

TC 010.482/2016-4

Tipo: Solicitação do Congresso Nacional.

Unidade Jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Solicitante: Comissão Externa de Fiscalização da Concessionária ECO 101 – BR-101/ES, da Câmara dos Deputados.

Proposta: preliminar.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se do Ofício Pres. 30/16, de 29/3/2016 (peça 5), por meio do qual o Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, presidente de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, solicita a realização de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), para examinar a conformidade do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, a cargo da Concessionária ECO-101, especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos.

2. Ademais, o referido parlamentar encaminhou, por meio do Ofício Pres. 31/16, de 6/4/2016 (peça 6), representação com pedido de medida cautelar, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU, para suspender o iminente reajuste contratual que deverá ocorrer no mês de abril.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Por conexão processual, com fundamento no art. 2º, inciso VII, da Resolução-TCU 259/2014, diante da mesma causa de pedir, a representação e a solicitação de fiscalização da Câmara dos Deputados serão avaliadas simultaneamente no presente processo.

4. Os arts. 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução - TCU 215/2008 e 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU conferem legitimidade aos presidentes de comissões da Câmara dos Deputados, para requerer a realização de auditorias e inspeções, quando por aquelas aprovadas.

5. O requerimento de solicitação de fiscalização 15/2016 foi aprovado pela Comissão Externa de Fiscalização da Concessionária ECO 101 – BR-101/ES, da Câmara dos Deputados, na Reunião Deliberativa de 29/3/2016 (peça 5, p. 2-7).

6. Assim, legítima a autoridade solicitante, cabe o conhecimento do expediente como Solicitação do Congresso Nacional.

7. No que tange à representação com pedido de medida cautelar, estão preenchidos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

8. Além disso, o referido parlamentar possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso III do art. 237 do Regimento Interno do TCU, quanto à comunicação de irregularidades de que tenha conhecimento em virtude do cargo que ocupa.

EXAME TÉCNICO

9. A presente instrução tem como objetivo analisar a solicitação de fiscalização pelo TCU, de autoria da Comissão Externa de Fiscalização da Concessionária ECO 101 – BR-101/ES, bem

como a representação com pedido de medida cautelar, fundamentada no art. 276 do Regimento Interno do TCU, constante à peça 6.

Quanto a solicitação de fiscalização por Comissão da Câmara dos Deputados

10. Neste tópico, pesquisa informatizada, no TCU, não revelou a existência de fiscalizações em execução relacionadas aos indícios de irregularidades noticiados nos presentes autos.

11. Quanto ao objeto, o Contrato de Concessão da Rodovia BR-101/ES/BA foi fiscalizado pelo TCU no acompanhamento do processo de outorga, nos termos da Instrução Normativa-TCU 46/2004 (TC 003.499/2011-1). Como resultado da fiscalização, houve a aprovação do primeiro estágio de outorga, por meio do Acórdão 1656/2011 – TCU – Plenário. Os estágios seguintes foram apreciados por meio dos Acórdãos 2.573/2012 e 3.083/2014, também do Plenário do TCU.

12. Ademais, o TCU realizou acompanhamento (TC 005.210/2014-3), para verificar a atuação da ANTT na fiscalização do referido objeto, especificamente na etapa de “Trabalhos Iniciais” do Programa de Exploração da Rodovia (PER). Como resultado, foi deliberado o Acórdão 2.889/2014 – TCU – Plenário.

13. Dessa forma, as fiscalizações realizadas até o momento pelo TCU, relacionadas ao Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA não abrangeram o tema ora proposto, qual seja, a execução de obras e serviços de caráter obrigatório na referida concessão.

14. Entende-se que o instrumento de fiscalização mais adequado para atender à demanda da Câmara dos Deputados é a inspeção, nos termos do art. 240, do Regimento Interno do TCU, de forma a permitir um exame de legalidade e legitimidade de atos administrativos praticados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, na regulação e fiscalização do contrato de concessão da BR-101/ES, restringindo-se o escopo à execução de obras e serviços de caráter obrigatório.

15. Para a execução da referida fiscalização, sugere-se os seguintes prazos em dias úteis: 20 para planejamento, 20 para execução, e 20 para relatório, com uma equipe composta por dois Auditores Federais de Controle Externo.

16. Como encaminhamento neste ponto, portanto, propõe-se a realização de inspeção, nos termos do art. 38, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 240, do Regimento Interno do TCU, junto à ANTT, com o objetivo de examinar a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos relacionados à execução de obras e serviços de caráter obrigatório no contrato de concessão da BR-101/ES, a fim de subsidiar os trabalhos desta unidade no atendimento à demanda da Câmara dos Deputados.

Quanto a solicitação de medida cautelar pelo Tribunal de Contas da União

17. Inicialmente, faz-se um resumo da exposição de motivos trazida pela Comissão Externa de Fiscalização da Concessionária ECO 101 – BR-101/ES/BA, da Câmara dos Deputados.

18. Em uma síntese histórica das concessões rodoviárias no Brasil (peça 6, p. 3-5), a representação aborda o edital de concessão da BR-101/ES/BA, esclarecendo que:

Basicamente, o edital seguia a mesma estrutura e conceitos da Segunda Fase da Segunda Etapa, permitindo a participação de pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras, entidades de previdência complementar e fundos de investimento, de forma isolada ou em consórcios. Os três anos passados, desde o último leilão, haviam arrefecido a crise mundial, permitindo a participação de oito proponentes no certame e um deságio de 45,63% sobre a tarifa teto.

19. Sobre os investimentos previstos no contrato da referida concessão, a representação destaca que:

O contrato prevê a duplicação integral dos trechos em pista simples em todo o lote rodoviário, até o final do contrato de concessão. Neste sentido, o contrato divide a rodovia em trechos e estabelece o prazo máximo para a conclusão das obras de duplicação com a definição do prazo e do volume de tráfego limites para que estas ocorram, valendo a ocorrência do primeiro fato.

20. Em seguida, traz considerações acerca de algumas ações regulatórias da ANTT, num contexto geral, e adentra às especificidades do contrato de concessão da BR-101/ES/BA. São trazidas algumas informações importantes sobre esse contrato:

a) abrange 475,90 km da BR-101/ES/BA, entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (acesso a Mucuri) e a divisa ES/RJ;

b) o objeto do contrato é a concessão para a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do sistema rodoviário dentro do trecho abrangido;

c) o prazo da concessão é de 25 anos, podendo ser prorrogado, a critério do Poder Concedente, por igual período;

21. Quanto aos indícios de irregularidades noticiados, tem-se que:

A imprensa capixaba vem noticiando atraso nas obras de duplicação previstas para o trecho concessionado. As matérias veiculadas alertam para o fato de que o contrato estabelece a duplicação de 50% da rodovia nos primeiros cinco anos de concessão, o que implica na duplicação de 240 km, que de forma simplista, corresponde a uma média de quase 50 km por ano. A mídia também ressalta que promessas anteriores da concessionária, de que as obras começariam em meados de 2015, têm sido sistematicamente descumpridas e que os atrasos devem ser ainda mais pronunciados em face da demora do licenciamento ambiental. Por fim, muito se questiona o porquê da autorização para o início da cobrança do pedágio se as obras de duplicação ainda não estão em andamento.

(...)

Em relação à demora no licenciamento ambiental, cabe esclarecer que, de acordo com o item 5 (cinco) do contrato de concessão, é responsabilidade da concessionária obter todas as licenças, permissões e autorizações necessárias ao pleno exercício das atividades da concessão, incluindo as licenças ambientais. Ocorre que, decorridos praticamente três anos da assinatura do contrato, apenas em fevereiro deste ano foi protocolado no IBAMA o EIA/RIMA para o trecho norte (de Vitória ao acesso à Mucuri, na Bahia). Ressalto que o EIA/RIMA para a concessão da LP do trecho sul havia sido entregue pelo DNIT. A demora na entrega de estudos certamente impactará o cronograma de duplicação. Não há dúvidas que a responsabilidade será colocada nos ombros do licenciador, mas há de se verificar o prazo em que o EIA foi entregue para análise.

(...)

Em que pese haver desconto tarifário pelo descumprimento do cronograma de investimentos previstos, parece claro que o valor abatido por ocasião dos reajustes compensa, em termos de fluxo de caixa, o investimento não realizado, haja vista o já observado em outras concessões como a da BR-116/324/BA. Este risco só pode ser mitigado por meio da atuação firme do regulador, mas não percebemos ações efetivas que coibam a adoção de tal estratégia por parte da concessionária. A percepção de risco advém justamente do histórico de leniência da ANTT nos casos da BR-116/324/BA e da Ferrovia Transnordestina.

A Concessionária é responsável pelos projetos das obras e serviços da concessão, os quais devem ser aprovados pela ANTT e estar integralmente aderentes ao previsto no PER. No entanto, até o momento não houve soluções de engenharia para diversos trechos, como os das travessias de Fundão e Ibiracu (parece-nos claro que em ambos os Municípios há necessidade de contorno), os viadutos de São Mateus e a passagem pela reserva biológica de Sooretama. Como

poderia ter sido licitada a concessão sem definições que nos parecem elementares? A inclusão tardia gerará reequilíbrio do contrato, o que torna a tarifa licitada irreal.

Cabe à Concessionária, como entidade delegada do Poder Concedente, promover desapropriações, servidões administrativas, propor limitações administrativas e ocupar provisoriamente bens imóveis necessários à execução de obras e serviços vinculados à concessão. A Concessionária deve, desta forma, arcar com os investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes da execução de tais atos, seja por via consensual ou por intermédio de ações judiciais, sem que a concessionária faça jus a qualquer indenização ou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Há um prazo de cinco anos para a liberação da faixa de domínio, entretanto, passados três anos esta atividade também se encontra bastante atrasada.

22. Adiante, a representação argumenta que os atrasos na execução dos investimentos também se estendem, por exemplo, ao contrato de concessão da BR-116/324/BA, onde auditorias do TCU, a atuação do MPF e a própria fiscalização do Ministério dos Transportes, revelaram os mesmos problemas encontrados na concessão da BR-101/ES/BA.

23. Por esses fundamentos, a Comissão Externa de Fiscalização da Concessionária ECO 101 – BR-101/ES/BA, da Câmara dos Deputados pede:

(...) tendo em vista fundado receio de que o contrato será descumprido, prejudicando milhares de usuários, que seja verificada a possibilidade de suspensão cautelar do reajuste previsto para abril até o resultado da fiscalização solicitada ou apresentação de plano de providências pela concessionária.

Análise

24. O pedido de medida cautelar, com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU, pretende a suspensão do reajuste tarifário anual do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA. Como fundamento, o representante informa que a concessionária estaria atrasada com suas obrigações contratuais, no que tange à execução de obras e serviços de engenharia, especificamente, as obras de ampliação de capacidade e melhorias.

25. As obras de ampliação de capacidade consistem na duplicação de segmentos rodoviários e construção de contornos urbanos. Já as obras de melhorias em trechos urbanos consistem na construção de passarelas, vias locais, intersecções e acessos nos locais indicados pelo Programa de Exploração da Rodovia (peça 9, p. 71-72 e 153-158).

26. Para cada uma das obras de ampliação e melhorias de caráter obrigatório (peça 9, p. 24) existe um prazo para conclusão. Em resumo, para as obras de duplicação da rodovia, os prazos são os dispostos na tabela 1:

Segmentos para implantação de pista dupla				Prazo máximo (ano de concessão)
UF	Rodovia			
	km inicial	km final	Extensão (km)	
BA	939,4	956,9	17,5	10º ano
ES	0	49,2	49,2	10º ano
	49,2	137,1	87,9	10º ano
	137,1	190	52,9	10º ano
	190	228,9	38,9	5º ano
	228,9	244,9	16	4º ano
	302,7	305,8	3,1	4º ano
	305,8	357	51,2	6º ano
	357	425,7	68,7	6º ano
	425,7	458,4	32,7	23º ano

Tabela 1: Prazos de conclusão das obras de duplicação da rodovia.

27. Já para as demais melhorias previstas no PER (peça 9), os prazos são os dispostos na tabela 2:

Construção de 16 Passarelas	Prazo máximo (ano de concessão)
Execução de 12,5%	1º ano
Execução de 50%	2º ano
Execução de 75%	3º ano
Execução de 100%	5º ano
Construção de 3 Passarelas	Prazo máximo (ano de concessão)
Execução de 100%	20º ano
Construção de 27 km de Vias Locais	Prazo máximo (ano de concessão)
Execução de 15%	1º ano
Execução de 50%	2º ano
Execução de 70%	3º ano
Execução de 80%	5º ano
Execução de 100%	10º ano
Construção de 9 km de Vias Locais	Prazo máximo (ano de concessão)
Execução de 100%	20º ano
Obras de Contorno Viário	Prazo máximo (ano de concessão)
Construção do contorno da cidade de Iconha	4º ano
Obras de melhorias em intersecções e acessos	Prazo máximo (ano de concessão)
Construção de 24 acessos	5º ano
Construção de 21 rotatórias em nível	5º ano
Construção de 16 interconexões do tipo diamante	5º ano
Construção de 14 interconexões do tipo trombeta	5º ano
Construção de 7 entroncamentos	5º ano
Construção de 6 acessos	20º ano
Construção de 3 rotatórias em nível	20º ano
Construção de 1 interconexão do tipo diamante	20º ano
Construção de 1 interconexão do tipo trombeta	20º ano
Construção de 1 entroncamento	20º ano
Obras de retificação de traçado	Prazo máximo (ano de concessão)
Execução de obras em 10 trechos, visando a melhoria de raios de curvas, visibilidade, superelevação e superlargura	5º ano

Tabela 2: Prazos de conclusão das obras de melhorias.

28. Dessa forma, percebe-se que o contrato de concessão prevê, obrigatoriamente, a execução de obras e serviços ao longo de praticamente todo o contrato de concessão. Vale ressaltar que a concessão teve seu início em 10/5/2013, e, portanto, algumas obrigações já deveriam ter sido concluídas até 10/5/2016 (final do 3º ano de execução).

29. Ademais, o PER estabelece a obrigatoriedade de outros investimentos, como a implantação da Gestão Ambiental, do Plano de Gestão Social, do Sistema de Gestão de Qualidade, e dos Equipamentos de detecção e sensoriamento de pista, do Sistema de Pesagem. Todos esses deveriam estar concluídos até o 2º ano de concessão, ou seja, até 10/5/2015.

30. Dado esse contexto, observa-se que eventual inexecução desses investimentos gera duas consequências numa leitura preliminar do contrato (peça 8). A primeira, conforme os itens 20.1.3 e 20.4.2, é a recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro, nos seguintes termos:

20 Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro

20.1 Cabimento da Recomposição

(...)

20.1.3 A ANTT poderá efetuar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando cabível nos termos da lei e nas hipóteses previstas neste Contrato, em especial, as subcláusulas 8.1.6, 8.3.2, 16.1.8 e 34.12.1.

(...)

20.4 Critérios e Princípios para a Recomposição

(...)

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

(...)

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

31. O efeito prático dessa recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a revisão extraordinária da tarifa básica de pedágio, conforme dispõe o item 16.5.1 do contrato:

16.5 Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio

16.5.1 É a revisão da Tarifa Básica de Pedágio, decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão em razão das hipóteses estabelecidas na subcláusula 20.1, quando cabíveis.

32. Conforme dispõe o item 16.6.1 do contrato, “O efeito na Tarifa Básica de Pedágio decorrente de suas revisões e do Desconto de Reequilíbrio será aplicado na mesma data-base do reajuste da Tarifa de Pedágio”. Nesse sentido, as revisões do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA devem ocorrer no dia 18 de maio de cada ano, juntamente com os reajustes.

33. A outra consequência da inexecução de investimentos é a aplicação de penalidades, conforme o disposto nos itens 18.1 e 18.2 do contrato de concessão:

18.1 O não cumprimento das Cláusulas deste Contrato, de seus Anexos e do Edital ensejará a aplicação das penalidades previstas nesses instrumentos e nos demais dispositivos legais e regulamentares da ANTT.

18.2 Pelo atraso na entrega de obras e serviços classificados como de caráter obrigatório e obras condicionadas ao volume de tráfego, assim definidas no PER, a ANTT aplicará multa moratória, por dia de atraso, sem prejuízo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista neste Contrato, nos valores máximos definidos na tabela a seguir:

Obras e Serviços de caráter obrigatório	URT
Melhorias em trechos urbanos - passarelas (por passarela)	1
Melhorias em trechos urbanos - vias locais (por km)* ¹	1
Melhorias em trechos urbanos - intersecções e acessos (cada)	1
Duplicações em trecho de pista simples (por km)* ²	1
Equipamentos e edificações vinculados ao sistema de operação	36
* ¹ valor para cada quilômetro da extensão total da via a ser implementada	
* ² valor para cada quilômetro da extensão total do subtrecho	

34. Percebe-se, portanto, numa análise perfunctória, que o atraso na execução de investimentos, conforme noticiado pelo representante, não enseja medidas contratuais no sentido de impedir o reajuste tarifário. Por essa razão, não se vislumbra, em princípio, ofensa contratual no pleito da ANTT em realizar os reajustes contratuais, com efeitos para o próximo dia 18/5/2016.

35. Por outro lado, diante das inexecuções noticiadas pela representante, cabe à ANTT realizar as devidas revisões contratuais, que devem impactar negativamente na tarifa básica. Estas revisões devem ser levadas a termo juntamente com o reajuste tarifário, que tem como base o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) do mês de novembro de 2008.

36. Aliás, nota-se que o último reajuste concedido pela ANTT na tarifa básica de pedágio, em 18/5/2015, levou em conta um IRT (Índice de Reajuste Tarifário) de 1,46121 (peça 20, p. 6). Ou seja, a tarifa básica de pedágio da concessão sofreu um reajuste até o momento de 46,12% somente por conta do IPCA, o que explica em grande parte o fato de a tarifa quilométrica atual ser bastante superior à tarifa vencedora da licitação (R\$ 0,05417 / km desde maio/2015 contra R\$ 0,03391 / km na proposta vencedora da licitação).

37. O outro fator que impactou bastante nesse aumento de tarifa foi a entrada em vigor da Lei 13.103/2015, conhecida como Lei dos Caminhoneiros, que define entre outras ações, a isenção do pagamento de pedágio para veículos vazios e com os eixos suspensos. No contrato de concessão da BR-101/ES/BA, apenas esse fator gerou um aumento de 9,74% da tarifa básica de pedágio (peça 20, p. 5).

38. Feitas essas considerações, não cabe razão ao representante quanto a necessidade de impedir o reajuste tarifário de 18/5/2016, haja vista que essa não é uma medida prevista no contrato diante da inexecução de investimentos. Cabe à ANTT, no entanto, a apuração de penalidades, conforme disposto contratualmente e em suas resoluções, bem como as devidas revisões extraordinárias do contrato, no sentido de reduzir a tarifa básica de pedágio e, assim, proceder a recomposição do equilíbrio econômico financeiro.

39. Além disso, essas inexecuções de investimentos obrigatórios não impedem o início da cobrança de pedágio, que ocorreu em 18/5/2014, a qual tem como condicionante a conclusão dos chamados “Trabalhos Iniciais”, conforme disposto no item 16.1 do contrato:

16 Tarifa de Pedágio

16.1 Início da Cobrança

16.1.1 A cobrança da Tarifa de Pedágio somente poderá ter início, simultaneamente em todas as praças de pedágio, após a conclusão dos Trabalhos Iniciais no Sistema Rodoviário, e cumprimento, pela Concessionária, do disposto na subcláusula 22.2.2, bem como a entrega do programa de redução de acidentes e o cadastro do passivo ambiental.

40. Esta fase, com duração de 12 meses após o início do contrato, tem como objetivo realizar obras iniciais de recuperação da rodovia, implantação dos equipamentos operacionais, além da conservação e manutenção imprescindíveis à operação do sistema rodoviário (peça 9, p. 31-45).

41. Por essas considerações, entende-se que não há *fumus boni iuris* do pedido quanto a não conceder à concessionária o reajuste tarifário de 2016.

42. Quanto a inexecução das obras pela concessionária, enfatizada pelo representante, em sede de análise cautelar, cabe a esta etapa instrutória verificar se a revisão extraordinária proposta pela ANTT, que deverá ser levada a termo em 18/5/2016, levou em consideração essas inexecuções.

43. Neste sentido, foram analisados os processos administrativos 50500.214912/2015-99 e 50500.388138/2015-51 (peças 12 a 18), que têm como assunto a 3ª Revisão Ordinária e a 2ª Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA. Além disso, foi analisada a Nota Técnica 69/2016/GEROR/SUINF (peça 19).

44. Na sequência, será avaliada a situação de cada uma das obras e serviços obrigatórios previstos para serem iniciadas e/ou concluídas no 3º ano de concessão, segundo o PER, bem como o tratamento dado pela ANTT nos critérios de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, diante da noticiada inexecução desses investimentos.

I. Obras de Duplicação em trechos de pista simples: Subtrecho E (km 255,8 a 305,8) e Subtrecho D (km 228,9 a 255,8)

45. Conforme disposto no PER, a concessionária deverá realizar a duplicação do Subtrecho E, no km 302,7 ao 305,8, até o 4º ano de concessão. No mesmo prazo, o Subtrecho D deverá ser duplicado entre o km 228,9 e o km 244,9.

46. Essa obrigação está assim disposta no cronograma de investimentos (peça 22).

Item	Descrição	Total	Ano 3	Ano 4
4.1.2.4.6	Subtrecho D: do km 228,9 ao km 255,8	R\$ 29.860.002,18	R\$ 7.989.603,12	R\$ 21.870.399,05
4.1.2.4.7	Subtrecho E: do km 255,8 ao km 305,8	R\$ 55.501.862,78	R\$ 14.850.563,42	R\$ 40.651.299,36

47. Dessa forma, parte dos investimentos deveriam ser executados já no 3º ano de concessão, com a conclusão no ano seguinte.

48. Conforme consta na Nota Técnica 10/2016/GEINV/SUINF (peça 18, p. 249-255), diante da inexecução do Subtrecho D no 3º ano de concessão, o representante da ANTT sugere postergar 1 (um) ano os valores supracitados, conforme a Figura 1.

Cronograma físico-financeiro para o item 4.1.2.4.6 – Obras de Ampliação da Capacidade e Outras Melhorias - Subtrecho D: do km 228,9 ao km 255,8 (valores em R\$ - data base janeiro/2009)						
DESCRIÇÃO	FLUXO	Total	3º Ano	4º Ano	5º Ano	6º Ano
Vigente	FO	29.860.002,18	7.989.603,12	21.870.399,05	0	0
Proposta SUINF - RO	FO	29.860.002,18	0	7.989.603,12	21.870.399,05	0

RO – Revisão Ordinária
FO – Fluxo Original

Figura 1 – Proposta de Revisão do Cronograma de Duplicação do Subtrecho D.

49. Essa postergação gerou um impacto negativo de apenas -0,245% na tarifa básica de pedágio (peça 19, p. 24), a ser modificada a partir de 18/5/2016. Esse percentual indica também o percentual de perda de receita da concessionária nesse período.

50. Ou seja, considerando que a Receita Bruta da Concessionária ECO101 em 2015 foi de R\$ 182,9 milhões (conforme consulta no site <http://ri.ecorodovias.com.br>), uma redução de 0,245% nesse valor implicaria em uma perda de aproximadamente R\$ 450 mil anuais. Portanto, o adiamento de uma despesa de R\$ 7,9 milhões (que reajustado chegaria a R\$ 11,5 milhões) em obras de duplicação, para o Subtrecho D, deverá gerar uma perda de receita bastante inferior. Isso corrobora a impressão do representante de que “Em que pese haver desconto tarifário pelo descumprimento do cronograma de investimentos previstos, parece claro que o valor abatido por ocasião dos reajustes compensa, em termos de fluxo de caixa”.

51. Já para o Subtrecho E, não há avaliação da ANTT quanto a necessidade de revisão extraordinária. Ou seja, nas Notas Técnicas analisadas (7/2016/GEINV/SUINF, 10/2016/GEINV/SUINF e 69/2016/GEROR/SUINF), não foram mencionadas eventuais inexecuções quanto ao subtrecho E (peças 17, p. 34-112; peça 18, p. 177-261 e peça 19).

52. Como o representante informa que há atrasos na execução das obras de duplicação, percebe-se que a ANTT não efetuou os devidos ajustes no cronograma de investimentos. Esse procedimento mostra-se inadequado, numa primeira análise, por permitir um desequilíbrio entre as obrigações da concessionária e sua respectiva remuneração.

II. Construção do Contorno de Iconha

53. Conforme disposto no PER, a concessionária deverá construir um contorno viário na cidade de Iconha, o qual deverá ser finalizado no 4º ano de concessão.

54. Essa obrigação está assim disposta no cronograma de investimentos (peça 22).

Item	Descrição	Total	Ano 3	Ano 4
4.1.2.1	Execução de contornos - Contorno de Iconha	R\$ 45.031.177,88	R\$ 18.012.471,15	R\$ 27.018.706,73

55. Para esse empreendimento, não há avaliação da ANTT quanto a necessidade de revisão extraordinária, conforme os documentos analisados (Notas Técnicas 7 e 10/2016/GEINV/SUINF – peças 17, p. 34-112; peça 18, p. 177-261; e Nota Técnica 69/2016/GEROR/SUINF – peça 19).

56. Como o representante informa que há atrasos na execução das obras, percebe-se que a ANTT também não efetuou os devidos ajustes no cronograma de investimentos. Conforme analisado anteriormente, esse procedimento mostra-se inadequado, numa primeira análise, por permitir um desequilíbrio entre as obrigações da concessionária e sua respectiva remuneração.

III. Obras de Construção de 27 km de Vias Locais

57. Conforme disposto no PER, a concessionária deverá concluir a construção de Vias Locais, totalizando 27 km, até o 10º ano de concessão.

58. Essa obrigação está assim disposta no cronograma de investimentos (peça 22).

Item	Descrição	Ano 3	Ano 4	Ano 5	Ano 10
4.1.1.2.1	27 km de vias laterais	R\$ 6.103.316,52 (25%)	R\$ 6.103.316,52 (25%)	R\$ 7.449.636,34 (30%)	R\$ 4.820.763,28 (20%)

59. Percebe-se, pois, que o cronograma de investimentos destoa das obrigações dispostas no PER:

Construção de 27 km de Vias Locais	Prazo máximo (ano de concessão)
Execução de 15%	1º ano
Execução de 50%	2º ano
Execução de 70%	3º ano
Execução de 80%	5º ano
Execução de 100%	10º ano

60. Conforme consta na Nota Técnica 7/2016/GEINV/SUINF (peça 17, p. 44), a ANTT verificou que a concessionária executou 7,675 km de vias locais até o 2º ano de concessão, o que representa 28% do quantitativo total, sendo inferior, portanto, ao que estabelece o PER.

61. Diante dessa divergência entre o cronograma de investimentos e o que determina o PER, o representante da ANTT decidiu por “postergar a obrigação da Concessionária sem alterar o cronograma financeiro” (peça 17, p. 44).

62. Numa primeira análise, essa decisão aparenta contrariar o disposto no item 8.1.1 do contrato de concessão: “A Concessionária deverá executar as obras e os serviços necessários ao cumprimento do objeto do Contrato, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho e demais exigências estabelecidas no Contrato e no PER”. Portanto, entende-se que as obras devem ser executadas de acordo com os ditames do PER, e não com o cronograma de investimentos. Este deve se adaptar àquele, e não o contrário. Portanto, predominaria a obrigação de execução de 50% dos investimentos em vias locais até o 2º ano de concessão.

63. Para o 3º ano de concessão, não se verificou avaliação da ANTT quanto a necessidade de revisão extraordinária, nos processos analisados.

64. Segundo informações repassadas pela ANTT em audiência pública ocorrida na Câmara dos Deputados, já haviam sido concluídos 15 km de vias locais (peça 10, p. 16) até novembro de 2015. Inferior ao que dispõe o PER (70% - 18,9 km).

65. Não há evidências, portanto, do cumprimento da obrigação no PER. Assim, a conformidade da avaliação da ANTT quanto a execução desse investimento, e os reflexos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, merece ser avaliada com mais profundidade na fiscalização solicitada pela Câmara dos Deputados.

IV. Construção de 16 Passarelas de Pedestres

66. Conforme disposto no PER, a concessionária deverá concluir a construção 16 passarelas de pedestres, até o 5º ano de concessão. Essa obrigação está assim disposta no cronograma de investimentos (peça 22).

Item	Descrição	Ano 3	Ano 4	Ano 5
4.1.1.1.1	16 Passarelas até o 5º ano	R\$ 1.911.547,88 (25% - 4 unid.)	R\$ 2.867.321,82 (37,5% - 6 unid.)	R\$ 2.867.321,82 (37,5% - 6 unid.)

67. Percebe-se, pois, que o cronograma de investimentos destoa das obrigações dispostas no PER (peça 9):

Construção 16 Passarelas até o 5º ano	Prazo máximo (ano de concessão)
Execução de 12,5% - 2 unid.	1º ano
Execução de 50% - 8 unid.	2º ano
Execução de 75% - 12 unid.	3º ano
Execução de 100% - 16 unid.	5º ano

68. Conforme consta na Nota Técnica 7/2016/GEINV/SUINF (peça 17, p. 40), juntamente com o disposto na Nota Técnica 15/2015/GEINV/SUINF (peça 21, p. 3), a ANTT verificou que a concessionária não concluiu as passarelas até o 2º ano de concessão.

69. Diante dessa divergência entre o cronograma de investimentos e o que determina o PER, o representante da ANTT decidiu por “postergar a obrigação da Concessionária sem alterar o cronograma financeiro” (peça 19, p. 303).

70. Da mesma forma, essa decisão aparenta contrariar o disposto no item 8.1.1 do contrato de concessão: “A Concessionária deverá executar as obras e os serviços necessários ao cumprimento do objeto do Contrato, atendendo integralmente aos Parâmetros de Desempenho e demais exigências estabelecidas no Contrato e no PER”. Portanto, entende-se que as obras devem ser executadas de acordo com os ditames do PER, e não com o cronograma de investimentos. Sendo assim, este deve se adaptar àquele. Portanto, predominaria a obrigação de execução de 50% das passarelas até o 2º ano de concessão.

71. Para o 3º ano de concessão, não se verificou avaliação da ANTT quanto a necessidade de revisão extraordinária, nos processos analisados. Dessa forma, depreende-se que a referida Agência admite que a concessionária cumpriu suas obrigações no PER (75% - 12 passarelas). Entretanto, informações trazidas pela concessionária em audiência pública na Câmara dos Deputados (peça 10, p. 15) mostram que apenas haviam sido concluídas 4 passarelas até novembro de 2015.

72. Não há evidências, portanto, do cumprimento dessa obrigação do PER. Assim, a conformidade da avaliação da ANTT quanto a execução desse investimento, e os reflexos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, merece ser avaliada com mais profundidade na fiscalização solicitada pela Câmara dos Deputados.

V. Retificações de Traçado

73. Conforme disposto no PER, visando a reduzir os acidentes da rodovia, estão previstas obras de correção de traçado, por meio da melhoria dos raios de curvas, da visibilidade, da superelevação e da superlargura de alguns trechos da rodovia, num total de 28,2 km. As obras deverão ser finalizadas até o 5º ano de concessão.

74. Essa obrigação está assim disposta no cronograma de investimentos (peça 22).

Item	Descrição	Ano 3	Ano 4	Ano 5
4.1.2.2	Retificações de traçado	R\$ 6.836.487,17	R\$ 21.684.482,73	R\$ 21.684.482,73

75. Para essas obras, não há inexecuções registradas pela ANTT nos processos administrativos (Notas Técnicas 7 e 10/2016/GEINV/SUINF – peças 17, p. 34-112; peça 18, p. 177-261). Dessa forma, depreende-se que a referida Agência reconheceu que a concessionária cumpriu sua obrigação do PER, no ano 3, para este investimento.

76. Todavia, esse entendimento se mostra contrário ao exposto pelo representante, que afirma não haver segmentos concluídos de obras. Sendo assim, há indícios de que a revisão contratual proposta pela ANTT não levou em conta a inexecução de retificações de traçado.

77. O que se observou, ademais, foi a inclusão de mais obras de retificação de traçado na BR-101/ES, conforme proposta pela Nota Técnica 10/2016/GEINV/SUINF (peça 18, p. 237-249). Essas novas obras seriam executadas a partir do 8º ano de concessão.

78. Segundo consta na Nota Técnica 69/2016/GEROR/SUINF (peça 19, p. 28), essas novas obras impactarão em um aumento de 3,65% da Tarifa Básica de Pedágio a partir de 2016. Dessa forma, mesmo não executando as obras que estavam sob sua responsabilidade até o 3º ano de concessão, sem que efeitos negativos à tarifa sejam contabilizados pela ANTT, foram incluídas novas obras que oneram já a tarifa a ser ajustada em 18/5/2016. Dessa forma, esse ajuste do equilíbrio contratual se mostra também inadequado, em favor da concessionária.

VI. Outros Investimentos

79. Além das obras supracitadas, verifica-se, também, alguns indícios de irregularidades na avaliação da inexecução de outros investimentos previstos no PER.

80. Um dos itens é a implantação de sistema de Telefonia de Emergência, chamados de *Call Boxes*. Segundo a estimativa do PER, deverão ser instalados 527 telefones até o 4º ano de concessão. Esta obrigação está assim disposta no cronograma de investimentos (peça 22).

Item	Descrição	Ano 2
8.10.2.1	Implantação e Instalação dos Equipamentos e Sistemas	R\$ 1.840.890,16

81. Apesar da inexecução desse investimento (Nota Técnica 7/2016/GEINV/SUINF – peça 17, p. 34-112), ou seja, da não implantação do sistema, este fato não foi levado em consideração na revisão da tarifa básica de pedágio a ser ajustada em 18/5/2016.

82. Por meio da Nota Técnica 10/2016/GEINV/SUINF (peça 18, p. 177-261), os representantes da ANTT avaliaram que poderiam considerar esse investimento como “inexecução” apenas no término do 4º ano de concessão. Dessa forma, a reprogramação do cronograma de investimentos apenas deveria ocorrer após essa data.

83. Numa primeira análise, esse procedimento se mostra inadequado. O PER prevê o 4º ano de concessão como prazo para a conclusão da implantação do sistema, dessa forma, a concessionária não deve estar sujeita a penalidades contratuais pela inexecução do sistema no 2º ano de concessão. Entretanto, isso não impede de o cronograma de investimentos ser corrigido, de forma a equilibrar financeiramente as receitas e despesas da concessão.

84. Outro item é o investimento denominado “Desapropriações e Indenizações”, item 4.4 do cronograma de investimentos, onde há uma verba prevista de R\$ 2.776.874,27, a preços iniciais, a ser aplicada no 3º ano de concessão.

85. Nos processos administrativos da ANTT consultados, não se observou questionamentos sobre a execução ou não das atividades inerentes a essa verba. Como o representante enfatizou a inexecução das principais obras de engenharia até o momento, inclusive apontando atrasos nas desapropriações, é provável que esses serviços não tenham sido concluídos pela concessionária conforme o previsto.

Conclusão sobre o pedido de medida cautelar

86. Por meio dessas avaliações preliminares, conclui-se haver indícios de inadequação da revisão contratual extraordinária proposta pela ANTT por meio das Notas Técnicas 7/2016/GEINV/SUINF, 10/2016/GEINV/SUINF e 69/2016/GEROR/SUINF.

87. Percebeu-se que alguns investimentos previstos e não concluídos e/ou iniciados até o 3º ano de concessão, conforme noticiado pelo representante, não foram devidamente ajustados no cronograma de investimentos do contrato de concessão da BR-101/ES/BA. Conclui-se, pois, que as inexecuções das obras e serviços de caráter obrigatório não foram devidamente compensadas no desconto da remuneração da concessionária.

88. Dessa forma, há indícios de que a Tarifa Básica de Pedágio calculada pela ANTT, para ser praticada a partir de 18/5/2016, se mostra superestimada, numa primeira análise.

89. Essa conclusão corrobora o manifesto do representante de que: “parece claro que o valor abatido por ocasião dos reajustes compensa, em termos de fluxo de caixa, o investimento não realizado”.

90. Entende-se, portanto, haver requisitos de *fumus boni iuris* para que a ANTT não leve a termo a 2ª Revisão Extraordinária da Concessão, nos moldes indicados pelas Notas Técnicas 7/2016/GEINV/SUINF, 10/2016/GEINV/SUINF e 69/2016/GEROR/SUINF.

91. O requisito de *periculum in mora* se justifica devido à criticada revisão extraordinária impactar na tarifa de pedágio já em 18/5/2016, cabendo, portanto, medida cautelar contra esse ato administrativo da ANTT, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU.

92. Portanto, conclui-se haver os requisitos necessários para a concessão de medida cautelar do TCU, no sentido suspender os efeitos da 2ª Revisão Extraordinária na tarifa básica de pedágio, calculada pela ANTT em 1,97% (peça 19, p. 30), até que a decisão de mérito do feito pelo TCU. Entretanto, tal decisão não abrange o reajuste tarifário, previsto contratualmente.

93. Por fim, entende-se cabível, diante do princípio presunção de legitimidade dos atos administrativos, ouvir previamente a ANTT, no prazo de cinco dias úteis, sobre a adoção dessa medida cautelar, nos termos do § 2º do art. 276 do Regimento Interno do TCU.

CONCLUSÃO

94. Nesta etapa instrutória, concluiu-se sobre a admissibilidade da solicitação de fiscalização feita pela Comissão Externa de Fiscalização da Concessionária ECO 101 – BR-101/ES, da Câmara dos Deputados, com fundamento nos arts. 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução - TCU 215/2008 e 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU.

95. Quanto ao objeto do pedido, concluiu-se que fiscalizações pretéritas do TCU no Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA não tiveram como escopo as obras e serviços de caráter obrigatório (TC 003.499/2011-1 e TC 005.210/2014-3). Portanto, as questões demandadas pela referida Comissão ainda não foram objeto de fiscalização pelo TCU.

96. Além do mais, concluiu-se pela admissibilidade da representação do Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, presidente da referida Comissão Externa da Câmara dos Deputados, com fundamento no inciso III do art. 237 do Regimento Interno do TCU.

97. Por conexão processual, com fundamento no art. 2º, inciso VII, da Resolução-TCU 259/2014, diante da mesma causa de pedir, concluiu-se que a representação e a solicitação de fiscalização da Câmara dos Deputados merecem ser avaliadas simultaneamente no presente processo.

98. Quanto ao pedido de medida cautelar, concluiu-se haver os requisitos para a sua concessão. Para o primeiro requisito, de *fumus boni iuris*, concluiu-se haver indícios de que os representantes da ANTT não levaram em conta a inexecução de obras e serviços de caráter obrigatório quando do cálculo da tarifa básica de pedágio, a ser pactuada em 18/5/2016 por meio da 2ª Revisão Extraordinária do Contrato.

99. Dessa forma, entende-se que a inexecução de determinados investimentos (previstos para serem iniciados e/ou concluídos até o 3º ano de concessão) não foram devidamente tratados pela ANTT na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, são eles: duplicação dos Subtrechos D e E, construção do contorno de Iconha, construção de 27 km de vias locais, construção de 16 passarelas de pedestres, retificações de traçados, implantação do sistema de telefonia de emergência, além de desapropriações e indenizações.

100. Ademais, verificou-se que apesar dessas inexecuções, novos investimentos de retificação de traçado foram incluídos para serem executados a partir do 8º ano de concessão, onerando a tarifa básica de pedágio já a partir de 18/5/2016.

101. Para o segundo requisito, de *periculum in mora*, concluiu-se que a 2ª Revisão Extraordinária terá impacto na tarifa de pedágio já em 18/5/2016, havendo, portanto, risco de ineficácia da decisão de mérito do TCU.

102. Por fim, concluiu-se, em homenagem ao princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, sobre a necessidade de oitiva prévia da ANTT, com fundamento no § 2º do art. 276 do Regimento Interno do TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

103. Diante do exposto, submete-se a presente solicitação do Congresso Nacional, formulada por intermédio do Ofício Pres. 30/16, de 29/3/2016, pelo presidente da Comissão Externa de Fiscalização da Concessionária ECO 101 – BR-101/ES, da Câmara dos Deputados, com base no Requerimento 15/2016, de autoria do Deputado Marcus Vicente, à consideração superior, sugerindo encaminhar o presente processo ao Gabinete do Relator Ministro Augusto Nardes, com proposta de:

a) conhecer da presente solicitação, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 38, inciso I, da Lei 8.443/1992, 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU e 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução - TCU 215/2008;

b) realizar inspeção, nos termos do art. 38, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 240, do Regimento Interno do TCU, junto à ANTT, com o objetivo de examinar a legalidade e legitimidade dos atos administrativos praticados na regulação e fiscalização do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, restringindo-se o escopo à execução de obras e serviços de caráter obrigatório, a fim de subsidiar os trabalhos desta unidade no atendimento à demanda do Congresso Nacional;

c) dar ciência da decisão que vier a ser adotada ao Deputado Marcus Vicente, nos termos da minuta de aviso inserida no módulo “Comunicações” do e-TCU, informando-lhe que, tão logo

sejam concluídos os trabalhos de fiscalização, ser-lhe-á dado conhecimento dos resultados e das medidas adotadas pelo Tribunal;

d) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014;

e) determinar, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva da ANTT, para, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, manifestar-se sobre os fatos apontados na representação formulada pelo Deputado Marcus Vicente, bem como os indícios de irregularidades encontrados pela SeinfraRodovia na proposta de 2ª Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, alertando-o quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a suspensão cautelar da referida revisão;

f) encaminhar cópia do presente processo à ANTT a fim de subsidiar a oitiva prévia.

SeinfraRodovias/4ª DT, 20 de abril de 2016.

Assinado Eletronicamente
Fábio Augusto de Amorim
AUFC - matrícula 8675-4
Diretor