

GRUPO II – 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. COMISSÃO EXTERNA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. FISCALIZAÇÃO DA CONFORMIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-101/ES/BA, QUANTO À EXECUÇÃO DE INVESTIMENTOS PREVISTOS NO PLANO DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA E À MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. IDENTIFICAÇÃO DE FALHAS E IRREGULARIDADES NOS MECANISMOS REGULATÓRIOS ADOTADOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). INEFICIÊNCIA DA AGÊNCIA EM PROMOVER REVISÕES TARIFÁRIAS IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTES À IDENTIFICAÇÃO DE ATRASOS E INEXECUÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS QUE REFLITAM A NÃO-REALIZAÇÃO DESSES INVESTIMENTOS. POSTERGAÇÃO SISTEMÁTICA DE INVESTIMENTOS QUE NÃO SÃO COMPENSADOS POR DESCONTOS TARIFÁRIOS ADEQUADOS QUE RECOMPONHAM, DE FORMA CONCENTRADA E PELO PERÍODO DE UM ANO, O BALANÇO ENTRE ENCARGOS E REMUNERAÇÃO DO OBJETO DA CONCESSÃO, BEM COMO RESTABELEÇAM A REGULARIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS REGULADOS. INFORMAÇÃO AO PARLAMENTO. DETERMINAÇÃO À AGÊNCIA REGULADORA. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO. CIÊNCIA.

VOTO REVISOR

Na sessão ordinária do Plenário do dia 4 de abril de 2018, solicitei, com fulcro no artigo 119 do Regimento Interno, vista dos autos a fim de aprofundar alguns pontos que considero relevantes para a adequada regulação das concessões rodoviárias.

Cuidam os autos de Solicitação de Congresso Nacional, oriunda de requerimento formulado pelo presidente de Comissão Externa da Câmara dos Deputados, Exmo. Sr. Deputado Marcus Vicente, cujo objeto é a realização de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a fim de examinar a legalidade e legitimidade dos atos administrativos praticados pela autarquia na regulação do contrato de concessão da rodovia federal BR-101/ES/BA, no trecho entre o entroncamento com a rodovia estadual BA-698 (acesso a Mucuri/BA) e a divisa entre os Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro.

A demanda parlamentar tem origem em reclamações recorrentes de usuários da rodovia acerca de atrasos e inexecuções, por parte da concessionária, de investimentos em obras e serviços previstos no contrato de concessão, os quais não teriam sido compensados por revisões tarifárias e nem dirimidos pela agência reguladora.

A concessão da BR-101/ES/BA integra a fase II da 3ª etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais. A extensão do trecho rodoviário concedido é de 475,9 quilômetros, dos quais 17,5 quilômetros estão localizados no estado da Bahia e 458,4 quilômetros no estado do Espírito Santo.

A rodovia passa por 25 municípios, desde o trevo de acesso ao município de Mucuri/BA, no Sul da Bahia, até a divisa entre os estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro. O modal terrestre interliga cinco importantes portos: o de Ilhéus, na Bahia; o de Barra do Riacho, o de Tubarão e o de Vitória, no Espírito Santo; o de Açu (ainda em construção), no Rio de Janeiro. Além disso, a BR-101/ES/BA dá acesso às principais praias capixabas, como as Guarapari e Vila Velha, destino de milhões de turistas durante todo o ano.

Após regular procedimento licitatório, o objeto da concessão foi outorgado à sociedade de propósito específico ECO101 Concessionária de Rodovias S.A. (ECO101), com a qual a Agência Nacional de Transportes Terrestres celebrou contrato em 10 de maio de 2013, com vigência de 25 anos, prorrogável por igual período.

O pedágio começou a ser cobrado dos usuários em 18 de maio de 2014. No dia 18 de maio de 2018, foi realizada a 5ª Revisão Ordinária da tarifa básica de pedágio. Na mesma oportunidade, passou a vigorar o novo valor da tarifa básica de pedágio, a qual foi reduzida de R\$ 0,03831 para R\$ 0,03555, conforme a 5ª Revisão Extraordinária, aprovada pela ANTT por meio da Resolução nº 5.638, de 10 de janeiro de 2018.

Para a exploração dos serviços de infraestrutura da BR 101/ES/BA, foram previstos investimentos da ordem de R\$ 1,4 bilhão, referidos a janeiro de 2009, que deverão ser aplicados ao longo dos 25 anos de vigência do contrato, de acordo com o programa de exploração rodoviária (PER) e o cronograma de investimentos ou plano de negócios anexos ao contrato de concessão. Desse montante, R\$ 866,1 milhões correspondem a ampliações de capacidade da rodovia e R\$ 533,9 milhões, a manutenção, recuperação e implantação de sistemas.

A fim de instruir a Solicitação do Congresso Nacional, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e Aeroportuária, com a autorização do Relator, Eminentíssimo Ministro Augusto Nardes, avaliou os atos administrativos da ANTT, bem como procedeu à inspeção *in loco* de amostra significativa de obras e serviços de caráter obrigatório previstos no Apêndice C do PER (peça 9. p. 153-158 c/c evidência 13), confrontando-os com o respectivo cronograma físico-financeiro anexo ao contrato de concessão. Esses investimentos obrigatórios totalizam R\$ 837,4 milhões (ref. jan/2009),

dos quais R\$ 571,1 milhões foram alocados para as seguintes obras e serviços distribuídos ao longo dos seis primeiros anos de concessão (peça 22):

- Duplicações de 177,8 km de trechos rodoviários durante os seis primeiros anos, ao custo estimado de R\$ 364,7 milhões (ref. jan/2009);

- Melhorias em trechos urbanos, referentes à construção de dezesseis passarelas de pedestres nos primeiros cinco anos de concessão, ao custo total de R\$ 11 milhões (ref. Jan/2009), das quais doze passarelas deveriam ter sido concluídas até o final do 3º ano. Também foi prevista a construção de 18,9 km de vias laterais até o 3º ano e 21,6 km até o 5º ano de concessão (peça 9. p. 155);

- Melhorias físicas e operacionais, orçadas em R\$ 336 milhões (ref. jan/2009), que contemplam a execução dos seguintes serviços até o final do 5º ano da concessão: construção de contorno viário do município de Iconha/EE até o final do 4º ano de concessão; retificação de 28,2 km de traçados; construção de 24 acessos, 21 rotatórias em nível, dezesseis interconexões diamante, quatorze interconexões trombeta e entroncamento.

A conclusão da Unidade Técnica, com apoio em evidências colhidas de análise documental e de verificação *in loco*, referentes ao período de 10/5/2013 a 10/3/2016, foi a ocorrência das seguintes irregularidades:

a) inexecução de obras de caráter obrigatório, em desacordo com o art. 31 da Lei 8.987/1995 e o item 8.3.1 do contrato de concessão;

b) desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em desfavor dos usuários da rodovia, em razão de revisões tarifárias insuficientes para compensar os atrasos e as inexecuções de investimentos por parte da concessionária, em afronta ao disposto no art. 9º, § 4º, 23, parágrafo único da Lei 8.987/1995 e ao item 8.2.1 do ajuste contratual.

Em relação ao **primeiro achado, a equipe de inspeção** verificou que **as obras e os serviços obrigatórios, abaixo descritos, não foram conclusos** até o terceiro ano de vigência do contrato de concessão, apesar de o plano de negócios anexo ao ajuste haver previsto a realização desses investimentos no referido período:

- edificação de 8 passarelas;
- construção de 4,5 km de vias locais;
- execução de posto de pesagem de Viana/ES;
- construção de postos de fiscalização da ANTT, bem como a instalação de equipamentos e sistemas;
- implantação de sistemas de controle de velocidade;
- instalação de sistema de telefonia de emergência – *call boxes*.

Além da inexecução das benfeitorias mencionadas, foram também identificados atrasos no início da realização de outros investimentos obrigatórios por parte da concessionária, que também deveriam ter começado nos primeiros anos da concessão, conforme plano de negócios. Tais atrasos derivam da ausência de licenciamento ambiental das obras e serviços junto aos órgãos competentes, bem como de desapropriação e desocupação de faixas de domínio. As obras e os serviços que se encontram nessas situações são os seguintes, totalizando R\$ 43,34 milhões em atraso:

- duplicação dos subtrechos rodoviários D e E, cujo prazo para conclusão era o quarto ano da concessão, com desembolsos previstos de R\$ 22,84 milhões (ref. Jan/2009) no terceiro ano;

- execução de contorno viário no município de Iconha/ES, para o qual foram previstos investimentos de R\$ 18 milhões (ref. Jan/2009) no terceiro ano e término das obras no 4º ano da concessão;
- retificações de traçados, inclusos na 2ª Revisão Extraordinária, com desembolsos de R\$ 2,5 milhões (ref. Jan/2009) no terceiro ano da concessão.

Os atrasos e inexecuções de obras e serviços obrigatórios previstos para os primeiros anos da concessão têm conduzido a agência reguladora a postergar cumprimento das obrigações da concessionária mediante reprogramações contínuas do cronograma físico-financeiro de investimentos. Algumas dessas intervenções, por ausência de adequado planejamento, ostentam prazos inverossímeis em face da imprevisibilidade da solução das pendências mencionadas.

Nesse ponto, avulta a **segunda irregularidade** identificada pela Unidade Técnica, **desequilíbrio econômico-financeiro da avença em desfavor dos usuários dos serviços públicos delegados**. Tal irregularidade tem correlação direta com o primeiro achado da fiscalização na medida em que a inexecução e o atraso na realização de investimentos estabelecidos para os primeiros anos da concessão não têm sido devidamente compensados por mecanismos regulatórios aptos a recompor o balanço entre a diminuição de encargos e a redução da remuneração da contratada, via desconto tarifário.

Além disso, como exporei a seguir, a forma pela qual tais instrumentos têm sido manejados pela agência reguladora também são incapazes de induzir a concessionária a adimplir suas obrigações contratuais pela realização das etapas de investimentos em tempo e modo estabelecidos no plano de negócios anexo ao contrato de concessão.

Por sua vez, os usuários são duplamente onerados pelo pagamento de tarifas que já contemplam o custeio de obras e serviços obrigatórios que deveriam ter sido iniciados e entregues, sendo privados do usufruto da prestação de serviços públicos adequados que satisfaçam as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade tarifária, tais quais exigidas pelo artigo 6º da Lei 8.987/1995.

No caso da concessão da BR 101/BA/ES, o desequilíbrio da equação econômico-financeira da avença é ainda agravado por fatores que militam contra a regularidade dos serviços públicos delegados:

- **atraso da ANTT em apurar os investimentos não-executados pela concessionária** e, conseqüentemente, em não realizar o correspondente desconto tarifário na data base contratual imediatamente seguinte à identificação daquelas pendências;
- **desatualização do cronograma de investimentos**; e
- **desvirtuamento da taxa interna de retorno do fluxo de caixa da concessão** em razão da maneira pela qual são realizados os descontos de reequilíbrios por atraso e inexecução de investimentos.

O primeiro fator agravante do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão resulta da própria ineficiência da Agência reguladora em **não adotar procedimentos e mecanismos que permitam apurar, com antecedência necessária, os investimentos não-realizados pela concessionária até a data base da avença** (10 de maio) a fim de contemplar as referidas inexecuções na revisão tarifária imediatamente subsequente (18 de maio).

Na prática, as revisões contratuais formalizadas pela ANTT acabam por onerar indevidamente o usuário pois mantém, pelo período de mais de um ano, a obrigação de pagar por tarifas de pedágio que levam em consideração obras e serviços não-realizados no período imediatamente antecedente, como se executados estivessem. Baseado nessa presunção, o reequilíbrio

pelo desconto tarifário somente será efetuado na revisão tarifária do próximo período apurativo, ou seja, um ano após. Contrariando a lógica da regulação dos serviços públicos delegados, a empresa concessionária é premiada pela própria inadimplência e ineficiência, mantendo-se a remuneração íntegra por mais um exercício financeiro.

Dessa forma, tarifa a ser praticada no 4º ano de concessão não leva em conta as inexecuções e os atrasos de investimentos relativos ao 3º ano de vigência do ajuste contratual, mas apenas aquelas inadimplências referentes ao 2º ano. De igual forma, as obras e serviços não implementados no 3º ano da concessão somente terão impacto em revisão da tarifa de pedágio a ser aplicada no 5º ano. É inadmissível que a agência presuma a realização de investimentos não-executados, postergando por mais de um ano a compensação tarifária das obras e serviços não-realizados.

Como bem salientou a unidade instrutiva, a revisão tarifária oriunda de não-realização de investimentos processa-se de modo distinto à aplicação dos descontos de reequilíbrio por não atingimento dos parâmetros de desempenho. Para os descontos de reequilíbrio por insuficiência de desempenho da concessionária, é estabelecida avaliação anual dos indicadores de qualidade, de tal forma que o desconto tarifário somente é aplicado no ano subsequente à verificação do seu inadimplemento (peça 126, p. 3). Ao contrário, o acompanhamento da execução dos investimentos é efetuado, periodicamente, pela ANTT, não havendo qualquer dispositivo contratual que estabeleça a necessidade de se aguardar até o ano subsequente para que seja realizada redução da tarifa decorrente de atrasos e inexecução de obras e serviços previstos no cronograma de trabalho.

Oportuno registrar que o descasamento entre a real situação dos investimentos e as revisões tarifárias a ela referentes ocorre em todas as concessões rodoviárias em que há pequeno intervalo entre o aniversário do contrato e a revisão tarifária imediatamente subsequente.

Ouidos a respeito dessas inconsistências, a ANTT e a concessionária alegam exiguidade dos prazos internos estabelecidos em programação definida em ato normativo da agência para apuração dos investimentos não-realizados ao longo do último exercício até a data base do contrato (10 de maio), a fim de que sejam inclusos na revisão tarifária imediatamente subsequente (18 de maio). Os responsáveis observam ainda que, nesse período, deverá franqueada à empresa contratada oportunidade para contraditar os fatos a ela imputados, bem como submeter os relatórios de fiscalização à aprovação das instâncias dirigentes da ANTT. Mesmo conclusa a etapa interna, afirmam que o resultado da revisão tarifária deverá ser comunicado, com antecedência, ao Ministério da Fazenda e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Apesar dessas limitações, concordo com o posicionamento da Unidade Técnica e do Relator ao afirmarem que a ANTT já deveria ter adotado medidas para contornar essas dificuldades pela antecipação de informações mais atuais sobre o estágio de execução do contrato de concessão a fim de contemplá-las na revisão tarifária imediatamente seguinte. A agência poderia, por exemplo, valer-se de dados e informações disponíveis em relatórios de acompanhamento periódico de obras e serviços do contrato de concessão realizados por suas unidades internas.

O segundo ponto que favorece o desequilíbrio da equação econômico-financeira do enlace contratual é a **desatualização do cronograma de investimentos**. Segundo apurado pela Unidade Técnica, as metas e os prazos renegociados entre a agência reguladora e a concessionária para realização dos investimentos reprogramados não são factíveis, pois não consideram a realidade do empreendimento. Nessa reprogramação, os objetivos e marcos temporais não compatíveis com a tramitação de processos necessários à superação de pendências que impedem a execução de obras e serviços em trechos rodoviários, tais como obtenção de licenciamentos ambientais junto aos órgãos competentes, aprovação de projetos executivos pela agência reguladora e emissão de declaração de utilidade pública para liberação das ocupações irregulares em faixas de domínio.

A utilização de cronograma de investimentos desatualizado pode levar ao comprometimento dos termos finais estabelecidos pelo PER para conclusão dessas benfeitorias, hipótese em que restará configurado violação ao contrato de concessão. Isso porque a ausência de um planejamento adequado de investimentos na concessão tenderá engendrar novas prorrogações de prazos e postergações de obrigação da contratada, tornando ainda mais difícil e inexecutável a sua implementação. Mais uma vez, inviabiliza-se a modicidade tarifária pois os usuários, apesar de já terem desembolsado os preços públicos que incluem obras e serviços que já deveriam ter sido entregues, são novamente penalizados pela ausência de prestação de serviço público adequado e de devido reequilíbrio entre encargos e retribuição da contratada.

Outro fator que tem contribuído para o desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de concessão em desfavor dos usuários reside na **forma pela qual a ANTT realiza os descontos tarifários para compensar os atrasos e as inexecuções de investimentos previstos no plano de negócios anexo ao ajuste.**

Consoante apurado pela Unidade Técnica, ao promover o adiamento de obras e serviços não-realizados, a ANTT desloca os investimentos no fluxo de caixa da concessão e promove descontos tarifários compensatórios, cujos efeitos são diluídos pelo restante do prazo de vigência do contrato de concessão. Na prática, a demora e a inexecução de investimentos em desacordo com os termos estabelecidos no cronograma de investimentos anexo à avença têm pouca ou irrelevante repercussão nas reduções tarifárias oriundas das revisões contratuais. As receitas da concessionária pouco modificam, mantendo-se praticamente inalteradas.

Tais reduções pífias da tarifa básica de pedágio constituem, em realidade, prêmio ou estímulo para que a concessionária continue a não adimplir as obrigações estabelecidas no PER e no cronograma de investimentos. No limite, a protelação dessas obrigações pode dar ensejo ao nefasto mecanismo do “jogo de planilha” em que a contratada, após auferir ganhos robustos oriundos de cobrança de tarifas oneradas por investimentos não-realizados, relega as intervenções mais onerosas a segundo plano, a ponto de torná-las inexecutáveis em razão do exíguo prazo residual da concessão.

Dessa forma, vultuosos investimentos são diferidos por anos sem reflexos significativos na receita da concessionária. Em outras palavras, investimentos que deveriam ser bancados majoritariamente pelo ingresso de recursos de agentes financiadores ou parceiros privados são, na verdade, custeados por tarifas pagas pelos usuários, sem qualquer contrapartida na qualidade dos serviços públicos delegados.

Ainda mais grave é o fato de que, ao perquirir o fundamento jurídico utilizado pela ANTT para diluir os efeitos da redução tarifária decorrente de atraso e inexecução investimentos pelo restante do período de vigência da concessão, a Unidade Técnica verificou que **não existe qualquer respaldo no contrato, em norma legal ou em ato normativo da agência reguladora.**

Trata-se, simplesmente, de praxe adotada pela autarquia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, utilizada não somente nas revisões tarifárias da concessão da BR 101/ES/BA, mas também em revisões de todas as concessões rodoviárias federais vigentes, o que tem contribuído para o comportamento indesejável das concessionárias em atrasar ou não realizar os investimentos previstos no plano de negócios e no plano de exploração da rodovia. Não é à toa que as concessões rodoviárias da 1ª e 2ª etapas apresentaram elevados índices de inexecução de obras e serviços durante o período de 2009 a 2015, conforme quadro comparativo trazido à lume pela Unidade Técnica e reproduzido pelo Relator.

Outro efeito deletério destacado pela Unidade Técnica, também resultante da sistemática adotada pela agência reguladora de diluir, pelo período de vigência restante da concessão, o impacto das reduções tarifárias oriundas de atrasos ou inexecuções de investimentos, é a majoração de ganhos

indevidos por parte da concessionária que dificilmente seriam auferidos se a contratada adimplisse suas obrigações em tempo e modo estabelecidos na avença. Esse reflexo é traduzido pelo aumento da taxa interna de retorno alavancada da concessão, aquela taxa que incorpora os financiamentos por ventura contratados pela concessionária.

No entender da unidade instrutiva, o aumento desproporcional do retorno da concessionária em razão da forma pela qual a ANTT realiza as recomposições tarifárias por atraso ou inexecução de investimentos acaba por desvirtuar ou tornar inócua a própria taxa interna de retorno não-alavancada (a que não considera os financiamentos obtidos), a qual é utilizada pelo instrumento contratual justamente para restabelecer o balanço entre os encargos e remuneração oriundos dos serviços delegados.

Via de regra, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária é estabelecido a partir da taxa interna de retorno (TIR) aplicada à despesas e receitas previstas no fluxo de caixa operacional, também conhecida como TIR não-alavancada, a qual não abrange os financiamentos, amortizações e juros. Esse parâmetro também foi adotado para o reequilíbrio do contrato de concessão da BR 101/BA/ES, na exata dicção do item 20.4.2, alínea “iii”, do instrumento de ajuste. A TIR não-alavancada exprime o retorno do empreendimento e as condições de autofinanciamento dos encargos, tendo por base o resultado do fluxo de caixa da concessionária em razão da exploração da rodovia.

De forma sucinta e simples, o fluxo de caixa operacional corresponde a uma planilha em que são indicados os investimentos e custos da concessionária, de acordo com o seu plano de negócios. Nesse fluxo de caixa, também estão contempladas as receitas da concessão capazes de remunerar os encargos assumidos pela concessionária para exploração da rodovia, as quais são calculadas a partir de tarifa básica de pedágio (TBP) para um tráfego projetado durante todo o período de vigência do contrato. Essa remuneração é calculada com base em taxa interna de retorno não-alavancada ou operacional, pois não alberga, em sua equação, financiamentos de terceiros. As saídas e entradas de caixa são oriundas exclusivamente da exploração do empreendimento, o que inclui as receitas alternativas. No caso da rodovia BR-101/BA/ES, a TIR não-alavancada é de 10,47% ao ano.

Já o modelo que leva em conta os efeitos do financiamento é denominado fluxo de caixa de financiamento. As entradas de recursos são obtidas através de operações de crédito - empréstimos junto a instituições financeiras ou emissão de debêntures - e as saídas referem-se ao pagamento do principal e dos serviços da dívida. Combinado o fluxo de caixa operacional com o fluxo de caixa de financiamento, resulta o fluxo de caixa do acionista ou fluxo de caixa alavancado. A taxa que iguala as entradas e saídas desse fluxo de caixa é a TIR alavancada ou TIR do acionista. Normalmente, a TIR alavancada é consideravelmente superior à TIR não-alavancada devido aos próprios efeitos da alavancagem financeira – aumento dos lucros devido à contratação de operações de crédito.

No caso vertente, simulações efetuadas pela instrução inicial da Unidade Técnica (peça 96) demonstram que o deslocamento ou o diferimento de desembolsos da concessionária no fluxo de caixa operacional, descontados pela TIR não-alavancada, em razão de atrasos e inexecuções de investimentos, associado à diluição dos descontos tarifários pelo prazo restante da concessão, tem por efeito majorar a taxa interna de retorno alavancada ou TIR do acionista, aquela que interessa à concessionária. Esse impacto é mais contundente quando as inexecuções de investimento ocorrem no início do contrato de concessão devido ao efeito exponencial do capital no tempo, tal qual verificado na situação em análise.

A majoração da TIR alavancada pela postergação da execução de investimento é ainda potencializada ao considerar que a estrutura de capital da ECO101 é composta por 87% de capital de terceiros, conforme balanço patrimonial de 31 de dezembro de 2015 (vide evidência 21 do relatório de inspeção). O montante de aproximadamente 70% dos investimentos previstos para os 6 primeiros anos

já possui contrato de financiamento assinado com o BNDES (vide evidência 24 do relatório de inspeção).

Conforme já ressaltai alhures, a geração de saldo positivo no fluxo de caixa alavancado pelo diferimento dos investimentos e a diluição dos efeitos das reduções tarifárias ao longo do período de concessão podem fazer com que a concessionária deixe de contratar parte das operações de crédito necessárias ao financiamento de investimentos previstos no plano de exploração, na medida em que tais gastos tenham sido, em grande medida, suportados pelas tarifas dos usuários.

Apesar de reconhecer esses efeitos, ao contrário do que sustenta a Unidade Técnica, entendo que a utilização da TIR não-alavancada nas revisões tarifárias não é causa de atraso ou de inexecução de investimentos previstos no plano de negócio anexo ao contrato de concessão. Também não compartilho da posição do nobre Relator de que a adoção da taxa interna de retorno não-alavancada, a despeito expressamente estar prevista no contrato, seja capaz de promover o desequilíbrio econômico-financeiro da avença.

A possibilidade de utilização da taxa interna de retorno alavancada nas revisões tarifárias das concessões rodoviárias já foi objeto de análise deste Tribunal quando da prolação do Acórdão 988/2004-TCU-Plenário. Conquanto o colegiado não tenha propriamente firmado entendimento sobre o tema, foram ponderados alguns riscos e contingências que poderiam advir da adoção da TIR alavancada.

Naquela oportunidade, o Plenário apreciou Relatório de Auditoria realizada no extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER (TC-006.931/2002-0), cujo objeto era verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia BR-116/RJ, Trecho Além Paraíba-Teresópolis-Ent. BR-040, acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo do período de vigência do ajuste.

Entre outras questões, foi discutido se a Concessionária Rio-Teresópolis (CRT) teria direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença com base na taxa interna de retorno alavancada, pretensão essa prontamente denegada pelo Tribunal por ausência de expressa previsão contratual e no edital de licitação. Tal impossibilidade também foi reconhecida pelo órgão regulador à época, o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER).

Não obstante a ausência de respaldo contratual que amparasse o pleito da CRT, a então Secretaria de Fiscalização de Desestatizações houve por bem lançar lúcidas ponderações, acolhidas pelo Relator, Exmo. Ministro Marcos Vinícios Vilaça, e pelo Plenário, sobre a desvantagem e os riscos da utilização da taxa interna de retorno no reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões rodoviárias:

“A utilização da TIR não-alavancada em lugar da alavancada, não altera o inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que o fluxo de caixa utilizado é o mesmo da proposta, contempla os mesmos encargos e a mesma receita de pedágio. Tão-somente ocorreu a retirada das rubricas de financiamento.

11. A esse respeito, importa citar as cláusulas 22 e 23 do contrato PG-156/95-00, firmado entre as partes:

‘Do equilíbrio Econômico-financeiro do CONTRATO

...

*22. É pressuposto básico da equação econômica e financeira que preside as relações entre as partes, o equilíbrio, em caráter permanente, **entre os encargos da CONCESSIONÁRIA, previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, e as receitas da concessão, expresso no valor inicial da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO, ressalvado o disposto no item 20.***

23. Qualquer alteração nos encargos da CONCESSIONÁRIA pode importar na revisão do valor da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO, para mais ou para menos, conforme estabelecido neste CONTRATO. ' (destacou-se)

12. Financiamentos não são receitas da concessão e os juros pagos por eles não são encargos previstos no PER. Se assim fossem, considerando-se que o único risco assumido pela concessionária é o de tráfego, qualquer ganho da concessionária, resultante da obtenção de financiamentos em condições melhores que as indicadas na proposta, deveria ser revertido para a modicidade das tarifas, condição essa que dificilmente poderia ser acompanhada e controlada pelo poder concedente.

13. Na situação oposta, caso houvesse perda, derivada da obtenção de financiamentos em condições piores que as apresentadas na proposta, a concessionária pleitearia o reequilíbrio econômico-financeiro, repassando esse prejuízo aos usuários, o que seria inaceitável. Portanto, como já foi ponderado no relatório de auditoria, as condições de financiamento obtidas pela concessionária, no modelo empregado nessas primeiras concessões, não devem influenciar no retorno do empreendimento.

14. Por essa razão, entende-se que não há respaldo para as condições de financiamento exercerem influência sobre o fluxo de caixa da concessão, ou seja, não há como prescindir do uso da TIR não-alavancada, ou do projeto, para fins de reequilíbrio contratual. ”

As mesmas razões para utilização da TIR não-alavancada na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença aplicam-se ao caso em análise, bem como à generalidade das concessões rodoviárias. Se analisarmos a alocação de riscos da concessão da BR 101/BA/ES, estabelecida no contrato de concessão (peça 8, pág. 38, item 24), fica claro que a contratada assume integralmente o risco de obtenção dos financiamentos necessários à exploração da rodovia, a fim de cumprir as obrigações estabelecidas na avença. Nessa vereda, a concessionária não poderá invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou mesmo qualquer atraso no desembolso dos recursos para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no contrato de concessão.

Demais disso, a adoção da taxa interna de retorno alavancada como parâmetro de recomposição tarifária do contrato de concessão pode trazer algumas perplexidades. A verificação das condições de equilíbrio econômico-financeiro do contrato passaria a depender de fatores exógenos à própria exploração da infraestrutura rodoviária, contrariando a lógica de alocação de riscos dispostas em ajustes da espécie e na própria avença, em que a contratada assume integralmente, por sua conta e risco, a álea inerente ao financiamento do objeto da concessão.

Outro obstáculo dificilmente superável, caso fosse adotada a TIR alavancada nos contratos de concessões, seria a assimetria de informações entre o órgão regulador e a concessionária. Por razões de sigilo e estratégia comercial da contratada, o poder concedente não lograria obter acesso às exatas condições pelas quais a prestadora de serviços contratou as operações de crédito para financiamento dos investimentos da concessão, as quais não necessariamente seriam aquelas declaradas no plano de negócios que embasou a proposta da operadora da rodovia na licitação.

Portanto, a elevação dos ganhos da empresa concessionária à custa de postergação de obrigações contratuais não deriva da não-utilização da TIR alavancada nas revisões tarifárias. O desbalanceamento entre encargos e remuneração da contratada deriva, isto sim, de postura leniente da agência reguladora em não promover firme e eficiente regulação dos serviços delegados a fim de que os atrasos e inexecuções de investimentos previstos no plano de negócios sejam devidamente compensados por mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro da avença que, a um só tempo, promova imediato e integral recomposição da tarifa em favor do usuário e iniba a contumácia da concessionária em protelar a realização de obras e benfeitorias necessárias à prestação de serviços públicos adequados.

Feitas essas ponderações, endosso a proposta pelo Eminentíssimo Relator com os seguintes ajustes constantes da minuta de acórdão revisor:

a) incluir informação à Comissão Externa da Câmara dos Deputados de que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) não tem promovido o devido reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR 101/BA/ES em razão de atrasos e inexecuções de investimentos por parte da concessionária, especificamente ao permitir a diluição, ao longo de todos os anos restantes da avença, do impacto do desconto da tarifa de pedágio, o qual não se traduz em redução tarifária significativa, o que estimula a contumácia da contratada em não realizar obras e serviços previstos no plano de negócios anexo à avença, contraria os princípios da eficiência da Administração Pública e da manutenção das condições efetivas da proposta da licitação, estampadas no art. 37, **caput**, e inciso XXI da Constituição Federal, viola a preservação do interesse público e a vinculação da concessão ao cronograma físico-financeiro, conforme art. 23 da Lei 8.987/1995, arts. 20, inciso II, “b”, e 35, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e art. 2º da Lei 9.784/1999;

b) excluir determinação à ANTT para que realize estudos a fim de analisar a viabilidade da utilização da TIR alavancada em concessões rodoviárias, quando das revisões tarifárias oriundas de postergação de investimentos;

c) determinar à ANTT que:

c.1) no prazo de 90 dias, promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR – 101/BA/ES, a fim de contemplar, mediante revisão extraordinária, a redução da tarifa de pedágio de forma concentrada pelo período de um ano, em decorrência de investimentos não executados até o 5º 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;

c.2) 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 de que os descontos na tarifa de pedágio relativos a atrasos e inexecuções de investimentos sejam aplicados de forma concentrada, pelo período de um ano, imediatamente após a identificação dessas inadimplências pela ANTT, ao invés 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);

c.3) no prazo de 90 dias, institua mecanismo de aferição de atraso e inexecução de investimentos por parte da concessionária a fim de que a inadimplência da contratada seja refletida na revisão tarifária imediatamente seguinte à respectiva identificação, a tal forma que os dados de não-realização de obras e serviços sejam os mais realísticos possíveis, podendo, ainda, utilizar-se dos resultados 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, observado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como os princípios da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro, estabelecidos nos arts. 6º, §1º, e 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995.

Saliento, por fim, que as medidas que propugno, embora tenham impacto em todas as concessões rodoviárias que contemplem planos de negócios, não ostentam qualquer risco sistêmico alegado pelo Relator e não representam qualquer punição. Na verdade, visam à recomposição dos

prejuízos sofridos pelos usuários em razão da má prestação dos serviços delegados, porquanto as concessionárias já foram remuneradas pelo recolhimento de tarifas sem que houvesse a contrapartida de realização de investimentos previstos no plano de negócios.

Aliás, tal proposta de mudança converge com a proposta de reequilíbrio automático da equação econômico-financeira dos contratos de exploração da infraestrutura rodoviária, adotada pela ANTT para as novas concessões, a exemplo da utilização do fator D na modelagem da concessão de lote rodoviário da denominada Rodovia de Integração do Sul (RIS), objeto TC-028.343/2017-4, sob a relatoria do E. Ministro Bruno Dantas, cujo desconto tarifário que se propõe é efetuado de concentrada no exercício seguinte ao da verificação da inexecução ou atraso de obra e serviço.

Para as concessões anteriores que não dispõe desses mecanismos, mais grave e urgente mostra-se a necessária reforma e aperfeiçoamento dos mecanismos regulatórios, os quais têm-se revelado anacrônicos e incapazes de prevenir os recorrentes descumprimentos dos prazos de realização de obras e serviços estabelecidos no contrato de concessão.

Ante as considerações expostas, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado:

“9.1. com fundamento nos arts. 71, inciso IV, da Constituição Federal, 38, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, e 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente solicitação;

9.2. 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:

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

9.2.1.1. não-promoção do devido reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR 101/BA/ES em razão de atrasos e inexecuções de investimentos por parte da concessionária, especificamente ao permitir a diluição, ao longo de todos os anos restantes da avença, do impacto do desconto da tarifa de pedágio, o qual não se traduz em redução tarifária significativa, o que estimula a contumácia da contratada em não realizar obras e serviços previstos no plano de negócios anexo à avença, contraria os princípios da eficiência da Administração Pública e da manutenção das condições efetivas da proposta da licitação, estampadas no art. 37, caput, e inciso XXI da Constituição Federal, viola a preservação do interesse público e a vinculação da concessão ao cronograma físico-financeiro, conforme art. 23 da Lei 8.987/1995, arts. 20, inciso II, “b”, e 35, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e art. 2º da Lei 9.784/1999;

9.2.1.2. não-incorporação dos efeitos das inexecuções dos investimentos na revisão tarifária imediatamente subsequente, o que tem ocasionado interstício de mais de um ano entre o prazo para a realização de determinado investimento e o impacto tarifário de sua inexecução, em contrariedade ao princípio da modicidade tarifária, estabelecido no §1º do art. 6º da Lei 8.987/1995 e ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro, previsto §2º, art. 9º, Lei 8.987/1995;

9.2.1.3. 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;

9.2.1.4. inserção de obras de retificação de traçado sem a elaboração de projeto executivo, em contrariedade às Resoluções da ANTT 1.187/2005 e 3.651/2011;

9.2.1.5. 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**;

9.2.1.6. 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;

9.2.2. o valor 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 da instrução da unidade técnica à peça 127;

9.2.3. 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, foram objeto de análise no TC 012.831/2017-4, o qual foi julgado por intermédio do Acórdão 290/2018-TCU-Plenário, mantendo a suspensão do aumento referente à parcela questionada naqueles autos;

9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, que:

9.3.1. 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;

9.3.2. em conjunto com a ECO101 Concessionária de Rodovias S.A., no prazo de 60 dias, defina a localização de todos os radares fixos a serem instalados na BR-101-ES/BA, efetivando suas instalações no prazo máximo de 90 dias, com a posterior comunicação a este Tribunal das ações efetivadas pelas duas entidades (ANTT e concessionária), em conformidade com o princípio do interesse público (art. 20, inciso II, “b”, da Lei 10.233/01 e art. 2º da Lei 9.784/99) e com o inciso IV do art. 35 da Lei 10.233/2001;

9.3.3. 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;

9.3.4. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal de Contas da União os documentos que comprovem que foram tomadas todas as providências cabíveis com vistas a evitar as inexecuções contratuais apontadas pela SeinfraRodovias no âmbito deste processo, em conformidade com os subitens 8.2, 8.3, 10.5, 10.6 e 18 do Contrato de Concessão da BR – 101/ES/BA;

9.3.5. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal documentos que demonstrem que todas as obrigações contratuais previstas até o quinto ano da concessão da BR – 101/ES/BA (18/maio/2018) tenham sido cumpridas e que, caso não tenham sido cumprida alguma obrigação contratual, que a ANTT encaminhe a este Tribunal documentos que comprovem que foram tomadas todas as providências cabíveis com vistas a evitar essas inexecuções contratuais e apurar os responsáveis por tais inexecuções, em conformidade com os princípios do interesse público, da modicidade tarifária e da vinculação aos termos contratuais;

9.3.6. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal de Contas da União, por meio eletrônico, a fórmula de cálculo detalhada utilizada em todos os reajustes ordinários e extraordinários das tarifas de pedágios da concessão da BR – 101/ES/BA, inclusive, o da 5ª

Revisão Extraordinária, aprovado pela Resolução nº 5.638, de 10 de janeiro de 2018, com efeitos financeiros a partir da data da próxima revisão ordinária (18/maio/2018);

9.3.7. no prazo de 30 dias, encaminhe a este Tribunal de Contas da União, por meio eletrônico, a fórmula de cálculo detalhada do Desconto de Reequilíbrio utilizada neste contrato de concessão da BR – 101/ES/BA, bem como dos demais contratos das concessões da terceira etapa do Programa de Concessões, identificando todas as variáveis da fórmula e seus respectivos valores;

9.3.8. no prazo de 90 dias, promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da rodovia BR – 101/ES/BA, a fim de contemplar, mediante revisão extraordinária, a redução da tarifa de pedágio, de forma concentrada e pelo período de um ano, em decorrência de investimentos não-executados até o 5º ano de concessão, inclusive de forma parcial (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), 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;

9.3.9. 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 de que os descontos na tarifa de pedágio relativos a atrasos e inexecuções de investimentos sejam aplicados de forma concentrada, pelo período de um ano, imediatamente após a identificação dessas inadimplências pela ANTT, ao invés 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 e à manutenção das condições efetivas da proposta, previstos no art. 37, caput, e inciso XXI da Constituição Federal, e à preservação do interesse público, conforme art. 20, inciso II, “b”, da Lei 10.233/01 e art. 2º da Lei 9.784/1999;

9.3.10. no prazo de 90 dias, institua mecanismo de aferição de atraso e inexecução de investimentos por parte da concessionária a fim de que a inadimplência da contratada seja refletida na revisão tarifária imediatamente seguinte à respectiva identificação, de tal forma que os dados de não- realização de obras e serviços sejam os mais realísticos possíveis, podendo-se, ainda, 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, observado o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, bem como os princípios da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro, estabelecidos nos arts. 6º, §1º, e 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995;

9.3.11. no prazo de 60 dias, no âmbito do contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA, 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;

9.4. caso seja identificado que a ANTT não tomou todas as providências possíveis com vistas a evitar inexecuções contratuais no âmbito do contrato de concessão da BR – 101/ES/BA, determinar à SeinfraRodovias que realize audiências dos responsáveis daquela agência reguladora que deveriam ter atuado para que o contrato fosse fielmente executado pela concessionária até o quinto ano da concessão, em conformidade com os princípios do interesse público, da modicidade tarifária e da vinculação ao instrumento contratual;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); à Presidência da Comissão Externa da Câmara dos Deputados e à concessionária ECO101;

9.6. 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.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de junho de 2018.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Revisor