

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 019.064/2022-5

Natureza: Acompanhamento

Unidade Jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Representação legal: não há

SUMÁRIO: CONCESSÃO DA BR-163/MT. PROPOSTA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO. ASSUNÇÃO DO CONTROLE DA CONCESSÃO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DO ESTADO DO MATO GROSSO. NÃO IDENTIFICAÇÃO DE ÓBICES À CELEBRAÇÃO DO TAC. CIÊNCIAS E RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de acompanhamento dos atos relacionados à proposta apresentada pela Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO) à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com o intuito de transferência do controle acionário e de celebração de termo de ajustamento de conduta no âmbito da concessão da BR-163/MT.

2. O presente processo foi autuado como apartado do TC 034.032/2017-7, de minha relatoria, que tratou de representação acerca de indícios de irregularidades verificados na ANTT relacionados à gestão do contrato de concessão da BR-163/MT.

3. Naqueles autos, foi prolatado o Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal expediu determinações à ANTT com vistas a corrigir as irregularidades relacionadas aos descumprimentos de obrigações contratuais por parte da concessionária. As determinações expedidas no mencionado acórdão foram mantidas após o julgamento de pedido de reexame e de embargos de declaração, Acórdãos 1.133/2022-TCU-Plenário e 1.838/2022-TCU-Plenário, respectivamente, ambos de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

4. Com o trânsito em julgado do Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário, a Concessionária Rota do Oeste S.A. e a ANTT protocolaram no TC 034.032/2017-7 documentações informando acerca dos mais recentes desdobramentos ocorridos no âmbito da concessão, os quais poderiam tornar as determinações insubsistentes por perda de objeto. O principal fato noticiado, que motivou a autuação deste acompanhamento, foi a solicitação de transferência do controle acionário da concessionária, juntamente com proposta de termo de ajustamento de conduta, com o intuito de solucionar os inadimplementos contratuais.

5. Feito esse breve histórico, reproduzo a seguir, com os ajustes que julgo pertinentes, a instrução da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (peça 26), que contou com a anuência do titular da unidade (peça 27):

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de acompanhamento dos atos relacionados à proposta apresentada à Agência Nacional de Transportes Terrestres -ANTT pela Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO), com intuito de transferência de controle acionário e de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da Concessão da BR-163/MT (peça 122 do TC 034.032/2017-7).

HISTÓRICO

2. No âmbito do TC 034.032/2017-7, processo de representação acerca de indícios verificados na ANTT relacionados à gestão do contrato de concessão da BR-163/MT, a ANTT protocolou documentos dando notícia de que a CRO solicitou a transferência do controle acionário da concessionária, juntamente com proposta de Termo de Ajustamento de Conduta, com o intuito de solucionar os inadimplementos contratuais (peças 3 a 6).

3. Nesse sentido, o Ministro Bruno Dantas, por meio de despacho, determinou a autuação do presente processo para avaliar os atos relacionados à proposta apresentada à ANTT pela Concessionária Rota do Oeste S.A. (peça 122 do TC 034.032/2017-7).

4. Em novo despacho (peça 8), o Ministro Bruno Dantas determinou a esta unidade técnica que ‘envide todos os esforços para concluir a instrução do feito até o dia 21/9/2022, a fim de possibilitar a apreciação do processo na sessão plenária de 28/9/2022’.

5. Esta instrução objetiva apresentar manifestação sobre os documentos anexados pela ANTT.

EXAME TÉCNICO

6. O Ofício SEI 25556/2022/DG/DIR-ANTT (peça 6), assinado pelo Diretor-Geral da ANTT, encaminha a proposta de termo de ajustamento de conduta junto à ANTT (peça 5-4), bem como a análise preliminar sobre essa proposta, conforme despacho SEI 12908320 (peça 3).

I - Despacho SEI 12908320

7. Antes de analisar os termos do TAC, a ANTT efetua breve contextualização da concessão (peça 3).

8. Em 27/11/2013, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT realizou leilão do edital 003/2013, referente à concessão para exploração do trecho rodoviário da BR-163/MT, composto por 850,9 km (sendo 822,8 km na BR-163/MT e 28,1 km na MT-407).

9. A Tarifa Básica de Pedágio considerada nos Estudos de Viabilidade Técnico-Econômica (EVTE), equivalente à tarifa quilométrica de pedágio teto para veículos de rodagem simples e de dois eixos, foi de R\$ 0,05500 (cinquenta e cinco milésimos de real) por km, referenciada a maio de 2012.

10. A proponente vencedora foi a Odebrecht Transport S.A - OTP, com lance de R\$ 0,02638 por km, apresentando deságio de 52,03%. A empresa homologada constituiu uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), denominada CRO - Concessionária Rota do Oeste S.A., que, em 12/3/2014, firmou com a ANTT o Contrato de Concessão.

11. Ressalte-se que 92% do tráfego na rodovia (em veículos equivalentes) no ano de 2021 foi de veículos pesados, cuja carga principal era produtos como soja, milho e algodão. Além disso, a maior parte de toda a produção tem como destino a exportação, sendo as principais rotas os portos do Arco Norte, compreendido pelos estados do Amazonas, Pará, Rondônia, Amapá e Maranhão, e os portos de Santos/SP e de Paranaguá/PR.

12. Atualmente, há ferrovias que estão em fase de estudo para otimizar a logística, como a Ferrogrão, a Ferrovia de Integração Centro Oeste - FICO, a extensão da Rumo Malha Norte de Rondonópolis até Lucas do Rio Verde. Frisa-se, todavia, que estes projetos de ferrovias são *greenfield*, logo presume-se que não ficarão prontos no curto prazo.

13. De acordo com os estudos de viabilidade, estimou-se que os investimentos totalizariam R\$ 6,8 bilhões.

14. Dentre as intervenções exigidas no instrumento contratual, destacam-se a duplicação de 453,60 km da rodovia, a implantação de faixas adicionais, a duplicação por meio de contornos em trechos urbanos da Rodovia, a implantação de vias marginais, viadutos e passagens inferiores, trevos em nível, correções de traçado, passarelas e melhorias em acessos, implantação de barreiras divisórias de pistas e implantação de pórticos. Além disso, deveriam ser oferecidos serviços de atendimento médico de emergência, socorro mecânico, combate a incêndio e apreensão de animais na faixa de domínio.

15. A ANTT informa que a concessionária não cumpriu com sua obrigação contratual. Para demonstrar a situação de inadimplemento, explicita, por meio da figura 2 (peça 3), abaixo reproduzida, o montante realizado *versus* o que constava como obrigação contratual.

Figura 1: Inadimplementos contratuais da CRO



Fonte: despacho SEI 12908320 (peça 3)

16. A ANTT destaca que algumas situações teriam desencadeado a situação de inadimplência, quais sejam: redução de demanda de 2014-2016; mudança da política de financiamento do BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil; aumento de preço do componente asfáltico; Lei dos Caminhoneiros e Operação Lava Jato (peça 3).

17. A autarquia informa que o atual acionista realizou um aporte de R\$ 1,2 bilhão de reais entre integralização de capital e contrato de mútuo, entretanto não teria recebido qualquer remuneração via dividendos ou juros sobre o capital próprio, e os contratos de mútuos permanecem abertos. Frisa que há diversos empréstimos que totalizam R\$ 916 milhões.

18. A agência informa que as inexecuções têm afetado os usuários, tanto pela indisponibilidade de um serviço adequado, como pelo encarecimento dos serviços que dependem do uso da rodovia. Pontua que a BR-163 teria sido a rodovia com maior número de acidentes em Mato Grosso, durante o ano de 2021, com 2.138 acidentes, sendo 1.720 com vítimas, das quais 75 fatais. Além disso, o Mato Grosso seria o estado com o maior custo de frete no Brasil, cerca de US\$ 45/tonelada.

19. A necessidade de reverter o atual cenário de nível de serviço inadequado prestado pela concessão também foi evidenciado pela Ouvidoria da ANTT, que em seu despacho constatou o anseio social, legítimo e democrático das entidades como OAB-MT, Aprosoja e CIDESA em ver solucionados os problemas dos transportes de cargas e pessoas junto à principal rodovia federal do Estado do Mato Grosso.

20. Destaca que a ANTT se encontra atualmente limitada nas suas prerrogativas regulatórias, uma vez que vigora decisão no Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF que impede a realização de descontos tarifários, aplicação de penalidades e caducidade.

21. Em 2017 a Agência verificou que a CRO estava, de fato, vivenciando nos anos de 2015 e 2016 uma piora em suas condições de liquidez e solvência, restando comprometida sua capacidade de pagamento a curto e longo prazos, com risco de continuidade de suas operações (50500.331355/2017-31/SEI 0065021).

22. Como consequência, notou-se o inadimplemento contratual por parte da concessionária que, na ocasião, propôs corrigir as inconformidades, mediante a troca do controle societário e

reprogramação das obrigações de investimento, com base na Medida Provisória 800/2017, que, no entanto, caducou posteriormente, sem que ocorresse novo pacto contratual. O processo acabou sendo interrompido em razão da apresentação de proposta de revisão quinquenal pela Concessionária.

23. Em 2019 com o objetivo de avaliar a situação das obrigações contratuais, foi aberto o Processo Administrativo 50500.321614/2019-88, que após regular trâmite, concedeu, por meio da Deliberação 106/2021 (24/3/2021), com base no art. 38 da Lei 8.987/1995, prazo para correção das irregularidades, sob pena de instauração do processo administrativo de caducidade.

24. Em 31/3/2021, a Concessionária protocolou proposta de celebração do TAC com base no art. 38 da Lei 8.987/1995 (50500.027628/2021-22).

25. Em 9/12/2021 a Concessionária requereu a relicitação com base na Lei 13.448/2017 (50500.116693/2021-21).

26. A ANTT apresenta um breve resumo do andamento dos três processos destacados:

‘Processo Administrativo 50500.321614/2019-88 (caducidade): a Concessionária não conseguiu regularizar a situação no prazo estabelecido na Deliberação 106/2021 e, por conta disso, a Diretoria Colegiada instaurou o processo administrativo de caducidade, por meio da Deliberação 346/2021. Por força do art. 14 da Lei 13.448/2017, uma vez qualificado o contrato para relicitação, ficam sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso. Assim, embora tenha sido instaurado o processo de caducidade em desfavor da CRO, ele se encontra atualmente sobrestado, por força do Decreto 11.122/2022.

Processo Administrativo 50500.027628/2021-22 (TAC): após diversas discussões envolvendo a CRO e demais stakeholders, chegou à Diretoria Colegiada minuta de TAC Plano de Ação e de TAC Multas para apreciação. Durante o trâmite na Diretoria, a Concessionária levantou diversos pontos que almejava estarem contemplados nas minutas, informando que, caso não fossem integralmente acolhidos, não poderia celebrar o TAC. Na análise, como não foi factível atendê-los integralmente e considerando que estavam em tramitação na Agência o processo de caducidade e o processo de relicitação, optou-se por sobrestar o processo.

Processo Administrativo 50500.116693/2021-21 (Relicitação): em 10/3/2022, a Diretoria Colegiada emitiu a Deliberação 102, atestando a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação. Por sua vez, o Conselho do Programa de Parceiras de Investimento - CPPI opinou favoravelmente pela qualificação do empreendimento por meio da Resolução 235, de 2/6/2022. Posteriormente, o Presidente da República publicou o Decreto 11.122, de 6/7/2022, qualificando o empreendimento no âmbito do PPI. Considerando que o Decreto fixou prazo de 90 dias para a formalização do Termo Aditivo, caso a Agência opte por esse caminho, o instrumento deverá ser firmado até o dia 5/10/2022.’

27. Aduz que recentemente a MT Participações e Projetos - MT PAR, sociedade de economia mista criada pelo Governo do Mato Grosso com o objetivo de promover a geração de investimentos no Estado, apresentou à Concessionária a intenção de assunção de seu controle acionário, para que fosse formalizado um TAC junto à ANTT.

28. Informa que a Agência, para a elaboração do TAC em 2021 (50500.027628/2021-22), desenvolveu análise de impacto regulatório sobre as alternativas de solução, discutiu os termos jurídicos e condições de reprogramação das obras com a concessionária, participou de discussões com grupos de investidores interessados na assunção do controle de concessão e submeteu todo o processo a um intenso processo de participação e controle social, que incluiu audiência pública realizada em Cuiabá (realizada na sede da OAB-MT no dia 16/8/2021), com a participação do Governador do Estado, dos Ministros da Infraestrutura e da Advocacia-Geral da União, da bancada parlamentar federal e estadual, de prefeitos e lideranças da sociedade civil organizada.

29. Em que pese o amplo apoio social e o esforço técnico da Agência, não foi possível concretizar a transferência de controle e o TAC naquela oportunidade, tendo sido o processo sobrestado e dado continuidade ao processo de extinção contratual por devolução amigável.

30. A principal razão da frustração da solução de mercado para a concessão foi a falta de atratividade financeira do contrato para os grupos de investidores à época interessados, em função principalmente do expressivo passivo regulatório em discussão arbitral (multas e fator D acumulado); grande quantidade de investimentos a serem realizados em curto espaço de tempo (4 anos), atraindo desafios financeiros e operacionais; necessidade de prazo adicional de contrato para amortização de novo financiamento; e risco envolvido de perda de receitas em função de novas ferrovias impulsionadas pelo marco de autorizações ferroviárias.

31. A ANTT destaca que na nova proposta há apenas um TAC Plano de Ação, o qual engloba os processos administrativos sancionadores não transitados em julgado. Ela contém 8 anexos, a saber:

Anexo A - Obrigações (inexecuções contratuais) objeto do TAC;

Anexo B - Cronograma de execução dos investimentos;

Anexo C - Fator D calculado e excedente tarifário em razão da cautelar;

Anexo D - Processos sancionadores em curso;

Anexo E - Nova tabela de Fator D para as obrigações do TAC;

Anexo F - Quadro de multas moratórias para cada item do cronograma de execução do TAC;

Anexo G - Obrigações a serem cumpridas antes de nova troca de controle;

Anexo H - Demonstrativo de não distribuição de dividendos para acionistas; e

Anexo I - Níveis de manutenção e conservação que serão praticados nos denominados trechos DNIT, distintos do PER.

32. A ANTT junta quadro comparativo entre a proposta antiga e a proposta nova do TAC apresentadas pela concessionária (peça 3, p. 6), conforme Anexo I da presente instrução. Estão destacados no texto, os impactos do TAC nos processos em tramitação no TCU.

33. A ANTT destaca que a lógica da nova proposta é a preservação da continuidade do serviço público, com retomada imediata das obras, substituindo o atual controlador da concessionária - que deverá sair do negócio sem qualquer retorno sobre o capital investido - por parceiro privado com capacidade financeira para suportar os vultosos investimentos que se fazem necessários nessa importante rodovia.

34. Após breve histórico da concessão, por meio do despacho SEI 12908320, a ANTT (peça 3) tece alguns comentários sobre a pertinência das mudanças propostas, efetuando sua análise em tópicos, quais sejam:

1. Da ampliação do prazo para o saneamento dos inadimplementos
2. Das condições de saída do atual controlador e de entrada do novo controlador
3. Da extinção do passivo regulatório e da renúncia à arbitragem
4. Das alterações no contrato
5. Dos processos em andamento no Tribunal de Contas da União
6. Análise preliminar de outras questões adicionais tratadas no TAC
7. Comparação entre as alternativas possíveis

35. A seguir, efetua-se breve resumo desses pontos em cada tópico.

1.1. Da ampliação do prazo para o saneamento dos inadimplementos

36. A proposta de ampliação de prazo de 4 para 8 anos, segundo a ANTT, mostra-se conveniente e oportuna, na medida que se revelou com condição *sine qua non* para a sustentabilidade financeira

do projeto e para a viabilidade técnico-operacional na implementação física das obras ante o grande fluxo de veículos pesados na rodovia.

37. Menciona que há extensão do prazo das obras, mas busca-se também com o TAC a correta identificação e pactuação da ordem de prioridade das intervenções no sistema rodoviário.

38. O TAC também fixou pesos para fins de definição de percentual de cumprimento das obrigações, atribuindo maior peso às obras da frente de ampliação de capacidade e melhorias (60%), depois para as obras da frente de recuperação/manutenção (30%) e, por fim, para as obras da frente de serviços operacionais (10%).

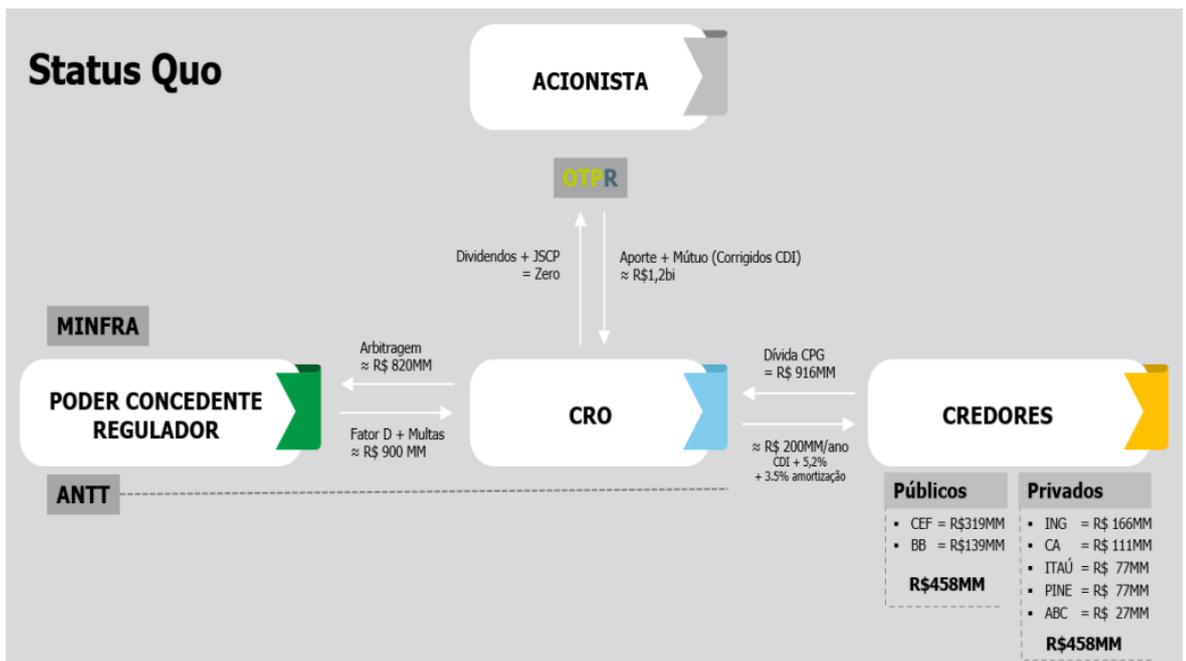
39. Da mesma forma, condicionou o compartilhamento de risco no caso de impactos decorrentes da operação de novas ferrovias adjacentes à conclusão das obras de duplicação previstas.

40. Menciona que o normativo que regulamenta a pactuação de termos de ajustamento de conduta (Resolução-ANTT 5.863/2018) está em revisão no âmbito do processo 50500.129149/2022-21, de forma a permitir os aperfeiçoamentos do TAC em análise.

I.2. Das condições de saída do atual controlador e de entrada do novo controlador

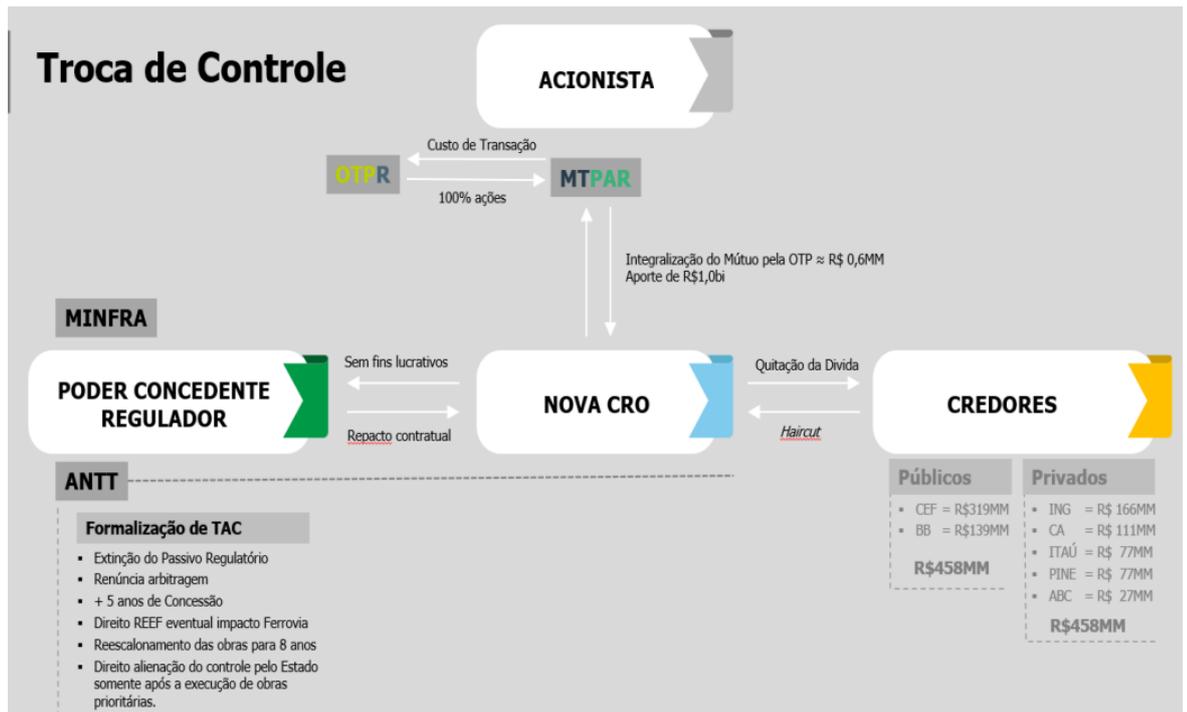
41. Informa que a proposta prevê que a atual controladora da CRO, Odebrecht TransPort - OTP será substituída pela MT PAR.

Figura 2: Situação atual da Concessão



Fonte: Figura 3 do despacho SEI 12908320 (peça 3)

Figura 3: Concessão após troca de controle



Fonte: Figura 4 do despacho SEI 12908320 (peça 3)

42. A ANTT destaca que o acionista atual, nunca teria recebido lucros ou juros sobre capital próprio ao longo do projeto, e deverá sair da concessão sem fazer jus a qualquer retorno sobre todo o valor aportado (capital próprio/mútuo), que hoje totaliza cerca de R\$ 1,2 bilhão.

43. Será exigida a renúncia total ao pleito arbitral em curso, assim como a vedação à futura participação do atual grupo controlador na concessão. Aduz que fica demonstrada a primeira premissa que justifica a troca de controle: a ausência de qualquer ganho financeiro da OTP, penalizando o *equity* pelos prejuízos causados na concessão.

44. Já do lado do novo entrante, a exigência de aporte adicional de R\$ 1 bilhão em caixa demonstra o compromisso dos novos sócios com o sucesso da concessão, dando fôlego financeiro à concessionária para que restabeleça de maneira imediata as principais obras que buscam garantir segurança de trafegabilidade aos usuários.

45. O valor aportado é mais do que cinco vezes maior do que foi exigido para assinatura do contrato original (R\$ 179 milhões), e quase três vezes todo o capital social integralizado até hoje (R\$ 363 milhões).

46. Nesse sentido, parece também evidente a segunda premissa que justifica a troca de controle: firme compromisso do novo acionista com a concessão e expectativa realista de disponibilidade financeira para retomada das obras em curto período.

I.3. Da extinção do passivo regulatório e da renúncia à arbitragem

47. Está prevista na proposta ora apresentada a suspensão dos processos administrativos sancionadores em curso e, no caso de adimplemento integral do TAC, a extinção deles e do passivo regulatório hoje existente. Adicionalmente, é prevista a renúncia integral ao Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF.

48. A versão anterior do TAC previa apenas a suspensão do passivo regulatório da ordem de R\$ 900 milhões. Na avaliação da ANTT essa medida comprometia a viabilidade econômico-financeira do projeto, na medida que o valor, corrigido por IPCA+WACC, ao ser descontado nas tarifas futuras reduziria a geração de caixa de forma significativa, inviabilizando o financiamento do projeto e o litígio gerado pelo procedimento arbitral não se extinguiria.

49. A renúncia integral às pretensões formuladas no procedimento arbitral CCI 23960/GSS/PFF

restabelecerá a gestão contratual por parte da Agência, de modo a permitir que os reajustes e as revisões tarifárias, após a conclusão do TAC, reflitam os serviços que estão sendo prestados e que os eventuais inadimplementos sejam corrigidos por meio de processos sancionadores e, em último caso, pela extinção antecipada do contrato. Além disso, elimina-se o risco de que a decisão arbitral permita a permanência do atual controlador e exija que o Poder Concedente promova o reequilíbrio do contrato, afetando diretamente as tarifas pagas pelos usuários.

50. De acordo com a nova proposta, a OTP deverá sair da concessão sem qualquer retorno sobre o capital investido (pune-se o *equity* de quem geriu mal a concessão), ao mesmo tempo que a extinção dos passivos somente ocorrerá caso o novo controlador honre integralmente com as condições avençadas no TAC (preserva-se o interesse do usuário, na medida que traz incentivos claros para a execução do TAC pelo novo controlador).

51. Ao passo que Agência extingue o passivo regulatório e os processos administrativos sancionadores em curso (condicionado ao cumprimento integral do TAC), a Concessionária também renuncia suas pretensões perante o juízo arbitral (de forma incondicional e irrevogável). Num balanço geral, a CRO estaria renunciando a aproximadamente R\$ 820 milhões, ao passo que a Agência, a aproximadamente R\$ 900 milhões. Portanto, há, em grande medida, um equilíbrio nas negociações.

52. A ANTT analisa dois cenários: i - em que não é pactuado o TAC proposto - a concessão será extinta após a relicitação amigável (hipótese mais provável) ou após a decretação de caducidade e ii - transferência de controle com pactuação do TAC proposto.

53. E conclui que a opção por extinguir os passivos regulatório e multas, após o cumprimento integral do TAC, é a solução que melhor atende ao interesse público, na medida em que não traz nenhum risco adicional ao Poder Concedente e, ao mesmo tempo, permite a continuidade da concessão com a retomada imediata das obras, em nítido benefício aos usuários e à sociedade.

I.4- Das alterações no contrato

54. O instrumento em análise propõe a assinatura de um termo aditivo que contemple: (i) a prorrogação do contrato por 5 anos, caso sejam cumpridas integralmente as condições do TAC; (ii) o compartilhamento de riscos relativo a eventuais impactos de novas ferrovias concorrentes com a rodovia concedida; (iii) a obrigação de nova troca de controle acionário, após o cumprimento integral do Plano de Ataque contido no Anexo B; e (iv) a vedação de a antiga controladora voltar a compor o quadro de acionistas da concessão.

55. Destaca que o Poder Concedente não assumirá integralmente o ônus decorrente da perda de tráfego na rodovia em função da implantação da ferrovia, mas o compartilhará com a concessionária, de modo que cada parte assumirá uma parcela dele, o que torna a proposta mais aderente ao caráter negocial do TAC.

‘[...] O risco relativo aos impactos decorrentes da operação de novas ferrovias, conforme estabelecido na subcláusula anterior, será suportado integralmente pelo Poder Concedente se gerar alteração superior a 5% do fluxo de veículos, tendo ainda como referência a média de crescimento dos últimos 5 anos anteriores ao fato gerador, desde que a concessionária esteja adimplente com as obrigações assumidas no presente TAC, conforme prazos estabelecidos no Anexo B.’

I.5. Dos processos em andamento no Tribunal de Contas da União

56. A minuta de TAC traz como objeto da avença a correção de eventuais pendências em apuração na Agência decorrentes de processos no âmbito do Tribunal de Contas da União, quais sejam: TCs 032.830/2016-5; 023.217/2015-4 e 034.032/2017-7.

57. Nesse sentido, propõe a concessionária que constitua obrigação da ANTT:

‘[...] 3.1. São obrigações da ANTT: [...]

vi. suspender a implementação de quaisquer reduções tarifárias decorrentes das determinações cautelares proferidas pelo Tribunal de Contas da União no TC 032.830/2016-

5, até o trânsito em julgado do processo 1068344-35.2020.4.01.3400 ou o encerramento do TAC, o que ocorrer primeiro;

viii. apurar e atestar a data em que as obras de duplicação em 10% (dez por cento) da extensão foram efetivamente concluídas, conforme disposto nos itens 9.5.1 e 9.5 da decisão cautelar proferida pelo Tribunal de Contas da União no processo 023.217/2015-4;

ix. propor ao Tribunal de Contas da União a suspensão dos Processos TCU 032.830/2016-5, 023.217/2015-4 e TCU 034.032/2017-7, até o cumprimento integral deste Termo de Ajustamento de Conduta;

iv. requerer ao Tribunal de Contas da União a extinção dos Processos TCU 032.830/2016-5, 023.217/2015-4 e TCU 034.032/2017-7, após a verificação do cumprimento integral deste Termo de Ajustamento de Conduta. [...]

58. Ainda sobre os processos em trâmite na Corte de Contas, a proposta da CRO traz como condição de eficácia do presente TAC a ‘homologação, pelo TCU, dos requerimentos de suspensão mencionados no item IX da Cláusula Terceira’.

59. A ANTT efetua detalhamento de cada processo da CRO que consta no Tribunal de Contas da União. Estes comentários serão trazidos quando da análise de cada processo.

I.6. Preliminar de outras questões no TAC

60. A ANTT (peça 3) questiona a existência do Ministério da Infraestrutura como parte da minuta do TAC; destaca que os valores da tabela de Fator D devem ser ajustados; avalia que os níveis de manutenção e conservação dos trechos que estão sob responsabilidade do DNIT devem constar do TAC.

61. Propõe que a área técnica estime o tempo necessário para concluir as revisões pendentes e pede, também, que a área técnica aprimore as hipóteses de rescisão do TAC.

I.7. Comparação entre as alternativas possíveis

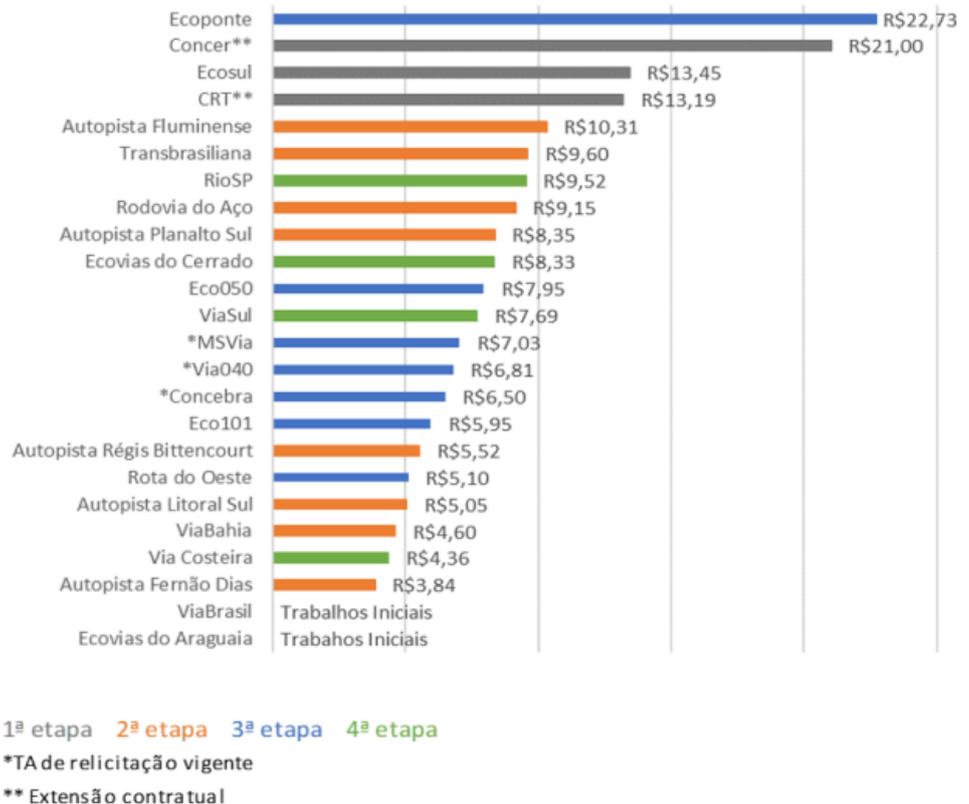
62. Afirma que a extinção do contrato de concessão por **caducidade** encontra óbice jurídico, haja vista que o empreendimento foi qualificado no âmbito do PPI. Ainda assim, caso venha a acontecer no futuro, haverá um sério risco de descontinuidade da prestação dos serviços que estão sendo executados atualmente, haja vista a incerteza de sucesso na nova licitação e a possibilidade de assunção dos serviços pelo DNIT, que se encontra com restrições orçamentárias para fazer frente aos serviços necessários. Portanto, não parece ser a melhor alternativa a ser adotada.

63. No caso de **relicitação**, o empreendimento já está qualificado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimento (Decreto 11.122/2022) e o Termo Aditivo deve ser celebrado até 5/10/2022. Essa opção é melhor do que a caducidade, pois extingue o contrato de maneira consensual e permite uma transição com a futura vencedora da licitação. Contudo, as partes pactuaram a prestação de serviços em patamar mínimo, excluindo-se a integralidade de investimentos pendentes originalmente pactuados, não resolvendo completamente a situação atual dos serviços explorados na rodovia. Essa situação poderia perdurar por um período de, pelo menos, 24 meses, nos termos do art. 20 da Lei 13.448/2017, até que eventual futuro operador, vencedor da licitação, assumisse a concessão e retomasse a execução dos investimentos.

64. Já a **celebração do TAC** ora em análise gerará ganhos socioeconômicos consideráveis quando comparado com a alternativa de relicitação do trecho da BR-163 MT, pois abrangerá as obrigações contratuais como um todo, terá um imediato aporte de *equity* e antecipará esses ganhos, haja vista a previsão de um intervalo de, pelo menos, dois anos para o início de novos investimentos no trecho, no caso de uma nova licitação.

65. O TAC, em consequência, ao antecipar os investimentos, como obras de duplicação de via, recuperação de pavimento e travessias urbanas, melhorará as condições de logística, reduzirá o número de acidentes na rodovia, incentivará a redução do frete rodoviário e aumentará os postos de trabalho, impulsionando, em última análise, o setor do agronegócio e melhorando a condição de vida da comunidade lindeira.

66. Além disso, a opção pela manutenção do contrato ante à relicitação ou a uma nova licitação após a caducidade implicará, na prática, uma redução tarifária a longo prazo. A Taxa Interna de Retorno - TIR do contrato atual é de 7,2%, menor que os 9,88% do Custo Médio Ponderado de Capital - WACC regulatório usado na modelagem dos novos contratos de concessão rodoviária que estão em andamento, notadamente o da BR-040 e o da BR-381. Outro ponto é que a tarifa quilométrica da CRO está entre as mais baixas dentre as reguladas pela ANTT, sendo quase metade da tarifa quilométrica ofertada, por exemplo, no leilão arrematado pela Ecovias do Araguaia, cujo contrato foi assinado em 29/9/2021.



67. Outras opções seriam a encampação e a assunção da concessão pelos financiadores (também denominado *step-in*), as quais, ainda que possíveis, não seriam as melhores alternativas a serem adotadas. Com efeito, além de demandar trâmite legislativo, pagamento prévio de indenização, e enfrentar as mesmas impedâncias do processo arbitral em curso, a encampação imporia mobilizar o DNIT ou outro agente público para assumir a rodovia, no menor prazo possível, o que dificilmente traria uma resposta rápida ou nos mesmos níveis de um contrato privado.

68. Já a hipótese de assunção do serviço pelos financiadores exige, antes de tudo, interesse desses agentes - sobre o que não há nenhum indicativo -, além de demandar um serviço especializado a entidades voltadas ao emprego do capital, que não detêm conhecimento do *metier* e, por isso, teriam que buscar no mercado especialistas para a gestão.

69. Conclui afirmando que a nova versão do TAC, a ser celebrado com a Concessionária CRO - Concessionária Rota do Oeste S.A., está aderente ao interesse público, haja vista que dará uma resposta mais imediata aos usuários, reduzindo os gargalos logísticos e o número de acidentes, assegurará uma tarifa mais módica, quando comparado com uma nova licitação, e restabelecerá o papel fiscalizatório da Agência, mediante a renúncia da Concessionária à decisão arbitral que tem limitado a atuação da ANTT.

70. Encaminha o despacho para a Surod e para a Procuradoria Federal junto à ANTT. Bem como encaminha para o TCU uma vez que a proposta de transferência de controle e Termo de Ajustamento de Conduta teria o ‘condão de tornar insubsistentes as determinações do Acórdão 2.644/2019- TCU-Plenário por perda de objeto’.

II- Análise

71. Verifica-se que a minuta do TAC submetida para a apreciação do TCU em 24/08/2022 (peça 119 do TC 034.032/2017-7) é uma versão preliminar, dado que várias contribuições efetuadas pelo gabinete do Diretor Davi Barreto (peça 3) ainda carecem de ser implementadas, tais como: alteração dos valores de Fator D, níveis de manutenção e conservação dos trechos do DNIT, entre outras constantes do Despacho SEI 12908320, reproduzidas, no parágrafo 60 da presente instrução.

72. Embora a ANTT tenha disponibilizado a minuta do TAC ao TCU em 24/08/2022 (peça 119 do TC 034.032/2017-7), a Procuradoria Federal junto à ANTT somente se manifestou no dia 14/9/2022, uma semana antes de encerrar o prazo concedido pelo Ministro Relator para o término da presente análise.

73. Cabe ressaltar que quando do recebimento pelo TCU da minuta do TAC também não havia manifestação de nenhuma área técnica da ANTT sobre a operação proposta, conforme se depreende do trecho retirado do Despacho Surod 13213539 assinado em 5/9/2022, constante do processo SEI 50500.161397/2022-66 (peça 14, itens não digitalizáveis):

‘(...)

Dado que o caso em questão envolve, no TAC, tanto o saneamento de inexecuções de obrigações de investimento, como de saneamento do passivo de penalidades, caberá atuação das respectivas áreas, conforme disposto anteriormente.

Observo, ainda, que há questões de ordem jurídica subjacentes, cujo deslinde com apoio da Procuradoria Federal junto a ANTT pode apoiar a condução do presente processo e a tomada de decisão quanto à admissibilidade do instrumento ora proposto.

Neste espeque, caberá a elaboração de nota técnica sobre a proposta de TAC e seus anexos, de sorte a produzir os seguintes documentos:

Anexo A - Obrigações (inexecuções contratuais) objeto do TAC - GEFOP

Anexo B - Cronograma de execução dos investimentos - GECON, GEENG e GEFOP

Anexo C - Fator D calculado e excedente tarifário em razão da cautelar - GEFOP e GEGEF

Anexo D - Processos sancionadores em curso - CIPRO

Anexo F - Quadro de multas moratórias para cada item do cronograma de execução do TAC - GEFOP

Anexo I - Níveis de manutenção e conservação que serão praticados nos denominados trechos DNIT, distintos do PER - GECON, GEENG e GEFOP

Assim, **com vistas à promoção da análise quanto ao atendimento aos requisitos constantes dos arts. 3º a 5º da Resolução 5.823/2018, bem como a fim de instruir o processo para apreciação da Diretoria da ANTT, nos termos da Resolução 5.927/2021 remeto os autos:**

a) À **GECON, GEFOP e GEENG** para análise quanto ao conceito da proposta sob a ótica da gestão dos investimentos;

b) à **GEGEF**, para análise quanto ao conceito das propostas sob a ótica econômico-financeira e instrução com vistas à Decisão de Diretoria acerca do item (b);

c) à **CIPRO**, para análise quanto ao passivo de penalidades cujo saneamento ora se pretende promover e para realização de consulta jurídica à Procuradoria Federal junto à ANTT.

O prazo para conclusão do juízo de admissibilidade de TAC é de 30 dias. Dado que o recebimento por esta SUROD deu-se em 25/08/2022 (conforme o Despacho SEI 12939657), o referido limite para para que as unidades instrua os autos com suas manifestações dar-se-á em **23 de setembro de 2022** (sexta-feira). Contudo, dada a urgência do caso, solicito que o

atendimento ocorra de sorte a procurar antecipar, ao máximo possível, a data preestabelecida.’

74. Ao longo da produção da presente instrução, as manifestações das áreas técnicas da ANTT foram sendo apresentadas no processo 50500.161397/2022-66 (processo administrativo que cuida da análise do TAC 2022, peça 14, itens não digitalizáveis), sendo elas:

NOTA TÉCNICA SEI 5731/2022/COGIC/GEGEF/SUROD/DIR

DESPACHO CIPRO (documento SEI 13295641)

NOTA TÉCNICA SEI 5744/2022/GEGEF/SUROD/DIR (documento SEI 13295803)

NOTA TÉCNICA SEI 5745/2022/SUROD/DIR (documento SEI 13296012)

DESPACHO GEFOP (documento SEI 13297014)

DESPACHO GEFOP (documento SEI 13297029)

NOTA TÉCNICA 5749/2022/GECON/SUROD/DIR (documento SEI 13297736)

DESPACHO GEGEF (documento SEI 13297837)

DESPACHO GECON (documento SEI 13311250)

OFÍCIO SEI 28019/2022/GEGEF/SUROD/DIR-ANTT (documento SEI 13347638)

DESPACHO GERER (documento SEI 13349262)

DESPACHO SUROD (documento SEI 13359936)

OFÍCIO 28165 2022 GEGEF SUROD (documento SEI 13374868)

DESPACHO SUROD (documento SEI 13376912)

OFÍCIO 28264 2022 DG DIR ANTT (documento SEI 13387943)

NOTA TÉCNICA SEI 5859/2022/GECON/SUROD/DIR (documento SEI 13390687)

DESPACHO GECON (documento SEI 13390701)

DESPACHO SUCON (documento SEI 13390721)

PARECER 00267 2022 PF ANTT PGF AGU (documento SEI 13394691)

DESPACHO DE APROVACAO 00205 2022 PF ANTT PGF AGU (documento SEI 13390687)

75. Dessa forma, dado que o documento submetido ao apreço do TCU é preliminar (porque não contempla sequer as melhorias trazidas pelo Gabinete do Diretor da ANTT) e, ainda, considerando o exíguo prazo para análise da presente transação (dado pelo Despacho de peça 8), a análise focará (não exaustiva) na abordagem de três pontos: i - impacto da assinatura do TAC nos processos do TCU; ii - irregularidades detectadas pelo TCU em outros processos de troca de controle acionário conduzidos pela ANTT e iii - riscos e irregularidades detectados na minuta apresentada.

76. Antes de analisar os pontos acima citados, efetua-se breve comentário sobre a arbitragem em curso, uma vez que conforme exposição da ANTT, alguns comandos contidos nos Acórdãos do TCU não poderiam ser implementados dada restrição imposta pela decisão arbitral.

II.1. Arbitragem e seu impacto nos poderes da ANTT

77. O contrato de concessão da BR-163/MT (peças 17-20), assinado em 12/3/2014, prevê, conforme cláusula 37.1, a arbitragem nos seguintes termos:

‘37.1 Arbitragem

37.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao **Contrato** e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

(i) Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a

exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

37.1.2 A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exige o **Poder Concedente** nem a **Concessionária** da obrigação de dar integral cumprimento a este **Contrato**, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à **Concessão**, observadas as prescrições deste **Contrato**.

37.1.3 A arbitragem será administrada pela **CCI**, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

37.1.4 A arbitragem será conduzida em Brasília, Distrito federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

37.1.5 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira, excluída a equidade.

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada **Parte** indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas **Partes**. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) **Partes**, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9º do regulamento de arbitragem da **CCI**.

37.1.7 Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada **Parte**, o terceiro árbitro será indicado pela **CCI**, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

37.1.8 Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o processo de mediação, as **Partes** poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

37.1.9 As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as **Partes** e seus sucessores.

37.1.10 A **Parte** vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.’

78. Note que a cláusula 37.1.8 do Contrato já previa a competência do tribunal arbitral para conceder medidas cautelares e de urgência. Cabe ressaltar que durante muito tempo a doutrina e jurisprudência discutiram se o árbitro e/ou tribunal possuíam essa competência. Essa controvérsia foi superada pela Lei 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem, incluindo o Capítulo IV-A, intitulado ‘Das Tutelas Cautelares e de Urgência’, nos seguintes termos:

‘Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.’

79. Em consulta ao sítio eletrônico da ANTT (<https://portal.antt.gov.br/arbitragem>, acessado em 6/9/2022), analisaram-se os documentos relativos ao processo arbitral GSS/PFF/23960/2018, no qual constam como partes a CRO e a ANTT.

80. Em 3 de outubro de 2018, decorridos cerca de dois anos do início da cobrança de pedágio e pouco mais de quatro anos do início da concessão, a Concessionária apresentou requerimento de arbitragem à CCI pleiteando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão por supostos prejuízos suportados com:

- (i) aumento do limite de peso transmitido por eixo;
- (ii) execução de condicionantes ambientais;
- (iii) inexecução dos contratos do programa de Conservação, Recuperação e Manutenção das rodovias federais;
- (iv) alteração das condições contratuais relativas ao financiamento; e, por fim
- (v) atraso na autorização para início da cobrança tarifária.

81. Posteriormente, em correspondência encaminhada ao Tribunal Arbitral em 30 de setembro de 2019, a Concessionária acrescentou outros fatores que supostamente teriam causado desequilíbrio, quais sejam:

- (vi) aumento Extraordinário dos Insumos Betuminosos, incluindo Cimento Asfáltico de Petróleo ('CAP');
- (vii) remoção de interferências;
- (viii) vícios ocultos;
- (ix) desapropriação;
- (x) não aceite de conclusão das obras da Frente de Ampliação;
- (xi) aplicação de Fator D de Área Trincada; e
- (xii) aplicação da Fator D sobre a Tarifa Básica de Pedágio (TBP).

82. Por fim, há o pedido de inclusão em 21/7/2020, um ano após a assinatura da Ata de Missão, do Auto de Infração 2427 de 11/11/2016 (conforme se depreende pela manifestação da ANTT sobre a ordem processual 07).

83. Ressalta-se que não há no sítio eletrônico da ANTT a ata de missão assinada em 7/10/2019. Somente há o aditamento da ata de missão de 23/01/2020, sem o detalhamento do limite da lide (o objeto da arbitragem).

84. Nesse sentido, por meio do acesso ao processo administrativo de Relicitação (50500.116693/2021-21, documento 12326730, peça 13), tem -se detalhado o objeto do Procedimento Arbitral.

1. alteração unilateral do Plano de Ataque da Concessão para que as obras de expansão de capacidade fossem iniciadas pelo Trecho Sul de Rondonópolis (desequilíbrio quantificado em R\$ 20.681.592,36, valores de maio de 2012);
2. custos relacionados ao atendimento a condicionantes indígenas, como os incorridos pela Concessionária com a execução do PBA-I, que seriam atribuídos ao Poder Concedente (desequilíbrio quantificado em R\$ 7.749.763,36, valores de maio de 2012);
3. não execução dos Contratos CREMA, de responsabilidade do DNIT (desequilíbrio quantificado em R\$ 100.665.567,31, valores de maio de 2012);
4. necessidade de remoção de redes de transmissão que geravam interferências (desequilíbrio quantificado em R\$ 102.442,95, valores de maio de 2012);
5. surgimento de vícios ocultos não identificáveis no momento da licitação e assunção dos serviços (desequilíbrio quantificado em R\$ 1.901.534,01, valores de maio de 2012);
6. custos e dispêndios com atos necessários à promoção das desapropriações (desequilíbrio quantificado em R\$ 3.085.201,68, valores de maio de 2012);

7. atraso da arrecadação tarifária em 17 (dezessete) dias em virtude da não aceitação, pela ANTT, de obras de duplicação (desequilíbrio quantificado em R\$ 7.649.866,38, valores de maio de 2012);
8. alteração da legislação aplicável à concessão, notadamente os impactos da Lei dos Caminhoneiros (desequilíbrio quantificado em R\$ 392.915.158,79, valores de maio de 2012);
9. alteração nas condições de financiamento, notadamente a não concessão do empréstimo de longo prazo junto ao BNDES ou outros Bancos Públicos (desequilíbrio quantificado em R\$ 396.895.000,00, valores de maio de 2012);
10. aumento dos preços dos insumos asfálticos pela Petrobrás (desequilíbrio quantificado em R\$ 293.197.706,44, valores de maio de 2012);
11. aplicação equivocada de desconto de reequilíbrio sobre a somatória da TBP com os Fluxos de Caixa Marginais decorrentes dos reequilíbrios econômico-financeiros da concessão (desequilíbrio quantificado em R\$ 2.361.297,60, valores de maio de 2012);
12. aplicação incorreta de desconto de reequilíbrio relativamente ao parâmetro de desempenho de Área Trincada (desequilíbrio quantificado em R\$ 1.267.753,37, valores de maio de 2012); e
13. glosa injustificada de trechos duplicados para fins de aplicação do Fator D (desequilíbrio quantificado em R\$ 2.045.045,38, valores de maio de 2012).’

85. Cabe destacar que entre a apresentação do requerimento de arbitragem perante a CCI e a instituição do Tribunal Arbitral, em 6 de maio de 2019, a Requerente propôs Tutela Cautelar em Caráter Antecedente 1011476-71.2019.4.01.3400 perante a Seção Judiciária do Distrito Federal em face da ANTT e União, com os seguintes pedidos:

‘VI - CONCLUSÃO E PEDIDOS

85. A partir do quanto exposto, com fundamento no artigo 305 do CPC, requer-se a **concessão de tutela de urgência** para, até que seja solucionado o pedido de Revisão Quinquenal pela Agência e até a deliberação do juízo arbitral sobre o tema, **compelir a ANTT a (i) se abster de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos ou compensatórios como o ‘Fator ‘C’ e ‘D’, incluída a eventual execução da garantia, em desfavor da Rota do Oeste e (ii) a manter as condições tarifárias atualmente vigentes**, tudo isso a fim de que seja evitada qualquer descontinuidade nos serviços e garantido o resultado útil do referido procedimento arbitral, onde restará devidamente demonstrado o direito da Requerente ao reequilíbrio do Contrato.

86. Ao final, requer seja a presente demanda julgada **totalmente procedente**, confirmando-se a tutela de urgência concedida e condenando-se as Requeridas ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios de sucumbência.’

86. O juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal **indeferiu o pedido de tutela antecipada** em decisão prolatada em 13 de junho de 2019.

87. Irresignada, a Concessionária interpôs agravo de instrumento 1019784-14.2019.4.01.0000 em face da decisão do juiz de primeiro grau. Em 7/8/2019, o Desembargador Federal deferiu monocraticamente ‘o pedido de antecipação de tutela recursal’, nos seguintes termos:

‘Com estas considerações, **defiro o pedido de antecipação da tutela recursal**, para determinar às agravadas que se abstenham de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia em desfavor da agravante, assim como que mantenham as condições tarifárias vigentes, até que seja solucionado o pedido de revisão quinquenal (apresentado em novembro de 2018) ou até que exista deliberação do juízo arbitral sobre o tema.’

88. Importante mencionar que o referido processo foi extinto sem solução de mérito dado que

houve a instituição do procedimento arbitral. O termo de arbitragem (ata de missão) foi assinado em 7/10/2019, sendo aditado em 23/1/2020, conforme anteriormente destacado.

89. Cabe aqui pontuar que esta unidade técnica, quando da análise do projeto de desestatização da BR-153/080/414/TO/GO (TC 016.936/2020-5, peça 82), comentou sobre os pedidos efetuados pelas concessionárias no âmbito das arbitragens:

‘550. Com relação as controvérsias levadas à arbitragem até o momento, efetuou-se um levantamento dos pedidos. Sob o manto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, são questionadas as obrigações contratuais, revisões tarifárias em geral, cálculo do fator D, ou seja, diversas ações da ANTT em um mesmo pedido.

551. Frise-se que, inclusive a falta de financiamento, que é inquestionavelmente um risco da concessionária, compõe como justificativa para se questionar na arbitragem.’

Tabela 3: Pedidos das concessionárias na arbitragem

| Concessionária | Pedido | Valor |
|---------------------------|---|------------------|
| VIABAHIA | Diante da inviabilidade de cumprimento contratual, da inércia da ANTT quanto ao pedido de revisão extraordinária, da imposição de descontos de reequilíbrio, e entre outros fatores, requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. | 3.000.000.000,00 |
| CONCEBRA | Diante da não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados, da inviabilidade de cumprimento contratual, da revisão tarifária da ANTT na Deliberação 628, e outros fatores, requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato | 787.347.840,43 |
| Rota do Oeste | Diante da não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados, da inviabilidade de cumprimento contratual, do aumento do preço do CAP, da aplicação do fator D, e outros fatores, requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. | 765.000.000,00 |
| Galvão | Discute a Deliberação 138/2017 da ANTT, que reconheceu descumprimento contratual, declarou caducidade do contrato e levou à condenação ao pagamento de multa administrativa. | 690.449.540,66 |
| Minas Gerais Goiás | Diante da alteração da data-base pela ANTT para execução de serviços, das revisões ordinárias da tarifa básica, da aplicação do fator D, e outros fatores, requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. | 18.328.324,65 |
| Rodovia Sul-Matogrossense | Diante da não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados, da inviabilidade de cumprimento contratual, das revisões ordinárias, requer reequilíbrio econômico-financeiro do contrato | 357.000.000,00 |
| Concessionária BR-040 | Diante da não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados, da inviabilidade de cumprimento contratual, da inércia da ANTT quanto aos pedidos de revisão ordinária e de relicitação | 140.000.000,00 |

Fonte: Elaboração própria, a partir de documentos disponibilizados pela ANTT

90. Nesse sentido a unidade técnica havia proposto no referido processo de desestatização:

‘b) recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

b.1) restrinja no contrato e nas normas aplicáveis, as hipóteses de utilização de arbitragem,

excluindo do rol, a não obtenção de financiamento, por exemplo, impossibilitando arguições, por parte das concessionárias, cujas discussões sejam meramente protelatórias, contrárias à ágil resolução de indicada situação de inviabilidade da execução contratual;’

91. No entanto, o Ministro Relator discordou da unidade técnica, nos seguintes termos, conforme Voto do Acórdão 4.036/2020-TCU-Plenário (Ministro Vital do Rego):

‘435. A SeinfraRodoviaAviação baseou a recomendação em vista de os pedidos apresentados pelas concessionárias junto à ANTT para emprego de arbitragem incluírem até mesmo a não obtenção de financiamentos públicos, risco atribuído à concessionária. No entender da unidade técnica, esses pedidos tratam de medidas meramente protelatórias.

436. Entendo que a busca por restringir pedidos das concessionárias junto à ANTT ou limitar o escopo da análise de tais pedidos pela ANTT extrapola o objeto deste processo. Assim, deixo de adotar a recomendação apresentada pela unidade instrutora.’ [grifo nosso]

92. Uma questão que chama a atenção se refere ao fato de o pedido efetuado pela requerente aparentemente colidir com a proibição imposta pela cláusula 37.1.1 do contrato de concessão, que veda ser objeto da arbitragem o poder de fiscalização, nos seguintes termos:

‘(i) Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.’

93. Isto porque a peça da concessionária constante da Tutela Cautelar em Caráter Antecedente peticionava ‘... **compelir a ANTT a (i) se abster de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários (...), incluída a eventual execução da garantia, em desfavor da Rota do Oeste e (ii) a manter as condições tarifárias atualmente vigentes**’.

94. Por fim, frise-se que consta importante diferença entre o pedido formulado pela concessionária e a decisão judicial (confirmada pelo Tribunal Arbitral - Ordem Processual 4), qual seja, a possibilidade de se impor desconto tarifário com efeito compensatório:

‘Pedido

85. A partir do quanto exposto, com fundamento no artigo 305 do CPC, requer-se a concessão de tutela de urgência para, até que seja solucionado o pedido de Revisão Quinquenal pela Agência e até a deliberação do juízo arbitral sobre o tema, compelir a ANTT a (i) se abster de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos ou compensatórios como o ‘Fator ‘C’ e ‘D’’, incluída a eventual execução da garantia, em desfavor da Rota do Oeste e (ii) a manter as condições tarifárias atualmente vigentes, tudo isso a fim de que seja evitada qualquer descontinuidade nos serviços e garantido o resultado útil do referido procedimento arbitral, onde restará devidamente demonstrado o direito da Requerente ao reequilíbrio do Contrato.

Decisão judicial (confirmada pela Ordem Processual 4)

Com estas considerações, **defiro o pedido de antecipação da tutela recursal**, para determinar às agravadas que se abstenham de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia em desfavor da agravante, assim como que mantenham as condições tarifárias vigentes, até que seja solucionado o pedido de revisão quinquenal (apresentado em novembro de 2018) ou até que exista deliberação do juízo arbitral sobre o tema.’

95. Nesse sentido, verifica-se que a ANTT, a princípio, não estaria limitada a impor descontos tarifários com efeitos compensatórios, como é o caso do fator C e D. Ressalta-se, no entanto, dificuldade na compreensão dos limites das cautelares impostas a ANTT dado que várias ordens processuais não constam do sítio eletrônico da ANTT e/ou são tarjados em função de sigilo atribuído pelo Tribunal Arbitral.

96. Destaca-se que a ANTT (peça 3) informa que a Ordem Processual 6 limitaria descontos tarifários relacionados aos eventos e pleitos discutidos na referida arbitragem, nos seguintes

termos:

‘111. Cabe esclarecer que, em virtude da decisão arbitral proferida no Processo Judicial 1019784-14.2019.4.01.0000, permanecem suspensos os efeitos dos descontos tarifários, conforme se observa no art. 1º e no art. 3º da referida Deliberação:

Art. 1º Aprovar a 5ª Revisão Ordinária, a 8ª Revisão Extraordinária e o reajuste da Tarifa Básica de Pedágio - TBP aplicável ao trecho concedido da BR-163/MT, explorado pela referente Concessionária Rota do Oeste S/A - CRO, relativo ao Edital 003/2013, com base nas seguintes alterações:

(...)

Art. 3º em **virtude da Ordem Processual 6**, com a decisão do Juiz Arbitral, no âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF, de que **não deve ocorrer descontos tarifários relacionados aos eventos e pleitos discutidos na referida arbitragem**, suspender a eficácia dos artigos 1º e 2º, e aprovar as seguintes alterações.’

97. Novamente, compulsando a lide arbitral, não foi localizada esta Ordem Processual. Desse modo, foi peticionado a ANTT essa informação (peça 15). No entanto, até o momento não foi apresentada resposta.

98. A cautelar arbitral também impediu a execução da garantia contratual. Nesse sentido, observando que as garantias de execução do contrato de concessão são anuais e, ainda, ponderando que pelos arts. 189 a 206 do novo código civil, a pretensão do segurado contra o segurador prescreve em um ano, tem-se que essa cautelar, que já vigora há mais de um ano, torna irreversível o efeito da sua decisão naqueles anos (pela prescrição do direito).

99. Importante pontuar o entendimento do TCU acerca desse ponto (garantia pode ser ou não objeto da arbitragem), realizado no âmbito do TC 016.936/2020-5 (Desestatização da BR-153/GO/TO), conforme Voto do Relator Vital do Rêgo.

‘442. De fato, as controvérsias advindas da execução de garantias não constam do rol de possibilidades de direitos patrimoniais disponíveis a serem objeto de solução de controvérsias mediante o emprego do mecanismo de arbitragem, previstos na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996.

443. Entendo não assistir razão à ANTT. Nada impede que a Resolução ANTT 5.845/2019 apresente definição de controvérsia de direitos patrimoniais disponíveis, desde que não extrapole as hipóteses previstas no Decreto 10.025/2019 e na Lei 13.448/2017. Tampouco se questiona que a garantia de execução não seja obrigação contratual.

(...)

445. A garantia de execução prevista na cláusula 10 da minuta contratual fixou os valores e os respectivos prazos que o futuro concessionário deverá apresentar, conforme já mencionei alhures (peça 73, p. 31-32). Não vislumbro o que seria ‘qualquer discussão ou controvérsia’ a ser submetida à arbitragem. Não há o que se discutir sobre valor e prazo das garantias de execução contratual, pois são definidos de antemão por imposição legal, não havendo flexibilidade para negociação sobre tais parâmetros. O que a ANTT pretende, com sua argumentação, é fazer crer que cabe submeter à arbitragem a execução ou não da garantia.

446. Esse é o pano de fundo que a unidade técnica apresenta em seu entendimento.

447. Ou seja, de acordo com a argumentação da ANTT, todos os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública Federal que, por lei, possuem a previsão de garantia de execução contratual, estariam sujeitos de ter a execução da garantia discutida no âmbito da arbitragem. Se assim for, a garantia de execução contratual passaria ter um papel meramente figurativo, porque na prática não seria executada, sendo prevista contratualmente para atender a imposição legal. Teríamos, então, total desvirtuamento da lei aprovada no Congresso Nacional. E, ao fim e ao cabo, os três membros componentes de conselho arbitral

é que decidiriam se cabe ou não executar a garantia, porque a agência reguladora resolveu ampliar na minuta contratual da BR-153/TO/GO e BR080/414/GO o rol previsto de direitos patrimoniais disponíveis da Lei 13.448/2017 e do Decreto 10.025/2019, acrescentando as controvérsias advindas da execução de garantias.’

100. Por fim, cabe ressaltar que, conforme ordem processual 18 (19/11/2020), há quatro perícias em andamento: (i) perícia de engenharia de rodovias; (ii) perícia de licenciamento ambiental; (iii) perícia de avaliação de imóveis especializada em concessões e (iv) perícia econômico-financeira.

101. Não há informações, nos documentos disponibilizados no sítio eletrônico da ANTT, sobre a previsão da conclusão da arbitragem e tampouco seu cronograma.

II.2. Impacto da assinatura do TAC nos processos do TCU

102. Na minuta do TAC (peça 4), a cláusula terceira detalha as obrigações da ANTT. Dentre elas, cumpre citar:

‘CLÁUSULA TERCEIRA- OBRIGAÇÕES DA ANTT

3.1. São obrigações da ANTT:

(...)

vi. suspender a implementação de quaisquer reduções tarifárias decorrentes das determinações cautelares proferidas pelo Tribunal de Contas da União no TC 032.830/2016-5, até o trânsito em julgado do processo 1068344-35.2020.4.01.3400 ou o encerramento do TAC, o que ocorrer primeiro;

vii. apurar e atestar a data em que as obras de duplicação em 10% (dez por cento) da extensão foram efetivamente concluídas, conforme disposto nos itens 9.5.1 e 9.5 da decisão cautelar proferida pelo Tribunal de Contas da União no processo 023.217/2015-4;

viii. propor ao Tribunal de Contas da União a suspensão dos Processos TCU 032.830/2016-5, 023.217/2015-4 e TCU 034.032/2017-7, até o cumprimento integral deste Termo de Ajustamento de Conduta;

ix. requerer ao Tribunal de Contas da União a extinção dos Processos TCU 032.830/2016-5, 023.217/2015-4 e TCU 034.032/2017-7, após a verificação do cumprimento integral deste Termo de Ajustamento de Conduta.

(...)

4.2. A eficácia do presente TAC fica sujeita às seguintes condições sucessivas e cumulativas:

(...)

iv. a homologação, pelo TCU, dos requerimentos de suspensão dos processos mencionados no item VIII da Cláusula Terceira.’

103. Antes de comentar sobre os termos da minuta contratual do TAC a ser firmado entre a ANTT e a CRO - Concessionária Rota do Oeste, cabe trazer um recente julgado do Tribunal sobre as competências do Tribunal em face de um TAC firmado entre a Administração Pública e o Ministério Público Federal, qual seja a constante do Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário (Ministro Antonio Anastasia).

‘21. Reforço que a competência de controle externo deste Tribunal, de matriz constitucional, não se vincula às interpretações jurídicas pactuadas em termos ou compromissos de ajustamento de conduta, cujo propósito, conforme bem elucidado no parecer do Parquet, é apenas evitar a continuidade de ações administrativas ou judiciais tendentes a gerar sanções ao compromissário, movidas pela Administração Pública ou pelo Ministério Público. Os termos pactuados estabelecem compromisso jurídico entre as partes (compromissário e autoridade legitimada), sem afastar a possibilidade de atuação de outros agentes de controle.’

104. À luz desse julgado, serão tecidos alguns comentários acerca dos dispositivos previstos na

minuta do TAC que citam processos do TCU.

II.2.1 Processo TC 023.217/2015-4 - Relator Ministro Augusto Nardes/Relator do Recurso Ministro Vital do Rêgo

105. Dado que havia uma série de processos no TCU que apontavam baixa performance dos contratos da segunda etapa, refletida no alto índice de inexecuções das obras obrigatórias, entre 44% a 97% (TC 006.351/2013-1), o Tribunal avaliou a atuação da ANTT no recebimento dos trabalhos iniciais das concessões rodoviárias da 3ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Procofe), no âmbito do TC 014.745/2015-1 (sem mérito).

106. Em decorrência desse trabalho, a Unidade Técnica optou por fazer uma fiscalização em campo na BR-163/MT. A equipe de fiscalização verificou as condições do sistema rodoviário ao longo de toda a extensão da concessão. Foram verificados diversos indícios de irregularidade na execução contratual, tanto nos parâmetros de desempenho dos Trabalhos Iniciais como em outras frentes de atuação da Concessionária, que, também, constituem condicionantes para o início da cobrança do pedágio.

107. Diante da relevância dos achados e do início iminente de cobrança do pedágio, a unidade técnica efetuou uma representação, com pedido de medida cautelar, contra o início da cobrança de pedágio na BR-163/MT (TC 023.217/2015-4). Após as oitivas, entendeu-se não ser o caso de impedir o início da cobrança de pedágio.

108. O Acórdão 457/2022-TCU-Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, determinou medidas corretivas à ANTT (decisão em recurso dos itens em negrito).

‘9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acolher as razões de justificativa apresentadas por Alessandro Reichert, Cinthia Santiago Sobreira e Nelícia Murari Borges em relação aos subitens ‘b.1.1.1.4’, ‘b.1.1.1.5’, ‘b.1.1.2.1’ das audiências;

9.3. acolher as razões de justificativa apresentadas por Fernando Nunes Carneiro Rios, Mirian Ramos Quebaud, Nelícia Murari Borges e Thaísa Rios Marciano em relação ao item ‘b.2’ das audiências;

9.4. rejeitar, com as exceções eventualmente assinaladas na instrução da unidade técnica de peça 96 e detalhadas no item 45 do voto que fundamenta esta decisão, as razões de justificativa apresentadas por Alessandro Reichert, Cinthia Santiago Sobreira e Nelícia Murari Borges em relação aos subitens ‘b.1.1.1.1’, ‘b.1.1.1.2’, ‘b.1.1.1.3’, ‘b.1.1.2.2’, ‘b.1.1.2.3’, ‘b.1.1.2.4’, ‘b.1.1.2.5’ e ‘b.1.1.2.6’ das audiências, deixando de aplicar a multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992;

9.5. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.5.1. promova, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta deliberação, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da BR-163/MT em razão da existência, previamente à assunção da BR-163/MT, de trecho com múltiplas faixas entre o km 94,9 e o km 96,7, configuração que foi aproveitada pela concessionária e que resultou na redução de seus encargos com a duplicação da referida rodovia;

9.5.2. instaure, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta deliberação, processo administrativo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, para apurar a data em que as obras de duplicação em 10% da extensão foram efetivamente concluídas, de modo que atendesse ao escopo e aos parâmetros de desempenho do Programa de Exploração da Rodovia (PER) que integra o Contrato de Concessão da BR-163/MT (Edital 003/2013);

9.5.3. promova, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do desfecho do subitem anterior,

o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da BR-163/MT de modo a reverter os valores indevidamente cobrados pela concessionária antes da efetiva conclusão das obras de duplicação em 10% da extensão;

9.5.4. comunique ao TCU, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência desta deliberação, as informações e os documentos comprobatórios das medidas adotadas;

9.6. autorizar o monitoramento da determinação contida no subitem 9.5 deste acórdão, a cargo da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação);

9.7. determinar a juntada de cópia da presente deliberação ao processo TC 014.745/2015-1;

9.8. encaminhar cópia desta deliberação aos responsáveis, à Agência Nacional de Transportes Terrestres e à Concessionária Rota do Oeste S.A, para conhecimento;

9.9. arquivar os autos, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

109. O recurso já foi instruído pela Serur (peças 175 e 176 do TC 023.217/2015-4) e está aguardando pronunciamento do Gabinete do Ministro.

II.2.1.1 Comentários da ANTT sobre o processo (peça 3, p. 24 e 25)

110. Informa que a ANTT promoveu o ajuste previsto no item 9.5.1 por meio da Deliberação 1.051/2019, que aprovou a 4ª Revisão Ordinária, a 7ª Revisão Extraordinária e o reajuste da TBP. Contudo, os efeitos tarifários foram suspensos em virtude de decisão cautelar no procedimento arbitral em curso.

111. Da mesma forma, a Agência já instaurou o devido processo para apuração da data em que as obras de duplicação em 10% da extensão foram efetivamente concluídas (item 9.5.2) - 50500.031721/2022- 12 -, de forma a avaliar os impactos no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (item 9.5.3).

112. Entende que os efeitos do item 9.5.1 já estão abarcados no bojo dos montantes devidos a título de Fator D descritos no Anexo C que acompanha a proposta de TAC. Já os efeitos financeiros da determinação 9.5.3 serão apurados no âmbito do processo 50500.031721/2022-12.

113. A ANTT entende, ainda, que a proposta de TAC deve considerar a possibilidade de conclusão das análises do processo 50500.031721/2022-12, de forma a incorporar os efeitos financeiros da efetiva conclusão das obras no saldo de passivos descritos no Anexo C do TAC. Feito isso, não subsistirá razão para que a concessionária prossiga com seu recurso perante o Tribunal, podendo então encerrar a discussão de mérito no âmbito da Corte de Contas.

114. Caso haja uma decisão positiva do Tribunal, entende que perderia a razão qualquer referência ao TC 023.217/2015-4 neste TAC.

II.2.1.2 Análise

115. O racional apresentado pela ANTT não carece de reparos, todavia pontua-se que para encerrar a discussão de mérito deste processo, a ANTT, após calcular, no âmbito do processo 50500.031721/2022-12, os valores indevidamente cobrados pela concessionária antes da efetiva conclusão das obras de duplicação em 10% da extensão (item 9.5.3 do Acórdão), assim como os valores apurados em razão da existência, previamente à assunção da BR-163/MT, de trecho com múltiplas faixas entre o km 94,9 e o km 96,7 (item 9.5.1 do Acórdão) deverá submeter estes valores para esta Corte que deverá se pronunciar sobre a adequabilidade dos cálculos.

116. Pontua-se que pelos motivos aduzidos no item II.1 Arbitragem e seu impacto nos poderes da ANTT não há como se ter clareza dos limites impostos pela cautelar do Tribunal Arbitral.

117. Ressalta-se que pela dinâmica do rito processual do TCU, não há como determinar o prazo para que a análise e deliberação ocorram.

II.2.2 TC 032.830/2016-5 - Relator Ministro Augusto Nardes

118. O TC 032.830/2016-5 trata de representação de equipe de fiscalização acerca de indícios de irregularidades verificados na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) relacionados à inclusão de novas obras e serviços no contrato de concessão da BR-163/MT.

119. O Tribunal, por meio do Acórdão 3.248/2020-TCU-Plenário, referendou medida cautelar proferida em 30/11/2020, pelo Ministro-Relator Augusto Nardes, nos seguintes termos:

[...] 76. DETERMINO CAUTELARMENTE, com fundamento no art. 276, *caput*, do Regimento Interno do TCU, que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT):

76.1. suprima da tarifa de pedágio os efeitos financeiros dos investimentos na recuperação do trecho 108,2 km (km 130,2 - 261,9 e km 278,9 - 321,3) em razão da inexistência de projetos das intervenções (arts. 6º, inciso X, 7º e 124 da Lei 8.666/1993; arts. 14 e 22 da Resolução ANTT 1.187/2005; art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011) e dos indícios de superestimativa dos investimentos (art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995; arts. 58, inciso I, § 2º, 65, inciso II, alínea 'd', e 124 da Lei 8.666/1993; arts. 20, inciso II, alíneas 'a' e 'b', e 28, inciso I, da Lei 10.233/2001; cláusulas 10.5.2 e 22.3.1 (ii) do contrato de concessão da BR-163/MT) até que os encargos efetivamente incorridos pela concessionária sejam devidamente avaliados, a partir de projetos aprovados pela ANTT, cuja implantação seja atestada em campo;

76.2. suprima da tarifa de pedágio os efeitos financeiros dos investimentos no trecho 174,1 km (km 130,2 - 261,9 e km 278,9 - 321,3) em razão da inexistência de projetos das intervenções (arts. 6º, inciso X, 7º e 124 da Lei 8.666/1993; arts. 14 e 22 da Resolução ANTT 1.187/2005; art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011) e dos indícios de superestimativa dos investimentos (art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995; arts. 58, inciso I, § 2º, 65, inciso II, alínea 'd', e 124 da Lei 8.666/1993; arts. 20, inciso II, alíneas 'a' e 'b', e 28, inciso I, da Lei 10.233/2001; cláusulas 10.5.2 e 22.3.1 (ii) do contrato de concessão da BR-163/MT) até que os encargos, eventualmente incorridos pela concessionária, sejam devidamente avaliados, a partir de projetos aprovados pela ANTT, cuja implantação seja atestada em campo e confrontada com os serviços prestados, em duplicidade no trecho, pelo Dnit, mediante fiscalização conjunta da ANTT e do Dnit;

76.3. suprima da tarifa de pedágio os efeitos financeiros dos investimentos nas travessias urbanas de Nova Mutum (km 592,9 - 600,7); Rondonópolis (km 125,2 - 130,2) e Sorriso (746,0 - 760,0) em razão da inexistência de projetos das intervenções (arts. 6º, inciso X, 7º, e 124 da Lei 8.666/1993; arts. 14 e 22 da Resolução ANTT 1.187/2005; art. 3º da Resolução ANTT 3.651/2011) e dos indícios de superestimativa dos investimentos (art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995; arts. 58, inciso I, § 2º, 65, inciso II, alínea 'd', e 124 da Lei 8.666/1993; arts. 20, inciso II, alíneas 'a' e 'b', e 28, inciso I, da Lei 10.233/2001; cláusulas 10.5.2 e 22.3.1 (ii) do contrato de concessão da BR-163/MT) até que os encargos efetivamente incorridos pela concessionária sejam devidamente avaliados, a partir de projetos aprovados pela ANTT, cuja implantação seja atestada em campo; [...]

120. O processo se encontra na unidade técnica para a instrução conforme Despacho do Ministro Relator João Augusto Ribeiro Nardes.

II.2.2.1 Comentários da ANTT sobre o processo (peça 3, p. 24 e 25)

121. O Diretor-Geral em exercício da Agência aprovou *ad referendum* a 8ª Revisão Extraordinária do contrato, por meio da Deliberação 502, de 8/12/2020, reduzindo as tarifas de pedágio em 13,78%.

122. Entretanto, a CRO interpôs a Ação Ordinária 1068344-35.2020.4.01.3400, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1, com pedido de tutela antecipada, a qual foi concedida em decisão que suspendeu a redução tarifária almejada pela Corte de Contas.

123. Em que pese os efeitos da Deliberação da ANTT que implementa a medida cautelar imposta pelo TCU se encontrar suspensa por decisão judicial, a proposta do novo controlador busca mitigar os riscos dos efeitos adversos no fluxo de caixa da concessão e, conseqüentemente, na sua

capacidade de adimplir os investimentos previstos no TAC.

124. Por essa razão, a exemplo do tratamento dado a outros passivos regulatórios suspensos por decisão arbitral, busca a suspensão e a posterior extinção (no caso de adimplemento do TAC) dos efeitos financeiros resultantes dos ajustes impostos pelo TCU.

125. O cerne da discussão nesse processo gira em torno da inclusão de investimentos sem a devida análise de orçamentos com base em projetos executivos, conforme dispõe a Resolução-ANTT 1.187/2005. A área técnica da Agência, no âmbito dos processos 50500.080982/2021-85 e 50500.037037/2021-63, vem analisando os orçamentos com base em projetos executivos dos investimentos questionados, de forma a cumprir o exigido pelo Tribunal.

126. Entende que a Superintendência de Infraestrutura Rodoviária - Surod, ao longo da avaliação dessa proposta de TAC, deve considerar a possibilidade de conclusão das análises dos orçamentos das obras e mensuração dos efeitos econômico-financeiros no contrato, de forma a comprovar junto ao TCU a solução do problema original que motivou a medida cautelar, e solicitar, no mérito, o arquivamento do processo por perda de objeto.

127. Caso haja uma decisão positiva do Tribunal, entende-se que perderia a razão qualquer referência ao TC 032.830/2016-5 neste TAC.

II.2.2.2 Análise

128. Realmente deve a ANTT adotar as medidas corretivas informadas.

129. Os efeitos da Deliberação da ANTT que implementa a medida cautelar imposta pelo TCU realmente foram suspensas em função de decisão judicial.

130. Em consulta ao TRF1, verifica-se que a CRO interpôs ação ordinária (1068344-35.2020.4.01.3400) junto à Justiça Federal de 1º Grau requerendo tutela antecipada antecedente. No âmbito da referida ação, em 2/3/2021, o juízo federal emitiu decisão na qual concede 'a tutela antecipada DETERMINANDO A SUSPENSÃO DA REDUÇÃO TARIFÁRIA, objeto da lide, até que seja concluído o devido processo administrativo transitado em julgado, junto à ANTT' (peça 24).

131. Pontua-se que além das questões tarifárias discutidas, no âmbito do processo, é tratada a responsabilização de servidores da ANTT. Nesse sentido, mesmo com eventuais correções, restará a apreciação das responsabilidades. Dessa forma entende-se que não há como suspender a apreciação desse TC (até o cumprimento do TAC, que ocorrerá em 8 anos) sob pena de prescrição.

132. Ressalta-se que pela dinâmica do rito processual do TCU, não há como determinar o prazo para que a análise e deliberação ocorram.

II.2.3 TC 034.032/2017-7 - Relator Ministro Bruno Dantas/Relator do Recurso Ministro Walton Alencar Rodrigues

133. O TC 034.032/2017-7 trata de representação acerca de indícios de irregularidades verificados na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) relacionados à gestão do contrato de concessão da BR-163/MT.

134. Em 30/10/2019, o Acórdão 2644/2019- TCU Plenário foi prolatado com o seguinte teor:

‘9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 c/c art. 237, inciso III e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU (RITCU), e considerá-la procedente;

9.2. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c art. 251 do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que, no prazo de 15 (quinze) dias, em razão da inexecução das obrigações de investimentos nas ‘Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias’ previstas no PER:

9.2.1. promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da BR163/MT em razão da aplicação de descontos tarifários (‘Fator D’) insuficientes nas revisões tarifárias

ocorridas em setembro de 2017 e em setembro de 2018, sem se descuidar ainda da devolução, via ‘Fator C’, dos valores indevidamente auferidos pela Concessionária Rota do Oeste S.A., em observância ao art. 9º da Lei 8.987/1995, à subcláusula 22.6 e ao Anexo 5 do contrato de concessão;

9.2.2. adote medidas para executar as garantias de execução do ajuste, em consonância com o art. 23, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8.987/1995, e com a cláusula 12 do contrato de concessão, observando os regulamentos que disciplinam a matéria, tal qual a Circular-Susep 477/2013 e normas internas da Agência;

9.2.3. adote as medidas para avaliar se o serviço está sendo prestado de forma adequada e eficiente e se a concessionária está cumprindo todas as cláusulas contratuais ou regulamentares concernentes à concessão, conforme preceitua o art. 38, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.987/1995;

9.2.4. caso se configurem as hipóteses previstas no art. 38, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.987/1995, convoque a empresa concessionária para apresentar justificativas acerca dessas irregularidades e, caso não justificadas, conceda-lhe prazo razoável para corrigir eventuais falhas e transgressões relativas à prestação dos serviços de forma adequada e eficiente, na forma prevista no art. 38, § 3º, da Lei 8.987/1995;

9.2.5. caso a concessionária, no prazo concedido em conformidade com o subitem anterior, não corrija eventuais falhas e transgressões relativas à prestação dos serviços identificados pela ANTT ou se configure a hipótese prevista no art. 38, § 1º, IV, da Lei 8.987/1995, instaure, de imediato, o processo administrativo previsto no art. 38, § 2º, assegurando prévio contraditório e a ampla defesa da concessionária, para a eventual declaração de caducidade da concessão;’

135. O Acórdão 1.133/2022-TCU-Plenário conheceu pedido de reexame interposto pela Concessionária, mas, no mérito, negou provimento.

136. Após, a Concessionária opôs embargos declaratórios, que, em 10/8/2022, foram rejeitados por meio do Acórdão 1.838/2022 -TCU-Plenário.

137. Assim, uma vez esgotados os recursos cabíveis, o Acórdão 2644/2019-TCU-Plenário transitou em julgado.

II.2.3.1 Comentários da ANTT sobre o processo (peça 3, p. 24 e 25)

138. A determinação que exigiu a aplicação dos descontos tarifários (9.2.1) foi atendida por meio da publicação da Deliberação 1.051/2019, com a aprovação da 4ª Revisão Ordinária, a 7ª Revisão Extraordinária e o Reajuste da Tarifa de Pedágio.

139. Todavia, por força de liminar deferida no Processo Judicial 1019784-14.2019.4.01.0000, foi mantida a prática das tarifas aprovadas por meio da Deliberação 828/2018, que autorizou a revisão e o reajuste anteriores, a 3ª Revisão Ordinária, a 6ª Revisão Extraordinária e o Reajuste da TBP, a qual permaneceu vigente até a aprovação da 5ª Revisão Ordinária (RO), da 8ª Revisão Extraordinária (RE) e do Reajuste da TBP realizada por intermédio da Deliberação 256/2021.

140. Esclarece que, em virtude da decisão arbitral que ratificou a decisão proferida no Processo Judicial 1019784-14.2019.4.01.0000, permanecem suspensos os efeitos dos descontos tarifários.

141. Quanto à determinação que estabelece a adoção de medidas para a execução das garantias de execução (9.2.2), conforme consta no Despacho (SEI 12202362), ela também encontra óbice na decisão arbitral, uma vez que suspendeu a eficácia de penalidades relacionados aos eventos e pleitos submetidos ao procedimento arbitral. Quanto às demais infrações, ‘a concessionária tem realizado o pagamento ou parcelado tais débitos’. Dessa forma, enquanto vigorar a sentença, fica comprometido o efetivo cumprimento dessa determinação.

142. No tocante às determinações relacionadas à observância do art. 38 da Lei 8.987/1995 (9.2.3 a 9.2.5), como mencionado alhures, a Agência fez o levantamento dos descumprimentos contratuais, concedeu oportunidade para a Concessionária regularizar a situação (Deliberação 106/2021) e, uma

vez que não conseguiu regularizar a situação no prazo estabelecido, instaurou o processo administrativo de declaração de caducidade (Deliberação 346/2021), o qual se encontra sobrestado, por força do art. 14 da Lei 13.448/2017 e do Decreto 11.122/2022. Dessa forma, entende-se que as determinações foram devidamente observadas pela Agência.

143. Por fim, no tocante aos demais itens (9.2.6 e 9.2.7), as informações foram devidamente prestadas pela Agência no bojo do processo TC 034.032/2017-7.

144. Dentro daquilo que está ao alcance da ANTT, as determinações do TCU vêm sendo observadas, contudo sem atingir seu efeito prático. Não obstante isso, levando em consideração que a proposta de TAC está tratando de questões que constam na determinação do Órgão de Controle, como os descontos tarifários, processos administrativos sancionadores e processo de declaração de caducidade, é pertinente a remessa dos autos ao Relator a quo - Ministro Bruno Dantas - para que, no âmbito do processo de monitoramento do Acórdão 2644/2019-TCU-Plenário, seja avaliado se a proposta de TAC em apreciação é regular e tem o condão de tornar as determinações insubsistentes por perda de objeto.

II.2.3.2 Análise

145. Realmente, conforme analisado em tópico anterior, há uma cautelar da arbitragem que proíbe a aplicação de descontos tarifários, a execução de garantia, a aplicação de multa e decretação de caducidade, nos seguintes termos:

‘Decisão judicial (confirmada pela Ordem Processual 4)

Com estas considerações, **defiro o pedido de antecipação da tutela recursal**, para determinar às agravadas que se abstenham de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia em desfavor da agravante, assim como que mantenham as condições tarifárias vigentes, até que seja solucionado o pedido de revisão quinquenal (apresentado em novembro de 2018) ou até que exista deliberação do juízo arbitral sobre o tema’

146. Pontua-se, todavia, que pelos motivos expostos no item II.1 Arbitragem e seu impacto nos poderes da ANTT não há como se ter clareza dos limites impostos pela cautelar do Tribunal Arbitral.

147. Nesse sentido, não há como afirmar a adequabilidade das ações da ANTT no sentido de dar cumprimento ao Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário.

II.2.4 TC 024.813/2017-6 - Relator Ministro Bruno Dantas

148. O TC 024.813/2017-6 trata de auditoria de conformidade relativa à atuação da ANTT nos processos de revisão tarifária no âmbito do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe).

149. Em razão da existência de vários indícios de problemas nas revisões tarifárias praticadas pela ANTT (como, por exemplo, os observados nos TCs 014.618/2015-0, 023.240/2015-6, 010.370/2016-1, 010.482/2016-4, 028.835/2016-6, 032.829/2016-7, 032.830/2016-5 e 036.417/2016-5), as quais, via de regra, mostraram-se acima da inflação e causaram potencial desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da União e dos usuários, foi proposta por esta unidade técnica e aprovada pelo Min. Bruno Dantas (TC 017.622/2017-4) a ação de controle, cuja fiscalização foi realizada no período compreendido entre 24/8/2017 e 27/4/2018.

150. De acordo com o relatório de auditoria, foram identificados três achados de auditoria: 1) desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos decorrente da aplicação inadequada do desconto de reequilíbrio (fator D); 2) falhas no cômputo do impacto tarifário relativo às modificações de especificações e preços dos sistemas Intelligent Transportation Systems (ITS); e 3) mudança indevida dos índices de reajustamento dos contratos da 1ª etapa.

151. Assim, foi proposta a realização de oitiva da ANTT e das concessionárias relacionadas aos apontamentos constantes do relatório de auditoria (peça 160).

152. O processo ainda não possui deliberação de mérito.

II.2.4.1 Comentários da ANTT sobre o processo (peça 3, p. 24 e 25)

153. Não houve comentários a respeito desse processo.

II.2.4.2 Análise

154. Não há menção deste processo no TAC.

II.2.5 Conclusão

155. A ANTT efetuou breves comentários sobre os processos do TCU.

156. Pelos motivos expostos no item II.1 Arbitragem e seu impacto nos poderes da ANTT não há como se ter clareza dos limites impostos pela cautelar do Tribunal Arbitral, nesse sentido não há como afirmar a adequabilidade das ações da ANTT no sentido de dar cumprimento aos Acórdãos.

157. Por fim, destaca-se que a imposição de obrigação ao TCU para ‘que homologue os requerimentos de suspensão dos processos’ (cláusula 4.2, iv) fere os limites do TAC a ser assinado entre a ANTT e a concessionária. Entende-se que a existência desse dispositivo colide com o entendimento firmado pelo Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário (Ministro Antonio Anastasia).

II.3. Outros processos de transferência do controle acionário já analisados pelo TCU

158. No âmbito do processo de representação do TC 017.812/2020-8, a unidade técnica identificou algumas irregularidades relacionadas à operação de transferência de controle acionário da Concessionária Rodovia do Aço S.A. (BR-393/RJ).

159. Constatou-se que a referida operação foi aprovada pela agência a despeito de as pretendentes controladoras não atenderem aos requisitos exigíveis de qualificação econômica para a assunção da concessão. Especificamente, a empresa KT2, que veio a controlar 99,9% das ações da concessionária, possuía registrado em seu Balanço Patrimonial mais recente um Patrimônio Líquido no valor de R\$ 10.000,00, montante insuficiente nos termos dos requisitos estabelecidos pela ANTT no edital que deu origem ao contrato, que demandava ao menos a quantia de R\$ 81.852.500,00.

160. Pontuou-se que inexistia fundamento, seja no edital, contrato ou legislação, que permitiria ignorar a deficiência no atendimento dos requisitos econômicos da Controladora em virtude de que uma exigência similar estaria sendo atendida de forma mais robusta pela Concessionária. Ao contrário, os termos avançados **preveriam requisitos distintos de Patrimônio Líquido mínimo para o Controlador e a para Concessionária**, isto é, tratavam de obrigações em montantes diferentes, incidentes sobre pessoas jurídicas distintas, devendo ser cumulativamente atendidas.

161. Entendeu-se plenamente caracterizado o elemento subjetivo da responsabilização, estando evidente, ao menos, a imperícia dos responsáveis, ao chancelarem, contrariamente ao previsto na lei e no edital, a transferência do controle societário da Rodovia do Aço.

162. Quanto à qualificação da falha como ‘erro grosseiro’, cabe pontuar que é esperado de um ‘gestor médio’ o conhecimento da legislação, particularmente quando esta encontra-se difundida em documentos internos da entidade em que atua. Ademais, o caso concreto é particularmente gravoso, sendo difícil conceber que um ‘administrador médio’ pudesse entender como razoável transferir o controle de uma concessão rodoviária federal, com receitas anuais que superavam R\$ 100 milhões, para uma empresa de capital social e patrimônio líquido de R\$ 10.000,00, ainda que eventualmente faltasse ao agente conhecimento específico do tema.

163. É importante consignar peculiaridades da irregularidade em pauta, que contribuem para evidenciar sua gravidade, notadamente relacionadas à identidade dos novos controladores, à **forma como o processo administrativo foi conduzido no âmbito da agência**, ao aceite pela **Nota Técnica 69/2018/GEREF/SUINF de projeções inverossímeis e às consequências da transação**.

164. A empresa KT2 Assessoria e Consultoria em Gestão de Negócios e Participações Ltda., que

veio a assumir 99,9% das ações da concessionária, tendo registrado um Patrimônio Líquido de apenas R\$ 10.000,00, era controlada por duas outras empresas sediadas no estado de Delaware, Estados Unidos da América. Ocorre que a forma como essas empresas haviam sido constituídas em seu país de origem preservava o sigilo acerca dos seus proprietários. Assim, considerando-se o anonimato dos reais proprietários, as diversas instâncias técnicas e diretivas da agência procederam a aprovação do pleito de transferência sem verificar o atendimento de regras básicas de celebração de contratos com o Poder Público, como a vedação à contratação, direta ou indiretamente, de servidor ou dirigente da entidade contratante, ou de pessoa jurídica impedida de contratar com a Administração. Ademais, considerando-se a possibilidade de alteração sigilosa dos proprietários, fica prejudicado o exercício pela agência de seu papel fiscalizador em eventuais futuras trocas de controladores.

165. Outro ponto que merece destaque foi a forma açodada como o processo administrativo foi conduzido internamente na agência, **tendo transcorrido apenas dois dias entre o fim do recebimento da documentação encaminhada pelas interessadas e a aprovação do pleito pela Diretoria Colegiada**, prazo que resultou em uma manifestação da Procuradoria nos autos, com ‘enorme limitação de tempo para reflexão e resposta’, nos termos descritos pelo próprio órgão. A aprovação da transferência em tempo tão exíguo só foi possível em decorrência da atuação do Diretor-Geral à época que, sem apresentar as justificativas requeridas pelo Regimento Interno da agência, inseriu o processo em apreciação extra pauta e com a designação de relator Ad hoc.

166. Há também que se destacar que a análise constante da Nota Técnica 69/2018/GEREF/SUINF **aceitou projeções de obtenção de recursos manifestamente inverossímeis** pela concessionária após a transição, o que resultou na perspectiva ilusória de que havia elementos que indicassem para o sucesso da concessão sob novo controle. Especificamente, foram acolhidas estimativas de incremento de receita muito superiores às que seriam obtidas caso a metodologia usual da agência tivesse sido utilizada para o cálculo (foram apresentadas projeções de aumento da Receita Bruta de 66,1% nos quatro primeiros anos, de R\$ 113,4 milhões (em 2018) para R\$ 188,3 milhões (em 2022), correspondente a um crescimento anual médio de 13,5%).

167. Além disso, **acatou-se, sem contestação, a informação de que a concessão estimava obter R\$ 382 milhões de recursos para investimentos, oriundos de empréstimos de procedência não especificada**, o que, à época, já se afigurava desarrazoado, **considerando-se a incapacidade da nova controladora de apresentar garantias (em função de seu patrimônio reduzido)** e as dificuldades operacionais pelas quais a concessão vinha passando.

168. Em relação às consequências práticas da transação, é importante registrar os benefícios obtidos pela antiga controladora (grupo Acciona), ao se desvincular de um empreendimento que já não atendia a seus interesses econômicos, bem como a situação penosa em que a concessionária e os usuários da rodovia se encontram no momento.

169. Previamente à transferência do controle societário, a Acciona já havia pleiteado, sem sucesso, retornar amigavelmente a concessão por meio do instrumento de relicitação, o que indicava seu entendimento acerca da incapacidade de prosseguir na gestão da rodovia. **Destaca-se que a concessão da Rodovia do Aço representava um risco ao grupo Acciona de forma ampla, em função do empréstimo contraído perante o BNDES, cuja eventual inadimplência poderia ter consequências graves para as demais empresas do conglomerado.**

170. Posteriormente, frustrada a tentativa de devolução, a Controladora encontrou uma outra empresa com a qual transacionou as ações da Concessionária. Dessa forma um empreendimento considerado economicamente inviável por um grande grupo do setor de infraestrutura **foi repassado para uma empresa de pequeno porte e sem experiência no setor de concessões de rodovias.**

171. Após a transação, a situação da concessionária continuou a se deteriorar, tendo a ANTT instaurado o processo de caducidade da concessão e a atual concessionária solicitado a adesão aos procedimentos de relicitação. Está claro, pois, que tanto o regulador quanto a Rodovia do Aço concordam com a inviabilidade do prosseguimento da concessão, restando divergências acerca da forma como o contrato deve ser encerrado.

172. Ao deixar de participar do contrato de concessão, a antiga controladora também se desvinculou dos ônus resultantes de anos de inexecução contratual. Desse modo, o Poder Concedente foi deixado em uma situação de risco e fragilidade, uma vez que caso venha a apurar, quando do eventual acerto de contas do contrato, valores em seu favor poderá ter dificuldades em obtê-los, em decorrência do limitado patrimônio do atual controlador.

173. Assim, restou demonstrado que as falhas no processo de anuência da transferência do controle vão muito além da manifesta inobservância de um critério de qualificação econômica, permeando as esferas técnicas e diretivas da agência, com severas consequências.

II.4. Riscos e irregularidades detectados na minuta apresentada

174. De modo a possibilitar a presente análise foram requeridos cinco processos administrativos da ANTT, sendo eles o 50500.321614/2019-88 (caducidade, peça 11); 50500.027628/2021-22 (TAC-pedido 2021, peça 12); 50500.116693/2021-21 (relicitação, peça 13) e 50500.161397/2022-66 (TAC e controle acionário -pedido 2022, peça 14) e 50500.129149/2022-21 (alteração da resolução do TAC, peça 25).

175. Importante pontuar, mais uma vez, que não foram apresentadas as versões finais dos documentos (minuta do TAC e anexos) dado que não foram implementadas sequer as mudanças propostas no Despacho (peça 3).

176. Em consulta ao processo 50500.161397/2022-66 (TAC e controle acionário - pedido 2022, peça 14), **em mais de uma oportunidade os servidores da ANTT ressaltam que a referida análise foi efetuada de forma preliminar sobre a admissibilidade da proposta**, conforme despacho GEGEF (peça 14, itens não digitalizáveis):

‘Em atenção ao DESPACHO SUROD 13213539, encaminhado a NOTA TÉCNICA SEI Nº 5731/2022/COGIC/GEGEF/SUROD/DIR (13288819), que apresenta **análise preliminar** sobre a **admissibilidade da proposta** de transferência do controle societário da concessionária CRO, à luz dos dispostos na Resolução ANTT 5.927/2021, e a NOTA TÉCNICA SEI Nº 5744/2022/GEGEF/SUROD/DIR (13295803), bem como seu Anexo Excedente tarifário em razão da cautelar (13297055), que apresentam apuração de receita arrecadada a maior pela CRO em face da Decisão Judicial liminar contida no Processo Judicial 1019784-14.2019.4.01.0000.’

177. Preliminarmente, cabe comentar que as situações que teriam desencadeado a inadimplência da concessionária trazidas pelo despacho SEI 12908320 (peça 3), reproduzidas no parágrafo 16, foram tratadas no âmbito do TC 034.032/2017-7.

178. A seguir pontuam-se trechos do Voto do Ministro Bruno Dantas quando da prolação do Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário, ocorrido em 31/10/2019:

‘9. A despeito das alegações de impactos do cenário macroeconômico em diversos aspectos da concessão, tal como no tráfego, nas receitas, no valor dos insumos e na dificuldade para obtenção do financiamento, os interessados não lograram êxito em demonstrar as reais repercussões na concessão em comento.

10. Conforme demonstrado pela SeinfraRodoviaAviação, o tráfego real medido no exercício de 2017 foi 18% superior ao estimado no EVTEA, mesmo considerando-se o impacto da isenção de cobrança de pedágio sobre os eixos suspensos, em virtude da vigência da Lei 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros). A própria ANTT registra em sua manifestação que no caso da CRO não se verificou problemas quanto à projeção do tráfego (peça 19, p. 4).

11. A receita bruta auferida pela concessionária nos exercícios de 2017 e 2018 também tem sido crescente, a despeito das dificuldades macroeconômicas relatadas.

12. Com relação ao suposto impacto no preço dos insumos, o contrato dispõe de mecanismo de reajustamento anual para abarcar essas repercussões.

13. Também não foram trazidos quaisquer elementos comprobatórios das alegadas dificuldades de obtenção de financiamento pela concessionária.

14. Além disso, quanto a esse suposto obstáculo, insta enfatizar que tanto o fato de o tráfego medido ser superior ao estimado, quanto o argumento apresentado pelo consórcio de que estaria em processo de troca de controle acionário, o que viabilizaria a obtenção de recursos necessários para realizar os investimentos na concessão, na verdade, contrastam com a tese da dificuldade de obtenção de financiamento, a qual sequer restou demonstrada.

15. Por fim, ainda que essas contradições não existissem, o contrato de concessão é cristalino quanto à alocação dos riscos de receita (tráfego), inflacionário (custos dos insumos) e de financiamento ao contratado, consoante as seguintes disposições contratuais:

(...)

16. Afastadas as alegações de caráter preliminar, passo ao exame das irregularidades propriamente ditas.’

179. O Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues que apreciou o pedido de reexame interposto pela Concessionária Rota do Oeste (CRO) contra o Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário também teceu comentários sobre a motivação da situação de inadimplência:

‘O ponto central da defesa apresentada pela recorrente é a tese de que a crise econômica e, sobretudo, a frustração de financiamentos públicos subsidiados foram responsáveis por desequilíbrio econômico em seu favor, o que justificaria, entre outros, a não realização de investimentos previstos em contrato.

(...)

Na seção II do voto condutor da deliberação recorrida (itens 5 a 16), o E. relator trata de questões preliminares e daquelas de aspecto mais geral, arguidas pelas partes contratuais, sobretudo pela recorrente. Ali registra diversos motivos que o levam a concluir que, ‘a despeito das alegações de impactos do cenário macroeconômico em diversos aspectos da concessão, tal como no tráfego, nas receitas, no valor dos insumos e na dificuldade para obtenção do financiamento, os interessados não lograram êxito em demonstrar as reais repercussões na concessão em comento’.

(...)

Absolutamente descabida a pretensão da recorrente em invocar o item 21.2.21 do contrato de concessão (fato do Príncipe ou fato da Administração), diante do que considera frustração de compromisso quanto ao financiamento por bancos públicos em cenário de crise econômica.

Em primeiro lugar, porque a CRO não apresenta documentos aptos a comprovar que ‘não obteve o empréstimo de longo prazo junto ao BNDES ou outros Bancos Públicos, mesmo quando cumpridos os requisitos que originalmente a habilitariam para tanto’.

Contrariamente ao que quer fazer crer a recorrente, a mera existência de registro em suas demonstrações contábeis de que estas não incluem efeitos que possam advir de investigações da Operação Lava Jato e de seus desdobramentos não é prova de que este não foi um possível motivo a explicar as dificuldades enfrentadas pela CRO em obter financiamentos públicos.

(...)

Em terceiro lugar, é absolutamente exagerada a tentativa da recorrente de qualificar o período enfrentado como ‘a maior crise econômica da história brasileira’, para caracterizar os fatos e a situação em análise como ‘casos extremos, imprevisíveis e incalculáveis’.

180. Preliminarmente também cabe comentar sobre o fato de que a ‘OTP deverá sair da concessão sem qualquer retorno sobre o capital investido (pune-se o *equity* de quem geriu mal a concessão)’, afirmação realizada no bojo do despacho da ANTT (peça 3).

181. A assertiva acima deve ser feita com cautela, dado que há diversas operações comerciais entre a CRO e pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, dessa forma, eventual resultado positivo e/ou negativo deve ser ponderado à luz de todo o grupo econômico.

182. Feitos esses breves comentários, passa-se a análise dos riscos e irregularidades detectadas.

II.4.1 Possibilidade jurídica para a transferência do controle

183. O contrato (peças 17-20) destaca que somente é permitido efetuar a transferência de controle após a conclusão das obras de duplicação, ressaltando a hipótese quando houver insolvência iminente, nos seguintes termos:

‘25.1 A transferência de controle da Concessionária não poderá ocorrer antes da conclusão das obras de duplicação da rodovia sob sua responsabilidade descritas no PER, ressalvada a hipótese de insolvência iminente por parte da Concessionária, desde que tal insolvência seja devidamente fundamentada.

25.2 em qualquer hipótese, a transferência da titularidade do controle societário da Concessionária está condicionada a prévia autorização da ANTT, sob pena de caducidade da Concessão, conforme disposto na Lei n°8.87195 e na Lei 10.233/01.’

184. Dado que a Concessionária efetuou apenas 117,4 km, marca atingida em março de 2016 (peça 39 do TC 034.032/2017-7), a concessão não estaria apta a ter seu pedido de transferência de controle aprovado pela ANTT.

185. Todavia, em 31 de dezembro de 2021, a empresa BDO Consultores (auditoria independente) afirmou que havia incerteza relevante quanto à continuidade operacional da Concessionária, visto que ‘o passivo circulante da Companhia excede seu ativo circulante em R\$ 995.405 mil’, e que a eventual não confirmação da captação de recursos com terceiros suscita dúvida significativa quanto à capacidade de continuidade operacional da Companhia (peça 21, itens não digitalizáveis).

Figura 4: Comentário da Auditoria Independente

Incerteza relevante relacionada com a continuidade operacional

Chamamos a atenção para as Notas Explicativas nºs 1 e 32 às demonstrações contábeis, que indicam, que a Companhia mantém, em 31 de dezembro de 2021: i) passivo circulante superior ao ativo circulante no montante de R\$ 995.405 mil, principalmente em virtude de dívidas de curto prazo junto a instituições financeiras, contraídas em função da não liberação do financiamento de longo prazo junto ao BNDES previsto no plano de negócios; ii) processos relacionados a autos de infração lavrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em discussão na esfera administrativa e; iii) requerimento encaminhado pela Companhia e aprovado pelo poder concedente, ANTT - Agência Nacional de Transporte Terrestre, ainda sujeito às demais etapas determinadas pela Lei nº 13.448/2017.

Fonte: Demonstrações Contábeis (peça 21, itens não digitalizáveis)

186. Nesse sentido, verifica-se que a despeito da situação econômico-financeira da concessionária, não se identificou nos autos uma análise específica de seu enquadramento na cláusula 25.1 do contrato (insolvência iminente), de forma a permitir a troca de controle acionário antes da conclusão das obras de duplicação.

II.4.2 Alterações profundas do contrato previstas no TAC

187. A norma que rege a troca de controle acionário é a Resolução ANTT 5.927/2021. Cita expressamente que deve haver a declaração formal da pretendente de realizar todas as obrigações da empresa cedente e que se compromete a cumprir todas as cláusulas do contrato de concessão em vigor.

‘Art. 10. O requerimento inicial para prévia anuência da ANTT, quanto às operações previstas no art. 5º, deverá ser protocolado via Sistema Eletrônico de Informações - SEI e formulado por escrito pela concessionária e conter os seguintes dados, documentos e informações referentes à pretendente à concessionária ou à controladora:

(...)

XVII - declaração formal da (s) pretendente (s) de que assume todas as obrigações da empresa cedente, relativas ao serviço objeto da transferência, e que se compromete a cumprir

todas as cláusulas do contrato de concessão em vigor.'

188. A citada cláusula reproduz a obrigação legal imposta pela Lei 8.987/1995.

'Lei 8.987/1995

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.'

189. Nesse sentido, tem-se que as alterações de obrigações e, principalmente a alteração da matriz de risco do contrato são matérias alheias a um processo de troca de controle acionário. Ressalta-se que tampouco pode ser objeto quando da pactuação do TAC, uma vez que este instrumento objetiva a correção ou compensação de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares, não sendo instrumento apto a alterar obrigações e/ou matriz de risco.

190. Os termos do TAC proposto não são aderentes à Resolução ANTT 5.823/2018 dado, também, que a postergação das obrigações previstas na minuta do TAC analisada prevê o adimplemento em até 8 anos (superando, e muito, os 4 anos estabelecidos na Resolução).

Minuta do TAC

'2.1. Pelo presente instrumento, a CONCESSIONÁRIA assume as seguintes obrigações:

i. promover o ajustamento de conduta, saneando as inexecuções contratuais, **no prazo de 8 (oito) anos** contados do início da eficácia deste TAC Plano de Ação, de acordo com o cronograma de execução previsto no **Anexo B**;

Resolução ANTT 5.823/2018

'Art. 11. O TAC conterà, sem prejuízo de outras cláusulas específicas a cada ajuste:

(...)

III - descrição do compromisso do Agente Regulado em promover o ajustamento de conduta, devidamente organizado em cronograma de execução de obrigações assumidas com o objetivo de corrigir ou compensar obrigações descumpridas e eventualmente reparar os danos causados;

(...)

§3º O cronograma de execução a que se refere o inciso III será estabelecido considerando as particularidades do caso, não devendo ultrapassar o **prazo máximo de quatro anos**, podendo ser prorrogado proporcionalmente ao evento que deu causa ao atraso desde que não tenha decorrido de culpa do Agente Regulado, por decisão da Diretoria Colegiada da ANTT.'

191. Dessa forma, ainda que se vislumbre a alteração da Resolução que normatiza o TAC (ideia trazida pelo Despacho peça 3), tem-se que **tal modificação poderia demorar a ser implementada.**

192. Solicitou-se acesso ao processo administrativo da ANTT que trata da alteração da Resolução-ANTT 5.863/2018, para verificar a viabilidade de se alterar a referida norma no curto prazo (peça 21).

193. Compulsando ao processo administrativo 50500.129149/2022-21 (alteração da Resolução-ANTT 5.863/2018, peça 25), verifica-se que a proposta se trata de 'modificação pontual' da norma (e por esse motivo não precisaria ser levado ao processo de participação social). **O processo está pautado para o dia 20/9/2022, e prevê a alteração nos termos abaixo:**

‘Art. 1º Alterar o §6º do art. 11 da Resolução 5.823, de 12 de junho de 2018, que passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 11 (...)

§6º As penalidades previstas no inciso VII corresponderão a no mínimo 5% do valor de referência, nos termos do art. 12, e a no máximo a integralidade deste valor, sem prejuízo da execução específica das obrigações assumidas e multa diária eventualmente aplicada, encaminhando-se os autos à Procuradoria Federal junto à ANTT para providências judiciais cabíveis.’(NR)

Art. 2º Incluir o § 7º do art. 11 da Resolução 5.823, de 12 de junho de 2018, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 11 (...)

§7º Quando o TAC tratar de obras de infraestrutura, seu cronograma de execução **poderá ser superior a 4 (quatro) anos**, observada a proporcionalidade com o período restante do contrato de concessão, devendo ainda ser considerado o porte e a complexidade das intervenções e sua entrega antes dos 5 (cinco) anos finais do contrato, **salvo na hipótese de atraso ao qual a concessionária não deu causa, por decisão da Diretoria Colegiada da ANTT.**’ (NR)’

194. Uma vez que o presente processo não trata exclusivamente da verificação da adequabilidade da alteração da norma do TAC (Resolução ANTT 5.823/2018), deixa-se de efetuar uma análise profunda da adequabilidade da referida alteração à luz das participações sociais efetuadas quando da elaboração da norma em 2018.

195. Ressalta-se que ainda que a norma venha a ser alterada, conforme os termos propostos, fato é que as alterações de obrigações e/ou modificações da matriz de risco continuam a ser alheias ao objeto da pactuação do TAC e do processo de autorização da transferência de controle.

196. Destaque-se que as principais alterações propostas, relacionadas tanto a modificações do contrato quanto a alteração da matriz de risco são: compartilhamento de riscos relativos a impacto da concorrência modal (ferrovias), prorrogação de prazo da concessão e alteração de como o passivo regulatório é atualizado (e cobrado).

197. Com relação as alterações propostas na matriz de risco verificam-se que já foram objeto de parecer da Procuradoria Federal junto à ANTT quando da análise da minuta do TAC de 2021, nos seguintes termos (Parecer 00423/2021/PF-ANTT/PGF-SEI 9360872 processo 50500.027628/2021-22, peça 12):

‘15. Como se sabe, o termo de ajustamento de conduta - TAC constitui um compromisso firmado pela concessionária que busca regularizar sua situação de inadimplemento contratual perante a ANTT. Em outras palavras, **o TAC tem seu objeto delimitado nas obrigações descumpridas ou nos efeitos desses descumprimentos, nos termos da Resolução ANTT 5.823/2018.** No TAC, a ANTT figura como tomadora do compromisso, enquanto a concessionária figura como compromitente, como parte que assume obrigações.

16. Dessa forma, durante toda a negociação do TAC sempre se prezou pela adequada delimitação de seu escopo, que deve respeitar as regras gerais do contrato de concessão, dele divergindo apenas quanto à forma e prazo para cumprimento das obrigações assumidas. **Não há espaço, no TAC, para alteração do objeto do contrato, ou para a prorrogação de seu prazo ou modificação da sua matriz de riscos.** A celebração do TAC deve ocorrer dentro dos limites contratuais e tal circunstância é de pleno conhecimento da concessionária, que propôs sua celebração nesse contexto jurídico.

17. A relevância de tais registros decorre da natureza das novas alegações e pedidos formulados pela concessionária em suas manifestações mais recentes, nas quais busca introduzir novos elementos que já foram discutidos - e afastados - ou que constituem matéria completamente nova e alheia a objeto do TAC. **Questões como extensão de prazo**

contratual ou alteração da matriz de riscos do contrato são exemplos dessas matérias, como será abordado de forma detalhada a seguir.

18. A fase em que o processo de contra, já após diversas rodadas de negociação e após a conclusão de longo processo de participação e controle social, não admite alterações dessa envergadura, de modo que o espaço para novas discussões, nesse momento, é reduzido, cabendo à concessionária avaliar se a assinatura do termo, na forma negociada, permanece sendo de seu interesse.’

198. A seguir comenta-se a proposta de alteração de alocação de risco relacionado com a autorização de novas ferrovias e de prorrogação de prazo da concessão. Dado o exíguo prazo, deixa-se de analisar a proposta de alteração de cobrança e atualização do passivo regulatório.

II.4.2.1 Alteração da alocação risco relacionado a novas ferrovias

199. A minuta de TAC dispõe da seguinte forma no que se refere a alocação de risco decorrente da operação de novas ferrovias:

‘4.4 Dentro de 1 ano após o início da eficácia do presente TAC será celebrado termo aditivo contratual entre as partes, com o seguinte objeto:

(...)

ii. estabelecimento da alocação de riscos relativos a eventuais impactos decorrentes da operação de novas ferrovias concorrentes com a rodovia concedida, ainda que tenham sido autorizadas anteriormente à assinatura do presente TAC;

(...)

4.5 O risco relativo aos impactos decorrentes da operação de novas ferrovias, conforme estabelecido na subcláusula anterior, será suportado integralmente pelo Poder Concedente se gerar alteração superior a 5% do fluxo de veículos, tendo como referência ainda a média de crescimento dos últimos 5 anos anteriores ao fato gerador, desde que a concessionária esteja adimplente com as obrigações assumidas no presente TAC, conforme prazos estabelecidos no Anexo B.’

200. Cabe comentar que a cláusula acima destacada elimina o risco de demanda quando da ocorrência do ‘fato gerador’, dado que garante uma demanda crescente (baseada na média de crescimento) dos últimos 5 anos anteriores ao fato gerador.

201. A minuta do TAC não especifica qual seria o fato gerador, ou seja, não especifica se o fato gerador seria o pedido de autorização ferroviária ou se o início da operação da ferrovia (entre esses dois fatos pode haver um lapso temporal acima de uma década).

202. Tem-se que a redação da cláusula acaba abrangendo qualquer evento que impacte na demanda da concessão após a ocorrência do ‘fato gerador’. Dessa forma, se ocorresse uma pandemia ou crise econômica após o fato gerador, a demanda seria garantida (com um crescimento médio ao do histórico) ainda que a queda da demanda ocorresse por conta desses eventos e não necessariamente pela implementação do fato gerador.

203. Nesse sentido, se fosse possível a alteração da matriz de risco no âmbito do TAC e/ou troca de controle acionário, haveria a necessidade de aprimoramento da cláusula proposta para que contemplasse apenas o risco proposto (queda de demanda em função do início de operação de uma ferrovia).

204. Sobre esse tópico a Procuradoria Federal junto à ANTT assim se manifestou quando da análise da minuta do TAC de 2021 (Parecer 00423/2021/PF-ANTT/PGF - SEI 9360872 processo 50500.027628/2021-22, peça 12, itens não digitalizáveis):

‘2.2 Sobre eventuais impactos de uma eventual ferrovia no contrato de concessão

19. A discussão sobre os possíveis futuros impactos da construção de uma possível ferrovia em um trecho que eventualmente afete a concessão é um tema que foge completamente ao

objeto do TAC em discussão, e que deve ser afastada desses autos.

(...)

24. A análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão somente pode ser realizada diante de situações concretas, na medida em que eventos externos ao comportamento das partes afetem o cumprimento contratual e as despesas e receitas da concessão. A questão posta não tem relação com o TAC em discussão, porém podemos afirmar, desde logo, que as regras contratuais atuais apenas alocam ao Poder Concedente os riscos decorrentes de novas rotas ou caminhos alternativos rodoviários livres de pagamento da tarifa de pedágio (cláusula 21.2.6). Com a expressa e proposital delimitação desse risco às rotas ou caminhos alternativos rodoviários, a cláusula não abrange eventual surgimento de novas ferrovias, cujo risco foi assumido pela concessionária, de forma voluntária.

(...)

26. Quanto à inclusão, no TAC, de um compromisso da ANTT de alterar a matriz de riscos do contrato de concessão, entendo ser indevida e não recomendável. Como exposto acima, o TAC constitui um instrumento de compromisso da concessionária inadimplente de retomar o cumprimento do contrato figurando a ANTT como tomadora do compromisso. Nesse contexto, o objeto do TAC não deve conter obrigações para a ANTT - salvo em relação à própria fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas. Além disso, há questões sobre a possibilidade jurídica e técnica de alteração da matriz de riscos que precisam evoluir internamente, não havendo, na atualidade, norma regulatória disciplinando a forma de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em razão de modificações na matriz de riscos do contrato, o que reduz a segurança jurídica de tal tipo de procedimento.

(...)

205. Em que pese o teor do Parecer 00423/2021/PF-ANTT/PGF (peça 12, itens não digitalizáveis) elaborado em função da análise do TAC de 2021, expressamente ser contrário a alteração da matriz de risco do contrato, o Parecer 267/2022/PF/ANTT/PGFAGU (peça 14, itens não digitalizáveis), aprovado pelo Despacho de aprovação 205 2022 PF ANTT PGF/AGU (peça 14, itens não digitalizáveis), informa ser possível ‘negociar e repartir riscos’:

‘77. Nesse contexto, é que nos parece sim possível negociar e acordar sobre a repartição de riscos geológicos, de riscos de perda de tráfego em razão de novas ferrovias, solucionar enfim todo o imbróglio havido em relação aos chamados ‘trechos DNIT’, suspender os procedimentos sancionadores, tudo em busca do aporte bilionário a que o Estado se comprometeu a efetivar e em nome da retomada da prestação do serviço, tendo em conta o atingimento do interesse público na adequada trafegabilidade daquela rodovia’

II.4.2.2 Prorrogação de Prazo

206. Já com relação a prorrogação do prazo de vigência a minuta do TAC efetua a seguinte previsão:

‘4.4 Dentro de 1 ano após o início da eficácia do presente TAC será celebrado termo aditivo contratual entre as partes, com o seguinte objeto:

i. a ampliação do prazo do Contrato de Concessão por 5 (cinco) anos, por interesse público;

(...)

4.6 A eficácia do termo aditivo contratual, quanto ao previsto na cláusula 4.4, item ‘i’, ficará condicionada ao cumprimento integral do TAC.’

207. Sobre esse tópico a Procuradoria Federal junto à ANTT também se manifestou quando da análise da minuta do TAC de 2021 (Parecer 00423/2021/PF-ANTT/PGF - SEI 9360872 processo 50500.027628/2021-22), concluindo pela impossibilidade da prorrogação do prazo, nos seguintes termos:

‘2.4 Sobre a (im)possibilidade de prorrogação do prazo de vigência do contrato de

concessão

40. De início, é de se registrar que a proposta da concessionária de prorrogação do prazo do contrato de concessão não é cabível no âmbito do termo de ajustamento de conduta, sendo questão absolutamente alheia ao seu objeto e que, caso se pretenda discutir, deve ser levada a processo próprio. Atualmente, discute-se a celebração de um TAC, instrumento por meio do qual a concessionária se compromete a retomar o cumprimento contratual, como forma de evitar a rescisão contratual por caducidade, dado seu significativo inadimplemento. De outro lado, já existe processo de caducidade instaurado, o qual poderá resultar na caducidade da concessão. Nesse contexto deve ser avaliada qualquer proposta de prorrogação contratual, em especial aquela fundamentada no ‘interesse público’, como defende a concessionária.

41. Existem atualmente, na legislação do setor, duas espécies de prorrogação contratual, as quais estão previstas no art. 4, incisos I e II da Lei 13.448/17:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: I - prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

42. A primeira espécie é a mais clássica e conhecida mesmo antes da edição da lei: o contrato pode ser prorrogado em razão do término de seu prazo de vigência, desde que haja previsão no termo contratual ou edital, a critério do Poder Público e de comum acordo com a parte contratada. Essa é a hipótese prevista no contrato de concessão sob análise, que admite sua prorrogação em três circunstâncias: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.

43. Embora as três hipóteses contratuais de prorrogação contratual estejam no mesmo dispositivo, tratam elas de situações diversas. Enquanto na primeira, a prorrogação se dá em razão do interesse público (prorrogação clássica), nas duas seguintes a prorrogação tem por finalidade promover a recomposição do equilíbrio contratual - ou pela ocorrência de evento de força maior, ou pela exigência de novos investimentos ou serviços não previstos inicialmente no PER. No caso ora em discussão, a concessionária pede a prorrogação do prazo contratual por interesse público, porém mais de 20 anos antes do término da vigência do prazo original, o que não é admitido pelo contrato.

44. A segunda hipótese legal é a prorrogação antecipada, inovação legislativa que admite a prorrogação do prazo de vigência do contrato para produzir efeitos, porém com a finalidade de inclusão de novos investimentos no contrato de concessão e somente para os contratos que estejam entre 50% e 90% do prazo inicialmente estabelecido, o que não é o caso (art. 6º da Lei 13.448/17).

45. Dessa forma, a prorrogação pretendida pela concessionária não encontra seu fundamento normativo nem na prorrogação clássica, que tem como pressuposto a proximidade do término do prazo originalmente estabelecido, nem na prorrogação antecipada, que se fundamenta na necessidade de inclusão de novos investimentos e exige que o contrato esteja entre 50% e 90% do prazo inicialmente fixado. Assim, não há fundamento legal para a prorrogação do contrato de concessão no momento atual, quando ainda se encontra em seu primeiro terço de vigência.

46. Ademais, a prorrogação do contrato de concessão na situação atual, caso fosse legalmente admitida, imporá ao Poder Público a concomitante recomposição do equilíbrio contratual, posto que a adição de qualquer prazo ao contrato afetaria seu equilíbrio inicial, o

que poderia ser feito com a redução da tarifa de pedágio cobrada do usuário. Isso porque a equação econômica é composta pelos elementos tempo e tarifa, de modo que a alteração de qualquer desses elementos exige a alteração no outro, de forma inversa, para que seja mantido o equilíbrio contratual.’

208. Todavia, na análise da minuta do presente TAC, a Procuradoria junto à ANTT, por meio do Parecer 267/2022/PF/ANTT/PGFAGU (peça 14, itens não digitalizáveis), aprovado pelo Despacho de aprovação 205 2022 PF ANTT PGF/AGU (peça 14, itens não digitalizáveis) permanece silente sobre esse ponto.

II.4.2.3 Conclusão

209. Dessa forma, tem-se não ser possível a alteração da matriz de risco (risco de implantação de ferrovia) e nem a previsão de prorrogação de prazo dado a ausência de permissivo legal ou regulamentar.

210. Modificações no contrato dessa envergadura (com a alteração de alocação do maior risco contratual) além de modificações de posicionamento da ANTT sobre assuntos tão relevantes e sensíveis aos usuários e ao Brasil, em um curtíssimo prazo, representam um elevado risco moral a todo o programa de concessões de rodovias (PROCROFE) que pode, inclusive, contaminar todas as concessões em andamento no Brasil.

211. Dado o exíguo prazo de análise, deixa-se de analisar a proposta de alteração de cobrança e atualização do passivo regulatório.

II.4.3 Sustentabilidade Econômico-financeira do projeto

212. Tão importante quanto a avaliação da legalidade das operações propostas é a avaliação da viabilidade econômico-financeira da operação.

213. Nesse caso, não foi trazido aos autos (e nem encontrado nos processos administrativos da ANTT) um fluxo de caixa que permita concluir que a operação é viável econômica e financeiramente.

214. A operação proposta pode ser assim resumida, conforme Anexo II (documento 12897111 do processo 50500.161397/2022-66, peça 14, itens não digitalizáveis):

Figura 5: Resumo da transação

| | |
|---|--|
| <p>Estrutura da Transação e Preço pelas Ações</p> | <ul style="list-style-type: none"> • A OTPR detém 100% das ações representativas do capital social da CRO (“Ações”); • A Transação contemplará: (i) oferta secundária para a compra das Ações, no valor de R\$ 1,00 (um real) a ser pago, em moeda corrente nacional, para a OTPR, no ato de fechamento da Transação (“Oferta Secundária”); e (ii) liberação das garantias concedidas pela OTPR e/ou por suas acionistas no âmbito das dívidas firmadas pela CRO com os seus credores financeiros. |
|---|--|

Fonte: Anexo II (documento 12897111 do processo 50500.161397/2022-66, peça 14, itens não digitalizáveis)

215. A minuta do TAC também prevê o seguinte aporte:

‘4.2. A eficácia do presente TAC fica sujeita às seguintes condições sucessivas e cumulativas:

(...)

ii. o aporte de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) pela MT PAR na CONCESSIONÁRIA em até 30 (trinta) dias após a efetiva troca do controle acionário;’

216. Todavia, ao se analisar o balanço da concessionária CRO, constante do anexo H (peça 14, itens não digitalizáveis), tem-se que o valor de 1 bilhão é menor que o valor constante do passivo circulante (1,092 bilhão). Destaca-se que no passivo não circulante há um mútuo de 451 milhões de reais a pagar, conforme figura abaixo.

217. Embora a análise da ANTT (peça 3), realizada por meio do despacho SEI 12908320, possa a dar a entender que a OTP renunciaria a este financiamento com a parte relacionada (mútuo), fato é que nos documentos analisados não há menção sobre a renúncia e/ou quitação prévia desse mútuo.

218. Nesse sentido, tem-se que mesmo após o aporte de 1 bilhão de reais a concessionária teria aproximadamente 0,5 bilhão em dívidas (valores da figura abaixo estão expressos em milhares de reais).

Figura 6: Parte do Balanço Patrimonial (passivo)

| Passivo | Nota | 30/06/2022 | 31/12/2021 |
|--|-------------|-------------------|-------------------|
| Fornecedores | - | 21.637 | 18.961 |
| Fornecedores - partes relacionadas | 11 | 117.673 | 109.595 |
| Empréstimos e financiamentos | 1 | 915.714 | 950.262 |
| Arrendamento mercantil operacional | 17 | 6.056 | 9.053 |
| Salários e encargos sociais | 18 | 9.498 | 12.572 |
| Tributos a pagar | - | 6.737 | 11.178 |
| Outros passivos | 19 | 14.758 | 3.100 |
| Passivo circulante | | 1.092.073 | 1.114.721 |
| | | | |
| Fornecedores | - | 6.368 | 4.356 |
| Arrendamento mercantil operacional | 17 | 1.608 | 2.795 |
| Mútuos - partes relacionadas | 1 | 450.933 | 466.190 |
| Provisão para contingências | 20 | 2.210 | 3.235 |
| Provisão de conserva especial | 21 | 176.025 | 150.899 |
| Outros passivos | 19 | 3.534 | 3.553 |
| Passivo não circulante | | 640.678 | 631.028 |
| | | | |
| Total do passivo | | 1.732.751 | 1.745.749 |
| | | | |
| Capital social | | 392.058 | 373.082 |
| Reserva de incentivo fiscal | | 25.554 | 25.554 |
| Reserva de lucros | | 10.286 | 8.759 |
| Patrimônio líquido | 22 | 427.898 | 407.395 |
| | | | |
| Total do passivo e patrimônio líquido | | 2.160.649 | 2.153.144 |

Fonte: anexo H (peça 14, itens não digitalizáveis)

219. A figura abaixo demonstra que o mútuo vence entre um e dois anos (peça 21, itens não digitalizáveis), valores em milhares de reais:

Figura 6: Detalhamento do passivo

| | Nota | Menos de um ano | Entre um e dois anos |
|---|------|-----------------|----------------------|
| Saldos em 30 de junho de 2022 | | | |
| Fornecedores | - | 21.687 | 6.368 |
| Fornecedores - partes relacionadas | 11 | 117.673 | - |
| Mútuos - partes relacionadas | 11 | - | 450.933 |
| Empréstimos e financiamentos | 16 | 915.714 | - |
| Saldos em 31 de dezembro de 2021 | | | |
| Fornecedores | - | 18.961 | 4.356 |
| Fornecedores - partes relacionadas | 11 | 109.595 | - |
| Mútuos - partes relacionadas | 11 | - | 466.190 |
| Empréstimos e financiamentos | 16 | 950.262 | - |

Fonte: (peça 21, itens não digitalizáveis)

220. Dessa forma, considerando que a receita anual líquida da concessão é de aproximadamente 610 milhões de reais conforme DRE do ano de 2021 (peça 21, itens não digitalizáveis), pode-se concluir que no primeiro ano após a assinatura do TAC boa parte dessa receita será utilizada para o pagamento de dívidas.

221. Comparando a relação dívida x receita, e ainda ponderando que já se passaram 8 anos do início do contrato de concessão, vislumbra-se que a concessionária encontrará dificuldades na obtenção de financiamentos para a execução dos vultosos investimentos necessários.

222. Para se ter uma ideia do volume de investimentos previstos, basta consultar o anexo B - Cronograma de execução (investimentos referentes somente a frente de ampliação de capacidade). Nos dois primeiros anos seriam necessários executar 74 km de duplicação, 6 interconexões de diamante, 7 passarelas, 2 interconexões tipo trevo, 1 retorno em desnível, 4 SAU e 191 km de cabos de fibra ótica.

223. Por exemplo, simulando o preço de 74 km de duplicação por meio da utilização do custo médio gerencial do DNIT (aplicável como estimativa para embasar decisões gerenciais), lançando mão da ferramenta disponível no sítio do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV) - <https://simuladorcmg-ibre.fgv.br/> -, obteve-se o valor aproximado de R\$ 255 milhões. O Anexo II traz a descrição das variáveis consideradas no cálculo, **escolhidas de forma a obter valor conservador**. Ou seja, é provável que o valor estimado esteja bem aquém do valor real das obras.

224. O Anexo A (peça 14, itens não digitalizáveis) informa que a frente de recuperação com a adequação da pista existente à classe IA ocorreria concomitantemente com as metas de duplicação.

225. Dessa forma, ainda que o Anexo A (plano de ataque apresentado - peça 14, itens não digitalizáveis) tenha afirmado em sua conclusão que a proposta estaria baseada em premissas econômico-financeiras, tal plano não trouxe o fluxo de caixa que suportaria os investimentos e despesas previstos.

‘59. Importante considerar que esta proposta está amparada em aspectos técnicos consistentes que, conciliados com as premissas econômico-financeiras, tornam o presente TAC exequível e demonstra-se como solução mais vantajosa ao atendimento do interesse público pela retomada imediata dos investimentos no segmento rodoviário da BR-163/MT.’

226. Tal fato pode ser reforçado consultando as premissas existentes para a elaboração do Plano de Ataque.

‘7. O desenvolvimento do plano de ataque proposto foi embasado na análise do conjunto de quatro pilares, detalhados conforme abaixo:

- I. Histórico de acidentes e óbitos no Sistema Rodoviário;
- II. Estudo técnico de capacidade com análise de nível de serviço (Labtrans/TTC);
- III. Impacto de efeitos climáticos no planejamento das atividades; e

IV. Nível de maturidade dos projetos.’

227. Note que o fluxo de caixa projetado é documento fundamental para a análise da viabilidade econômico-financeira, porque permite auferir, entre outras coisas, a financiabilidade do projeto.

228. Ressalta-se que sequer foram trazidos aos autos todos os documentos necessários para se seguir a admissibilidade do pedido da concessionária para a troca de controle, conforme análise da NOTA TÉCNICA SEI 5731/2022/COGIC/GEGEF/SUROD/DIR (peça 14, itens não digitalizáveis):

‘3.4. Em relação ao previsto no artigo 10º, ao conjunto documental apresentado, **faz-se necessário a juntada de documentos complementares** relacionados à caracterização da empresa/grupo econômico pretendente à aquisição (inciso III, art. 10º). Também resta pendente, a manifestação formal da pretendente sobre o compromisso de assunção das obrigações da cedente (inciso XVII, art. 10º). Sobre a última, a pretendente chega a se manifestar, explicitando que a pretendida operação é vinculada ao proposto TAC que alteraria as obrigações atuais e que, portanto, não seria passível de apresentação na forma prevista na resolução.

3.5. Já em relação ao exigido pelo Artigo 16, **entendemos que o conjunto documental apresentado atende parcialmente**, uma vez que em relação ao exigido pelo inciso i, que trata da regularidade fiscal, foram apresentadas as certidões necessárias. **Entretanto, em relação ao inciso ii, que trata da apuração sobre a capacidade econômica e financeira da empresa em adquirir o controle societário e sustentar as frentes de investimentos, recuperação, manutenção e operação do sistema rodoviário concedido, entendemos que os indicadores apresentados, bem como sua documentação suporte, carecem de aprimoramentos.**

3.6. Ainda que tenham sido apresentados os 3 últimos balanços patrimoniais e alguns indicadores relacionados à liquidez da companhia, acreditamos que **as métricas e metodologia utilizadas podem não ser suficientes para a apuração do que se pretende**. Da mesma forma, não foi evidenciado de forma robusta o processo de geração e agregação de valor da companhia, bem como não são robustos os dados referentes aos indicadores econômicos de lucratividade e retorno sobre o patrimônio. De modo que, em primeira leitura e apenas com os dados apresentados, fica prejudicada a boa avaliação sobre a capacidade econômica e financeira da pretendente MT PAR.

(...)

4.1. Conforme exposto no decorrer desta nota técnica, entendemos, preliminarmente, que a concessionária atendeu parcialmente os requisitos para a análise da operação do ponto de vista documental, à luz do que exige a resolução 5.927/21. **Já, do ponto de vista econômico e financeiro, faz-se necessária a apresentação de documentos e/ou relatórios complementares que deem suporte e consistência à caracterização do grupo econômico como capaz para a assunção do controle societário e sustentação das frentes de investimentos, recuperação, manutenção e operação do sistema rodoviário concedido.**

4.2. Desta forma, sugerimos o encaminhamento de ofício à concessionária que evidencie este posicionamento, bem como solicite a complementação das informações faltantes, de modo a permitir a esta área técnica a análise sobre a capacidade e idoneidade econômica e financeira da companhia, nos termos exigidos pela resolução ANTT 5.927/2021.’

229. Destaca-se, inclusive, que apenas em 13/9/2022 (peça 14, itens não digitalizáveis) foi solicitado por meio do Ofício 28019/2022/GEGEF/SUROD/DIR-ANTT (SEI 13347638) o fluxo de caixa do projeto nos seguintes termos:

‘6. Nesse sentido, torna-se necessária a prestação de informações sobre os fluxos projetados de despesas (operacionais, de investimento, financeiras) e de receitas do projeto até o término da concessão, que permitam quantificar a magnitude e a distribuição temporal das obrigações que MTPAR estaria assumindo para, então, compará-las com sua capacidade

econômico-financeira.’

230. Dessa forma, a proposta em questão carece de informações acerca da viabilidade econômico-financeira, sendo necessária a apresentação de um fluxo de caixa do projeto de forma a permitir a conclusão efetuada por meio do Despacho da ANTT (peça 3), de que esta opção (assinatura do TAC/troca de controle) seria melhor que as demais opções regulatórias (caducidade, relicitação).

II.4.4 Não atendimento as cláusulas do Edital

231. Pela possibilidade de afetar o interesse dos usuários, consubstanciado no recebimento de serviço adequado, e de impor riscos à continuidade da prestação dos serviços, a transferência do controle de uma concessão pode implicar na caducidade do contrato, caso não conte com a anuência do poder concedente, conforme previsto na Lei 8.987/1995:

‘Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.’

232. Essa anuência do poder concedente, por sua vez, somente poderá ser concedida a empresa que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela Agência, consoante disposto na Lei 10.233/2001:

‘Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infraestruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência.

Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29.’

233. Os requisitos técnicos, econômicos, jurídicos e fiscais para as empresas postulantes à concessão da BR-163/MT foram estabelecidos pela ANTT no Edital 003/2013 (peça 22), de maneira que a anuência prévia do poder concedente à transferência de controle societário da concessionária demanda uma verificação de adequação do pretendente cessionário às condições exigidas à época da licitação.

234. Sob o aspecto econômico, o edital exigia a seguinte qualificação econômico-financeira:

Figura 8: Qualificação Econômico-financeira presente no edital

| Tabela V - Documentos relativos à qualificação econômico-financeira | |
|---|---|
| Nº | Documento |
| 15 | Certidão negativa de pedido de falência, autofalência e recuperação judicial expedida pelo distribuidor judicial (varas cíveis) da comarca do Município onde a empresa for sediada, com data de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à Data para Recebimento dos Envelopes . Em se tratando de sociedade não empresarial ou outra forma de pessoa jurídica, certidão negativa expedida pelo distribuidor judicial das varas cíveis em geral (processo de execução) da comarca do Município onde o ente está sediada, datada de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à Data para Recebimento dos Envelopes . |
| 16 | Balanco patrimonial e respectivo demonstrativo de resultados, já exigível na forma da lei, devidamente aprovados pela assembleia geral ou sócios, conforme o caso, apresentados na forma da lei, vedada a apresentação de balancetes ou balanços provisórios. Esses documentos deverão ser apresentados de acordo com as práticas contábeis adotadas no Brasil. |
| 17 | Comprovação do valor do patrimônio líquido da Proponente , com base nos princípios contábeis aceitos no Brasil, de no mínimo: R\$ 460.000.000,00 (quatrocentos e sessenta milhões de reais). |

Fonte: Edital 003/2013 (peça 22)

235. Ressalta-se que apesar de a Resolução ANTT 5.927/2021 não prever expressamente que o novo controlador deveria atender os requisitos econômico-financeiros do edital, entende-se que esta é uma exigência legal, conforme art. 27 da Lei 8.987/95 c/c art. 29 da Lei 10.233/2001.

‘Art. 16 Nas hipóteses de transferência de controle societário, o novo controlador deverá:

I - atender aos requisitos de regularidade fiscal previstos no edital do procedimento licitatório respectivo; e

II - apresentar relatório demonstrando capacidade econômica e financeira, contendo indicadores de liquidez, operacionais, financeiros, de custo de capital, de valorização da empresa e de valor econômico agregado, como forma de aferir sua idoneidade financeira.’

236. Em consulta ao Anexo H (peça 14, itens não digitalizáveis), que apresenta dentre outros documentos, o balanço patrimonial da MT Participações e Projetos S/A.- MT-PAR, verifica-se que o patrimônio líquido da companhia é de 41 milhões em 2021, ou seja, somente cerca de 10% do exigido em 2013, para entrar no negócio.

Figura 9: Balanço Patrimonial MT- Participações e Projetos S/A

6. - BALANÇO PATRIMONIAL

| Código | Classificação | Descrição | 2021 | 2020 |
|-----------------------|---------------|--|------------------------|------------------------|
| GOVERNAMENTAIS | | | | |
| 4418 | 2.1.08.02.001 | Projetos e Investimentos à desenvolver - Recursos FETHAB | 142.824.636,08c | 103.422.263,74c |
| 800 | 2.5 | PATRIMÔNIO LÍQUIDO | 41.163.181,14c | 39.856.382,57c |
| 801 | 2.5.01 | CAPITAL AUTORIZ. SUBSC E INTEGRALIZADO | 41.200.751,25c | 41.200.751,25c |
| 802 | 2.5.01.01 | CAPITAL AUTORIZADO | 150.000.000,00c | 150.000.000,00c |
| 803 | 2.5.01.01.001 | Capital Autorizado | 150.000.000,00c | 150.000.000,00c |

Fonte: Anexo H (peça 14, itens não digitalizáveis)

237. Dessa forma, tem-se configurada a impossibilidade da transferência acionária a MT Participações e Projetos S/A., dado que a empresa não possui os requisitos de qualificação econômica prevista no edital do projeto originário (mesma situação apontada no âmbito do TC 017.812/2020-8 - representação que analisou a operação de transferência de controle acionário da Concessionária Rodovia do Aço S.A).

238. Inclusive, na visão do Ministério Público do TCU, tal fato pode ensejar, inclusive, a nulidade da operação de transferência, nos seguintes termos (peça 134 do TC 017.812/2020-8):

‘Diante de todo o quadro de desmandos revelado nesta representação, é de meu parecer que a flagrante ilegalidade cometida pela ANTT, ao anuir à operação de transferência do controle

acionário da Concessionária Rodovia do Aço S.A. mediante a Deliberação 820/2018, da Diretoria Colegiada daquela agência, reclama que o TCU, com base nas disposições constitucionais, legais e regimentais abaixo transcritas, **assine prazo para que aquela agência reguladora proceda à anulação daquele ato, uma vez que ele se fez eivado de nulidade insanável**, decorrente de flagrante desrespeito ao disposto nos artigos 29 e 30 da Lei 10.233/2001, com conseqüente violação dos interesses públicos envolvidos na concessão da BR-393/RJ:’

239. Destaca-se, considerando o exíguo prazo dado para a elaboração da presente instrução que não foram objeto de análise a capacidade técnica e fiscal do proponente.

II.4.5 Alto custo regulatório para efetuar duas transações de controle acionário

240. Outra avaliação que deve ser feita pela ANTT se refere ao custo de transação da opção em estudo, dado que, pelos termos da minuta apresentada, haveria a pactuação do TAC com a troca do controle acionário e, posteriormente, quando ocorrer a conclusão das obras do TAC, ocorreria nova troca de controle acionário.

241. Há que se ponderar se um novo contrato (relicitação/nova licitação em função da caducidade), com cláusulas que alinhem melhor os incentivos não produziram uma concessão mais saudável financeiramente e com melhor capacidade de gestão, produzindo uma solução definitiva (e não intermediária).

242. Frisa-se que durante todo o ano de 2021 se perseguiu uma solução ‘mais aderente aos interesses dos usuários’ com a análise minuciosa de todas as cláusulas propostas no TAC, não se chegando a um consenso entre a Concessionária e a ANTT.

243. Em 2022 a CRO traz nova proposta de TAC (com troca de controle acionário) à ANTT, apresentando novamente cláusulas que já foram descartadas pela Procuradoria junto a ANTT dado a manifesta não aderência dessas cláusulas aos preceitos legais e regulamentares. Dessa forma, verifica-se uma eternização pela busca de soluções ‘mais rápidas’.

244. Na verdade, dado os desafios econômicos, financeiros e operacionais quase insuperáveis que foram impostos pelo passivo regulatório dessa concessão (obras e serviços não executados ou executados em atraso), faz-se necessário a busca por uma solução definitiva. Uma nova licitação (em função de relicitação ou caducidade) traria um novo projeto de desestatização, contendo TIR atualizada, cláusulas modernas, levantamento das melhorias a serem impostas no sistema rodoviário, projeto operacional prevendo tecnologias modernas de monitoramento da rodovia, avaliação de financiabilidade do projeto. Tudo visando a busca de um novo parceiro comprometido com o projeto.

II.5. Considerações

245. Os dados trazidos por meio do processo administrativo 50500.161397/2022-66 dão notícia de aspectos que ultrapassam apenas questões financeiras, eles revelam a situação degradada do sistema rodoviário que impacta no escoamento da produção brasileira, influenciando negativamente a capacidade de geração de riquezas. Além disso trazem um cenário trágico de acidentes que por vezes resultam em mortes dos usuários.

246. Nesse contexto é necessário que a ANTT retome todas as suas prerrogativas legais de agência reguladora para que consiga resolver a questão imposta. Lembrando que a agência paira de forma equidistante entre os atores relevantes do setor regulado (poder público, usuários, as empresas reguladas).

247. Dessa forma, faz-se necessário o acesso integral aos documentos relativos à arbitragem 23960/2018/GSS/PFF, para, se for o caso, atuar nos aspectos que estejam impossibilitando a atuação da agência dentro das suas prerrogativas.

CONCLUSÃO

248. Cuidam os autos de acompanhamento dos atos relacionados à proposta apresentada à Agência Nacional de Transportes Terrestres -ANTT pela Concessionária Rota do Oeste S.A (CRO) com

intuito de transferência de controle acionário e de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da Concessão da BR-163/MT (peça 122 do TC 034.032/2017-7).

249. A presente análise partiu das considerações expostas sobre a troca de controle acionário e assinatura do TAC efetuada pela ANTT (peça 3).

250. A minuta do TAC submetida para a apreciação do TCU em 24/08/2022 (peça 119 do TC 034.032/2017-7) é uma versão preliminar, dado que várias contribuições efetuadas pelo gabinete do Diretor Davi Barreto (peça 3) ainda carecem de ser implementadas.

251. Por meio da consulta ao processo administrativo 50500.161397/2022-66 (processo administrativo que cuida da análise do TAC 2022, peça 14, itens não digitalizáveis), constatou-se que quando do recebimento da minuta do TAC pelo TCU, não havia parecer da Procuradoria Federal junto à ANTT e nem manifestação das áreas técnica da ANTT sobre a operação proposta. Ao longo da produção da presente instrução, as áreas técnicas da ANTT foram emitindo notas técnicas.

252. A análise da Procuradoria Federal junto à ANTT somente se deu em 14/9/2022, uma semana antes de encerrar o prazo concedido pelo Ministro Relator para o término da presente instrução.

253. Dessa forma, considerando o caráter preliminar da minuta apresentada, bem como o exíguo prazo para elaboração da presente transação, a unidade técnica focou (de forma não exaustiva) em três pontos: i - impacto da assinatura do TAC nos processos do TCU; ii - irregularidades detectadas pelo TCU em outros processos de troca de controle acionário conduzidos pela ANTT e iii - riscos e irregularidades detectados na minuta apresentada.

254. Antes, porém, efetuou-se breve comentário sobre a arbitragem em curso, uma vez que, conforme exposição da ANTT, alguns comandos contidos nos Acórdãos do TCU não poderiam ser implementados dada restrição imposta pela decisão arbitral.

255. Com relação a **Arbitragem e seu impacto nos poderes da ANTT (item II.1)**, tem-se que a lide se concentra em 13 pontos (conforme parágrafo 84), que vão desde questionamento de remoção de interferências até não obtenção de empréstimo de longo prazo no BNDES.

256. Em que pese o contrato de concessão vedar o questionamento do poder fiscalizatório da ANTT, tem-se que o Tribunal Arbitral, em sede de cautelar (por meio da ordem processual 4) confirmou decisão judicial proferida em Tutela Cautelar em Caráter Antecedente, no sentido de ‘se abstenham de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia (...)’.

257. No que se refere ao impedimento da execução de garantias, comentou-se que as garantias de execução do contrato de concessão são anuais e, ainda, ponderando que pelos arts. 189 a 206 do novo código civil, a pretensão do segurado contra o segurador prescreve em um ano, tem-se que essa cautelar, que já vigora há mais de um ano, torna irreversível o efeito da sua decisão naqueles anos (pela prescrição do direito).

258. De toda forma, ponderou-se que, como não há acesso integral a toda documentação arbitral, havia dificuldade de compreensão dos limites impostos à ANTT, no âmbito dessas cautelares.

259. Com relação ao **Impacto da assinatura do TAC nos processos do TCU (item II.2)**, comentou-se o recente julgado, qual seja o Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário (Ministro Antonio Anastasia), no qual informa que a competência do TCU não se vincula às interpretações jurídicas pactuadas em termos ou compromissos de ajustamento de conduta.

260. Nesse sentido, o deslinde dos processos TC 023.217/2015-4, TC 032.830/2016-5, TC 034.032/2017-7 não poderia ser alcançado pelas cláusulas do TAC que virão a ser pactuadas entre a ANTT e terceiro.

261. Dessa forma, **a imposição de obrigação ao TCU** para ‘que homologue os requerimentos de suspensão dos processos’ (cláusula 4.2, iv) **ferre os limites do TAC a ser assinado entre a ANTT e a concessionária**. Entende-se que a existência desse dispositivo colide com o entendimento firmado pelo Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário (Ministro Antonio Anastasia).

262. Para melhor embasar as análises procedidas, abordou-se o caso da transferência do controle acionário da Concessionária Rodovia do Aço S.A. (TC 017.812/2020-8), no item **II.3 Outros processos de transferência do controle acionário já analisados pelo TCU**.

263. Constatou-se que a referida operação foi aprovada pela agência a despeito de as pretendentes controladoras não atenderem aos requisitos exigíveis de qualificação econômica para a assunção da concessão.

264. Pontuou-se que inexistia fundamento, seja no edital, contrato ou legislação, que permitiria ignorar a deficiência no atendimento dos requisitos econômicos da Controladora em virtude de que uma exigência similar estaria sendo atendida de forma mais robusta pela Concessionária.

265. Ao contrário, os termos avançados preveriam requisitos distintos de Patrimônio Líquido mínimo para o Controlador e a para Concessionária, isto é, tratavam de obrigações em montantes diferentes, incidentes sobre pessoas jurídicas distintas, devendo ser cumulativamente atendidas.

266. Outro ponto que merece destaque foi a forma açodada como o processo administrativo foi conduzido internamente na agência, tendo transcorrido apenas dois dias entre o fim do recebimento da documentação encaminhada pelas interessadas e a aprovação do pleito pela Diretoria Colegiada, prazo que resultou em uma manifestação da Procuradoria nos autos, com ‘enorme limitação de tempo para reflexão e resposta’, nos termos descritos pelo próprio órgão.

267. A aprovação da transferência em tempo tão exíguo só foi possível em decorrência da atuação do Diretor-Geral à época que, sem apresentar as justificativas requeridas pelo Regimento Interno da agência, inseriu o processo em apreciação extrapauta e com a designação de relator *Ad hoc*.

268. Foram aceitas projeções de obtenção de recursos manifestamente inverossímeis. Além disso, acatou-se, sem contestação, a informação de que a concessão estimava obter R\$ 382 milhões de recursos para investimentos, oriundos de empréstimos de procedência não especificada, o que, à época, já se afigurava desarrazoado, considerando-se a incapacidade da nova controladora de apresentar garantias (em função de seu patrimônio reduzido) e as dificuldades operacionais pelas quais a concessão vinha passando.

269. Ao deixar de participar do contrato de concessão, a antiga controladora também se desvencilhou dos ônus resultantes de anos de inexecução contratual. Desse modo, o Poder Concedente foi deixado em uma situação de risco e fragilidade, uma vez que caso venha a apurar, quando do eventual acerto de contas do contrato, valores em seu favor, poderá ter dificuldades em obtê-los, em decorrência do limitado patrimônio do atual controlador.

270. Para pontuar os **riscos e irregularidades detectados na minuta apresentada (II.4)**, foram requeridos cinco processos administrativos da ANTT, sendo eles o 50500.321614/2019-88 (caducidade, peça 11); 50500.027628/2021-22 (TAC- pedido 2021, peça 12); 50500.116693/2021-21 (relicitação, peça 13) e 50500.161397/2022-66 (TAC e controle acionário -pedido 2022, peça 14) e 50500.129149/2022-21 (alteração da resolução do TAC, peça 25).

271. Preliminarmente foi pontuado que as causas que teriam resultado no cenário de inexecução generalizada da CRO, abordadas no despacho da ANTT (peça 3), já haviam sido analisadas no processo TC 034.032/2017-7, por meio do Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário (Ministro Bruno Dantas) e pelo Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues que apreciou o pedido de reexame interposto pela Concessionária Rota do Oeste (CRO) contra o Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário.

272. Frisou-se, também, preliminarmente, que a afirmação de que a OTP sairia da concessão sem qualquer retorno (efetuada no despacho de peça 3), deveria ser feita com cautela uma vez que há diversas transações entre a CRO e pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico. Dessa forma, eventual resultado positivo e/ou negativo deve ser ponderado à luz de todo o grupo econômico.

273. Destaque-se, também, em consulta ao processo 50500.161397/2022-66 (TAC e controle acionário - pedido 2022, peça 14), em mais de uma oportunidade os servidores da ANTT ressaltam que a análise da minuta de TAC foi efetuada de forma preliminar sobre a admissibilidade da proposta.

274. No tópico **análise da possibilidade jurídica para a transferência do controle**, verificou-se que a despeito da situação econômico-financeira da concessionária, não se identificou nos autos uma análise específica de seu enquadramento na cláusula 25.1 do contrato (insolvência iminente), de forma a permitir a troca de controle acionário antes da conclusão das obras de duplicação.

275. No item **alterações profundas do contrato prevista no TAC**, observou-se que as alterações de obrigações e, principalmente, a alteração da matriz de risco do contrato, são matérias alheias a um processo de troca de controle acionário bem como a um processo de TAC (art. 27 da Lei 8.987/1995; art. 10 da Resolução ANTT 5.927/2021; Resolução ANTT 5.823/2018).

276. Em 2021, quando da análise do TAC, a Procuradoria Federal junto à ANTT havia se manifestado de forma contrária sobre a alteração de matriz de riscos da concessão bem como sobre a possibilidade de prorrogação de prazo da concessão. Todavia, na análise da minuta de TAC efetuada em 2022, a Procuradoria Federal junto à ANTT não impôs óbice ao prosseguimento do processo.

277. Nesse sentido, comentou-se que modificações no contrato dessa envergadura (com a alteração de alocação do risco contratual da variável mais sensível - demanda, bem como da possibilidade de pactuação de prorrogação do contrato nesta etapa) além de alterações de posicionamento da ANTT sobre assuntos tão relevantes e sensíveis aos usuários e ao Brasil, em um curtíssimo prazo, representam um elevado risco moral a todo o programa de concessões de rodovias (PROCROFE) que pode, inclusive, contaminar todas as concessões em andamento no Brasil.

278. Quando se analisou a **sustentabilidade econômico-financeira do projeto**, verificou-se que mesmo após o aporte de 1 bilhão de reais a concessionária partiria (após a assinatura do TAC) de uma dívida de 0,5 bilhão. Dado que a receita anual líquida é de 610 milhões, conclui-se que no primeiro ano, boa parte dessa receita será utilizada para o pagamento da dívida. Nesse cenário, vislumbra-se dificuldades na obtenção de financiamento para a execução de vultosos investimentos.

279. Estimou-se que para apenas duplicar 74 km de rodovia seriam necessários R\$ 255 milhões (estimativa conservadora).

280. Ressalta-se que as obrigações pactuadas no TAC (passivo regulatório) bem como as obrigações regulares dos próximos anos são muito maiores do que simplesmente efetuar duplicação. Sendo elas: restauração da rodovia, correção de traçado para alçar a rodovia a classe I-A, obrigações de natureza operacional, construções de interconexões, entre outras.

281. O plano de ataque apresentado não foi fundamentado em uma análise de viabilidade econômico-financeira, dado que não constam dos autos o fluxo de caixa projetado do projeto (considerando os termos do TAC). Essa informação (fluxo de caixa do projeto) só foi solicitada pela ANTT em 13/9/2022 (peça 14, itens não digitalizáveis) por meio do Ofício 28019/2022/GEGEF/SUROD/DIR-ANTT (SEI 13347638).

282. No item **não atendimento as cláusulas do edital**, restou demonstrada a impossibilidade da transferência acionária a MT Participações e Projetos S/A., dado que a empresa não possui os requisitos de qualificação econômica prevista no edital do projeto originário (mesma situação apontada no âmbito do TC 017.812/2020-8 - representação que analisou a operação de transferência de controle acionário da Concessionária Rodovia do Aço S.A). Considerando o exíguo prazo dado para a elaboração da presente instrução que não foram objeto de análise a capacidade técnica e fiscal do proponente.

283. Ponderou-se no tópico **alto custo regulatório para efetuar duas transações de controle acionário**, que a ANTT deveria avaliar o custo de transação da opção em estudo uma vez que a solução ora analisada prevê a assinatura do TAC com a troca do controle acionário e, posteriormente, quando ocorrer a conclusão das obras do TAC, a previsão da nova troca de controle acionário.

284. Frisa-se que durante todo o ano de 2021 se perseguiu uma solução ‘mais aderente aos interesses dos usuários’ com a análise minuciosa de todas as cláusulas propostas no TAC, não se

chegando a um consenso entre a Concessionária e a ANTT.

285. Em 2022 a CRO traz nova proposta de TAC (com troca de controle acionário) à ANTT, trazendo novamente cláusulas que já foram descartadas pela Procuradoria junto a ANTT dado a manifesta não aderência dessas cláusulas aos preceitos legais e regulamentares. Dessa forma, verifica-se uma eternização pela busca de soluções ‘mais rápidas’.

286. Na verdade, dado os desafios econômicos, financeiros e operacionais quase insuperáveis que foram impostos pelo passivo regulatório dessa concessão (obras e serviços não executados ou executados em atraso), faz-se necessário a busca por uma solução definitiva. Uma nova licitação (em função de relicitação ou caducidade) traria um novo projeto de desestatização, contendo TIR atualizada, cláusulas modernas, levantamento das melhorias a serem impostas no sistema rodoviário, projeto operacional prevendo tecnologias modernas de monitoramento da rodovia, avaliação de financiabilidade do projeto. Tudo visando a busca de um novo parceiro comprometido com o projeto.

287. No tópico **considerações**, comentou-se que os dados trazidos por meio do processo administrativo 50500.161397/2022-66 dão notícia de aspectos que ultrapassam apenas questões financeiras. Eles revelam a situação degradada do sistema rodoviário que impacta no escoamento da produção brasileira, influenciando negativamente a capacidade de geração de riquezas. Além disso trazem um cenário trágico de acidentes que por vezes resultam em mortes dos usuários.

288. Nesse contexto é necessário que a ANTT retome todas as suas prerrogativas legais de agência reguladora para que consiga resolver a questão imposta. Lembrando que a agência paira de forma equidistante entre os atores relevantes do setor regulado (poder público, usuários, as empresas reguladas).

289. Dessa forma, faz-se necessário o acesso integral aos documentos relativos à arbitragem 23960/2018/GSS/PFF, para, se for o caso, atuar nos aspectos que estejam impossibilitando a atuação da agência dentro das suas prerrogativas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) dar ciência à ANTT de que foram detectadas as seguintes impropriedades na minuta referente ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com troca de controle acionário entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária Rota do Oeste (CRO):

a.1) a imposição de obrigação ao TCU para ‘que homologue os requerimentos de suspensão dos processos’ (cláusula 4.2, iv), colide com o entendimento firmado pelo Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário (Ministro Antonio Anastasia);

a.2) a ANTT, no âmbito do processo administrativo de admissibilidade da proposta do TAC, não efetuou análise específica da situação econômico-financeira da concessionária de forma a enquadrá-la na cláusula 25.1 do contrato (insolvência iminente), única possibilidade de prosseguir com a troca de controle acionário sem a exigência da conclusão das obras de duplicação;

a.3) as alterações de obrigações e, principalmente, a alteração da matriz de risco do contrato, são matérias alheias a um processo de TAC e/ou troca de controle acionário, violando o contrato pactuado com a CRO e indo de encontro ao art. 27 da Lei 8.987/95, art. 10 da Resolução ANTT 5.927/2021 e art. 11 da Resolução-ANTT 5.863/2018;

a.4) a prorrogação de prazo do contrato, nos termos propostos, não encontra permissivo legal na legislação, violando o art. 4, incisos I e II da Lei 13.448/17 e art. 6º da Lei 13.448/17;

a.5) a proposta em questão carece de informações acerca da viabilidade econômico-financeira, sendo necessária a apresentação de um fluxo de caixa do projeto (situação da concessão após a implementação do TAC);

a.6) a empresa proponente, MT Participações e Projetos S/A, não possui os requisitos de qualificação econômica previstos no edital do projeto originário (possui apenas 10% do patrimônio

líquido necessário).

b) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, para que, no prazo de 15 dias, disponibilize:

b.1) o acesso integral aos documentos relativos à arbitragem 23960/2018/GSS/PFF (ANTT x CRO);

b.2) cronograma arbitral.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de acompanhamento dos atos relacionados à proposta apresentada pela Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO) à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com o intuito de transferência do controle acionário e de celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC) no âmbito da concessão da BR-163/MT.

2. A documentação referente ao pleito apresentado pela concessionária foi encaminhada a este Tribunal pela ANTT no dia 24 de agosto deste ano, no bojo do processo de representação TC 034.032/2017-7, de minha relatoria, no qual haviam sido apuradas irregularidades na gestão do contrato de concessão da BR-163/MT. Naquela oportunidade, o Tribunal expediu determinações à ANTT, por meio do Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário, para que se promovesse o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e fossem executadas as garantias de execução do ajuste, em decorrência dos descumprimentos de obrigações contratuais por parte da concessionária.

3. Enquanto as determinações expedidas no mencionado acórdão encontravam-se suspensas em razão da interposição de recursos, ocorreram importantes eventos na concessão da BR-163/MT, os quais serão descritos mais adiante, dentre eles a recente proposta de TAC objeto destes autos. Finalmente, as disposições do Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário foram mantidas após o julgamento de pedido de reexame e de embargos de declaração, Acórdãos 1.133/2022-TCU-Plenário e 1.838/2022-TCU-Plenário, respectivamente, ambos de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

4. A ANTT, então, protocolou no TC 034.032/2017-7 a documentação apresentada pela concessionária CRO com a solicitação de transferência de controle acionário e de proposta de TAC, a fim de que este Tribunal avaliasse sua regularidade e se teriam o condão de tornar as determinações do Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário insubsistentes por perda de objeto. Considerando o estágio processual daqueles autos e a relevância de se acompanhar os atos adotados pela agência reguladora a respeito da proposta da CRO, determinei a autuação deste apartado. Quanto à repercussão no cumprimento das determinações do Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário, determinei a análise no processo de monitoramento já autuado (TC 039.754/2019-7).

5. De início, destaco a relevância e o ineditismo do caso, cujo elemento mais distintivo é a proposta de que uma entidade do estado de Mato Grosso assumira o controle da concessionária CRO, aportando recursos para permitir a realização de investimentos correspondentes às obrigações contratuais da concessionária. A entidade, no caso, é a MT Participações e Projetos S.A. (MT-PAR), sociedade de economia mista do estado de Mato Grosso, criada em 2012. As razões que motivaram o governo do estado de Mato Grosso a pretender assumir o controle acionário da CRO são descritas a seguir.

6. A concessão da BR-163/MT sob responsabilidade da CRO compreende 850,9 km de rodovia ao longo de 19 municípios, cuja população representa quase a metade da população total do estado do Mato Grosso. Além disso, a rodovia é importante via de escoamento da produção de soja, milho e algodão, *commodities* que colocam o estado de Mato Grosso entre os maiores exportadores dentre os estados brasileiros.

7. A licitação da exploração da rodovia foi realizada em 2013, como parte da 3ª Etapa de Concessões de Rodovias Federais. A vencedora foi a Odebrecht Transport S.A. (OTP), com proposta de deságio de 52% em relação à tarifa básica de pedágio considerada nos estudos de viabilidade técnico-econômica (EVTE).

8. A concessão teve início em março de 2014 e a cobrança de pedágio em setembro de 2015. Já em 2017 a ANTT passou a constatar a inexecução de obras e serviços e a piora nas condições

financeiras da concessionária. Atualmente, passados mais de oito anos do início da concessão, os níveis de execução das obras são baixíssimos: dos 453 km de duplicação previstos, apenas 117 km foram executados (26%). Situação similar de inexecução ocorre com as demais melhorias previstas, como acessos, retornos, vias marginais etc.

9. A concessionária alega que diversas questões desencadearam essa situação, como a redução da demanda provocada pela crise econômica que teve início em 2014, a mudança na política de financiamento dos bancos públicos, o aumento no preço do componente asfáltico, a Lei dos Caminhoneiros, bem como o envolvimento do grupo econômico controlador na Operação Lava Jato.

10. Como resultado, a ANTT instaurou processo administrativo para avaliar a situação das obrigações contratuais, que culminou na instauração de processo de caducidade, por meio da Deliberação-ANTT 346/2021.

11. Também em 2021 a concessionária ingressou com pedido de devolução amigável da concessão e a consequente relicitação, com base no instituto previsto na Lei 13.448/2017. Após aprovação nas instâncias competentes, o empreendimento foi qualificado para fins de relicitação no âmbito do Programa de Parceiras de Investimento (PPI), por meio do Decreto 11.122/2022.

12. Em outra vertente, a CRO já havia proposto em 2021 a celebração de um TAC que não prosperou, possivelmente pela ausência de investidores interessados em assumir o controle acionário.

13. Outro fato que vem impactando a regular execução do contrato de concessão é a abertura de procedimento arbitral pela concessionária na Câmara de Comércio Internacional (CCI), pleiteando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por supostos prejuízos por ela suportados. No âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF vigora decisão cautelar que impede a realização de descontos tarifários, aplicação de penalidades e caducidade com fundamento nas questões em discussão pelas partes, limitando o poder fiscalizatório da ANTT.

14. Nesse cenário, a rodovia permanece com um nível de serviço abaixo do previsto, prejudicando diretamente seus usuários. Segundo informações contidas no despacho preliminar da Diretoria da ANTT (peça 3), a BR-163 foi a rodovia com maior número de acidentes em Mato Grosso durante o ano 2021, com 2.138 acidentes, sendo 1.720 com vítimas, das quais 75 fatais.

15. Fica evidente, portanto, o interesse do governo do estado de Mato Grosso em sanear as pendências que envolvem o contrato de concessão da BR-163/MT a fim de garantir, com a maior celeridade possível, a retomada dos investimentos na rodovia.

16. Nesse aspecto, sobressai a urgência de apreciação dessa matéria em razão de que a solução alternativa à celebração do TAC seria a relicitação, já qualificada por meio do Decreto 11.122, de 6 de julho de 2022. Segundo o decreto, o termo aditivo ao contrato de concessão deve ser firmado no prazo de noventa dias da sua publicação, caso contrário a qualificação perderá sua eficácia e será considerada extinta para todos os efeitos. Portanto, o prazo para opção pela relicitação é 5/10/2022, a qual, caso seja adotada, será irrevogável e irretratável, nos termos do art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017.

17. Assim, urge à ANTT e à CRO decidirem pela solução a ser adotada, seja a celebração do TAC com a transferência do controle acionário, seja a relicitação, até a data de 5/10/2022. Entretanto, para a celebração do TAC, as partes sinalizaram a importância da manifestação deste Tribunal, sobretudo em razão da existência de processos nesta Corte que tratam de questões a serem transacionadas no TAC.

18. Cabe mencionar que não é a primeira vez que o TCU realiza o acompanhamento de um processo de celebração de TAC (por exemplo, os TACs celebrados pela Anatel com as empresas Telefônica, TIM e Algar, Acórdãos 2.121/2017-Plenário, 548/2020-Plenário e 618/2020-Plenário, respectivamente). No presente caso, novamente as características, a relevância e o ineditismo do TAC em análise justificam a atuação deste Tribunal.

19. Em razão da urgência já mencionada, solicitei um exame célere à unidade instrutora, que não se furtou de, no curto prazo estabelecido, fazer uma análise de qualidade e apontar possíveis riscos e irregularidades na proposta de TAC, embora com um escopo limitado.
20. Apresento, a seguir, uma síntese das propostas do TAC, seguida da análise da unidade instrutora.

Propostas do TAC e comparação de alternativas

21. Conforme já mencionado, a MT-PAR apresentou à concessionária a intenção de assunção de seu controle societário, com vistas a restabelecer o adimplemento contratual. De acordo com a empresa, para que seja possível essa assunção, é necessário que seja formalizado, junto à ANTT, um TAC, com novas condições que buscam solucionar as causas de frustração das negociações anteriores, buscando trazer maior sustentabilidade financeira para o projeto, juntamente com o comprometimento do novo acionista com a concessão.
22. A lógica da nova proposta é a preservação da continuidade do serviço público, com retomada imediata das obras, substituindo o atual controlador da concessionária por entidade vinculada ao governo do estado com capacidade financeira para suportar os vultosos investimentos que se fazem necessários na rodovia.
23. As principais condições a serem pactuadas no TAC são as seguintes:
- a) prazo de oito anos para saneamento das inexecuções contratuais;
 - b) aporte de *equity* de R\$ 1,2 bilhão pela nova controladora;
 - c) manutenção do patamar tarifário atual, acrescido do reajuste pelo IPCA;
 - d) suspensão dos processos administrativos sancionadores em curso ou cujo fato gerador seja anterior à eficácia deste instrumento, com a suspensão do prazo prescricional, e, caso cumpridas as condições avençadas no TAC, extinção dos processos;
 - e) suspensão dos processos no TCU: TC 032.830/2016-5, TC 023.217/2015-4 e TC 034.032/2017-7;
 - f) extinção do passivo regulatório, caso haja o cumprimento integral do TAC;
 - g) renúncia, de forma definitiva e irretratável, a todas as pretensões formuladas no procedimento arbitral CCI 23960/GSS/PFF; e
 - h) celebração entre as partes, dentro do prazo de um ano, de um termo aditivo que contemple:
 - (i) a prorrogação do contrato por cinco anos, caso sejam cumpridas integralmente as condições do TAC;
 - (ii) o compartilhamento de riscos relativos a eventuais impactos de novas ferrovias concorrentes com a rodovia concedida;
 - (iii) a autorização de nova troca de controle acionário, após o cumprimento integral do Plano de Ataque, com prazo de três anos; e
 - (iv) a vedação de a antiga controladora voltar a compor o quadro de acionistas da concessão.
24. O despacho preliminar da Diretoria da ANTT (peça 3) realizou análise da vantajosidade da celebração do TAC frente as possíveis alternativas, a qual transcrevo a seguir, pela clareza do diagnóstico:
- “128. Nota-se, portanto, que o contrato de concessão, no estado em que se encontra atualmente, representa um grande desafio sob a ótica de estruturação financeira. Por isso, **manter a situação atual** não deve encarada pela Agência como uma alternativa viável.

129. A extinção do contrato de concessão por **caducidade** encontra óbice jurídico, haja vista que o empreendimento foi qualificado no âmbito do PPI. Ainda assim, caso venha a acontecer no futuro, haverá um sério risco de descontinuidade da prestação dos serviços que estão sendo executados atualmente, haja vista a incerteza de sucesso na nova licitação e a possibilidade de assunção dos serviços pelo DNIT, que se encontra com restrições orçamentárias para fazer frente aos serviços necessários. Portanto, não parece ser a melhor alternativa a ser adotada.

130. No caso de **relicitação**, o empreendimento já está qualificado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimento (Decreto 11.122/2022) e o Termo Aditivo deve ser celebrado até 5/10/2022. Essa opção é melhor do que a caducidade, pois extingue o contrato de maneira consensual e permite uma transição com a futura vencedora da licitação. Contudo, as partes pactuaram a prestação de serviços em patamar mínimo, excluindo-se a integralidade de investimentos pendentes originalmente pactuados, não resolvendo completamente a situação atual dos serviços explorados na rodovia. Essa situação poderia perdurar por um período de, pelo menos, 24 meses, nos termos do art. 20 da Lei 13.448/2017, até que eventual futuro operador, vencedor da licitação, assumisse a concessão e retomasse a execução dos investimentos.

131. Já a **celebração do TAC** ora em análise gerará ganhos socioeconômicos consideráveis quando comparado com a alternativa de relicitação do trecho da BR-163 MT, pois abrangerá as obrigações contratuais como um todo, terá um imediato aporte de *equity* e antecipará esses ganhos, haja vista a previsão de um intervalo de, pelo menos, dois anos para o início de novos investimentos no trecho, no caso de uma nova licitação.

132. O TAC, em consequência, ao antecipar os investimentos, como obras de duplicação de via, recuperação de pavimento e travessias urbanas, melhorará as condições de logística, reduzirá o número de acidentes na rodovia, incentivará a redução do frete rodoviário e aumentará os postos de trabalho, impulsionando, em última análise, o setor do agronegócio e melhorando a condição de vida da comunidade lindeira.

133. Além disso, a opção pela manutenção do contrato ante à relicitação ou a uma nova licitação após a caducidade implicará, na prática, uma redução tarifária a longo prazo. A Taxa Interna de Retorno - TIR do contrato atual é de 7,2%, menor que os 9,88% do Custo Médio Ponderado de Capital - WACC regulatório usado na modelagem dos novos contratos de concessão rodoviária que estão em andamento, notadamente o da BR-040 e o da BR-381. Outro ponto é que a tarifa quilométrica da CRO está entre as mais baixas dentre as reguladas pela ANTT, sendo quase metade da tarifa quilométrica ofertada, por exemplo, no leilão arrematado pela Ecovias do Araguaia, cujo contrato foi assinado em 29/9/2021.

(...)

134. Outras opções seriam a **encampação e a assunção da concessão pelos financiadores (também denominado *step-in*)**, as quais, ainda que possíveis, não seriam as melhores alternativas a serem adotadas. Com efeito, além de demandar trâmite legislativo, pagamento prévio de indenização, e enfrentar as mesmas impedâncias do processo arbitral em curso, a encampação importaria mobilizar o DNIT ou outro agente público para assumir a rodovia, no menor prazo possível, o que dificilmente traria uma resposta rápida ou nos mesmos níveis de um contrato privado.

135. Já a hipótese de a assunção do serviço pelos financiadores exige, antes de tudo, interesse desse agente – que não há nenhum indicativo, além de demandar um serviço especializado a entidades voltadas ao emprego do capital, que não detêm conhecimento do *metier* e, por isso, teriam que buscar no mercado especialistas para a gestão.

136. Ante todo o exposto, entende-se que a nova versão do TAC, a ser celebrado com a Concessionária CRO – Concessionária Rota do Oeste S.A., está aderente ao interesse público, haja vista que dará uma resposta mais imediata aos usuários, reduzindo os gargalos logísticos e o número de acidentes, assegurará uma tarifa mais módica, quando comparado com uma nova licitação, e restabelecerá o papel fiscalizatório desta Agência, mediante a renúncia da Concessionária à decisão arbitral que tem limitado a atuação da ANTT.”

25. O Ministério da Infraestrutura também se manifestou, por meio da Nota Técnica 30/2022/CGCR/DTROD/SNTT (peça 41), quanto à compatibilidade da proposta de TAC com a Política Nacional de Transportes. Nesse expediente, o ministério concluiu que o cenário de assinatura do termo de ajustamento de conduta, quando comparado ao cenário de relicitação, apresenta maior aderência ao escopo da política pública, cujos princípios, objetivos e diretrizes são plenamente atendidos em razão de um prazo menor de execução das obras de ampliação de capacidade e melhorias, imediatamente após a assinatura do TAC.

Análise da SeinfraRodoviaAviação

26. A unidade instrutora destacou que a documentação submetida ao TCU é uma proposta preliminar, visto que ainda está sujeita a modificações advindas das manifestações das unidades técnicas da ANTT, que foram sendo elaboradas no decorrer da elaboração da instrução. Considerando o prazo disponível para análise, a unidade instrutora limitou o escopo aos seguintes pontos: (i) impacto da assinatura do TAC nos processos do TCU; (ii) irregularidades detectadas pelo TCU em outros processos de troca de controle acionário conduzidos pela ANTT; e (iii) riscos e irregularidades detectados na minuta apresentada.

27. Quanto ao impacto nos processos do TCU, a unidade instrutora concluiu que a obrigação que o TCU homologue os requerimentos de suspensão dos processos (cláusula 4.2, iv) fere os limites do TAC a ser assinado entre a ANTT e a concessionária, em afronta ao entendimento firmado pelo Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário. Ademais, apontou que alguns processos abrangem, além das questões tarifárias, a apuração de responsabilidades de servidores da ANTT, correndo-se o risco de prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal.

28. Em seguida, lembrou outro processo de transferência do controle acionário analisado pelo TCU, relativo à Concessionária Rodovia do Aço S.A. (TC 017.812/2020-8). Naquele caso, ainda pendente de decisão de mérito, foram chamados em audiência os gestores da ANTT em razão da autorização para transferência do controle acionário da concessão para empresa que não detinha qualificação econômico-financeira.

29. A SeinfraRodoviaAviação destacou que os requisitos de patrimônio líquido mínimo eram distintos para o controlador e para a concessionária, devendo ser cumulativamente atendidos. Como consequência da situação, concluiu que o Poder Concedente foi deixado em uma situação de risco e fragilidade caso venha a apurar valores em seu favor quando do eventual acerto de contas do contrato, em decorrência do limitado patrimônio do controlador.

30. Em relação aos riscos e irregularidades da minuta de TAC apresentada, a unidade instrutora fez os seguintes apontamentos:

30.1. Possibilidade jurídica para a transferência do controle: segundo a cláusula 25.1 do contrato de concessão, a transferência de controle da concessionária seria permitida no caso de insolvência iminente, devidamente fundamentada. Entretanto, não teria sido identificada nos autos uma análise específica quanto à caracterização da hipótese de insolvência iminente.

30.2. Alterações profundas do contrato previstas no TAC: alterações de obrigações e alteração da matriz de risco seriam matérias alheias a um processo de troca do controle acionário ou de celebração de TAC. Além disso, o prazo de oito anos para regularização das obrigações estaria em desacordo com a Resolução-ANTT 5.823/2018, que prevê um prazo máximo de quatro anos. Merecem destaque as seguintes alterações contratuais:

- a) alteração da alocação de risco relacionado a novas ferrovias: haveria indefinição na cláusula do TAC quanto ao fato gerador e à correta apuração do impacto na demanda decorrente de novas ferrovias; foi destacado ainda que a procuradoria federal junto à

ANTT foi contrária à alteração da matriz de risco do contrato quando da análise do TAC anterior, alterando sua manifestação quanto à atual proposta de TAC;

- b) prorrogação de prazo: a procuradoria federal junto à ANTT, quando da análise anterior do TAC, teria considerado que a prorrogação de prazo pretendida não encontraria fundamento normativo, não tendo se pronunciado novamente quanto a essa questão na análise do presente TAC;

30.3. Sustentabilidade econômico-financeira do projeto: a viabilidade da operação não estaria demonstrada nos autos por meio de um fluxo de caixa; o aporte inicialmente previsto de R\$ 1 bilhão seria inferior ao passivo circulante registrado no último balanço da CRO e ainda haveria incerteza quanto à manutenção de mútuos com partes relacionadas no valor de R\$ 450 milhões com vencimentos entre um e dois anos.

30.4. Não atendimento a cláusulas do edital: a nova controladora deveria atender à qualificação econômico-financeira exigida no edital de licitação, que previu patrimônio líquido mínimo de R\$ 460 milhões. No entanto, a MT-PAR possuiria R\$ 41 milhões de patrimônio líquido, de acordo com seu balanço patrimonial de 2021.

30.5. Alto custo regulatório para efetuar duas transações de controle acionário: a ANTT deveria ponderar se não seria mais vantajoso adotar uma solução definitiva, por meio da celebração de um novo contrato (seja após a devolução amigável ou a caducidade), com modelagem atualizada e cláusulas modernas, ao invés de adotar uma solução intermediária, que já prevê nova troca de controle acionário no futuro próximo.

31. Ao final, a proposta de encaminhamento consignada na instrução da SeinfraRodoviaAviação contemplou as medidas a seguir transcritas:

“a) dar ciência à ANTT de que foram detectadas as seguintes impropriedades na minuta referente ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com troca de controle acionário entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária Rota do Oeste (CRO):

a.1) a imposição de obrigação ao TCU para ‘que homologue os requerimentos de suspensão dos processos’ (cláusula 4.2, iv), colide com o entendimento firmado pelo Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário (Ministro Antonio Anastasia);

a.2) a ANTT, no âmbito do processo administrativo de admissibilidade da proposta do TAC, não efetuou análise específica da situação econômico-financeira da concessionária de forma a enquadrá-la na cláusula 25.1 do contrato (insolvência iminente), única possibilidade de prosseguir com a troca de controle acionário sem a exigência da conclusão das obras de duplicação;

a.3) as alterações de obrigações e, principalmente, a alteração da matriz de risco do contrato, são matérias alheias a um processo de TAC e/ou troca de controle acionário, violando o contrato pactuado com a CRO e indo de encontro ao art. 27 da Lei 8.987/95, art. 10 da Resolução ANTT 5.927/2021 e art. 11 da Resolução-ANTT 5.863/2018;

a.4) a prorrogação de prazo do contrato, nos termos propostos, não encontra permissivo legal na legislação, violando o art. 4, incisos I e II da Lei 13.448/17 e art. 6º da Lei 13.448/17;

a.5) a proposta em questão carece de informações acerca da viabilidade econômico-financeira, sendo necessária a apresentação de um fluxo de caixa do projeto (situação da concessão após a implementação do TAC);

a.6) a empresa proponente, MT Participações e Projetos S/A, não possui os requisitos de qualificação econômica previstos no edital do projeto originário (possui apenas 10% do patrimônio líquido necessário).

b) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, para que, no prazo de 15 dias, disponibilize:

- b.1) o acesso integral aos documentos relativos à arbitragem 23960/2018/GSS/PFF (ANTT x CRO);
- b.2) cronograma arbitral.”

32. Feita a contextualização da matéria, inicio minhas considerações afirmando que não teria dificuldades em acompanhar a proposta da unidade instrutora, caso a transferência do controle da concessão em análise estivesse destinada a uma empresa particular.

33. Todavia, a situação adquire contornos distintos quando se considera que a companhia que pretende assumir o controle da concessão da rodovia BR-163/MT é uma empresa controlada pelo poder público. Segundo seu relatório de gestão, o governo do estado do Mato Grosso detém 99,99% das ações da MT-PAR (disponível em <<https://www.mtpar.mt.gov.br/relatorio-de-gestao-e-balanco-anual>>, acesso em 25/9/2022).

34. Nesse aspecto, considerando o interesse público que rege a atuação de ambas as partes do ajuste a ser celebrado, acredito que algumas disposições podem ser excepcionalmente adotadas a fim de permitir a solução que melhor atende ao interesse da coletividade.

35. Não é demais destacar que, no que tange à gestão das rodovias federais, a União está autorizada a delegar a administração de rodovias aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, inclusive para a exploração mediante concessão (Lei 9.277/1996). Mais ainda, a União pode transferir rodovias ou trechos de rodovias federais, mediante doação, a esses mesmos entes (Lei 12.379/2011, art. 18). Portanto, seria de excessivo rigor exigir, no negócio em questão, a integral observância das cláusulas que regem um contrato de concessão firmado inicialmente com uma empresa particular, na medida em que o eventual novo controlador é parte da administração pública estadual.

36. É nesse sentido que se manifestou o Procurador-Geral substituto da ANTT, em seu Despacho de Aprovação 205/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (peça 35, p. 416-423), conforme trecho transcrito a seguir:

“11. De início, nota-se que as normas reguladoras produzidas pela ANTT para o tratamento do termo de ajustamento de conduta (TAC) e transferência de controle societário não são elaboradas considerando a possibilidade de um outro ente da federação como proponente, o que se verifica no caso presente. Essas normas são elaboradas com o claro viés negocial, buscando proteger interesses constitucionalmente destacados, como a garantia do processo licitatório e de vinculação ao objeto licitado. O aspecto competitivo do certame tem grande relevância nesses normativos, dado que a concessionária é uma empresa que participou do processo concorrencial e sagrou-se vencedora em razão da proposta que apresentou. Nessa linha, as normas que tratam de TAC e transferência de controle não preveem alterações, propriamente, nos contratos celebrados, permitindo, porém, a negociação sobre a forma de cumprimento das obrigações que constituem seu objeto. Há um claro viés comercial, fundado no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que limita o âmbito de discricionariedade da Agência nessas negociações, que não podem ser completamente livres.

12. No caso em tela, entretanto, apresenta-se o Estado do Mato Grosso, ente público também, assim como a ANTT, inteiramente vocacionado à realização do interesse público, antes de qualquer intenção na obtenção de vantagem no sentido comercial. O Estado apresenta proposta que tem por objetivo tornar viável a continuidade da concessão, sem aumento de tarifa e com início imediato dos investimentos previstos, comprometendo-se, ainda, a aportar 1 bilhão de reais no projeto como condição para a própria eficácia do TAC. Em contrapartida, pede a suspensão da aplicação dos passivos regulatórios, com a sua extinção ao final e apenas em caso de cumprimento do TAC. Ainda condicionado ao cumprimento do TAC, pede a ampliação do prazo contratual em 5 anos.

13. O principal fator diferencial – e que limita o uso do caso como precedente em outras concessões – é seu caráter de negócio público. A proposta constitui uma negociação de público para público, no qual ambas as partes têm como motor principal da ação a busca pelo interesse

público. Consiste, essencialmente, na combinação de suas políticas públicas, federal e estadual, com um único objetivo: promover uma ampliação do bem-estar da sociedade, e em especial dos usuários da rodovia, diante de outras alternativas que se mostram muito inferiores nesse aspecto.”

37. Cabe reconhecer que o curto prazo disponível para análise da proposta de TAC impediu a realização de um exame pormenorizado de todos os seus aspectos. Todavia, a despeito de certa incompletude da documentação, visto que algumas análises ainda estão em andamento na ANTT, considero que as informações disponíveis permitem uma manifestação deste Tribunal, no sentido de contribuir tempestivamente para oferecer segurança jurídica na busca por soluções para problemas reais e complexos, que por vezes demandam instrumentos inovadores dos poderes públicos.

38. Passo, então, a examinar a matéria conforme os tópicos apresentados a seguir.

Da abrangência e finalidade do TAC

39. Quando submeti à apreciação deste Tribunal o processo do TAC da empresa Telefônica Brasil S.A. em trâmite na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), teci algumas considerações sobre a abordagem desse ato jurídico, que considero pertinente serem resgatadas. Sendo assim, transcrevo trecho do voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário:

“Feita a contextualização, observa-se que os TAC possuem natureza negocial, bilateral, de contorno quase contratual-administrativo. Assim como os acordos de leniência (arts. 16 e 17 da Lei AntiCorrupção) e na linha da previsão de autocomposição envolvendo entes estatais (arts. 32 a 40 da Lei de Mediação c/c arts. 3º, § 3º, 15, 174 e 175 do Código de Processo Civil), trata-se de mais um exemplo do uso crescente de mecanismos de solução consensual de conflitos que vem modificando a Administração Pública contemporânea, atribuindo-lhe perspectivas mais negociais e mediadoras, além de, na medida do possível, menos contenciosa.

Nessa linha, podemos analisar o TAC como um pacto de livre vontade inspirado por estímulos e incentivos, resultante de uma dupla análise de custo-benefício, tanto no polo estatal quanto no polo privado, à semelhança do que tenho defendido em relação aos acordos de leniência (v.g. Acórdãos 245/2017 e 483/2017, ambos do Plenário).

(...)

Uma atuação eficiente por parte do Estado nessa atividade negocial deve, portanto, considerar essa estrutura de incentivos e nela interferir. Estamos diante de situações de administração gerencial na prática, que pressupõe a confiança no gestor público para definir a condução dos procedimentos (grifou-se):

‘O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige **formas flexíveis de gestão**, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, **acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados**, e da competição administrada.’ (BRASIL, 1995. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado)

Portanto, não se pode analisar o instrumento sob a ótica puramente burocrática, permeada por regras procedimentais e controles-meio. Sem se afastar das leis e regulamentos, praticar a tão propalada administração gerencial pressupõe conceder certa margem de discricionariedade ao gestor. Vale dizer, o órgão negociador deve ter alguma liberdade para verificar, no caso concreto, qual a forma de atuação mais efetiva e eficiente, desde que suas escolhas estejam fundamentadas em bases sólidas, jurídicas e fáticas, e não se afastem da legislação e dos princípios regentes.

Naturalmente, há que se ter alguma cautela no controle dos acordos porquanto a atividade negocial pressupõe maior espaço de discricionariedade do agente público. Todavia, se o controle externo

impuser rígido controle burocrático poderá minar o instrumento e sacramentar a ineficiência do Pado como instrumento sancionador da atividade regulatória.

Por serem instrumentos novos, é natural que haja alguns desacertos ao longo do procedimento de normatização e negociação do instrumento. Ademais, a Administração Pública brasileira de forma geral ainda não adquiriu maturidade, experiência e meios para negociar de forma plena e flexível junto aos agentes privados. Assim, é natural que surjam dúvidas de ambos os lados ao longo da curva de aprendizado institucional, que só o tempo saneará.

Portanto, este Tribunal deve ter a cautela necessária para não obstaculizar e burocratizar demasiadamente o procedimento de modo a inviabilizá-lo na prática. Também, repito, não deve analisá-lo com a mesma lupa burocrática com que examina, por exemplo, processos de licitações e contratos, visto tratar-se de um instrumento de gestão negociada.”

40. Após a prolação do mencionado acórdão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi alterada de forma a contemplar, em seu art. 26, a possibilidade de celebração de compromissos como instrumento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

41. Tal previsão veio reforçar o entendimento de que a celebração de um TAC tem aplicações mais amplas do que a mera correção de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares.

42. Isso porque, como destacam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, no que tange ao debate sobre o permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública, uma das linhas de interpretação que se descortina com a entrada em vigor da LINDB é a de que “o sistema jurídico brasileiro passa a contar com dois permissivos genéricos: o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, e o art. 26 da LINDB.”, e o último não interdita qualquer objeto. (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Revista de Direito Administrativo: RDA, Rio de Janeiro, p. 148-150, out. 2018. Edição Especial).

43. De fato, o art. 26 da LINDB traz tipicidade mais ampla que o permissivo anterior – eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público – justamente com o objetivo de estabelecer margens mais largas de liberdade para se definir a estratégia negocial que melhor se compatibilize com o interesse público.

44. A norma trata de reconhecer que a eficiência administrativa requer formas mais flexíveis para lidar com a dinamicidade e a complexidade em certos terrenos do direito público, como os contratos de parcerias e investimentos, que são mutáveis por natureza.

45. Nessa linha, Flávio Amaral Garcia destaca que a “incompletude e a existência de lacunas nos contratos, notadamente nos contratos de longa duração, implicam forçosamente em um maior grau de flexibilidade e elasticidade nos contratos, a fim de justificar estruturas endógenas que confirmam às partes maior adaptabilidade às circunstâncias, aos eventos ou às contingências que não foram previstas na regulação contratual *ex ante*.” (GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ramo do Direito Público, julho de 2019, p. 102.)

46. As concessões rodoviárias da terceira etapa – que, de sete, quatro já se encontram em processo de relicitação – parecem apresentar a aludida sorte de contingências a reclamar maior grau de flexibilidade e elasticidade no trato de suas execuções, ao que se alia o fator, aqui presente, observado de forma perspicaz pelo Procurador-Geral substituto da ANTT, de que a transação envolve dois entes públicos, o que autoriza uma dose maior de discricionariedade, que não se justificaria fosse a outra parte um particular.

47. E o TAC, nesse caso concreto, precisamente por sua flexibilidade, apresenta-se como a estrutura capaz de oferecer às partes a melhor alternativa para a realização do interesse público.

48. Com efeito, a Administração Pública reveste-se de caráter instrumental, e desde a virada do século o ideal administrativo a que se aspira é o desapego ao formalismo estéril para a adoção de um modelo que se aferra menos ao procedimento e preocupa-se mais com os resultados. É preciso, nas precisas lições de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência”. (Ferraz, Sérgio; Dallari, Adilson Abreu. Processo Administrativo, Malheiros Editores, 2000, pp. 77-78, n. 13, 2002, p. 78).

49. Sendo assim, discordo da unidade instrutora quanto à afirmação de que alterações de obrigações e alteração da matriz de risco do contrato são matérias alheias a um processo de TAC.

50. Como visto, a utilização de uma solução consensual deve estar pautada pela busca da satisfação do interesse geral, da forma mais eficiente, dentro dos princípios que regem a Administração Pública. É com esse espírito que analiso as propostas do TAC em questão, com especial relevo para o fato de que a parte com a qual se negocia também pertence à Administração Pública.

Dos processos conexos no TCU

51. A versão inicial do TAC analisada pela unidade instrutora (peça 4) previa como condição de eficácia do ajuste a homologação, pelo TCU, dos requerimentos de suspensão dos seguintes processos, até o cumprimento integral do TAC: TC 032.830/2016-5, TC 023.217/2015-4 e TC 034.032/2017-7. A análise transcrita no relatório que antecede este voto fez uma adequada contextualização do objeto, da relatoria e do estágio processual de cada um deles, sendo desnecessário reproduzi-los, por dever de síntese.

52. Sobre a questão, a unidade instrutora trouxe o seguinte precedente constante do Acórdão 1.969/2022-TCU-Plenário:

“21. Reforço que a competência de controle externo deste Tribunal, de matriz constitucional, não se vincula às interpretações jurídicas pactuadas em termos ou compromissos de ajustamento de conduta, cujo propósito, conforme bem elucidado no parecer do *Parquet*, é apenas evitar a continuidade de ações administrativas ou judiciais tendentes a gerar sanções ao compromissário, movidas pela Administração Pública ou pelo Ministério Público. Os termos pactuados estabelecem compromisso jurídico entre as partes (compromissário e autoridade legitimada), sem afastar a possibilidade de atuação de outros agentes de controle.”

53. Após a conclusão da instrução, a MT-PAR apresentou à ANTT nova redação para as cláusulas que tratam dos processos do TCU (peça 38), excluindo a necessidade de anuência deste Tribunal à suspensão dos processos, porém incluindo a obrigação de que a agência suspendesse a aplicação, no contrato de concessão, de quaisquer impactos econômico-financeiros decorrentes de determinações proferidas pelo Tribunal nesses processos.

54. A meu ver, a análise de unidade instrutora, com a qual me alinho, permanece válida, mesmo após a alteração nas cláusulas do TAC.

55. As determinações do TCU têm caráter cogente e decorrem da própria Constituição Federal (art. 71, inciso IX). Sendo assim, a previsão de suspensão do cumprimento de determinações exaradas por este Tribunal, com base em cláusula do TAC, não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Além de ser inócua, essa cláusula pode ensejar condutas sujeitas à sanção dos responsáveis (art. 58, incisos IV e VII, da Lei 8.443/1992).

56. Poderia propor uma determinação para que a cláusula em exame fosse excluída do TAC, mas deixo de fazê-lo por entender suficiente dar ciência à ANTT a respeito da irregularidade dessa cláusula.

57. Cabe reconhecer, contudo, que os termos do TAC proposto certamente trarão repercussões nas questões tratadas nos mencionados processos, por tratarem de obrigações que agora estão sendo renegociadas e também eram discutidas, em maior ou menor grau, naqueles autos.

58. Entendo que a melhor forma de solucionar essas pendências é por meio de uma análise específica em cada um desses processos, posto que seus respectivos relatores terão maior propriedade para identificar as exatas consequências do TAC nas situações objeto de seus processos, observando as peculiaridades do presente caso, que requerem razoabilidade e sensibilidade desta Corte de Contas.

59. Caso seja acolhido o acórdão que ora proponho, tenho certeza de que a decisão do Plenário servirá de paradigma para a solução a ser adotada nos mencionados processos, considerando as especificidades de cada caso.

60. Naturalmente, o Tribunal não se furtará em considerar as especificidades e o impacto do possível TAC a ser firmado quando do exame das matérias tratadas nos aludidos processos, assim como proceder com a cautela e zelo necessários ao caso.

Dos requisitos contratuais para a transferência de controle da concessionária

61. É pertinente a observação da unidade instrutora quanto à ausência de uma análise específica da ANTT acerca da caracterização da insolvência iminente da concessionária, condição apta a permitir a transferência do controle, de acordo com a cláusula 25.1 do contrato de concessão.

62. Embora várias evidências levem a essa conclusão, é necessário que a condição de insolvência seja formalmente fundamentada.

63. Todavia, considerando que o processo de anuência para transferência de controle ainda se encontra em trâmite na agência e que essa anuência é condição de eficácia do TAC, entendo que essa impropriedade não impede a celebração do TAC, sendo suficiente dar ciência à ANTT para que adote medidas saneadoras.

Da alocação dos riscos relacionados a novas ferrovias

64. Conforme descrito no trecho inicial deste voto, a concessão da BR-163/MT, nos atuais moldes, encontra-se em uma frágil condição de sustentabilidade financeira, com descumprimentos contratuais e processos de caducidade e de relicitação já abertos.

65. Sem pretender identificar as causas que levaram à situação atual da concessão, fato é que seu insucesso não é um caso isolado, podendo ser observado em vários outros contratos da terceira etapa de concessões de rodovias federais. Das sete concessões realizadas nessa etapa, com início nos anos de 2013 e 2014, além da CRO, outras três concessões se encontram com processos abertos de extinção amigável para fins de relicitação (concessionárias Via 040, MSVia e Concebra).

66. Vale registrar que as concessões da terceira etapa tiveram como características leilões com deságios tarifários agressivos por parte dos interessados, em uma média de 50%, e investimentos de ampliação elevados, com prazo de cinco anos para duplicação de todo o trecho concedido (FERREIRA, Arian Bechara et al. Modelagem e Regulação de Projetos de Concessão Rodoviária Sob a Ótica do Financiador. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, v. 27, n. 54, p. 7-82, set. 2021).

67. A vantajosidade de manutenção da concessão da CRO, por meio da celebração do TAC, em comparação à alternativa da relicitação, já foi descrita anteriormente neste voto. Em síntese, busca-se preservar a continuidade do serviço público, com retomada imediata das obras e manutenção da tarifa nos patamares atuais. Quanto à tarifa praticada, é relevante destacar que a tarifa por quilômetro da Concessionária Rota do Oeste está entre as mais baixas dentre as reguladas pela ANTT, conforme gráfico a seguir reproduzido.

Figura 1. Tarifas de pedágio (R\$/100 km)



1ª etapa 2ª etapa 3ª etapa 4ª etapa

*TA de relicitação vigente

** Extensão contratual

Fonte: Despacho DDB de 24/8/2022 (peça 3).

68. Na atual proposta de TAC, um dos mecanismos previstos para fortalecer a sustentabilidade financeira do projeto, viabilizando a manutenção da concessão e evitando o caminho da relicitação, foi a alocação dos riscos de entrada em operação de novas ferrovias ao poder concedente, conforme cláusulas a seguir.

“4.4 Dentro de 1 ano após o início da eficácia do presente TAC será celebrado termo aditivo contratual entre as partes, com o seguinte objeto:

(...)

ii. estabelecimento da alocação de riscos relativos a eventuais impactos decorrentes da operação de novas ferrovias concorrentes com a rodovia concedida, ainda que tenham sido autorizadas anteriormente à assinatura do presente TAC;

(...)

4.5 O risco relativo aos impactos decorrentes da operação de novas ferrovias, conforme estabelecido na subcláusula anterior, será suportado integralmente pelo Poder Concedente se gerar alteração superior a 5% do fluxo de veículos, tendo como referência ainda a média de crescimento dos últimos 5 anos anteriores ao fato gerador, desde que a concessionária esteja adimplente com as obrigações assumidas no presente TAC, conforme prazos estabelecidos no Anexo B.”

69. Sabe-se que a demanda é uma variável que impacta diretamente as receitas da concessão, de modo que a maior previsibilidade é condição que favorece a financiabilidade do projeto. A modelagem das concessões de rodovias tem evoluído no sentido de realizar um compartilhamento dos riscos de demanda, justamente para permitir a viabilidade do projeto, aumentando o interesse dos agentes de mercado e fomentando a competição. No contrato da BR-163/MT já havia uma previsão de alocação de riscos de demanda ao poder concedente, porém apenas quanto a novas rodovias, conforme cláusula a seguir:

“21.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

21.2.6 implantação de novas rotas ou caminhos alternativos rodoviários livres de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de assinatura do Contrato, nos instrumentos públicos de planejamento governamental ou em outras fontes oficiais públicas;”

70. Após a assinatura do contrato, em 2014, houve significativa alteração no setor ferroviário, com diversas propostas legislativas em discussão que culminaram a edição do novo marco legal das ferrovias, Lei 14.273/2021. A principal inovação da lei foi a possibilidade de exploração de ferrovias em regime privado, mediante autorização, o que tem sido visto como motor de indução de crescimento do setor ferroviário.

71. Nesse contexto, a competição intermodal das ferrovias com as rodovias apresenta-se como um risco relevante de demanda, principalmente no transporte de cargas, que é responsável por 92% do tráfego da BR-163/MT.

72. Vale destacar que as concessões mais recentes realizadas pela ANTT já incorporaram a alocação dos riscos de novos modais de transporte terrestres (e não apenas rodoviários) ao poder concedente. É o caso, por exemplo, da BR-153/414/080/TO/GO, cujo contrato assinado em 2021 previu o seguinte risco alocado ao concedente:

“21.2.5 implantação de novas rotas ou caminhos alternativos terrestres concorrentes, livres ou não de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existiam e que não estavam previstos nos instrumentos oficiais de planejamento governamental, na data da publicação do Edital, desde que demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato;”

73. É bem verdade que a alteração da matriz de riscos de um contrato tem o condão de alterar o seu equilíbrio econômico-financeiro. Por essa razão, entendo que a alteração ora em análise encontraria óbices de ser realizada caso estivesse sendo negociada com um particular.

74. Todavia, considerando que a concessão será assumida pelo estado do Mato Grosso e que foi demonstrada a vantajosidade da solução proposta, resta plenamente atendido o interesse público a justificar a alteração excepcional da alocação de riscos do contrato, em perfeita consonância com as matrizes de risco adotadas nas concessões mais recentes.

75. Entendo pertinente, porém, a observação da unidade instrutora quanto à indefinição na quantificação do impacto na demanda decorrente apenas de novas ferrovias. Isto é, da forma como está prevista a cláusula de alocação de risco, não está claro como a ANTT procederá para identificar se a alteração do fluxo de veículos após a entrada em operação de uma nova ferrovia se deu em decorrência desse fato ou de outra causa externa eventualmente ocorrida.

76. Não vislumbro que essa indefinição seja óbice à celebração do TAC, já que a cláusula especifica adequadamente que os impactos devem ser decorrentes da operação de novas ferrovias concorrentes com a rodovia concedida. Entretanto, a apuração desse impacto, que pode ser objeto de normatização posterior, poderia ser melhor especificada. Nesse sentido, proponho recomendar à ANTT que realize estudos a fim de desenvolver metodologia para a quantificação do impacto da entrada em operação de novas ferrovias na demanda das concessões existentes.

Da extensão do prazo

77. Está prevista no TAC a celebração de termo aditivo contratual para a ampliação do prazo do contrato de concessão por cinco anos, por interesse público. Cabe ressaltar que a prorrogação terá eficácia somente se houver o cumprimento integral do TAC.

78. O contrato de concessão da CRO já previu a prorrogação do prazo, nas seguintes hipóteses:

- “(i) por imposição do interesse público, devidamente justificado;
- (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada;
- (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.”

79. Valem aqui as mesmas considerações que teci a respeito da alteração da alocação de riscos. A extensão de prazo proposta é necessária para permitir a amortização dos vultosos investimentos que serão realizados, permitindo a financiabilidade e a sustentabilidade da atual concessão.

80. Já tendo sido demonstrado que o interesse público é atendido de forma mais eficiente com a continuidade da concessão, que será viabilizada por meio do aporte de R\$ 1,2 bilhão de recursos do estado do Mato Grosso, a solução negocial proposta, que contempla, dentre outras medidas, a extensão do prazo contratual, mostra-se jurídica e proporcional.

81. Faço novamente a ressalva de que a condição específica deste TAC, que é celebrado entre duas entidades públicas, é elemento distintivo essencial para permitir alterações contratuais como essa em análise. Isso porque a extensão do prazo da concessão também altera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não sendo possível concedê-la em benefício de um particular sem que esse tenha demonstrado os correspondentes encargos assumidos em contrapartida. No presente caso, todavia, o beneficiário é o próprio estado do Mato Grosso e, em última análise, os usuários da rodovia, que poderão ter viabilizada uma solução célere para uma concessão que se encontra em difícil situação e que é de vital importância para a sociedade e a economia mato-grossenses.

Da sustentabilidade econômico-financeira do projeto

82. Quanto aos riscos identificados pela unidade instrutora, importa destacar que a CRO e a MT-PAR apresentaram recentemente à ANTT um detalhamento da viabilidade e exequibilidade econômico-financeira do projeto (peça 42). Neste novo documento, foi proposto um aumento do aporte a ser efetuado pela MT-PAR na concessão, que passou de R\$ 1 bilhão para R\$ 1,2 bilhão, com o seguinte cronograma:

- a) R\$ 520 milhões em 2022;
- b) R\$ 170 milhões em 2023; e
- c) R\$ 510 milhões em 2024.

83. O esclarecimento mais relevante prestado diz respeito às dívidas da concessionária, que serão equalizadas sem a utilização do montante de R\$ 1,2 bilhão a ser integralizado. A MT-PAR esclareceu que a dívida com bancos, que alcança o valor de R\$ 916 milhões, está sendo negociada e seu pagamento será feito por meio de um fundo controlado pela MT-PAR. Quanto aos mútuos com a atual acionista, no valor atualizado de R\$ 513 milhões, foi informado que serão integralizados ao capital social da CRO como condição precedente de eficácia do TAC. Esses compromissos foram incluídos como condição de eficácia do TAC, conforme cláusula inserida na última versão disponível (peça 43):

“4.2. A eficácia do presente TAC fica sujeita às seguintes condições sucessivas e cumulativas:
(...)

- ii. saneamento dos passivos da CONCESSIONÁRIA perante os atuais credores, com recursos diretamente do novo Acionista e independente dos fluxos contidos na cláusula 2.1, item x;”

84. Portanto, a principal fragilidade identificada pela SeinfraRodoviaAviação, referente às dívidas da concessionária, restou esclarecida. Considerando que a análise da sustentabilidade econômico-financeira do projeto se insere na análise da capacidade econômico-financeira da nova

controladora, a ser tratada no tópico a seguir, deixo de propor qualquer encaminhamento sobre a questão.

Da capacidade econômico-financeira do novo controlador

85. A unidade instrutora defende que a qualificação econômico-financeira exigida dos licitantes no edital de licitação que originou o contrato em análise deveria ser mantida como critério para o novo controlador, ou seja, a MT-PAR. Sobre esse ponto, diverjo da unidade, pois considero que os normativos aplicáveis, transcritos a seguir, não contemplam essa interpretação.

Lei 8.987/1995:

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço;”

Lei 10.233/2001:

“Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infraestruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência.

Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29.”

Resolução-ANTT 5.927/2021:

“Art. 16. Nas hipóteses de transferência de controle societário, o novo controlador deverá:

I - atender aos requisitos de regularidade fiscal previstos no edital do procedimento licitatório respectivo; e

II - apresentar relatório demonstrando capacidade econômica e financeira, contendo indicadores de liquidez, operacionais, financeiros, de custo de capital, de valorização da empresa e de valor econômico agregado, como forma de aferir sua idoneidade financeira.”

86. Nota-se que o critério definido no edital e que permanece exigível para o novo controlador é a regularidade fiscal. Quanto à capacidade econômico-financeira, em nenhum momento foi definido que o parâmetro deveria ser o mesmo do edital, mas que essa capacidade, a ser estabelecida pela Agência, deveria ser necessária para a assunção do serviço.

87. Considero que o momento da licitação e o momento de eventual troca de controle societário, por serem distintos, também podem exigir qualificações econômico-financeiras distintas, cabendo à ANTT efetuar a análise da capacidade da nova controladora conforme a situação específica de cada concessionária, da estrutura da operação que está sendo realizada, bem como do estágio da concessão. Ademais, a situação do novo controlador em análise é mais peculiar, por se tratar de uma sociedade de economia mista estadual.

88. De toda forma, ainda que o critério do edital não deva ser obrigatoriamente observado, resta pendente de análise pela ANTT a capacidade econômico-financeira da MT-PAR, de forma a atender a Resolução-ANTT 5.927/2021. Sendo assim, proponho dar ciência à ANTT a esse respeito.

Do acompanhamento e fiscalização do TAC pela ANTT

89. O diretor da ANTT, em seu despacho preliminar à peça 3, chamou atenção para uma das cláusulas de hipóteses de rescisão do TAC por descumprimento dos prazos pactuados:

“8.2. Para os efeitos dos incisos (i) e (ii) da subcláusula 8.1 acima, considera-se inadimplemento o descumprimento, por 2 (dois) anos consecutivos, superior a 50% do total previsto no cronograma anual, de acordo com os pesos estabelecidos na subcláusula 8.3, a ser aferido ao final de cada ano de execução do plano de trabalho.”

90. Segundo o diretor, essa cláusula poderia ser muito permissiva, conforme análise a seguir transcrita:

“125. Ao estabelecer que a rescisão ocorre apenas se o descumprimento das obrigações ocorrer por dois anos consecutivos, abre-se a possibilidade, em tese, de haver descumprimento de 100% das obrigações em um dado exercício, sem que isso resulte em rescisão do TAC, o que pode gerar incentivos indevidos para o que se busca com o ajuste em análise.

126. Torna-se relevante que a área técnica avalie os valores razoáveis e proporcionais de inadimplementos admitidos ao longo do TAC, de forma que gerem incentivos críveis para sua correta implementação.”

91. De fato, considero que a redação carece de aprimoramento para não permitir níveis muito baixos de execução em anos alternados, que não chegariam a configurar dois anos consecutivos de descumprimento, mas evidentemente resultariam em um nível de execução acumulado insuficiente para dar cumprimento ao TAC. Ante o exposto, proponho recomendação à ANTT para o aprimoramento da cláusula em questão.

Da transação dos passivos regulatórios e da renúncia ao procedimento arbitral

92. Caso o TAC seja cumprido, está previsto que os passivos regulatórios serão extintos, bem como os processos sancionadores em curso. Os passivos regulatórios correspondem a receitas arrecadadas a maior pela CRO em face da decisão cautelar vigente no procedimento arbitral que impede a ANTT de impor descontos tarifários à concessionária.

93. A Nota Técnica 5744/2022/GECEF/SUROD/DIR (peça 35, p. 770-773) apurou que o total de passivos regulatórios alcança o valor de R\$ 880 milhões, a preços de julho de 2022. Quanto ao passivo de penalidades, o Despacho CIPRO SEI n. 13295641 (peça 35, p. 762-790) informou que totalizavam R\$ 433 milhões, referentes a 191 processos administrativos.

94. Por outro lado, a concessionária vem pleiteando no âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por supostos prejuízos por ela suportados. Foram formulados 13 pleitos, que totalizavam o valor de R\$ 1,23 bilhão, a preços de maio de 2012. Foi proferida decisão pelo Tribunal Arbitral, em 11 de maio de 2020 (ordem processual 6), reconhecendo a presença de *fumus boni iuris* relativamente a 8 dos 13 pedidos formulados pela concessionária, correspondentes ao montante de R\$ 722 milhões.

95. Assim, o TAC também prevê a renúncia integral, pela concessionária, a todas as pretensões formuladas no procedimento arbitral.

96. Sobre essa transação, o diretor da ANTT assim se pronunciou (peça 3):

“Ainda sobre a extinção dos passivos regulatórios, é primordial ter em mente as consequências práticas dos diferentes cenários – manutenção do *status quo* e repactuação mediante transferência de controle – nas expectativas de reequilíbrio dos passivos regulatórios e recolhimento de multas, assim como no bem-estar do usuário.

No primeiro cenário – em que não é pactuado o TAC proposto – a concessão será extinta após a relicitação amigável (hipótese mais provável) ou após a decretação de caducidade.

Os valores atualmente devidos – reequilíbrio por fator D não aplicado em função da decisão arbitral e multas não transitadas em julgado – não retornarão à concessão, mas serão descontados do valor de indenização, caso não haja impedimento arbitral/judicial (fator D) e já tenha ocorrido trânsito em julgado (multas). Eventuais saldos remanescentes de passivos para com o Poder Concedente terão que ser cobrados de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE

‘falida’, cujo principal ativo será o direito às receitas de uma concessão que foi extinta. Ou seja, não se pode perder de vista, ao se tratar de uma concessão em crise, que é muito baixa a probabilidade de retorno aos usuários da rodovia dos R\$ 900 milhões em passivos e multas.

Já do ponto de vista do bem-estar do usuário, o cenário de extinção do contrato tem o condão de permitir a retomada das obras somente após nova licitação e assunção do trecho por novo concessionário. Trata-se de uma solução de médio prazo: aproximadamente 3 a 4 anos para que possa retomar os investimentos em aplicação de capacidade.

Já no segundo cenário – transferência de controle com pactuação do TAC proposto – a concessão permanece vigente até o advento do termo contratual.

Os passivos regulatórios e multas são sobrestados e, caso haja adimplemento do TAC – são extintos. Na hipótese de descumprimento das novas obrigações, todo o valor sobrestado passa a ser exigível (sem qualquer impedimento arbitral) e é descontado da indenização eventualmente devida por bens reversíveis. Ou seja, na pior das hipóteses, retorna-se à situação original, com a diferença de que a SPE recebeu um aporte de R\$ 1 bilhão e todos os passivos e multas são plenamente exigíveis.

Conclui-se, portanto, que a opção por extinguir os passivos regulatório e multas, após o cumprimento integral do TAC, é a solução que melhor atende ao interesse público, na medida em que não traz nenhum risco adicional ao Poder Concedente e, ao mesmo tempo, permite a continuidade da concessão com a retomada imediata das obras, em nítido benefício aos usuários e à sociedade.”

97. Sobre essa transação, entendo que a análise acima transcrita evidencia, em termos gerais, a vantajosidade do TAC. Não deve ser intuito desta Corte examinar em minúcias os valores, buscando apurar eventual equilíbrio, até porque a incerteza que os envolve é grande. Ocorre que a principal razão para que esses valores não sejam tão relevantes é justamente o ponto distintivo deste TAC, já mencionado diversas vezes neste voto, que é a sua celebração com uma entidade pública. Eventual saldo positivo, seja para a ANTT, seja para a concessionária, serão auferidos para o bem do interesse público, em último caso.

98. O mesmo raciocínio vale para as alterações contratuais admitidas no TAC, tendentes a realocar riscos e estender o prazo contratual. Tais alterações agregam valor à concessão, valorizando o ativo, e beneficiando uma entidade pública. É bem verdade que o estado do Mato Grosso está aportando no negócio vultosas quantias e assumindo consideráveis riscos, de modo que não há como se antever eventual benefício ao estado. A única parte certamente beneficiada é a população, que terá a certeza de investimentos em infraestrutura em menor espaço de tempo.

99. Todavia, nesse contexto, para que não haja qualquer dúvida quanto ao pleno atendimento ao interesse público na celebração do TAC, julgo pertinente resgatar uma proposta constante da manifestação inicial do Governo do Estado do Mato Grosso ao propor o TAC (peça 37, p. 8). Trata-se do compromisso de reverter o ganho obtido pela MT-PAR com a eventual venda de sua participação acionária na concessionária para investimento cruzado em outra rodovia do estado.

100. Essa proposta não consta da atual versão de TAC em análise, porém julgo que seria plenamente pertinente, inclusive por estar em consonância com disposição análoga aplicável no caso de delegação de rodovias federais a estados, ao distrito federal ou a municípios, constante da Lei 9.277/1996:

“Art. 3º A delegação será formalizada mediante convênio.

§ 1º No instrumento de convênio constará cláusula prevendo a possibilidade de aplicação da legislação do Município, do Estado ou do Distrito Federal na cobrança de pedágio ou de tarifa portuária, ou de outra forma de cobrança cabível, no que não contrarie a legislação federal.

§ 2º A receita auferida na forma do parágrafo anterior será aplicada em obras complementares, no melhoramento, na ampliação de capacidade, na conservação e na sinalização da rodovia em que for cobrada e nos trechos rodoviários que lhe dão acesso ou nos portos que lhe derem origem.”

101. Sendo assim, proponho recomendar à ANTT que preveja o compromisso de reverter o eventual ganho obtido pela MT-PAR com a venda de sua participação acionária na concessionária para investimento em rodovias do estado.

Considerações finais

102. Ressalto mais uma vez o ineditismo do caso em apreciação nesta oportunidade. A adoção de uma solução consensual de conflitos, conjugada com a peculiaridade de que a transação é realizada, em última instância, entre duas entidades públicas, teve o condão de potencializar a busca pela satisfação do interesse público de forma mais eficiente.

103. Partindo da situação atual, de uma concessão com graves inadimplementos e com processos de caducidade e de relicitação abertos, formulou-se uma solução em que o suporte financeiro do estado, alterações pontuais no contrato e transações pactuadas para extinguir litígios viabilizaram a estruturação de um cronograma de investimentos potencialmente capaz de reestabelecer a sustentabilidade do projeto de concessão.

104. A análise de alternativas foi capaz de evidenciar que a solução proposta apresentou-se mais vantajosa, na medida em que permite a retomada imediata das obras mantendo o atual patamar tarifário.

105. Cumpre ressaltar, contudo, que a estruturação do TAC, nos moldes propostos, só se viabilizou em razão da participação de uma entidade pública estar assumindo as obrigações originariamente pactuadas por um particular. Dessa forma, o precedente aqui em julgamento deve ser aplicado com reservas a outras concessões.

106. Cabe ressaltar que o TAC ora proposto já prevê que um particular possa assumir a concessão futuramente, após a realização dos investimentos prioritários integrante do plano de ataque. Entendo que tal fato não interfere na legitimidade do acordo em análise, na medida em que a venda do controle acionário da concessão estará sujeita aos mecanismos de governança e controle capazes de obter o adequado preço de mercado do ativo, extraindo eventuais excedentes decorrentes do TAC a ser celebrado.

107. Ademais, apesar de considerar que a situação mais favorável seria a permanência da MT-PAR até o fim do adimplemento do TAC, de modo a permitir a extinção definitiva dos passivos e conferir mais segurança jurídica para um futuro controlador, reconheço que não se deve impor maiores restrições a eventuais oportunidades negociais surgidas no decorrer da execução do TAC.

108. Quanto a esses aspectos, proponho encaminhar cópia da deliberação à Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso e ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, a quem compete fiscalizar eventual venda futura do controle acionário, caso o presente TAC seja efetivamente celebrado.

109. Por fim, anoto que unidade instrutora propôs a realização de diligência para o acesso integral aos documentos relativos ao Processo Arbitral 23960/2018/GSS/PFF. Ao ter acesso à proposta da unidade, a ANTT já providenciou a disponibilização em sua página da internet de todos os documentos do processo arbitral (<https://portal.antt.gov.br/web/guest/rota-do-oeste-23960/2018/gss/pff>). Fica dispensada, portanto, a diligência proposta.

110. Ante o exposto, voto por que este Tribunal adote o acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 28 de setembro de 2022.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 2139/2022 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 019.064/2022-5.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Acompanhamento.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Unidade Jurisdicionada: Agência Nacional de Transportes Terrestres.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este acompanhamento dos atos relacionados à proposta apresentada pela Concessionária Rota do Oeste S.A. à Agência Nacional de Transportes Terrestres com o intuito de transferência do controle acionário e de celebração de termo de ajustamento de conduta no âmbito da concessão da BR-163/MT,

ACORDAM, os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. comunicar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que, considerando o escopo de análise deste processo, este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto deste acompanhamento, a ser possivelmente celebrado com a Concessionária Rota do Oeste S.A., sem prejuízo de dar ciência de impropriedades e expedir recomendações a seguir;

9.2. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres acerca das seguintes impropriedades identificadas no processo administrativo e na minuta de TAC objeto deste acompanhamento:

9.2.1. a cláusula 3.1, “vi”, da minuta de TAC, em que a agência se obriga a suspender a aplicação de determinações proferidas por este Tribunal, não encontra respaldo no ordenamento jurídico e pode ensejar a sanção de responsáveis, com fundamento no art. 58, incisos IV e VII, da Lei 8.443/1992;

9.2.2. a caracterização da insolvência iminente da concessionária não foi formalmente fundamentada a fim de permitir a transferência do controle, de acordo com a cláusula 25.1 do contrato de concessão;

9.2.3. não foi realizada a análise da capacidade econômico-financeira do novo controlador, necessária para a assunção do serviço, segundo requisitos a serem definidos pela Agência, conforme o art. 27, § 1º, inciso I, da Lei 8.987/1995, os arts. 29 e 30 da Lei 10.233/2001 e o art. 16, inciso II, da Resolução-ANTT 5.927/2021;

9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que avalie a conveniência e oportunidade de:

9.3.1. realizar estudos a fim de desenvolver metodologia para a quantificação do impacto da entrada em operação de novas ferrovias na demanda das concessões existentes;

9.3.2. aprimorar a cláusula 8.2. da minuta de TAC de forma a criar incentivos efetivos para a manutenção de um nível de execução de investimentos acumulado suficiente para o adimplemento do TAC;

9.3.3. obter o compromisso de que a MT Participações e Projetos S.A. irá aplicar o eventual ganho obtido com a venda de sua participação acionária na Concessionária Rota do Oeste S.A. em investimentos em rodovias do estado do Mato Grosso;

9.4. encaminhar cópia desta deliberação à Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso e ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

10. Ata nº 37/2022 – Plenário.
11. Data da Sessão: 28/9/2022 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2139-37/22-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (na Presidência), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Bruno Dantas (Relator).
 - 13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral