

**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. 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 ECO-101, 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 reajuste tarifário concedido pela ANTT.

## 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.

5. O exame técnico dos argumentos da oitiva prévia foi realizado por meio das peças 34 e 35.

6. Em seguida, diante de novas informações prestadas pela ANTT, o processo retornou a esta Unidade Técnica, conforme despacho constante à peça 38, nos seguintes termos:

Ante as novas informações prestadas pela ANTT via e-mail em decorrência da reunião técnica realizada em 18/5/2016, com a participação de servidores do Gabinete do Ministro Augusto Nardes, da SeinfraRodovia e de representantes da agência reguladora, restituo, com fulcro na competência delegada pelo inciso III do art. 3º da PORTARIA-GAB-AN Nº 1, de 30 de junho de 2015, os autos à unidade técnica para saneamento, consubstanciado na juntada daqueles documentos no processo e na complementação da análise técnica, ponderando, desta feita, esses novos elementos.

### EXAME TÉCNICO

7. A presente instrução tem como objetivo complementar a análise técnica (peça 34) sobre a existência dos pressupostos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* para a concessão de medida cautelar solicitada pelo representante (peça 6), ponderando, ademais, os novos elementos encaminhados pela ANTT (peça 41).

8. Registra-se, por oportuno, que a ANTT publicou, em 27/5/2016, a Resolução 5.105/2016 (peça 43), por meio da qual aprovou a revisão/reajuste tarifário em favor da Concessionária ECO 101 – Concessionária de Rodovias S/A. Sendo assim, os aumentos tarifários pugnados pelo representante foram levados a termo a partir de 30/5/2016, conforme o art. 6º da referida resolução.

9. Rememora-se que o exame técnico anterior (peça 34), juntamente com a primeira análise (peça 23), explorou três questões centrais acerca do pedido cautelar do representante:

- a) Quanto à suspensão cautelar do reajuste tarifário;
- b) Quanto aos investimentos não concluídos até 10/5/2016 serem objeto de revisão tarifária apenas em 18/5/2017;
- c) Quanto à apuração da execução dos investimentos apenas após o prazo final estabelecido pelo PER (Programa de Exploração da Rodovia).

10. Para a primeira questão, concluiu-se preliminarmente que (peça 23, p. 7):

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. (...)

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.

11. Para a segunda questão, concluiu-se preliminarmente que (peça 34, p. 5):

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 tarifário, 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. (...)

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.

12. Para a terceira questão, concluiu-se preliminarmente que (peça 34, p. 7):

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.

13. Considerando esses elementos de convicção preliminar, entendeu-se não haver razões para a concessão de medida cautelar pela não proeminência do pressuposto de *fumus boni iuris*, pois, as avaliações feitas pela ANTT revelam uma análise contratual sobre os investimentos previstos para serem executados até o 2º ano de concessão. Todavia, os relevantes investimentos que deixaram de ser executados pela concessionária remetem ao 3º ano de concessão, fato que não foi apurado pela ANTT até o momento, em razão de que o término deste ano contratual ocorreu em 10/5/2016.

14. Sendo assim, o exame técnico feito até o momento revelou a necessidade de correção de procedimentos pela ANTT de modo a harmonizar, de um melhor modo, os objetivos dos usuários e da concessionária, preservando o interesse público e a credibilidade da concessão da rodovia. Esses procedimentos consistem nos fatos observados por meio das segunda e terceira questões supracitadas. Entretanto, entendeu-se que tais correções deveriam ser mais bem avaliadas após a realização de inspeção por esta Unidade Técnica (em curso), e não em sede de medida cautelar.

15. Registra-se que, nos termos do despacho à peça 35, o titular desta Unidade Técnica ponderou haver os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida cautelar.

### Resumo dos novos elementos

16. Elementos complementares de informação foram encaminhados pelo representante da ANTT (peça 41), o qual trouxe considerações sobre o segundo quesito analisado “Quanto aos investimentos não concluídos até 10/5/2016 serem objeto de revisão tarifária apenas em 18/5/2017”.

17. Em síntese, justifica que o processo de apuração das inexecuções de investimentos por parte das concessionárias exige procedimentos prévios de levantamento de informações, comunicações e contraditório, bem como a provação por Diretoria Colegiada, o que demanda um prazo de pelo menos três meses da ANTT. Ademais, argumenta que a anualidade dos reajustes tarifários, concomitante com os dispositivos contratuais, justifica o fato de que os investimentos não concluídos até 10/5/2016 serão objeto de revisão tarifária apenas em 18/5/2017.

18. Destaca, ainda, que o processo de apuração das inexecuções de investimentos tem como baliza normativos internos da Agência, que são aplicados em todos os contratos de concessão, indicando, em suas palavras, isonomia e estabilidade das regras aplicáveis aos contratos.

19. Ademais, o representante da ANTT defende que o normativo interno é isonômico, no sentido de que o prazo é aplicado tanto para os fatos ensejadores de redução tarifária quanto de aumento tarifário. Assim, em suas palavras: “houve concessões de rodovias que suportaram os ônus da isenção tarifária por quase um ano”, fazendo menção a isenção tarifária concedida aos caminhões vazios com eixos suspensos pela Lei 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros).

20. Conclui que eventual entendimento do TCU acerca de possível aprimoramento no processo de apuração de reprogramações/inexecuções e de seus efeitos sobre revisões tarifárias deve considerar a existência desse conjunto de normas, cuja melhoria pode ser objeto de aprofundamento, evitando-se, por outro lado, a aplicação de medida específica em um processo de revisão.

21. Adiante, argumenta que efetuou simulações de forma a avaliar o impacto tarifário caso as inexecuções observadas no 3º ano de concessão fossem levadas em consideração no cálculo da revisão tarifária recém aprovada. Como resultado, argumenta que a diferença “seria de apenas 0,8% da Tarifa Básica de Pedágio”, representando “um efeito relativamente pequeno e desproporcional aos efeitos negativos de adoção de um número preliminar, sem observância das normas vigentes sobre as revisões tarifárias”.

### Análise

22. Entende-se que os novos elementos trazidos pela ANTT, apesar de explicarem, de uma melhor forma, os procedimentos internos para as revisões tarifárias, considera-se que não são suficientes para modificar as conclusões do exame técnico efetuado à peça 34.

23. Naquela oportunidade considerou-se, de fato, curto o espaço de tempo entre o término do contrato de concessão e a data de reajuste tarifária. Todavia, alertou-se que não havia impedimento para que a ANTT avalie, de forma antecipada, se um determinado investimento será ou não concluído no prazo previsto. Para tal, poderia ser utilizado o cronograma físico das obras como parâmetro. Ressalta-se que a ANTT realiza acompanhamentos mensais das obras, sendo possível avaliar se um determinado investimento será ou não cumprido, sem que seja necessário aguardar o término do ano de concessão. Além disso, não se pode olvidar que se tratam de procedimentos internos da ANTT, que merecem ser constantemente aprimorados, principalmente ao se constatar que a sua aplicação tem gerado distorções contratuais e desequilíbrios regulatórios, como é o caso da concessão da Rodovia BR-101/ES/BA.

24. Ademais, discorda-se que a aplicação da norma seja isonômica pela ANTT. Destaca-se, por exemplo, que as revisões tarifárias concedidas em razão da Lei dos Caminhoneiros não atenderam a regra de anualidade das revisões tarifárias. Cita-se, como exemplo, o contrato de concessão da Rodovia BR-050/GO/MG, cuja revisão ocorreu a partir de 12/1/2016, nos termos da Resolução-ANTT 4.988/2016, antes mesmo do reajuste tarifário, que ocorre em 12/4 de cada ano.

25. Nas simulações do fluxo de caixa da concessão, efetuadas pela ANTT, foram levados em conta os efeitos das inexecuções de investimentos estabelecidos no 3º ano de concessão. Como resultado, foi encontrada uma redução de 0,8% da Tarifa Básica de Pedágio, em comparação com a tarifa previamente calculada, onde se levou em conta, apenas, os investimentos estabelecidos até o 2º ano de concessão.

26. Os arquivos foram encaminhados por correio eletrônico pela ANTT a esta Unidade Técnica. Na prática, o que se observou foi a apuração preliminar de inexecuções, no 3º ano de concessão, da ordem de aproximadamente R\$ 46 milhões (a preços iniciais), o que representa cerca de R\$ 73 milhões em valores atuais. Esses valores se referem, apenas, às obras de ampliação da capacidade e outras melhorias.

27. Esse valor é relevante, pois representa aproximadamente 55% dos investimentos que estavam previstos para serem executados no 3º ano de concessão. Ou seja, mais da metade dos investimentos previstos para o 3º ano de concessão não foram executados pela concessionária.

28. Dessa forma, na simulação de cálculo tarifário feito pela ANTT, houve, em síntese, o remanejamento dos investimentos não executados, do 3º ano, para o 4º ano. Assim, os investimentos previstos para o 4º ano de concessão aumentaram de R\$ 165,5 milhões para R\$ 210 milhões (cerca de R\$ 336 milhões em valores atuais). Houve o adiamento dos valores para a duplicação do subtrecho E (R\$ 14.850.563,43) e construção do Contorno de Iconha (R\$ 18.856.886,95).

29. Além do mais, observou-se a antecipação de alguns investimentos que, em tese, foram executados no 3º ano de concessão, como a duplicação do subtrecho C (R\$ 1.218.821,42, a preços iniciais) e subtrecho G (R\$ 3.010.917,70, a preços iniciais).

30. Ainda, observou-se a alteração de alguns critérios para o cálculo da perda tarifária em razão da Lei dos Caminhoneiros.

31. Com isso, foi realizado pela ANTT um novo cálculo da tarifa básica de pedágio (TBP), a qual se aplicaria até o 25º ano de concessão, representando uma diminuição de 0,8% da TBP durante os 22 anos restantes de contrato, em comparação com a tarifa anteriormente calculada.

32. Essa diminuição da tarifa, se fosse levada a termo, resultaria em uma perda de arrecadação de, aproximadamente, R\$ 41 milhões (preços iniciais) a longo prazo, ou, aproximadamente R\$ 65 milhões em valores atuais. Ou seja, caso a simulação produzida pela ANTT fosse concretizada, geraria uma redução do pedágio a ser pago pelos usuários da rodovia, de R\$ 65 milhões, a preços atuais, até o término da concessão. Considera-se que tais números são relevantes e não devem ser menosprezados.

33. Entretanto, como se trata de cálculo efetuado para o longo prazo, o impacto tarifário neste ano tende a ser mínimo. Por isso, como resultado prático, haveria uma diminuição de R\$ 0,10 da tarifa reajustada para duas praças de pedágio, o que representaria uma redução de aproximadamente R\$ 2 milhões, até maio/2017, da tarifa paga pelos usuários. Repisa-se que tais números não merecem ser desprezados.

34. Fato é que, no curto prazo, essa diminuição da arrecadação, de R\$ 2 milhões anuais, representa menos de 1% da arrecadação prevista no Plano de Negócios da Concessionária para o 4º ano de concessão, de R\$ 209,6 milhões em valores atuais.

35. Questiona-se, portanto, a efetividade de tais medidas pela ANTT. Não é por acaso que o índice de inexecuções de investimentos nas rodovias federais concedidas tem se mostrado alto, segundo as informações frequentemente recebidas por esta Unidade Técnica, em razão do disposto no art. 7º da Instrução Normativa-TCU 46/2004.

36. Sendo assim, considera-se oportuno avaliar, sob a ótica da eficiência da Administração Pública, e cumprimento dos ditames legais e contratuais, oportunidades de correção e melhoria nos procedimentos da ANTT na condução do contrato de concessão rodoviária da BR-101/ES/BA, mormente na análise do equilíbrio econômico financeiro.

37. Por fim, nota-se que as barreiras suscitadas pela ANTT, haja vista os seus normativos existentes, não são intransponíveis e merecem ser reavaliadas. Repisa-se que se trata de uma evolução que pode ser feita e tem como beneficiário a própria União e a credibilidade do seu modelo de concessões rodoviárias. Assim, dentro do conceito de manutenção permanente do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão, incluindo a BR-101/ES/BA, é possível vislumbrar oportunidades de melhoria na atuação da ANTT, entretanto, conforme dito anteriormente, não se trata de uma avaliação que possa ser feita de forma perfunctória, no âmbito de uma análise de medida cautelar.

38. Até porque os novos cálculos efetuados pela ANTT apenas poderão ser avaliados de forma completa após a finalização da fiscalização que está em curso.

## CONCLUSÃO

39. Diante dos novos elementos apresentados pela ANTT, não se observou argumentos que levassem à modificação das propostas de encaminhamento indicadas na análise preliminar, à peça 34.

40. Confirmou-se que há correções e oportunidades de melhoria a serem feitas pela ANTT na concessão da BR-101/ES/BA, mormente no estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Todavia, entende-se que não se trata de uma avaliação que possa ser feita de forma completa em análise de medida cautelar. Considera-se que seja do bom alvitre que as medidas corretivas sejam avaliadas pelo TCU após a conclusão da inspeção em curso.

41. Destacou-se, ainda, que a ANTT concretizou o aumento tarifário na concessão da BR-101/ES/BA, por meio da Resolução-ANTT 5.105/2016, de 27/5/2016, cujos efeitos foram produzidos a partir de 30/5/2016.

42. Verificaram-se, ademais, os novos cálculos produzidos pela ANTT. Caso esses cálculos fossem levados a termo, em vez do aumento tarifário indicado na Resolução 5.105/2016, resultariam em uma redução da TBP de 0,8%. Sendo assim, caso as inexecuções de investimentos observadas no 3º ano de concessão fossem levadas em conta no reajuste tarifário haveria uma diminuição da Tarifa Básica de Pedágio de R\$ 3,78 (a cada 100 km) para R\$ 3,75 (a cada 100 km).

43. Ao contrário do defendido pela ANTT, concluiu-se que tal diminuição é significativa, em razão de que seus efeitos irão se refletir ao longo de toda a concessão, até maio de 2038.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

44. 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.

SeinfraRodovia/4ª DT, 5 de junho de 2016.

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