

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: indeferimento do pedido de medida cautelar.

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de solicitação do Congresso Nacional (peça 5), encaminhado pelo Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, presidente de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, o qual 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 ECO101, especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos.

2. Ademais, nestes autos, consta representação do referido parlamentar (peça 6), com pedido de medida cautelar, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU, para suspender o iminente reajuste contratual que deverá ocorrer em 18/5/2016.

HISTÓRICO

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 são avaliadas simultaneamente no presente processo.

4. Conforme despacho (peça 25) proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Relator, os pedidos destes autos foram assim deliberados preliminarmente:

Assim, ante os elementos coligidos na instrução precedente (peças nº 23/24), acolho em parte o encaminhamento proposto pela SeinfraRodovia e DECIDO:

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) 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 presente solicitação, 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;

c) autorizar 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 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;

d) dar ciência da decisão que vier a ser adotada ao Deputado Marcus Vicente, Presidente da Comissão, nos termos da minuta de aviso inserida no módulo “Comunicações” do eTCU, informando-lhe que, tão logo sejam concluídos os trabalhos de fiscalização, ser-lhe-á dado conhecimento dos resultados e das medidas adotadas pelo Tribunal;

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

EXAME TÉCNICO

5. A presente instrução tem como objetivo examinar as argumentações da ANTT em sede de oitiva prévia, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno do TCU, diante dos questionamentos apresentados pelo representante, bem como as considerações trazidas por esta Unidade Técnica (peças 23 e 24).

6. Em resposta à oitiva prévia promovida por esta Secretaria, por meio do Ofício 346/2016-TCU/SeinfraRodovia, datado de 2/5/2016, a ANTT apresentou, tempestivamente, as informações e esclarecimentos constantes da peça 28.

Resumo dos indícios de irregularidades verificados

7. Para fins de melhor compreensão da matéria, faz-se uma síntese dos indícios de irregularidades apontados nos presentes autos.

8. Notícia o representante que a execução das obras de duplicação previstas no Plano de Exploração da Rodovia (PER) do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA possui atrasos significativos, que devem comprometer o cronograma inicialmente previsto.

9. Apesar dos atrasos nessas obrigações contratuais, entende o representante que o desconto tarifário praticado pela ANTT compensa, em termos de fluxo de caixa, o investimento não realizado, e que o mesmo problema teria sido já observado em outros contratos de concessão rodoviária, como o da BR-116/324/BA.

10. Tendo em vista o receio de que o contrato será descumprido, solicita o representante a suspensão cautelar do iminente reajuste tarifário, o qual deverá entrar em vigor a partir de 18/5/2016.

11. Na análise preliminar dos problemas apontados (peça 23), verificou-se indícios de que diversos investimentos previstos para serem concluídos ou iniciados até o final do terceiro ano de concessão (10/5/2016), não foram, de fato, cumpridos pela concessionária, foram eles:

a) Obras de duplicação em trechos de pista simples: subtrecho E (km 255,8 a 305,8)

b) Construção do contorno de Iconha/ES

c) Obras de construção de 27 km de vias locais

d) Construção de 16 passarelas de pedestres

e) Retificações de traçado;

f) Outros investimentos (implantação e instalação dos equipamentos e sistemas, desapropriações e indenizações).

12. Apesar disso, verificou-se indícios de que parte dessas inexecuções não foram levadas em consideração pela ANTT na revisão extraordinária do contrato, não refletindo, portanto, em decréscimos no cálculo do reajuste tarifário a ser praticado a partir de 18/5/2016, ensejando em um possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

13. Assim, avaliou-se a existência dos requisitos de *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar. Todavia, em homenagem ao princípio da legitimidade dos atos administrativos, propôs-se a realização da oitiva prévia, com fundamento no § 2º do art. 276 do Regimento Interno do TCU.

Dos argumentos trazidos pela ANTT

14. Inicialmente o gestor traz esclarecimentos de caráter formal quanto à diferenciação entre as revisões contratuais ordinárias, revisões de reavaliação e as revisões contratuais extraordinárias (peça 28, p. 2-3). Em síntese, define que a primeira se refere às repercussões no cronograma financeiro decorrentes de antecipações e postergações autorizadas ou inexecuções de obras e serviços no PER; bem como as alterações do PER por inclusão, exclusão ou alterações de obras e serviços, autorizados pela ANTT, em caráter excepcional ou em regime de urgência. A segunda, se refere à revisão quinquenal, nos termos do art. 20 da Resolução 1187/2005. A terceira, se refere aos casos não previstos na primeira e na segunda.

15. Portanto, as revisões ordinárias consideram a postergação, para o ano subsequente, dos investimentos previstos no PER e não realizados no ano de concessão objeto da apuração. Dessa forma, os investimentos não executados pela concessionária são tratados em sede de revisão ordinária do contrato, de forma a manter o seu equilíbrio econômico-financeiro.

16. Ademais, o gestor esclarece que eventuais “inexecuções” das obras e serviços são apuradas somente após o término do ano de concessão.

17. Particularmente para o contrato de concessão da BR-101/ES/BA, os anos de concessão se encerram no dia 10 de maio de cada ano. Após esta data é que a ANTT realiza a apuração das inexecuções ocorridas.

18. Assim, as análises efetuadas até o momento pela ANTT se referem às obras e serviços previstos para serem realizados até 10/5/2015 (término do 2º ano de concessão).

19. Além disso, as obras e serviços previstos para serem realizados até 10/5/2016 serão avaliados apenas após essa data (término do 3º ano de concessão). Ademais, como o reajuste tarifário é concedido pela ANTT nos dias 18 de maio de cada ano, as inexecuções observadas até 10/5/2016 apenas serão levadas em conta na revisão tarifária de 18/5/2017.

20. Outro ponto importante trazido pelo gestor é que a ANTT considera como “inexecução” de uma obra apenas quando o prazo estabelecido no PER não é cumprido, mesmo nos casos dos investimentos cuja execução se estenda por dois ou mais anos, e cujas metas intermediárias não são estabelecidas pelo PER.

21. Assim, eventuais inexecuções, por exemplo, das obras de duplicação do Subtrecho E, cujo prazo de conclusão previsto pelo PER é até o final do 4º ano de concessão, serão apuradas apenas após esse prazo (10/5/2017), e levadas em conta na revisão tarifária de 18/5/2018 (peça 28, p.7), independentemente do disposto no cronograma de investimentos.

22. Esse procedimento é justificado pelo gestor com o argumento de que “não há cláusula contratual que determine que o cronograma de investimentos deve considerar a data da efetiva implementação das obras e serviços”. Portanto, a apuração da inexecução teria como base o PER, e não o cronograma de investimentos.

23. Esses argumentos expostos até o momento justificam, na visão do gestor, os atos administrativos praticados por meio da 3ª Revisão Ordinária do Contrato, quanto aos investimentos citados no item 11 desta instrução, por se limitar às obrigações da concessionária previstas até o 2º ano de concessão.

Análise

24. Os argumentos expostos pela ANTT expõem a prática na fiscalização do contrato de concessão da BR-101/ES/BA, no que tange às revisões contratuais ordinárias e extraordinárias.

25. De fato, por esses argumentos, permanecem os indícios de que não foram iniciados e/ou concluídos até o momento, pela concessionária, alguns dos principais investimentos indicados no Programa de Exploração da Rodovia. Particularmente, aqueles previstos para serem executados no 3º ano de concessão (até 10/5/2016), conforme o cronograma de investimentos estabelecido pela concessionária.

26. Da mesma forma, permanecem os indícios de que tais ocorrências não serão levadas em conta pela ANTT no reajuste tarifário a ser concedido a partir de 18/5/2016. As justificativas da ANTT para esta constatação podem ser resumidas em dois argumentos:

a) eventuais inexecuções no período apenas terão reflexo nas tarifas a serem praticadas a partir de 18/5/2017;

b) a inexecução apenas é apurada pela ANTT no prazo contratual previsto para a conclusão de cada investimento, segundo os ditames do PER, independentemente do disposto no cronograma de investimentos.

27. De início, a análise se concentrará nesses dois argumentos principais.

Quanto aos investimentos não concluídos até 10/5/2016 serem objeto de revisão tarifária apenas em 18/5/2017

28. A execução das obrigações estabelecidas no contrato de concessão, incluindo os investimentos de caráter obrigatório, é apurada anualmente pela ANTT. Particularmente para a Concessão da Rodovia BR-101/ES/BA, essa apuração ocorre em 10 de maio de cada ano, quando termina o ano da concessão. Essa data foi estabelecida em razão de que o início da concessão ocorreu em 10/5/2013.

29. Como consequência dessa apuração, são estabelecidas as revisões contratuais ordinárias, que tem como efeito prático a modificação da tarifa básica de pedágio, sem prejuízo de eventual penalização pelos descumprimentos contratuais por parte da concessionária. Conforme disposto no item 16.6.1 do contrato de concessão (peça 8, p. 27), essa revisão tarifária ocorre anualmente, na mesma data prevista para o reajuste da tarifa.

30. O reajuste da tarifa de pedágio ocorre anualmente, conforme o item 16.3.2 do contrato de concessão (peça 8, p. 24), sendo que a data dos reajustes é fixada a partir da data de início da cobrança de pedágio. Como o início da cobrança da tarifa de pedágio na referida concessão ocorreu em 18/5/2014, o reajuste anual da tarifa básica de pedágio ocorre em 18 de maio de cada ano. A base desse reajuste é o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo).

31. Apesar de não afirmar, presume-se que o entendimento da ANTT é de que o intervalo de tempo entre o término do ano de concessão (10 de maio) e a data de revisão/reajuste (18 de maio) seja insuficiente para apurar e formalizar as revisões contratuais, de forma que os efeitos de eventuais inexecuções dos investimentos apenas terão reflexo na data de 18 de maio do ano seguinte.

32. Por causa disso, a ANTT justifica que a revisão/reajuste da tarifa prevista para 18/5/2016 não levou em conta a apuração das obrigações contratuais do 3º ano de concessão, cujo prazo de conclusão é até 10/5/2016.

33. Destaca-se que essa apuração não envolve apenas as obras de caráter obrigatório, mas também a análise do cumprimento dos parâmetros desempenho das obras e serviços de caráter não obrigatório, bem como as obras condicionadas ao volume de tráfego, além de outras obrigações estabelecidas no PER.

34. Assim, constata-se que essa proximidade entre as datas tem levado a ANTT a postergar por um ano os reflexos tarifários decorrentes a inexecução de obras na BR-101/ES/BA. Esse

procedimento se torna perceptível no cenário atual da concessão, que é o atraso no início das principais obras e serviços de caráter obrigatório, sem a tempestiva diminuição da tarifa.

35. Na prática, a consequência é que as obras ou serviços eventualmente não executados pela concessionária, contrariando o contrato, irá gerar um decréscimo da tarifa básica de pedágio apenas 1 ano e 8 dias depois de constatada a inexecução.

36. Assim, como esse fato ocorre sucessivamente, ano após ano, a tarifa básica de pedágio praticada no contrato de concessão da BR-101/ES/BA sempre estará defasada.

37. Como a execução de determinadas obras do contrato de concessão está atrasada, conforme noticiado pelo representante, e as revisões tarifárias ainda não tiveram um decréscimo por esse motivo (o que deverá ocorrer apenas em 18/5/2017), resta evidente a percepção, principalmente por parte da sociedade e dos usuários da via, que a tarifa de pedágio está sendo recolhida sem a devida contraprestação dos serviços.

38. Essa percepção dos usuários, e da população lindeira da rodovia, não por acaso, refletiu na constituição de Comissão Externa na Câmara dos Deputados para fiscalizar o contrato de concessão da BR-101/ES/BA, no exercício do controle externo.

39. Portanto, o fato de que inexecuções contratuais observadas até 10/5/2016 tenham reflexos apenas em 18/5/2017 geram prejuízos à própria credibilidade da concessão rodoviária, em detrimento à imagem da própria União. Ademais, não se mostra razoável que os usuários da rodovia, diante de um cenário de relevantes atrasos de investimentos, sejam cobrados por tarifas mais elevadas em razão da inércia da Administração, particularmente da ANTT, em apurar as inexecuções do contrato.

40. De todo modo, em que pese o curto intervalo de tempo entre o término do contrato de concessão e a data de reajuste tarifária, nada impede que a ANTT avalie, de forma antecipada, se um determinado investimento será ou não concluído no prazo previsto. Para tal, pode-se utilizar o cronograma físico das obras como parâmetro de avaliação.

41. Nos termos do art. 20, inciso II, da Lei 10.233/2001, são objetivos da ANTT:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: (...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

42. Com isso, entende-se que cumpre, à ANTT, no papel de agência reguladora, buscar os procedimentos necessários para harmonizar, de um melhor modo, os objetivos dos usuários e da concessionária, preservando o interesse público e a credibilidade da concessão rodoviária.

43. Isso porque, até o presente momento, percebe-se a ocorrência de desequilíbrios na regulação do serviço por parte da ANTT, de modo que a tarifa básica de pedágio cobrada no contrato de concessão está excessivamente defasada em relação às obrigações da concessionária. Ou seja, tem-se um desequilíbrio entre as obrigações da concessionária e sua respectiva remuneração.

Quanto à apuração da execução dos investimentos apenas após o prazo final estabelecido pelo PER

44. Outro procedimento da ANTT na condução do contrato de concessão que merece ser avaliado é a apuração da execução dos investimentos apenas no seu prazo final de conclusão, conforme as datas estabelecidas pelo PER, independentemente do que dispõe o cronograma de investimentos.

45. Esse cronograma é parte do Plano de Negócios da concessionária, apresentado durante o processo licitatório, e que fundamenta a tarifa básica de pedágio cobrada dos usuários da concessão. Nele, são estabelecidos os investimentos a serem realizados durante todo o prazo do contrato, bem como seus respectivos valores e datas de execução.

46. Tomando-se como exemplo a construção do Contorno de Iconha/ES, que é uma obrigação da concessionária, o PER estabelece que tal obra deve estar concluída até o final do 4º ano de concessão.

47. Para tal, o cronograma de investimentos da rodovia, assim dispõe sobre essa obra:

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 (40%)	R\$ 27.018.706,73 (60%)

Valores referentes a janeiro/2009

48. Ou seja, existe a previsão financeira de que este investimento seja executado no terceiro ano e concluído no quarto ano, de modo que a atual tarifa básica de pedágio reflete diretamente este cronograma. Ou seja, a tarifa de pedágio é precificada de modo a que cerca de 40% dos investimentos para a construção do contorno de Iconha/ES sejam efetivamente feitos pela concessionária.

49. Depreende-se dos argumentos trazidos pela ANTT, que os investimentos indicados no cronograma para o 3º ano de concessão (40% do total), apesar de não executados, não serão avaliados quando da apuração do cumprimento do contrato, ao final do 3º ano de concessão. Assim, o valor indicado no cronograma de investimentos (R\$ 18.012.471,15) não sofrerá alterações, o que tem como consequência a manutenção da tarifa básica de pedágio.

50. Portanto, mesmo diante da não realização desses investimentos no 3º ano de concessão, não haverá alterações na revisão tarifária seguinte, segundo os procedimentos atuais da ANTT na condução do Contrato da BR-101/ES/BA.

51. Entende a ANTT que deve ser privilegiado o PER, de modo que cumprido o prazo de conclusão desse investimento (no 4º ano de concessão), o contrato estaria sendo cumprido e, portanto, o equilíbrio econômico-financeiro também estaria mantido. Desse modo, não haveria que se falar em recomposição desse equilíbrio, nem alteração do cronograma de investimentos, nem da tarifa, desde que cumprido o prazo final de conclusão. Seria o caso, por exemplo, de a concessionária, na prática, executar toda a obra no 4º ano de concessão, de forma que seu cronograma de investimentos fosse assim distribuído na realidade:

Item	Descrição	Total	Ano 3	Ano 4
4.1.2.1	Execução de contornos - Contorno de Iconha	R\$ 45.031.177,88	- (0%)	R\$ 45.031.177,88 (100%)

Valores referentes a janeiro/2009

52. Portanto, em termos financeiros, para a concessionária, o atraso no início das obras não gera uma diminuição da arrecadação, conforme anotado pelo representante, haja vista que seu cronograma de investimentos não será alterado no caso de cumprimento das metas do PER e, por conseguinte, a tarifa de pedágio também não. Ou seja, o atraso na execução dos investimentos não acarretará, na prática, em perda de arrecadação, desde que os prazos finais sejam cumpridos. Caso os prazos finais não sejam cumpridos, a revisão da tarifa de pedágio somente será efetivada após mais de um ano do prazo estabelecido pelo PER.

53. Todavia, lembra-se que a distribuição dos investimentos no cronograma tem influência direta na tarifa de pedágio da concessão, e compõe o Plano de Negócios apresentado pela concessionária quando a participação na licitação.

54. Considerando que as condições efetivas da proposta devem ser mantidas, conforme dispõe o item 20.4.2 (iii) do contrato, presume-se que o Plano de Negócios também deve ser preservado, incluindo o cronograma de investimentos. Ou seja, a tarifa e ser recebida pela concessionária deve guardar correspondência com o seu Plano de Negócios apresentado durante a licitação.

55. Desse modo, à medida que o Plano de Negócios inicialmente proposto não é cumprido, para que as condições da proposta sejam mantidas, deve-se proceder, também a revisão tarifária, nos termos da Resolução-ANTT 675/2004 e no item 20.4.2 (iii) do contrato:

Resolução-ANTT 675/2004:

Art. 2º Nas revisões ordinárias serão considerados: (...)

III as repercussões no cronograma financeiro decorrentes de:

a) antecipações e postergações autorizadas ou inexecuções de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração;

Item 20.4.2 (iii) do contrato de concessão:

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

56. Nesse entendimento, considera-se que o cronograma de investimentos é um reflexo das obrigações contratuais estabelecidas pelo PER. Assim, dada a obrigação de a concessionária executar as obras do contorno de Iconha/ES até o final do 4º ano de concessão (10/5/2017), o cronograma de investimentos dispõe em que medida os custos e despesas para a execução desse investimento são distribuídos ao longo do tempo. Já a tarifa básica de pedágio é um reflexo direto desse cronograma.

57. Na medida em que o cronograma de investimentos proposto inicialmente pela concessionária não é cumprido, natural se pressupor, também, que a tarifa básica de pedágio não deve refletir o cronograma inicial, devendo ser alterada, de modo a manter as condições efetivas da proposta. Caso contrário, ter-se-ia um desequilíbrio financeiro do contrato.

58. De fato, há indícios de que esse desequilíbrio financeiro esteja ocorrendo no Contrato da BR-101/ES/BA para alguns investimentos de caráter obrigatório, entre eles a construção do Contorno de Iconha/ES, a execução de obras de duplicação do subtrecho E, e as obras de retificação de traçado. Essas obras totalizam investimentos estimados pela concessionária em

R\$ 80.350.821,10 (ref. janeiro/2009). Em valores atuais, de abril de 2016, reajustados pelo IPCA, isso representa cerca de R\$ 128 milhões.

59. De tal forma, dada a obrigação de execução de investimentos da ordem de R\$ 128 milhões pela concessionária, precificou-se uma tarifa pedágio, atualmente praticada, de R\$ 0,05417 / km, desde 18/5/2015. À medida que esses investimentos não estão sendo executados, natural avaliar que a mesma tarifa de pedágio não merece ser praticada, sob pena de desequilíbrio financeiro do contrato.

60. Deve-se cumprir, portanto, o que dispõe o item 20.4.2 do contrato, de modo que o equilíbrio deve ser recomposto, na reavaliação do fluxo de caixa descontado não alavancado apresentado no Plano de Negócios.

61. Entende-se, pois, que não basta aguardar o término do prazo previsto no PER para a conclusão das obras para se apurar eventual recomposição do equilíbrio financeiro do contrato.

Quanto à conformidade das revisões tarifárias procedidas pela ANTT, a serem praticadas em 18/5/2016

62. Com base nessas análises, e levando-se em conta a tarifa básica de pedágio que será levada a termo a partir de 18/5/2016 pondera apenas o descumprimento das obrigações contratuais até o 2º ano de concessão, entende-se que deve ser procedida a alteração do cronograma de investimentos no que tange ao item 8.10.2.1 (Implantação e Instalação dos Equipamentos e Sistemas), cujo Plano de Negócios não foi cumprido.

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

Valores referentes a janeiro/2009

63. Neste ponto, diverge-se do disposto na Nota Técnica 10/2016/GEINV/SUINF (peça 18, p. 177-261), onde os representantes da ANTT avaliaram que poderiam considerar esse investimento como “inexecução” apenas no término do 4º ano de concessão, que é o prazo indicado no PER. Tal conclusão se justifica com base na análise procedida nos itens 44 a 61 desta instrução.

64. Quanto aos atrasos observados em investimentos como as obras de duplicação do subtrecho E (km 255,8 a 305,8), a construção do contorno de Iconha/ES, as obras de construção de 27 km de vias locais, a construção de 16 passarelas de pedestres, as obras de retificações de traçados, e as desapropriações e indenizações, entende-se que essas inexecuções parciais devem ser levadas a termo quando da análise dos investimentos do 3º ano de concessão, ajustando-se inclusive o cronograma de investimentos, sendo desmedido aguardar até o prazo de conclusão previsto no PER para efetuar tais ajustes.

65. Quanto às obras de retificação de traçado, avaliou-se na instrução à peça 23, que houve a inclusão de mais obras de retificação de traçado na BR-101/ES, conforme proposto pela Nota Técnica 10/2016/GEINV/SUINF (peça 18, p. 237-249). Essas novas obras seriam executadas a partir do 8º ano de concessão. 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.

66. Em resposta, o gestor da ANTT argumentou que se faz necessário definir com antecedência tais investimentos. Apesar disso, entende-se que a questão deve ser apurada de forma

mais ampla e completa na realização da inspeção já autorizada pelo Ministro Relator, haja vista o caráter discricionário de tal decisão por parte do regulador.

67. Todavia, anota-se, em princípio, que se mostra um contrassenso a inclusão de novos valores no cronograma de investimentos, de obras que serão executados apenas no 8º ano de concessão, de modo a onerar desde já na revisão tarifária. Principalmente pelo fato de os investimentos que já estão previstos no cronograma não estarem sendo devidamente cumpridos pela concessionária. Poder-se-ia, por exemplo, a ANTT incluir os novos investimentos apenas na 8ª Revisão Ordinária do Contrato, sem onerar a tarifa neste momento. Assim, observa-se que a inexecução de investimentos previstos no contrato não está sendo devidamente equilibrada com a diminuição da tarifa, mas, em contrapartida, novos investimentos a serem executados a partir do 8º ano de concessão estão onerando a tarifa desde já.

68. Por fim, quanto ao reajuste proposto, com base no IPCA, como já adiantado na instrução anterior à peça 23, o atraso na execução de investimentos 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.

Quanto à concessão da medida cautelar preteada pelo representante

69. Por essas considerações, numa análise perfunctória do contrato de concessão, do PER, das Notas Técnicas que fundamentaram a proposta de reajuste tarifário a ser praticado em 18/5/2016, e levando-se em conta, ainda, a oitiva prévia da ANTT, conclui-se que os procedimentos de regulação da referida Agência, na condução do cálculo das tarifas de pedágio, carecem de melhoramentos.

70. Primeiro, no que tange ao excessivo tempo entre o término do ano da concessão (10/5) e a correspondente revisão ordinária da tarifa (18/5 do ano seguinte). A consequência é que as tarifas praticadas no contrato de concessão da BR-101/ES/BA se mostram permanentemente defasadas. Assim, num cenário em que os investimentos podem não serem concluídos no prazo estabelecido pelo PER, conforme alertado pelo representante, a tarifa básica de pedágio praticada, tende a se mostrar constantemente superestimada.

71. Segundo, ao fato de não serem apuradas pela ANTT, inexecuções parciais de determinadas obras, principalmente aquelas consideradas obrigatórias e que possuem o prazo de execução superior a um ano, nos termos do Plano de Negócios proposto pela concessionária. Para essas obras, a ANTT realiza uma avaliação do cumprimento da meta somente após o término do prazo estabelecido no PER. Por conseguinte, a ANTT não planeja efetuar ajustes no cronograma de investimentos até este prazo. Concluiu-se que isso gera uma quebra do equilíbrio financeiro do contrato, pela não manutenção das condições efetivas da proposta. E mais, para obras que forem iniciadas com atraso, mas tiverem seu prazo cumprido nos termos do PER, a ANTT também não planeja efetuar ajustes no cronograma financeiro, diminuindo o valor da tarifa. Desse modo, o atraso no início das obras, desde que cumprido o prazo do PER, não gera diminuição da arrecadação, por parte da concessionária.

72. Da mesma forma, esse procedimento atualmente praticado pela ANTT causa uma defasagem na tarifa básica de pedágio, motivando uma percepção negativa por parte dos usuários sobre o modelo de concessões.

73. Por tais razões, entende-se que cabe à ANTT corrigir o rumo de tais procedimentos, no exercício do seu poder de regulação, nos termos do art. 20, inciso II, da Lei 10.233/2001.

74. Essa correção de rumos deve ocorrer já a partir da análise do cumprimento dos investimentos da concessionária estabelecidos para o 3º ano de concessão, que deve ser levado a termo, ou seja, refletido na tarifa, tão logo seja concluída a apuração, sem a necessidade de se aguardar mais de um ano para revisar a tarifa de pedágio. Nesse sentido, podem ser feitos os ajustes contratuais necessários, conforme prevê o próprio contrato de concessão, em seu item 36.3.1.

75. Ademais, para os investimentos de caráter obrigatório, entende-se que a apuração da execução das obras pode ser feita de forma antecipada, sem que seja necessário aguardar o término do ano da concessão, utilizando-se, para isso, do cronograma físico das obras.

76. Tais ajustes, no entanto, devem ser propostos por esta Unidade Técnica após a realização da inspeção, juntamente com as demais propostas de encaminhamento pertinentes.

77. Todavia, como as revisões contratuais ora propostas pela ANTT fazem menção somente às obrigações previstas para o 2º ano de concessão, não há reparos relevantes a se fazer, numa análise preliminar, que justifiquem a concessão de medida cautelar, principalmente pela não proeminência do requisito de *fumus boni iuris*, à exceção do disposto no item 62 e 63 desta instrução.

78. Até porque, a suspensão da revisão tarifária a ser praticada a partir de 18/5/2016 geraria um efeito contrário ao pretendido pelo representante. Verifica-se que, depois da avaliação do cumprimento das obrigações da concessionária estabelecidas no 2º ano de concessão, a revisão tarifária calculada pela ANTT resultou em uma diminuição da tarifa básica de pedágio quilométrica, de R\$ 0,03707 / km para R\$ 0,03615 / km (redução de 2,48%) – peça 19, p. 31. Isso ocorreu, principalmente, pelo descumprimento, por parte da concessionária, de parâmetros de desempenho em obras e serviços de caráter não obrigatório.

79. O aumento tarifário efetivo ocorrerá em razão da aplicação do índice de reajuste anual, com base no IPCA, de 9,39% (peça 19, p.32). Combinadas essas duas alterações, o aumento tarifário efetivo foi calculado em 6,68% (peça 19, p. 32-33).

CONCLUSÃO

80. O documento constante da peça 5 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso III, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014.

81. No que tange ao requerimento de medida cautelar, entende-se que este não deve ser acolhido, por não estar presente nos autos o requisito de *fumus boni iuris*.

82. Além disso, diante dos fatos apurados, concluiu-se que, de fato, há indícios de que não foram iniciados e/ou concluídos até o momento, pela concessionária, alguns dos principais investimentos indicados no Programa de Exploração da Rodovia. Particularmente, aqueles previstos para serem executados no 3º ano de concessão (até 10/5/2016), conforme o cronograma de investimentos estabelecidos pela concessionária.

83. Ademais, constatou-se que tais ocorrências não serão levadas em conta pela ANTT no reajuste tarifário a ser concedido a partir de 18/5/2016.

84. Entretanto, como as revisões contratuais ora propostas pela ANTT fazem menção somente às obrigações previstas para o 2º ano de concessão, não há reparos relevantes a se fazer, numa análise preliminar, que justifiquem a concessão de medida cautelar, principalmente pela não proeminência do requisito de *fumus boni iuris* quanto à 3ª Revisão Ordinária do Contrato.

85. Quanto ao pedido de suspensão do reajuste tarifário, feito pelo representante, entende-se que o atraso na execução de investimentos não enseja medidas contratuais no sentido de impedir o reajuste tarifário. Assim, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não se verifica a ocorrência do *fumus boni iuris* para suspender cautelarmente o iminente reajuste tarifário de 18/5/2016.

86. Apesar disso, concluiu-se que existe um excessivo espaço de tempo entre a apuração das obrigações da concessionária, por parte da ANTT, e o correspondente reajuste tarifário. Nos termos do art. 20, inciso II, da Lei 10.233/2001, a Agência deve harmonizar de uma melhor forma esse procedimento, de modo a mitigar essa defasagem da tarifa.

87. Além do mais, concluiu-se que, de forma indevida, o atraso no início das obras não tem gerado consequências financeiras para a concessionária, de modo que a ANTT não vem procedendo à devida revisão da tarifa de pedágio quando esse evento ocorre, contrariando o que dispõe a Resolução-ANTT 675/2004 e o Contrato de Concessão, no item 20.4.2 (iii).

88. Isso ocasiona, portanto, um desequilíbrio financeiro do contrato. Esse procedimento, se corrigido pela ANTT, irá gerar devida diminuição da tarifa básica de pedágio após a apuração das inexecuções das obrigações estabelecidas até o final do 3º ano de concessão.

89. As medidas administrativas adequadas para corrigir os apontamentos feitos pelo representante devem ser apuradas de forma mais ampla e completa durante a inspeção que está sendo conduzida neste processo, oportunidade em que devem ser feitas as demais propostas de encaminhamento decorrentes dessa fiscalização.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

90. À peça 33, a concessionária ECO101 efetuou pedido de ingresso aos autos como interessada.

91. Diante das repercussões que a condução desse processo pode gerar no contrato de concessão, considera-se legítima a inclusão, nos termos do art. 146 do Regimento Interno do TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

92. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) 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;

b) indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pelo Exmo. Sr. Deputado Federal Marcus Vicente, tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida;

c) habilitar a ECO101 Concessionária de Rodovias S.A como interessada nestes autos;



d) comunicar a decisão que vier a ser adotada à ANTT e ao representante, informando-lhe que na inspeção que está sendo conduzida nestes autos serão apuradas as medidas administrativas adequadas para corrigir os apontamentos que deram origem à presente solicitação.

SeinfraRodovias/4ª DT, 16 de maio de 2016.

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