão embargado, é no sentido de que a ANTT adote providências de amplo espectro no âmbito de seus poderes regulatório e de fiscalização, porquanto se limita à elaboração de normativo de caráter geral, com fundamento nas regras constitucionais e legais. Portanto, a determinação não gera sucumbência direta das concessionárias que justifique a autorização para a prática das faculdades processuais, como parte interessada, nestes autos, no estágio em que se encontram.

Ademais, a Resolução-ANTT 5.850/2019, publicada com o fito de regulamentar os procedimentos a serem observados para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias, será avaliada em outro processo, autuado especificamente para este fim, em obediência ao que foi determinado no item 9.2 do Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, ora embargado, contra o qual não cabe recurso, tendo em vista que não gera sucumbência das partes.

Quanto à figura do *amicus curiae*, o art. 138 do CPC, aplicado subsidiariamente aos processos de controle externo, dispõe que “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação”.

Há, portanto, três requisitos a serem atendidos para a admissão do *amicus curiae*: i) a relevância da matéria, que requer que a questão jurídica objeto da controvérsia extrapole os interesses subjetivos das partes; ii) a especificidade do tema, o que se relaciona com o conhecimento técnico ou científico do *amicus curiae* acerca do objeto da demanda, que possa ser útil à formação de convicção pelo julgador sobre a matéria de direito; e iii) a representatividade adequada, fundamentada na necessidade de que o interventor defenda os interesses gerais da coletividade ou aqueles que expressem valores essenciais de determinado grupo ou classe, necessitando que os fins institucionais

¹ “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.”

² “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.”

da pessoa (física ou jurídica, órgão ou entidade especializada) tenham relação com o objeto do processo.

Sobre este último requisito, ressalto que o *amicus curiae* não intervém no processo para defender seus próprios interesses, como ora se pretende. A aferição da representatividade deve passar por crivo apurado, a fim de evitar a proliferação de requerimentos de intervenção e de assegurar que a ingerência e atuação processual do *amicus curiae* na causa seja realmente desejável e útil, apta a proporcionar meios que viabilizem adequada resolução do litígio.

No caso concreto, conforme exposto nos pedidos das 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, é de clareza solar o objetivo de defesa do interesse próprio, estampado nos pedidos das embargantes. Ademais, os fins institucionais das concessionárias são comerciais, não se relacionam com a defesa dos interesses da sociedade.

Indefiro, por conseguinte, a solicitação de admissão das concessionárias como *amicus curiae*, nestes autos, e deixo de conhecer de seus embargos de declaração.

IV

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.

A ABCR (peça 260) alegou omissões na decisão embargada: i) ao desconsiderar a metodologia do desconto diluído prevista nos planos de negócios apresentados pelas concessionárias que seguiram as determinações da ANTT contidas nos respectivos editais de licitação, previamente analisados e aprovados pelo TCU, os quais são anexos contratuais, ressaltando que essa metodologia é aplicada há mais de 20 anos pela Agência; e ii) quanto à análise dos elementos técnicos apresentados

pela Associação, especialmente a nota técnica emitida pela Tendências Consultoria Integradas, que apontou efeitos prejudiciais da metodologia do desconto concentrado para os usuários, o interesse público e as concessionárias, os quais fundamentam o pleito para que não haja alteração da metodologia de reequilíbrio pelo desconto diluído, prevista em contrato e aplicada 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 Autarquia Especial o estabelecimento de regime de transição, nos termos do art. 23 introduzido à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB pela Lei 13.655/2018, 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.

A ANTT (peça 282) 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 contradição entre os fundamentos da determinação do item 9.2 da decisão embargada e a manutenção do 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário.

Alegou omissão na decisão acerca das questões de ordem pública previstas nos artigos 20, 21 e 23 da LINDB³.

Pugnou, caso 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

³ “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.

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”

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 8.987/1995⁴, que eventual 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 Concessões⁵.

Requeru que o TCU julgue seus embargos procedentes, com efeitos infringentes, para, no mérito, sanar o erro material, as omissões e contradições apontadas, e 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.

Subsidiariamente, 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.

II

Não procedem as omissões e contradição indicadas pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, as omissões apontadas pela ABCR, tampouco o erro material, as omissões e contradição alegadas pela ANTT.

Os argumentos apresentados visam a rediscutir a tese vencedora no Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, o que não cabe em sede de embargos de declaração e, a rigor, nem deveriam ser examinados.

Não obstante esse fato, tendo em vista a importância destes autos e a fim de prestigiar a clareza do julgado do TCU e o exercício do contraditório e da ampla defesa, reexaminou excepcionalmente os pontos que foram reiterados pelos embargantes.

O debate que levou às determinações dos itens 9.3.8 e 9.3.9 do Acórdão 1.147/2018-TCU-Plenário fundamentou-se nos achados resultantes da fiscalização na Agência Reguladora, 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.

Verificou-se grave desequilíbrio econômico-financeiro naquele contrato, em desfavor dos usuários dos serviços públicos delegados, em 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.

O reequilíbrio do contrato pelo desconto efetuado na revisão tarifária do período apurativo subsequente, ou seja, um ano depois, estava premiando a concessionária pela inadimplência em relação aos investimentos obrigatórios e à ineficiência na obtenção de licenças necessárias à execução de

⁴ “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.”

⁵ “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.”

alguns deles, ao manter sua remuneração íntegra, por mais um exercício financeiro, o que contraria a lógica da regulação dos serviços públicos delegados.

Além disso, ao promover o adiamento de obras e serviços não-realizados, a ANTT deslocava os investimentos no fluxo de caixa da concessão e promovia descontos tarifários compensatórios que, além de intempestivos, tinham seus efeitos diluídos pelo restante do prazo de vigência do contrato de concessão, o que favoreceu a Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A sobremaneira.

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 da concessionária pouco variaram.

As diminuições pírias da tarifa básica de pedágio (TBP) constituíram estímulos à concessionária, para que continuasse a não adimplir as obrigações estabelecidas no PER e no cronograma de investimentos, dando 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 são nunca realizados, relega as intervenções mais dispendiosas a segundo plano, o que pode chegar ao ponto de torná-las inexequíveis, ao final do contrato, em razão do exíguo prazo residual da concessão.

Tais irregularidades ocorreram nos diversos contratos resultantes das primeiras licitações para concessão das rodovias federais da 1ª e 2ª etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe), criado na década de 1990, em que as concessionárias não adimpliram suas obrigações contratuais e a ANTT diluiu os efeitos da redução tarifária decorrente dos atrasos e inexecuções de investimentos pelo restante do período de vigência da concessão.

Ao questionar a Agência, acerca do fundamento jurídico utilizado para aplicação de tal metodologia de desconto diluído, a unidade técnica verificou, à época da fiscalização, que o procedimento não detinha respaldo no contrato, tampouco em norma legal, ou em ato normativo da agência reguladora.

Tendo em vista as irregularidades observadas e a nítida omissão da ANTT em fazer valer os termos ajustados na concessão da BR-101/ES/BA, celebrado com a Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, o TCU, por meio do 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).

Não-obstante a 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. Tampouco alterou a metodologia do desconto na TBP pelos investimentos não-realizados diluído ao longo do período restante da avença.

No âmbito dos pedidos de reexame que deram origem ao acórdão ora embargado, tanto a ANTT, como a Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A e a ABCR, na condição de *amicus curiae*, alegaram, em síntese e em uníssono, entre outras coisas, o descumprimento contratual decorrente 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.

Os argumentos foram devidamente refutados no voto que acompanhou o Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário, ora embargado.

A aludida metodologia do desconto na TBP pelos investimentos não-realizados diluído ao longo do período restante dos contratos, de fato, é praticada pela ANTT há mais de duas décadas, desde a realização das primeiras licitações para concessão das rodovias federais da 1ª e 2ª etapas do Procofe. Porém, ao contrário do alegado pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, pela ABCR e pela ANTT, nestes embargos, não possui previsão contratual ou legal.

Reitero que a Serur, em sua instrução, 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.

No caso do contrato de concessão da BR-101/ES/BA, objeto destes autos, as situações de inadimplência encontradas na fiscalização estão previstas como obras de caráter obrigatório, definidas no PER, Item 3.2 e Apêndice C. Conforme o item 8.3.2 do mesmo contrato, *“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)”* (peça 8, p. 33), que estabelece que isso seja feito *“por meio do fluxo de caixa descontado não-alavancado, apresentado no plano negócios, de modo a manter as condições efetivas da proposta”*, não havendo previsão se o desconto na TBP deve ser feito de forma concentrada ou diluída.

Portanto, não há falar no erro material alegado pela ANTT no que se refere ao pressuposto fático apresentado pelo TCU de que *“a metodologia determinada no Acórdão amparou-se no próprio contrato de concessão”*. De fato, a determinação do item 9.3.8 se fundamentou na previsão contratual de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, caso verificada a inexecução das obras de caráter obrigatório.

Também não há a omissão propugnada pela Agência Reguladora e pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, 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, justamente porque o termo do contrato não garante à concessionária a utilização de tal metodologia.

Tampouco ocorreu a omissão alegada pela ABCR e pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, consubstanciada na desconsideração da metodologia do desconto diluído prevista nos planos de negócios apresentados pelas concessionárias, conforme os respectivos editais de licitação. Isso, porque, reitero, tal previsão contratual é inexistente.

As determinações ora atacadas visam a combater a referida metodologia do desconto diluído, que, na prática, onera apenas o usuário, pois mantém, 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 sendo regularmente executados, e contraria o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, segundo o qual deve ser mantida equilibrada a equação econômico-financeiro

decorrente da equivalência entre os encargos impostos pela Administração e a remuneração do particular, ao longo de toda a execução contratual.

Diferentemente do alegado, as determinações contidas nos itens 9.3.8 e 9.3.9 do Acórdão 1.147/2018-TCU-Plenário não geram prejuízos às concessionárias. A própria ABCR reconheceu que a TBP remunera diversas obrigações da concessionária ao longo do prazo contratual, e não um investimento específico, logo, o desconto concentrado em razão de determinado inadimplemento nas obras previstas não priva as concessionárias da remuneração de serviços e investimentos devidamente executados, mas apenas da inexecução contratual e do descumprimento do cronograma contratado.

A medida não alcança os contratos de concessão indistintamente, somente aqueles em que ocorreu inexecução de investimentos nas obras contratadas, não prejudicando, portanto, as empresas que cumprem o contrato. Afetam apenas os ganhos daquelas que pretendem auferir receitas a partir de descumprimentos sistemáticos das obrigações contratuais.

Ao contrário do alegado pela ABCR e pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, os elementos técnicos apresentados pela Associação, especialmente a nota técnica emitida pela Tendências Consultoria Integradas, que apontou efeitos prejudiciais da metodologia do desconto concentrado para os usuários, o interesse público e as concessionárias, bem como os argumentos da Concessionária foram pormenorizadamente analisados nos itens 250 a 292 da instrução da Serur, peça 204, e no voto que acompanhou a decisão embargada.

Concluiu-se que a metodologia do desconto concentrado é aquela que melhor atende ao interesse público, ao promover o tempestivo reequilíbrio financeiro dos ajustes, 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 de obrigações pelas concessionárias.

Após três anos da expedição do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, não obstante os comandos impugnados estivessem sob efeito suspensivo, a ANTT publicou a Resolução-ANTT 5.850/2019, por meio da qual, 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).

Embora, aparentemente, a regulamentação promovida pela Agência 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), este colegiado entendeu ser descabida a apreciação do normativo em sede de pedidos de reexame nestes autos de solicitação do Congresso Nacional.

Isso em razão da complexidade do tema e do fato de que a ação de controle sobre o normativo apresenta contornos mais amplos que o caso concreto que estamos a analisar, pois tem por objeto ato normativo que regulamenta, de forma genérica, o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias.

A determinação contida no item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário para que a ANTT elabore normativo de caráter geral teve origem em procedimento de fiscalização realizado nestes autos, por meio do qual, foram verificados os irrefutáveis achados já amplamente expostos e debatidos, tendo havido o contraditório da ANTT.

A referida determinação provocou reação da Agência Reguladora no sentido de sair da inércia para regulamentar os procedimentos inerentes ao reequilíbrio econômico-financeiro de

contratos de concessão rodoviária, por meio da publicação da Resolução-ANTT 5.850/2019, que será avaliada em processo apartado.

Não há, portanto, qualquer contradição entre os fundamentos da determinação do item 9.2 da decisão embargada e a manutenção do 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, porquanto a primeira é consequência da segunda, e o normativo publicado pela Agência Reguladora será analisado levando-se em consideração, entre outros aspectos, as irregularidades apontadas no Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, nestes autos, sobretudo aquela referente às reduções pífias da TBP, provocadas pela metodologia do desconto diluído, que estimularam o inadimplemento, pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A e outras concessionárias, das obrigações estabelecidas nos PERs e nos cronogramas de investimentos.

O item 9.3.9 do Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário é um dos critérios para aferição da regularidade e da eficácia da norma.

Tampouco há omissão, na decisão, acerca das questões de ordem pública previstas nos artigos 20, 21 e 23 da LINDB, tendo em vista que cabe à ANTT, como órgão regulador, propor a operacionalização das medidas determinadas, bem como, eventual modulação temporal para sua implementação. Tudo isso, levando em conta a posição neutra inerente à sua finalidade institucional, 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.

Por fim, conforme já reiterado diversas vezes, nos votos que fundamentaram as várias deliberações nestes autos, não há falar em irregular atuação do TCU na ANTT, ao proferir as determinações contidas no Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário.

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.

Portanto, inexistente a contradição, alegada pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A (peça 259), entre os votos do relator originário dos pedidos de reexame (E. Ministro Raimundo Carreiro) e a tese vencedora que fundamentou o acórdão embargado, no tocante a eventual extrapolação da natureza de fiscalização de segunda ordem do TCU na ANTT.

Além disso, é natural, durante a discussão da matéria objeto dos processos desta Corte, que os ministros apresentem argumentos contraditórios até o julgamento do feito. Neste caso, o voto revisor que subsidiou o Acórdão 2.264/2021-TCU-Plenário (peça 248) foi aquele que apresentei, à peça 249, que está totalmente alinhado ao acórdão que fundamenta.

Estando os autos em meu gabinete, o representante das 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 juntou os documentos, peças 285 a 290, contendo propostas de termos de ajustamento de conduta para corrigir atrasos no cumprimento de cronogramas de obras previstas nos respectivos PER. A avaliação dos documentos não altera as conclusões acerca do mérito destes embargos.

Pelo exposto, rejeito os embargos opostos pela Eco 101 Concessionária de Rodovias S/A, pela ANTT e pela ABCR e voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação do colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 30 de março de 2022.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator