



TC **010.482/2016-4** (apensos: TC 016.541/2016-2 e TC 028.436/2017-2)

Tipo: Solicitação do Congresso Nacional (pedidos de reexame)

Unidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT

Recorrentes: ANTT e ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A.

Advogados constituídos nos autos: Edgard Hermelino Leite Júnior (OAB/SP 92.114); Marcia Heloisa P. S. Buccolo (OAB/SP 36.434); Mário Henrique de Barros Dorna (OAB/SP 315.746), conforme peça 32, pp. 2-4.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Solicitação do Congresso Nacional. Concessão da BR-101/ES/BA. Inexecução de obras de caráter obrigatório. Desequilíbrio econômico-financeiro. Determinações. Pedidos de Reexame. Conhecimento. Não provimento. Instrução complementar.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de instrução complementar à análise dos pedidos de reexame interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A. contra o Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.
2. De acordo com as conclusões do exame das razões recursais procedido à peça 204, as irregularidades apuradas pela instrução originária referem-se à (o): a) inexecução de obras de caráter obrigatório, em desacordo com o art. 31 da Lei 8.987/1995 e o item 8.3.1 do contrato de concessão; e b) desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em desfavor dos usuários da rodovia, em razão de revisões tarifárias insuficientes para compensar os atrasos e as inexecuções de investimentos por parte da concessionária, em afronta ao disposto no art. 9º, § 4º, 23, parágrafo único da Lei 8.987/1995 e ao item 8.2.1 do ajuste contratual.
3. Em sede recursal, a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A sustenta sua defesa na tese de que o Tribunal teria lançado uma nova interpretação ao contrato e pugna pela: i) a estrita vinculação da execução contratual ao instrumento/regras entabuladas/ajustadas em comum acordo com o particular; ii) alteração do regime jurídico do contrato de concessão em razão das determinações proferidas pelo TCU nos itens 9.3.9 e 9.3.10 do acórdão.
4. A ANTT também sustenta que o TCU teria conferido nova interpretação ao contrato e pugna pela execução contratual adstrita aos termos contratuais, em ofensa à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito.
5. No que concerne à segurança jurídica, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual, também não desobedeceu às regras entabuladas entre as partes, apenas constatou o inadimplemento obrigacional e a inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária – inexecução de obras obrigatórias, e a conduta omissiva da ANTT frente aos

reajustes das tarifas dos pedágios sem considerar a ausência da contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no planejamento – PER.

6. Também não há qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, haja vista que revisões contratuais com a finalidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença não constitui ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e encontra vasto amparo na doutrina, bem como no ordenamento jurídico pátrio.

7. As determinações expedidas pelo Tribunal não buscam afetar o equilíbrio financeiro do contrato ou alterar a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato. As medidas apenas asseguram o efetivo cumprimento/realização dos investimentos por parte da Concessionária e a aplicação das penalidades e do reequilíbrio econômico-financeiro previstos no contrato, de forma tempestiva, caso verificada a reincidência e a contumácia no inadimplemento obrigacional.

8. As medidas corretivas decorrem da atuação deficiente da ANTT na fiscalização da execução contratual por parte da concessionária. Outrossim, consistem em instrumentos para se conferir o efetivo cumprimento do contrato por parte da Concessionária, em atenção ao equilíbrio das receitas e despesas, e aos direitos dos usuários. Ademais, encontram fundamento nos termos da lei e do edital da licitação; e a revisão da tarifa do serviço encontra-se amparada na lei, no edital e no contrato formalizado.

9. Paralelamente, a ANTT e a ECO 101 apresentaram informações ainda não apreciadas pelo TCU e notícias quanto ao suposto cumprimento das determinações expedidas. Ao fim do julgamento dos pedidos de reexame, os autos devem ser remetidos à unidade técnica responsável pela instrução originária para o monitoramento do presente feito.

10. Nesta fase, apresentaram elementos adicionais de defesa (peças 209 e 213), objeto do presente exame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. Trata-se de elementos adicionais de defesa apresentados pela ANTT e pela ECO 101, após a interposição dos pedidos de reexame, motivo pelo qual operam-se os efeitos da preclusão consumativa, nos termos do § 3º do art. 278 do RI/TCU e da Portaria TCU 35/2014 transcrita parcialmente a seguir:

praticado o ato, o recorrente não poderá mais alterá-lo ou complementá-lo. Não há previsão normativa na etapa recursal do TCU para juntada de novos elementos após a interposição do recurso. Essa inviabilidade decorre do princípio da preclusão consumativa (o ato, uma vez praticado, não pode ser repetido ou complementado), justificado, por sua vez, pela necessidade de assegurar-se a razoável duração do processo, cujos atos se encadeiam de modo lógico e progressivo. Ademais, o devido processo legal no TCU impõe a observância dos procedimentos pré-estabelecidos nas normas processuais. O recorrente sabe, quando da interposição do recurso, que não serão criados procedimentos de exceção quando do exame de seu pedido (Portaria TCU 35/2014).

12. Entretanto, em atenção ao despacho do Min. Relator Raimundo Carreiro à peça 210, examinam-se os novos documentos e eventuais impactos nas conclusões do exame anteriormente procedido à peça 204.

EXAME TÉCNICO

13. De pronto, impende informar que os documentos apresentados pela ANTT e pela ECO 101 reproduzem os argumentos recursais analisados à peça 204, não alteram as conclusões técnicas e demonstram mero inconformismo, conforme se passa a expor.

Manifestação ANTT (peça 209)

14. No que toca à peça 209, o documento apresenta semelhante teor à peça 179 já examinada quando da apreciação do pedido de reexame (peça 204, pp. 23-29).
15. Às peças 179 e 209, a ANTT apresenta informações complementares ao recurso concernentes à metodologia para se efetuar reequilíbrio econômico financeiro em virtude da inclusão de obras no contrato de concessão da Rodovia BR 101 ES/BA.
16. Trata-se da Retificação de Traçado de 23 trechos, incluída na 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio, com base nos valores apresentados na proposta comercial da concessionária. Segundo a ANTT, esses valores foram excluídos em virtude do item 9.3.1 do acórdão recorrido que determinou a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos sem projetos executivos e orçamentos analíticos, relativos às obras de retificação da 2ª Revisão extraordinária e da 3ª Revisão Ordinária (peça 179, p. 1).
17. A ANTT informa que para efetuar o devido reequilíbrio econômico-financeiro destas obras foi solicitado à Concessionária o atendimento à Resolução ANTT 3.651/2011, com a definição do valor com base na composição dos custos do SICRO/DNIT, por meio da análise dos projetos executivos e orçamentos.
18. Entretanto, devido às dificuldades para elaboração de orçamento dessas obras em separado do projeto de duplicação, a Concessionária ECO 101 propôs considerar o projeto executivo referente à duplicação da rodovia e seu respectivo orçamento, acrescido do percentual de 54,02%, determinado a partir da diferença entre os custos de duplicação e de retificação de traçado por quilômetro, previstos nos estudos do EVTEA.
19. A Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias (GEENG) analisou a proposta da Concessionária e, por meio do Memorando 254/2018/GEENG/SUINF, de 28.08.2018, entendeu que a metodologia de custos apresentada para as obras de retificações de traçado não se mostrava tecnicamente adequada e favorável à Administração. A GEENG também observou que aferir os custos de retificação de traçado, em cada trecho de correção do traçado da pista existente, em separado dos demais custos da duplicação, se torna tecnicamente complexa e subjetiva quando se orça as obras de retificação de traçado a partir do respectivo projeto executivo, haja vista a concomitância com obras de duplicação e a interdependência dos serviços da nova pista e na pista existente.
20. Então, a GEENG recomendou, para fins de reequilíbrio econômico financeiro, que se proceda com base no valor médio por km previstos no PER, de acordo com o plano de negócios da concessionária e em atenção ao princípio da economicidade, sendo a apresentação e aceitação do projeto executivo obrigatória, respectivamente para fins de avaliação dos aspectos técnicos e execução da obra. Ressalvou que este entendimento está em consonância com recente manifestação do TCU, Acórdão 1473/2017 — Plenário: "A chancela dada pelo TCU à resolução 3.651/2011 teve como foco central a inadequação de critérios econômicos utilizados pela ANTT quando da inserção de novos investimentos nas concessões da 1ª Etapa" (peça 209, p. 4).
21. A ANTT considera que, muito embora seu posicionamento conflita com a Resolução 3.651/2011, a solução atenderia ao princípio da economicidade e vai ao encontro de recente entendimento do TCU sobre o assunto (peça 209, p. 4).
22. Diante do exposto, solicita que o entendimento dado pelo Acórdão 1447/2018 –TCU – Plenário seja revisto, de modo a permitir a utilização de valores constantes do plano de negócios das concessionárias de rodovias para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão na inclusão de obras ao contrato, quando estes atenderem o princípio da economicidade e do interesse público (peça 209, p. 4).

Análise

23. No que concerne às peças 179 e 209, os elementos adicionais de defesa narram as dificuldades enfrentadas pela ANTT para o cumprimento da determinação constante do item 9.3.1, e ao final.
24. A seguir, apresenta-se o exame procedido quanto o assunto à peça 204, pp. 23-29.
25. Trata-se de proposta de metodologia para se restabelecer o reequilíbrio econômico do contrato em razão das obras relativas à retificação de traçado de 23 trechos foram incluídas por intermédio da 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio.
26. Para a Concessionária ECO 101, devido às dificuldades para elaboração de orçamento dessas obras em separado do projeto de duplicação, para a valorização desse tipo de obra, deve-se considerar o projeto executivo referente à duplicação da rodovia e seu respectivo orçamento, acrescido o percentual de 54,02%, determinado a partir da diferença entre os custos de duplicação e de retificação de traçado por quilômetro, previstos nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental – EVTEA (peça 209, pp. 9-14).
27. A ANTT propõe que se restabeleça o reequilíbrio econômico com base no valor médio por km previstos no PER, de acordo com o plano de negócios da concessionária, sendo a apresentação do projeto executivo obrigatória para fins de avaliação técnica e execução da obra (peça 209, p. 4).
28. A determinação constante do item 9.3.1 refere-se à vedação de inclusão de obras sem projeto executivo, irregularidade inicialmente abordada no item 9.5.6 do Acórdão 297/2017 – TCU – Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes.
29. Naquela oportunidade, em inspeção realizada pela SeinfraRodovias, constatou-se a inclusão, pela ANTT, de obras de retificação de traçado sem que houvessem sido elaborados os projetos executivos e os orçamentos analíticos, o que contraria o disposto no art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011. A ANTT se comprometeu a adotar medidas para que a impropriedade não se repetisse, e a manter os valores preliminares acordados no contrato até a aprovação dos projetos executivos e respectivos orçamentos.
30. Sobre o ponto, o exame procedido pela SeinfraRodovias, na peça 127, pp. 16-17, destaca a ausência de previsão normativa a amparar a posição da ANTT, no sentido de se manter os valores preliminares para os investimentos de retificação de traçado. Desta forma, propôs-se a exclusão do cronograma de investimentos das obras em questão até as aprovações dos projetos executivos e orçamentos correspondentes, consoante disposto na Resolução ANTT 3.651/2011.
31. A SeinfraRodovias alertou que a medida não retardaria a finalização das obras, pois não poderiam ser iniciadas sem o projeto executivo aprovado. Acresceu que a existência de projeto e orçamento para os novos investimentos não se trata de mera formalidade, uma vez que a definição do valor da tarifa encontra-se diretamente relacionada ao montante a ser investido, de modo que a utilização de valores imprecisos pode comprometer a modicidade tarifária (Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º) e representar afronta à necessidade legal de se definir os montantes de recursos associados aos investimentos a serem realizados na concessão (Lei 10.233/2001, art. 35, inciso IV).
32. Portanto, a determinação insculpida no item 9.3.1 impõe o cumprimento das disposições da Resolução ANTT 3.651/2011, norma elaborada pela própria autarquia, além de obediência à Lei 8.987/1995 e à Lei 10.233/2001.
33. Demais disso, para se concluir sobre a necessidade de se afastar a determinação, é preciso que o exame recursal se adentre quanto à metodologia para se reestabelecer o reequilíbrio econômico do contrato. Todavia, a matéria ainda não foi objeto de exame nos presentes autos, e descabe a esta Serur se pronunciar quanto ao mérito – solução da questão imposta, eis que se refere a ato de exercício de competência da ANTT. **A matéria examinada ora em apreço circunscreve-se exclusivamente**

à decisão impugnada, em atenção ao efeito devolutivo do recurso. Eventual pronunciamento da Serur sobre questão de mérito ainda não debatida nos autos implicaria em indevida supressão de instâncias examinadoras.

34. Novamente, relativamente a obstáculos e dificuldades para se elaborar os projetos executivos de trechos da rodovia para a correção de traçados; a necessidade de novas metodologias para a definição dos custos/reequilíbrio econômico do contrato; a economicidade advinda da aplicação do orçamento proposto pela contratada, ou se os custos devem pautar-se nos dados do Sicro ou decorrentes dos EVTEA; **uma vez que não houve pronunciamento do TCU, a matéria deverá ser encaminhada e apreciada oportunamente pela SeinfraRodovias para o monitoramento do cumprimento das determinações prolatadas pelo acórdão recorrido, ou em processo de fiscalização direcionado para este fim** (peça 204, p. 28). Caso a ANTT sinta-se prejudicada pelo exame procedido, poderá interpor pedido de reexame, que será objeto de análise pela Serur.

35. Portanto, conclui-se que a matéria proposta pela ANTT nas peças 179 e 209 para debate técnico seja remetida à instância de instrução originária para exame, em respeito ao devido processo legal, para que não haja a supressão da instância recursal.

Manifestação da ECO 101

36. À peça 213, a ECO 101 expressamente contradita as conclusões desta Secretaria de Recursos – Serur (peça 204), hipótese inadequada ao processo de controle externo.

37. A ECO 101 suscita o **princípio da segurança jurídica**, assevera que a apuração de inexecução parcial do objeto da concessão implica em antecipação de análise não prevista no instrumento convocatório e no próprio contrato, contrariando a segurança jurídica e o princípio da boa-fé contratual. Reputa que a situação se afigura equivocada ao se determinar a realização de procedimento de tamanha importância sem a anuência das partes envolvidas e sua necessária formalização, quais sejam, o Poder Concedente-ANTT e esta Concessionária, sob pena de desequilíbrio das obrigações inicialmente pactuadas (peça 213, pp. 1-5).

38. Destaca a falta de previsão expressa no Contrato de Concessão quanto à metodologia de uma eventual apuração parcial e ressalta que as previsões contidas no Edital e no Contrato de Concessão não podem ser suprimidas pelas determinações elaboradas em sede de fiscalização, por se tratar de interpretação *a posteriori* (peça 213, p. 5).

39. Advoga que tenha havido **ofensa ao ato jurídico perfeito** e salienta a atenção ao **equilíbrio econômico do contrato** (peça 213, pp. 6-7).

40. Pondera que para a promoção do reequilíbrio é importante observar os prazos e procedimentos previstos no ato convocatório (peça 213, p. 8).

41. Aduz que a apuração de atendimento ao cronograma de execução deve ser feita a partir do cronograma físico definido no Programa de Exploração da Rodovia – PER, que determina exclusivamente prazos finais para conclusão das obras ou serviços. Narra que nos termos do Edital 1/2011 e no Contrato de Concessão tem-se apenas o cronograma de obras com prazos para entrega, e inexecuções de cronograma e respectivos impactos na tarifa de pedágio só podem ser apurados após o advento do prazo final para a entrega da obra. Salienta que as inexecuções parciais não se encontram previstas no edital e nem no contrato firmado, portanto, não pode ser implementada neste momento sob pena de desrespeito ao contrato (peça 213, p. 8).

42. Pugna que o método de reequilíbrio defendido pelo Tribunal desrespeita o processo administrativo e invade a competência da ANTT (peça 213, pp. 8-9).

43. Ao final, requer o reconhecimento pelo exame recursal do **cumprimento das determinações 9.3.1, 9.3.2 e 9.3.3 do Acórdão 1447/2018 – TCU – Plenário** (peça 2013, pp. 10-12).

Análise

44. Uma vez que os argumentos ora aduzidos já foram devidamente analisados pelo exame constante da peça 204, reitera-se o teor da discussão e das conclusões extraídas, e faz-se remissão ao posicionamento técnico ali registrado.

45. No que concerne à **segurança jurídica**, o Tribunal não concedeu nova interpretação ao instrumento contratual, também não desobedeceu às regras entabuladas entre as partes, mas constatou o inadimplemento obrigacional configurado pela inexecução parcial do contrato por parte da Concessionária – não edificação de obras obrigatórias; e a conduta omissiva da ANTT frente aos reajustes das tarifas dos pedágios sem a contrapartida integral dos investimentos previamente definidos no planejamento – PER.

46. Ainda quanto à segurança jurídica, no que concerne ao inadimplemento obrigacional, a fiscalização procedida pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária constatou a inexecução de obras de caráter obrigatório previstas no cronograma de obras contratado com a empresa. Portanto, se é para se concluir pela quebra do contrato, forçosamente é necessário reconhecer que esta conduta se originou por parte da própria ECO 101, e não do TCU.

47. Sobre o assunto, a Subcláusula 8.3.2 do Contrato 1/2011 preconiza que, na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii). Tal dispositivo reza que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta (peça 8, pp. 27-33).

48. Portanto, a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro é procedimento que decorre de previsão constante do próprio instrumento contratual, por consequência da inexecução dos investimentos (itens 20.1.3 e 20.4.2 do Contrato 1/2011, peça 8, pp. 32 e 33), além de prever a aplicação de penalidades (itens 18.1 e 18.2 do Contrato 1/2011 – peça 8, pp. 27-28).

49. Por sua vez, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro busca a justa equivalência entre encargos e benefícios, entre contratantes e contratados, vale para ambas as partes de um contrato, e é matéria que encontra amparo na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), na Lei 8.666/1993 (arts. 58 e 65), na Lei 8.987/1995 (art. 9º, §§ 2º e 4º, e art. 10º). Assim, assumidos encargos pelo contratado, há uma retribuição justa estabelecida inicialmente, conforme pactuado no instrumento contratual formalizado, que deve ser perquirida ao longo do período de vigência do ajuste, por meio do pagamento das tarifas de pedágio.

50. Logo, diferentemente do que sugere a ECO 101, ajustes na tarifa em função do descumprimento dos prazos do cronograma de investimentos se constituem em mecanismo para ajuste do reequilíbrio econômico-financeiro, ante o descumprimento de obrigações contratadas, de atrasos sistemáticos e da inobservância ao Plano de Negócios.

51. Outrossim, **não há qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito**, haja vista que as revisões propostas pela unidade técnica se encontram previstas no contrato e buscam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, atualmente em desfavor dos usuários, o que não constitui ofensa aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e encontra vasto amparo na doutrina, bem como no ordenamento jurídico pátrio (Acórdão 606/2008 – TCU – 2ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler).

52. Para o Supremo Tribunal Federal – STF, o contrato de concessão, modalidade de contrato administrativo, é flexível, estando sujeito a alterações segundo as exigências do serviço público. Trata-se de contrato de adesão, ao qual são inerentes as chamadas cláusulas exorbitantes, decorrentes da supremacia do interesse público. O Poder Público pode a qualquer tempo impor essas alterações sempre que for conveniente à prestação do serviço concedido. Não há ato jurídico perfeito (no sentido

de que sua execução possa ser exigida judicialmente) quando se trata de concessão de serviço público, restando ao concessionário que se julga prejudicado cobrar do poder concedente eventual reparação econômica dos prejuízos e, quem sabe, de eventuais lucros cessantes (MS 34.203/DF; 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, sessão ordinária de 21/11/2017).

53. A Suprema Corte reconheceu a possibilidade de alteração unilateral do contrato de concessão pela Administração, desde que, caso atingido o núcleo da avença - vantagens asseguradas a cada parte -, seja observada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (ADI 1746/SP; Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, sessão ordinária de 18/9/2014).

54. Inclusive, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência autorizam a adoção de medidas em relação aos contratos administrativos com vistas à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro.

55. Nesta linha, convém revistar que o §1º do art. 57 da Lei 8.666/1993 prevê hipóteses de ajustes para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, o que, por óbvio, não afeta a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito. Por conseguinte, não há que se falar em situação jurídica consolidada.

56. Na mesma toada, o art. 7º da Lei 8.987/1995 atribui como um direito de o usuário receber o serviço de forma adequada e o art. 29 da lei preconiza como incumbência ao poder concedente a fiscalização da prestação dos serviços e o zelo pela qualidade, bem como a aplicação de penalidades regulamentares e contratuais, e a revisão das tarifas.

57. A Resolução ANTT 675/2004 também estabelece, em linhas gerais, procedimentos para recompor a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da contratada e a retribuição de obras e serviços aos usuários da rodovia, nos âmbitos das concessões rodoviárias federais.

58. Do ponto de vista do instrumento da formalização da relação entabulada entre as partes, o contrato se evidencia equilibrado e as condições efetivas da proposta mantidas, se estiver sendo cumprida a totalidade de seus deveres e direitos, inclusive o cronograma financeiro, consoante disposto na cláusula 20.4.2 do Contrato 1/2011.

59. A equipe constatou a inobservância ao cronograma de investimentos, ou seja, ao plano de negócios, que constitui a proposta apresentada pela contratada por ocasião do certame. Quando da licitação, a Administração determina os investimentos a serem executados e o prazo máximo para conclusão, bem como fixa a TIR da avença.

60. No que tange aos dispêndios, a contratante se obriga a investir, dentro dos prazos do PER, os montantes anuais com cada item discriminado no Programa. Com base nesses desembolsos e nas receitas correspondentes, obtém-se o equilíbrio do fluxo de caixa – Valor Presente Líquido (VPL) do saldo do fluxo de caixa nulo – e a consequente Tarifa Básica de Pedágio. Uma posterior alteração no cronograma, como o adiamento do início da execução de uma obra, resulta em um VPL não nulo, portanto a avença passa a estar desequilibrada e gera ganhos indevidos da Concessionária e prejuízos aos usuários.

61. Nessa linha, as determinações expedidas pelo Tribunal não buscam afetar o equilíbrio financeiro do contrato ou alterar a equivalência entre as vantagens e os custos tal como calculados no momento da celebração do contrato. As medidas visam ao contrário, o efetivo cumprimento/realização dos investimentos por parte da Concessionária e do contrato, por intermédio da aplicação das sanções/penalidades e do reequilíbrio econômico-financeiro, de forma tempestiva, caso verificada a reincidência e a contumácia no inadimplemento obrigacional.

62. Quanto à metodologia para se reestabelecer o reequilíbrio econômico do contrato, **a matéria não foi objeto de exame nos presentes autos**, e descabe a esta Serur se pronunciar quanto a esse mérito – solução da questão imposta, eis que se refere a ato de exercício de competência da

ANTT. A matéria examinada ora em apreço circunscreve-se exclusivamente à decisão impugnada, em atenção ao efeito devolutivo do recurso.

63. No que se refere ao **desrespeito do processo administrativo e à competência da ANTT** (peça 204, pp. 12-13), a fiscalização procedida pela Secretaria Especializada constatou duas irregularidades centrais. A primeira consiste na inexecução de obras de caráter obrigatório, o que contraria a Cláusula 8.3.1 do Contrato 1/2011, bem como o art. 31 da Lei 8.987/1995 (peça 96, pp. 39-41); e a segunda refere-se ao desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das revisões tarifárias afronta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, bem como a Cláusula 8.2.1 do Contrato 1/2011. Ainda, o desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor dos usuários infringe as seguintes normas: art. 6º, § 1º; art. 9º, § 2º; art. 9º, § 4º; art. 10; art. 23, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8987/1995; art. 2º da Lei 9.784/1999; art. 20, inciso II, alínea b, da Lei 10233/2001; art. 9º da Portaria ANTT 34/2015; e art. 3º da Resolução ANTT 3651/2011 (peça 96, pp. 41-42).

64. O inadimplemento obrigacional sob o ponto de vista das disposições contratuais, encontra-se configurado em razão das disposições que integram a Cláusula 8 do Contrato 1/2011, que cuida das obras e serviços a serem prestados em função do ajuste, e impõe como obrigação da Concessionária cumprir com o objeto do Contrato, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho e demais exigências estabelecidas no Programa de Exploração Rodoviária – PER (peça 8, p. 12).

65. Segundo o instrumento de ajuste, a contratada deve executar: (i) as obrigações de investimento constantes do Capítulo 3 do PER, que incluem obras e serviços de caráter obrigatório, obras e serviços de caráter não obrigatório, e obras condicionadas ao volume de tráfego; e (ii) todas as demais obras e intervenções necessárias ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho e demais especificações técnicas mínimas estabelecidas no Contrato e no PER (peça 8, p. 13).

66. Some-se que, de acordo com a Cláusula 19, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados ao contrato, inclusive no atraso no cumprimento dos cronogramas previstos no PER ou de outros prazos estabelecidos entre as partes (cronogramas de investimentos apresentados pela empresa na proposta comercial ofertada em licitação, localizados à peça 22) (peça 8, pp. 30-31).

67. Segundo dispõe o item 20.1.1 do Contrato 1/2011, sempre que atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, restaria mantido o equilíbrio-econômico financeiro (peça 8, p. 32). Por outro lado, constatada a inexecução de obras obrigatórias, o Contrato 1/2011 dispõe ainda que a ANTT poderá efetuar a recomposição o equilíbrio contratual, nas hipóteses das subcláusulas 8.3.2, 16.1.8 e 34.12.1, abaixo reproduzidas parcialmente, com grifos acrescidos (peça 8, p. 14, 22, 33, 45):

8.3.2 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);

20.4.2 A forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependerá do evento ensejador do desequilíbrio:

(i) na hipótese de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 20.5;

(ii) na hipótese de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessárias a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da subcláusula 20.6;



(iii) em quaisquer outras hipóteses, que não as previstas nos itens (i) e (ii) acima, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.

68. Constatada a violação às normas que regulamentam a matéria e às regras contratuais no tocante ao inadimplemento obrigacional e ao desequilíbrio econômico e financeiro do contrato, evidencia-se inafastável a competência fiscalizadora do TCU para determinar medidas saneadoras com vistas à correção dos atos inquinados com o fim de atendimento ao interesse público/Administração/Usuários.

69. Isto posto, o descumprimento contratual e a conduta omissiva da agência regulamentadora em penalizar a empresa e/ou proceder ao reequilíbrio financeiro do contrato por meio de revisões tarifárias adequadas à realidade legitimam a atuação do controle externo. **Logo, não há que se aventar usurpação de competência em razão da fiscalização procedida.**

70. No que concerne à solicitação de reconhecimento do **cumprimento de determinações**, trata-se de controle corretivo ou preventivo exercido pelo Tribunal e abarca o monitoramento das medidas expedidas aos órgãos jurisdicionados.

71. Não é matéria afeta ao exame recursal, eis que de competência da unidade técnica de origem acompanhá-la, e deve ser examinada em processo específico, consoante disposições da Portaria Segecex 13/2011.

72. Diversamente do entendimento da ECO 101, caso a Serur examinasse as ações da ANTT e da Concessionária, e concluísse pelo descumprimento das determinações, a Concessionária e a Autarquia restariam impossibilitadas de recorrer, eis que o exame nesta fase suprimiria uma nova interposição de recurso, em atenção ao princípio da singularidade recursal e aos efeitos da preclusão consumativa. Portanto, a matéria deve ser primeiramente submetida ao crivo da instância técnica originária.

73. Vê-se ao final, que os documentos apresentados pela ANTT e pela ECO 101 reproduzem os argumentos recursais devidamente analisados à peça 204, e não alteram as conclusões técnicas do exame procedido.

CONCLUSÃO

74. Submete-se a instrução complementar à apreciação superior com a proposta de ratificar o exame técnico constante da peça 204; encaminhar os autos para o pronunciamento do MP/TCU, nos termos do despacho do Relator à peça 210; após a deliberação, sejam remetidos os autos à unidade técnica de origem para o exame do cumprimento das determinações e da matéria apresentada pela ANTT às peças 179 e 209.

Serur, 3ª DT, em 4/12/2019.

(assinado eletronicamente)
Siegling Cláudia Guerino Loureiro
AUFC Mat. 4578-0