

RELATORIA: DEB

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 043/2017

OBJETO: ACOLHER O RELATÓRIO FINAL ELABORADO PELA COMISSÃO PROCESSANTE COM A PROPOSTA DE DECRETAÇÃO DE CADUCIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO SPE S.A.

ORIGEM: SUINF

PROCESSO (S): 50500.215568/2016-36

PROPOSIÇÃO PRG: PARECER N° 0272/2017/PF-ANTT/PGF/AGU; PARECER n° 0595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU E PARECER N° 0769/2017/PF-ANTT/PGF/AGU

PROPOSIÇÃO DEB: ACOLHER AS RECOMENDAÇÕES CONSTANTES DO RELATÓRIO FINAL APRESENTADO PELA COMISSÃO PROCESSANTE PARA PROPOR À UNIÃO A DECRETAÇÃO DA CADUCIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA RODOVIA BR-153/GO/TO, SOB RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS GALVÃO BR-153 SPE S/A; DETERMINAR QUE INFORME AO TCU SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO ORDINÁRIO INSTAURADO, BEM COMO AS FUNDAMENTAÇÕES E CONCLUSÕES DO RELATÓRIO FINAL.

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

I - DAS PRELIMINARES

Trata-se do Processo n° 50500.215568/2016-36, cujo objeto é a apuração de grave inadimplência da Concessionária de Rodovias Galvão – BR 153 S.A - GALVÃO. Para tanto, a Deliberação n° 138, de 16 de maio de 2016, constituiu a Comissão Processante e instaurou o processo administrativo ordinário para, com base no Parecer Técnico n° 058/2016/COINF-URMG/SUINF, apurar as infrações cometidas pela Concessionária, fundamentada na Lei n° 8.987/1995, no item 20, IV, do Contrato de Concessão, e também no art. 25 da então vigente Resolução ANTT n° 442/2003.

A Deliberação nº 054/2017 de 15.03.2017, reconduziu a Comissão Processante por mais 30 dias a fim de permitir à Concessionária o exercício de seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, devendo os trabalhos da Comissão Processante encerrar-se em 17.4.2017, fato que ocorreu em 4.4.2017.

Em 6.1.2017, a Comissão Processante emitiu o Relatório Final (fls. 2.478/2.581) e o encaminhou à Diretoria da ANTT que, por meio do Voto nº 029/2017/DSL (fls. 2.768/2.772), subsidiado pela Procuradoria Federal junto à ANTT (PF-ANTT), por meio dos Pareceres nº 0272/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 2.584/2.588) e nº 0595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 2.764/2.766), reconduziu a presente Comissão Processante, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, fosse dada à Concessionária a oportunidade de se manifestar e apresentar as considerações finais quanto aos documentos produzidos nos autos, em atenção ao princípio constitucional do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como fossem concluídos os trabalhos.

Assim, em 15.3.2017, por meio da Deliberação ANTT nº 054/2017, a Comissão Processante foi reconduzida, sendo que um novo Relatório Final (fls. 2.863/2.972) revogou e substituiu o Relatório Final constante nas fls. 2.478/2.581, devendo os trabalhos da Comissão Processante terminar em 17.4.2017.

Superada essa fase, cabe a Diretoria Colegiada da ANTT deliberar sobre a matéria e encaminhar sua decisão regulatória ao Ministério do Transportes, Portos e Aviação Civil que, por sua vez, submeterá ao Presidente da República, a quem compete, se for o caso, a decretação de caducidade por decreto presidencial.

Tecidas estas considerações preliminares, passa-se à análise dos fatos e do processo, para em seguida, propor o voto à Diretoria da ANTT.

II – DOS FATOS E DA ANÁLISE PROCESSUAL

A análise trata-se do Contrato de Concessão referente ao Edital nº 1/2014, firmado com a Concessionária de Rodovias Galvão – BR 153 S.A – Galvão.

Foram considerados os principais marcos contratuais, a seguir, durante a diligência realizada pela Comissão Processante:

- Prazo contratual de 30 anos;
- Data de assinatura do contrato: 12.9.2014;
- Data da assunção (início da concessão): 31.10.2014;
- Extensão Total da Concessão: 624,8 Km;
- Extensão de Pista Simples a ser duplicada: 598,3 km;
- Extensão de Pista Duplicada existente: 26,5 km.

O trabalho de apuração da inadimplência e infrações da Concessionária de Rodovias Galvão – BR 153 S.A – GALVÃO deu-se por meio de diligência realizada pela Comissão Processante da qual resultou o “Relatório Final” (fls. 2863/2972) propondo a Declaração de Caducidade da Concessionária de Rodovias Galvão – BR 153 S.A – GALVÃO, dentre outras penalidades.

O processo transcorreu em caráter sigiloso e obedecendo ao rito estabelecido na legislação vigente, oferecendo à Concessionária de Rodovias Galvão – BR 153 S.A – GALVÃO, segundo as normas legais, o direito ao contraditório e a ampla defesa.


A Comissão Processante, além de apurar os inadimplementos contratuais atribuídos à Concessionária, promoveu, também, o cálculo de eventual indenização devida à União ou à Concessionária, de acordo com o § 4º do Art. 38, da Lei nº 8.987/1995, nos mesmos prazos estabelecidos. Neste sentido, o Memorando nº 103/2016, da Gerência de Regulação e Outorga da Exploração de Rodovias – GEROR da SUINF (fls. 41/42), recomendou que não deveriam ser indenizados os eventuais investimentos realizados no sistema à revelia dos parâmetros técnicos, do escopo definido por força contratual; o simples gasto pela Concessionária não configuraria em si investimento em bem reversível indenizável, mas apenas se tivesse sido feito segundo as prescrições contratuais de escopo e parâmetro técnico definidos pela ANTT.

A Nota Técnica nº 119/GEROR/SUINF/2016, de 28 de junho de 2016 (fls. 43/49), concluiu que a Concessionária estaria inadimplente em relação à Garantia de Execução Contratual, ao Seguro de Riscos Operacionais e ao Seguro de Responsabilidade Civil. Já o Parecer Técnico nº 23/2016/GEROR/SUINF (fls 50/54), de 27 de junho de 2016, informou que a Concessionária estaria inadimplente quanto ao recolhimento da verba de fiscalização em todos os meses do exercício de 2015 e nos meses de janeiro a maio de 2016.

O Memorando nº 258/2016/GEFOR/SUINF informou que tramitam 29 (vinte e nove) processos de apuração de responsabilidade da Concessionária; às fls. 110/145 constam os Pareceres Técnicos que fundamentaram a instauração daqueles procedimentos.

A Concessionária, fls. 179/201, apresentou sua defesa (acompanhada de uma série de documentos juntados às fls. 202/372), argumentando, em síntese, que a continuidade da concessão seria a alternativa que mais promoveria o interesse público; penderiam discussões no âmbito do Ministério Público Federal com vistas à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta para viabilizar a continuidade da concessão, o que importaria na perda do objeto da discussão; requereu concessão de prazo para que pudesse corrigir as novas infrações que lhe foram imputadas; defendeu que a não disponibilização do empréstimo-ponte pelo BNDES seria típico evento de caso fortuito ou força maior causados pela súbita deterioração da situação macroeconômica do Brasil e do extraordinário fechamento do mercado de crédito ao setor de infraestrutura; o risco de obtenção do financiamento deveria ser suportado pela Concessionária apenas em situações ordinárias.

Argumentou ainda que a ANTT reconheceria que os supostos descumprimentos contratuais seriam na verdade consequência necessária da não disponibilização pelo BNDES do empréstimo-ponte que, por sua vez, teria decorrido da extraordinária, imprevisível e inevitável deterioração da situação macroeconômica do país; aduziu também que ela, Concessionária, teria direito a ser indenizada, por meio de reequilíbrio econômico-financeiro, pelos danos que lhe forem causados pela imposição de penalidades posteriormente definidas como indevidas pela própria ANTT ou pelo Judiciário. Afirmou ainda que o fato de não ter conseguido atingir as exigências técnicas, de desempenho e de nível de serviço demandadas no PER não significaria que não teriam sido feitos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados.



WM

Requeru, por fim, que o processo fosse cautelarmente suspenso até que houvesse definição, por parte do Poder Concedente, com o apoio do Poder Legislativo e/ou Ministério Público Federal, quanto à celebração de TAC e/ou adoção de medida legislativa para viabilizar a repactuação e retomada da execução do Contrato de Concessão, além de pleitear oportunidade para corrigir as outras infrações apresentadas pela ANTT.

Em resposta ao pleito da Concessionária, a Comissão Processante, fl. 2.929, item 123, esclarece que não se manifestaria ao pleito da suspensão cautelar do processo, por não ser de sua competência, restringindo-se apenas às tarefas de apurar as infrações de natureza grave e propor eventual indenização, o que foi consubstanciado no Relatório Final apresentado pela Comissão Processante.

Pelo Ofício PTC 011/2016 (fls.441/442) a Concessionária apresentou planilha analítica com o detalhamento de investimentos em bens reversíveis realizados no âmbito do Contrato de Concessão. Por sua vez, o Ofício PTC 012/2016 (fls. 444/451), seguido dos documentos de fls. 452/634, informou dos efeitos prejudiciais do início do período de chuvas para a conservação do pavimento e a integridade dos taludes; apresentou o que chamou de desafios para a continuidade da execução do Plano de Segurança Rodoviário; argumentou sobre a necessidade de reformulação do Plano de Retomada da Concessão no âmbito dos procedimentos para a celebração de TAC com o Ministério Público Federal. Às fls. 2.930/2.933, a Comissão Processante realiza análise da Defesa apresentada pela Concessionária com o indeferimento dos argumentos, motivando item a item os argumentos indeferidos.

A fim de assegurar as avaliações já realizadas, foram elaborados, dentre outros acostados ao processo, os documentos a seguir:

- Pareceres Técnicos nº 122/2015/GEFOR/SUINF, nº 159/2015/GEFOR/SUINF, que trataram da verificação dos descumprimentos dos parâmetros técnico e de desempenho pactuados com a consequente autuação à Concessionária;
- Parecer Técnico nº 209/2015/GEFOR/SUINF, que tratou da análise e evidenciação da inadimplência pela Concessionária no cumprimento da Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, execução de obras e serviços, o que foi considerado como falta gravíssima – itens 58 e 132, do Relatório Final.
- Memorando nº 197/2016 (fls. 2.378/2.380), que atualizou o montante de verba de fiscalização não recolhida pela Concessionária, que em dez/2016, estava em R\$ 12.036.008,84 (doze milhões, trinta e seis mil, oito reais e oitenta e quatro centavos);
- Parecer Técnico nº 04/GEROR/SUINF/2016 (fls.2.384/2.429), que concluiu não haver ativo ou investimento algum que, à luz do contrato de concessão, deveria merecer reversão e indenização;
- Parecer Técnico nº 265/2016/COINF-MG/SUINF (fls. 2.446/2.470), que promoveu a atualização das condições do trecho concedido da Rodovia BR 153 em inspeção “in loco” realizada entre os dias 19 e 21 de dezembro de 2016;

O Parecer nº 0272/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 2.584/2.588), opinou pela necessidade de ser intimada a Concessionária, nos termos do art. 92 da Resolução ANTT nº 5.083/2016, para que, querendo, se manifestasse em alegações finais, no prazo improrrogável de 10 dias.

Por meio do Ofício nº 001/2017/CP-GALVÃO -BR-153/SUINF (fl. 2.598), a Concessionária foi intimada e aberto o prazo para manifestação conforme recomendado pela PF-ANTT.

Às fls. 2.604/2.665, a Concessionária apresentou suas alegações finais e, muito embora tenha tecido uma série de considerações em sua defesa, requereu a devolução do prazo previsto no art. 92 da Resolução nº 5.083/2016, dentre outros pedidos citados anteriormente.

Em seu Relatório Final (fls. 2.859/2.971), a Comissão Processante afirmou ter constatado diversas não conformidades e descumprimentos contratuais, atestando que a Concessionária se encontra em inadimplência severa ao Contrato de Concessão. Concluiu, também, não caber outra alternativa, a não ser recomendar à Diretoria Colegiada da ANTT que seja proposta à União a declaração de caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia BR-153/GO/TO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR - 153 SPE S/A. Sugeriu, ainda, a título de indenização à União, o valor total a ser pago pela Galvão de R\$ 20.141.831,50 (vinte milhões, cento e quarenta e um mil, oitocentos e trinta e um reais e cinquenta centavos), a preços correntes.

Juridicamente, a Procuradoria Federal junto à ANTT manifestou-se acerca do tema por meio dos Pareceres nº 0595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU e nº 0769/2017/PF-ANTT/PGF/AGU. Nestes, certificou-se que o procedimento que antecedeu a abertura do Processo Administrativo Ordinário se deu em conformidade com os trâmites legais, tais como: foi conferido à Concessionária pleno acesso aos autos; concedeu-lhe, previamente, prazo para sanar as irregularidades que lhe eram atribuídas, assim como teve seus inúmeros pleitos e argumentos devidamente enfrentados pela ANTT.

Constatou-se que a Comissão foi regularmente constituída e instalada, e como uma das primeiras medidas, foi notificada a Concessionária e aberto prazo para apresentação de sua defesa (fls. 18/19). A Comissão também soube diligenciar com vistas a que as várias gerências da SUINF a subsidiassem com dados sobre a inadimplência da Concessionária, com o resultado das vistorias na rodovia sob concessão, com informações sobre o montante resultante das multas impostas e com elementos que a ajudassem no cálculo e mensuração de eventual indenização devida pelos supostos investimentos em bens reversíveis não amortizados.

Sugeriu a PF-ANTT que fosse reaberto prazo para que a Concessionária ofertasse suas alegações finais; para tanto, sugeriu que a recondução da Comissão fosse feita, a fim de que elaborasse novo Relatório Final capaz de enfrentar, acolhendo ou não, os argumentos da Concessionária, para que, então, suas conclusões fossem levadas à deliberação da Diretoria Colegiada da ANTT. Fato evidenciado com a publicação da Deliberação nº 054, de 2017 (fl. 2.774).

Cumprido todos os ritos processuais, a Comissão anulou o relatório anterior e elaborou novo Relatório Final, no qual é firme em atestar o *descumprimento generalizado das obrigações assumidas pela Concessionária, ocasionando impactos negativos diretos no atendimento dos*

prazos para realização dos investimentos previstos no Programa de Exploração da Rodovia e, conseqüentemente, na adequada prestação dos serviços concedidos.

Ressaltou também que a Concessionária estaria inadimplente quanto ao recolhimento da verba de fiscalização, cujo passivo devido representaria R\$ 8.595.289,06 (oito milhões, quinhentos e noventa e cinco mil, duzentos e oitenta e nove reais e seis centavos), a preços correntes. De igual maneira, não cumpriu sua obrigação de disponibilizar verba anual para segurança no trânsito, assim como não apresentou proposta de projeto e estudo de desenvolvimento tecnológico, em proveito do qual deveria destinar mais de um milhão de reais anualmente.

A Comissão foi enfática em considerar extremamente graves a negligência e ausência de atuação preventiva e corretiva da Concessionária; segundo atesta, *o trecho concedido está eivado de patologias graves, tais como buracos, erosões em taludes, sinalização deficiente, dentre outros, expondo os usuários que trafegam na rodovia a riscos elevados e provocando acidentes com alto custo econômico e social à União.*

Evidenciou-se também que ao analisar os documentos de Garantia de Execução do Contrato e dos Seguros de Riscos Operacionais e Seguro de Responsabilidade Civil a Concessionária estaria inadimplente, o que inviabilizaria a alternativa de se buscar nessa garantia o recebimento da indenização devida por ela.

Informa que a Comissão demonstrou ter a Concessionária incorrido em vários dos descumprimentos contratuais cuja penalidade prevista é a caducidade da concessão. A um só tempo, deixou de prestar os serviços objeto do Contrato de forma adequada e eficiente, tendo por base os Parâmetros de Desempenho (item 32.1.1 do Contrato); descumpriu os prazos para implantação e operacionalização das Obras de Ampliação e Melhorias e Manutenção de Nível de Serviço ou da Frente de Serviços Operacionais (item 32.1.2) e descumpriu cláusulas contratuais ou disposições legais e regulamentares concernentes à Concessão (item 32.1.3). Evidenciou-se que a Comissão além de demonstrar os descumprimentos a que a Concessionária incorreu, analisou cada uma das teses de defesa deduzidas.

Quanto ao argumento da Concessionária de que os investimentos supostamente feitos no âmbito do Plano de Segurança Rodoviária também deveriam compor o cálculo da indenização, foi afastado pela Comissão, uma vez que tal plano sequer contou com a aprovação da ANTT e a sua proposição de toda forma não teria nem mesmo poderes de atenuar a penalidade sugerida. Neste sentido, a PF-ANTT reforçou o enfrentamento promovido pela Comissão Processante, informando que nos moldes do que estabelece o § 4º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995, comprovada a inadimplência, a caducidade será decretada por ato do poder concedente, *independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.*

Considerando o argumento da “AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL” foram juntados aos autos a troca de ofícios e petições que transcorreu no bojo da ação de Recuperação Judicial ajuizada por Galvão Participações S.A e Galvão Engenharia S.A. que tramita na 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro (processo nº 0093715-69.2015.8.19.0001). Segundo defendido pela Concessionária, aquele Juízo havia solicitado à ANTT que fosse suspenso, por 90 dias, o processo administrativo de decretação da caducidade do contrato de concessão, a fim de



possibilitar a efetivação do processo de venda judicial da integralidade das ações que a Galvão Participações S.A. detém na concessionária. Todavia, ressalta o Parecer da PF-ANTT que, segundo consta nos autos, não foi exarada qualquer decisão judicial que tenha determinado a suspensão do referido procedimento ou que tenha imposto qualquer empecilho ao seu rito normal.

Conclui o Parecer nº 0769/2017/PF-ANTT/PGF/AGU que foi respeitado o procedimento estabelecido e devidamente garantido o exercício da ampla defesa e contraditório pela Concessionária. Uma vez conferida a ela segunda oportunidade de se manifestar em alegações finais, não restou dúvida de que a Concessionária teve acesso a todos os documentos produzidos nos autos e pode contraditá-los.

Informou que a Comissão, em seu Relatório Final, enfrentou cada um dos pontos suscitados pela Concessionária e deixou cabalmente demonstrado ao longo do procedimento que a Concessionária descumpriu cláusulas contratuais e disposições legais e regulamentares concernentes à concessão; paralisou o serviço (mal deu início à prestação, pelo que consta); perdeu as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; não cumpriu as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; não atendeu a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço, todas elas infrações graves puníveis com a caducidade da concessão, nos termos do § 1º do art. 38, Lei nº 8.987/1995.

Ressaltou, também, que foi dada a adequada condução do procedimento, as questões fáticas e jurídicas relacionadas ao objeto da apuração foram devidamente apreciadas e promovidas as diligências cabíveis, **o que permitiu concluir que a pena de caducidade sugerida guarda sim conformidade com as provas em que a Comissão se baseou para formar a sua convicção.**

Em 28.04.2017, as 16:42, sob o protocolo nº 50500.213224/2017-73 representante da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 S/A registrou a manifestação quanto ao novo Relatório Final da Comissão Processante no qual requereu que fosse: (A) reconhecida a nulidade do novo Relatório Final elaborado pela Comissão Processante; (B) devolvido prazo razoável à Concessionária para, querendo, se manifestar especificamente quanto aos novos fatos contidos nos 11 documentos juntados aos autos do Processo de Caducidade sem que ela fosse intimada pela Comissão Processante; (C) dado à Concessionária um prazo de 90 dias para corrigir os descumprimentos adicionais aos constantes do PT 058/2016 que foram suscitados no Processo de Caducidade; (D) designada nova Comissão Processante; e (E) revista a posição da Comissão Processante, a fim de se recomendar à Diretoria da ANTT no novo Relatório Final o arquivamento do Processo de Caducidade.

III – DA FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO

Considerando todos os fatos relatados anteriormente pelas áreas técnicas e jurídica, restou comprovada a inadimplência da Concessionária na execução do contrato de concessão firmado com o Poder Concedente, incorrendo em faltas graves e gravíssimas no decorrer dos 30 meses de duração da concessão.

Fartos documentos revelam a existência de patologias graves, tais como buracos, erosões em taludes, sinalização deficiente, dentre outros, assim expondo os usuários que trafegam na rodovia a riscos elevados e provocando acidentes com alto custo econômico e social à União.

Ainda, claro se mostra o descumprimento dos parâmetros técnicos de desempenho; não realização dos investimentos assumidos no Plano de Exploração de Rodovias – PER; não recolhimento das verbas anuais de fiscalização; não cumprimento da Cláusula 10ª do Contrato de Concessão (execução de obras e serviços), entre outros.

O Relatório Final da Comissão expõe a ineficiência e ineficácia na gestão de recursos financeiros, pois a estrutura de capital da concessionária é inviável econômica e financeiramente para assegurar as condições mínimas de sustentação do negócio.

Em sua defesa, a Concessionária frisa que os investimentos e o recolhimento da verba de fiscalização não ocorreram devido ao fato de o BNDES não ter realizado os empréstimos-ponte em função do fechamento do mercado de crédito ocasionado pela deterioração econômica do Brasil. Estes fatos são caracterizados pela concessionária como “*caso fortuito ou força maior*”.

Essa questão foi enfrentada mais de uma vez pela Procuradoria Federal junto à ANTT e também pela Procuradoria Geral Federal e foi ainda objeto da **Deliberação nº 114**, publicada em 1º de abril de 2015, oportunidade em que a Diretoria Colegiada da Agência, acolhendo o voto do Diretor Relator, Carlos Nascimento, indeferiu o pedido da Concessionária, fundamentada na constatação de que a obrigação de obtenção de crédito para a realização do objeto da Concessão situa-se na matriz de riscos da Concessionária. Asseverou-se que o Contrato de Concessão fora claro em impor - única e exclusivamente - à Concessionária a responsabilidade pela obtenção dos financiamentos necessários a exploração da Concessão, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, com todas as obrigações ali assumidas.

A par disso, nos parece patente que não houve nenhum fato de exclusão da responsabilidade que ensejasse a sua absoluta incapacidade de cumprir com as obrigações contratuais, pois segundo define o item 26.1 do contrato de concessão, “*a concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da concessão*”. Ou seja, o risco de financiamento é da concessionária, e o manejo de causas de exclusão da responsabilidade como argumento de defesa não encontra guarida nas cláusulas de alocação de riscos do contrato, tampouco no ordenamento jurídico.

Quanto às alegações de ilegalidade dos processos administrativos simplificados instaurados, é preciso dizer que pelo regramento jurídico-legal em vigor não há que se falar em penalidade indevida quando precedida pelo devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Se ao término da fase instrutória tais princípios constitucionais foram respeitados, uma decisão de mérito fundada nos ditames das normas de regência deve emergir, e com ela a certeza da aplicação de uma sanção coerente. A isso dá-se o nome de segurança jurídica, a qual é ponto indiscutível nos processos sancionatórios da ANTT.

Logo, respeitado todo o formalismo processual administrativo, não há que se falar em penalidade indevida, pois a parte ré teve ampla oportunidade de defesa, manifestação nos autos e uma decisão devidamente fundamentada. O que se depreende do argumento da concessionária é mera insatisfação em não ver o seu pleito provido.

Outro argumento inviável utilizado pela concessionária em sua defesa reside na ideia de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC com o Ministério Público Federal para viabilizar a continuidade da concessão, pois, sob sua ótica, esta seria a alternativa que mais promoveria o interesse público.

Entendo ser desarrazoado esse argumento. A concessionária já possui um contrato com o Poder Público, que é um instrumento que define todas as suas obrigações e as consequências pelo seu inadimplemento, o qual foi flagrantemente descumprido. Não é a celebração de mais outro documento que a fará levar a cabo suas obrigações. Não foi a falta de instrumento de ajuste de vontades, normativo ou de coerção que determinaram a unilateral recusa em dar cumprimento ao ajustado, mas a ineficiência e ineficácia na gestão e operação da concessão, conforme constatado no supracitado Relatório Final.

Não se vislumbra indícios de cumprimento de qualquer avença por parte da concessionária em um eventual TAC, pois esta perdeu suas condições estruturais de respeitar os seus encargos contratuais. Logo, incabível imaginar que a celebração de um TAC possa se mostrar como uma alternativa para promover o interesse público, como sugere.

Diante dos inadimplementos que rapidamente emergiram não se vislumbra espaço ou oportunidade para ajustar uma conduta equivocada. À luz dos fatos, o que se verifica é uma absoluta insurreição aos preceitos do contrato de concessão que foi irresponsavelmente descumprido.

Não bastassem as várias oportunidades que teve para se manifestar, exercendo a contento seu direito de defesa, quando já encerrados os trabalhos da Comissão processante e distribuído o feito a esta Diretoria, a Concessionária protocolou, em 28 de abril último, novo peticionamento (fls.3.063/3.128). Além de repetir vários dos seus argumentos de defesa, enfrentados e afastados ao longo deste procedimento, a Concessionária busca, desta feita, ver anulado o Relatório Final, designada nova comissão processante para que elabore novo relatório final, além de concedido prazo que lhe permita sanar inúmeras inconformidades que ela própria arrola.

Insiste a Concessionária que a Comissão teria supostamente incorrido no mesmo vício anteriormente apontado, de não tê-la intimado do teor do novo Relatório Final e de não ter tido ciência do Parecer nº 769/2017.

Quanto à manifestação apresentada em 28.4.2017, entendo ser descabida, pois conforme consta nos autos (fls. 2.779 a 2781) tem-se a cópia do e-mail enviado pela Comissão Processante em 20.3.2017 informando a Concessionária acerca da abertura de prazo e disponibilizando link para o acesso ao Processo, e Ofício nº 002/2017/CP-GALVÃO-BR-153/SUINF, de 20.3.2017, no qual intimou a Concessionária para apresentar os argumentos e contestações finais ao Processo. O Ofício foi claro e objetivo quando afirmou nos itens 2 e 3 que as alegações seriam finais, o que pode ser observado no trecho transcrito do documento:

“...

2. Reencaminhamos ainda, de forma complementar, a mídia digital (DVD), contendo a cópia integral do presente processo, de modo a permitir a

apresentação dos argumentos e contestações finais pela concessionária. (grifo nosso)

- *Processo nº 50500.215568/2016-36: 2778 folhas – 14 volumes.*

*3.Salientamos ainda, que a Concessionária poderá retirar pessoalmente na sede da ANTT em Brasília quaisquer documentos que entenderem necessários para formulação de suas **alegações finais**. (grifo nosso)*

4.Assim, em atenção ao artigo 92 da Resolução ANTT nº 5.083/2016, transcrito na sequência, solicitamos que a Concessionária se manifeste, quanto aos documentos produzidos nos autos, no prazo máximo e improrrogável de 10 (dez) dias. ...”

A intimação decorreu da orientação constante no Parecer nº 0595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 2764 a 2766), que no item 28, Da Conclusão, subitem 2 opinou que publicada a Deliberação de recondução da Comissão Processante, esta deveria expedir ofício à Concessionária, outorgando-lhe prazo de 10 dias para se manifestar em alegações finais quanto aos documentos produzidos e franquear-lhe pleno acesso aos autos. Neste sentido, a ANTT cumpriu os ritos processuais observando o constante no artigo 96 da Resolução 5.083/2016 e assegurou o princípio do contraditório e a ampla defesa à Concessionária.

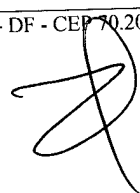
Às fls. 2.785 – 2.859 foram juntadas as alegações finais apresentadas pela Concessionária, as quais foram analisadas e consolidadas no Relatório Final elaborado pela Comissão Processante e encaminhado à apreciação da Diretoria Colegiada.

Está evidente que foi dado à Concessionária todas as possibilidades para apresentar argumentos e contestações acerca dos fatos constantes no Processo, não sendo, portanto, cabível qualquer outra intimação à Concessionária para manifestar opinião sobre as análises conclusivas da Comissão Processante e consolidadas no Relatório Final (fls. 2.859 a 2.972). Nesse sentido, se acatado os pedidos apresentados pela Concessionária entrar-se-ia num ciclo vicioso no qual a cada novo relatório ou parecer emitido a Concessionária entenderia que deveria se manifestar sobre os fatos e conclusões, o que levaria a discussões infundáveis e inconclusivas devido às divergências existentes.

Ademais, os ritos deste Processo seguem a mesma lógica do processo disciplinar, em que não há imposição de intimação do relatório final. Desse modo, no caso em questão, também não há a necessidade da referida intimação. Acerca disso a jurisprudência do STF assim diz:

“Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento” Precedente: [MS n. 23.268, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 07.06.2002].

Fato é que os documentos acostados nos autos são claros e evidentes quanto aos descumprimentos contratuais da Concessionária, bem como os ritos processuais cumpriram a legislação vigente e jurisprudência, principalmente no que diz respeito ao art. 92 c/c art. 53 da Resolução ANTT nº 5.083/2016 em que foram dados todos os prazos e oportunidades à Concessionária para apresentar sua defesa, não sendo mais necessário repetir tais procedimentos.



Diante do exposto, não vislumbro razão para acolhimento das pretensões da Concessionária pedido apresentado na última manifestação da Concessionária.

Pois bem, no decorrer desses 30 meses de concessão, foi dada à Concessionária todas as oportunidades para que ela pudesse corrigir as falhas detectadas pela área técnica e cumpri-las rigorosamente, bem como demonstrar que estava comprometida com as obrigações assumidas com o Poder Concedente e com os usuários da rodovia por meio do instrumento contratual.

Todas as ações fiscalizatórias realizadas pela Superintendência de Exploração da Infraestrutura foram realizadas nos devidos momentos, visando aplicar as sanções pelos descumprimentos contratuais e tornar transparentes o evidente descaso da concessionária com o ajuste pactuado.

Nesse sentido, a Nota nº 00069/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, de 27/11/2015, da Procuradoria-Geral Federal reconhece a atuação diligente e tempestiva da fiscalização da ANTT, realidade esta que confirma o entendimento de que somente a própria concessionária deu causa à situação desordenada e irreversível em que se encontra a empresa. *Litteris:*

“3. A Procuradoria-Geral Federal reconhece a diligente atuação fiscalizatória da ANTT, como se pode extrair das diversas Notificações de Infração lavradas ao longo deste período de inadimplência da Concessionária, em que pese que se registrar, apenas, que, diante do cenário traçado, já havia elementos para a concomitante abertura de um processo administrativo para declaração de caducidade da concessão. Sobre este Último ponto, destaque-se, em particular, que a Nota Técnica nº 424/2015/SUINF aborda a caducidade entre as opções em análise na ANTT, apontando as alternativas e suas consequências, justificando o porquê das opções em curso antes da eventual declaração de caducidade.”

Considerando o tempo decorrido da concessão, o nível de gravidade das falhas, e as negligências evidenciadas no Relatório Final apresentado pela Comissão Processante, fica claro o descaso da concessionária com a prestação de um serviço adequado, que deveria ser de qualidade e não está disponível, obrigando os usuários a trafegarem em uma rodovia que possui elevado risco de acidentes, com alto custo econômico e social à União, em função da inexecução das relevantes obras de segurança e melhorias pactuadas.

Como afirmara a Procuradoria, é preciso ter em mente que a prestação de serviço público, ainda que executado sob regime de concessão, é incumbência do Poder Público (art. 175, Constituição da República) que o titulariza e, nessa condição, permanece respondendo por ele. Isso significa dizer que o Poder Concedente não pode tangenciar, se omitir, arrefecer ou transacionar com a obrigação de manter o serviço adequado.

Se é verdade que o concessionário assume uma série de obrigações, não é menos certo que o Poder Concedente está também inarredavelmente vinculado às disposições contratuais, na medida em que é seu o ônus de exigir a boa prestação do serviço público outorgado. No desatendimento de tal premissa, obrigado está a lançar mão de todos os recursos e medidas legais ou contratualmente previstas.

De fato, encontra-se exaustivamente demonstrada a inadimplência contratual, esgotadas as demais alternativas e desperdiçadas as chances de regularização pela concessionária, não pode o Poder Público se omitir diante da gravidade da situação e repercussão de eventual extinção do contrato de concessão. Ainda mais grave que extinguir um contrato, que se pretendia vigorar por 30 anos, é sustentá-lo de forma inviável, sem que atinja com o fim a que se destina.

Ademais, valendo-se dos ensinamentos de Marçal Justen Filho (in Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Editora Dialética, São Paulo, 2003, p. 594), a *“caducidade da concessão é, portanto, instrumento de realização do interesse público, muito mais do que via de punir o concessionário. A punição ao concessionário não traduz vantagem para o interesse coletivo. Realiza-se o interesse público, por via da caducidade, pela perspectiva da elevação da qualidade dos serviços. A gravidade das infrações praticadas pelo concessionário autoriza presumir que esse objetivo não será atingível sem sua substituição.”*

Conforme esmiuçado no Relatório e ao longo de todo esse procedimento, a Concessionária incorreu em quase todos os incisos do §1º do art. 38, da Lei nº 8.987/1995; cometeu, pois, inúmeras infrações graves puníveis com a caducidade da concessão. Nesse cenário, de evidente prejuízo aos usuários, de frustração da expectativa de que o particular seria capaz de zelar, conservar e melhorar as condições da rodovia, de grave comprometimento ao interesse público, revela-se inevitável a decretação de caducidade da concessão a ele outorgada.

À inevitabilidade da penalidade se soma a constatação de sua proporcionalidade: o abandono da rodovia e a inexecução da Concessionária até mesmo dos trabalhos iniciais a que se obrigou revelam a inviabilidade de proposição diversa que não a caducidade. Em não sendo minimamente satisfatória a prestação do serviço, impõe-se ao Estado a extinção da concessão.

É preciso ressaltar ainda que as alegações da Concessionária - que buscavam eximi-la da aplicação da penalidade de caducidade - não procedem, conforme bem enfrentado no Relatório Final (fls. 2.863/2.972) e nos Pareceres Jurídicos nº 0769/2017/PF-ANTT/PGF/AGU e nº 00595/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, as quais acolho integralmente como fundamentação do presente voto. Soma-se a eles os demais pareceres jurídicos (Pareceres nº 13.096/2015, nº 584/2016, nº 272/2017/PF-ANTT/PGF/AGU) que, ao cuidarem de apreciar os vários pleitos da Concessionária, também servirão aqui de fundamentação, especialmente no que se refere à sua pretensão de que o risco pela não obtenção de empréstimo recaia sobre o Poder Concedente.

Por fim, cabe esclarecer que a Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. impetrou mandado de segurança contra ato desta Diretora, alegando ilegalidades ocorridas na instrução destes autos, tendo obtido decisão liminar favorável que determinou a retirada do processo da pauta de julgamentos da Diretoria Colegiada da ANTT, até decisão final (Processo 1002390-47.2017.4.01.3400).

A ANTT, então, por sua Procuradoria Federal, recorreu da liminar (Agravo de Instrumento 1002502-31.2017.4.01.0000), obtendo decisão favorável que, ao suspender determinação do Juiz de primeiro grau, afastou o impedimento à inclusão do processo em pauta de julgamento, permitindo a esta Diretoria a discussão e deliberação sobre a matéria, conforme as regras procedimentais aplicáveis.



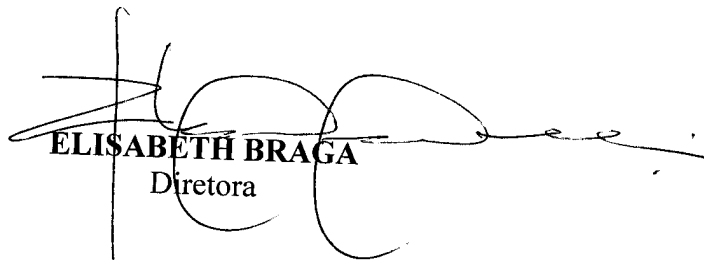
Não há, portanto, qualquer impedimento judicial ao julgamento do presente.

IV - DA PROPOSIÇÃO FINAL

Diante do exposto, considerando as instruções técnicas e jurídicas constantes nos autos,
VOTO por:

- 1) Acolher as recomendações constantes do Relatório Final apresentado pela Comissão Processante para propor à União a decretação da caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia BR-153/GO/TO, sob responsabilidade da Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A; e
- 2) Determinar que em cumprimento ao art. 7º, da Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 46, de 25 de agosto de 2004, a ANTT informe aquela Corte, com as devidas fundamentações, das conclusões deste processo administrativo instaurado para verificar a inadimplência da concessionária, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995.

Brasília, 23 de junho de 2017.


ELISABETH BRAGA
Diretora

ENCAMINHAMENTO: À **Secretaria-Geral (SEGER)**, com vistas ao prosseguimento do feito.

Em: 23 de junho de 2017.

Ass: 

Wellington Miranda
Matricula 1673178
Assessoria - DEB

