

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

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

Natureza: Embargos de Declaração em Solicitação do Congresso Nacional.

Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Embargante: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Interessado: Presidente da Comissão Externa da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Marcus Vicente.

Representantes legais: Edgard Hermelino Leite Júnior (OAB/SP 92.114); Márcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo (OAB/SP 36.434) e outros, representando a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., peça 32; Floriano Dutra Neto (OAB/DF 20.499); Noéle Regina de Oliveira Guerino (OAB/DF 27.017) e Adriana Barbosa Félix (OAB/DF 32.396), representando a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., peça 104; Milton Carvalho Gomes (Procurador Federal), Ana Cristina Lopes Campelo de Miranda Bessa (CPF 018.588.031-28) e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres, peças 42, 49, 64 e 99.

SUMÁRIO: SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. FISCALIZAÇÃO NA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). EXAME DA CONFORMIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-101/ES/BA, A CARGO DA CONCESSIONÁRIA ECO101, ESPECIALMENTE QUANTO AO ATRASO NA EXECUÇÃO DOS INVESTIMENTOS PREVISTOS NA AVENÇA. EXISTÊNCIA DE FALHAS SISTÊMICAS E ESPECÍFICAS DESTE CONTRATO DE CONCESSÃO. DETERMINAÇÕES À ANTT. ATENDIMENTO INTEGRAL. PERDA DE OBJETO DA SOLICITAÇÃO DE SOBRESTAMENTO DESTES AUTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. REDISCUSSÃO DE MÉRITO. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) ao Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário, por meio do qual esta Corte atendeu integralmente Solicitação do Congresso Nacional em que o Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, coordenador de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, solicitou a realização de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para examinar a conformidade do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, a cargo da Concessionária ECO101, especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos.

2. Por intermédio do acórdão ora recorrido, este Tribunal encaminhou ao Congresso Nacional as falhas e irregularidades identificadas no âmbito da fiscalização realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação (SeinfraRodovias), bem como encaminhou as seguintes determinações à ANTT:

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;

3. Não conformada com a decisão acima, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, por intermédio do Procurador Federal Milton Carvalho Gomes opõe embargos declaratórios (peça 155) no qual alega que houve erro material, contradições e obscuridades naquela decisão em razão dos seguintes fatos:

(i) erro material em razão de o Tribunal ter determinado nos subitens 9.3.8 e 9.3.11 que a ANTT promovesse o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em revisão extraordinária, uma vez que o TCU somente tem adotado correções em revisões extraordinárias nos casos excepcionalmente previstos na Resolução ANTT 675/2004;

(ii) contradição entre a determinação constante do subitem 9.3.8, de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mantendo-se a Taxa Interna de Retorno (TIR) pactuada, e a fundamentação no voto em não substituir a TIR não alavancada pela TIR alavancada;

(iii) contradição na determinação constante do subitem 9.3.9 em estabelecer que os descontos relativos a atrasos e inexecuções sejam aplicados de forma concentrada, pelo período de 1 ano, uma vez que tal determinação violaria o mecanismo de fluxo de caixa;

(iv) obscuridade na determinação constante do subitem 9.3.9, pois a jurisprudência desta Corte é no sentido de que no sentido de que o “*TCU não poderia determinar o conteúdo de normas regulatórias abstratas, sem com isso violar a competência exclusiva das Agências reguladoras*”;

(v) obscuridade na determinação constante do subitem 9.3.11, visto que esta Corte não esclareceu quais são os elementos que indicariam a não execução de uma obra no prazo previsto.

4. A agência reguladora requer a correção dos vícios apontados no Acórdão 1.447/2018-TCU-Plenário e que seja declarado o efeito suspensivo desses embargos.

5. Além disso, a ANTT “*registra a intenção de apresentar recurso quanto ao mérito do Acórdão*” após o julgamento destes embargos.

É o relatório.