VOTO

Em exame, Solicitação do Congresso Nacional decorrente de pedido de fiscalização para examinar a conformidade do Contrato de Concessão da BR-101/ES/BA, a cargo da Concessionária ECO101, especialmente quanto ao cumprimento das obrigações da concessionária e à atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Histórico do processo

2. Tal fiscalização foi solicitada pela Comissão Externa da Câmara dos Deputados, tendo sido encaminhada ao TCU por intermédio do Ofício Pres. nº 30/16, de 29 de março de 2016, de autoria do Deputado Federal Marcus Vicente, então presidente da comissão.

3. Além da realização dessa fiscalização, em nova peça acostada aos autos (peça 6) aquele colegiado também solicitou a suspensão cautelar do reajuste da tarifa básica de pedágio (TBP) previsto para maio de 2016 (3ª revisão ordinária (RO) e 2ª revisão extraordinária (RE)), em função da alegada inexecução dos investimentos pactuados no contrato de concessão.

4. À época daquele pedido de suspensão cautelar do reajuste da TBP (maio/2016), em conformidade com o entendimento da unidade técnica, proferi despacho, indeferindo a cautelar pleiteada (peça 50), bem como encaminhei estes autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodovias) para que fosse realizada a fiscalização solicitada pela Câmara dos Deputados.

5. Nesse trabalho fiscalizatório, a unidade técnica especializada identificou as seguintes falhas na concessão sob análise:

a) inexecução de obras de caráter obrigatório; e

b) desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das revisões tarifarias.

6. Além disso, segundo a unidade técnica, as causas identificadas para o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão BR-101/ES/BA se resumem em:

a) atraso na apuração dos investimentos não executados até o 3º ano de concessão;

b) desatualização do cronograma de investimentos; e

c) desvirtuamento da taxa interna de retorno em razão dos atrasos e inexecução dos investimentos.

7. Com vistas a obter os esclarecimentos da ANTT e da ECO101 a respeito das impropriedades acima mencionadas, este Tribunal determinou as oitivas de ambas por intermédio do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário (peça 101), nos seguintes termos:

> (...)
> 9.5. determinar, com fundamento no art. 250, inciso V, do RITCU, as oitivas da Agência Nacional de Transportes Terrestres e da ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. (ECO101) para que, no prazo de quinze (15) dias, se manifestem quanto:
> 9.5.1. aos atrasos na execução de obras e serviços de caráter obrigatório previstos até o terceiro ano no PER do contrato de concessão da BR-101/ES/BA – Entroncamento BA-698 (acesso a Mucuri) – Divisa ES/RJ (Item III.1.), o que contraria o art. 31 da Lei 8.987/1995 e o item 8.3.1 do contrato de concessão;
> 9.5.2. à manutenção da remuneração por obras não executadas no terceiro ano de concessão, por meio da 3ª Revisão Ordinária e da 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) (Item III.2.1.), em desacordo com o art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995 e com o item 8.2.1 do contrato de concessão;
> 9.5.3. à inadequação do cronograma físico-financeiro adotado na 3ª Revisão Ordinária e a 2ª Revisão Extraordinária quanto aos prazos infactíveis para execução de obras previstas no anexo C do PER (Item III.2.2.), como as obras de duplicação dos subtrechos C e D, as melhorias e obras de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

retificação de traçado nesses segmentos, desvirtuando o disposto no art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995;

9.5.4. à inclusão, na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, de novas obras de retificação de traçado dos seguintes segmentos, sem a correspondente emissão de Licença Prévia: km 947 a 948, km 956 a 957, km 4 a 5, km 6 a 9, km 13 a 15, km 16 a 19, km 183 a 184, km 187 a 189, km 236 a 237 e km 246 a 247 (Item III.2.2.2.);

9.5.5. à inclusão de obras de retificação de traçado cujos prazos estão comprometidos, notadamente nas seguintes localidades: km 366 ao km 367 e km 407 ao km 408, desvirtuando o disposto no art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995;

9.5.6. a inclusão de obras de retificação de traçado na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária sem a elaboração de projeto executivo (Item III.2.2.2.), em desacordo com a Resolução 3651/2011 da ANTT;

9.5.7. ao cálculo da TBP na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, sem considerar:

9.5.7.1. as alterações propostas pela GEINV da tipologia dos acessos e interconexões, no montante de R$ 561.354,53 (ref. Jan/2009) (Item III.2.2.3.);

9.5.7.2. as inexecuções e atrasos das edificações dos postos de fiscalização da ANTT e de seus respectivos equipamentos e sistemas (Item III.2.1.4.), dos sistemas de controle de velocidade (Item III.2.1.5), do sistema de call boxes (Item III.2.1.6) e da reforma do posto de pesagem em Viana no km 309,5 (Item III.2.1), em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 10 da Lei 8.987/1995 e com os itens 8.2, 16.5 e 20.1.3 do contrato de concessão;

9.5.7.3. a falta de sincronia entre os valores apropriados no cronograma de investimentos e as metas estabelecidas no anexo C do PER para a construção de passarelas e vias locais, cujo efeito é a não realização de desconto da TBP se observada inexecução, em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995;

9.5.7.4 a inadequação do cálculo da Tarifa Básica de Pedágio, haja vista a postergação, para o ano seguinte, dos investimentos não executados no 3º ano de concessão, na elaboração da 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, diluindo o impacto da redução da TBP para todos os anos restantes de concessão, implicando na majoração da TIR alavancada e no consequente crescimento dos resultados econômico-financeiros da concessionária, em detrimento dos atrasos na entrega das obras contratadas, em prejuízo aos usuários e à União, o que afronta o art. 37, inciso XXI, da Constituição, bem como o princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, "caput, da Constituição) e a preservação do interesse público (art. 20, inciso II, "b", da Lei 10.233/01 e art. 2º da Lei 9.784/99).

(...)

8. Nesta etapa processual, aprecio a análise da unidade técnica na qual foram avaliadas as respostas apresentadas pela ANTT e pela Concessionária ECO101 a respeito das falhas apontadas no **decisum** acima e cuja proposta de encaminhamento contém determinações àquela agência reguladora (peça 127).

9. Ressalto que nesse último exame, a SeinfraRodovias dividiu as impropriedades acima em falhas de caráter sistêmico – deficiências causadas pela metodologia utilizada pela ANTT – e falhas de caráter pontual – deficiências identificadas em determinados casos concretos nos quais ficou caracterizado que a agência deixou de observar os procedimentos pertinentes.

10. Cabe observar que, em maio de 2017, a mesma Comissão requerente desta Solicitação do Congresso Nacional encaminhou a esta Corte de Contas representação com pedido de medida cautelar com vistas a suprimir do reajuste da tarifa básica de pedágio previsto para 18/5/2017 (4ª revisão ordinária e 3ª revisão extraordinária) a parcela referente aos efeitos do art. 16 da Lei 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros) até que fossem concluídos estes procedimentos de fiscalização levados a cabo pelo Tribunal.

11. No âmbito daquela representação (TC-012.831/2017-4), em concordância com o posicionamento da unidade técnica, entendi estarem presentes os requisitos para concessão da medida cautelar, e determinei à referida agência reguladora que retificasse a revisão tarifária do contrato de concessão da BR-101/BA/ES de modo a não utilizar valores superiores aos constantes na proposta

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

comercial da empresa como base de referência para compensação do aumento de custos de manutenção do pavimento decorrente do art. 16 da Lei 13.103/2015, e, também, a oitiva da ANTT e da ECO101 (peça 9 do TC-012.831/2017-4).

12. Após negar provimento a agravos interpostos pela ANTT e pela ECO101, aquele processo foi julgado em 21/2/2018 por intermédio do Acórdão 290/2018-TCU-Plenário, mantendo a suspensão do aumento referente à parcela questionada naqueles autos de maneira a considerar aquela representação procedente.

Status da concessão

13. A concessão sob análise – rodovia BR-101/ES/BA, trecho entroncamento com a BA-698 a Divisa ES/RJ – pertence à fase II da terceira etapa de concessões rodoviárias, identificada como PIL-Rodovias. O edital dessa concessão foi lançado em setembro/2011; o leilão foi realizado em janeiro/2012; o contrato foi assinado em 17/abril/2013; a rodovia foi assumida pela concessionária em 10/maio/2013 e o pedágio começou a ser cobrado em 18/maio/2014.

14. No dia 18/maio/2018, será realizada a 5ª Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio. Além disso, a ANTT, por intermédio da Resolução nº 5.638, de 10 de janeiro de 2018, aprovou a 5ª Revisão Extraordinária, na qual reduziu a TBP de R$ 0,03831 para 0,03555, com efeitos financeiros a partir da data da próxima revisão ordinária (18/maio/2018).

Fundamentos para decisão

15. Feito breve resumo deste processo, passo a decidir.

16. Informo que adotarei neste voto a mesma divisão adotada pela unidade técnica na última instrução à peça 127, dividindo as impropriedades identificadas na fiscalização do contrato de concessão da BR-101-ES/BA em falhas de caráter pontual e falhas de caráter sistêmico.

Falhas de caráter pontual

17. As falhas de caráter pontual (específicas do contrato de concessão da BR 101-ES/BA) apontadas pela SeinfraRodovias foram as seguintes:

a) inclusão de obras de retificação de traçado na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária (subitem 9.5.6 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário);

b) cálculo da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) na 3ª RO e na 2ª RE sem considerar:

b.1) as alterações propostas pela Gerência de Engenharia e Investimentos de Rodovias (GEINV) da ANTT da tipologia dos acessos e interconexões (subitem 9.5.7.1 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário);

b.2.) as inexecuções e atrasos das edificações dos postos de fiscalização da ANTT e de seus respectivos equipamentos e sistemas, dos sistemas de controle de velocidade, do sistema de **call boxes** e da reforma do posto de pesagem em Viana no km 309,5 (subitem 9.5.7.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário);

b.3) a falta de sincronia entre os valores apropriados no cronograma de investimentos e as metas estabelecidas no anexo C do PER para a construção de passarelas e vias locais (subitem 9.5.7.3 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário).

18. Em suas repostas à oitiva prévia no que se refere às impropriedades acima, a ANTT concordou parcialmente com os apontamentos deste Tribunal. Apesar disso, cabem as considerações a seguir.

19. Quanto à inclusão de obras de retificação de traçado sem projeto executivo na 3ª RO e na 2ª RE (subitem 9.5.6 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), apesar de a agência ter concordado com o posicionamento da unidade técnica de que tal inclusão afrontava as Resoluções ANTT 1.187/2005 e 3.651/2011, essas obras foram mantidas no cronograma de investimentos com seus valores preliminares sem projeto executivo.

20. Como afirmado pela unidade técnica (subitem 89, peça 127):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

> (...) a existência de projeto e orçamento para os novos investimentos não se trata de mera formalidade, uma vez que a definição do valor da tarifa está diretamente relacionada ao montante a ser investido, de modo que a utilização de valores imprecisos pode comprometer a modicidade tarifária (Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º) e representar afronta à necessidade legal de se definir os montantes de recursos associados aos investimentos a serem realizados na concessão (Lei 10.233/2001, art. 35, inciso IV). (Grifo nosso)

21. Dessa forma, estou de acordo com a unidade técnica de que é necessária a correção imediata de tal impropriedade de maneira que deve ser determinada a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos equivocadamente incluídos sem possuírem projetos executivos e orçamentos analíticos (subitem 90, peça 127).

22. Quanto às alterações propostas pela GEINV da tipologia de acessos e interconexões (subitem 9.5.7.1 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), a ANTT fez os devidos ajustes no Fluxo de Caixa Original de forma que não há o que se questionar quanto a esse subitem da oitiva prévia.

23. No que tange ao cálculo da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) na 3ª RO e na 2ª RE sem considerar as inexecuções e atrasos das edificações dos postos de fiscalização da ANTT e de seus respectivos equipamentos e sistemas, dos sistemas de controle de velocidade, do sistema de **call boxes** e da reforma do posto de pesagem em Viana (subitem 9.5.7.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), também consinto com a análise da unidade técnica constante dos subitens 93 a 98 de sua instrução.

24. Destaco o fato de que deve ser considerada inexecução de 100% dos valores alocados para os itens 8.4.1, 8.4.2 e 8.4.3 do cronograma financeiro referentes aos postos de fiscalização da ANTT e seus respectivos equipamentos e sistemas. Afinal, a substituição da construção de um posto de fiscalização para a ANTT, conforme previsto no contrato, pelo fornecimento de uma sala para a equipe daquela agência reguladora não pode ser avalizado com o cumprimento de 50% do objeto contratado, mas sim inexecução total desses itens.

25. Tal fato deveria ter sido considerado quando do cálculo da Tarifa Básica de Pedágio na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, mas não o foi. Apesar dessa constatação, a determinação quanto a esse item específico está incluída na proposta referente a uma das falhas sistêmicas que será tratada mais a frente, qual seja, a necessidade de inclusão de todos os investimentos não executados até o 3º ano de concessão, inclusive de forma parcial (postos de fiscalização da ANTT e de seus respectivos equipamentos e sistemas e da reforma do posto de pesagem em Viana), por meio de revisão extraordinária.

26. Em adição, evidencio que o Plano de Exploração da Rodovia (PER) previa a instalação de 20 radares fixos ao longo do trecho concedido, além do fornecimento de 10 radares móveis à Polícia Rodoviária Federal (PRF). Conforme identificado pela unidade técnica, os radares fixos não foram instalados em razão da ausência de definição de suas localizações pela ANTT e pela concessionária. Sendo assim, agiu corretamente aquela agência reguladora em considerar não executado o investimento referente aos 20 radares fixos pendentes de instalação.

27. Apesar de a unidade técnica não ter emanado proposta de determinação referente a esse tema específico, tendo em vista os recorrentes acidentes ocorridos na rodovia concedida, com base no princípio do interesse público, proponho determinação à ANTT para que, no prazo de 60 dias, defina, em conjunto com a concessionária, a localização de todos os radares fixos a serem instalados na BR-101-ES/BA, efetivando suas instalações no prazo máximo de 90 dias, com a posterior comunicação a este Tribunal das ações efetivadas pelas duas entidades (ANTT e concessionária).

28. No que concerne à falta de sincronia entre os valores apropriados no cronograma de investimentos constante do Plano de Negócios e as metas estabelecidas no anexo C do Programa de Exploração Rodoviária (PER) para a construção de passarelas e vias locais (subitem 9.5.7.3 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário) e do sistema de **call boxes** (subitem 9.5.7.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), também anuo com o entendimento da SeinfraRodovias (subitens 99 a 107 da instrução).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

29. Dessa forma, concordo com a determinação proposta por aquela unidade técnica para que a ANTT promova a readequação do plano de negócios de modo a não permitir que o cronograma de investimentos contenha prazos posteriores aos constantes do PER (subitem 107 da instrução).

30. Como se vê, as impropriedades acima mencionadas referem-se a inexecuções contratuais identificadas pela unidade técnica na fiscalização realizada. Ante tais inexecuções, a ANTT deveria ter tomado todas as providências cabíveis com vistas a responsabilizar a concessionária de maneira a evitar novos descumprimentos do contrato. Contudo, não constam dos autos documentos que comprovem a adoção dessas medidas saneadoras pela agência reguladora.

31. O contrato de concessão da BR-101/ES/BA trouxe alguns instrumentos que permitem que a ANTT evite essas inexecuções contratuais, entre os quais:

> (...)
>
> **8.2 Obras e serviços de caráter não obrigatório**
>
> 8.2.1 As obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no Capítulo 3 do PER e que compreendem as atividades relacionadas aos trabalhos iniciais, recuperação, manutenção, conservação e monitoração deverão atender aos Parâmetros de Desempenho do Capítulo 4 do PER.
>
> 8.2.2 Na hipótese de a Concessionária não atender aos Parâmetros de Desempenho constantes do Capítulo 4 do PER, a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro mediante aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio previsto na subcláusula 20.6 deste Contrato.
>
> **8.3 Obras e serviços de caráter obrigatório**
>
> 8.3.1 As obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER como obras de caráter obrigatório deverão estar concluídas no prazo e condições estabelecidas.
>
> 8.3.2 Na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2 (iii).
>
> (...)
>
> 10.5 Sem prejuízo das demais hipóteses previstas no Contrato e na regulamentação vigente, a Garantia de Execução do Contrato poderá ser utilizada nos seguintes casos:
>
> 10.5.1 quando a Concessionária não realizar as obrigações de investimentos previstas no PER ou as intervenções necessárias ao atendimento dos Parâmetros de Desempenho, ou executá-las em desconformidade com o estabelecido;
>
> 10.5.2 quando a Concessionária não proceder ao pagamento das multas que lhe forem aplicadas, na forma do Contrato e de regulamentos da ANTT;
>
> (...)
>
> 10.6. A Garantia de Execução do Contrato também poderá ser executada sempre que a Concessionária não adotar providências para sanar inadimplemento de obrigação legal, contratual ou regulamentar, sem qualquer outra formalidade além do envio de notificação pela ANTT, na forma da regulamentação vigente, o que não eximirá a Concessionária das responsabilidades que lhe são atribuídas pelo Contrato.
>
> (...)
>
> 18. Penalidades
>
> 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:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

(...)

18.5 Pela inexecução parcial ou total deste Contrato, a ANTT poderá, garantida prévia defesa, aplicar à Concessionária as seguintes sanções:(i) advertência; (ii) multa, conforme resolução específica; (iii) rescisão contratual, na forma prevista neste Contrato.

(...)

32. Considerando que não constam dos autos as providências adotadas pela ANTT para evitar que ocorressem as inexecuções contratuais identificadas pela unidade técnica em sua fiscalização, proponho que seja determinado àquela agência reguladora que encaminhe a este Tribunal os documentos que comprovem que foram tomadas todas as providências cabíveis com vistas a evitar as inexecuções contratuais apontadas pela SeinfraRodovias no âmbito deste processo.

33. Meu Gabinete também identificou que há diversas obras e serviços de caráter obrigatório constantes do PER, conforme a seguir transcrito, que deveriam estar concluídas até a data da próxima revisão ordinária (5ª RO – a ser realizada em 18/maio/2018), entre as quais:

3.2.1.2 Duplicações em trechos de pista simples

(...)

- km 190,0 (ES) até km 228,9 (ES) – Duplicação até o término do quinto ano da concessão;
- km 228,9 (ES) até km 255,8 (ES) – Duplicação até o término do quarto ano da concessão;
- km 255,8 (ES) até km 305,8 (ES) – Duplicação até o término do quarto ano da concessão;

(...)

3.2.2. Sistemas de operação

(...)

A implantação dos sistemas de operação deverá ocorrer nos dois primeiros anos do prazo da CONCESSÃO, salvo o sistema de telecomunicação de emergência ("call boxes"). Alguns serviços deverão ser disponibilizados até o 6º mês do prazo da CONCESSÃO, outros ao término da fase dos TRABALHOS INICIAIS e outros até o final do 12º mês do prazo da CONCESSÃO, conforme os prazos definidos no Capítulo 4 do PER.

(...)

4.2. RECUPERAÇÃO

(...)

Estes trabalhos deverão ser iniciados imediatamente após a conclusão dos TRABALHOS INICIAIS, estendendo-se até o final do 5º ano do prazo da CONCESSÃO, sendo que, dentro desse limite, prazos distintos foram estabelecidos para conclusão dos diferentes serviços, conforme detalhado a seguir.

(...)

4.4. OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE E OUTRAS MELHORIAS

(...)

A CONCESSIONÁRIA deverá informar mensalmente o volume diário de tráfego e medições e contagens de tráfego à ANTT.

(...)

4.8.9 Sistemas de pesagem

(...)

Os serviços relativos à operação dos sistemas de pesagem fixos, caso a CONCESSIONÁRIA opte pela implantação de novos postos de pesagem fixos deverá se dar até o término do segundo ano da concessão.

(...)

É importante salientar que os postos existentes deverão ser mantidos em operação pela CONCESSIONÁRIA desde o término do primeiro ano de concessão até que os novos postos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

entrem em operação; caso os postos existentes sejam mantidos, eles deverão estar adequados aos parâmetros de desempenho até o término do primeiro ano da concessão.

34. Tendo em vista as obrigações contratuais acima mencionadas e que a data para a próxima revisão ordinária (18/maio/2018) está próxima da data de elaboração deste voto, entendo que a ANTT já deve ter o conhecimento de todas as inexecuções contratuais ocorridas até o término do quinto ano de concessão.

35. Dessa forma, proponho que seja determinado àquela agência reguladora que encaminhe a este Tribunal documentos que demonstrem que todas as obrigações contratuais previstas até o quinto ano de concessão (18/maio/2018) tenham sido cumpridas e que, caso não tenha sido cumprida alguma obrigação contratual, que a ANTT encaminhe a este Tribunal documentos que comprovem que foram tomadas todas as providências cabíveis com vistas a evitar essas inexecuções contratuais e apurar os responsáveis por tais inexecuções.

36. Caso seja identificado que a ANTT não tomou todas as providências possíveis com vistas a evitar inexecuções contratuais no âmbito da concessão sob análise, proponho que seja determinado à SeinfraRodovias que realize audiências dos responsáveis naquela agência reguladora que deveriam ter atuado para que o contrato fosse fielmente executado pela concessionária até o quinto ano da concessão.

37. Outro ponto observado em meu Gabinete é que não constam dos autos os cálculos detalhados realizados pela ANTT para os reajustes das tarifas de pedágio, em especial, da parcela referente ao Desconto de Reequilíbrio, previsto no subitem 20.6 do contrato de concessão sob análise. Esse desconto é mais um instrumento relevante que deve ser utilizado pela ANTT com vistas a evitar a inexecução contratual por parte concessionária, bem como para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

38. Dessa forma, proponho que seja determinado à ANTT que encaminhe a este Tribunal a fórmula de cálculo detalhada utilizada em todos os reajustes ordinários e extraordinários das tarifas de pedágios da concessão sob análise, inclusive, o da 5ª Revisão Extraordinária, aprovado pela Resolução nº 5.638, de 10 de janeiro de 2018, com efeitos financeiros a partir da data da próxima revisão ordinária (18/maio/2018).

39. Além disso, proponho que seja determinado à ANTT que encaminhe a este Tribunal a fórmula de cálculo detalhada do Desconto de Reequilíbrio utilizada neste contrato de concessão da BR-101/ES/BA, bem como dos demais contratos das concessões da terceira etapa do Programa de Concessões, identificando todas as variáveis da fórmula e seus valores.

Falhas de caráter sistêmico

40. Apesar das inexecuções contratuais identificadas pela unidade técnica se referirem somente à concessão da BR-101/ES/BA, a SecexRodovias aponta algumas falhas na atuação da ANTT que se aplicariam a outras concessões rodoviárias no Brasil, de maneira que foram caracterizadas como falhas sistêmicas.

41. Segundo a unidade técnica, algumas dessas falhas podem estar incentivando, não somente a concessionária ECO101 a não cumprir fielmente os termos contratuais acertados no momento da licitação, mas também outras concessionárias, que têm buscado postergar os investimentos previstos em outros contratos de concessão com vistas a um aumento de receitas no curto prazo.

42. As falhas sistêmicas apontadas pela SeinfraRodovias referem-se a dois pontos principais:

a) inexecução de obras de caráter obrigatório, ou seja, inexecução contratual; e

b) desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ou seja, reajustes indevidos das tarifas de pedágio nas revisões tarifárias.

43. Sabe-se que essas duas falhas estão interligadas entre si, uma vez que as inexecuções devem ser consideradas pela agência reguladora quando dos reajustes das tarifas de pedágio, o que não está ocorrendo integralmente no contrato de concessão sob análise.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

44. A questão da inexecução contratual foi tratada acima, nas falhas pontuais, e será complementada a seguir, em conjunto com os possíveis desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de reajustes indevidos das tarifas de pedágio.

45. A unidade técnica entende que uma das causas para a inexecução contratual refere-se à utilização pela ANTT da Taxa Interna de Retorno não alavancada para a definição do reajuste da Tarifa Básica do Pedágio – TBP (subitem 9.5.7.4 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário).

46. Concordo com a análise da SeinfraRodovias de que, quando a ANTT utiliza a Taxa Interna de Retorno não alavancada para o cálculo da Tarifa Básica de Pedágio a ser reajustada e desloca os investimentos para datas posteriores às previstas no Plano de Negócios, devido à não execução dos investimentos pela concessionária naquelas datas anteriormente acordadas, a concessionária se beneficia de tal metodologia. Afinal, a empresa continua auferindo receitas com a cobrança do pedágio e tem reduzida suas despesas ao não realizar ou postergar os investimentos inicialmente previstos no Plano de Negócios.

47. Adicionalmente, em razão desse saldo positivo no fluxo de caixa, diminui-se a necessidade de a concessionária realizar operações de crédito (empréstimos) junto a credores, o que minora ainda mais suas despesas, visto que decrescem também os gastos com os pagamentos dos juros relacionados a esses empréstimos. Em consequência disso, aumenta-se a Taxa Interna de Retorno alavancada do contrato, que é a taxa que interessa à concessionária.

48. Conforme consta das instruções da unidade técnica (peças 96 e 127):

> peça 96, subitem 170:
>
> (...) ao postergar investimentos e corrigir o valor pela TIR desalavancada, há como consequência uma majoração da TIR alavancada (TIR do fluxo de caixa do acionista) para qualquer nível de inexecução e a qualquer tempo, devido justamente ao efeito da alavancagem financeira. Esse impacto é ainda maior quando há inexecuções no início do contrato devido ao efeito exponencial do capital no tempo.
>
> Peça 127, subitem 52:
>
> 52. Esse aspecto é especialmente grave, já que, pela ótica da concessionária, ela é recompensada pela sua inoperância e pelo não cumprimento do calendário pactuado. Ademais, a manutenção de cronogramas com prazos de execução comprometidos gera taxas de retorno maiores ao consórcio, já que considerável porção dos investimentos passa a ser financiada pelos usuários quando deveriam ser financiados por aporte da concessionária, mediante empréstimos de terceiros.

49. Sendo assim, há sinais de que a utilização da TIR não alavancada no reajuste dos contratos de concessão não mantém o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que é um princípio basilar dos contratos administrativos, bem como beneficia financeiramente a concessionária pela elevação da TIR alavancada, como se verifica pelas simulações realizadas pela unidade técnica à peça 96.

50. Apesar disso, não há como se afirmar que tal utilização seja motivadora da postergação de investimentos e, consequentemente, inexecuções contratuais por parte da concessionária somente em decorrência da amostra constante destes autos.

51. Em adição, estou de acordo com a conclusão da SeinfraRodovias, que acatou os apontamentos da ANTT e da concessionária de que não há fundamento para propor determinação para a substituição do uso da TIR não alavancada para este caso concreto, uma vez que tal previsão consta do subitem 20.4.2. (iii) do contrato de concessão da BR-101/ES/BA, abaixo transcrito:

> 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 alavancado apresentado no Plano de Negócios, de modo a manter as condições efetivas da Proposta.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

52. Tem-se também que o Acórdão 988/2004-TCU-Plenário determinou expressamente a utilização da TIR não alavancada como indicador do equilíbrio econômico-financeiro do contrato PG-156/95-00, firmado entre o extinto DNER e a Concessionária Rio-Teresópolis.

53. Apesar do exposto, entendo conveniente maiores estudos a respeito dessa questão controversa (utilização da TIR alavancada x TIR não-alavancada nos reajustes contratuais), de maneira que proponho que seja determinado àquela agência reguladora que realize estudos com vistas a analisar a utilização da TIR não alavancada quando da correção de valores em decorrência da postergação de investimentos, indicando ao término desse estudo: (i) se a utilização da TIR não alavancada influencia a inexecução contratual; (ii) se é possível a utilização da TIR alavancada para o reajuste das tarifas de pedágios; (iii) qual a melhor fórmula para a correção de valores de investimentos postergados de maneira a evitar as inexecuções contratuais por parte das concessionárias e manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

54. No que se refere à diluição do impacto das inexecuções na Tarifa Básica de Pedágio para todos os anos restantes de concessão (subitem 9.5.7.4 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), a simulação realizada pela unidade técnica no subitem 177 da peça 96 indica que, diante de inexecuções de investimentos, o aumento da Taxa Interna de Retorno alavancada (lucros da concessionária) é menor quando a compensação pela não execução dos investimentos é integralmente realizada no ano subsequente à apuração das inexecuções, e não diluído pelo prazo remanescente da concessão.

55. Devido à relevância do tema, transcrevo a seguir trecho do Relatório de Fiscalização da SeinfraRodovias, que contém a simulação acima mencionada (peça 96):

"(...)

177. Já a Tabela 22 projeta a TIR alavancada em função do percentual de inexecuções ocorridas no 1º ano de concessão, e em função do prazo em que esses investimentos são executados. Por exemplo, uma inexecução no 1º ano de 30%, e que levaria 3 anos para se chegar a 0,00% de inexecução teria uma TIR alavancada de 15,74% a.a.

Tabela 22: TIR x inexecução no 1º ano x quantidade de anos em que a inexecução decresce linearmente até 0,00% de inexecução:

Inexecução Inicial / Anos	0,00%	10,00%	20,00%	30,00%	40,00%	50,00%	60,00%	70,00%	80,00%	90,00%
1	15,04%	15,16%	15,29%	15,43%	15,56%	15,70%	15,84%	15,99%	16,14%	16,30%
2	15,04%	15,20%	15,38%	15,57%	15,79%	16,02%	16,28%	16,57%	16,88%	17,23%
3	15,04%	15,24%	15,48%	15,74%	16,04%	16,38%	16,78%	17,23%	17,77%	18,40%
4	15,04%	15,31%	15,62%	15,98%	16,40%	16,89%	17,48%	18,19%	19,09%	20,23%
5	15,04%	15,38%	15,77%	16,24%	16,80%	17,47%	18,31%	19,39%	20,82%	22,86%
6	15,04%	15,46%	15,95%	16,54%	17,26%	18,17%	19,34%	20,92%	23,21%	26,96%
7	15,04%	15,52%	16,09%	16,79%	17,66%	18,78%	20,30%	22,46%	25,89%	32,49%
8	15,04%	15,56%	16,20%	16,99%	18,00%	19,34%	21,20%	24,01%	28,89%	39,60%
9	15,04%	15,61%	16,30%	17,18%	18,32%	19,86%	22,08%	25,61%	32,24%	47,46%
10	15,04%	15,65%	16,40%	17,36%	18,62%	20,37%	22,97%	27,29%	35,87%	54,64%
11	15,04%	15,68%	16,48%	17,52%	18,90%	20,84%	23,81%	28,94%	39,47%	60,56%
12	15,04%	15,71%	16,56%	17,66%	19,14%	21,27%	24,60%	30,55%	42,86%	65,38%
13	15,04%	15,74%	16,62%	17,78%	19,36%	21,67%	25,35%	32,08%	45,93%	69,36%
14	15,04%	15,76%	16,68%	17,89%	19,56%	22,03%	26,04%	33,54%	48,67%	72,68%
15	15,04%	15,78%	16,73%	17,99%	19,74%	22,36%	26,70%	34,90%	51,10%	75,51%

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

16	15,04%	15,80%	16,77%	18,08%	19,91%	22,67%	27,31%	36,18%	53,24%	77,94%
17	15,04%	15,81%	16,81%	18,16%	20,06%	22,96%	27,88%	37,37%	55,14%	80,05%
18	15,04%	15,83%	16,85%	18,23%	20,20%	23,23%	28,42%	38,48%	56,82%	81,91%
19	15,04%	15,84%	16,89%	18,30%	20,33%	23,47%	28,92%	39,50%	58,32%	83,55%
20	15,04%	15,85%	16,92%	18,36%	20,45%	23,70%	29,40%	40,44%	59,67%	85,02%
21	15,04%	15,86%	16,94%	18,42%	20,56%	23,92%	29,84%	41,32%	60,89%	86,33%
22	15,04%	15,87%	16,97%	18,47%	20,66%	24,12%	30,26%	42,13%	61,99%	87,52%
23	15,04%	15,88%	16,99%	18,52%	20,76%	24,31%	30,65%	42,88%	63,00%	88,60%
24	15,04%	15,89%	17,02%	18,57%	20,85%	24,49%	31,02%	43,58%	63,91%	89,59%

178.Foram adotadas como premissa da análise: participação do BNDES de 70% dos investimentos, TJLP de 7,5%, sem carência no financiamento, prazo de amortização do ano de contratação até o 25º ano e não foram considerados os efeitos sobre a depreciação.

179. É notório, conforme a análise de sensibilidade da TIR alavancada projetada, o desequilíbrio financeiro em favor da concessionária."

56. Conforme afirmado pela unidade técnica no relatório que antecede este Voto, *"59. Em que pese os cálculos matemáticos feitos pela ANTT atualmente levem à manutenção da TIR não alavancada, a diluição dos efeitos das inexecuções ao longo de todo o prazo contratual estimula ainda mais a inexecução de obras quando comparada à concentração desses efeitos no ano subsequente da constatação da inexecução."*

57. Pode-se verificar um cenário crítico, de altos índices de inexecuções contratuais nas concessões rodoviárias, conforme tabela 20 da página 96, transcrita a seguir:

Tabela 20: Índices de inexecuções das concessões da 1ª e da 2ª etapa:

Concessão	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Rodovia do Aço	80,18%	99,88%	84,15%	97,05%	0,00%	21,00%	23,40%
Autopista Fernão Dias	39,35%	83,71%	75,25%	76,51%	63,37%	81,58%	54,20%
Autopista Fluminense	53,61%	89,43%	74,64%	90,32%	0,00%	91,41%	73,10%
Autopista Litoral Sul	12,96%	90,00%	84,80%	91,30%	28,80%	57,80%	31,90%
Autopista Régis Bittencourt	18,27%	87,41%	77,00%	80,63%	76,00%	61,00%	42,10%
Via Bahia			100,00%	91,06%	88,90%	100,00%	86,50%
Transbrasiliana	55,13%	89,00%	96,46%	86,64%	0,00%	100,00%	100,00%
Ecosul	12,68%	18,10%	27,03%	0,39%	2,25%	7,16%	20,16%
CRT	85,61%	62,87%	43,45%	64,29%	76,49%	21,81%	97,81%
Concepa	29,64%	7,97%	1,01%	9,57%	6,60%	19,99%	38,78%
NovaDutra	58,69%	27,84%	33,69%	71,50%	32,32%	15,21%	10,76%
Ponte	24,51%	34,55%	6,59%	18,06%	5,35%	6,06%	
Concer	99,61%	43,95%	83,23%	96,67%	60,27%	94,22%	78,03%

58. Ante o cenário crítico acima exposto e as simulações realizadas pela SeinfraRodovias, consinto integralmente com a determinação proposta pela unidade técnica no sentido de determinar à

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

ANTT que o efeito de diminuição da tarifa relativo às inexecuções seja integralmente realizado no ano subsequente à constatação pela agência, devendo os normativos pertinentes serem ajustados para esse fim.

59. Quanto à obrigatoriedade do cumprimento do Plano de Negócios, a qual engloba as falhas relacionadas aos atrasos na execução de obras e serviços de caráter obrigatório previstos até o terceiro ano no Programa de Exploração Rodoviária (PER) do contrato de concessão da BR-101/ES/BA (subitem 9.5.1 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário) e à manutenção da remuneração por obras não executadas no terceiro ano de concessão, por meio da 3ª Revisão Ordinária e da 2ª Revisão Extraordinária da Tarifa Básica de Pedágio (subitem 9.5.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), verifico que tais impropriedades afrontam os subitens 8.3.1 e 8.3.2 do Contrato de Concessão (peça 8) abaixo transcritos:

> 8.3 Obras e serviços de caráter obrigatório
>
> 8.3.1 As obras e serviços de cada um dos segmentos do Sistema Rodoviário descritos no PER como obras de caráter obrigatório deverão estar concluídas no prazo e condições estabelecidas.
>
> 8.3.2 Na hipótese de a Concessionária não concluir as obras de caráter obrigatório, a ANTT aplicará as penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista na subcláusula 20.4.2. (Grifo nosso)

60. Apesar de a concessionária e a agência informarem que o importante seria cumprir somente os prazos finais das obras previstos no Programa de Exploração Rodoviária e não o cronograma de investimentos do Plano de Negócios (que contempla os prazos parciais e finais dos investimentos), concordo com o entendimento da SeinfraRodovias de que *"com base nesses desembolsos e nas receitas correspondentes, obtém-se o equilíbrio do Fluxo de Caixa – Valor Presente Líquido (VPL) do saldo do fluxo de caixa nulo – e a consequente Tarifa Básica de Pedágio (TBP)"*. (subitem 65 da peça 127)

61. Afinal, o plano de negócios é o mecanismo contratual previsto para a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da avença. Assim, só se pode afirmar que um contrato está equilibrado ao longo de todo o período da concessão, com a manutenção das condições efetivas da proposta, se estiver sendo cumprido esse planejamento prévio, inclusive, o seu cronograma financeiro.

62. Ao atrasar investimentos, descumprindo o acordado no cronograma financeiro, a concessionária aufere ganhos não considerados anteriormente no momento da licitação e, consequentemente, prejuízos aos usuários, que não usufruem dos benefícios previstos na rodovia concedida e continuam pagando as mesmas tarifas de pedágios, sem reduções de preços.

63. Nesses casos de ausências de investimentos por parte da concessionária, como neste caso ora em análise, é necessário, portanto, o reequilíbrio do contrato de maneira que sejam efetivados os descontos nas tarifas de pedágios sempre que não for observado o cronograma de investimentos previsto no Plano de Negócios.

64. Cabe destacar que o inciso IV, do art. 35 da Lei 10.233/2001 (normativo que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre e que criou a ANTT e o DNIT) prevê expressamente:

> Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:
>
> (...)
>
> IV – deveres relativos a exploração da infraestrutura e prestação dos serviços, incluindo os programas de trabalho, o volume dos investimentos e os cronogramas de execução; (Grifo nosso)

65. Sendo assim, concordo com a determinação constante do subitem 70 da instrução da unidade técnica no sentido de que seja promovido o reequilíbrio do contrato sob análise, considerando

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

os montantes de investimentos não executados, com base no cronograma de investimentos previsto no Plano de Negócios, com vistas a manter a TIR pactuada, passando a adotar essa sistemática nas próximas revisões tarifárias.

66. No tocante à impropriedade relacionada ao momento da apuração das inexecuções contratuais (caracterizada como uma subdivisão do subitem 9.5.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), é necessário que a ANTT considere a inexecução contratual e os investimentos realizados da maneira mais realística possível quando for efetivar os reajustes da Tarifa Básica de Pedágio.

67. A forma de apuração atual, na qual presume-se como concluídas obras que nem foram iniciadas às vésperas das datas dos reajustes ordinários, não é razoável e não atende ao interesse público. Mesmo neste caso concreto da concessão da BR-101-ES/BA, em que as datas do reajuste do pedágio e do aniversário do contrato são muito próximas, não é razoável aguardar mais de um ano para que tais inexecuções contratuais sejam repercutidas na TBP.

68. Assim como visto na falha tratada anteriormente – obrigatoriedade do cumprimento do Plano de Negócios –, a desconsideração pela ANTT das ausências de investimentos nos reajustes ordinários sem a redução da tarifa de pedágio gera vantagens econômicas para a concessionária. Tal fato não é exclusivo dessa concessão, mas de todas em que há um pequeno intervalo entre os aniversários contratuais e os de início da cobrança de pedágio.

69. Por outro lado, é necessário que a concessionária tenha um tempo mínimo entre a apuração dos fatos que gerem alterações contratuais (descontos ou acréscimos nas tarifas de pedágio) de maneira que os técnicos da ANTT tenham tempo para identificar esses fatos, bem como sejam respeitados os prazos para os trâmites processuais (princípio do devido processo legal) e para o contraditório e ampla defesa das concessionárias.

70. Ante tal situação, concordo parcialmente com a determinação proposta pela unidade técnica, cujo trecho transcrevo a seguir: "*promover a alteração dos normativos de forma que permitam que as revisões ordinárias reflitam essas inexecuções"* (subitem 79 da peça 127).

71. Visto que tal determinação afetaria diversas concessões de rodovias no Brasil, em nome do princípio da prudência, entendo mais conveniente propor determinação à ANTT para que, em vez de alterar seus normativos a respeito do tema, essa agência reguladora institua um mecanismo de aferição que permita a identificação das inexecuções contratuais a serem consideradas nas revisões tarifárias ordinárias, de maneira que os dados a serem utilizados nessas revisões sejam os mais realísticos possíveis, respeitando os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e modicidade tarifária.

72. No que tange à existência de prazos infactíveis no cronograma de investimentos (subitens 9.5.3, 9.5.4 e 9.5.5 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário), verifico que tal irregularidade refere-se a critérios erroneamente adotados na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, uma vez que houve inadequação do cronograma físico-financeiro, no qual foram incluídas como investimentos: (i) obras de duplicação e de retificação de traçados com prazos infactíveis; (ii) obras de retificação de traçado sem a emissão de licença prévia e (iii) obras de retificação de traçado cujos prazos já estão comprometidos.

73. Reforço meu entendimento de que tal cronograma deve conter as previsões realistas acerca das datas de execução das obras, ou seja, da realização dos investimentos pela concessionária. Afinal, os cálculos para os reajustes da Tarifa Básica de Pedágio dependerão dos fluxos de caixas resultantes desse cronograma.

74. Além disso, conforme afirmado na instrução da SeinfraRodovias,

> (...) sob a ótica da publicidade, da transparência, da credibilidade do contrato e do controle social, é fundamental que o cronograma de realização dos empreendimentos reflita o que realmente se planeja entregar, não sendo apenas um calendário fictício de execução de investimentos. (subitem 85, peça 127).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.

75. Dessa forma, não tenho alterações a fazer na determinação proposta pela unidade técnica para que a ANTT faça um levantamento dos investimentos com prazos infactíveis no cronograma de investimentos e que reajuste tal cronograma (subitem 86, peça 127).

76. Estando os autos em meu Gabinete, a Concessionária ECO 101, por intermédio dos seus representantes legais, solicitou, em caráter excepcional, o sobrestamento deste processo pelo prazo de 30 dias em razão das discussões em andamento na Câmara dos Deputados a respeito do tema ora em análise (peça 130).

77. Tendo em vista que proponho esta deliberação de mérito a meus pares, entendo que a análise dessa solicitação da concessionária tornou-se prejudicada em razão da sua perda de objeto.

78. Em 6/3/2018, também foram trazidos pela ANTT ao meu Gabinete memoriais nos quais essa agência reguladora apresenta diversos arrazoados com relação à instrução da unidade técnica constante da peça 127.

79. Esses novos argumentos apresentados pela ANTT não alteram a análise de mérito que proponho a este Pleno nessa fase processual, uma vez que a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que:

> O teor de memorial, previsto no art. 160, § 3º, do Regimento Interno do TCU, pode ser considerado ou ignorado pelo relator, a seu exclusivo juízo, sem que a negativa represente prejuízo à defesa ou nulidade da deliberação proferida, porque essa peça, de caráter meramente informativo, não se confunde com aquela prevista no art. 364, § 2º, do CPC (Lei 13.105/2015).

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de março de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59101142.