

Aviso nº 906-Seses-TCU-Plenário

Brasília-DF, 24 de novembro de 2016.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão nº 2983/2016 proferido pelo Plenário desta Corte nos autos do processo nº TC 014.205/2011-4, na Sessão Ordinária de 23/11/2016, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam.

Esclareço, por oportuno, que o mencionado Acórdão produzirá efeitos após o seu trânsito em julgado e que eventuais providências a cargo dessa Presidência serão posteriormente comunicadas.

Atenciosamente,


AROLDO CEDRAZ DE OLIVEIRA
Presidente

A Sua Excelência, o Senhor
Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Senado Federal
Praça dos Três Poderes, Senado Federal
Brasília - DF

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 014.205/2011-4

Natureza(s): Pedido de Reexame (Solicitação do Congresso Nacional).

Órgãos: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (DER/PR) e Ministério dos Transportes.

Recorrentes: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A – Econorte (CNPJ 02.222.736/0001-30); Rodovias Integradas do Paraná – Viapar (CNPJ 02.191.601/0001-64); Caminhos do Paraná S.A. (CNPJ 02.221.358/0001-70); Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A. (CNPJ 02.221.155/0001-83); e Rodovia das Cataratas S.A. – Ecocataratas (CNPJ 02.228.721/0001-89).

Interessado: Senado Federal.

Representação legal: Ana Elisa Perez Souza (Procuradora do Estado do Paraná); Aline Lícia Klein (OAB/PR 29.615); André Guskow Cardoso (OAB/PR 27.074); Bernardo Strobel Guimarães (OAB/PR 32.838); Cesar A. Guimarães Pereira (OAB/PR 18.662); Eduardo Talamini (OAB/PR 19.920); Egon Bockmann Moreira (OAB/PR 14.376); Flávio Ribeiro Bettiga (OAB/PR 20.657); Fernando Henrique C. Curi (OAB/PR 54.940); Heloisa Conrado Caggiano (OAB/PR 5.248); e Juliano Ribas Dea (Procurador do Estado do Paraná).

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL LEVANTAMENTO SOBRE A SITUAÇÃO DOS CONTRATOS FIRMADOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE CONCESSÕES DE RODOVIAS DO PARANÁ. INDÍCIOS DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DETERMINAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PEDIDOS DE REEXAME. IMPUGNAÇÃO DO SUBITEM 9.1 DO ACÓRDÃO 346/2012-TCU-PLENÁRIO. COMANDO IMPOSITIVO. ARGUIÇÕES DE NULIDADE POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM AS RAZÕES DE DECIDIR. PROVIMENTO (TRÊS RECURSOS). REFORMA. NOVA DETERMINAÇÃO. EFEITO SUBSTITUTIVO. RETIRADA DO CARÁTER COGENTE ATRIBUÍDO À LEITURA DO DISPOSITIVO IMPUGNADO. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS VISANDO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. INICIATIVA DO ESTADO DO PARANÁ. MONITORAMENTO DAS TOMADAS DE DECISÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO (DOIS RECURSOS).

RELATÓRIO

Trata-se de Solicitação do Congresso Nacional para que este Tribunal realizasse auditoria nos contratos de concessão das rodovias que integravam o Programa de Concessões de Rodovias do Estado do Paraná. O requerimento objetivava que fosse apurada eventual ocorrência de desequilíbrios

econômico-financeiros, a exemplo do ocorrido no TC 026.335/2007-4, no qual fora constatado tal desequilíbrio em virtude de alterações expressivas no cenário econômico desde a época das concessões (peça 1).

2. A matéria foi apreciada pelo Acórdão 346/2012-TCU-Plenário, vazado nos seguintes termos (peças 52 a 54):

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, e com base nos arts. 1º, § 1º; 38, inciso IV; e 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, bem como no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU e art. 14, inciso IV, da Resolução TCU 215/2008, em:

9.1. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, relativamente aos contratos de concessão firmados com as empresas concessionárias de rodovias Rodovias do Norte S/A – Econorte, Rodovias Integradas do Paraná S/A – Viapar, Rodovia das Cataratas S/A – Ecocataratas, Caminhos do Paraná S/A, Concessionária de Rodovias Integradas S/A – Rodonorte e Concessionário Ecovia Caminhos do Mar S/A, que:

9.1.1 promova, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ajustando os investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial e submetendo os resultados à avaliação deste Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio da economicidade;

9.1.2 adote, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, as medidas necessárias para que se faça constar cláusula de revisão periódica da tarifa, a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, preferencialmente por negociações entre as partes, nos contratos de concessão, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei 8.987/1995;

9.1.3 encaminhe a este Tribunal de Contas, ao final dos prazos fixados nos itens 9.1.1 e 9.1.2, os resultados obtidos referentes às medidas adotadas para dar-lhes cumprimento;

9.2. determinar à Sefid-1 que autue processo de monitoramento para verificar o cumprimento da presente deliberação;

9.3. encaminhar cópia deste acórdão, do relatório e do voto que o fundamentou, e ainda da instrução da Sefid-1 (peça 49), aos responsáveis e interessados: Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, Ministério dos Transportes, Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, Procuradoria da República no Estado do Paraná, Tribunal de Contas do Estado do Paraná, empresas concessionárias Rodovias do Norte S/A – Econorte, Rodovias Integradas do Paraná S/A – Viapar, Rodovia das Cataratas S/A – Ecocataratas, Caminhos do Paraná S/A, Concessionária de Rodovias Integradas S/A – Rodonorte, e Concessionário Ecovia Caminhos do Mar S/A;

9.4. declarar integralmente atendida a presente solicitação e arquivar estes autos.

3. Por intermédio do Acórdão 788/2012-Plenário, o Tribunal rejeitou os embargos de declaração opostos pela Concessionária de Rodovias Integradas S.A. àquela decisão (peças 184 a 186). Em face desse novo acórdão, 788/2012-Plenário, a mesma embargante intentou novos declaratórios, igualmente rejeitados, ora pelo Acórdão 858/2013-Plenário (peças 246 a 248).

4. Nesta oportunidade, apreciam-se os pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão 346/2012-TCU-Plenário por Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A. – Econorte (peça 193), Rodovias Integradas do Paraná S.A. – Viapar (peças 110 e 116-142), Caminhos do Paraná S.A. (peças 147-180); e, conjuntamente, por Rodovia das Cataratas S.A. (Ecocataratas) e Concessionária Ecovia Caminhos do Mar S.A. (peça 106).

5. O auditor federal encarregado da instrução processual na Secretaria de Recursos (Serur) se manifestou nos termos a seguir transcritos (peça 332), posição que contou com a anuência do diretor (peça 333):

(...)

2. Os presentes autos cuidam de Solicitação do Congresso Nacional para que esta Corte realizasse auditoria nos contratos de concessão das rodovias que constituem o Programa de Concessão de Rodovias do Estado do Paraná, a fim de apurar a ocorrência de desequilíbrios econômico-financeiros, nos moldes do que restou apurado por esta Corte nos autos do processo TC 026.335/2007-4, no qual foi constatado tal desequilíbrio em virtude de alterações expressivas no cenário econômico desde a época das concessões (peça 1).

2.1. Utilizou-se, para a realização dos trabalhos de auditoria, de informações e documentos requisitados ao Ministério dos Transportes e ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (peças 6-8), além da realização de inspeção na sede do DER/PR.

2.2. Da análise dos dados e informações colhidos durante a auditoria, esta Corte verificou haver fortes indícios de que as diversas alterações contratuais ocorridas no âmbito do Programa de Concessão de Rodovias do Estado do Paraná, algumas sem qualquer critério técnico e praticadas unilateralmente pelo Estado do Paraná ou em transações ocorridas em processos judiciais, somadas às mudanças no cenário econômico entre a data das assinaturas dos contratos e os dias atuais podem ter ocasionado desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, o que motivou, ante a existência de processo administrativo em trâmite no âmbito do DER/PR tratando dessa questão, a determinar a finalização das alterações contratuais que visavam readequar a equação econômico-financeira desses contratos de concessão, além da inclusão de cláusulas nos contratos de concessão que garanta a revisão periódica nas tarifas de pedágio.

2.3. Opostos dois embargos de declaração contra o Acórdão 346/2012-TCU-Plenário, esta Corte, reunida em sessão plenária, decidiu não conhecê-los ante a falta de interesse recursal (peças 184 e 248), tendo as recorrentes ingressado com pedidos de reexame.

2.4. Concluída a etapa de instrução dos pedidos de reexame por esta Unidade Técnica, conforme peça 306, na qual se propôs o não conhecimento dos recursos em virtude da ausência de sucumbência das recorrentes ou, alternativamente, conhecê-los e negar provimento, foi determinado pelo Relator nova análise de mérito dos recursos (peça 310), o que se atende nesta oportunidade.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Embora tenham sido conhecidos pelo Relator, Ministro Aroldo Cedraz, reiteram-se os termos dos exames preliminares de admissibilidade (peças 255-258) que opinaram pelo não conhecimento das peças recursais ante a ausência de interesse recursal, posição seguida pelo Representante do Parquet, Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé (peça 264).

3.1. Isso porque a deliberação recorrida, ao determinar ao DER/PR a conclusão de processos administrativos que já tramitam naquele Departamento, sem qualquer manifestação conclusiva desta Corte acerca da existência de desequilíbrios econômico-financeiros que porventura estejam beneficiando as concessionárias, não afetou supostos direitos das concessionárias.

3.2. Ademais, importa destacar que os itens ora impugnados pelas recorrentes foram objeto de questionamentos anteriores via embargos de declaração que, apreciados em duas ocasiões pelo colegiado pleno deste Tribunal, por meio do Acórdão 788/2012-TCU-Plenário (peça 184) e Acórdão 858/2013-TCU-Plenário (peça 248), por unanimidade, foi declarada a ausência de interesse recursal da empresa embargante, que foi listada, juntamente com outras concessionárias, no item 9.1 do acórdão recorrido, para questionar as determinações nele contidas.

3.3. Assim, não há que se falar em conhecer dos recursos ora em análise, devendo eventual reconhecimento de interesse em intervir nos autos ser realizado no processo de monitoramento a ser instaurada em cumprimento à determinação contida no item 9.2 do acórdão recorrido.

3.4. Em tal processo de monitoramento, esta Corte poderá posicionar-se conclusivamente, a depender das informações prestadas pelo DER/PR, pela existência de desequilíbrios econômico-financeiros nos contratos de concessão, o que, repita-se, não ocorreu nos presentes autos conforme se extrai da ementa do decisum impugnado, na qual se verifica que esta Corte apenas indicou haver indícios de que a equação econômico-financeira estaria em desacordo com os termos contratuais originalmente pactuados, o que não causa qualquer gravame às recorrentes.

EXAME TÉCNICO

4. Em cumprimento ao despacho de peça 310 será, a seguir, realizada a análise de mérito das peças recursais.

Delimitação

4.1. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

- a) se as empresas listadas no item 9.1 da deliberação recorrida tem legitimidade para intervir nos presentes autos via interposição de recursos;
- b) se houve violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;
- c) se há desequilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão em desfavor dos usuários e do poder concedente;
- d) se operou a decadência da Administração Pública em rever os atos praticados em 2000 e 2002 ao aprovarem aditivos contratuais que supostamente desequilibraram econômica e financeiramente os contratos de concessão.

5. se as empresas listadas no item 9.1 da deliberação recorrida tem legitimidade para intervir nos presentes autos.

5.1. As recorrentes sustentam que tiveram, ou pelo menos terão, direitos afetados pela deliberação recorrida na medida em que as determinações expedidas, quando implementadas pelo DER/PR, terão o condão de alterar os contratos de concessão por ela firmados com aquela autarquia estadual.

5.2. Não obstante as argumentações trazidas pelo Relator a quo de que esta Corte não formou juízo acerca da efetiva existência de desequilíbrios econômico-financeiros, seria forçoso se reconhecer que os indícios apurados nos presentes autos de que os contratos não estariam equilibrados demonstram a linha a ser seguida pelo DER/PR para promover alterações contratuais sem que a matéria tenha sido posta a discussão entre as concessionárias, nitidamente interessadas na questão.

5.3. Ademais, ao determinar à autarquia estadual a inclusão de cláusulas de revisão periódica das tarifas nos contratos de concessão, esta Corte não vinculou o ente estatal a negociar tais alterações com as concessionárias, constando do item impugnado apenas que isso fosse feito preferencialmente por negociação, o que, também em seus entendimentos, reforça a ocorrência de sucumbência apta a habilitá-las como interessadas nos presentes autos.

Análise

5.4. Não assiste razão às recorrentes. Ocorre que a possibilidade de terem direitos afetados pela deliberação recorrida não legitima a requerida intervenção nos autos na medida em que esta Corte, em momento algum, determinou ao DER/PR que a readequação da equação econômico-financeira a ser promovida seja feita em prejuízo das concessionárias, já que a questão não foi debatida na fase processual anterior.

5.5. Não obstante, mesmo sendo essa uma das possibilidades, até porque há nos autos diversos indícios de que existe desequilíbrio nessa equação e, ainda, que tal desajuste vem beneficiando as concessionárias, caso ocorram, como dito não por determinação desta Corte, a reparação dos supostos direitos afetados devem ser requeridos nas instâncias próprias, não sendo atribuição desta Corte tutelar direitos privados.

5.6. Ademais, foi determinado por meio do item 9.2 do acórdão recorrido a instauração de processo de monitoramento das determinações contidas nesse decisum, sendo que em tal processo poderá

esta Corte se manifestar conclusivamente sobre as adequações promovidas pelo DER/PR na equação econômico-financeira dos processos de concessão firmados com as recorrentes, podendo ser reconhecido, a depender das conclusões do Tribunal, o interesse das concessionárias em atuar nos autos.

5.7. Quanto à inclusão de cláusulas contratuais para a revisão periódica nas tarifas, melhor sorte não socorre as recorrentes, pois também nesse item esta Corte não determinou a promoção de quaisquer atos que violem direitos das recorrentes, mas ao contrário, já que a revisão das tarifas visa a manutenção da equação econômico-financeira ao longo da vigência contratual, o que representa, além de um direito das concessionárias, uma obrigação da Administração Pública mantê-la inalterada durante a execução contratual nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

6. se houve violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

6.1. Sustentam as recorrentes que, reconhecida a legitimidade das mesmas para intervir no feito, não só pelos motivos trazidos nas peças recursais, como já expressamente reconhecido pelo Relator ao conhecer dos pedidos de reexame, haja vista que, por via reflexa, houve sucumbência às concessionárias recorrentes, resta caracterizada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa a ensejar a declaração de nulidade do acórdão vergastado.

Análise

6.2. Novamente não assiste razão às recorrentes, tendo em vista que, inicialmente, as razões recursais não são aptas a demonstrar a existência de interesse recursal nos termos já tratados no item 5 da presente instrução.

6.3. Também não lhes socorre a decisão do Ministro-Relator em conhecer dos recursos, pois a matéria deverá ser posta a deliberação e julgamento por parte do colegiado pleno desta Corte, órgão competente para a apreciação da matéria, sendo o posicionamento adotado na presente instrução de que as recorrentes não possuem interesse recursal.

6.4. Isso porque, além do que já restou consignado por esta Unidade Técnica ao proceder os exames preliminares de admissibilidade, do parecer do Representante do MP/TCU ao corroborá-los e dos Acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração que declararam a falta de interesse recursal de uma das concessionárias cuja situação nos autos não difere da situação das demais recorrentes, fundamentos suficientes para corroborar a tese da falta de interesse recursal, os argumentos trazidos nessa oportunidade pelas concessionárias não são capazes de demonstrar o oposto.

7. se há desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão em desfavor dos usuários e do poder concedente.

7.1. Aduzem as recorrentes que não há que se falar em desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão por elas subscritos, pois as alterações promovidas ao longo da vigência contratual foram promovidas pelo poder concedente, após a realização de estudos técnicos, e contou com a anuência da União, representada pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, trazendo longo arrazoado e documentos que julgam aptos a comprovar suas alegações, questionando cada um dos indícios levantados pela Unidade Técnica responsável pela instrução inicial do feito de que haveria o citado desequilíbrio.

Análise

7.2. Não há razões para as recorrentes se insurgirem. Ocorre que, conforme exaustivamente debatido por ocasião do julgamento dos dois embargos de declaração opostos contra o julgado que ora se questiona, esta Corte, ao proferir o acórdão guerreado, em momento algum firmou juízo acerca da existência de desequilíbrios econômico-financeiros em favor de quem quer que seja, tendo apenas verificado existirem indícios de que isso vem ocorrendo e determinando ao DER/PR que promova as medidas cabíveis, o que se dará, obviamente, após os estudos que fundamentem a medida.

7.3. No voto condutor do Acórdão 788/2012-TCU-Plenário, o Relator *a quo*, seguido pelos demais ministros, assim fundamentou o *decisum*:

6. Ao determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná que promova, junto às concessionárias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o Tribunal nada mais fez que cobrar do Poder Concedente que exerça o seu direito de contratante de buscar a manutenção das condições inicialmente pactuadas.

7. Ainda que o relatório e o voto mencionem a existência de indícios de que as diversas alterações promovidas nos contratos de concessão ocasionaram desequilíbrio econômico-financeiro em favor das concessionárias, somente depois de realizados os trabalhos e estudos técnicos indispensáveis à confrontação das condições vigentes com as originalmente acordadas, mediante a utilização de parâmetros técnicos de engenharia na definição dos remanejamentos de obras, das tarifas cobradas e dos números que compõem o fluxo de caixa, será possível afirmar com segurança quem efetivamente se beneficiou das mudanças contratuais.

8. Por isso mesmo, não procede a alegação de que a decisão influencia e altera diretamente a relação econômico-financeira estabelecida entre os contratantes ou tenha imposto ônus às concessionárias.

9. Na deliberação contestada o Tribunal não firmou juízo de fato e de direito quanto ao suposto desequilíbrio contratual. Além disso, o fato de ali estar transparente que os indícios de que isso tenha ocorrido foram apurados com base em informações prestadas pelo DER/PR não é um defeito seu. Guarda consonância com a finalidade da decisão, que requereu da unidade jurisdicionada o exercício de atribuições que lhe são próprias.

7.4. Dessa forma, não tendo a questão sido debatida e deliberada na fase processual anterior, não há razões para as recorrentes se insurgirem.

8. se operou a decadência da Administração Pública em rever os atos praticados em 2000 e 2002 ao aprovarem aditivos contratuais que supostamente desequilibraram econômica e financeiramente os contratos de concessão.

8.1. Afirmam as recorrentes que, ao contrário do que vem decidindo esta Corte de Contas, opera-se a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999 nos termos do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do MS 23.550/DF.

Análise

8.2. Não assiste razão às recorrentes, pois, além de a ordem deferida pelo Supremo Tribunal Federal no citado Mandado de Segurança ater-se às partes daquele processo, não restou decidido naquela oportunidade que o art. 54 da Lei 9.784/1999 deve ser observado por este Tribunal de Contas da União, referindo-se a Suprema Corte, em verdade, à necessidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos de competência deste Tribunal.

8.3. Por esta razão é que, servindo tal julgado como fundamento para a edição da Súmula Vinculante 3 do STF, como afirma uma das recorrentes, tal enunciado se refere à garantia dada as pessoas sujeitas à jurisdição desta Corte à fiel observância dos citados princípios, contraditório e ampla defesa, e nada menciona em relação à decadência, questão suscitada por integrante daquela Corte nos autos do MS 23.550/DF e rejeitada pelo Colegiado.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES

9. Mesmo não existindo razões para as recorrentes se insurgirem contra o Acórdão 346/2012-TCU-Plenário, uma questão merece a atenção desta Corte.

9.1. Embora não tenha se manifestado conclusivamente sobre a existência de desequilíbrio nos contratos tratados nos presentes autos, conforme bem destacado no voto do Relator *a quo* (peça 52) e na ementa dada ao Acórdão (peça 53), indicando haver tão somente ‘indícios de desequilíbrio econômico-financeiro’, a redação dada ao item 9.1.1 da parte dispositiva do Acórdão não reflete fielmente tal posicionamento.

9.2. Isso porque esta Corte determinou ao DER/PR que promova (...) o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o que pressupõe uma análise conclusiva sobre a alteração da equação econômico-financeira originalmente pactuada, o que, como já enfatizado, não ocorreu na fase processual anterior.

9.3. Ademais, é importante que se registre que as decisões emanadas desta Corte, sobretudo em se tratando de concessões, devem ser suficientemente claras e precisas para que seja assegurado ao mercado o atendimento ao princípio da segurança jurídica, de observância essencial pela Administração Pública para contratos que, na espécie, perduram por mais de uma década, conforme bem destacado pelo Relator em despacho acostado à peça 310, no qual se colhe o seguinte trecho:

no âmbito do Direito Administrativo Econômico, as decisões deste Tribunal devem ser precisas, não gerar quaisquer dúvidas, pois estamos lidando com comportamentos de mercado. E a quantidade de vezes que as concessionárias ingressaram nestes autos a fim de nele falarem demonstra essa inquietação. A esse respeito a relação entre Direito e Economia, a economia comportamental e as teorias da *public choice*.

9.4. Dessa forma, embora não mereçam serem conhecidos os recursos, deve o Tribunal, *ex officio*, em face do efeito devolutivo pleno do pedido de reexame, proferir decisão integrativa no sentido de deixar expresso, na parte dispositiva do acórdão, as conclusões contidas nos seus fundamentos.

9.5. Assim, deve ser alterada a redação dada ao item 9.1.1 do acórdão questionado para que o DER/PR, ao verificar a ocorrência de desequilíbrio, promova a regularização dos contratos de concessão, mantendo os demais itens do acórdão inalterados.

9.6. Outrossim, cabe informar que, em atendimento à citada determinação, a Autarquia Estadual fez juntar aos presentes autos documentação dando conta do cumprimento parcial da decisão do Tribunal ao promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato mantido com a concessionária Econorte (peça 324), material que deverá ser submetido à análise da Unidade Técnica responsável pelo monitoramento previsto no item 9.2 do acórdão vergastado (processo 021.037/2013-2).

CONCLUSÃO

10. Das análises anteriores conclui-se que:

- a) as recorrentes não podem intervir nos presentes autos via pedido de reexame ante a ausência de interesse recursal;
- b) não houve violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa em virtude de não se verificar sucumbência das recorrentes na deliberação adotada;
- c) não é possível afirmar a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro em favor das recorrentes em razão de a questão não ter sido debatida na fase processual anterior;
- d) não se aplica ao processo de competência desta Corte o art. 54 da Lei 9.784/1999; e
- e) deve o Tribunal, de ofício, alterar a redação da parte dispositiva do acórdão recorrido para adequá-la às razões de decidir expostas pelo Relator a quo e aprovadas pelo Plenário desta Corte.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos pedidos de reexame interpostos por Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A., Rodovias Integradas do Paraná, Caminhos do Paraná S.A., Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A e Rodovia das Cataratas S.A. contra o Acórdão 346/2012-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) não conhecer dos pedidos de reexame interpostos;
- b) alternativamente, caso conhecidos, negar-lhes provimento;
- c) alterar, de ofício, a redação dada ao item 9.1.1 do Acórdão 346/2012-TCU-Plenário, dando-lhe a seguinte redação:

9.1.1. promova, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, caso sejam detectadas alterações na equação econômico-financeira originalmente pactuada, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ajustando os investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial e submetendo os resultados à avaliação deste Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio da economicidade;

d) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida às recorrentes, ao solicitante da auditoria realizada nos presentes autos e aos demais interessados listados no item 9.3 do Acórdão 346/2012-TCU-Plenário.

6. Em sentido parcialmente divergente, o secretário da Serur exarou parecer lavrado nestes termos (peça 334):

Concordamos, em parte, com a instrução desta Secretaria, ainda que tenha evoluído de maneira significativa em atenção aos direitos fundamentais aplicáveis à espécie (devido processo legal, contraditório e ampla defesa). Em palavras outras, nosso modo de ver a aplicação de tais princípios aproxima-se mais da teoria de **Ferrajoli** (vide síntese de sua posição em **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**), em não admitir mecanismos de contorno de sua plenitude, ainda mais na área econômica, onde um direito plenamente claro e o respeito a contratos são a essência do sucesso do modelo de participação da iniciativa privada no **locus** em que o público falhou historicamente.

2. Podemos ir mais longe, ao dizer que as decisões deste Tribunal em casos concretos afetam o sistema das concessões como um todo, pelo que, os benefícios supostamente auferidos em uma situação peculiar, podem fazer desmoronar o sistema através de mecanismos de defesa em futuros certames licitatórios, quer pela ausência de interessados, quer pela redução de vantagens oferecidas no presente para dar conta de surpresas futuras. Essa é a exata lógica da **economia comportamental**, cujo marco teórico dispensamos de transcrições (consulte-se, por exemplo, **Richard Posner. A Rational choice, behavioral economics, and the law**).

3. Como muito bem anotado no despacho do Relator, o pedido dos recorrentes é preciso em busca de certeza jurídica no sentido da nulidade ou de declaração explícita da inexistência de juízo de valor acerca da equação econômico-financeira do contrato. E diante de uma novel peça (309), nada mais fez que determinar seu exame por parte desta Secretaria, cumprindo mandamento regimental e o princípio da ampla defesa, grafado no CPC e na lei de processo administrativo como direito de petição a qualquer tempo.

4. A instrução do Auditor da Serur optou pela segunda hipótese, integrando o Acórdão com expressões que delimitam melhor a ausência de juízo de valor prévio. **Entretanto, tais emendas não cicatrizam a ofensa aos princípios constitucionais supra referenciados. Isso porque, independentemente das virtudes da motivação, foram elas construídas sem o devido contraditório, sendo difícil retirá-las do cenário jurídico, salvo pela declaração de nulidade.** Como exemplo do valor das razões de decidir, mencionamos recente decisão desta Casa, quando, no processo de contas da Presidente da República, resolveu abrir prazo de oitiva fundada na Suspensão de Segurança 1197. E o fez amparada em **obiter dictum** do **Ministro Celso de Mello**, embora os autos tenham sido arquivados por ausência dos requisitos formais para o prosseguimento da ação.

5. Para fundamentar nosso argumento, vamos às partes integrantes do Acórdão e as razões de decidir que o integram, lembrando que, no TCU, pela desvalorização da importância das Ementas, o sentido do acórdão é extraído do Voto condutor e das Declarações de Voto, bem assim do Relatório, a depender da forma como o Voto a ele faz referência (ao contrário do STF, onde seu Regimento Interno deixa claro que o sentido do acórdão é dado pela ementa a ele referida e, sobre ela, abre-se a oportunidade dos declaratórios, da correção de inexatidões de ofício, entre outros).

6. Dito isso, começamos pela seguinte passagem do Voto da deliberação recorrida:

‘Assim, estando de pleno acordo com os pareceres dos autos e considerando atendida a presente solicitação, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.’

7. Em sendo assim, o Relatório é parte integrante essencial para a interpretação do quanto decidido por este nosso Tribunal.

8. E o Relatório demonstra a firme posição do DER-PR, no sentido de defender, por todos os meios argumentativos, o desequilíbrio econômico a favor das concessionárias dos contratos de concessão ora tratados.

9. Isso, por si só, já demonstraria a necessidade de integrar aos autos as concessionárias, no sentido de defender suas posições jurídicas e ter a oportunidade de desconstruir o cenário de distorções traçado pelo órgão estadual. Essa é a lógica da ampla defesa e do contraditório, pois tão somente a partir da dialética é que se permitem conclusões imparciais. O Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), nas celebradas sentenças *BVerfGE* 7, 53 e 7, 275, declarou: ‘O princípio do direito de contraditório, elevado a direito fundamental no Art. 103 GG, é uma consequência do pensamento de Estado de direito para o âmbito do processo judicial. A função dos tribunais, de prolatar uma decisão terminativa [que conclua uma fase processual, podendo se tornar definitiva em não havendo ou não sendo interposto o recurso adequado ou proposta a Reclamação Constitucional] sobre uma situação concreta da vida, não pode, em regra, ser cumprida sem oitiva das partes. Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado’.

10. Vamos aos excertos principais, que demonstram o juízo de valor realizado por este Tribunal de Contas, seguidas de alguns comentários negritados nossos:

‘Relatório

[...]

20. Essa decisão [Acórdão 2.154/2007 – Plenário] abriu espaço para um relevante e prolongado debate acerca da possibilidade de se promover a revisão contratual em benefício dos usuários, decorrente das mudanças do cenário econômico, sobretudo da redução do custo de oportunidade praticado no mercado.

[do debate ali travado, não significa que novas decisões prescindam do contraditório acerca da matéria. Não se trata ali de jurisdição objetiva do tipo controle concentrado exercido pelo STF. Ao contrário, a interpretação foi obtida a partir da análise de casos concretos. Processo subjetivo, portanto, cujos limites não autorizam aplicar a mesma solução a outros casos, dispensado o contraditório e a ampla defesa sobre a mesma. O mesmo comentário vale para o item 28 do Relatório]

IV.1 Influência das variações da economia no equilíbrio econômico-financeiro

46. Uma análise de investimentos torna evidente que a relação de equilíbrio contratual será interrompida se tratada de forma isolada de um contexto econômico mutável.

47. Considerando, para exemplificar tal fenômeno, a taxa Selic, fornecida pelo Banco Central (Bacen), é possível verificar a expressiva redução do custo do capital no Brasil, sobretudo a partir de 1995.

[sob as premissas otimistas vamos comentar a seguir, cabendo dizer, desde já, que a economia deteriorada atual revelaria, sob a mesma lógica, um direito imediato de reequilíbrio a favor das concessionárias]

[...]

80. A seguir, apresenta-se o resumo dos **aspectos relatados pelos integrantes do DER/PR**, durante a inspeção:

a) As licitações dos seis lotes de concessões rodoviárias estaduais, apesar de licitadas em mesmo período, 1997, apresentam distinções entre si quanto a direitos e obrigações, e renegociações de tarifas e de investimentos;

[NENHUMA ESPECIFICIDADE CONTRATUAL, SOB A LÓGICA DO PACTA SUNT SERVANDA, FOI OBJETO DE CONSIDERAÇÃO]

b) Foram alterados unilateralmente todos os contratos de concessão pelo governo estadual, com redução em torno de 50% das tarifas básicas, em 1998, um mês após o início da cobrança dos pedágios;

c) As concessionárias, alegando terem sido demasiadamente prejudicadas pela restrição das receitas, conseguiram medida judicial liminar desobrigando-as de investir em serviços de recuperação e em obras de melhoria de ampliação de capacidade (OMAC) (duplicações e terceiras faixas) das rodovias, enquanto perdurasse o rebate. Tais empresas deveriam manter somente a conservação e a manutenção das vias;

d) Dois termos aditivos amigáveis foram celebrados, em 2000 e 2002, retornando os patamares originais das tarifas e estabelecendo novos cronogramas de investimentos;

[...]

p) Os técnicos daquele departamento informaram que estão discutindo as taxas internas de retorno (TIR) dos contratos por duas razões: primeira, os aditivos terem elevado a TIR de Projeto alegando que a TIR de Acionista deveria ser reequilibrada pela redução unilateral das tarifas de 1998, visto as concessionárias serem prejudicadas em seus financiamentos. **Esta medida transferiu para os usuários o risco de financiamento das concessões. Segunda, o ambiente macroeconômico se alterou drasticamente desde as assinaturas dos contratos. Inflação, taxas de juros e de risco decaíram, a economia tornou-se menos imprevisível, a oferta de crédito expandiu e investimentos no país e no setor de concessões rodoviárias se tornaram mais atrativos.** Portanto, a taxa mínima de retorno desses empreendimentos foi reduzida drasticamente. A TIR mantida nos mesmos patamares da época das contratações, associada a investimentos desconformes com os interesses e necessidades dos usuários, remunera soberbamente a concessionária e elimina financeiramente os benefícios do uso das rodovias;

[duas premissas paradoxais e contraditórias entre si, pois, no primeiro momento, atraem a teoria do risco para afastar a teoria da imprevisão como direito dos concessionários. Depois, atraem a teoria da imprevisão apenas a favor de um presumido, mas incomprovado, interesse público. ADEMAIS, REVELA A NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO, POIS O DER-PR TEM UMA POSTURA CLARA, ENCAMPADA POR ESTE TRIBUNAL, CONFORME VEREMOS NA PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO]

q) Outra alegação do DER/PR para rever de forma ampla os contratos é que as concessionárias ganharam em experiência e eficiência operacional, desde os primórdios das concessões, reduzindo seus custos, sem a respectiva transferência de parte desses ganhos aos usuários, conforme princípio da modicidade tarifária;

[não havendo previsão contratual, é possível compreender a necessidade de repasse da eficiência com base em uma decisão do TCU de 2008 – Acórdão 2.104 – Plenário – portanto 10 anos após as concessões?! Sobre isso voltaremos em item específico]

81. Para a melhor compreensão dos fatos relatados pelos gestores do DER/PR durante a inspeção, descreve-se, adiante, a sequência cronológica dos principais acontecimentos, a qual consta também nos autos do processo judicial 2005.70.00.007929-7:

- a) O Governo do Estado do Paraná, logo após a assinatura dos contratos de concessão, considerou extremamente elevado os valores das tarifas e, em 15/7/1998, por ato unilateral, reduziu-as para cerca de 50% de seu valor contratual, diminuindo também os encargos assumidos pelas concessionárias;
- b) As concessionárias ingressaram com a ação judicial (processo 98.00.17501-6, da 1ª Vara Federal de Curitiba/PR), na qual peticionaram a declaração de nulidade do ato administrativo de modificação dos contratos e o restabelecimento da situação anterior;
- c) As concessionárias obtiveram liminar (decisão judicial de 21/8/1998), com a qual ficaram desobrigadas de realizar obras e investimentos nas suas áreas de concessão, até a decisão final do processo e enquanto perdurasse a redução das tarifas, subsistindo somente a obrigação das autoras de manter o estado que as rodovias já apresentavam, considerado pelo juízo da causa como sendo de perfeita condição de trafegabilidade e de segurança, portanto, executando as obras e os serviços indispensáveis de manutenção e de conservação das rodovias;
- d) As verbas para o custeio da fiscalização e para o aparelhamento da Polícia Rodoviária ficaram reduzidas proporcionalmente aos decréscimos cominados às tarifas;
- e) Ficaram mantidos os serviços de atendimento pré-hospitalar. Todos os demais serviços e obras somente seriam executados caso o fluxo de caixa do empreendimento assim o permitisse, segundo prioridades definidas de comum acordo entre concessionárias, no âmbito dos seus contratos, e o DER, com a anuência da União;
- f) Posteriormente, a decisão liminar foi ampliada para restabelecer os valores das tarifas de pedágio inicialmente fixados nos contratos de concessão, acrescidos dos reajustes neles previstos (decisão de 17/12/1999);
- g) O Estado do Paraná, buscando o fim da suspensão dos investimentos, realizou transação extrajudicial com as concessionárias que, por meio de termos aditivos, alteraram profundamente os contratos de concessão;
- h) As partes novamente recorreram ao judiciário, dessa vez para homologar a transação e os aditivos contratuais, o que foi deferido nos mesmos autos do processo judicial 98.00.17501-6, movido na 1ª Vara Federal de Curitiba/PR. Deferido o pedido, o Juiz extinguiu o processo, com julgamento de mérito, com fulcro no art. 269, inciso III do Código de Processo Civil (CPC);
- i) O Ministério Público Federal apelou dessa decisão homologatória da transação judicial e dos termos aditivos (Apelação Cível 2000.04.01.097971-2/PR). Em síntese, os principais argumentos apresentados pelo Parquet : (a) que é nulo o processo devido à ausência de intervenção do Ministério Público Federal (cuja presença fora requerida pelas próprias concessionárias), sendo identificável o interesse público envolvido e o alcance de direitos individuais homogêneos; (b) que a transação extrapolou os limites do objeto da lide (fato verificável pelo cotejo entre os objetos da lide e da transação); (c) que os acordos não poderiam ter sido homologados porque importaram em ofensa a direitos indisponíveis e em substancial redução das obras, prejudicaram eventual interesse de terceiros licitantes e desequilibraram a equação econômico-financeira do contrato, em prejuízo da coletividade de usuários;
- j) O apelo da Procuradoria da República encontrou provimento no Tribunal Federal, posicionamento reforçado nos Embargos de Declaração interpostos contra o acórdão;
- k) A decisão do Tribunal Regional Federal foi objeto de Recurso Especial (RESP 52977-1 do STJ). No julgamento da Primeira Turma, por unanimidade, houve provimento para anular o julgamento e determinar que outro fosse realizado sem a participação de um magistrado impedido. Tal anulação do julgamento precedente não analisou o mérito da Apelação do Ministério Público Federal, o que equivale a dizer que a sentença homologatória ainda não transitou em julgado, conforme destaca a Procuradoria do Estado do Paraná;
- l) No ano 2002, novos Termos Aditivos foram realizados, no âmbito da execução contratual, com todas as concessionárias, buscando um novo reequilíbrio diante de fatos supervenientes, incidindo um segundo ajuste nos contratos;

m) Em 8/4/2005, no âmbito do processo judicial 2005.70.00.007929-7, o Estado do Paraná pleiteia a anulação dos dois termos aditivos e o restabelecimento dos contratos e das propostas originais.

[a transcrição serve apenas para demonstrar o caráter litigioso, ab initio, da relação entre DER-PR e concessionárias. Com medidas consideradas arbitrárias pelo Poder Judiciário, a demonstrar a inversão dos princípios das concessões, quais sejam, marco regulatório claro, soluções negociadas, limites firmes aos controles de preços tarifários artificiais pelo Estado, os quais desembocam, sem exceção, em caos tarifário futuro – vide tarifas de energia elétrica, que subiram muito mais que a suposta economia temporária adotada por ato estatal]

VII. CONCLUSÃO

92. Com a análise dos documentos encaminhados pelo Ministério dos Transportes e pelo DER/PR, e com as informações colhidas durante a inspeção, é possível concluir que há grandes indícios de que as diversas alterações promovidas nos contratos de concessão das rodovias do Programa de Concessões do Paraná, algumas delas sem critérios técnicos, ocasionaram desequilíbrio econômico-financeiro.

[EIS O EFEITO DA AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. OUVINDO APENAS UMA PARTE, ESTE TRIBUNAL CONCLUIU HAVER ‘GRANDES’ INDÍCIOS DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. AFIRMAMOS SER UMA CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO, PORQUANTO O RELATOR AFIRMOU ESTAR ‘DE PLENO ACORDO COM OS PARECERES DOS AUTOS’]

93. Existem também indícios de que as significativas alterações nos investimentos e nos cronogramas de sua execução não tenham ocorrido, simplesmente, no sentido de anular as perdas de receitas experimentadas pelas concessionárias nos primeiros anos dos contratos. Faltaram critérios técnicos de engenharia na definição dos remanejamentos de obras e, ao que parece, foram promovidas meras alterações nos números que compõem o fluxo de caixa, a fim de transparecer um equilíbrio financeiro fictício e desconectado das necessidades dos trechos rodoviários concedidos.

96. Em desfavor do equilíbrio, houve significativas mudanças nos cenários econômicos, desde a época em que foram assinados os contratos, as quais não foram consideradas nos ajustes promovidos, sendo certo que o ‘custo de capital’ marcadamente sofreu redução.

[O QUE AUTORIZA ESSA CONCLUSÃO A NÃO SER UMA PRESUNÇÃO? NADA FOI ANALISADO. ATÉ PORQUE NENHUMA CONCESSIONÁRIA FOI CHAMADA A DAR EXPLICAÇÕES]

103. A interrupção da relação de equilíbrio, quer por diversas intervenções nos contratos iniciais, quer por não ter sido considerado o cenário econômico mutável, denota a prática de tarifas desproporcionais aos encargos estabelecidos via aditivos, que fere o princípio da razoabilidade, da modicidade e da economicidade, os quais regem os contratos administrativos.

[ESSE É UM JUÍZO DE VALOR EM RELAÇÃO AO DESEQUILÍBRIO CONTRA OS USUÁRIOS]

105. O DER/PR deve escolher o método a ser aplicado para efetivar o reequilíbrio dos contratos estaduais. Para tanto, pode o Departamento se espelhar em metodologias existentes, como a materializada na Resolução ANTT 3.651, de 7/4/2011, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, em decorrência do Acórdão 2.154/2007-Plenário, que estabelece nova metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão federais em decorrência de novos investimentos e serviços, conforme preconizado acima.

110. **Levando em consideração que o DER/PR iniciou um processo de negociação com as concessionárias, cabe ao TCU determinar prazo para que elas ocorram e monitorar, com**

fulcro nos arts. 6º, 8º, 9º e 10 da IN/TCU 46/2004, as decisões que serão tomadas entre as partes contratantes e verificar o efetivo alcance do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

[O PROBLEMA JURÍDICO NÃO ESTÁ EM FIXAR PRAZO, MAS EM FORMULAR JUÍZO DE VALOR ANTECIPADO SOBRE UMA DETERMINADA SOLUÇÃO, DANDO AO PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO CARÁTER MERAMENTE FORMAL E VINCULADO A PREMISSAS DETERMINADAS]

111. Diante das informações acima apresentadas, considera-se que foi atendida a Solicitação do Congresso Nacional que fundamentou esse processo, pela realização de procedimentos de fiscalização no Programa de Concessão de Rodovias do Estado do Paraná e no DER/PR e **identificação da existência de desequilíbrio econômico-financeiro nos respectivos contratos de concessão.**

IX. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

[POR TER SIDO ADOTADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO, DEMONSTRA QUE TODAS AS PREMISSAS DO RELATÓRIO E VOTO FORAM CARREADAS À PARTE DISPOSITIVA]

VOTO

[...]

10. O critério de julgamento das propostas vencedoras nas licitações das concessões foi o da oferta de uma maior extensão de rodovias marginais a serem mantidas pelo concessionário, destoante dos critérios de licitação por trecho de rodovias isoladas e de menor tarifa de pedágio utilizados no programa federal de concessões rodoviárias.

[O CRITÉRIO DE JULGAMENTO INFLUENCIA, EFETIVAMENTE, NA FORMAÇÃO DOS PREÇOS, MAS A PRESUNÇÃO DE DESEQUILÍBRIO A FAVOR DAS CONTRATADAS NÃO OS LEVOU EM CONTA]

6. O DER/PR, por sua vez, também entende que os referidos aditivos contratuais foram bastante desfavoráveis à Administração e vão de encontro ao interesse público e dos usuários. Segundo o órgão, as diversas modificações de prazos e de inclusão/exclusão de obras não foram razoáveis e visaram a um teórico equilíbrio econômico-financeiro desprovido de suporte técnico.

17. Por isso mesmo, desde 8/4/2005, o Estado do Paraná pleiteia a anulação dos dois termos aditivos e o restabelecimento dos contratos e das propostas originais, em uma nova ação judicial, cuja tramitação encontra-se suspensa diante da tentativa das partes de encontrar uma saída consensual para a questão.

18. A Sefid-1, ao examinar de forma abrangente as informações levantadas, entende que são fortes os indícios de que as diversas alterações promovidas nos contratos de concessão, algumas delas sem critérios técnicos, ocasionaram de sequilíbrio econômico-financeiro em favor das concessionárias, havendo evidências de que as significativas modificações nos investimentos e nos cronogramas de execução resultaram em benefícios que suplantaram as perdas de receitas experimentadas pelas concessionárias nos primeiros anos dos contratos. Para a Unidade Técnica, faltaram parâmetros técnicos de engenharia na definição dos remanejamentos de obras e, ao que parece, foram promovidas meras alterações nos números que compõem o fluxo de caixa, a fim de transparecer um equilíbrio financeiro fictício e desconectado das necessidades dos trechos rodoviários concedidos.

[A CRENÇA DO DER-PR FOI ADOTADA PELA UNIDADE TÉCNICA E ENCAMPADA PELO VOTO, SEM QUALQUER DIREITO DE CONSTESTAÇÃO POR PARTE DOS CONCESSIONÁRIOS]

[...]

96. Em desfavor do equilíbrio, houve significativas mudanças nos cenários econômicos, desde a época em que foram assinados os contratos, as quais não foram consideradas nos ajustes promovidos, sendo certo que o ‘custo de capital’ marcadamente sofreu redução.

[CONCLUIU-SE, SEM CONTRADITÓRIO, QUE O CENÁRIO ECONÔMICO BENEFICIOU AS CONCESSIONÁRIAS]

101. Por esse motivo, de fato, há indícios de que os aditivos firmados em 2000 e em 2002, e outros eventos diversos, **transigiram ou renunciaram direitos dos usuários**, ao modificar a relação entre encargos e remuneração, estabelecida no início do contrato, o que corresponde ao desequilíbrio econômico-financeiro.’

20. **Diante disso**, a Sefid-1 propõe determinar ao DER/PR que promova o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e adote as medidas necessárias para fazer constar na avença cláusula de revisão periódica da tarifa.

[EIS O LINK LÓGICO DA DETERMINAÇÃO POSTA NO ACÓRDÃO. NÃO SE TRATA, PORTANTO, UMA DETERMINAÇÃO VALORATIVAMENTE NEUTRA]

21. Esse encaminhamento está em linha com o Acórdão 2927/2011-TCU-Plenário (TC 026.335/2007-4), proferido na apreciação dos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, tomado pela parlamentar autora do requerimento de fiscalização como referência para a presente avaliação.

[ESTAR EM LINHA NÃO RETIRA A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM RELAÇÃO A ALGUÉM ESTRANHO À RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL MENCIONADA]

22. Ressalte-se, no entanto, que **a situação de desequilíbrio nas concessões feitas pelo Estado do Paraná parece mais crítica que a observada naqueles contratos**.

25. Nas concessões em questão, **há o agravante de os contratos praticamente não terem vigido nas condições inicialmente pactuadas**, acompanhando o fluxo de caixa original, que foi alterado logo no início da execução contratual por força dos atos unilaterais adotados pelo Governo Estadual e das medidas judiciais que se seguiram, as quais levaram a aditivos incapazes de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro nos termos primitivamente estipulados. Note-se que não se trata de um desequilíbrio decorrente apenas da desconsideração, nos ajustes promovidos, dos efeitos das mudanças nos cenários econômicos ocorridas desde a formalização das concessões. **Há indícios de que o fluxo de caixa alterou-se em prol das concessionárias** mesmo levando-se em conta, na avaliação dos investimentos, o custo de oportunidade da época em que os contratos foram assinados.

27. Já foi mencionado que o DER/PR, órgão diretamente encarregado da gestão dos contratos de concessão do programa, reconhece a desproporcionalidade, em favor das concessionárias, entre encargos e receitas auferidas nos contratos, tanto assim que vem tomando providências no sentido de promover o reequilíbrio econômico-financeiro das avenças, até pela via judicial, **circunstância que, de todo modo, não invalida as determinações a serem feitas pelo Tribunal nesta apreciação**.

Assim, **estando de pleno acordo com os pareceres dos autos** e considerando atendida a presente solicitação, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.

11. O Acórdão recorrido apenas consubstancia esse juízo de valor em desfavor das concessionárias, sem que lhes fosse dada a oportunidade de manifestação nos autos. Confira-se:

‘9.1. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, relativamente aos contratos de concessão firmados com as empresas concessionárias de rodovias Rodovias do Norte S/A - Econorte, Rodovias Integradas do Paraná S/A - Viapar, Rodovia das Cataratas S/A - Ecocataratas, Caminhos do Paraná S/A, Concessionária de Rodovias Integradas S/A - Rodonorte e Concessionário Ecovia Caminhos do Mar S/A, que:

9.1.1 promova, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, o **restabelecimento** do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ajustando os investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial e submetendo os resultados à avaliação deste Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio da economicidade;

9.1.2 adote, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, as medidas necessárias para que **se faça constar cláusula de revisão periódica da tarifa, a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, preferencialmente por negociações entre as partes, nos contratos de concessão**, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei 8.987/1995;'

12. Segundo o dicionário Houaiss, **restabelecer** é 'repor em seu estado primeiro, ou em melhor estado < r. a lucratividade >'. E como a equipe técnica encampou as considerações **não contraditadas** do DER-PR e o Relator com a unidade concordou, restabelecer o reequilíbrio não tem outra interpretação a não ser reduzir o valor do pedágio. Ademais, **determinou a modificação do contrato, para inserir cláusula inovadora nos direitos da contratada, 'preferencialmente' por negociações, ou seja, dando a entender que se admite a unilateralidade ou medidas outras em caso de negativa.**

13. De outra, a decisão não é neutra, pois pressupõe, sem chance de prova em contrário, alguns elementos como autorizadores da repactuação em desfavor das concessionárias:

- a) o contexto econômico vigente influencia nas taxas de rentabilidade praticadas no momento da licitação e no custo de oportunidade atual do negócio;
- b) o dever de repassar os ganhos de produtividade e eficiência ao valor dos pedágios.

14. Com todas as vênias, essas mesmas premissas são discutíveis. A decisão, após uma aferição otimista de uma economia estabilizada, em crescimento, entendeu que o contexto de incerteza, no qual foram formuladas as propostas, deveria ser revisto em função de uma realidade positiva, que se acreditava estabilizada. **Hoje, vivemos um regime de aumento da taxa Selic, com viés de alta, crédito contido por política monetária restritiva, inflação na casa de dois dígitos, superávit primário com possibilidade de déficit, falta de credibilidade nos números públicos, contas públicas deterioradas, aumento da carga tributária e revogação das desonerações, enfim, aqueles que concorressem hoje em contratos de concessões, iriam praticar TIR maior que as pensadas nos últimos anos do século XX** [adotamos aqui o mesmo exercício de presunção posto no instrução originária].

15. Fato que me fez lembrar do TC 016.466/2009-9, cujo recurso recentemente passou por esta Secretaria, quando a decisão deste Tribunal redundou, segundo a Entidade, em crédito para a empresa contratada de R\$ 38 milhões, enquanto a regra anterior traduziria um valor a devolver ao Estado de R\$ 1,8 milhões. Daí a necessidade de esclarecimento do Acórdão, por conduto de uma interpretação autêntica.

16. A **Internal Rate of Returns** só pode ser pensada a partir da Taxa Mínima de Atratividade - TMA, a qual é formada pelo custo de oportunidade, **risco do negócio** e liquidez. Em sendo assim, em contratos de concessão, projeta-se para cenários econômico de médio e longo prazos e, por isso mesmo, deve ser capaz de captar variáveis econômicas e crises cíclicas da economia. Dependerá, portanto, da capacidade de previsão dos concessionários e da própria teoria econômica que utilizarem em seus estudos (tal qual as crises cíclicas do capitalismo). Entretanto, a presunção da unidade técnica foi feita a partir de um então presente promissor e um passado de incertezas, este próximo ao início do Plano Real. Fizéssemos hoje o mesmo exercício (Selic, câmbio, contas públicas, liquidez da economia) poderíamos concluir que a TIR aplicada estaria abaixo da linha atual ou, no longo prazo, é capaz de compensar ciclos de aumento de ganhos e ciclos de escassez

de usuários. Anote-se, não estamos a concluir nada, pela absoluta ausência da dialética processual, não garantida aqui com ofensa ao contraditório.

17. A própria aplicação da Teoria da Imprevisão tem gerado debates neste Tribunal, cuja complexidade fica mais evidente por tratar-se de uma teoria cuja aplicação depende de detida análise do caso concreto, **em sendo assim, não há como dizer que um contexto econômico seja capaz de gerar ganhos tarifários presentes, pois, como dito, a lógica da proposta pode ter sido de compensações. Tudo a depender do exercício do contraditório e da ampla defesa.** A exemplo do que afirmamos, podemos cita a Decisão TCU 1.654/2002 – Plenário, do qual extraímos a seguinte passagem do Voto condutor:

‘58. Desta forma, não há porque supor que nessa alteração todos os direitos e garantias do contratado, quanto à ausência do risco de tráfego, devam estar preservados. A própria proposta em si já traz em seu bojo a diminuição do risco de tráfego assumido pela concessionária na praça de pedágio original de Viúva Graça quando da licitação do contrato. Em vista disso, por que se presumir que a concessionária não deva suportar o risco de tráfego nas novas cabines de pedágio? Se a proposta for implementada da forma em que foi apresentada ter-se-á um contrato administrativo às avessas, no qual as prerrogativas e garantias estariam do lado do particular e não do poder público.’

18. E não basta dizer que a mudança de contexto ou cenário econômico autoriza, de *per si*, a própria ignição da renegociação do contrato ou, se não aceita, seu desfazimento unilateral. Ninguém nega que o Plano Real fez um corte radical no cenário econômico nacional, com graves impactos nos contratos. Entretanto, de forma objetiva, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1129738, entendeu não aplicável a teoria da imprevisão em decorrência do referido pacote econômico.

19. Da mesma forma, o repasse dos ganhos de eficiência merecem duas considerações preliminares, as quais só seriam possíveis mediante a dialética do contraditório, quais sejam:

a) este Tribunal firmou entendimento sobre o referido repasse tão somente em 2008, tal como está na Declaração de Voto do Ministro Raimundo Carreiro quando do Acórdão 2.927/2011 – Plenário:

Entretanto, conforme observou o Ministro-Relator do processo, a questão das revisões nos contratos de concessão já foi oportunamente enfrentada neste Tribunal. O Acórdão nº 2.104/2008-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à ANTT a inclusão de ‘cláusula prevendo a revisão periódica da tarifa a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei nº 8.987/1995’

Daí vem a seguinte questão: entendimentos firmados em 2008 têm aplicabilidade sobre contratos firmados em 1998, e sob lógica distinta? A tese defendida pelo **Ministro Roberto Barroso**, acolhida pelo STF, de que a alteração jurisprudencial em favor do Estado necessariamente tem efeitos prospectivos, como forma de proteção dos direitos fundamentais da tributação, teria aplicação ao presente caso? Os ganhos de tecnologia e eficiência exigem investimentos, o repasse às tarifas devem ser deduzidos de tais aportes? Qual a forma de calcular tais dispêndios em prol da eficiência contratual? A Constituição Federal autoriza tal apropriação pelo Estado, num suposto repasse aos usuários das rodovias?

b) a apropriação dos esforços das empresas para ganhos de eficiência decorre de mandamento legal? A revisitação do debate é necessária em função de novel posicionamento deste Tribunal, tal como transcrito abaixo, com elementos do Acórdão 7.285/2013 – 1ª Câmara, Relator o Ministro Walton Alencar:

Sumário:

REPRESENTAÇÃO. CONTRATO PARA DELEGAR A GESTÃO E A EXECUÇÃO DOS INVESTIMENTOS RELATIVOS AO SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO DO AEROPORTO DO GALEÃO. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA.

DETERMINAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA A CONTRATADA MANIFESTAR-SE A RESPEITO DOS COMPONENTES DA TAXA DE REMUNERAÇÃO INDICADA PELA UNIDADE TÉCNICA. **ERROR IN PROCEDENDO**. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. CONCESSÃO DE OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO POR INICIATIVA DA UNIDADE TÉCNICA. REEXAME DA MATÉRIA, CONSIDERANDO TODOS OS ARGUMENTOS JÁ ADUZIDOS NOS AUTOS. PROCEDÊNCIA DE PARTE DAS ALEGAÇÕES. ESTABELECIMENTO DE NOVOS PARÂMETROS PARA A INFRAERO RECALCULAR OS VALORES DEVIDOS À CONTRATADA. DETERMINAÇÕES

Voto

Não cabe à Administração se apropriar dos ganhos econômicos provenientes da eficiência empresarial da contratada, assim como não lhe cabe suportar encargos de sua ineficiência.

20. Demonstrada a **sucumbência dos recorrentes**, pode-se aduzir, ainda, que as dúvidas deixadas pelo Acórdão, ratificadas pelos embargos de declaração, atentam contra a segurança jurídica do próprio marco regulatório, dada a textura aberta e indeterminada da considerada causa de repactuação das condições contratadas a cada contexto econômico. Podemos formular algumas questões: qual seria a periodicidade? Qual mudança de cenário seria capaz de autorizar o reequilíbrio? Qual a intensidade da crise ou da puja seria admitida para o reequilíbrio contratual? Situações futuras afetam o passado? A proposta da concessionária foi efetuada com premissas de TMA conforme cenários otimistas? O edital regulou de alguma forma a construção da TIR e da TMA? Se negativo, qual o impacto no julgamento da melhor proposta?). Essa indeterminação nos leva à possibilidade de arbítrio e, com ela, a possibilidade de ganhos ilegítimos para ambos os lados da relação contratual. Não foi por outra razão que o Presidente da República após veto à alínea 'd' do inciso II (este retornou em 1994 com ampliada redação) e ao § 7º do art. 65 da Lei 8.666/1993, sob o fundamento de que 'nenhum dos dispositivos acima referenciados define, objetivamente, quais os pressupostos autorizadores da revisão de preços, importando destacar, ainda, que o § 7º do art. 66, procura tornar corriqueira a obtenção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato'. **Ora, se não pode ser corriqueira contra o Estado, também não o pode a seu favor.**

21. Marco regulatório requer regras claras, respeito a elas e uma composição de interesses. A doutrina contemporânea trabalha com o conceito de **Estrutura de Garantia que o Estado Regulador coloca no marco regulatório**. Dessas garantias destacamos uma, muito bem posta por **Pedro Costa Gonçalves (Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra, 2013). Trata-se da **garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados**, consubstanciada em regras estruturadas para afirmar a autoridade estatal e para impor o cumprimento da lei, sem aniquilar as bases fundamentais de um Mercado, ordenado segundo princípios de uma economia livre. É por isso, que segundo o autor, transitamos do conceito de normas regulatórias, para **contrato regulatório**, pois o marco vigente incorpora-se nos direitos dos concessionários, dependendo sua revisão de renegociações.

22. É como diz **Frederico Arco Ramírez (La Seguridad Jurídica: una teoria formal)**, a segurança jurídica possui três elementos fundantes, quais sejam: a certeza jurídica (certeza de orientação, de existência, a previsibilidade e a firmeza do direito), a eficácia do direito (a expectativa e a segurança de sua realização) e a ausência de arbitrariedade.

23. **Todos esses elementos estão de alguma forma atingidos pela ausência de contraditório, pelas presunções lançadas de desequilíbrio a favor do concessionário, pelas premissas autorizadoras do reequilíbrio, pela indeterminação e ausência de limites ao poder de reequilibrar.** E bem sabemos (por estamos escandalizados com os acontecimentos revelados atualmente no âmbito da gestão pública, exatamente em setores onde as normas são mais flexíveis e as garantias do administrado menos claras), que a arbitrariedade, em todas suas formas contrárias à virtude pela qual se manifesta, é onde habita a fonte do mal. E essa textura aberta e indeterminada, que acaba por não impor limites, caracteriza-se como ausência de marco regulatório, sendo combatida por este Tribunal no recente Acórdão 1.604/2015 – Plenário, quando

esta Corte de Contas objetou a ‘falta de disciplinamento sobre a obrigatoriedade de se considerar, no exame do caso concreto, o grau de impacto’, e agora transcendendo pela lógica do **decisum**, das alterações de contexto em função das situações particulares da avença.

24. A quebra de contratos, revela-nos **Murilo Mendes (Quebra de contrato: o pesadelo dos brasileiros)** é mais perversa quando as premissas de regulação dos serviços públicos são quebradas pela transformação das empresas prestadoras em instrumento de governo. O resultado são bilhões de reais em auxílios, em condenações judiciais monumentais e na criação de bolhas, tal como a da tarifa de energia elétrica.

25. Esse regime de concertação de interesses, pois o setor privado foi atraído para substituir o Estado incapaz de investir e de gerenciar, é que mitigou, no âmbito do Direito Econômico Administrativo, o conceito clássico de **poder de imperium (Sabino Cassese. Derecho Administrativo: história e futuro)**.

26. Em função disso, é que surgiu a garantia do reequilíbrio econômico-financeiro, primeiro como direito fundamental individual e, depois, como instrumento de proteção do usuário na feição de direitos sociais. Jamais dos interesses estatais, pois muitas vezes eles não traduzem o interesse público. Portanto, com as vênias de estilo, a leitura publicista da garantia do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não é a que se retira da Constituição, da Lei de Concessões e da Lei de Licitações. Como estabelecido pela doutrina francesa e reconhecido por seu *Conseil d’État*, as novas regulações sobre contratos em curso não podem: a) deteriorar suas cláusulas financeiras; b) exceder certos limites e conduzir à uma verdadeira criação de novos serviços não previstos no pacto; c) romper o equilíbrio financeiro da concessão (*André de Laubadère et al. Traité de Droit Administratif*. LGDJ, 15ª ed., p. 892).

27. Reafirmando, **nenhuma discussão foi travada nos autos, pela supressão do contraditório, sucedida de juízos de valor que fortaleceram as pretensões do DER-PR, no sentido de entender haver um prejuízo passado e presente aos usuários, determinando prazo para o restabelecimento de um reequilíbrio, que só pode ser entendido como redução de pedágios e, quiçá, devolução de valores através de novos serviços. Aduzindo, ainda, as causas que geram o reequilíbrio e outros ganhos que devem ser repassados ao Estado como diminuição de tarifas ou aumento de serviços**. Repetimos, por mais que sejam aparentemente nobres as soluções dadas, o devido processo legal **é um direito fundamental precedente a todos os demais, que só se apuram no curso do processo**. Como afirmado pelo **Ministro Celso de Mello**, ‘a jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo’.

28. Esse é o exato sentido da Súmula Vinculante 3, endereçada especificamente ao Tribunal de Contas da União (o que é representativo, pois destoa das demais). E vemos aqui, dado tudo que escrevemos acima, uma proximidade muito evidente com o decidido pelo STF no MS 23550, da relatoria do **Ministro Marco Aurélio**:

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do

Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a ‘ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos’ (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente’. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.

29. A necessidade de chamamento aos autos dos recorrentes, ainda que não vislumbrada quando da instauração do processo, ficou evidente quando da instrução da unidade técnica. Cabendo, naquele momento, abrir a possibilidade de contrarrazões aos interessados, mais ainda quando figurou dos autos, como fornecedor de informações e argumentos, acolhidos pelo *decisum*, o DER-PR, com posição nitidamente contrária aos interesses das concessionárias.

30. Pois bem, a partir da decisão deste Tribunal instaurou-se grande insegurança jurídica diante de seus termos, todos convergentes com a firme intenção do DER-PR em concluir, independentemente de contraditório, que as tarifas estavam majoradas. Ora, diante desse pré-conceito e dos termos como foi construído o Acórdão recorrido, o resultado do processo de reequilíbrio econômico-financeiro será só um. Trata-se de um processo invertido, onde o resultado está dado desde o começo e as formas jurídicas serão mero formalismo de aparência de devido processo legal.

31. Ademais, preocupa-nos que temas tão complexos, de grande impacto nas coisas da regulação e nos direitos dos administrados, com **posições não unânimes na doutrina e na jurisprudência**, guiados pelos casos concretos, tenham sido postos em nossa jurisprudência sem um devido processo legal dialético, onde o contraditório não tem apenas a função de garantir os direitos fundamentais dos interessados, mas também a nobre função de contribuir para uma decisão mais justa. E sabemos todos o efeito multiplicador dos precedentes, que serão replicados em situações futuras. Nesse sentido, **exsurge o que estava desaperecebido nos debates travados, este Tribunal de Contas da União firmou entendimentos no sentido de que o contexto econômico é causa de reequilíbrio e as tarifas devem ser periodicamente revisadas, sendo dever do concessionário repassar os ganhos decorrentes de** produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio. Não é só: **deve-se mudar os contratos para inserir tais obrigações não previstas originalmente**. E mais: **não determinou estudos para detectar desequilíbrio, ao contrário, mandou promover o restabelecimento do reequilíbrio, presumidamente quebrado em favor das concessionárias**.

32. Por fim, é de se ressaltar, embora nem fosse preciso, que o efeito suspensivo do recurso apenas suspende o pré-julgamento (no sentido gadameriano) feito por este Tribunal acerca das tarifas praticadas nas rodovias do Paraná aqui versadas. Não tem o condão de retirar do concedente-delegado o poder-dever de averiguar o justo valor dos pedágios, respeitados o devido processo legal, pois tudo deriva de lei, e não da decisão do TCU (para confirmar, vide item 110 do Relatório da decisão recorrida, transcrito acima). Aliás, e para encerrar definitivamente, **entendemos que o Acórdão 2.927/2011 – Plenário garantiu de forma mais adequada os direitos de todos os envolvidos, fazendo determinações neutras ou submetendo-as a processo de audiência pública de repactuação**. Uma constatação que talvez derive **do efetivo contraditório posto nos autos, no qual se admitiu o ingresso da Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovia (peça 2, fl. 47e peça 3, fl. 13)**.

Por todo o exposto, propomos:

a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos para, no mérito, dar-lhes provimento, tornando insubsistentes os acórdãos até aqui proferidos, fazendo retornar o processo à fase de audiência, sem prejuízo do aproveitamento dos atos processuais anteriores à instrução da unidade técnica de origem e da continuidade dos processos de negociação instaurados no âmbito do DER-PR,

determinando ao Ministério dos Transportes, na qualidade de autoridade delegante, que acompanhe os referidos procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez presente interesse da União;

b) dar ciência da decisão que vier a ser proferida aos interessados listados no item 9.3 do Acórdão recorrido. (grifos constantes do original)

É o Relatório.

VOTO

De início, registro que atuo neste processo em atenção ao disposto no art. 152 do Regimento do TCU, por ocasião da assunção do então relator, Ministro Aroldo Cedraz, ao cargo de Presidente deste Tribunal.

2. Por meio do Acórdão 346/2012-Plenário, o Tribunal de Contas da União (TCU) exarou as seguintes determinações ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná (DER/PR), relativamente aos contratos de concessão firmados com as sociedades anônimas Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A. (Econorte), Rodovias Integradas do Paraná S.A. (Viapar), Rodovia das Cataratas S.A. (Ecocataratas), Caminhos do Paraná S.A., Concessionária de Rodovias Integradas S.A. (Rodonorte) e Concessionária Ecovia Caminhos do Mar S.A.:

9.1. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná (...) que :

9.1.1 promova, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ajustando os investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial e submetendo os resultados à avaliação deste Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio da economicidade;

9.1.2 adote, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, as medidas necessárias para que se faça constar cláusula de revisão periódica da tarifa, a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, preferencialmente por negociações entre as partes, nos contratos de concessão, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei 8.987/1995; (grifei)

3. Nesta oportunidade, examino os pedidos de reexame interpostos pelas concessionárias retro – à exceção da Rodonorte – contra o presente acórdão, nos quais requerem, em preliminar, a declaração de nulidade daquele comando, mediante alegações de ofensa ao devido processo legal.

4. Em síntese, aduzem que o dispositivo em questão, fundado em conclusões precipitadas e equivocadas, originárias do exame realizado pela área técnica do Tribunal, teria atingido a sua esfera de direitos na medida em que direcionara ordem cogente ao DER/PR – restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro e inserção de cláusula de revisão periódica da tarifa – incidente sobre os contratos de que são signatárias, sem antes lhes ter sido facultada a apresentação de contrarrazões.

5. O mesmo questionamento foi enfrentado no julgamento dos embargos de declaração opostos àquele *decisum*. Na ocasião, o Tribunal acompanhou o voto do relator, Ministro José Múcio Monteiro, que não conheceu dos declaratórios por ausência de interesse recursal, nestas palavras (trecho extraído do voto condutor do Acórdão 788/2012-Plenário – peça 185):

6. Ao determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná que promova, junto às concessionárias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o Tribunal nada mais fez que cobrar do Poder Concedente que exerça o seu direito de contratante de buscar a manutenção das condições inicialmente pactuadas.

7. Ainda que o relatório e o voto mencionem a existência de indícios de que as diversas alterações promovidas nos contratos de concessão ocasionaram desequilíbrio econômico-financeiro em favor das concessionárias, **somente depois de realizados os trabalhos e estudos técnicos indispensáveis à confrontação das condições vigentes com as originalmente acordadas**, mediante a utilização de parâmetros técnicos de engenharia na definição dos remanejamentos de obras, das tarifas cobradas e dos números que compõem o fluxo de caixa, **será possível afirmar com segurança quem efetivamente se beneficiou das mudanças contratuais**.

8. Por isso mesmo, não procede a alegação de que a decisão influencia e altera diretamente a relação econômico-financeira estabelecida entre os contratantes ou tenha imposto ônus às concessionárias.

9. **Na deliberação contestada o Tribunal não firmou juízo de fato e de direito quanto ao suposto desequilíbrio contratual.** Além disso, o fato de ali estar transparente que os indícios de que isso tenha ocorrido foram apurados com base em informações prestadas pelo DER/PR não é um defeito seu. Guarda consonância com a finalidade da decisão, que requereu da unidade jurisdicionada o exercício de atribuições que lhe são próprias.

10. Quanto à outra determinação feita ao concedente, para que adote as medidas necessárias à inclusão de cláusula de revisão periódica da tarifa, ressaltou-se a conveniência de que isto seja feito preferencialmente por negociações entre as partes, significando que, ao menos por enquanto, não se demandou interferência unilateral nas condições do contrato.

11. Vê-se, portanto, que a decisão embargada não representou nenhum prejuízo direto à embargante, inexistindo vício processual tampouco sucumbência que fundamente o seu interesse na interposição do recurso ou outra razão que justifique a sua atuação no processo. (grifei)

6. Com efeito, o Tribunal não foi conclusivo quanto à ocorrência de desequilíbrios econômico-financeiros nos contratos de interesse das recorrentes.

7. Os fatos originaram-se de levantamento a respeito do cenário das concessões de rodovias federais administradas pelo Estado do Paraná, segundo informações e documentos entregues ao Tribunal pelo próprio ente federativo, na condição de poder concedente. Em seguida, inspeção realizada pela extinta 1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-1) acusou indícios de desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos em desfavor da Administração e, consequentemente, dos usuários daquelas rodovias.

8. O exame técnico que levou à conclusão deste Tribunal pela ocorrência de suspeitas de desequilíbrios contratuais em favor das concessionárias, realizado pela Sefid-1, foi ao encontro da própria iniciativa do DER/PR de promover o reequilíbrio econômico-financeiro das avenças, até mesmo pela via judicial.

9. Como se vê, a posição da Corte, de declarar o resultado do levantamento por meio da apresentação de indícios, não representou juízo de valor definitivo sobre a matéria ante a clara impossibilidade jurídica de que isso acontecesse na falta de análises específicas atinentes a cada instrumento de concessão. Certo que, para tanto, deveria a fiscalização ter perscrutado os elementos fáticos dos contratos, em dialética que assegurasse o cumprimento das garantias do devido processo legal. Contudo, não foi essa a opção perfilhada pelo TCU, que, também amparado em suas competências constitucionais, reconheceu a liberdade do Estado do Paraná de regular, por métodos próprios – se assim entendesse –, os aspectos econômicos e financeiros dos contratos de concessão, sem prejuízo do acompanhamento de suas tomadas de decisão em processo de monitoramento.

10. A controvérsia reside, portanto, na parte dispositiva do julgado, que não se amoldou perfeitamente à sua *ratio decidendi*. Os seguintes excertos, extraídos do relatório e do voto que fundamentaram o acórdão adversado, são elucidativos nesse aspecto:

[Relatório]

110. **Levando em consideração que o DER/PR iniciou um processo de negociação com as concessionárias, cabe ao TCU determinar prazo para que elas ocorram e monitorar, com fulcro nos arts. 6º, 8º, 9º e 10 da IN/TCU 46/2004, as decisões que serão tomadas entre as partes contratantes e verificar o efetivo alcance do equilíbrio econômico-financeiro contratual.** (grifei)

[Voto]

26. **Impende avaliar, portanto, todos os eventos que alteraram o fluxo de caixa original**, desde a alteração unilateral das tarifas, e **quantificar o efeito financeiro respectivo na revisão do pedágio, de modo a manter equilibrados os encargos e a remuneração estabelecidos nos contratos**. Isso envolve, além das inserções, remanejamentos ou adequações de investimentos não previstos inicialmente, as perdas de receitas decorrentes da redução das tarifas e os ganhos advindos da postergação ou não realização de dispêndios, **podendo-se até mesmo, se for o caso, serem (sic) consideradas as eventuais consequências financeiras da alteração de critérios de medição dos investimentos realizados**.

27. Já foi mencionado que o DER/PR, órgão diretamente encarregado da gestão dos contratos de concessão do programa, reconhece a desproporcionalidade, em favor das concessionárias, entre encargos e receitas auferidas nos contratos, tanto assim que vem tomando providências no sentido de promover o reequilíbrio econômico-financeiro das avenças, até pela via judicial, circunstância que, de todo modo, não invalida as determinações a serem feitas pelo Tribunal nesta apreciação. (grifei)

11. Evidente que o caráter mandamental das determinações não refletiu os fundamentos consignados no relatório e no voto, configurando nítida contradição cujo saneamento já poderia ter sido efetuado quando da apreciação dos embargos de declaração opostos pelas contratadas. É necessário corrigir esta distorção no julgamento, sem a qual se materializará, em definitivo, situação de clara ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, por mero descuido redacional no ato de exteriorização daquele conteúdo decisório.

12. Os recursos merecem ser conhecidos. Não há dúvidas de que, na forma como originalmente redigidas as determinações, haveria sucumbência das concessionárias; além do mais, foram atendidos os demais requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie, na forma regimental. Ratifico, pois, o despacho de admissibilidade exarado pelo Ministro Aroldo Cedraz (peça 275).

13. Devo enfatizar que a admissão das terceiras nesta fase recursal, na condição de interessadas, justifica-se única e exclusivamente em razão de ter sido mantido, até então, aquele comando impositivo incompatível com os fundamentos do aresto. Com mais razão, reputo legítima a presente intervenção no feito, ainda que somente nesta etapa processual, em vista da regra do processo civil segundo a qual apenas a parte dispositiva da decisão faz coisa julgada (art. 504 da Lei 13.105, de 16/3/2015 – Novo Código de Processo Civil).

14. Em face da ausência de pronunciamento conclusivo do Tribunal a respeito dos fatos nos quais se baseou para apontar indícios de quebra da equação econômico-financeira dos contratos, o efeito devolutivo dos recursos deve se limitar às razões de direito afetas aos pedidos de nulidade da decisão e de declaração do caráter não vinculante das determinações objeto do subitem 9.1.

15. Nesse sentido, as recorrentes Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A., Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A e Rodovia das Cataratas S.A. formularam pleito alternativo a fim de que esta Corte declare que os comandos dirigidos ao DER/PR não o obriga a adotar os critérios e as conclusões preliminares presentes no exame técnico vinculado à deliberação.

16. Sob essa ótica, concedo provimento aos recursos manejados pelas recorrentes indicadas no item anterior, para reformar a decisão recorrida de modo a substituir as determinações contidas no subitem 9.1 por determinação ao DER/PR para que **avalie**, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias – submetendo o resultado dessa avaliação ao Tribunal de Contas da União:

a) a equação econômico-financeira dos contratos, aferindo se estão presentes e se são válidos os indícios de desequilíbrio evidenciados nesta fiscalização, os quais, uma vez confirmados, sugerem ajustes nos investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras

e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial, com supedâneo no princípio da economicidade;

b) a necessidade de inclusão, nos contratos de concessão, de cláusula de revisão periódica da tarifa, a fim de repassar, se for o caso, os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações porventura ocorridas no custo de oportunidade do negócio, preferencialmente por negociações entre as partes, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei 8.987/1995.

17. A meu ver, tal solução atende ao fim pretendido por aquele grupo de recorrentes haja vista que o efeito prático do provimento, por meio da reforma do acórdão, conforma-se ao pedido alternativo para que seja declarado o caráter não vinculante da parte dispositiva impugnada.

18. Certamente, a medida deve alcançar as demais recorrentes (Rodovias Integradas do Paraná S.A. – Viapar e Caminhos do Paraná S.A.), por força do disposto no art. 281 do Regimento Interno do TCU (circunstâncias de natureza objetiva). Não obstante, devem ser desprovidos os seus recursos visto que se limitam a requerer a nulidade do acórdão ou o afastamento das conclusões preliminares fundadas em indícios de desequilíbrios contratuais prejudiciais ao poder público concedente.

19. Nesse pensar, acolho as conclusões a que chegou o auditor da Secretaria de Recursos (Serur), embora com encaminhamento sutilmente distinto, ao ter reconhecido a necessidade de o Tribunal, de ofício, alterar a redação do subitem 9.1.1 do acórdão recorrido de sorte a ajustá-la aos fundamentos decisórios.

20. Da mesma forma, pelas razões declinadas anteriormente, peço vênias ao titular daquela unidade técnica. Ao reverso da tese defendida em seu parecer, entendo que fiscalização preliminar do TCU que redunde apenas em indícios de irregularidades ou prejuízos à Administração, dispensando o aprofundamento dos fatos e abdicando de apreciar o mérito da matéria – ao menos em primeiro momento –, não obriga a abertura de contraditório da parte futuramente implicada em apuração administrativa autônoma cujo desfecho venha a confirmar as suspeitas levantadas inicialmente no processo de controle externo.

21. A hipótese vertente também não se enquadra no Enunciado n. 3 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal – replicada analogamente no art. 250, inciso V, do Regimento Interno – porque a decisão recorrida, ora substituída em função do provimento recursal de natureza integrativa, não implicará ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

22. Por fim, ressalto que, mesmo tendo se passado tempo considerável entre a prolação do Acórdão 346/2012-Plenário e a apreciação destes pedidos de reexame, recebidos no efeito suspensivo, as tratativas entre o DER/PR e as concessionárias avançaram. Como indicativo disso, deu entrada nos autos, em fevereiro de 2016, ofício do órgão no qual apresenta resultado de revisão contratual em relação ao lote 2 (concessionária Viapar) – peça 349. Essa documentação deve ser examinada, em conjunto e em confronto com outras a serem carreadas ao processo, referentes aos demais contratos, no monitoramento autorizado pelo subitem 9.2 daquele *decisum* (TC 021.037/2013-2, Rel. Min. José Múcio Monteiro).

Ante o exposto, VOTO no sentido de que seja adotada a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de novembro de 2016.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES



Relator

ACÓRDÃO Nº 2983/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 014.205/2011-4.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Solicitação do Congresso Nacional).
3. Interessado/ Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Senado Federal.
 - 3.2. Recorrentes: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A – Econorte (CNPJ 02.222.736/0001-30); Rodovias Integradas do Paraná – Viapar (CNPJ 02.191.601/0001-64); Caminhos do Paraná S.A. (CNPJ 02.221.358/0001-70); Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A. (CNPJ 02.221.155/0001-83); e Rodovia das Cataratas S.A. – Ecocataratas (CNPJ 02.228.721/0001-89).
4. Órgãos: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (DER/PR) e Ministério dos Transportes.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Ana Elisa Perez Souza (Procuradora do Estado do Paraná); Aline Lícia Klein (OAB/PR 29.615); André Guskow Cardoso (OAB/PR 27.074); Bernardo Strobel Guimarães (OAB/PR 32.838); Cesar A. Guimarães Pereira (OAB/PR 18.662); Eduardo Talamini (OAB/PR 19.920); Egon Bockmann Moreira (OAB/PR 14.376); Flávio Ribeiro Bettiga (OAB/PR 20.657), Fernando Henrique C. Curi (OAB/PR 54.940); Heloisa Conrando Caggiano (OAB/PR 5.248); e Juliano Ribas Dea (Procurador do Estado do Paraná).

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este processo de Solicitação do Congresso Nacional em que se apreciam, nesta oportunidade, pedidos de reexame interpostos contra o Acórdão 346/2012-TCU-Plenário por Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A. (Econorte), Rodovias Integradas do Paraná S.A. (Viapar), Caminhos do Paraná S.A.; e, conjuntamente, por Rodovia das Cataratas S.A. (Ecocataratas) e Concessionária Ecovia Caminhos do Mar S.A.,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 286 do Regimento Interno, dos presentes pedidos de reexame e, no mérito:

9.1.1. negar provimento aos interpostos por Rodovias Integradas do Paraná S.A. (Viapar) e Caminhos do Paraná S.A.;

9.1.2. dar provimento aos interpostos por Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A. (Econorte), Rodovia das Cataratas S.A. (Ecocataratas) e Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A., para, em substituição às determinações contidas no subitem 9.1 do Acórdão 346/2012-TCU-Plenário, determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (DER/PR), relativamente aos contratos de concessão firmados com as sociedades anônimas Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A. (Econorte), Rodovias Integradas do Paraná S.A. (Viapar), Rodovia das Cataratas S.A. (Ecocataratas), Caminhos do Paraná S.A., Concessionária de Rodovias Integradas S.A. (Rodonorte) e Concessionária Ecovia Caminhos do Mar S.A., que avalie, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias – submetendo o resultado dessa avaliação ao Tribunal de Contas da União:

9.1.2.1. a equação econômico-financeira dos contratos, aferindo se estão presentes e se são válidos os indícios de desequilíbrio evidenciados nesta fiscalização, os quais, uma vez confirmados, sugerem ajustes nos investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de

rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial, com supedâneo no princípio da economicidade;

9.1.2.2. a necessidade de inclusão, nos contratos de concessão, de cláusula de revisão periódica da tarifa, a fim de repassar, se for o caso, os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações porventura ocorridas no custo de oportunidade do negócio, preferencialmente por negociações entre as partes, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei 8.987/1995; e

9.2. dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o acompanham, às recorrentes, à Concessionária de Rodovias Integradas S.A. (Rodonorte), ao Senado Federal, ao DER/PR e à Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

10. Ata nº 48/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 23/11/2016 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2983-48/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator) e Ana Arraes.

13.2. Ministro-Substituto convocado: André Luís de Carvalho.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO NARDES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral