

<b>RELATORIA:</b>	DSL
<b>TERMO:</b>	VOTO À DIRETORIA COLEGIADA
<b>NÚMERO:</b>	156/2018
<b>OBJETO:</b>	<b>PROPOSTA DE RECONHECIMENTO DA APLICABILIDADE DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA ECO101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A., DEVIDO À ASSUNÇÃO DO CONTORNO DE VITÓRIA EM DECORRÊNCIA DA CELEBRAÇÃO DE ADITAMENTO AO TERMO DE ARROLAMENTO E TRANSFERÊNCIA DE BENS.</b>
<b>ORIGEM:</b>	SUINF
<b>PROCESSO (S):</b>	50500.557206/2017-09, 50500.049867/2014-12 e 50500.120127/2014-95
<b>PROPOSIÇÃO PF/ANTT:</b>	PARECER Nº 01426/2016/PF-ANTT/PF-ANTT-SEDE/PGF/AGU PARECER Nº 01513/2017/PF-ANTT/PGF/AGU PARECER Nº 00736/2018/PF-ANTT/PGF/AGU
<b>PROPOSIÇÃO DSL:</b>	<b>AUTORIZAR A SUINF A ELABORAÇÃO DE PROJETO EXECUTIVO PARA RECUPERAÇÃO DO CONTORNO DE VITÓRIA.</b>
<b>ENCAMINHAMENTO:</b>	À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

## I - DAS PRELIMINARES

Trata-se da proposta de reconhecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão Edital nº 001/2011, firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a ECO101 Concessionária de Rodovias S.A., em decorrência da celebração de Aditamento ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens da Concessão, celebrado em 03/07/2014, que transferiu a responsabilidade pelo trecho do Contorno de Vitória do DNIT para a ECO101.

## II – DOS FATOS E DA ANÁLISE PROCESSUAL

Em 17 de abril de 2013, foi assinado o Contrato referente ao Edital de Concessão nº 001/2011, firmado entre a ANTT e a ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. Posteriormente, em 10 de maio de 2013, foi celebrado o Termo de Arrolamento e Transferência de Bens entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, a ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Ressalta-se que nesse documento não constava a transferência do Contorno de Vitória, trecho compreendido entre o km 268,8 e o km 294,3 da BR-101/ES, uma vez que as obras não tinham sido totalmente concluídas pelo DNIT até aquela data.

Desse modo, foram iniciadas as tratativas entre a ANTT, o DNIT e a concessionária com vistas à formalização da assunção do mencionado trecho rodoviário, como se verifica por meio dos documentos, anexados ao processo nº 50500120127/2014-95, relacionados a seguir:

1. Ofício nº 408/2014/CGCONT/DIR, de 21/08/2014 (fls. 02-03): a Diretoria de Infraestrutura Rodoviária do DNIT solicita manifestação formal da PF/ANTT acerca da existência dos trechos a serem transferidos no contrato de concessão e acerca da viabilidade de serem transferidos;
2. Nota Técnica nº 238/2014/SUINF, de 10/09/2014 (fls. 12-14): SUINF se manifesta pela legalidade e adequação do Aditamento ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens do contrato de concessão da ECO101 para assunção do contorno viário;
3. Memorando nº 1581/2014/GEINV/SUINF, de 18/09/2014 (fl. 17): manifestação da GEINV em concordância com os termos da Nota Técnica nº 238/2014/SUINF;
4. Carta CE-DS-1045/2014, de 25/09/2014 (fls. 23-27): concessionária entende que para que seja possível a assinatura do Aditamento em questão, é necessário que seja oportunizada a apresentação à Diretoria da ANTT das inconsistências apuradas em relação às obras do trecho, no que diz respeito às diferenças entre a obra e o projeto, defeitos prematuros, não atendimento de parâmetros de regularidade longitudinal e deflexão;
5. Ofício nº 1910/2013/GEFOR/SUINF, de 08/08/2013 (fl. 28): SUINF **informa à concessionária que a assunção do contorno somente deverá ocorrer após o saneamento das irregularidades detectadas pelo TCU junto ao DNIT;**





6. Ofício nº 2134/2013/GEFOR/SUINF, de 05/11/2013 (fls. 29-31): SUINF comunica à concessionária a respeito dos procedimentos do recebimento provisório do trecho em questão, com base nas orientações do Acórdão nº 1974/2013 do Tribunal de Contas da União – TCU;
7. Ofícios nº 3440/2014/SUINF, de 31/10/2014 (fl. 36), e nº 3105/2014/SUINF, de 08/10/2014 (fl. 43): SUINF ratifica à concessionária que, conforme Ofício nº 2134/2013/GEFOR/SUINF, o Termo de Recebimento Provisório não constitui impeditivo para assinatura do Aditamento ao Termo de Arrolamento de Bens, e afirma que essa deve ocorrer o mais breve possível e, ainda, que após essa assinatura inicia-se a contagem do prazo de 30 dias para a concessionária levantar inconsistências no trecho, para que *“eventuais irregularidades por culpa do Poder Público serão sanadas pelo DNIT ou implicarão em revisão tarifária caso a Concessionária realize as intervenções necessárias”*.

Assim, em 16/10/2014, foi publicado no Diário Oficial da União – DOU nº 200 o Extrato de Instrumento Contratual - Aditamento 01 ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens da Concessão (fl. 113 do processo nº 50500.049867/2014-12), por meio do qual foi oficializada a transferência da responsabilidade pela administração do aludido Contorno de Vitória do DNIT para a ECO101 (assinado em 03/07/2014, conforme fls. 25-27 do processo nº 50500.120127/2014-95).

Em razão da publicação desse Extrato, por intermédio da Carta CE-DS-1.327/2014, de 12/11/2014 (fls. 49-50 do processo nº 50500.120127/2014-95), a concessionária apresentou os estudos e relatório das inconsistências observadas no trecho ora mencionado e afirmou que a entrega dessa documentação não constituiria recebimento definitivo do Contorno de Vitória, o que se daria apenas após a avaliação dos relatórios e definição dos tratamentos das inconsistências.

A Coordenação de Exploração da Infraestrutura Rodoviária da Unidade Regional do Rio de Janeiro – COINF/URRJ, vinculada à SUINF, analisou o Relatório apresentado pela concessionária e se pronunciou por meio do Parecer Técnico nº 067/2014/PFR SERRA-ES/COINF/URRJ, fls. 61-76 do processo nº 50500.120127/2014-95, no qual expôs, dentre outros, as condições observadas no trecho da rodovia em vistoria realizada no dia 17/12/2014.

Por meio do Parecer Técnico nº 127/2015/COINF-URMG/SUINF, de 10/07/2015 (fls. 181-189 do processo nº 50500.120127/2014-95), a COINF da Unidade Regional de Minas Gerais – URMG analisou os relatórios gerados a partir da realização da monitoração do Índice de Irregularidade Longitudinal (IRI) do trecho entre os km 270,750 e 296,300 da Rodovia BR-101/ES (em ambos os sentidos), e concluiu que 91% do trecho

avaliado encontrava-se em situação de não atendimento aos parâmetros previstos pelo PER para o final da fase de recuperação daquela rodovia.

A Gerência de Fiscalização e Controle Operacional de Rodovias – GEFOR, vinculada à SUINF, por meio do Parecer Técnico nº 136/2015/GEFOR/SUINF, de 22/07/2015 (fls.198-207 do processo nº 50500.120127/2014-95), analisou os aspectos referentes ao recebimento das obras do Contorno de Vitória pela concessionária e concluiu que não foram atendidos os parâmetros de desempenho exigidos pela ANTT no Programa de Exploração da Rodovia – PER, como se vê:

“(…)

### **III. CONCLUSÃO**

*25. Da análise de toda a documentação pertinente ao assunto, e referenciada nesse parecer, além das vistorias e dos levantamentos realizados em campo pela ANTT, constata-se não atendimento aos parâmetros de desempenho definidos no PER para o final da fase de recuperação relativos a pavimentação e à sinalização, bem como inconformidades quanto a elementos de proteção e segurança, Obras-de-arte Especiais (OAE) e roçada.*

*26. O assunto em tela é de extrema urgência, considerando que os órgãos de controle externo, por diversas vezes, solicitaram manifestação da ANTT quanto à responsabilidade pelo trecho do Contorno de Vitória, o qual ainda não foi recebido em definitivo pela ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., devido às inconsistências aqui relatadas, pois conforme Ofício nº 3105/2014/SUINF, a concessionária após assinatura do Termo Aditivo deveria levantar inconsistências no trecho, de modo que eventuais irregularidades por culpa do Poder Público seriam sanadas pelo DNIT ou implicariam em revisão tarifária caso a Concessionária realizasse as intervenções necessárias.*

“(…)

*28. Tão logo o DNIT se manifeste em relação à possibilidade das empresas por ele contratadas à época para executarem as obras de duplicação, de recuperação e de manutenção, realizarem intervenções nesse trecho visando a adequação dos parâmetros de desempenho às exigências do PER em relação ao final da fase de recuperação, encaminharemos para a GEINV.” (sic)*

Em 27/07/2015, por meio do Ofício nº 1743/2015/SUINF (fls. 214-214v. do processo nº 50500.120127/2014-95), o DNIT foi questionado pela SUINF acerca da possibilidade de execução da correção das inconformidades, apresentadas no relatório da ANTT, pelas empresas contratadas para a execução das obras de duplicação, de recuperação e de manutenção.

Posteriormente, a Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias – GEINV, vinculada à SUINF, mediante o Memorando nº 944/2015/GEINV/SUINF, de



19/08/2015 (fls. 212-213 do processo nº 50500.120127/2014-95), sugeriu que fossem solicitadas consultas à Diretoria da ANTT e ao Ministério dos Transporte acerca do não recebimento definitivo do Contorno de Vitória pela concessionária, a despeito do Aditamento ter sido firmado, conforme se verifica:

“(...)

*3. Ressaltamos que, conforme as orientações do Ofício 2134/2013/GEFOR/SINF, de 05/11/2013, a Concessionária já firmou o Aditivo ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens para incluir o Contorno de Vitória na concessão, contudo ainda não recebeu definitivamente o trecho, pois aguarda decisão da ANTT sobre a solução a ser adotada para sanar as inconformidades levantadas.*

*4. Considerando que estava definido à época da licitação que o Contorno de Vitória estaria totalmente duplicado até o início da concessão, os proponentes, caso necessário, já deveriam prever a intervenção no trecho com o objetivo de atender os parâmetros de desempenho de todas as fases contidas no PER.*

(...)

*7. Por fim, considerando a necessidade do recebimento definitivo do trecho por parte da Concessionária e que o tema é de extrema urgência, uma vez que já foi detectado que tal situação está agravando a deterioração do trecho que está sem manutenção desde 2012, e como o DNIT não se manifestou até a presente data, sugerimos o encaminhamento do processo à SUINF sugerindo que seja efetuada consulta à Diretoria da ANTT e posteriormente ao Ministério dos Transportes solicitando posicionamento do órgão sobre o assunto. ” (sic)*

Em resposta ao Ofício nº 1743/2015/SUINF, o DNIT informou que o trecho rodoviário citado já tinha sido recebido definitivamente pela Concessionária, que a manifestação da ECO101 foi intempestiva, que os contratos vigentes no segmento tinham sido encerrados por aquele departamento, portanto, não sendo possível a realização de obras e/ou serviços pelo DNIT nesse trecho, como se verifica por meio da Nota Técnica nº 017/2015/SR/DNIT/ES, de 01/12/2015 (fls. 230-233 do processo nº 50500.120127/2014-95).

Após instada, mediante o Parecer Técnico nº 043/2016/GEINV/SUINF, de 26/02/2016 (fls. 241-246 do processo nº 50500.120127/2014-95), a GEINV/SUINF analisou a aplicabilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da concessionária ECO101 devido ao recebimento do trecho rodoviário do Contorno de Vitória e concluiu nos seguintes termos:

“(...)

### **III – CONCLUSÃO**

*27. A Concessionária já firmou o Aditivo ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens para incluir o Contorno de Vitória na concessão, contudo ainda não recebeu*

*definitivamente o trecho, pois aguarda decisão da ANTT sobre a solução a ser adotada para sanar as inconformidades levantadas.*

28. *Cabe destacar que foram constatados pela ANTT defeitos nas obras realizadas no Contorno de Vitória.*

29. *Ressalta-se que as obras de duplicação do Lote 1 – km 268,8 ao km 288,1 – do Contorno de Vitória foram concluídas em dezembro de 2010 e as obras do Lote 2 – km 288,1 ao 294,3 – foram concluídas em dezembro de 2014.*

(...)

33. *Além disso, propõe-se que na próxima revisão tarifária sejam excluídos os custos previstos referentes aos Trabalhos Iniciais, à manutenção e operação do trecho do Contorno de Vitória até o recebimento definitivo do trecho, conforme cláusula 19.2.8 do contrato de concessão. ” (sic)*

A Procuradoria Federal Junto à ANTT – PF/ANTT foi instada pela SUINF e se manifestou nos termos da Parecer nº 00583/2016/PF-ANTT/PGF/AGU, de 05/04/2016 (fls. 260-262v. do processo nº 50500.120127/2014-95), como se vê:

“(…)

16. *Por outro lado, o 1º Termo Aditivo ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens celebrado entre o DNIT, a Concessionária ECO101 e a ANTT (fls. 110/112 do Processo Administrativo n. 50500.049867/2014-12 – apenso), tratou do recebimento pela Concessionária do Contorno de Vitória. Entretanto, nele **não consta qualquer ressalva quanto a eventuais imperfeições na obra realizada pelo DNIT**, fazendo presumir **juris et de jure** o recebimento definitivo da obra pela Concessionária.*

17. *Aliás, não existe nos autos qualquer documento oriundo do DNIT reconhecendo imperfeições no Contorno de Vitória. Pelo contrário, os documentos de fls. 24/26 e 28/29 do Processo Administrativo 50500.049867/2014-12 informam que a obra foi concluída e que o DNIT a aceitou em definitivo, autorizando, inclusive, o levantamento do valor da caução dos seus contratados.*

18. *Todas estas circunstâncias tornam, a meu juízo, incidente a alocação de risco estabelecida no Contrato de Concessão objeto das Cláusulas 19.1 c/c 19.1.20, (...)*

(...)

19. *Portanto, parece-me absurdo pretender debitar aos usuários da rodovia concedida as eventuais imperfeições na obra realizada pelo DNIT, visto que, nos termos do Contrato de Concessão, não possui a Concessionária o direito a qualquer reequilíbrio contratual, devendo, ao contrário, promover, à sua custa, a correção das eventuais imperfeições e, se entender cabível, pleitear o ressarcimento junto ao DNIT.” (sic – grifos no original)*

Depois de prestados os esclarecimentos pela Concessionária e pela SUINF a respeito do assunto em tela, a Procuradoria Federal foi novamente instada a se pronunciar

sobre a possibilidade da ECO101 realizar as intervenções necessárias no trecho do Contorno de Vitória, visando atender aos parâmetros de desempenho estabelecidos no PER, e em relação à aplicabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. E, em resposta, apresentou o Parecer nº 01426/2016/PF-ANTT/PF-ANTT-SEDE/PGF/AGU, de 08/09/2016 (fls. 278-281 do processo nº 50500.120127/2014-95), no qual concluiu que:

“(…)”

39. *Considerando, pois, como verídicos os seguintes pressupostos – a serem chancelados pela SUINF – no sentido de que (i) a obra ainda estava sendo executada no momento em que ofertadas as propostas na licitação (ii) se não era de fato possível que os licitantes, à época, aquilatassem em que condições as obras lhes seriam entregues, (iii) se havia a expectativa legítima de que, o futuro concessionário, não responderia, nos termos da subcláusula 19.2.10 do Contrato de Concessão, pelos defeitos em obras realizadas pelo Poder Público e se (iv) indiscutivelmente a duplicação do trecho de responsabilidade do DNIT não atendia, no momento da assinatura do aditivo ao Termo de Arrolamento, aos parâmetros de desempenho estabelecidos no PER, não nos resta outra conclusão que não a de que a Concessionária faz sim jus ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, por óbvio, apenas no que se refere ao lote 2 (cujas obras não estavam concluídas ao tempo da publicação do Edital de Concessão nº 001/2011 BR-101/ES/BA), em relação ao qual foi construído nosso raciocínio.*

40. *Com isso, diante dos elementos que nos convenceram do contrário, propomos a alteração do entendimento inicial defendido por esta Procuradoria do parecer nº 0583/2016/PF-ANTT/PGF/AGU.*

(…)” (sic)

Novamente a PF/ANTT foi questionada pela SUINF, dessa vez para se posicionar acerca dos questionamentos sobre as obrigações que decorreriam do recebimento provisório pela concessionária de obras de responsabilidade do DNIT e das consequências do atraso atribuído à ANTT quanto à definição das medidas a serem adotadas para saneamento dos vícios construtivos observados nos bens objeto de transferência. Em resposta, se pronunciou nos termos do Parecer nº 01513/2017/PF-ANTT/PGF/AGU, de 10/08/2017 (fls. 440-442 do processo nº 50500.120127/2014-95):

“(…)”

3. *Pois bem. Desde nossa última manifestação já havia sido constatado que, na ausência de disciplina contratual que dispusesse sobre os trâmites de recebimento (provisório e definitivo) pela Concessionária de obras a cargo do Poder Público, deveriam ser observadas as orientações do Acórdão nº 1974/2013 do Tribunal de Contas da União, com base no qual a SUINF editou o Ofício nº 2.134/2013/GEFOR/SUINF (fls. 314/316).*



4. *Todavia, procedimento traçado naquele Ofício não foi respeitado: ao invés de se promover o recebimento provisório, oportunidade que a Concessionária teria para apontar, em 30 dias, as inconsistências entre a obra realizada e seu projeto e também em relação aos parâmetros de desempenho (IRI e DC), firmou-se desde logo o Aditivo ao Termo de Arrolamento, sem qualquer ressalva, naquele instrumento, quanto a eventuais pendências.*

5. *Por óbvio, essa rotina, de recebimento provisório e, na sequência, recebimento definitivo deveria ter antecedido a assinatura do aditivo ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, ato este reservado a efetivar a assunção, em sua inteireza, daquele trecho pela Concessionária. Em não sendo assim, que a assinatura do aditivo represente o recebimento definitivo ou, na pior das hipóteses, que ele estabeleça expressamente que outro trâmite haveria de ser observado pelos envolvidos.*

6. *Essa a razão do imbróglio que se arrasta há muito: foi firmado o aditivo sem qualquer ressalva, levando a crer que a assunção teria se concretizado sem qualquer condicionante.*

(...)

10. *É preciso dizer que, aos nossos olhos, permanece a dúvida: ainda não está claro se as exigências do DNIT, ao licitar aquelas obras, de fato eram menores ou em padrões aquém daqueles demandados pela ANTT (no Programa de Exploração da Rodovia) ou se o DNIT recebeu em definitivo a obra, equivocadamente, mesmo desatendidas obrigações e especificações a que a contratada se obrigara contratualmente.*

11. *Isso faz toda a diferença para se apurar a responsabilidade em seu saneamento e delimitar se a Concessionária faz jus ou não, e em que termos, ao reequilíbrio de seu Contrato.*

(...)

14. *Não. Ainda que se prolongue a discussão sobre em que medida faz jus ao reequilíbrio da equação econômico-financeira de seu Contrato por isso, desde o recebimento provisório do trecho a concessionária é sim responsável pela sua manutenção, conservação e recuperação.*

(...)

18: *Não obstante essas conclusões, **cumpre-nos alertar para a urgente necessidade de melhor disciplinar os trâmites de recebimento de obras no âmbito das concessões administradas pela ANTT** (muito embora, insistimos, pareça-nos de todo desejável que situações como essa – de convivência de DNIT e concessionário – sejam mesmo evitadas), especialmente para estabelecer que o aditivo ao termo de arrolamento e transferência de bens seja firmado quando já superadas as fases de recebimento provisório e definitivo, de forma a evitar o imbróglio como o que aqui se instalou (em*



*que, embora assinado o aditivo ao termo de arrolamento há três anos ainda se discute o recebimento definitivo do trecho).*

(...)

*22. Se a concessionária se viu impedida de promover algum melhoramento, se para tanto dependia de autorização ou manifestação formal da ANTT, receamos que este seria sim um sério argumento a tentar afastar sua responsabilidade pelo agravamento da degradação do pavimento do trecho a ela transferido.*

*23. Por fim, e em complemento à resposta ao segundo questionamento, parece-nos imprescindível que a ANTT seja capaz de estabelecer mecanismos para que as discussões e dúvidas jurídicas suscitadas e as tratativas – via de regra morosas – em o DNIT transcorram sem prejuízo da continuidade da prestação do serviço público pela Concessionária. ” (sic)*

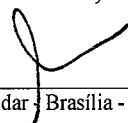
A Gerência de Fiscalização e Controle Operacional de Rodovias – GEFOR, vinculada à SUINF, mediante o Parecer Técnico nº 269/2017/GEFOR/SUINF, de 20/09/2017 (fls. 509-511v. do processo nº 50500.120127/2014-95), tratou da verificação e validação das inconsistências apontadas **somente** para a duplicação do trecho do Lote 2 (pista nova) do Contorno de Vitória, à época da assinatura do Aditivo ao Termo de Arrolamento de Bens, para fins de eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, e concluiu que “*constata-se e fica claro o não atendimento dos parâmetros de desempenho definidos no PER para o final da fase de recuperação relativos a pavimento e segurança identificadas no Contorno de Vitória, lote 2, do km 288,1 ao km 294,3 (6,2 km), da BR-101/ES.*” (sic).

Em 13/12/2017, por intermédio do Ofício nº 426/2017/SUINF (fls.568-569 do processo nº 50500.120127/2014-95), a SUINF determinou à concessionária que iniciasse imediatamente todos os serviços necessários para o atendimento aos parâmetros de desempenho previstos no PER para o trecho do Contorno de Vitória e que apresentasse cronograma dos serviços a serem executados.

Em razão disso, mediante a Carta CE-2142-DS/2017, protocolada em 01/11/2017 (sob o nº 50500.557206/2017-09), às fls. 02-03, a concessionária ECO101 impetrou recurso à Diretoria Colegiada contra a referida determinação, alegando que não podia ser responsabilizada por defeitos de obras de realizadas pelo DNIT e, ainda, que fazia jus ao reequilíbrio econômico-financeiro para correção das inconformidades observadas no trecho rodoviário.

Os argumentos trazidos pela ECO101 foram analisados pela SUINF que, por meio da Nota Técnica nº 003/SUINF/2018, de 27/02/2018 (fls.135-141), concordou com a concessionária, entendendo ser direito da concessionária o reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão em decorrência do aditamento ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens do Contrato de Concessão Edital nº 001/2011, como se vê:

(...)



7. Assim, se o Termo de Recebimento Provisório consignar pendências em relação à obra ou serviço, deve ser fixado pela fiscalização, no próprio Termo, prazo razoável para os reparos, correções, remoções, reconstruções ou substituições relativas ao objeto do contrato (art. 69 da Lei n. 8.666/1993).

8. Finalmente, verificado o saneamento de todas as pendências em vistoria final, será emitido o Termo de Recebimento Definitivo da obra ou serviço e, de modo que o período entre a emissão dos Termos de Recebimento Provisório e Definitivo não ultrapasse os noventa dias previstos pelo § 3º do artigo 73 da Lei nº 8.666/1993, salvo excepcionalidades devidamente justificadas e conforme previsão no edital.

(...)

14. Assim, diante do claro descompasso entre os anos de assinatura dos contratos do DNIT para duplicação do Contorno de Vitória e a aprovação pelo TCU dos estudos para a concessão do trecho da rodovia BR-101/ES, compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro, considera-se incorreto presumir que as obras daquele Departamento atende aos parâmetros de desempenho previstos no Programa de Exploração da Rodovia – PER, daquele Contrato de Concessão.

15. Assim, entendemos que a concessionária faz jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em decorrência do aditamento ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens da Eco101. Primeiro por que ainda que se discuta a divisão da obra em lotes, apenas em 02 de maio de 2014 o DNIT procedeu ao Recebimento Definitivo dos dois lotes, quais sejam: Lote 01 e 02 conforme descrição já feita. Segundo, por que há claro descompasso entre o período de assinatura dos contratos com o DNIT para execução das obras de duplicação do Contorno de Vitória e o período em que os estudos foram aprovados pelo TCU para concessão do trecho da rodovia BR-101/ES, compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro, não sendo cabível, portanto, condicionar a transferência do referido bem ao cumprimento de parâmetros de desempenho ou até mesmo inferir uma eventual precificação dos serviços a serem necessários para o atingimento destes parâmetros na proposta comercial vencedora.” (sic – grifo nosso)

Assim, a SUINF juntou aos autos cópia do Termo de Recebimento Definitivo (fls. 142-143) e do Termo de Verificação e Aceitação Definitiva das obras de duplicação do Contorno de Vitória na Rodovia BR-101/ES (fls. 144-145) e os encaminhou à consideração da Diretoria-Colegiada.

Em 05/03/2018, mediante o Despacho da Chefia de Gabinete acostado à fl. 147, a Procuradoria Federal foi novamente instada e se manifestou por meio do Parecer nº 00736/2018/PF-ANTT/PGF/AGU, de 20/04/2018 (fls. 148-150), nos seguintes termos:

“(…)





25. *Esse, portanto, o impasse que merece ser dirimido pela Diretoria: ser ou não devido o reequilíbrio e em que medida (se em relação a ambos os lotes ou não). As questões jurídicas estão postas, assim como assentado o entendimento da área técnica.*

26. *Em conclusão, resta-nos, pois, reiterar que, seja do ponto de vista desta Procuradoria ou da própria SUINF, nenhuma nulidade recai sobre o Ofício impugnado no Recurso da Concessionária, assim como nenhum sentido faz atribuir efeito suspensivo à sua insurgência. Ao contrário, a par das discussões sobre reequilíbrio, a Concessionária não pode, em absoluto, se furtar ao cumprimento de suas obrigações contratuais par atando, deve a ANTT lançar mão de todos os instrumentos de que dispõe para que isso se efetive.*

27. *De todo modo, como apontado no parágrafo acima, convém que a SUINF se posicione sobre a ressalva feita pelo DNIT em seu Termo de Recebimento Definitivo (fls. 142/143) e se isso repercutiria em eventual alteração de seu entendimento, de modo que a Diretoria tenha melhores condições de deliberar sobre a discussão.” (sic – grifo nosso)*

O processo foi restituído à SUINF, assim, aquela superintendência se posicionou acerca da ressalva feita pelo DNIT, em atendimento à consideração da Procuradoria e, mediante o Relatório à Diretoria nº 006/2018/CIPRO/SUINF, de 02/05/2018 (fls. 157-158), concluiu sugerindo a autorização do reequilíbrio do Contrato de Concessão Edital nº 001/2011, devido à celebração do Aditamento nº 01 ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, como se vê:

“(…)

#### **ANÁLISE**

*Enfrentado a matéria através da Nota Técnica nº 003/SUINF/2018 (fls.135/141), a Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária concordou com os argumentos apresentados pela ECO 101, entendendo que a concessionária faz jus ao reequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão em decorrência do aditamento ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens do Contrato de Concessão Edital nº 001/2011, pelos motivos ali expostos.*

*Ademais, lembramos que a Procuradoria Federal junto à ANTT, através do Parecer nº 00736/2018/PF-ANTT/PGF/AGU (fls.148/150) em seu item 25 entendeu que no caso em epígrafe, compete à Diretoria Colegiada da ANTT manifestar-se sobre a necessidade de reequilíbrio do contrato de concessão em face da celebração de Termo Aditivo ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.*

*Sendo assim, entendemos que as informações constantes do Termo de Recebimento Definitivo (fls.142/43) não tem o condão de alterar o entendimento desta Superintendência, tendo em vista que o recebimento dos dois lotes que integram o Contorno de Vitória/ES ocorreu definitivamente em 02 de maio de 2014, momento a*



*partir do qual ocorreu o adimplemento das obrigações assumidas pelo particular contratado para a realização das obras e/ou serviços no referido trecho.*

*Por fim, esclarecemos que os motivos que justificam o reequilíbrio contratual são alicerçados no não atendimento aos parâmetros de desempenho previsto no PER para todo o trecho rodoviário transferido para a concessão através do aditamento ao termo de arrolamento supracitado, cuja operação e manutenção passou a ser realizada pela ECO101.*

### **PROPOSIÇÃO**

*Pelo exposto, sugere-se autorizar o reequilíbrio do Contrato de Concessão Edital nº 001/2011 em face da celebração do Aditamento nº 01 ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens. ” (sic)*

Ato contínuo, a SUINF juntou a minuta de ato deliberativo (fl. 159) e encaminhou os autos à apreciação da Diretoria Colegiada. Aos 23 de maio de 2018, os presentes autos foram distribuídos à esta Diretoria DSL nos termos do Despacho s/nº, acostado à fl. 160, oriundo da Chefia de Gabinete do Diretor-Geral.

Após análise do presente processo, restou a necessidade de elucidação de dúvidas acerca do assunto em tela para subsidiar a decisão desta Diretoria, então, por meio do Memorando nº 064/2018/DSL, de 20/06/2018 (161-162), foram solicitados os seguintes esclarecimentos à SUINF:

“(...)

*3. No que se refere ao Lote 2, baseado nas manifestações técnicas, a Procuradoria Federal Junto à ANTT – PF-ANTT se pronunciou nos autos e entendeu que a Concessionária faz jus ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão. Contudo, quanto ao Lote 1 restaram dúvidas e, dessa forma, solicito esclarecimento a respeito do seguinte:*

- a) Justificativas mais fundamentadas sobre a possibilidade de reequilíbrio (reconhecida na Nota Técnica nº 003/SUINF/2018), baseada no que estabelece o Contrato de Concessão, especialmente referente ao lote 1;*
- b) Esclarecimentos quanto à data de conclusão da obra do lote 1;*
- c) Esclarecimentos acerca os motivos pelos quais a SUINF entende que não havia como “inferir uma eventual precificação dos serviços a serem necessários para o atingimento destes parâmetros na proposta comercial vencedora”;*
- d) Andamento do Processo de Penalidade referente à inexecução relacionada à manutenção do trecho a partir do recebimento provisório (após o qual todas as obrigações do referido trecho seriam de responsabilidade da Concessionária) e garantia de continuação do seu trâmite;*
- e) Informação a respeito da exclusão dos investimentos (processo de revisão tarifária) referentes à manutenção e conservação dos trechos, após o*

*recebimento provisório, em razão da inexecução constatada desses serviços nos autos. ”*

Em resposta, por intermédio do Memorando nº 613/2018/SUINF, de 25/06/2018 (FLS. 163-164v.), a SUINF se pronunciou da seguinte forma:

“a) (...)

*Conforme transcrito abaixo, importante registrar que no Parecer SUINF 003/2018, não houve a diferenciação entre os Lotes 01 e 02. Portanto o trecho referente ao Contorno de Vitória é único.*

(...)

*A divisão em Lote 01 e Lote 02 foi realizada pelo DNIT tão somente para efeitos contratuais, cujo objetivo seria o de promover contratação de duas frentes de trabalho para a realização das obras por duas empresas diferentes.*

*Esse trecho sempre foi tratado como uma só obra tanto no Contrato de Concessão, quanto no PER e, ainda, em todos os documentos preparatórios do leilão pela ANTT, que sempre adotou como nomenclatura a expressão “obras do Contorno de Vitória” para tratar da matéria, sem qualquer distinção entre lotes.*

*O Estudo de Viabilidade da BR-101/ES/BA (2009) reconheceu que as obras do Contorno de Vitória estavam sendo realizadas em toda a sua extensão (Cadastro Geral da Rodovia – Estudos de Engenharia – Vol. 03/Tomo I), tendo sido o trecho (sem qualquer distinção entre Lotes 01 e 02 – do Km 271 ao Km 294) considerado como concluído para o início da concessão.*

*Ou seja, ainda que o DNIT tenha declarado a conclusão das obras referentes ao Lote 01 no final de 2010 (OBS: assinatura do recebimento provisório em 23/12/2010), não havia como se inferir eventual precificação dos serviços a serem necessários para o atingimento dos parâmetros na proposta comercial vencedora.*

*Todo o trecho estava em obras quando da realização dos Estudos de Viabilidade (2009) – não havendo como se avaliar as condições de como estaria (verdadeiramente) a obra quando de sua conclusão – podendo apenas se presumir que atenderia aos parâmetros qualitativos contratados pelo DNIT.*

*Logo após o recebimento provisório das obras do Lote 01 – iniciou-se procedimento fiscalizatório do TCU (anterior à publicação do Edital de Licitação da BR-101/ES/BA, em 07/11/2011) - TC 026.363/2011-9 - que culminou no Acórdão nº 2229/2012, que determinou ao DNIT que não recebesse definitivamente às obras do Contorno de Vitória, em razão de vícios quantitativos e qualitativos identificados em avaliação ao Lote 01, supostamente concluído.*

*Nas perguntas e respostas ao Edital de Licitação – OBS: Pergunta 20 (em que se tratou do lapso existente entre o edital e eventual data de assunção da obra x vistoria prévia para fins de recebimento) e Pergunta 08 (em que reconheceu ser*

*obrigação do DNIT a realização das obras de correção e que se não as realizasse o Contrato seria reequilibrado com base no Fluxo de Caixa Marginal).*

*Até a assinatura do contrato em 2013, não poderia se presumir que as obras do Lote 01 estivessem concluídas, nem a diferença existente entre seus parâmetros e o Contrato. A primeira oportunidade que a Concessionária teve para avaliar esse cenário se deu quando da realização de vistoria para recebimento do trecho em 2014 – até porque, nenhum dos lotes havia sido definitivamente recebido pelo DNIT quando da realização da licitação e existia recomendação do TCU – encampado pela ANTT no OF. 1910/2013/GEFOR/SUINF – em que comunicou à Concessionária das irregularidades identificadas pelo TCU, e que o recebimento definitivo do trecho somente se daria após saneamento das irregularidades pelo DNIT.*

(...)

b) (...)

*Conforme resposta ao item anterior, é a data do recebimento definitivo.*

d) (...)

*Os processos de penalidade abertos por descumprimentos de parâmetros terão os trâmites normais de acordo com a resolução ANTT 5.083, **ressaltamos que as análises de recursos e defesas considerarão a manifestação da Diretoria sobre o Contorno de Vitória.***

e) (...)

*Entendemos que os investimentos previstos para manutenção e conservação no Contorno de Vitória deverão ser excluídos caso seja considerado pela Fiscalização, que no período entre o arrolamento e a definição da responsabilidade sobre o trecho não houveram intervenções da Concessionária. ” (sic – grifo nosso)*

Considerando as manifestações supra, técnicas e jurídicas, bem como esclarecimentos apresentados pela SUINF, entendo pela possibilidade de reconhecimento do mérito do reequilíbrio do Contrato de Concessão da ECO101 Concessionária de Rodovias S.A., em razão da celebração do Aditamento nº 01 ao Termo de Arrolamento e Transferência de Bens (que transferiu a responsabilidade pelo trecho do Contorno de Vitória do DNIT para a ECO101), bem como pela necessidade da SUINF determinar os valores a serem reequilibrados.

### III – DA PROPOSIÇÃO FINAL

Isto posto, e com base nas manifestações das áreas técnica e jurídica, proponho ao colegiado que delibere por:



- I. Autorizar a SUINF a solicitar da concessionária ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. a elaboração de Projeto Executivo para recuperação do Contorno de Vitória, visando a definição dos valores a serem reequilibrados, em razão do não atendimento, pelo DNIT, aos parâmetros de desempenho previstos no PER,
- II. Determinar à SUINF a proceder a avaliação dos investimentos, a serem excluídos do Contratos, referentes à manutenção e à conservação dos trechos, após o recebimento provisório, em razão dos descumprimentos dessas obrigações para fins de recomposição do equilíbrio do Contrato de Concessão, concomitantemente ao reequilíbrio que trata o item I.
- III. Determinar à SUINF que mantenha os trâmites normais dos processos de penalidade autuados em função dos descumprimentos das obrigações contratuais do aludido Contorno, impostas à Concessionária após seu recebimento provisório, independentemente das questões referentes ao reequilíbrio econômico financeiro do Contrato.

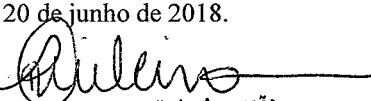
Brasília (DF), 20 de junho de 2018.

  
**SÉRGIO DE ASSIS LOBO**  
Diretor

À Secretaria-Geral (SEGER), para prosseguimento.

Em, 20 de junho de 2018.

Ass:

  
Wilma Virginia A. Ribeiro Assunção  
Matrícula 1006863  
Assessora  
Diretoria Sergio Lobo - DSL