

GRUPO I – CLASSE II – Plenário

TC 010.482/2016-4.

Apenso: TC 016.541/2016-2.

Natureza: Solicitação do Congresso Nacional.

Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Interessado: Presidente da Comissão Externa da Câmara dos Deputados, Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente.

Representantes legais: Edgard Hermelino Leite Júnior (OAB/SP 92.114); Márcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo (OAB/SP 36.434) e outros, representando a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., peça 32; Floriano Dutra Neto (OAB/DF 20.499); Noéle Regina de Oliveira Guerino (OAB/DF 27.017) e Adriana Barbosa Félix (OAB/DF 32.396), representando a ECO 101 Concessionária de Rodovias S.A., peça 104; Ana Cristina Lopes Campelo de Miranda Bessa (CPF 018.588.031-28) e outros, representando Agência Nacional de Transportes Terrestres, peças 42, 49, 64 e 99.

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. PRESIDENTE DA COMISSÃO EXTERNA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, EXMO. SR. DEPUTADO MARCUS VICENTE. 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. EXISTÊNCIA DE FALHAS SISTÊMICAS E ESPECÍFICAS DESTES CONTRATO DE CONCESSÃO. DETERMINAÇÕES À ANTT. SOLICITAÇÃO INTEGRALMENTE ATENDIDA. PERDA DE OBJETO DA SOLICITAÇÃO DE SOBRESTAMENTO DESTES AUTOS. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Solicitação do Congresso Nacional autuada em atendimento ao Ofício Pres. 30/16, de 29/3/2016 (peça 5), por meio do qual o Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, coordenador de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, solicitou 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. A Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação (SeinfraRodovias), ao instruir a matéria, pronunciou-se nos seguintes termos:

“INTRODUÇÃO

Trata-se de Solicitação do Congresso Nacional autuada em atendimento ao Ofício Pres. 30/16, de 29/3/2016 (peça 5), por meio do qual o Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, coordenador de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, solicitou 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. O segmento concedido consiste em 475,9 quilômetros da BR-101, sendo 17,5 quilômetros no estado da Bahia e 458,4 quilômetros no estado do Espírito Santo. A concessão iniciou-se em maio de 2013 e tem duração de 25 anos. Foram previstos originalmente investimentos da ordem de R\$ 1,4 bilhão (valores referentes a janeiro de 2009) ao longo de todo contrato, dos quais R\$ 866,1 milhões em ampliações de capacidade da rodovia e R\$ 533,9 milhões em manutenção, recuperação e implantação de sistemas. Planejaram-se obras de duplicação em todo o trecho concedido, bem como a realização de melhorias em trechos urbanos (como a implantação de vias laterais e passarelas) e melhorias físicas e operacionais (a exemplo da construção de contornos viários e interconexões).

HISTÓRICO

3. Inicialmente, havia sido solicitado ao Tribunal, além da realização de fiscalização na ECO101, também a suspensão cautelar do reajuste da tarifa de pedágio (peça 6) – então previsto para maio de 2016 – em função da alegada inexecução dos investimentos pactuados para a concessão.

4. Ao analisar o pedido de cautelar, o Exmo. Ministro-Relator decidiu pelo indeferimento da medida em função da ausência do requisito do *fumus boni iuris* (peça 50). A decisão acompanhou o posicionamento da Unidade Técnica no sentido de que, a despeito de possivelmente caber à ANTT realizar correções e melhorias em procedimentos relativos à concessão, não se tratava de uma avaliação que pudesse ser feita de forma adequada em análise de medida cautelar. Nesse sentido, a inspeção então prevista para estes autos poderia apurar as medidas pertinentes para corrigir os apontamentos que deram origem à solicitação.

5. Assim, prosseguiu-se nestes autos com a realização da fiscalização cujo relatório (peça 96), trouxe dois achados: i) inexecução de obras de caráter obrigatório; ii) desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das revisões tarifárias.

6. No primeiro achado relatou-se, a partir de visita in loco, a situação dos investimentos a serem realizados até o 3º ano de concessão. Constatou-se que obras relativas a duplicações, contornos urbanos, passarelas, vias locais, postos de pesagem e retificação de traçado não estavam sendo executadas conforme o cronograma estabelecido.

7. O outro achado analisou a forma como as revisões tarifárias eram processadas na ANTT, tendo-se identificado três fatores que gerariam o desequilíbrio econômico-financeiro das condições originalmente pactuadas no contrato:

- 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.

8. No que tange à apuração de atrasos, afirmou-se que o montante de investimentos previstos para o 3º ano de concessão, mas não realizados pela concessionária, totalizava R\$ 56.660.226,76 (peça 96, p. 24); entretanto, não houve efeito dessa inexecução na tarifa praticada no 4º ano da concessão. Isso porque o valor do pedágio para o 4º ano foi definido pelas 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, nas quais são analisados somente os investimentos a serem executados até o término do 2º ano. A justificativa da agência para essa prática é a alegada inviabilidade de se apurar a efetiva execução dos investimentos no período entre o aniversário do contrato (o ano contratual termina em 10 de maio) e o reajuste tarifário subsequente (18 de maio). O relatório de inspeção destacou que a revisão que definiu a tarifa para o 4º ano desconsiderou “a existência de atrasos quanto ao início e/ou conclusão de obras e serviços obrigatórios previstos para o 3º ano, mesmo com sinais claros de que não seriam cumpridos” (peça 96, p. 23). Ademais, como será discutido adiante nesta instrução, a agência não considera o efeito de inexecuções parciais para o cômputo da tarifa de pedágio.

9. Quanto à desatualização do cronograma de investimentos, constatou-se que diversas obras previstas estariam com os prazos comprometidos, não sendo executadas de acordo com as

metas pactuadas, o que resultaria no sistemático descumprimento das datas fixadas para a conclusão das obras obrigatórias. Isso geraria um desequilíbrio econômico-financeiro na medida em que o fluxo de caixa não refletiria um cronograma de investimentos que fosse factível de ser executado. Como exemplo dessa situação, citam-se as obras de duplicação do Subtrecho E e do contorno de Iconha que deveriam ser iniciadas no 3º ano e concluídas no 4º ano, mas ao final do terceiro ano ainda careciam de licença de instalação. Similarmente, considerou-se inexequível o cronograma que previa o início da duplicação dos subtrechos C e D para o 4º ano e a conclusão para o 5º ano, uma vez que os empreendimentos também careciam de licença, nesse caso, prévia. Também foram encontradas inconsistências com relação a obras de retificações de traçado e melhorias em intersecções e acessos.

10. No que concerne ao desvirtuamento da Taxa Interna de Retorno (TIR), apontou-se que a forma como o reequilíbrio contratual é calculado criaria um incentivo econômico para que a concessionária não executasse as obras nos prazos previstos. Isso ocorreria em função da avença ser reequilibrada, por ocasião dos deslocamentos dos investimentos no fluxo de caixa, utilizando-se TIR desalavancada, o que resulta na majoração da TIR alavancada (TIR do fluxo de caixa do acionista). Partindo-se de dados relacionados às condições de financiamento da concessionária, como a taxa de juros obtida do BNDES (inferior à TIR do contrato), o relatório de inspeção simulou diversos cenários de inexecução contratual, demonstrando, sob o ponto de vista da concessionária, os benefícios em retardar a execução dos investimentos, pois isso resultaria no aumento da TIR do acionista.

11. Ademais, foi apontado que quando do atraso e inexecuções de obras, há um deslocamento temporal desses investimentos no fluxo de caixa e o desconto é projetado na TBP (Tarifa Básica de Pedágio) para o restante do período de concessão. Na prática, o efeito seria que vultosos investimentos são postergados por anos sem impactos significativos na receita da Concessionária, pois os efeitos financeiros da não realização das obras são dissolvidos por todo o período remanescente do contrato.

12. Em função dos achados da fiscalização foi proposta a realização de oitiva da ANTT e da ECO101. Em acolhimento ao encaminhamento da Unidade Técnica, esta Corte promoveu o contraditório das partes nos seguintes termos (Acórdão 297/2017-TCU-Plenário):

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 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).

13. A resposta da ANTT à oitiva encontra-se nas peças 116, 117, 118 e 119. A concessionária manifestou-se por meio das peças 120, 121 e 122.

14. A presente instrução tem por objetivo a análise das respostas encaminhadas pela concessionária e pela agência, bem como a proposição de decisão de mérito destes autos.

RESPOSTA À OITIVA – ANTT

Item 9.5.1 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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 (peça 116, p. 21-23)

15. A agência considerou que estariam sendo adotados os procedimentos adequados para reequilibrar o contrato em função das inexecuções, bem como para apurar eventuais responsabilidades. Afirmou-se que os valores financeiros relativos às não execuções apuradas no 3º ano de concessão seriam postergados para o ano subsequente no cronograma financeiro (fluxo de caixa) no momento da 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária da TBP. Já a apuração de responsabilidades estaria ocorrendo a partir da abertura de Processos Administrativos Simplificados (PAS), seguindo o previsto no contrato de concessão e nos normativos vigentes.

16. Ressaltou-se que as inexecuções apuradas não representariam a totalidade dos gastos com custos operacionais e investimentos realizados na rodovia BR-101/ES/BA, pois só retratam valores das obras obrigatórias previstas para respectivo ano de concessão, não abrangendo os demais dispêndios. Mencionou-se, também, que a principal causa para as inexecuções seriam os problemas ambientais, conforme apurado previamente em auditoria operacional do TCU.

17. Afirmou-se ainda ser natural em um contrato de concessão a ocorrência de atrasos, mas estariam sendo “utilizados das ferramentas e dispositivos regulamentares e contratuais disponíveis para acompanhar, controlar, fiscalizar, penalizar, revisar e promover o equilíbrio econômico-financeiro de todos os contratos de concessão sob sua gestão” (peça 116, p. 23).

Item 9.5.2 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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 (peça 116, p. 21-23)

18. Quanto a esse item da oitiva, a ANTT reforçou que a apuração da execução de obras ocorreria somente após o término do ano de concessão, nos termos da Portaria SUINF 216/2016.

Com base nesse normativo, concluiu-se que haveria um prazo de noventa dias corridos entre o término do ano de concessão e a publicação da portaria de reprogramação de investimentos. Então argumentou: “Por isso, devido às datas marco do presente contrato de concessão, nas revisões tarifárias da ECO101 é possível considerar somente as não execuções apuradas no ano anterior da data de revisão” (peça 116, p. 25). Destacou-se também que a sistemática de acompanhamento da execução de obras e as reprogramações de investimentos teriam seguido o rito estabelecido na Portaria SUINF 34/2015, incluindo os prazos estabelecidos. Quanto ao tema, conclui, então:

Por meio da análise das datas marco e prazos processuais, nota-se que não haveria tempo hábil para considerar na revisão tarifária de 18.05.2016 as não execuções apuradas do 3º ano de concessão, com término previsto em 10.05.2016, nem prazo suficiente para instruir o processo de revisão tarifária, pois envolve diversas análises de várias unidades organizacionais da SUINF, aprovação da Diretoria Colegiada da ANTT e comunicação prévia à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (<http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2002/nortaria-n.o-118-de-17-de-maio-de-2002>) e ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

Item 9.5.3 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo à inadequação do cronograma físico-financeiro adotado na 3ª Revisão Ordinária e a 2ª Revisão Extraordinária quanto aos prazos ineficazes 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 retificação de traçado nesses segmentos, desvirtuando o disposto no art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995 (peça 116, p. 28-29)

19. Com relação ao assunto, a agência afirmou que ainda não teria havido alteração do cenário apresentado na 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária da TBP e devido à falta de um planejamento factível, tendo em vista as diversas incertezas presentes, entendeu-se prudente que fosse mantido o cronograma atual na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária da TBP. Acrescenta ainda que (peça 116, p. 29):

no momento em que for emitido as licenças de instalação, será reavaliado imediatamente o prazo das obras e proposto um novo cronograma, de modo a privilegiar o interesse público, para que possamos mitigar os reflexos negativos ocasionados pelos atrasos das obras e assim proporcionar a adequada prestação do serviço de exploração de infraestrutura rodoviária outorgada aos usuários da rodovia.

Item 9.5.4 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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.) (peça 116, p. 29)

20. No que tange esse item do acórdão, a agência informou que a inclusão das retificações teria sido guiada pela análise de parâmetros técnicos, sendo de interesse público a inclusão desses investimentos nesse momento, haja vista que os valores dessas obras seriam reduzidos com a realização conjuntamente com a duplicação. Complementou que:

no momento da apuração das execuções das obrigações previstas no 4º ano de concessão, caso a ECO101 não realize as retificações de traçados e demais obras de melhorias, as mesmas serão prorrogadas no cronograma financeiro no momento da próxima revisão tarifária

Item 9.5.5 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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 (peça 116, p. 30)

21. A ANTT afirmou que as obras de retificação de traçado incluídas na 2ª Revisão Extraordinária foram previstas para serem executadas em conjunto com a duplicação do respectivo subtrecho, ou seja, no 4º ano de concessão. Assim, no momento da apuração das execuções das obrigações previstas no 4º ano de concessão, caso a ECO101 não realize as retificações de traçados e

demais obras de melhorias, essas seriam prorrogadas no cronograma financeiro no momento da próxima revisão tarifária.

Item 9.5.6 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo à 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 (peça 116, p. 30-31)

22. Quanto à inclusão de obras de retificação de traçado na 3ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária sem a elaboração do projeto executivo e orçamento analítico, a agência afirmou entender assistir razão à Unidade Técnica do TCU. Assim, teria sido solicitada à ECO101 a apresentação dos projetos executivos e respectivos orçamentos analíticos (utilizando-se do SICRO/DNIT) de todas as obras de retificação de traçados incluídas no contrato de concessão, a fim de atender as Resoluções ANTT 1.187/2005 e 3.651/2011.

23. Ainda assim, optou-se por manter no fluxo de caixa, como valores preliminares, os montantes considerados na 2ª Revisão Extraordinária, os quais seriam ajustados conforme a aprovação dos projetos executivos e orçamentos.

Item 9.5.7 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo ao cálculo da TBP na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, sem considerar:

Item 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.) (peça 116, p. 31)

24. A ANTT concordou com as argumentações constantes no relatório de fiscalização. Nesse sentido, em atendimento aos apontamentos, foi proposta na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, através das Notas Técnicas 006/2017/GEINV/SUINF e 017/2017/GEINV/SUINF, a exclusão do fluxo de caixa original do saldo de R\$ 561.354,53 (ref. Jan/2009) do Item 4.1.2.3. Adicionalmente, foi indicado também a exclusão de R\$ 35.028,53 (ref. Jan/2009), correspondente aos 6,24% referentes aos custos administrativos, em acordo com a Resolução ANTT 4.727/2015.

Item 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.), em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 10 da Lei 8.789/1995 e com os itens 8.2, 16.5 e 20.1.3 do contrato de concessão (peça 116, p. 31-32)

25. A ANTT admitiu que houve erro material na ausência da reprogramação dos investimentos relativos ao posto de fiscalização da ANTT. Desse modo, foi proposta na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, através das Notas Técnicas 006/2017/GEINV/SUINF e 017/2017/GEINV/SUINF, a postergação, no cronograma financeiro do PER dos itens referentes à Implantação dos Postos (Item 8.4.1), a Implantação de Equipamentos (Item 8.4.2), a Reposição de Equipamentos (Item 8.4.3) e a Operação e Conservação dos Equipamentos e Sistemas.

Item 9.5.7.2. As inexecuções e atrasos dos sistemas de controle de velocidade (Item III.2.1.5), em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 10 da Lei 8.789/1995 e com os itens 8.2, 16.5 e 20.1.3 do contrato de concessão (peça 116, p. 32)

26. A ANTT, em atendimento aos apontamentos da fiscalização, teria proposto, na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária, a postergação no cronograma financeiro da Implantação de Equipamentos (Item 8.7.8.1), da Reposição de Equipamentos (Item 8.7.8.2) e da Operação e Conservação de Equipamentos e Sistemas (Item 8.7.8.3).

27. Ademais, a ANTT apurou, através do Parecer Técnico 39/2017/GEINV/SUINF, as responsabilidades da concessionária frente aos descumprimentos contratuais. Nesse sentido, de acordo com a agência, foi proposta a abertura de Processo Administrativo Simplificado (PAS) para apuração das responsabilidades previstas no contrato de concessão e nos normativos da ANTT.

Item 9.5.7.2. As inexecuções e atrasos das edificações do sistema de call boxes (Item III.2.1.6), em desacordo com o art. 6º, § 1º, e art. 10 da Lei 8.789/1995 e com os itens 8.2, 16.5 e 20.1.3 do contrato de concessão (peça 116, p. 32-33)

28. A ANTT admitiu haver divergências entre os prazos de execução física constantes no PER e os períodos com valores alocados no cronograma financeiro e no fluxo de caixa do plano de

negócio. Nesse sentido, foi proposta na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária que no momento da apuração das obrigações previstas no 4º ano de concessão, caso a concessionária não implantasse os call boxes e demais obras de melhorias previstas no contrato, essas seriam prorrogadas no cronograma financeiro, sem prejuízos à abertura de PAS (Processo Administrativo Simplificado) para apuração de responsabilidades.

Item 9.5.7.2. As inexecuções e atrasos 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 8.789/1995 e com os itens 8.2, 16.5 e 20.1.3 do contrato de concessão (peça 116, p. 33)

29. Segundo a ANTT, foi proposta na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária a postergação no cronograma financeiro da Implantação do Posto de Pesagem (Item 8.11.1.1), da Implantação de Equipamentos (Item 8.11.1.2), da Reposição de Equipamentos (Item 8.11.1.3) e da Operação e Conservação de Equipamentos e Sistemas (Item 8.11.1.4). Ademais, teria sido proposta à GEFOR a abertura de PAS para apuração de responsabilidades previstas em contrato e nos normativos da ANTT.

Item 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 construção de passarelas, 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 (peça 116, p. 33-34)

30. A ANTT admitiu haver divergências entre os prazos de execução física constantes no PER e os valores alocados no cronograma de investimentos para a construção de passarelas. Nesse sentido, foi proposta na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária a reprogramação no cronograma financeiro do item 4.1.1.1.1. Ademais, está a cargo da GEFOR a abertura de PAS para apuração das responsabilidades previstas em contrato e nos normativos da ANTT.

Item 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 construção de 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 (peça 116, p. 34-35)

31. A ANTT admitiu existirem divergências entre os prazos de execução física constantes no PER e os valores alocados no cronograma de investimentos para a construção de vias locais. Nesse sentido, foi proposta na 4ª Revisão Ordinária e 3ª Revisão Extraordinária a reprogramação no cronograma financeiro do item 4.1.1.2.1. Ademais, foi atribuída à GEFOR a abertura de PAS para apuração das responsabilidades previstas em contrato e nos normativos da ANTT.

Item 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) (peça 116, p. 35)

32. A ANTT argumentou que a postergação para o ano de concessão subsequente de obras obrigatórias não realizadas no período vigente seguiria a sistemática e procedimento estabelecidos pela SUINF/ANTT para todos os contratos de concessão rodoviária.

RESPOSTA À OITIVA – ECO101

Item 9.5.1 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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 (peça 120, p. 50-51)

33. Em sua manifestação quanto ao item do acórdão, a ECO101 iniciou afirmando que não

seria correto utilizar a planilha de investimentos do Plano de Negócios como se fosse um cronograma de execução das obras de ampliação. Caberia, em verdade, seguir o cronograma previsto no PER, que estabelecia prazos finais para as obras, mas não determinaria datas obrigatórias para o início das intervenções. Assim, não haveria no contrato ou em seus anexos exigências de cumprimento parcial de obrigações pela Concessionária. Ademais, afirmou-se que caso ocorresse a apuração da execução parcial das obrigações, a Concessionária poderia ser penalizada ainda que atendesse os prazos dispostos no PER.

Item 9.5.2 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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 (peça 120, p. 51-54)

34. Em relação ao tema, a concessionária reafirmou que o contrato firmado teria estabelecido um cronograma fixando datas para o término das obras, de modo que somente quando do advento do prazo final de entrega de cada empreendimento poder-se-ia apurar as inexecuções e os respectivos impactos na tarifa, não se cabendo falar de inexecuções parciais. Nesse sentido afirmou-se que a não execução nos prazos previstos pelo plano de negócios não teria o condão de caracterizar o descumprimento contratual (peça 120, p. 51-52):

O Plano de Negócios (cronograma financeiro) é apenas o documento elaborado pela Concessionária e apresentado ao Poder Público para participação da licitação, onde constam, de forma detalhada, os valores imputados para cada investimento previsto no contrato ao longo do tempo, chegando à composição do deságio oferecido para a participação no certame.

(...)

Dada a sua natureza, o Plano de Negócios é utilizado como referência de valores/tempo para a adequação da tarifa de pedágio aos investimentos realizados versus investimentos previstos no Contrato de Concessão.

35. Afirmou-se ainda que – da mesma forma como não seria cabível apurar inexecuções previamente aos prazos previstos no PER – quando da ocorrência de uma circunstância causadora de desequilíbrio em prejuízo da concessionária, o reflexo na tarifa de pedágio também seria aplicado apenas no futuro. Citam-se os exemplos da Lei dos Caminhoneiros e da incidência de IOF sobre os empréstimos do BNDES, modificações ocorridas em desfavor da concessionária que ainda careceriam de reequilíbrio.

Item 9.5.3 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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 retificação de traçado nesses segmentos, desvirtuando o disposto no art. 23, parágrafo único, inc. I e II da Lei 8.987/1995 (peça 120, p. 55-59)

36. Com relação a esse item, a concessionária inicia por afirmar que (peça 120, p. 55):

pode-se dizer que ‘infactível’ é um adjetivo que proporciona interpretação subjetiva

(...)

É temerário dizer, por exemplo, hoje, que não será concluída no prazo uma obra que deve ser entregue daqui a 8 meses. É possível se presumir que o prazo não será atendido, mas não é possível afirmar.

Ora, frise-se, como o Contrato de Concessão prevê apenas prazos de entrega de obras (e não de início), não é correto aplicar o efeito na tarifa pelo atraso de obras cujo prazo para conclusão ainda não foi atingido.

37. Frisou-se que não teriam transcorrido os prazos previstos no PER para a duplicação dos Subtrechos C e D. Ademais, o cronograma de obras à época da revisão da tarifa (maio/2016) teria seguido o que havia de informação sobre licenciamentos ambientais, sendo, à época, factível o lapso temporal existente.

38. Afirmou-se, também, que a concessionária teria adotado tempestivamente as medidas junto ao Ibama para a obtenção das licenças necessárias, além de já ter requerido à ANTT a alteração do cronograma de modo a ampliar o prazo para a conclusão do Subtrecho D e iniciar

imediatamente as intervenções em outros seis segmentos, que já possuiriam o licenciamento ambiental. Alegou-se, ainda, que aos segmentos a serem duplicados estariam associados custos mais elevados em comparação com as obras não realizadas, o que comprovaria a boa-fé da concessionária em executar as intervenções pactuadas.

Item 9.5.4 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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.) (peça 120, p. 59-62)

Item 9.5.5 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo 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 (peça 120, p. 59-62)

Item 9.5.6 - Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo à 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 (peça 120, p. 59-62)

39. Os itens 9.5.4, 9.5.5 e 9.5.6 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário foram tratados em conjunto pela ECO101.

40. Foi explicado que a Concessionária, após a análise da pista existente, teria identificado pontos com necessidade de retificação de traçado, além daqueles constantes originalmente do PER. Considerando que o contrato determina a duplicação de todo o trecho concedido, argumenta-se que (peça 120, p. 60):

a compatibilização dos projetos executivos e realização destas retificações de traçado concomitantemente às obras de duplicação de cada subtrecho, proporcionará, a um só tempo, a otimização de recursos financeiros, minimização de futuros retrabalhos, riscos ao Poder Concedente e Concessionária, além dos impactos no tráfego da rodovia e transtornos aos usuários.

41. Nesse sentido, as obras de retificação de traçado incluídas na 2ª Revisão Extraordinária foram previstas para serem executadas em conjunto com a duplicação dos respectivos subtrechos em que se localizam. Qualquer alteração do cronograma de duplicação seria também aplicável as retificações de traçado correspondentes.

42. Afirmou-se que, por disposição contratual, o novo investimento seria arcado pelos usuários da rodovia durante toda a vigência do contrato, essa sistemática permite que sejam incluídos investimentos na concessão sem que haja picos de aumento/redução da tarifa em um curto espaço de tempo. Ademais, seria justa e necessária a inclusão de tais obras na tarifa de pedágio neste momento, pois a execução delas demandaria a elaboração de projetos executivos e análises prévias a serem realizadas pela concessionária.

43. Especificamente quanto ao item 9.5.6 do acórdão em pauta, a concessionária afirmou ter adotado para as intervenções de retificação o valor pré-existente no Plano de Negócios, de acordo com as extensões correspondentes. Esse valor teria sido aceito pela agência; entretanto, posteriormente (já em 2017), a ANTT teria solicitado a apresentação dos projetos e respectivos orçamentos, em atendimento à Resolução 3651 da agência.

Item 9.5.7. Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – relativo ao cálculo da TBP na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, sem considerar:

Item 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.);

Item 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;

Item 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).

44. A Concessionária reiterou integralmente o exposto pela ANTT através do Memorando nº 046/2017/GEROR/SUINF (constante da peça 70 destes autos, encaminhado por ocasião da manifestação preliminar da agência no relatório de fiscalização). Afirmou ainda que os procedimentos de revisões para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da equação contratual original não teriam sido estabelecidos a bel prazer das partes contratantes.

45. A concessionária argumentou que somente após findado o prazo final para a conclusão da obra (prazo previsto no PER) é que se promove a postergação dos valores no Plano de Negócios. Ademais, a Concessionária afirmou que os critérios utilizados na metodologia empregada para reequilíbrio financeiro foram corretos e que, quando fosse o caso, seria adotado procedimento adequado, previsto contratualmente, para a recomposição das condições originais da contratação.

Manifestação adicional da ECO101

46. Adicionalmente à resposta à oitiva apresentada inicialmente pela concessionária (peça 120 e 121), na qual se comentou cada item do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário, a ECO101 encaminhou manifestação defendendo a sistemática utilizada pela agência para a concessão dos reajustes anuais (peça 122).

47. Foram trazidos os dispositivos contratuais que disciplinavam as revisões tarifárias, destacando-se que a data-base para o reajuste do preço do pedágio seria a data do primeiro reajuste e o valor da tarifa seria definido a partir das revisões ordinárias e extraordinárias.

48. Discorreu, então, acerca da Resolução ANTT 675/2004 que estabeleceria as etapas a serem seguidas pelas revisões tarifárias, entre as quais: i) apuração das informações acerca de índices inflacionários e de inexecução; ii) manifestação da concessionária, no prazo de quinze dias; iii) consolidação e apuração dos dados e resultados para verificação do impacto do equilíbrio econômico-financeiro. Adicionalmente, nos termos da Portaria 118/2002, do Ministério da Fazenda, a pasta deveria ser informada com quinze dias de antecedência sobre alterações na tarifa. Somente após a realização desses procedimentos poder-se-ia proceder à alteração do valor da TBP.

49. Considerando-se que o fim do ano da concessão ocorre em 10 de maio e a revisão tarifária em 18 de maio, e diante do processo descrito de revisão tarifária – com a necessidade de apurar os fatos, realizar os cálculos, oferecer contraditório à Concessionária e analisá-lo, além de comunicar ao Ministério da Fazenda – a concessionária concluiu ser impossível que a revisão tarifária abrangesse os efeitos das inexecuções ocorridas no exercício recém terminado.

EXAME TÉCNICO

Sobre o uso da TIR não alavancada para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (item 9.5.7.4 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

50. Entende-se adequado iniciar a análise técnica pelo item 9.5.7.4 do Acórdão, em função de que a forma como ocorre o reequilíbrio do contrato quando da ocorrência de atrasos ter efeito nos

demais achados tratados nesta instrução.

51. *Conforme apontado pelo relatório de fiscalização (peça 96, p. 30-33), a metodologia utilizada pela ANTT para reequilíbrio do fluxo de caixa em decorrência de atrasos e inexecuções de investimentos tem como consequência a majoração da Taxa Interna de Retorno do acionista. Essa majoração da TIR alavancada, que é a taxa que interessa à concessionária, ocorre toda vez em que são postergados desenhos no fluxo de caixa ou quando são antecipadas receitas. Em outras palavras, a concessionária aumenta sua rentabilidade sempre que deixa de realizar investimentos ou quando recebe por serviços que não serão prestados tempestivamente, mesmo havendo ajustes posteriores pelos atrasos na execução de obras.*

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 passam a ser financiados pelos usuários quando deveriam ser financiados por aporte da concessionária, mediante empréstimos de terceiros.*

53. *Essa realidade, como argumentado pela Concessionária e pela ANTT, não se restringe ao contrato de concessão da BR-101/ES/BA. Em todos os contratos que utilizam o plano de negócios para a postergação de investimentos, observa-se que as concessionárias são incentivadas a não realização das obras conforme contratadas, visto que desta forma maximizam seus lucros. Consequentemente, conforme apontado no Relatório de Fiscalização, observa-se elevadas taxas de inexecuções em praticamente todas as concessões das 1ª e 2ª etapas (Acórdão 286/2016-TCU-Plenário, em reprodução das informações da própria agência contidas no Ofício 440/2015/DG/ANTT).*

54. *Como apontado tanto pela ANTT como pela concessionária, no entanto, a utilização do fluxo de caixa do plano de negócio consta no contrato de concessão da BR-101/ES/BA:*

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.

55. *Nesse sentido, não há fundamentos para determinações quanto à substituição do uso da TIR não alavancada para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. De todo modo, cabe registrar, que um dos maiores riscos, segundo a teoria da agência, é o risco moral, que advém da assimetria de informação entre as partes e consiste no comportamento oportunista do administrador (no caso, a concessionária) após a assinatura do contrato. A fim de amenizar esses conflitos, os contratos devem prever cláusulas que incentivem sua fiel execução, alinhando assim os interesses entre usuários e concessionária. O que se observa, contudo, é justamente o contrário. O mecanismo utilizado pela ANTT potencializa o risco moral do contrato e consequentemente estimula atrasos e inexecuções.*

Sobre a diluição do impacto das inexecuções na TBP para todos os anos restantes de concessão (item 9.5.7.4 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

56. *Quanto a esse tema, as partes afirmaram, em termos gerais, que a forma como ocorre o reequilíbrio econômico-financeiro decorreria de disposições contratuais e normativas; entretanto, não foram apresentadas contestações específicas às análises realizadas no relatório de fiscalização.*

57. *A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelo uso do fluxo de caixa não alavancado, diante de inexecuções dos investimentos, nos moldes feitos pela ANTT atualmente, majora a TIR alavancada. Esse efeito é ainda maior quando o ajuste da TBP é definitivo, ou seja, o desconto na receita de pedágio é diluído pelo prazo remanescente da concessão.*

58. *Foi realizada, no relatório de fiscalização (peça 96), uma análise de sensibilidade da TIR alavancada frente aos ajustes elaborados pela ANTT no fluxo de caixa, diante das inexecuções de*

investimentos. Constatou-se que o aumento na TIR alavancada 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.

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.*

60. *O uso da TIR não alavancada como balizador do equilíbrio econômico-financeiro do contrato já foi objeto de discussão no Tribunal (Acórdão 988/2004-Plenário, por exemplo) e nesta instrução, de modo que, no momento, não há questionamentos quanto à sua utilização no contrato da BR-101/ES/BA.*

61. *Por outro lado, a metodologia de desconto definitivo na TBP, em que os efeitos financeiros são observados por todo o período remanescente de concessão, é simplesmente uma praxe da ANTT, não havendo previsão contratual ou mesmo normativa que vincule, nesse aspecto, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato à metodologia atualmente utilizada pela agência.*

62. *Assim sendo, com vistas a aprimorar os incentivos presentes no modelo de concessões rodoviárias, a diminuir o risco moral e os conflitos de interesses e a alinhar os interesses da concessionária e dos usuários, e baseado no princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição) e na preservação do interesse público (art. 20, inciso II, “b”, da Lei 10.233/2001 e art. 2º da Lei 9.784/1999), cabe propor determinar à 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.*

Sobre a obrigatoriedade do cumprimento do plano de negócios (itens 9.5.1 e 9.5.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

63. *Observa-se das manifestações da agência e da concessionária o posicionamento no sentido de que a não execução dos valores previstos no cronograma financeiro, contidos no plano de negócios apresentado pela ECO101 por ocasião do certame, não deveria ocasionar o reequilíbrio da avença, de modo que a concessionária estaria obrigada a cumprir apenas os prazos previstos no PER, não estando vinculada ao cronograma de investimentos – plano de negócios. Nesse sentido, na visão da agência, não haveria que se falar em descumprimentos parciais, sendo apenas os prazos finais relevantes.*

64. *Primeiramente, cabe esclarecer que o plano de negócios é o mecanismo contratualmente previsto para se avaliar o equilíbrio econômico-financeiro da avença. Sendo assim, diferentemente do sugerido pela agência e pela concessionária, somente pode-se afirmar que o contrato esteja equilibrado – e as condições efetivas da proposta mantidas – se o contrato estiver sendo cumprido, inclusive o seu cronograma financeiro (além de serem considerados os efeitos decorrentes do fluxo de caixa marginal e do desconto de reequilíbrio, previstos nos itens (i) e (ii) da cláusula 20.4.2, respectivamente), in verbis:*

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

(i) na hipótese de inclusão no escopo do Contrato de Concessão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras ou serviços não constantes do PER, bem como na hipótese de sua inexecução, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da elaboração de Fluxo de Caixa Marginal, nos termos da subcláusula 20.5;

(ii) na hipótese de atraso ou inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório, necessárias a atender os Parâmetros de Desempenho, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dará por meio da aplicação automática do Desconto de Reequilíbrio, nos termos da subcláusula 20.6;

(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.

65. *A necessidade de observância do cronograma de investimento pode ser entendida considerando-se que o próprio plano de negócios constitui a proposta apresentada pela contratada por ocasião do certame. Quando da licitação, a Administração elenca os investimentos a serem executados e o prazo máximo para serem concluídos, bem como fixa a TIR da avença. Assim, no que tange aos dispêndios, resta a cada concorrente estipular, dentro dos prazos do PER, os montantes anuais a serem gastos com cada item. 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. Uma posterior alteração no cronograma, como o adiamento do início da execução de uma obra, resulta em um VPL não nulo, portanto a avença passa a estar desequilibrada.*

66. *Não se pode, portanto, ignorar o cronograma de investimentos, pois isso significaria desprezar o próprio processo licitatório. Na situação observada nos presentes autos, na qual durante a execução do contrato os investimentos previstos no Plano de Negócios são postergados, existe um “jogo de cronograma”, pois caso o consórcio tivesse apresentado, quando da realização do certame, o cronograma de investimentos que efetivamente está sendo executado, a tarifa básica de pedágio cobrada dos usuários seria menor. Assim, não promover o reequilíbrio com base no descumprimento do plano de negócios resulta em ganhos indevidos da Concessionária e prejuízos aos usuários.*

67. *Dito de outra maneira, ao manter a tarifa de pedágio sem descontos, a despeito da existência de atrasos, a TIR necessária para equilibrar o fluxo de caixa (zerar o valor presente líquido) é distinta da estabelecida no contrato, necessitando, pois, a avença de reequilíbrio.*

68. *Relembra-se, ainda, existir expressa previsão legal acerca da necessidade do cumprimento do cronograma de investimentos nas concessões que incluam a execução de obras:*

Lei 10.233/2001

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

*VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e **fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas** e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;*

(...)

*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 infra-estrutura e prestação dos serviços, incluindo os programas de trabalho, o volume dos investimentos e **os cronogramas de execução**;*

69. *Por fim, frisa-se que, diferentemente do que sugere a ECO101 (peça 120, p. 51), a redução da tarifa em função do descumprimento dos prazos do cronograma não é uma penalidade à Concessionária, mas apenas um mecanismo de ajuste da avença para o seu equilíbrio. Em outras palavras, o descumprimento dos prazos do PER deve ensejar, segundo os termos contratuais, na apuração de penalidade à concessionária. Porém, isso não guarda relação com a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro do contrato diante do atraso sistemático e descumprimento do plano de negócios.*

70. *Portanto, entende-se caber determinar à ANTT, que no prazo de 60 dias, promova o reequilíbrio do contrato considerando os montantes de investimentos não executados, com base no Plano de Negócios, com vistas a manter a TIR pactuada, passando a adotar essa sistemática nas próximas revisões tarifárias, em respeito à Cláusula 20.4.2.iii do contrato, bem como à vinculação da concessão ao cronograma físico-financeiro estabelecida no parágrafo único do art. 23 da Lei 8.987/1995 e no inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001.*

Sobre o momento da apuração das inexecuções (item 9.5.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

71. *Outro aspecto relativo à apuração das inexecuções – abordado na resposta da ANTT e na*

manifestação adicional da ECO101 – diz respeito à viabilidade de se apurar o que realmente foi executado previamente à data da revisão ordinária subsequente. Constatou-se que o efeito das inexecuções contratuais nas tarifas de pedágio não ocorre na revisão ordinária imediatamente seguinte ao término do prazo para a conclusão dos investimentos, decorrendo mais de um ano para a realização do reequilíbrio. Justifica-se que isso ocorra em função do curto período entre o final do ano contratual (10 de maio) e a data da revisão ordinária (18 de maio).

72. Nesse reduzido intervalo de tempo não seria possível cumprir os prazos internos (estabelecidos pela Portaria 216/2016/SUINF) ou externos (como a necessidade de comunicar o Ministério da Fazenda com antecedência de quinze dias da alteração tarifária a ser realizada – Portaria 118/2002), o que inviabilizaria o cômputo das inexecuções na revisão ordinária seguinte.

73. Assim, por exemplo, por ocasião da 4ª Revisão Ordinária (18/5/2017) não são consideradas para fins de reequilíbrio as não execuções das obras cujos termos eram previstos para 10/5/2017, ou seja, a **agência presume que os investimentos tenham sido realizados até que na revisão ordinária seguinte se apure a necessidade de ajustes relativos à inexecução**. Isso ocorre mesmo para investimentos cuja inexecução seja manifesta, como obras que não tenham sequer sido iniciadas em 10/5/2017.

74. Entende-se não haver fundamento para que a ANTT presuma (sem a existência de evidências) a execução pela concessionária das obras previstas no cronograma, sendo isso especialmente injustificável nos casos em que os acompanhamentos periodicamente realizados pela agência indiquem claramente a não realização do empreendimento.

75. Por certo os prazos a serem cumpridos tendem a dificultar que a revisão ordinária imediatamente subsequente à data para entrega das obras reflita de forma exata o efetivamente executado; porém, isso não impede que a revisão repercuta de forma mais realista a execução dos investimentos do que o atualmente realizado pela agência, que simplesmente adia a avaliação da inexecução. Assim, as informações reais disponíveis acerca do estágio de execução dos investimentos devem guiar a análise da agência, de modo que por ocasião da revisão ordinária imediatamente subsequente ao aniversário do contrato obtenha-se um panorama que descreva o efetivamente executado de forma mais precisa do que simplesmente considerar que não houve qualquer inexecução, podendo-se realizar refinamentos adicionais nas revisões subsequentes.

76. Importante destacar que – como explanado no relatório de inspeção, peça 96, p. 30-33, e nos §§ 50-55, acima – o adiamento na realização da devida diminuição da tarifa ocasiona vantagem econômica para a concessionária, uma vez que o contrato é reequilibrado no ano seguinte com base na TIR desalavancada, resultando na majoração da TIR do acionista (TIR alavancada).

77. Esclarece-se, ainda, que a apuração da realização dos investimentos se processa de modo distinto da aplicação dos descontos de reequilíbrio previstos em função do não atingimento dos parâmetros de desempenho. Enquanto no caso dos descontos de reequilíbrio é estabelecida a avaliação anual (peça 126) dos indicadores de qualidade, de modo que o desconto é aplicado “somente no ano subsequente ao que for constatado o seu não atendimento” (peça 126, p. 3), o acompanhamento da execução dos investimentos é realizado, periodicamente, pela ANTT, não havendo dispositivo contratual que estabeleça a necessidade de se aguardar até o ano subsequente para que a redução da tarifa decorrente da inexecução de investimentos passe a ter efeito.

78. A questão aqui abordada não é exclusiva da ECO101, ocorrendo nas concessões para as quais há um pequeno intervalo entre os aniversários contratuais e os de início da cobrança de pedágio. Assim, para se realizar um tratamento homogêneo em relação aos diversos contratos e com vistas a se obter um critério claro e objetivo quanto às condições a serem atendidas pelos investimentos para estes serem considerados executados por ocasião das revisões ordinárias, entende-se caber a adaptação dos normativos da ANTT quanto ao tema.

79. Nesse sentido, é adequado determinar à ANTT que, no prazo de 180 dias, promova a alteração dos normativos de forma que permitam as revisões ordinárias refletir as inexecuções nos investimentos previamente ocorridas, podendo-se utilizar dos acompanhamentos periódicos realizados

pela agência, e/ou de outros mecanismos que descrevam a real situação da execução dos investimentos, com vistas a evitar o pagamento de tarifas além do efetivamente devido, seguindo os princípios da modicidade tarifária (§1º, art. 6º, Lei 8.987/1995) e do equilíbrio econômico-financeiro (§2º, art. 9º, Lei 8.987/1995).

Sobre a necessidade de constar do cronograma de investimentos previsão verossímil dos prazos envolvidos na execução das obras (itens 9.5.3, 9.5.4 e 9.5.5 do Acórdão 297/2017)

80. *Esses itens tratam de investimentos para os quais o relatório de inspeção apurou haver claros indicativos de que os prazos previstos no cronograma de investimentos não seriam cumpridos.*

81. *No que tange a execução das obras de duplicação dos subtrechos C e D (item 9.5.3), as manifestações da ANTT e da ECO101 reforçam a situação descrita no relatório de inspeção – que indicou a não plausibilidade da conclusão dos investimentos no prazo previsto, uma vez que ainda careciam de licença prévia (lembrando que após a obtenção da licença prévia, é necessário conseguir a licença de instalação para posteriormente começar as obras). A agência afirmou persistirem as pendências relativas ao licenciamento ambiental, mas decidiu não alterar o planejamento existente em função das diversas incertezas presentes. Para a concessionária seria “possível se presumir que o prazo não será atendido, mas não é possível afirmar” (peça 120, p. 55). Portanto, ambas reconhecem que o cenário claramente mais provável seria o da não conclusão das obras no prazo previsto, assim como pontuado pela equipe de fiscalização do TCU; entretanto, não entenderam caber ajustar o cronograma adiando o prazo de execução dos investimentos.*

82. *Quanto às obras de retificação de traçado (item 9.5.4 e 9.5.5 do acórdão), não foi objeto direto de análise no relatório de fiscalização a pertinência da realização das intervenções, tampouco a conveniência de executá-las em conjunto com a duplicação dos trechos contíguos. O cerne da constatação estava na atribuição de prazos não realistas no cronograma de investimentos para a execução das obras. Todavia, nas respostas às oitivas, não foram trazidos elementos que indicassem haver perspectivas reais de as obras serem realizadas até a data pactuada, porém foi argumentado que caso o prazo final não fosse cumprido proceder-se-ia o reequilíbrio contratual.*

83. *Entende-se, contrariamente ao posicionamento contido nas respostas apresentadas em sede de oitivas, que a agência deve fazer uso dos dados de campo pertinentes, bem como das informações técnicas disponíveis, para que o cronograma financeiro – parâmetro para a determinação da tarifa a ser cobrada – tenda a refletir a real expectativa de realização de investimentos, pois não é aceitável que o pedágio pago pelos usuários se baseie em premissas inverossímeis. Certamente, podem ocorrer circunstâncias imprevistas que impossibilitem o cumprimento do planejado, mas isso não se confunde com manter um cronograma de execução sabidamente improvável (ou inexecutável), mesmo após a oportunidade de ser readequado, quando das revisões anualmente realizadas.*

84. *Quando da realização dos ajustes relativos às inexecuções dos investimentos para compensar os valores arrecadados a maior pela concessionária (o que ocorre cerca de um ano após o prazo final para a entrega de determinada obra), a restauração do equilíbrio se processa, de acordo com o previsto no contrato, utilizando-se da TIR desalavancada. Isso resulta na majoração da TIR do acionista (TIR alavancada), conforme discutido no relatório de inspeção (peça 96, p. 30-33, e nos §§ 50-54, acima), e, conseqüentemente, em vantagem econômica para a concessionária em manter um cronograma irrealista de execução dos investimentos.*

85. *Ademais, 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.*

86. *Nesse sentido, entende-se adequado determinar a ANTT, que no prazo de 60 dias, faça o levantamento dos investimentos para os quais haja elementos que indiquem a não execução no prazo previsto, seja por retardamentos no licenciamento ambiental ou qualquer outra dificuldade técnica, e ajuste o cronograma financeiro fazendo uso de previsões factíveis para as datas de realização das obras, em homenagem ao inciso I do § único do art. 23 da Lei 8.987/1995 e ao inciso IV do art. 35 da*

Lei 10.233/2001, uma vez que a exigência legal acerca da existência de um cronograma de investimentos não pode ser considerada atendida por documento que contenha prazos claramente não realistas de execução das obras, bem como aos princípios da transparência e publicidade.

Sobre a vedação à inclusão de obras sem projeto executivo (item 9.5.6 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

87. *No relatório de inspeção constatou-se a inclusão, pela ANTT, de obras de retificação de traçado sem que houvessem sido elaborados os projetos executivos e os orçamentos analíticos, o que contraria o disposto no art. 3º da Resolução-ANTT 3.651/2011. A Concessionária não negou os fatos apontados, mas afirmou que os valores apresentados seriam vantajosos aos usuários. A ANTT entendeu assistir razão a Unidade Técnica do TCU quanto a esse ponto e afirmou que tomaria as medidas para que a impropriedade não se repetisse. Quanto ao caso concreto, a manifestação da agência indicou que iria manter os valores preliminares, até a aprovação dos projetos executivos e respectivos orçamentos.*

88. *A despeito do reconhecimento da falha no procedimento adotado pela agência e a perspectiva de auto-correção indicada na resposta à oitiva, entende-se não haver normativos que sustentem a posição da ANTT, de manter os valores preliminares para os investimentos de retificação de traçado. Sendo assim, cabe excluir do cronograma de investimentos as obras em questão até as aprovações dos projetos executivos e orçamentos correspondentes. Isso não traria retardamento para a finalização das obras, pois, essas, de qualquer modo, não poderiam ser iniciadas sem o projeto executivo aprovado.*

89. *Salienta-se que 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).*

90. *Assim, cabe propor determinação para que a ANTT promova, no prazo de 60 dias, a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos equivocadamente incluídos sem possuírem projetos executivos e orçamentos analíticos – relativos às obras de retificação de traçados inseridas na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, mencionados no item 9.5.6 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – em respeito ao art. 3 da Resolução-ANTT 3.651/2011, ao § 1º do art. 6º da Lei 8.987/1995 e ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001.*

Sobre os demais atrasos e inexecuções apontados (item 9.5.7.1 e 9.5.7.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

91. *Os investimentos abordados no item 9.5.7.2 foram tratados na 4ª Revisão Ordinária da tarifa de pedágio, oficializada pela Resolução-ANTT 5339/2017, conforme detalhado na Nota Técnica 17/2017 (peça 125).*

92. *De acordo com a mencionada nota técnica (peça 125, p. 48), após reanálise dos valores referentes à alteração de tipologia de acessos e interconexões foram descontados no Fluxo de Caixa Original R\$ 561.354,53 (jan/2009), mesmo valor mencionado no item 9.5.7.1 do acórdão em pauta. Adicionalmente, foram descontados R\$ 35.028,53 (ref. Jan/2009) referentes aos custos administrativos, nos termos da Resolução ANTT 4.727/2015. Nesse sentido, o ajuste foi adequado em relação ao apontamento questionado na oitiva.*

93. *Quanto aos postos de fiscalização da ANTT e seus respectivos equipamentos e sistemas, tratados no item 9.5.7.2 do acórdão, lembra-se estarem previstas no PER, com prazo final até o 6º mês de concessão, a construção de dois Postos de Fiscalização para a ANTT, os quais não foram implantados. Quando da 4ª Revisão Ordinária, a agência promoveu a readequação do cronograma financeiro alocando 50% dos valores correspondentes (itens 8.4.1, 8.4.2 e 8.4.3 do cronograma financeiro).*

94. *A inexecução das edificações foi justificada pela falta de definição da localização pela*

Agência. A não realização da obra teria sido compensada pela disponibilização por parte da Concessionária, desde o início da concessão, de uma sala equipada para uso da agência. A ANTT considerou, portanto, que a disponibilização da sala poderia ser considerada como a implantação das edificações de um Posto de Fiscalização para ANTT. Considerou, ainda, que 50% dos equipamentos e sistemas foram implantados e instalados. Ademais, a agência postergou em dois anos no FCO 50% dos valores alocados para reposição e atualização de equipamentos e sistemas, e descontou também 50% dos valores referentes à operação e manutenção dos equipamentos e sistemas nos três primeiros anos de concessão.

95. Entende-se essas medidas inadequadas, pois a construção de um Posto de Fiscalização com os respectivos equipamentos e sistemas não pode ser confundida com a disponibilização de uma sala para a equipe da ANTT. A execução dos investimentos deve ser balizada pelos itens expressamente previstos contratualmente, de maneira que, como não houve implantação das edificações dos Postos de Fiscalização da ANTT, deve-se considerar como inexecução de 100% dos valores alocados para os itens 8.4.1, 8.4.2 e 8.4.3 do cronograma financeiro. Além disso, deve-se excluir 100% dos valores alocados para operação e manutenção dos equipamentos e sistemas dos Postos de Fiscalização (item 8.4.4) para os quatro primeiros anos, visto que a concessão já está no seu 5º ano, sem prejuízo do equilíbrio econômico-financeiro da avença, com a remuneração adequada para os dispêndios efetivamente incorridos.

96. Ainda no que tange ao item 9.5.7.2 do acórdão, o PER prevê a instalação de 20 radares fixos ao longo do trecho concedido, além do fornecimento de 10 radares móveis à Polícia Rodoviária Federal (PRF). A concessionária forneceu os 10 radares móveis; contudo, não foram instalados os radares fixos, pois estaria pendente a aprovação de suas localizações. Nesse sentido, considerando a inexistência no plano de negócios de custos específicos para cada tipo de aparelho, entende-se aceitável a solução utilizada de adotar os mesmos valores unitários para os dois tipos de equipamentos e considerar realizados os investimentos relativos a 10 equipamentos, restando 20 a instalar. Cabe computar, como constante da Nota Técnica 17/2017, uma inexecução no terceiro ano de R\$ 1.035.934,58 (ref. Jan/2009) para esse item, equivalente a 2/3 do valor total (R\$ 1.553.901,88). Ademais, foram postergados para os anos subsequentes os valores alocados no plano de negócios para reposição dos radares fixos. Os procedimentos adotados pela ANTT na 4ª Revisão Ordinária, quanto a esse ponto, foram, portanto, adequados, de modo que não cabem questionamentos adicionais.

97. O item 9.5.7.2 do acórdão trata também da inexecução do Posto de Pesagem de Viana, para o qual a ANTT apurou a execução de 27% da obra. Nesse sentido, foram reprogramados no cronograma financeiro os itens 8.11.1.1, 8.11.1.2, 8.11.1.3 para os anos subsequentes, referentes, respectivamente, a implantação do Posto de Pesagem e implantação, instalação equipamentos e sistemas e reposição e atualização. Entende-se adequado o posicionamento da Agência.

98. Por fim, o item 9.5.7.2 do acórdão trata dos telefones de emergência – Call Boxes. Foi verificado que a obrigação de instalação desses aparelhos estaria prevista, no PER, para o 4º ano de concessão, mas havia previsão de investimentos no plano de negócios de R\$ 1.840.890,16 (ref. Jan/2009) para o 2º ano de concessão. Esse item será tratado no tópico da instrução relativo à falta de sincronia.

Sobre a falta de sincronia entre os valores apropriados no cronograma de investimentos e as metas estabelecidas no anexo C do PER (item 9.5.7.2 e 9.5.7.3 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

99. Constatou-se que há divergências entre os prazos de execução física constantes no PER e os períodos com valores alocados no cronograma financeiro e no fluxo de caixa original, notadamente nos itens referentes às passarelas, às vias locais e ao sistema de call boxes.

100. As divergências, caso os valores alocados no FCO sejam anteriores aos prazos previstos pelo PER, têm como consequência, em função da metodologia atualmente usada pela agência, um aumento injustificado de TBP, visto que o fluxo de caixa considerará que a execução do investimento ocorreu antes do prazo no qual a agência cobra a obrigação da concessionária. Por outro lado, caso

haja valores alocados no fluxo de caixa em períodos posteriores aos prazos máximos do PER, configurar-se-ia uma situação imprópria, visto que, nesse caso, o próprio modelo de negócios preveria o descumprimento contratual, o que seria ilógico.

101. *De acordo com o contrato, em caso de contradição entre o PER e o cronograma de investimentos do Plano de Negócios, deve prevalecer o documento elaborado pelo Poder Público, in verbis (peça 8, p. 8):*

1.2.4 No caso de divergência entre os Anexos, prevalecerão aqueles emitidos pelo Poder Concedente.

102. *Quanto à primeira situação – previsão de execução no cronograma financeiro em data anterior ao prazo constante do PER – não há, a priori, um descumprimento contratual, pois, a data final para a construção prevista no PER não estaria sendo desrespeitada, ou seja, não há conflito entre o cronograma e o PER, devendo ambos serem simultaneamente respeitados. O problema encontra-se na forma como a ANTT vem deixando de realizar o reequilíbrio contratual quando do descumprimento dos prazos previstos no plano de negócios – como tratado no tópico “Sobre a obrigatoriedade do cumprimento do plano de negócios”, acima §§ 63-70.*

103. *Assim, o PER prevê a instalação dos sistemas de Call Boxes até o final do 4º ano; contudo, há valores alocados no cronograma de investimentos para o 2º ano de concessão. Em que pese a não execução desses investimentos, os valores mantiveram-se no mesmo exercício no fluxo de caixa da concessão. A determinação proposta no § 70 desta instrução tem o condão de resolver a inconsistência.*

104. *Já a segunda situação – previsão de execução no cronograma financeiro em data posterior ao prazo constante do PER – caracteriza necessariamente um descumprimento contratual, tendo sido observado no caso da instalação de passarelas e vias locais.*

105. *O plano de negócios não contempla valores nos dois primeiros anos de concessão para a construção de passarelas, não obstante a previsão no PER de execução de 4 passarelas no 1º ano e 4 passarelas no 2º ano. Nesse sentido, uma vez constatada a inexecução de uma obrigação cujos valores não estão alocados para o período no FCO, a Agência postergaria em um ano os valores no cronograma de investimentos, independente do ano em que o valor está alocado. Além de manter a incoerência inicialmente existente, entende-se ser equivocada tal metodologia também em função de suas consequências, visto que tais postergações possuem maior efeito na TIR alavancada quando realizadas no início da concessão, comparadas às postergações realizadas a posteriori, devido ao efeito exponencial do capital no tempo.*

106. *Em relação às vias locais, apesar do PER prever construção das vias a partir do 1º ano de concessão, somente estão apropriados valores para tais investimentos nos 3º, 4º, 5º e 10º anos. Como consequência, apesar de terem sido apuradas inexecuções e descumprimento de prazos previstos no contrato, houve postergação das obrigações da Concessionária sem alteração do cronograma financeiro. No entanto, esse entendimento foi revisto, de modo que, uma vez apurada a inexecução, o valor referente à obra é postergado no cronograma de investimentos, independente do ano em que o valor está alocado. Assim como nos ajustes referentes às passarelas, entende-se equivocada o uso de tal metodologia.*

107. *Entende-se, portanto, ser irregular a falta de sincronia entre os prazos previstos no anexo C do PER e os valores apropriados no cronograma de investimentos elaborado pela concessionária. Nesse sentido, cabe propor determinação para que a ANTT promova, no prazo 60 dias, a readequação do plano de negócios de modo a não permitir que o cronograma de investimentos contenha prazos posteriores aos constantes do PER.*

Sobre os investimentos previstos para o 3º ano de concessão e não realizados pela concessionária (itens 9.5.1 e 9.5.7.2 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário)

108. *No relatório de inspeção foi apontada a não realização de investimentos previstos para o 3º ano de concessão no montante de R\$ 56.660.226,76 (peça 96, p. 24). Nas respostas às oitivas não foram refutadas as constatações in loco da equipe de fiscalização no que tange aos investimentos obrigatórios (Obras de duplicação, Construção do Contorno de Iconha e Obras de Retificação), tendo*

sido apenas discutida a metodologia de reequilíbrio.

109. Com relação aos itens dos sistemas de operação, a partir da análise aqui realizada, apenas para o item “Sistema de Controle de Velocidade” conclui-se, nesta instrução (§§ 96), que os elementos apresentados na oitiva foram capazes de alterar o valor de inexecuções previamente apurado para o 3º ano, reduzindo de R\$ 1.553.901,88 para R\$ 1.035.934,58. Incorporando essa alteração, o montante de dispêndios previsto e não executados para o 3º ano da concessão totaliza R\$ 56.142.259,46, conforme detalhado a seguir:

Tabela 1: Investimentos previstos no 3º ano de concessão e não realizados pela concessionária, incluindo as obras e serviços de caráter obrigatório e sistemas de operação

Item do PER	Investimento	Valores não executados até o 3º ano (ref. Jan/2009)
4.1.2.4	Obras de Duplicação	R\$ 22.840.166,55
4.1.2.1	Construção do Contorno de Iconha	R\$ 18.012.471,15
4.1.2.2	Obras de Retificação de Traçado	R\$ 10.397.157,57
8.4.1	Construção de Posto de Fiscalização da ANTT	R\$ 390.786,79
8.4.2	Equipamentos e Sistemas do Posto de Fiscalização	R\$ 1.624.852,66
8.7.8	Sistema de Controle de Velocidade	R\$ 1.035.934,58
8.10.2	Telefonia de Emergência – Call Boxes	R\$ 1.840.890,16
Total		R\$ 56.142.259,46

CONCLUSÃO

110. Os presentes autos visam a atender ao requerimento de Comissão Externa da Câmara dos Deputados acerca da realização de fiscalização na concessão da BR-101/BA/ES (sob responsabilidade da Concessionária ECO101), particularmente no que tange ao atraso na execução dos investimentos obrigatórios e a inadequação da tarifa de pedágio praticada diante desse atraso.

111. O relatório de fiscalização da Unidade Técnica desta Corte apontou atrasos e inexecuções de obras de caráter obrigatório, nos prazos pactuados. Além disso, verificou-se falhas nos mecanismos utilizados pela agência para calcular a tarifa de pedágio e, assim, manter o equilíbrio contratual. Constatou-se que a ANTT não estaria adotando as medidas adequadas para corrigir o desequilíbrio contratual causado pelo descumprimento dos prazos estabelecidos para a realização dos investimentos. As alegadas falhas da agência podem ser divididas nas de caráter sistêmico – deficiências causadas pela metodologia utilizada – e nas de caráter pontual – para as quais, apenas em determinados casos concretos, ficou caracterizado que a agência deixou de observar os procedimentos pertinentes.

112. A ANTT e a ECO101 foram instadas, em sede de oitiva, a se manifestar sobre os indícios de irregularidades por meio do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário.

113. As deficiências sistêmicas, tratadas particularmente nas análises dos itens 9.5.1, 9.5.2, 9.5.3, 9.5.4, 9.5.5 e 9.5.7.4 do citado acórdão, podem ser resumidas em: i) diluição do impacto da redução da TBP ocasionada pelas inexecuções dos investimentos ao longo de todos os anos restantes do contrato em vez da concentração do efeito no exercício imediatamente subsequente. ii) não realização de reequilíbrio quando observado o descumprimento do Plano de Negócios; iii) ausência de impacto das inexecuções na revisão tarifária imediatamente subsequente; e iv) existência de cronograma de investimentos com prazos de execução inverossímeis.

114. Para compreender o efeito dos atrasos nos prazos pactuados cabe enfatizar as conclusões da análise realizada no relatório de fiscalização (peça 96, p. 30-33) a partir da qual ficou matematicamente demonstrado, por meio de estudos de sensibilidade, que o mecanismo contratualmente previsto para o reequilíbrio econômico-financeiro da avença tem como efeito a obtenção de vantagem econômica pela concessionária quando do retardamento na execução das obras pactuadas. Isso ocorre porque, desde o início da concessão, são recolhidos valores supondo a execução de determinado cronograma; entretanto, no caso do atraso desse calendário, a correção dos

montantes envolvidos ocorre utilizando-se da TIR desalavancada com a diluição dos efeitos da inexecução durante todo o prazo contratual. Isso implica a majoração da TIR alavancada (TIR do acionista) e, conseqüentemente, na maior lucratividade do consórcio. A utilização da TIR desalavancada para o atingimento do equilíbrio do fluxo de caixa advém de expressa previsão contratual, não sendo, pois, contestada nesta instrução; todavia, uma vez que está caracterizado o benefício obtido pela concessionária em postergar a execução dos investimentos, deve-se agir para coibir o recolhimento de tarifas a maior, pois os futuros ajustes com vistas a alcançar o reequilíbrio da avença se processam de forma vantajosa para a Concessionária. (§§ 50-55)

115. No que atine à adequabilidade da concentração dos efeitos dos atrasos das obras no exercício imediatamente subsequente (item “i”, acima), constatou-se que o efeito sob a majoração da TIR alavancada é maior quando o ajuste da TBP é projetado para todos os anos remanescentes da concessão. Nesse sentido, com vistas a aprimorar o modelo de concessões rodoviárias federais, é proposta a determinação de que as reduções tarifárias relativas às inexecuções tenham seu impacto integralmente considerado na revisão tarifária subsequente à constatação pela ANTT. (§§ 56-62)

116. No que tange ao fato de a ANTT não considerar para fins de reequilíbrio as inexecuções parciais aferidas de acordo com o cronograma financeiro do Plano de Negócios (item “ii”, acima), foi argumentado, pela agência e pela concessionária, a inexistência de previsão contratual para a que se apurasse os atrasos no cronograma de investimentos. Ocorre que, diferentemente do sugerido em resposta à oitiva, o Plano de Negócio é o mecanismo contratual (Cláusula 20.4.2.iii do contrato) pelo qual é aferido o equilíbrio da avença, de forma que as alterações no cronograma pactuado (ainda que não mudem o prazo final para a conclusão do empreendimento) causam o desequilíbrio do fluxo de caixa (Valor Presente Líquido não nulo). Assim, para recuperar o equilíbrio, considerando-se a necessidade de manter a TIR original inalterada, cabe realizar a modificação correspondente da tarifa de pedágio. É proposta determinação à ANTT nesse sentido. (§§ 63-70)

117. No que concerne ao intervalo de tempo – de mais de um ano – transcorrido entre a data final para a execução dos investimentos e os efeitos tarifários da não execução (item “iii”, acima), foi justificado que não haveria tempo de realizar todos os procedimentos pertinentes para incorporar nas revisões tarifárias as inexecuções mais recentes, pois o ano da concessão se findava em 10 de maio, enquanto a data do reajuste do pedágio seria oito dias depois (18 de maio). Entende-se que, de fato, o curto período de tempo em questão prejudica que a revisão subsequente possa, de forma exata, refletir o que foi executado. Todavia, a sistemática atualmente adotada pela ANTT, de não promover qualquer ajuste no cronograma financeiro, nas revisões ordinárias imediatamente subsequentes, se mostra inadequada, especialmente considerando que a agência realiza acompanhamentos periódicos sobre o tema, podendo, ao menos em certas circunstâncias, concluir acerca da viabilidade ou não de seus termos previamente ao prazo final. O problema relatado não é exclusividade da ECO101, devendo, pois, ser objeto de um tratamento sistemático pela agência. Assim, é proposto determinar à ANTT que adapte seus normativos de modo a solucionar a questão. (§§ 71-79)

118. Em relação à existência de cronograma de investimentos com prazos de execução infactíveis (item “iv” acima), não foi contestado pelas partes a presença de previsões irreais de término de determinadas obras, porém alegou-se que isso não seria o bastante para justificar a alteração dos prazos. Contrariamente ao defendido nas respostas às oitivas, entende-se que a exigência legal acerca da existência de um cronograma de investimentos somente pode ser considerada atendida se esse contiver previsões realistas acerca das datas de execução das obras, de modo que é incabível aceitar um calendário com datas sabidamente implausíveis para compor o cronograma financeiro, que serve de parâmetro para o cálculo da tarifa de pedágio. É proposto determinar à ANTT a adoção de medidas para a correção dessa falha. (§§ 80-86)

119. Quanto aos demais indícios de falhas apontados no relatório de inspeção – tratados nos itens 9.5.6, 9.5.7.1, 9.5.7.2 e 9.5.7.3 – a ANTT, em resposta à oitiva, manifestou concordância parcial com os apontamentos realizados pelo relatório de fiscalização da Unidade Técnica do TCU, cabendo, ainda, a realização de determinações.

120. *Em relação ao item 9.5.6, é necessário determinar à agência a adoção de procedimentos corretivos. Esse item aborda a inserção de obras de retificação de traçado sem a elaboração de projeto executivo em contrariedade à Resolução 3651/2011 da própria agência. A despeito de a agência concordar (em resposta à oitiva) que os investimentos foram indevidamente incluídos, manifestou-se no sentido de que os valores correspondentes não deveriam ser retirados neste momento, cabendo aguardar até a elaboração dos projetos executivos para a adoção de providências. Entende-se, diversamente da agência, que cabe a correção imediata do ato irregular – inserção dos investimentos em desconformidade com os normativos pertinentes – não havendo normativo que ampare essa decisão, nem mesmo justificativa plausível para a manutenção do equívoco até data futura e incerta. Propõe-se, pois, determinação a ANTT no sentido de adotar as medidas corretivas quanto a esse ponto. (§§ 87-90)*

121. *Quanto à implantação dos dois postos de fiscalização da ANTT requeridos pelo PER (item 9.5.7.2), não se entende que a solução adotada pela agência – no sentido de considerar que a disponibilização de uma sala para que a ANTT exerça suas atividades seja suficiente para considerar como executado um posto de fiscalização (e respectivos equipamentos) – pois, além de não ter sido demonstrada a equivalência dos custos envolvidos, a localidade disponibilizada pela Concessionária não se incorporará ao patrimônio público ao final do contrato. (§§ 93-95)*

122. *No que tange a falta de sincronia entre os valores apropriados no cronograma de investimentos e as metas estabelecidas no PER, entende-se que para o efetivo cumprimento do contrato é necessário que o plano de negócios não preveja datas para a execução dos investimentos posteriores as constantes do PER, como observado no caso de passarelas e vias locais (item 9.5.7.3). Por outro lado, a simples previsão de dispêndios em data anterior ao prazo do PER não é uma irregularidade, como no caso dos Call Boxes (item 9.5.7.2); todavia, em qualquer caso, o cronograma financeiro deve ser ajustado de acordo com os eventuais descumprimentos nele constatados, com a alteração correspondente da Tarifa de Pedágio. (§§ 99-107)*

123. *No que concerne à alteração da tipologia de acessos (item 9.5.7.1) e a implantações dos sistemas de controle de velocidade (item 9.5.7.2) e do posto de pesagem de Viana (item 9.5.7.2), as medidas tomadas pela ANTT mostram-se suficientes para elidir as falhas observadas. (§§ 92; 96-97)*

124. *Por fim, cabe mencionar que o aumento tarifário resultante da 4ª Revisão Ordinária e da 3ª Revisão Extraordinária, materializado pela Resolução-ANTT 5.339, de 10/5/2017, abrangeu aspectos não abordados nestes autos, como o efeito da Lei dos Caminhoneiros. Essa revisão tarifária mais recente é objeto de análise por esta Corte no TC 012.831/2017-4.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

125. *Diante do exposto, submete-se a presente solicitação do Congresso Nacional, formulada por intermédio do Ofício Pres. 25/2016, de 22/3/2016, do Coordenador da Comissão Externa da Câmara dos Deputados destinada a acompanhar e fiscalizar a concessão da BR-101/BA/ES, Exmo. Sr. Deputado Federal Marcus Vicente, propondo:*

a) informar ao Exmo. Sr. Deputado Federal Marcus Vicente, Coordenador da Comissão Externa da Câmara dos Deputados destinada a acompanhar e fiscalizar a concessão da BR-101/BA/ES, que:

a.1) foram detectadas as seguintes falhas na atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT no que concerne a revisões tarifárias realizadas na concessão:

a.1.1) diluição, ao longo de todos os anos restantes do contrato, do impacto da redução da tarifa de pedágio ocasionada pelas inexecuções dos investimentos, em vez da concentração do efeito no exercício imediatamente subsequente, em contrariedade ao princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição) e à preservação do interesse público (art. 20, inciso II, “b”, da Lei 10.233/2001 e art. 2º da Lei 9.784/1999);

a.1.2) não realização do reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência do descumprimento do Plano de Negócios, em violação à Cláusula 20.4.2.iii do contrato, bem como à vinculação da concessão ao cronograma físico-financeiro estabelecida no parágrafo único do art. 23

da Lei 8.987/1995 e no inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

a.1.3) não incorporação dos efeitos das inexecuções dos investimentos na revisão tarifária imediatamente subsequente, o que ocasiona interstício de um ano e oito dias entre o prazo para a realização de determinado investimento e o impacto tarifário de sua inexecução, em contrariedade aos princípios da modicidade tarifária (§1º, art. 6º, Lei 8.987/1995) e do equilíbrio econômico-financeiro (§2º, art. 9º, Lei 8.987/1995);

a.1.4) utilização de cronograma de investimentos com prazos de execução inverossímeis, em afronta ao inciso I do parágrafo único do art. 23 da Lei 8.987/1995 e ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001, uma vez que a exigência legal acerca da existência de um cronograma de investimentos não pode ser considerada atendida por documento que contenha prazos claramente não realistas de execução das obras;

a.1.5) inserção de obras de retificação de traçado sem a elaboração de projeto executivo, em contrariedade à Resolução-ANTT 3651/2011;

a.1.6) cálculo da 4ª Revisão Ordinária sem considerar os efeitos referentes às inexecuções e atrasos das edificações dos postos de fiscalização da ANTT e, do sistema de call boxes; e

a.1.7) 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;

a.2) o total identificado de investimentos previstos para 3º ano de concessão e não realizados pela concessionária, incluindo obras e serviços de caráter obrigatório e sistemas de operação, é de R\$ 56.142.259,46 (a valores iniciais – Jan/2009), conforme detalhado na Tabela 1 desta instrução.

a.3) os aspectos não abordados nestes autos relativos ao aumento tarifário resultante da 4ª Revisão Ordinária e da 3ª Revisão Extraordinária, materializado pela Resolução-ANTT 5.339, de 10/5/2017, a exemplo do efeito da Lei dos Caminhoneiros, são objeto de análise no TC 012.831/2017-4;

b) determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que:

b.1) no prazo de 60 dias, promova o reequilíbrio do contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA, de forma a considerar, por meio de revisão extraordinária, os investimentos não executados até o 4º ano de concessão (entre os quais se encontram obras de duplicação, o contorno de Iconha, obras de retificação de traçado, bem com os investimentos relativos aos Postos de Fiscalização da ANTT e ao sistema de Call Boxes), inclusive de forma parcial, com vistas a manter a TIR pactuada, passando a adotar essa sistemática nas próximas revisões tarifárias, em respeito à Cláusula 20.4.2.iii do contrato, e em observância ao cronograma físico-financeiro do contrato, atendendo ao disposto no inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

b.2) no prazo de 60 dias, faça o levantamento dos investimentos para os quais haja elementos que indiquem a não execução no prazo previsto, seja por retardamentos no licenciamento ambiental ou qualquer outra dificuldade técnica, ajustando o cronograma financeiro a partir de previsões factíveis para as datas de realização das obras, e levando a termo na revisão extraordinária mencionada no item anterior, em observância ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

b.3) no prazo de 60 dias, ajuste o cronograma de investimentos de modo a não permitir a existência de prazos posteriores aos constantes do PER, particularmente no caso da implantação de passarelas e da construção de vias locais, em respeito ao Cláusula 1.2.4 do contrato de concessão e ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

b.4) no prazo de 60 dias, promova a exclusão do cronograma financeiro dos investimentos equivocadamente incluídos sem possuírem projetos executivos e orçamentos analíticos – relativos às obras de retificação de traçado inseridos na 3ª Revisão Ordinária e na 2ª Revisão Extraordinária, mencionados no item 9.5.6 do Acórdão 297/2017-TCU-Plenário – em respeito ao art. 3º da Resolução-ANTT 3.651/2011, ao § 1º do art. 6º da Lei 8.987/1995 e ao inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001.

b.5) no prazo de 180 dias, estabeleça, em seus normativos relativos à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do fluxo de caixa não alavancado dos contratos de concessão que possuam plano de negócios, a necessidade, salvo explícita previsão contratual em contrário, de que os descontos na tarifa de pedágio relativos às inexecuções e atrasos de investimentos sejam integralmente realizados na revisão da tarifa de pedágio imediatamente subsequente à constatação pela ANTT da não execução dos investimentos, em vez de diluir o impacto da redução da tarifa ao longo de todos os anos restantes do contrato, em respeito ao princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição) e na preservação do interesse público (art. 20, inciso II, “b”, da Lei 10.233/01 e art. 2º da Lei 9.784/99);

b.6) no prazo de 180 dias, promova a alteração dos normativos de modo que as inexecuções de investimentos sejam refletidos nas revisões ordinárias seguintes, podendo-se utilizar dos acompanhamentos periódicos realizados pela agência, e/ou de outros mecanismos que descrevam a real situação da execução dos investimentos, com vistas a evitar o pagamento de tarifas além do efetivamente devido, seguindo os princípios da modicidade tarifária (§1º, art. 6º, Lei 8.987/1995) e do equilíbrio econômico-financeiro (§2º, art. 9º, Lei 8.987/1995);

c) comunicar à ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. a decisão que vier a ser proferida;

d) considerar a solicitação integralmente atendida e arquivar o presente processo, nos termos dos arts. 169, inciso II, do Regimento Interno do TCU e 17, inciso II, da Resolução-TCU 215/2008. ”.

É o relatório.